

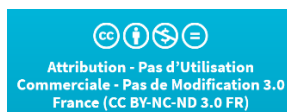


Antoine Nallet

La notion d'universalité, étude de droit civil

NALLET Antoine. *La notion d'universalité, étude de droit civil*, sous la direction de Frédéric Zenati-Castaing, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2019.

Disponible sur : <http://www.theses.fr/2019LYSE3050>



Document diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Attribution – Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification** »

Vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N°d'ordre NNT : 2019LYSE3050

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
opérée au sein de
L'Université Jean Moulin Lyon 3

Ecole Doctorale N° 492
Ecole doctorale de Droit

Discipline de doctorat : Doctorat en droit privé
Mention Droit Civil

Soutenue publiquement le 19/11/2019, par :
Antoine Nallet

La notion d'universalité,
étude de droit civil

Devant le jury composé de :

DENIZOT, Aude, Professeur des Universités, Université du Maine, Rapporteur

REVET, Thierry, Professeur des Universités, Université Panthéon-Sorbonne, Rapporteur

MALLET-BRICOUT, Blandine, Professeur des Universités, Université Jean Moulin, Lyon 3,
Examineur

ZENATI-CASTAING, Frédéric, Professeur des Universités, Université Jean Moulin, Lyon 3,
Directeur de thèse

À mon grand-père,

Je remercie très sincèrement Monsieur le Professeur Frédéric Zenati-Castaing pour sa confiance, ses conseils, et la direction de ce travail de recherche.

Je remercie très chaleureusement ma famille et mes amis, particulièrement ceux qui m'ont accompagné dans les derniers instants, les dernières heures de la thèse. Qu'ils veuillent bien trouver ici l'expression de ma profonde affection.

Je remercie enfin tous mes proches, amis et collègues pour le soutien tout au long de ces années et leur sollicitude.

Table des abréviations

<i>AJCA</i>	Actualité juridique contrats d'affaires
<i>AJ fam.</i>	Actualité juridique : famille
Al.	Alinéa
<i>Ann. dr. com.</i>	Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international
<i>APD.</i>	Archives de philosophie du Droit
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch – Code civil allemand
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>BJS</i>	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
CA	Arrêt de Cour d'appel
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation
Cass. Civ.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre civile
Cass. Com.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale et financière
Cass. crim.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. req.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale
<i>CCC</i>	Contrats, concurrence, consommation
CE	Conseil d'Etat
Ch.	Chambre
Chr.	Chronique

CJCE	Arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes
CO	Code suisse des obligations
Com.	Commercial(e)
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparez
Contra.	En sens contraire
CPC	Code de procédure civile
D.	Digeste
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>DA</i>	Recueil Dalloz Affaire
Dactyl.	Dactylographié
<i>Defr.</i>	Répertoire du notariat Défrénois
<i>DH</i>	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
dir.	Sous la direction de
<i>DP</i>	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. soc.</i>	Revue Droit des sociétés
éd.	Edition
égal.	Egalement
EIRL	Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
HGB	Handelsgetzbuch – Code de commerce allemand
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>Infra</i>	Plus bas
Inst.	Institutes de Justinien
INPI	Institut National de la Propriété Industrielle
<i>JCP G.</i>	Semaine juridique, édition générale
<i>JCP E.</i>	Semaine juridique, édition entreprise
<i>JCP N.</i>	Semaine juridique, édition notariale
JOAN	Journal Officiel Assemblée nationale
<i>Juris-Cl. Civ.</i>	Juris-Classeur Civil Code
<i>Juris-Cl. Com.</i>	Juris-Classeur Commercial

<i>Juris-Cl. Not.</i>	Juris-Classeur Notarial formulaires
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
Mél.	Mélanges en l'honneur de
n°	Numéro
obs.	Observations
<i>op.cit.</i>	Dans l'ouvrage cité
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Pan.	Panorama
Préf.	Préface
préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presse universitaire de France
<i>RD banc. et fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RDR</i>	Revue de droit rural
<i>Rep. Dr. Civ., Dalloz</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil
<i>Rep. Dr. Com., Dalloz</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial
<i>Rep. Dr. Proc., Dalloz</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire procédure
<i>Rep. Dr. Soc., Dalloz</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire sociétés
<i>Rev. Crit. Lég. Juris.</i>	Revue Critique de Législation et de Jurisprudence
<i>RFDA</i>	Revue Française de Droit Administratif
<i>RHD</i>	Revue histoire du droit
<i>RHDFE</i>	Revue historique de droit français et étranger
<i>Rev. Soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RIDA</i>	Revue internationale du droit d'auteur
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RJDO</i>	Revue juridique de l'ouest
<i>RJTUM</i>	Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal
<i>RLDA</i>	Revue Lamy Droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy Droit civil
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – droit prospectif

<i>RTD.Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD.Com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>S.</i>	Recueil Sirey
suiv.	suivant(e)s
Somm.	Sommaires commentés Dalloz
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Plus haut
t.	Tome
TGI	Tribunal de Grande Instance
Th.	Thèse
trad.	Traduction
Trib.	Tribunal
UTET	Unione Tipografico-Editrice Torinese
V.	Voir
vol.	Volume

Sommaire

Introduction	1
Partie I. Analyse critique de la notion classique d'universalité	15
Titre I. La conception dualiste de l'universalité.....	17
Chapitre I. La tradition	19
Chapitre II. L'interprétation du Code civil	63
Chapitre III. Le parachèvement de la théorie dualiste de l'universalité	95
Titre II. Critique de la conception dualiste de l'universalité	121
Chapitre I. Les faiblesses de l'opposition entre les deux universalités.....	123
Chapitre II. Les inconvénients de l'opposition entre les deux universalités.....	140
Chapitre III. La signification réelle de l'opposition des deux universalités	153
Conclusion Partie I.	188
Partie II. Essai d'une nouvelle théorie de l'universalité	189
Titre I. La conception moniste de l'universalité.....	191
Chapitre I. La conception objective de l'universalité.....	193
Chapitre II. La contingence du passif	239
Titre II. La vérification de la conception moniste de la notion d'universalité.....	283
Chapitre I. La propriété de l'universalité.....	285
Chapitre II. La possession de l'universalité.....	323
Chapitre III. L'administration du bien universel	329
Chapitre IV. La protection du bien universel	351
Conclusion Partie II.	366
Conclusion générale	369

Introduction

1. « Les très vieilles idées sont comme les très vieilles choses. Elles s'imposent aux habitudes et l'on ne peut s'en détacher. On a beau, la plupart du temps, les sentir vermoulues, hors d'usage, les trouver surannées, très passées et un peu ridicules, il s'est attaché à elles, depuis si longtemps qu'elles existent, quelque chose de plus fort que ces apparences, et que l'opinion même qu'on en a, et qui fait que malgré tout on s'en sert et qu'on les garde : c'est le prestige de la tradition »¹. La théorie des universalités est l'une de ces vieilles idées. Legs de la tradition qui nous l'a transmis depuis les postglossateurs, elle se présente d'emblée sous la forme d'une distinction entre deux variétés d'universalité, l'universalité de droit et l'universalité de fait. Jamais vraiment remise en cause, cette distinction s'est imposée à la tradition savante pendant des siècles. Son principe apparaît, à l'instar de toute nécessité, comme une vérité indépassable, une idée passée au présent affirmé².

2. On peut éprouver de la perplexité à l'égard du projet de revenir sur une notion qui paraît acquise chez les rares juristes qui en font usage. Ce doute est rapidement dissipé lorsque l'on découvre la pauvreté des études dont souffre la matière. Peu de recherches ont été consacrées à cette notion. Une seule thèse, soutenue par Robert Gary au cours de la première moitié du XXe siècle, propose d'en livrer une analyse globale incluant à la fois l'universalité de droit et l'universalité de fait³. Isolée, cette thèse est néanmoins importante, car ses conclusions font encore école aujourd'hui. Pour l'auteur, l'universalité de droit doit s'identifier à la notion de patrimoine, ce dont il déduit qu'elle se caractérise par la corrélation d'un actif et d'un passif⁴. À l'inverse, l'universalité de fait est une collection de biens qui se réifie.

¹ O. JALLU, *De l'idée de continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, th. Paris, 1902.

² Seul un auteur propose de remettre en cause cette distinction. D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. PH. JESTAZ, LGDJ, 2003.

³ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. Bordeaux, 1931.

⁴ Gary précise que pour qu'une universalité, comme le fonds de commerce, soit considérée comme une universalité de droit il faut « 1° que tous les biens affectés par le commerçant au commerce déterminé qu'il entreprend soient compris dans un seul patrimoine commercial constitutif d'une universalité ; 2° que seuls les créanciers dont le droit serait né à l'occasion du commerce aient action sur ce patrimoine ; 3° que, de plus, ces créanciers n'aient action que sur ce patrimoine, à l'exclusion des autres biens, c'est-à-dire du patrimoine

Outre ces travaux, les auteurs s'intéressent à l'universalité au détour d'une notion susceptible de revêtir un tel qualificatif. Il en est ainsi des remarquables travaux de Mme Kuhn qui s'est intéressée à la notion d'universalité en étudiant le patrimoine fiduciaire⁵. L'analyse de l'auteur est intéressante, mais elle reste fidèle à la conception dualiste de l'universalité et aux conclusions de la thèse de Robert Gary.

En marge de ces deux thèses, les auteurs étudient généralement l'une ou l'autre des formes d'universalité. Les travaux les plus importants sont, de loin, ceux qui portent sur l'universalité de droit. L'intérêt des auteurs pour cette forme d'universalité s'explique par l'engouement qu'a suscité la théorie du patrimoine, après qu'Aubry et Rau eurent inscrit la notion d'universalité au cœur du droit moderne avec leur théorie du patrimoine⁶. Toutefois, l'analyse, et bien souvent la critique, a porté plus sur l'espèce — le patrimoine — que sur le genre — l'universalité de droit. Ces auteurs qui ont effectué des recherches sur le patrimoine se sont peu interrogés sur l'universalité ; ils ont en général tenu pour acquis l'existence de deux formes d'universalité. Leur préoccupation était, avant tout, de combattre la notion de patrimoine telle qu'elle avait été édifiée par Aubry et Rau, c'est-à-dire de la sortir du carcan subjectiviste dans lequel on l'avait placée pour lui substituer l'idée d'affectation⁷.

3. À l'inverse de l'universalité de droit, l'universalité de fait a très peu retenu l'attention. Durant le XIXe siècle, les auteurs sont restés silencieux sur une institution dont la tradition n'avait pas été recueillie par le Code napoléonien. Un timide intérêt fut suscité au début du XXe siècle par l'émergence du fonds de commerce⁸. Devant l'importance pratique prise par

général du commerçant », R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 360.

⁵ C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris, 2003.

⁶ Outre l'œuvre même des deux Professeurs strasbourgeois nous renvoyons aux exposés de tous les manuels de droit des biens ou introduction générale au droit : G. GOUBEAU et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, De J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 1994, n° 206 ; B. STARCK, par H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5^e éd., 2000, n° 1369 suiv. ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD par F. CHABAS, *Leçon de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 12^e éd., 2000, n° 280 et suiv. ; F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018, n° 16 et suiv. ; G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, Montchrestien, 13^e éd. Paris, 2007, p. 11 ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens*, 3^e éd., 2008, PUF, n° 134 ; W. DROSS, *Droit civil, les choses*, Paris, LGDJ, 2012, n° 420 ; CHR. LARROUMET et A. AYNES, *Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 6^e éd., Paris, 2013, n° 411 ; CH. ATIAS, *Droit civil : Les biens*, LexisNexis, 12^e éd., Paris, 2014, n° 19. ; C. GRIMALDI, *Droit des biens*, Paris, LGDJ, 2016, n° 2, p. 17 ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, droit civil*, LGDJ, 7^e éd. 2017, Paris, n° 16, p. 24.

⁷ G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine* th. Paris, 1903 ; H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon, 1910 ; O. JALLU, *De l'idée de continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, th. préc. ; P. CAZELLES, *De l'idée de continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, th. Paris, A. Rousseau, 1905.

⁸ Sur ce point il faut étudier la thèse capitale de Gombeaux. E. GOMBEAUX, *La notion juridique de fonds de commerce*, Caen, 1901. Mais également, S.F GRUNZWEIG, *Le fonds de commerce et son passif propre, étude de législation et de jurisprudence françaises et belges*, Préf. M. PHILONENKO, Bruylant, 1938.

cette notion, on s'est mis à rechercher sa nature juridique exacte, mais encore sous l'influence du modèle de l'universalité de droit. La question que l'on se posait était celle de savoir s'il fallait reconnaître au fonds de commerce les caractères d'une universalité de droit, comme le patrimoine, ou d'une universalité de fait, tel le troupeau.

4. La montée en puissance du souci d'organiser collectivement les biens, phénomène tardivement perçu dans les études savantes⁹, a provoqué une multiplication des universalités de fait. Sont apparues des difficultés nouvelles, souvent de nature pratique, notamment celle résultant de la constitution d'un droit réel sur une universalité. Ce mouvement et le renouveau des études sur les universalités sont à l'origine d'une thèse importante, exclusivement consacrée aux universalités de fait, celle de Mme Denizot¹⁰. Cette œuvre cristallise l'importance des ensembles de biens en droit français. M. Revet explique d'ailleurs très justement que l'universalité satisfait « *un type de besoin socialement irréductible* »¹¹. Il est donc, *a priori*, intéressant de s'interroger sur ce « *besoin* », cet intérêt « *social* » qui commande de regrouper des biens entre eux. Une réponse peut être ici esquissée : l'union fait la force des choses unies, autrement dit, de l'union de plusieurs biens, ils en sortent renforcés et il en advient une utilité que seuls ils n'auraient pas. Il peut s'agir d'une facilité de gestion ou de cession, l'union des biens entre eux permet, *in fine*, de faciliter leur traitement et de les valoriser. Cette fonction économique a pendant très longtemps été assurée par l'immobilisation par destination¹². Toutefois, cette institution est dépassée tant le rôle de l'immeuble est devenu secondaire dans l'organisation des exploitations en droit civil¹³. Une notion d'universalité plus consistante devrait dès lors supplanter la figure surannée de l'immobilisation par destination. Dans cette perspective, l'universalité de fait suffit-elle, à elle seule, à rendre compte de la grande variété des exploitations économiques qui peuplent notre droit civil ?

5. L'engouement du droit français pour la réunion des biens entre eux ne s'est néanmoins pas traduit par la consécration de la notion d'universalité. Il serait en effet vain de rechercher la moindre définition de l'universalité dans l'appareil des normes en vigueur. Mieux, on

⁹ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD.Civ.* 1966, p. 185, n° 20 ; R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz 1969, n° 61, p. 86.

¹⁰ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, Fondation Varenne, LGDJ, 2008.

¹¹ TH. REVET, note sous Cass. Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2003, *RTD.Civ.* 2003, p. 731.

¹² En ce sens, F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 129.

¹³ J.-P. BLAISE, *Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité*, *RTD.Com.* 1966, p. 827 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, livre du bicentenaire (1804-2004)*, Dalloz-Litec, 2004, n° 2, p. 298. L'auteur estime que parce que le droit des biens est tourné vers l'immeuble et que celui-ci perd sa place, le droit des biens risque de tomber dans l'oubli.

peinerait à trouver ne serait-ce que des occurrences de son emploi. Tout au plus, trouvera-t-on l'épithète « *universel* » dans les dispositions relatives aux successions et aux libéralités. C'est ainsi que le Code civil dispose du « *successeur universel* » ou du « *successeur à titre universel* »¹⁴. On sait, depuis l'arrêt Toussain¹⁵, que le successeur universel a vocation à l'« *universalité* » et que, de ce fait, il a la qualité de continuateur de la personne du défunt¹⁶. Le principe de continuation de la personne du défunt, qui n'a pas retenu l'attention des spécialistes de l'universalité, est important. Hérité du droit romain, il est le point de départ de toute la construction. Il se pourrait qu'en l'adoptant le Code civil¹⁷ ait inconsciemment consacré la conception romaine de l'universalité. Il y a là une piste à approfondir sur la genèse de la notion. Une piste qui pourra peut-être permettre d'élucider les origines lointaines de son dualisme.

En toute autre circonstance, le droit contemporain semble lui préférer la notion d'ensemble de biens¹⁸. L'apparition de la formule dans le Code civil est récente, elle remonte à la réforme des successions¹⁹. Cette expression a été reproduite par la réforme du droit des sûretés²⁰, puis a trouvé une consécration par son intégration dans la définition même donnée de la fiducie à l'occasion de la réception de cette institution²¹. La formule « ensemble de

¹⁴ Art. 785 C. civ.

¹⁵ Cass. Civ. 13 août 1851, *DP.* 1851. 1. 281, *S.* 1851. 1. 657 ; confirmé par la suite, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} févr. 1955, *D.* 1955. 437, rapp. CHAVANNES ; *JCP G.* 1955. II. 8646, note BECQUE. Le principe se trouve implicitement consacré à l'article 785, alinéa 1^{er}, du Code civil.

¹⁶ V. également art. 724 C. civ. Aubry et Rau avaient clairement esquissé de ce lien entre l'universalité et la continuation de la personnalité : « *Les successeurs universels proprement dits, c'est-à-dire ceux qui représentent la personne du défunt, n'étant pas seulement appelés à recueillir la totalité ou une partie aliquote des biens compris dans son patrimoine, mais succédant à ce patrimoine même, sont de plein droit tenus, et ce sur leur propre patrimoine, comme s'il les avaient eux-mêmes contractées, de toutes les dettes qui grèvent l'hérédité* », CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VI, 4^e éd., 1873, § 583, p. 256.

¹⁷ Sur cette idée et sur les discussions auxquelles elle a donné lieu, E. LAMBERT, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, th. Paris, 1895, n° 37 suiv., p. 123 suiv., et p. 164 suiv. ; J. PERCEROU, « La liquidation du passif héréditaire en droit français », *RTD.Civ.* 1905, p. 535 ; O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe de transmission à titre universel*, th. préc. ; P. CAZELLES, *De l'idée de continuation de la personne comme principe de transmissions universelles*, th. préc. ; P. BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, th. Dijon, 1969 ; P.-J. CLAUX, *La continuation de la personne du défunt par l'héritier*, th. Paris, 1969.

¹⁸ L'expression est également reprise par le projet de réforme du droit des biens proposés par l'association Henri Capitant. V. Art. 602 de l'avant-projet de réforme du droit des biens.

¹⁹ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006. V. art. 830 C. civ.

²⁰ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. V. art. 2333 et 2355 du C. civ. Le projet de réforme du droit des sûretés ne change rien la matière. La nouvelle rédaction de l'article 2333 du Code civil (Avant-projet de réforme, art. 2333 C. civ.) est, à propos des ensembles de biens, similaire.

²¹ Art. 2011 C. civ.

biens » est la traduction de l'attrait contemporain pour le phénomène collectif, « *a la tendresse pour le grain a succédé la ferveur pour la grappe* »²².

6. Eût-il été approprié d'utiliser le terme universalité plutôt que celui d'ensemble de biens ? La formule « ensemble de biens » est-elle une image plus commode ? On retrouve cette expression dans le modèle de sûreté mondiale de l'ONU présentée par le guide législatif des opérations de garanties²³, étude marquée par la forte influence du modèle de la *common law*²⁴. Il se peut donc que sa réception soit due à un phénomène d'acculturation par l'influence du droit nord-américain. Si tel était le cas, l'universalité, tout comme le droit romaniste, apparaîtrait comme une sorte de chef-d'œuvre en péril.

Ce phénomène d'acculturation pourrait très bien se combiner, comme le souligne Mme Denizot²⁵, par un souci de simplification du droit, souci qui anime l'esprit du législateur contemporain²⁶. La technicité du concept d'universalité serait à ce point rebutante qu'il pourrait paraître préférable de la remplacer par l'idée simple qui en constitue le principe, l'ensemble de biens. La réserve que semble témoigner le législateur traduit-elle un désintéret, ou pis, d'un désaveu de la notion ? Une absence de définition dans la loi n'est pas une lacune, car on sait, au moins depuis les travaux préparatoires du Code civil, la part qu'il faut savoir faire respectivement à la science et à la législation : ces définitions appartiennent à la doctrine et à la jurisprudence. Cette répartition des rôles apporte de la souplesse et permet de répondre au besoin d'adaptation du droit.

7. Il appartient donc à l'École et aux juges de recourir à la notion d'universalité lorsqu'il faut qualifier un ensemble de biens et tirer les suites qui s'y attachent. Malheureusement, cette qualification est hésitante, voire confuse. Par exemple, le fonds de commerce est qualifié d'universalité de fait²⁷, mais on trouve parfois l'emploi, à son sujet, de la notion d'universalité

²² J.-M. MOUSSERON préface B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.

²³ *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations de garanties*, publication des Nations Unies, n° 28, n° 53, n° 67.

²⁴ H.-C. SIGMAN, « L'influence du modèle nord-américain sur le projet de guide législatif de la CNUDCI : mythe ou réalité », *Banque et droit* 2004, n° 97, p. 35.

²⁵ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 1.

²⁶ P.-Y. GAUTIER, « Simplifions la loi ensemble », *D.* 2007, 2592 ; A.-M. LEROYER, « Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit », *RTD.Civ.* 2008, p. 182 ; B. SEILLER, « Les limites de la simplification », in *La simplification du droit*, colloque des 6 et 7 avril 2006, *LPA.* 2007, n° 104, p. 28 ; en témoigne également récemment la loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés publiée au *Journal officiel* du 20 juillet 2019 (L. n° 2019-744, 19 juill. 2019).

²⁷ V. par ex. Cass. Com., 16 fév. 2010, n° 09-65.214 ; Cass. Com., 29 juin 2010, n° 09-66.773 ; Cass. Com., 25 juin 2013, n° 12-17.037 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 30 avr. 2014, n° 13-13.579 ; Cass. Civ. 3^e, 7 juill. 2016, n° 15-13.489.

juridique²⁸, notion qui, dans l'usage dominant, est synonyme d'universalité de droit²⁹. Faut-il voir là une confusion ou un doute quant à la pertinence de la distinction des deux universalités ? Il se peut que cette incertitude, témoin d'une imperfection de la théorie actuelle de l'universalité, soit la raison du silence du législateur.

8. Le projet de réforme du droit des biens proposé par l'Association Henri Capitant reflète les limites de la pensée juridique française dans le domaine de l'universalité. Il propose de consacrer, à l'article 519, la définition du patrimoine comme universalité de droit³⁰. Il est étonnant que cette notion subjective du patrimoine figure dans le livre II relatif « aux biens » et dans le titre Ier « intitulé du patrimoine et des biens qui le composent ». Le législateur québécois a, par exemple, préféré consacrer la notion de patrimoine à l'article 2 du livre premier intitulé « des personnes »³¹, ce qui est plus cohérent avec l'idée de lien entre patrimoine et personnalité juridique. On aurait davantage attendu dans un corps de droit consacré aux biens, des dispositions sur l'universalité de fait, ce qui a été éludé au profit de la formule « biens formant un ensemble »³².

9. Les droits étrangers ont, dans l'ensemble, été plus hospitaliers à l'égard de la tradition de l'universalité. Certains codes, à l'image du Code français, sont silencieux. Ni le BGB³³, ni le Code civil espagnol, ni le Code civil suisse, ni le Code civil belge ne font usage de la notion l'universalité, préférant, à l'instar de la législation française, parler d'ensemble de biens. C'est ainsi que le Code civil suisse connaît l'ensemble de choses, notamment à l'instant des successions, c'est-à-dire lors du partage et des attributions préférentielles corrélatives³⁴. Le BGB fait aussi référence à l'idée d'ensemble ou de totalité, à l'article 260 qui dispose de la

²⁸ Cass. Com., 16 juin 1965 ; Cass. Com., 11 juin 1981 ; Cass. Com., 28 juin 1982, n° 80-15.157 ; Cass. Com., 27 fév. 1996, n° 93-18.473 ; Cass. Com., 29 fév. 2000, n° 97-14.575 ; V. l'expression « entité juridique qui correspond à une universalité » à propos d'un fonds de bétail, Cass. Crim., 7 sept. 2010, n° 09-88.721.

²⁹ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, 4^e éd., § 575, p. 238 ; A. DENIZOT, « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », *RTD.Civ.* 2014, p. 547. Aubry et Rau utilisent l'« universalité juridique » comme exception à l'indivisibilité du patrimoine, ce qui laisse penser qu'elle emprunte la même nature que l'universalité de droit. Les termes de « juridique » et « droit » sont tenus pour synonyme.

³⁰ L'alinéa 2 de l'article 519 énonce que « toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine et d'un seul », par suite il précise que le principe d'unité du patrimoine peut être tempéré « si la loi en dispose autrement ». V. B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *Defr.* 2009, n° 5, p. 504 ; PH. SIMLER, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *RDI.* 2009, p. 505 ; W. DROSS et B. MALLET-BRICOUT, « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *D.*, 2009, p. 508.

³¹ Art. 2, al. 1^{er} C. civ. Québec. ; V. D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, éd. Yvon Blais, Cowansville, Québec, 5^e éd., 2005, p. 112 ; J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2^e éd., 2005

³² Art. 602 de l'avant-projet de réforme du droit des biens.

³³ Bürgerliches Gesetzbuch

³⁴ Art. 613 du Code civil Suisse : « Les objets qui par leur nature forment un tout ne sont point partagés, si l'un des héritiers s'y oppose ».

livraison d'un ensemble d'objets, et à l'article 1048, qui reprend la même notion à propos de l'usufruit d'un fonds et de l'importance de l'inventaire³⁵.

En revanche, certaines législations étrangères, rendant hommage à la tradition, sont plus explicites et n'hésitent pas à consacrer formellement la notion d'universalité. Le Code civil du Québec se réfère à l'universalité à plusieurs reprises, notamment à l'occasion de l'administration du bien d'autrui³⁶ pour signifier l'importance de la tenue d'un inventaire. Il s'en sert aussi en matière de sûreté³⁷ et va jusqu'à concevoir des universalités de créance³⁸. Le droit italien, qui a su s'émanciper du Code français, a, lui aussi, consacré la notion d'universalité, allant même jusqu'à en donner une définition. L'article 816 du Code civil italien qualifie d'universalité de meubles « *la pluralité de choses qui appartiennent à la même personne et ont une destination unitaire* » et il ajoute cette précision que « *les choses qui composent l'universalité peuvent faire l'objet d'actes et de rapports juridiques séparés* »³⁹. Il met en œuvre cette définition en différentes occurrences notamment en organisant la possession⁴⁰, la donation⁴¹, et le gage de l'universalité⁴².

10. Cet aperçu de droit comparé présente l'intérêt de révéler que les droits étrangers qui ont recueilli la tradition de l'universalité méconnaissent la distinction séminale de l'universalité de droit et de l'universalité de fait qui est au cœur de la science française. Ce n'est pas à dire qu'ils l'ignorent, mais seulement qu'ils lui attribuent moins d'importance qu'elle n'en a en France. En droit Québécois, par exemple, l'universalité de droit s'identifie à une entité virtuelle autonome, telle que le patrimoine, alors que l'universalité, telle qu'elle apparaît dans les textes, s'apparente à un ensemble de biens qui se réifie⁴³. Le législateur n'y a donc consacré qu'une seule forme d'universalité, celle qui revêt un grand intérêt pratique.

³⁵ Art. 1048 BGB : « *Lorsque l'usufruit a pour objet un fonds avec un inventaire, l'usufruitier peut disposer des objets inventoriés, sans les limites d'une exploitation régulières. Il doit remplacer les pertes régulières. Il doit remplacer les pertes résultant de l'usure habituelle ou des retranchements à faire, suivant les règles d'une exploitation régulière ; les objets nouveaux deviennent, par leur incorporation à l'inventaire, la propriété de celui à qui appartient l'inventaire* » cité par A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 13, note 38.

³⁶ Art. 1326 C. civ. québécois

³⁷ C'est notamment le cas aux articles qui régissent l'hypothèque (art. 2674, 2675 du Code civil).

³⁸ Art. 2676, 2710 et 2711 C. civ. québécois.

³⁹ Art. 816 du Code civil Italien : « *E considerata universalità di mobili la pluralità di cose che appartengono alla stessa persona e hanno una destinazione unitaria. Le singole cose componenti la universalità possono formare oggetto di separati atti e rapporti giuridici* »

⁴⁰ Art. 1156, 1160, 1170 du Code civil italien

⁴¹ Art. 771 du C. civ. italien.

⁴² Art. 2784 C. civ. italien.

⁴³ M. CANTIN CUMYN, « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? », in Mél. ERNEST CAPARROS, Wilson & Lafleur, Montréal, 2002, p. 139.

11. L'étymologie même de l'expression « *universalité* » relate de l'utilité d'une telle notion. Elle vient du latin *universus*. M. Dross explique à cet égard qu'elle est composée de la racine « *unus* », qui signifie l'unité, et « *versus* » qui signifie la direction⁴⁴, ce qui suggère qu'elle exprime la convergence de plusieurs éléments vers un point précis. L'universel s'oppose à cet égard radicalement au singulier, *singulorum*, qui veut dire un à un⁴⁵. On peut dès à présent retenir que l'*universitas* traduit la cohérence d'une multitude d'éléments, résultant du fait qu'ils s'orientent dans la même direction. Elle permet d'appréhender juridiquement comme un tout ce qui est naturellement distinct.

Ce mot constitue donc un concept technique. Tel n'est pas le cas des multiples occurrences dans lesquelles il est utilisé dans un sens général⁴⁶. On parle ainsi de l'universalité des droits de l'homme pour signifier que les mêmes droits devraient s'appliquer à tous les hommes, ou plus précisément, en raison de leur qualité humaine. De même, en droit international privé, le principe de l'universalité de la faillite permet à un débiteur en faillite qui déploie plusieurs activités dans des pays différents de subir une seule procédure⁴⁷. En finances publiques, le terme universalité est également un principe fondamental qui permet de considérer que toutes les dépenses et toutes les recettes doivent figurer sur un même document sans aucune compensation et contraction entre elles⁴⁸. En vérité, tout ensemble appréhendé juridiquement peut mériter d'être qualifié d'universalité. C'est d'ailleurs dans une telle démarche que la doctrine semble parfois s'inscrire lorsque, par exemple, M. Berlioz explique que les « *choses communes entretiennent un lien étroit avec la technique de l'universalité* »⁴⁹.

⁴⁴ W. Dross, *Droit civil, les choses, op.cit.*, n° 420-1.

⁴⁵ V. sur cette explication de l'étymologie de l'expression « *universus* », R. SIRACUSA, « La nozione di « *universitas* » in diritto romano », in Collana della rivista di diritto romano, Milano, 2016, p. 17 ; P. BONFANTE, « La formazione scolastica della dottrina dell' « *universitas* » », *Scritti Giuridici Varii*, t. I, Famiglia e successione, UTET, 1916, p. 307.

⁴⁶ Dans un sens très général également, il faut relever l'utilisation du terme chez les chrétiens médiévistes : « *L'ordre qu'y fait régner son Créateur, qui est la loi qui s'impose à chacun de ses éléments et le détermine. L'universitas est maintenue dans l'être (sustentatur) par la justice divine mais en même temps régie et réglée par elle, et s'il y a des degrés de perfection inégaux dans la nature, c'est pour réaliser plus pleinement la beauté du tout. C'est en connaissant et en voulant cette beauté que Dieu tisse ensemble le semblable et le dissemblable qui la composent.* » Augustin, *De quantit. Animae*, 33,70, cité par P. MICHAUD-QUENTIN, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Âge latin*, Paris, Vrin, 1970, p. 12.

⁴⁷ A. HONORAT et L.-C. HENRY, « La compétence juridictionnelle en matière de procédures d'insolvabilité dans le règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 : une nouvelle tentative de conciliation par la hiérarchie entre universalité et territorialité en matière de faillites internationales », in Mélanges J.-P. SORTAIS, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 313 et suiv.

⁴⁸ W. GILLES, *Les transformations du principe de l'unité budgétaire dans le système financier public contemporain*, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2007.

⁴⁹ P. BERLIOZ, *Droit des biens*, cours magistral, éd. Ellipses, 2014, n° 80, p. 101 et 102.

12. Il est à notre sens plus rigoureux, pour cerner la notion d'universalité, de revenir là où doctrine et jurisprudence l'utilisent régulièrement. La grande variété des situations complique néanmoins un travail de systématisation. En effet, nombre d'ensembles allant du patrimoine de la personne au troupeau sont affublés du qualificatif⁵⁰. La difficulté est d'analyser ces ensembles sans tomber dans une approche descriptive de ceux-ci, qui n'aurait, en vérité, aucun intérêt.

Le rejet d'une démarche descriptive induit que la présente étude ne peut prétendre à l'exhaustivité : l'enjeu de ce travail n'est pas d'analyser tous les ensembles de biens régulièrement qualifiés, à tort ou à raison, d'universalité. Les universalités les plus courantes seront ainsi privilégiées. À cet égard, une importante difficulté provient du fait que l'étude de la notion d'universalité invite à étudier la notion de patrimoine. Il est évident qu'il faut éviter tant que possible de s'adonner à un énième travail portant sur la théorie du patrimoine — de la personne ou d'affectation. Cette thèse ne doit donc pas être consacrée, elle n'en a d'ailleurs pas la prétention, à porter l'estocade à la théorie du patrimoine. S'il est évidemment nécessaire d'étudier les objets saisis par la notion d'universalité, donc le patrimoine, nous devons nous fixer comme tâche, à travers cette étude, de comprendre l'universalité⁵¹. Il s'agira donc moins de critiquer les objets saisis par elle, que de les interroger pour concevoir et révéler l'identité de la notion en droit contemporain.

13. Notre réflexion est originellement motivée par la curieuse approche adoptée par les auteurs lorsqu'il s'agit, soit de relater de la notion d'universalité, soit de qualifier un ensemble susceptible de s'affubler d'un tel qualificatif. Les fondements mobilisés pour justifier le recours au qualificatif d'universalité sont l'histoire et la théorie des universalités de la romanistique médiévale ; le critère utilisé pour identifier l'ensemble de biens à qualifier est la présence ou non d'une corrélation actif/passif. Mais la théorie des universalités a été recyclée à l'époque moderne en la coulant dans de nouveaux objets. Or, à l'encontre des idées courantes, l'idée de corrélation actif/passif n'est pas la seule clé de cette théorie et de l'opposition qu'elle établit entre deux espèces d'universalité. Robert Gary a aussi mis en évidence le fait que l'universalité de droit ne répond pas au modèle que constitue la notion de

⁵⁰ Le terme est également utilisé dans un sens similaire en droit public des biens, C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et de biens privés, contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. UNTERMAIER, Dalloz, 2004, n° 747 et suiv. ; F. TARLET, *Les biens publics mobiliers*, Dalloz, 2017, n° 64, n° 78, n° 164, n° 208.

⁵¹ Nous ne devons donc pas tomber dans l'étude du patrimoine d'affectation pour exprimer sa contemporanéité, mais tenter de comprendre l'identité de l'universalité dans tous les objets qu'elle est susceptible d'embrasser en droit positif.

bien⁵². Mme Denizot est parvenue aux mêmes conclusions à la fin de sa thèse⁵³. Si l'on se hasardait à résumer l'état actuel de la théorie, on avancerait qu'au contraire de l'universalité de fait, l'universalité de droit n'est pas un bien et se caractérise par la corrélation d'un actif et d'un passif. Identifiée à la notion subjective de patrimoine, cette forme d'universalité pouvait difficilement être conçue comme un objet d'appropriation⁵⁴. En effet, son insertion dans le commerce juridique était compliquée, sinon impossible. De là, se renforce la tentation de la partition entre deux notions qui ne paraissent avoir d'autre unité que sémantique⁵⁵.

La théorie des universalités aurait-elle subi aujourd'hui un profond bouleversement justifiant de nouvelles études ? *A priori*, une réponse négative serait de mise, si le législateur n'avait pas, dans la période récente, consacré des formes nouvelles d'universalités à travers la fiducie⁵⁶ et l'EIRL⁵⁷. Encore la qualification n'est-elle que latente et ne s'autorise-t-elle qu'au prix d'une nouvelle étude de l'universalité. *A priori*, ces mécanismes ont, pour l'essentiel, apporté de nouvelles exceptions au principe d'unité du patrimoine, et donc consacré la notion de patrimoine d'affectation. Mais cette constatation de surface doit se conjuguer avec le fait que le législateur, en instituant le patrimoine fiduciaire et l'EIRL, a consacré l'idée — bien plus importante au regard de la théorie des universalités — que ces ensembles sont cessibles, transmissibles ou rétrocessibles, ce qui laisse à penser qu'ils sont des objets d'appropriation. L'universalité, au moins sous l'une de ces formes, aurait-elle subi une métamorphose de sa structure ? Une convergence des deux notions n'est-elle pas envisageable ? N'est-il pas possible de déceler une identité autre que sémantique, mais conceptuelle aux deux formes d'universalités ?

14. Il faut, pour répondre à ces questions, remonter aux origines de la distinction. Toutefois, nous ne pouvons appliquer aveuglément l'opposition entre l'universalité de droit et l'universalité de fait. Il existe aujourd'hui un consensus doctrinal sur cette distinction, tel que nul n'a songé à ce jour à la remettre en cause, ni même s'attarder sur les critères d'identifications des deux d'universalités. Pourtant, asseoir la véracité de la notion en affirmant qu'elle est rationnelle parce qu'elle a traversé les siècles sans modification suffit-il à

⁵² R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 326.

⁵³ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 708.

⁵⁴ V. cependant des auteurs qui ont toujours défendu la nature de bien de l'universalité, de droit comme de fait, F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 135.

⁵⁵ À notre connaissance, seul un auteur présente une étude groupée des deux universalités : F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 132 et suiv.

⁵⁶ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007.

⁵⁷ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée – EIRL.

entériner son bien-fondé ? L'édifice n'est-il pas qu'apparent et ses fondations douteuses ? Les critères d'identification propres à caractériser la présence d'une universalité de droit ou d'une universalité de fait ont-ils toujours été les mêmes ?

La formulation de réponses à ces questions permettrait peut-être de comprendre la théorie des universalités et comment elle s'est actualisée au cours des siècles. C'est pourquoi il est, à notre sens, nécessaire d'interroger l'histoire de cette distinction. En effet, l'autorité historique de la théorie des universalités fait de cette notion un sujet historique⁵⁸. Il est donc inévitable de s'adonner à cette étude et cela commande des développements propres, à même de représenter son importance. L'histoire, dans cette thèse, est donc utilisée pour comprendre les formes primitives de l'institution, « *pour en montrer la genèse et le développement* »⁵⁹. Il ne s'agit pas seulement de tracer l'évolution du concept ; il faut également observer la transmission et la circulation du concept. Il faudra faire preuve d'un esprit critique pour faire de l'histoire du droit, selon l'expression de Portalis, une « *physique expérimentale de la législation donnant ainsi aux juristes un clavier de comparaison* »⁶⁰.

L'histoire ne sera toutefois pas une seule science du passé. C'est également dans une démarche prospective que nous nous intéresserons aux droits anciens. En ce sens, « *confronter le droit positif à l'altérité d'un droit qui fut positif — et qui en constitue parfois même les racines — offre ainsi l'opportunité de porter sur le droit un regard distancié* »⁶¹. Il sera ainsi possible d'interroger la pertinence et l'actualité de la théorie des universalités tout en prenant un recul suffisant pour réellement la comprendre. Dès lors, si la définition habituelle de la théorie des universalités retenue au début de notre étude est classique, sa critique permettra peut-être de comprendre la réelle opposition entre ses deux formes.

15. Cette seule étape ne saurait suffire. Il faut pouvoir offrir une nouvelle approche de la notion⁶², approche qui nous semble davantage conforme au droit positif. L'actualisation d'une

⁵⁸ L'histoire dans le travail accompli ne peut donc avoir une simple fonction propédeutique et instrumentale. V. sur le rejet de cette démarche historique, N. LAURENT-BONNE, « Observations sur la fonction de l'histoire dans la doctrine contemporaine », in *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, D. MAZEAUD et T. BONNEAU (dir.), Paris, éd. Panthéon-Assas II, 2016, p. 11-28, spéc. p. 17.

⁵⁹ A. FOUILLEE, « Nécessité d'une interprétation psychologique et sociologique du monde. Réponse au positivisme », *Revue philosophique*, 1896, p. 480., cité par F. GENY, *Méthode d'interprétation*

⁶⁰ J.-G. LOCRE, *La législation civil, commerciale, criminelle*, Paris, 1827, p. 324.

⁶¹ N. LAURENT-BONNE, « Observations sur la fonction de l'histoire dans la doctrine contemporaine », art. préc., p. 27.

⁶² On ne cherchera pas à distinguer la notion du concept qui seront dès lors tenus pour synonyme. V. dans le même sens, X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques. Journée d'étude de la promotion d'agrégation de droit public*, G. TUSSEAU (dir.), 2006, Paris, Economica, p. 21 ; G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA*, 2009, p. 641 ; *contra*.

notion n'est en rien choquante. Bien au contraire, un concept doit s'adapter aux mutations des idées et des besoins. Autrement dit, il doit être évolutif et fonctionnel⁶³. À cet égard, il est possible qu'en droit positif les fonctions attribuées à l'universalité aient changé. La définition des universalités proposée en doctrine ne serait donc plus en adéquation avec les objets qu'elle prétendait saisir⁶⁴. Un divorce se crée entre le concept et sa représentation concrète. Or, ce divorce invite, à l'inverse de ce qui se fait aujourd'hui à l'endroit de la théorie des universalités, à préciser la notion d'universalité.

16. En droit, préciser une notion suppose de la définir et de fixer les traits saillants de son régime⁶⁵. L'universalité doit donc être présentée comme un instrument intellectuel précis qui se trouve doté d'un caractère opérationnel. Elle doit être utile à la science juridique⁶⁶, en démontrant qu'elle produit à elle seule des conséquences propres. La présente étude a ainsi pour but de rechercher, dans la diversité des applications, les critères invariants qui permettent, à partir du droit positif, d'établir une théorie générale de la notion. Cette étape est importante, car elle pourra permettre de définir l'universalité et, de la sorte, aider à « *s'orienter dans le désordre du monde* »⁶⁷. Elle suivra en cela une démarche inédite, même si nous ne pourrons faire l'économie des études existantes.

17. La définition juridique de l'universalité proposée doit permettre de la faire entrer dans une catégorie juridique préexistante et d'ainsi lui associer un régime juridique éprouvé⁶⁸. Aussi, en tentant de trouver l'identité de la notion d'universalité en droit positif, nous cherchons à faire de celle-ci un outil de qualification qui permet d'accéder à son régime

W. DROSS, « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ* 2012, n. spéc. Les concepts en droit : usages et identité p. 2232 et suiv.

⁶³ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 4^e éd., PUF, 2016, p. 3 ; *contra*. G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », art. préc., p. 631.

⁶⁴ Cette approche est d'autant plus justifiée que Robert Gary, auteur à qui nous devons beaucoup sur l'actuelle distinction entre l'universalité de fait et l'universalité de droit, introduit son étude en précisant que « *chaque époque se donne des règles positives qui cadrent à la fois avec les mœurs du moment, l'orientation générale des esprits et les exigences variables non seulement de chaque période, mais dans chaque période de chaque milieu* », R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit, contribution à l'étude de la science du droit civil dans son état actuel*, th. préc., p. 12.

⁶⁵ G. Cornu, préface à la thèse de E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, th., Economica, 1985, p. 3 : « *La notion se construit. Répondant à un critère de finesse qui rend applicable un régime de droit, elle prend la solidité d'une véritable catégorie juridique* ».

⁶⁶ L'effectivité d'une notion est l'intérêt positif de toute théorie générale. Cela a été maintes fois souligné. V. notamment E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, th. préc., n° 14, p. 17.

⁶⁷ G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », art. préc.

⁶⁸ La qualification est une « *opération intellectuelle d'analyse juridique (...) consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui des caractéristiques essentielles à la catégorie de rattachement* », G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 12^e éd., 2018, « Qualification ».

juridique⁶⁹. Par ce fait, nous parviendrons éventuellement à sentir son opérabilité. L'engouement du droit français pour la réunion des biens entre eux témoigne du besoin d'une notion susceptible de saisir ce phénomène. Aussi, en dégagant une théorie générale de l'universalité, cohérente et efficiente, nous contribuerons peut-être à la renaissance du concept.

18. À ces fins, il nous semble évident que l'approche classique de la notion d'universalité doit être réévaluée. Cette analyse critique trouve sa cause dans une étude de sa genèse. L'exploration de la formation de la notion d'universalité et de son érection en théorie permet de trouver les ingrédients nécessaires à la formulation d'une critique de celle-ci (**Partie I.**).

19. La critique se doit d'être, dans un second temps, constructive. Elle conduit ainsi à formuler une nouvelle théorie (**Partie II.**) qui démontre l'utilité et l'actualité du concept dans notre droit civil.

Partie I.

Analyse critique de la conception classique de la notion d'universalité

Partie II.

Essai d'une nouvelle théorie de la notion d'universalité

⁶⁹ « L'opération de qualification permet de faire rentrer une situation de fait dans une catégorie juridique, laquelle n'a d'intérêt que parce qu'elle renvoie à un régime juridique précis », W. DROSS, « L'identité des concepts juridiques : Quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », art. préc., p. 2233.

Partie I. Analyse critique de la notion classique d'universalité

20. **La conception classique de l'universalité.** La conception classique de la notion d'universalité est formulée théoriquement par une distinction entre l'universalité de droit et l'universalité de fait. Cette théorie dont nous avons hérité nous est tellement familière qu'elle s'impose à nous et qu'il ne viendrait pas à l'esprit de la mettre en question. Plus généralement, la théorie des universalités a si rarement été interrogée⁷⁰ que l'entreprise d'en donner une relecture est ardue. Il nous semble cependant utile à une meilleure compréhension de la notion de tenter de retracer son histoire.

21. Cette descente aux archives n'est pas un simple préalable formel. Son utilité structure la première partie de notre thèse. En effet, l'analyse critique de la genèse de la notion d'universalité permet, dans un premier temps, de révéler l'existence d'un système dans la conception dualiste de la notion d'universalité (**Titre I**). Elle obéit à un ensemble de règles dont la finalité est de sauvegarder la cohérence d'une opposition entre universalité de fait et universalité de droit. Mais elle permet également, dans un second temps, d'offrir du recul sur la pertinence et l'actualité du système présenté en doctrine. Il est ainsi possible de porter une critique de la conception classique de l'universalité (**Titre II**).

Titre I.

La conception dualiste de l'universalité

Titre II.

Critique de la conception dualiste de l'universalité

⁷⁰ V. *supra*, n° 2.

Titre I. La conception dualiste de l'universalité

22. L'universalité est classiquement présentée sous un angle dualiste, c'est-à-dire une opposition entre l'universalité de fait et l'universalité de droit. Cette vision est fondée sur les vestiges d'une tradition immémoriale (**Chapitre I.**). C'est dans cette tradition que l'on trouve, en réalité, la source de l'universalité, les interprètes du Code n'en ont fait qu'une simple réception (**Chapitre II.**). La réception de la conception dualiste de la notion d'universalité a été parachevée par la doctrine contemporaine à l'aide de l'élaboration de critères propres à identifier et opposer les deux universalités (**Chapitre III.**).

Chapitre I.

La tradition

Chapitre II.

L'interprétation du Code civil

Chapitre III.

Le parachèvement de la théorie dualiste de l'universalité

Chapitre I. La tradition

23. L'histoire, tribunal de raison, est un formidable outil offert au juriste. Elle permet, grâce à une lecture dynamique d'une institution, d'en saisir la véritable signification. Cette démarche est particulièrement indiquée pour ce qui est des universalités, car cette notion a été lentement dégagée et affinée au cours des siècles.

24. Il faut se garder, dans cette première étape, de rechercher dans le passé des notions qui s'apparentent à l'actuel concept d'universalité. Il convient au contraire de s'attacher à saisir la manière dont les interprètes d'antan comprenaient l'universalité⁷¹.

25. À l'aide de ce regard nouveau, nous constatons que Rome n'a fait que produire le concept d'universalité (**Section I**). C'est la redécouverte du droit romain au Moyen Âge qui a permis d'en faire un système rationnel (**Section II**).

⁷¹ Sur l'importance du soin d'éviter l'anachronisme, v. P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, T. 2, *Les biens*, Paris : PUF, 1968-1971, n° 26, p. 61.

SECTION I. LA NAISSANCE DU CONCEPT A ROME

26. **Méthode.** Les jurisconsultes romains sont peu enclins à l'abstraction⁷² et ont rarement recours à des termes juridiques spécifiques. Leur vision du droit est très proche de la réalité. L'expression *universitas* est régulièrement employée par eux pour qualifier des situations hétéroclites. Le vocable est notamment utilisé⁷³ comme synonyme des formules « *omnis* »⁷⁴ et « *totus* »⁷⁵. Toutefois, l'expression « *universitas* » est privilégiée en présence d'entités qui transcendent les éléments, c'est-à-dire, très souvent, la cité et l'hérédité⁷⁶.

Les deux ensembles se distinguent par leur substrat, mais ils n'en tendent pas moins à la même finalité : désigner un centre de rattachement des intérêts, un pôle d'appartenance de l'ensemble des rapports juridiques d'une entité précise. Ces entités doivent faire l'objet d'une analyse minutieuse pour comprendre ce que signifie substantiellement l'*universitas* romaine. On peut systématiser leur examen en les distinguant selon qu'elles regroupent plusieurs personnes (**I.**), ou plusieurs biens (**II.**).

⁷² *Ibid.*

⁷³ Il désigne la totalité, par opposition à ses parties, dans le contexte, par exemple, d'un fonds immobilier (D. 10, 2, 30 et D. 41, 4, 2, 6), du travail de l'ouvrier (D. 19, 2, 51, 1).

⁷⁴ « *Tout ou toute* ». F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin-Français*, 1934, Hachette, « *omnis* ».

⁷⁵ « *Tout, entier, tout entier* », F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin-Français, op.cit.*, « *totus* ».

⁷⁶ B. BIONDI, « La dottrina giuridica della *universitas* nelle fonti romane », in *Congresso giuridico C. Fadda*, Milano, 1968, p. 1 suiv. Cela est adéquation avec l'étymologie du mot, *universitas* étant formé de *unus* et *versus*, littéralement « tourné tout entier vers ». A. ERNOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, réimpr. Klincksieck, 2001, « *Universus* ».

I) L'entité collective regroupant plusieurs personnes

27. À Rome, l'entité collective de référence qui regroupe plusieurs personnes est la cité⁷⁷. Les juristes romains se sont longuement interrogés sur l'organisation et le fonctionnement de cette institution. À l'occasion de ces analyses, ils utilisaient tout particulièrement le terme *universitas* pour signifier l'individualité du contenant de la cité par rapport à son contenu. Ils s'efforçaient, à travers cette dissociation, de faire de la cité un pôle auquel se rattachent des droits et des obligations indépendamment des individus qui la composent⁷⁸. L'*universitas* permettait ainsi de représenter le *corpus* juridique⁷⁹ de la cité bien qu'elle ne pût être qualifiée de « *personne* »⁸⁰.

28. **L'individualisation de la cité.** Des sources abondantes attestent que les cités, à l'instar des individus, entretenaient des rapports juridiques privés⁸¹. C'est à l'occasion de ces rapports que les juristes se sont attachés à organiser la vie juridique des entités collectives. La tâche était ardue, car, pratiquement et théoriquement, il était difficile, à leur époque, de concevoir qu'une collectivité pût occuper une place semblable à celle d'un individu. Il fallait pourtant y parvenir, car, dans la réalité, « *les cités figuraient comme propriétaires de terres, de mines, d'immeubles bâtis, d'esclaves, de trésors monétaires et de métaux précieux ; ... elles étaient aussi titulaires de droits personnels, comme créanciers et comme débiteurs ; ... elles vendaient et achetaient des bienfonds, prêtaient et empruntaient de l'argent, louaient des terres et prenaient des services à bail ; ... elles recevaient des promesses et contractaient des engagements... elles intentaient enfin des actions en justice pour faire valoir leurs droits, ou..., à l'inverse, des actions étaient intentées contre elles, pour les contraindre à l'exécution de leurs obligations* »⁸². La cité était propriétaire, créancière, débitrice⁸³. Elle constituait, au même titre que la personne, une entité virtuelle d'appropriation

⁷⁷ Le droit romain connaissait d'autres entités collectives regroupant plusieurs personnes. Tel était le cas, par exemple, de l'État ou de la *res publica*. Substantiellement, l'analyse est la même que pour la cité : le droit romain, sans se poser la question théorique de la reconnaissance de la personnalité juridique, considérait ces entités comme ayant des biens, des créances et des dettes. V. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, Réimpr., 2003, 8^e éd., p. 256 et suiv.

⁷⁸ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p. 256 et suiv. ; Y. THOMAS, « L'institution civile de la cité », *Le Débat* 1993/2 (n° 74), pp. 21-40.

⁷⁹ Un exemple probant peut être donné avec la parole de Gaius lorsqu'il s'exprime sur la naissance de la cité : « *Quod cujuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur* », trad. libre : « *Du nom d'universalité pour tout ce qui se passe pour ou contre* », Gaius, D., 3, 4,1.

⁸⁰ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p. 257.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Y. THOMAS, « L'institution civile de la cité », art. préc., pp. 21-40.

⁸³ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p. 257.

à laquelle s'imputaient des droits et des obligations. En effet, « *les Romains ont conçu dès l'origine l'idée d'un État rudimentaire, d'un corpus capable de posséder des biens et de procéder aux actes de la vie juridique par l'intermédiaire de ses magistrats, de sorte que certaines conséquences de la personnalité morale avaient été tirées avant que cette notion soit théorisée* »⁸⁴. Le tropisme était tel qu'il faisait dire à Gaius que « *les cités sont considérées comme occupant la même place que les particuliers* »⁸⁵.

29. Yan Thomas précise dans ses études sur la cité à Rome que l'individualité de celle-ci n'était pas encore, comme on a commencé à le concevoir au Moyen Âge et surtout durant la période moderne, un ensemble institutionnel ou institutionnalisé. Elle s'apparentait à une unité qui se structurait à l'occasion de ses rapports juridiques externes avec des personnes⁸⁶. L'organisation interne de la cité indifférait. Seule importait aux yeux des jurisconsultes l'organisation de ses rapports externes, à l'occasion de contrats ou de litiges avec des individus⁸⁷. C'est à partir du moment où l'édit du prêteur a reconnu des actions aux citoyens romains contre la cité que son individualité externe a pu nettement se préciser⁸⁸. Depuis ce stade, la cité a constitué une unité indivisible⁸⁹.

À Rome, l'acte juridique est individuel. Par suite, l'insertion de la cité dans le commerce juridique et le droit qui lui est reconnu de passer des actes juridiques ne pouvait que conduire à son individualisation. L'affinement de l'institution par l'extérieur a eu des conséquences internes. Il a fallu savoir si l'on devait imputer les créances et les dettes à chaque membre, en tant que tout indivis. Selon Yan Thomas, une réponse négative a été apportée à cette question. D'après lui, aux yeux des membres de la cité, les dettes et les créances étaient attribuables « *à un sujet placé en dehors d'eux* »⁹⁰. Il était exclu que les actes juridiques effectués par la cité engageassent personnellement ou collectivement les citoyens. La cité était dans la même situation qu'une personne. Le Digeste en donne plusieurs illustrations. En droit des successions, un citoyen romain peut être cohéritier de la cité. Cette possibilité a soulevé plusieurs questions. Le citoyen doit-il recevoir sa part non seulement en tant qu'individu, mais

⁸⁴ PH. YOLKA, *La propriété publique, éléments pour une théorie*, Bibl. dr. pub., LGDJ, T. 191, 1997, p. 32.

⁸⁵ GAIUS, D., 50, 16, 16. cf. Institutes, 2 195, à propos d'un legs.

⁸⁶ B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, th. Paris, 1942, p. 189 et suiv.

⁸⁷ B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, th. préc., p. 269. L'auteur précise que la reconnaissance de leur capacité à ester en justice symbolise clairement le premier pas sur la voie de la reconnaissance de leur personnalité juridique.

⁸⁸ P. RAMADIER, « La représentation judiciaire des cités d'après l'édit du prêteur », Mém. P.-F. GIRARD, Paris, 1913, 1, p. 259 et suiv. ; B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, th. préc., p. 90 et suiv.

⁸⁹ Y. THOMAS, « L'institution civile de la cité », art. préc., p. 23.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 30.

aussi en tant que membre de la cité ? Pour le dire autrement : est-ce que la cité doit être analysée comme un ensemble de cohéritiers ? La réponse est négative, la cité est considérée comme un attributaire distinct⁹¹. De même, dans l'hypothèse où une collectivité est chargée d'un fidéicommiss de restitution au profit de l'un de ses membres, elle ne se restitue pas à une partie d'elle-même les biens de la succession⁹². « *La charge qui lui incombe de choisir en son sein le bénéficiaire de ce qu'il lui faut rendre n'implique pas non plus que l'attributaire, du fait qu'il appartient à cette communauté, se soit à soi-même rendu les biens qu'il avait partiellement mission de restituer à un autre* »⁹³. De cette logique, il résulte que la cité est tout aussi individualisée pour ses propres sujets qu'à l'égard des parties avec lesquelles elle entretient des rapports juridiques. Elle devient donc un tiers à leur égard. Les personnes traitaient avec une unité et non avec un ensemble d'individualités. Pourtant, la personnification du groupement n'était pas encore conceptualisée à cette époque, elle ne devait être faite qu'au Moyen Âge⁹⁴.

30. **L'impossible personnification de la cité.** Comme la cité occupe une place analogue à celle reconnue aux particuliers, on peut y voir les prémices d'une personnification. Toutefois, les juristes romains ne sont pas parvenus à concevoir la personne en dehors des individus concrets, c'est-à-dire humains⁹⁵, ce qui interdit de voir dans la cité une personne. Cette limite occasionne des difficultés théoriques, car elle conduit à imputer une fonction de sujet « *à ce qui n'en avait les attributs ni naturellement ni même par fiction juridique* »⁹⁶.

31. De manière prosaïque, cela posait notamment la question de savoir à qui appartenaient les biens de la cité. En fait, cette situation n'était pas formulée positivement. Les biens de la cité étaient vus comme des « *res nullius in bonis* »⁹⁷. Ils étaient donc des choses inappropriables : la négation de la personnalité entraînait la négation de la propriété.

⁹¹ POMPONIUS, D., 3, 4, 9.

⁹² Y. THOMAS, « L'institution civile de la cité », art. préc., p. 30.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ V. *infra*, n° 78 et suiv.

⁹⁵ Gaius, *Inst.*, I, 8-9 : « *omne autem ius, quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* ». trad. libre : « *Tout le droit que nous utilisons concerne soit les personnes, soit les biens ou les actions. Voyons en premier lieu ce qui concerne les personnes. 9. Et la principale division relative au droit des personnes est que tous les hommes sont libres ou esclaves* ». V. en ce sens B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, th. préc., p.1.

⁹⁶ Y. THOMAS, « L'institution civile de la cité », art. préc., p. 33.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 31. D'autres auteurs estiment que l'« *universitas* », en dépit de la jouissance collective de ses membres, était dans un certain elle-même propriétaire desdits biens : P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op.cit., p. 256, citant la note de Marcien (Marcien, D., 1, 8.) : « *universitas sunt..., quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum* », trad.libre. « *L'universalité sont..., comme le théâtre, les stades et choses similaires, ce sont les choses communes à la société* ».

Toutefois, la contradiction était insoutenable, ce qui a conduit les jurisconsultes romains, à partir du Bas empire, à considérer la cité comme propriétaire des biens⁹⁸.

32. Le statut juridique de la cité était donc complexe du fait de l'absence de personnification. Pourtant, un fragment audacieux de Florentinus au sein du Digeste révèle que l'analogie de la cité à une personne était déjà perçue⁹⁹. Il est évident que ce groupement individualisé accédait à la vie juridique. Certes, il n'y accédait pas naturellement et immédiatement, mais il le faisait juridiquement et abstraitement. Les médiévaux n'ont fait que recueillir et développer cette intuition.

33. **L'universalité comme nom.** Il était nécessaire de pouvoir penser ce pôle de droits et obligations qu'était la cité en dehors de son substrat (les membres de la cité) et en dehors de sa personnification. Les raisons en ont déjà été évoquées : il fallait notamment éviter qu'un créancier n'étendît son action contre la cité à ses membres. À cette fin, les jurisconsultes romains ont mis à l'épreuve le statut de la cité en raisonnant sur une hypothèse extrême, celle où la cité est débitrice d'une dette, mais qu'il n'existe plus qu'une seule personne en son sein.

Si l'on estime que cette personne doit la dette de la cité, la cité ne serait rien d'autre qu'une réunion d'individualités, une communauté qui se confond avec l'ensemble de ses membres. Les exégètes modernes¹⁰⁰ ont souvent interprété ainsi le passage du Digeste duquel il résulte que « *les actions en justices lui appartiennent (au dernier membre de la cité) et peuvent être exercées contre lui, parce que le droit de tous échoit à un seul* »¹⁰¹. Pourtant, Yan Thomas explique que l'interprétation de ce fragment doit être séparée de sa logique interne. Précédemment, nous avons relevé des situations qui montrent que les juristes romains distinguaient la cité de ses membres, entre le concept et son substrat. Ulpien disait que ce qui reste de l'universalité, lorsqu'elle est vidée de sa collectivité, c'est son nom¹⁰² : « *set nomen universitatis* ». À travers cette formule Ulpien entendait signifier que l'ensemble conserve son identité malgré le changement, le remplacement ou la disparition de ses composants. La cité

⁹⁸ F. ZENATI-CASTAING, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir. Réflexions de synthèses », *RJTUM*. 2014, p. 533, spéc. p. 639.

⁹⁹ 8 Inst. D., 46, 1, 22. : « *Morturo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas* », trad. libre : « *Le promettant étant mort, un fidéjusseur peut être accepté avant même l'adition d'hérédité par l'héritier, car la succession joue le rôle d'une personne, comme, par exemple, un municipe, une decurie, une société* ».

¹⁰⁰ F. MASSON, *La propriété commune*, th. Paris I, 2016, n° 43, p. 40.

¹⁰¹ D., 3, 4, 7, 2.

¹⁰² Y. THOMAS, « L'institution civile de la cité », art. préc., p. 26. L'auteur précise que la formule « *nomen* » ne peut en aucun cas être prise au sens de dette ou de créance. Il explique que le contexte est bien davantage celui de la permanence d'une entité qui se transforme et se vide progressivement, que celui de la permanence d'une dette subsistant malgré la disparition de la cité. Il cite au soutien de ses prétentions un texte des *Basiliques*, 8, 2, 107.

peut être un simple contenant vide, elle n'est pas affectée par la variation de ses membres. Son essence juridique ne disparaît pas avec ses sujets. Elle est un *nomen iuris*, un nom du droit¹⁰³ dont le dernier de ses membres est le seul à pouvoir exercer les actions que l'édit du prêteur caractérise comme les actions faites «*au nom de la cité*» ou «*au nom de l'universalité*»¹⁰⁴. Aussi, la logique du fragment susmentionné est le suivant : face aux tiers, la cité se maintient comme une identité durable et, même réduite à un seul membre, elle demeure seule débitrice de ses obligations, car le dernier n'est que le représentant d'une globalité qui le dépasse. Cette conceptualisation et individualisation du contenant permet précisément de parer aux inconvénients de la mortalité du contenu — les individualités humaines¹⁰⁵. Le tout perdure malgré la disparition du contenu. Il faut donc comprendre le passage précité comme, même réduit à une seule personne, c'est à cette dernière qui revient la charge de représenter la cité dans ses rapports individuels¹⁰⁶.

34. En définitive, le terme *universitas* permettait de traduire cette dissociation entre la cité et ses membres. L'*universitas* rendait ainsi compte de l'unicité du pôle de droits et d'obligations que formait une communauté de personnes. Elle était la représentation d'une unité juridique individualisée et indépendante des éléments qui en formaient le substrat puisqu'elle n'était pas affectée par leur disparition et remplacement. Elle était un concept formel. Au reste, nous pensons que la substance de la cité n'est pas la clé de compréhension de l'*universitas*. Fondamentalement, la notion était le moyen de représenter un opérateur auquel étaient applicables les règles et les formes du droit privé. Elle formait un sujet purement «*fonctionnel et attributif*»¹⁰⁷, qui se reflétait dans les choses, droits et obligations qui lui étaient imputés. Cette conception de la cité, à travers l'*universitas*, se retrouve à propos de l'«*hereditas*».

II) L'entité collective regroupant plusieurs biens

35. **Liens entre l'entité collective regroupant plusieurs biens et l'entité collective regroupant plusieurs personnes.** L'utilisation de l'*universitas* pour désigner des

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Y. THOMAS, «L'institution civile de la cité», art. préc., p. 25 citant D., 3, 4, rubrique ; h.t. 2 ; h.t. 7 pr. ; O LENELE, *Edictum Perpetuum*, 3^e éd. Leipzig, 1927, n° 33 et n° 34.

¹⁰⁵ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p. 259.

¹⁰⁶ Y. THOMAS, «L'institution civile de la cité», art. préc., p. 25

¹⁰⁷ *Ibid.*

groupements de personnes témoigne de sa dimension éminemment subjective. On pourrait croire que cette acception de l'*universitas* trouve sa cause dans le substrat de la cité qui est composé d'une pluralité de personnes et en déduire que lorsqu'au contraire elle regroupe des biens, l'*universitas* a une acception objective et ne désigne qu'un ensemble de choses. Mais l'analyse d'une forme importante d'*universitas*, l'*hereditas*, semble suggérer le contraire.

36. **Présentation de l'*hereditas* à Rome.** L'*hereditas* est souvent présentée comme la seule universalité qu'ait connue Rome¹⁰⁸. Concrètement, elle est une entité collective regroupant plusieurs biens, et à ce titre, elle est régulièrement envisagée comme une « chose », comme le « patrimoine » transmis par le *de cuius* à l'héritier¹⁰⁹. Cette analyse est anachronique, car à Rome, le patrimoine se définissait exclusivement comme l'ensemble des biens appartenant à un individu, sans ses dettes¹¹⁰. À titre d'exemple, dans le théâtre de Plaute, le terme *bona* est couramment employé pour « patrimoine », « fortune » ou « biens acquis par le commerce »¹¹¹. Les *bona* désignent le bienfait, donc seulement l'actif¹¹².

37. L'*hereditas* romaine s'oppose radicalement au *patrimonium* romain et elle s'oppose radicalement à l'idée de « choses » transmises à l'héritier. Elle a une puissance d'évocation beaucoup plus importante. Elle désigne, en effet, l'ensemble des rapports juridiques du défunt dans lesquels l'héritier doit le succéder, elle revêt donc un caractère éminemment subjectif (A.). D'ailleurs, à Rome, les différentes situations juridiques qui saisissent l'hérédité ne parviennent pas à la considérer comme une *res* ordinaire (B.).

A) L'*hereditas*, expression de l'idée de succession

38. ***Hereditas* et *res* à Rome.** L'*hereditas* est généralement analysée comme une chose incorporelle que l'on peut acquérir par usucapion et que l'on peut revendiquer¹¹³. Cette idée

¹⁰⁸ V. en ce sens, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, T. I, 6^e éd., Paris 1947, réimpression Aalen 1970, p. 348.

¹⁰⁹ V. sur la critique de l'idée de transmission d'un patrimoine F. LASSALE, *Théorie systématique des droits acquis : conciliation du droit positif et de la philosophie du droit*, trad. J. BERNARD, J. MOLITOR, G. MOUILLET, A. WEIL, T. II, Paris, 1904, p. 15 et suiv.

¹¹⁰ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, *op.cit.*, n° 26, p. 60.

¹¹¹ *Mostelleria* (le revenant), v. 233-234 ; *Trinumus* (l'homme aux trois derniers), v. 168.

¹¹² Paul, D. 50, 16, 39, 1 : « *Bona* » *intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.*

¹¹³ PH. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, Les libéralités*, LGDJ, 8^e éd., 2018, p. 89, n° 145 et suiv.

séculaire est le produit d'une longue tradition issue de la glose¹¹⁴. Elle mérite que l'on s'y attarde quelques instants, car elle apparaît éloignée de l'esprit du droit romain, bien trop casuistique pour pouvoir être réduit à une telle proposition.

39. Les jurisconsultes romains n'hésitent pas, pour des raisons pratiques, à la fois, à subjectiviser le monde des choses¹¹⁵ et à réifier le monde des humains¹¹⁶. La sécularisation du droit à Rome a permis à la technique juridique de modeler la nature en contournant les obstacles que la réalité oppose à l'action humaine¹¹⁷. Toutefois, présenter l'héritier comme le titulaire d'un droit sur une chose à laquelle est réduite l'« *hereditas* » est un simple expédient qui donne une vision réductrice du mécanisme successoral. Les jurisconsultes romains n'ont jamais perdu de vue que le titre d'héritier est une qualité, et semblent plus enclins à parler de propriété des biens héréditaires que de propriété de l'hérédité¹¹⁸. Bonfante condamne fermement l'idée d'un droit réel portant sur l'hérédité¹¹⁹. L'éminent romaniste affirme que celle-ci désigne autre chose, une position juridique : celle qui est laissée vacante par le défunt. Son analyse n'a rien d'hétérodoxe, tant s'en faut ; son postulat est corroboré par Justinien lorsqu'il précise que l'héritier entre dans tous les droits du défunt et qu'il est tenu des mêmes causes¹²⁰. L'hérédité ne semble donc pas être un objet concret. Gaius le confirmait, en considérant que l'hérédité n'est que le simple fait de succéder à l'*universum jus* du défunt¹²¹.

40. ***Hereditas et principe de continuation de la personne du défunt.*** En précisant que « *l'hérédité n'est rien d'autre que la succession dans tous les droits du défunt* »¹²², Gaius

¹¹⁴ Thibaut, dans son système de droit des pandectes, fait deux classes de droits réels : les droits réels portant sur les choses dont l'objet n'est pas une *universitas* et les droits réels portant sur des choses dont l'objet est une *universitas*. V. THIBAUT, *System des pandectenrechts*, JENA 1834, vol. II, p. 341.

¹¹⁵ En témoigne la cité.

¹¹⁶ En témoignent les esclaves qui étaient des *humani* mais aussi, dans un certain sens, des *res*. V. sur ces questions, Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain », in *APD*, n° 25, 1980, pp. 413-426

¹¹⁷ Y. THOMAS, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme* 2005/3-4, N° 175-176, p. 113-130, L'auteur précise que « *le droit civil romain mettait en présence de procédures par le moyen desquelles les hommes se forgeaient des dieux (consécration) et des fils (adoption), changeaient la vie en mort (mort civile) et la mort en vie (restitution), les personnes en choses (diminution statutaire) et les choses en personnes (personnification)* ».

¹¹⁸ Ulpian, D., 38, 9, 1 (liv. 49 sur l'Édit) : « *Succession edictum idcirco est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent* », trad. libre : « *L'Édit qui fixe l'ordre de ceux qui sont appelés à la succession a été établi afin que les biens (patrimoine) de l'hérédité ne restent pas longtemps sans propriétaire* ».

¹¹⁹ P. BONFANTE, « Il concetto dell'eredita nel diritto romani e moderno », in *Scritti Giuridici Varii*, t. I, Famiglia e successione, UTET, 1916, n° IV, p. 161.

¹²⁰ Lib. L, tit XVII, « *Heredem est ejusdem juris et potestatis cujus et defunctus fuit* », trad. libre : « *L'héritier a le même pouvoir et le même droit que le défunt dont il a hérité* ».

¹²¹ GAIUS, D., 50, 16, 24. (Liv. VI Edit. Provincial), « *hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius, quod defunctus habuit* », trad. libre : « *L'hérédité n'est rien d'autre que la succession dans tous les droits du défunt* ».

¹²² *Ibid.*

signifie que l'hérédité exprime une action, celle de succéder à une personne dans ses rapports juridiques. Or, succéder, en droit romain, c'était continuer la personne du défunt¹²³. L'idée de continuation de la personne suppose au préalable d'établir ce qu'il faut entendre par « personne » à Rome. Les Romains ne sont jamais parvenus à conceptualiser la personnalité juridique en dehors de situations casuistiques¹²⁴. L'*hereditas*, à travers le principe de succession dans l'ensemble des rapports juridiques du défunt, témoigne précisément d'une situation pratique où une personne, l'héritier, continue un être juridique qui ne s'éteint pas par la mort. L'hérédité assure donc une dualité de fonctions : elle est à la fois le réseau des droits et obligations qui permet de substantialiser la personne juridique du défunt (*universum jus quod defunctus habuit*) (1.) et le processus par lequel l'héritier lui succède (*successio*) (2.). Nous retrouvons là le principe formulé par Gaius : l'hérédité n'est rien d'autre que la « *successio in universum ius, quod defunctus habuit* »¹²⁵.

1) *Dimension statique de l'hérédité, le réseau de tous les droits et obligations du défunt*

41. **La subjectivité juridique de l'hérédité dans sa dimension statique.** Statiquement, l'hérédité est l'*universum jus defuncti*, l'universalité des droits du défunt. Autrement dit, elle est l'ensemble des rapports juridiques dans lesquels le défunt s'était inscrit¹²⁶. Par son infusion dans la personne de l'héritier, ce réseau de rapports se substantialise. L'hérédité est donc éminemment subjective et elle ne peut être réduite à une simple « chose ».

42. La grande variété des droits passant à l'héritier témoigne de cette subjectivité. Initialement, l'ensemble des rapports juridiques du défunt devait s'entendre très largement. En effet, Ulpien précise que l'héritier succède à la même *potestas* et au même *jus* que le défunt :

¹²³ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p. 941.

¹²⁴ L'organisation de la cité, précédemment exposée, est une autre situation pratique où l'*universitas* sert à penser la juridicité d'une personne, une capacité de jouissance.

¹²⁵ GAIUS, D., 50, 16, 24. (Liv. VI Edit. Provincial) ; L. 24, D. de v. s., 50, 16. GAIUS, *lib. VI ad Edidum provinciale* « *Nihil est aliud hereditas quam successio in (universum) ius (quod defunctus habuit)* » : trad. libre : « *L'hérédité n'est rien d'autre que le fait de succéder dans l'universalité des droits du défunt (in universum jus)* ».

¹²⁶ D., 29, 2. L. 37 ; *de verb. Sign.* D., 30, 16. L. 11. En droit moderne cette idée se retrouve dans les mots de Jean-Baptiste Treilhard, premier Consul chargé de présenter au Corps législatif la partie du Code civil consacrée aux successions, donc le principe de continuation de la personne juridique du défunt explique que « *Chacun laisse en mourant une place vacante ; nous avons des biens à régir, des droits à exercer, des charges à supporter : l'héritier est un autre nous-mêmes qui nous représente dans la société ; il jouit de nos biens, il y remplit nos obligations. Ce remplacement ne peut s'opérer que deux manières, ou par la force de la loi qui nous donne un successeur, ou par la volonté de l'homme qui désigne lui-même la personne qui doit nous remplacer* », J.-B. TREILLARD, « Exposé des motifs devant le Corps Législatif, séance du 19 germinal an XI », in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, éd. 1836, t. XII, p. 136.

« *Heredem ejusdem potestatis jurisque esse cujus fuit defunctus, constat* »¹²⁷. De ce fragment, d'éminents romanistes ont déduit que l'hérédité est le syncrétisme de l'ensemble des pouvoirs et des obligations du *de cujus* : pouvoir de *dominium*, pouvoir sur les individus, esclaves ou autres, pouvoir contre les débiteurs et obligation envers les créanciers¹²⁸. Au titre des charges, l'hérédité englobe l'obligation aux *sacra privata*¹²⁹, c'est-à-dire l'obligation de perpétuer le souvenir et l'existence des ancêtres¹³⁰. Cette obligation aux *sacra* a rapidement été considérée comme une conséquence de la succession à l'*universum jus* du défunt, de sorte que le pontife Tiberius Coruncanus a fait passer une loi destinée à imposer à tous les héritiers cette charge¹³¹.

De même, dans le droit attique, l'héritier a longtemps été obligé de supporter les accusations portées contre le défunt et les honneurs qui lui sont accordés¹³². Il ne s'agissait donc pas d'une simple acquisition pécuniaire, mais davantage de l'entrée de l'héritier dans une position juridique, celle laissée vacante par le *de cujus*.

D'après Pietro Bonfante, l'hérédité s'est plus tardivement composée à titre principal¹³³ des rapports juridiques actifs et passifs de son auteur¹³⁴. Même réduite à la dimension patrimoniale, au sens que cette notion a pris dans la langue juridique contemporaine, ces rapports juridiques sont demeurés empreints de subjectivité. L'héritier prenait la place que le défunt occupait dans tous ces rapports juridiques patrimoniaux. En ce sens, Paul-Frédéric Girard¹³⁵ précise que l'*heres* avait vocation à exercer toutes les actions du défunt, et

¹²⁷ trad. libre : « *L'héritier a le même pouvoir et les mêmes droits que le défunt* », D., 50, 17. L. 59.

¹²⁸ V. spécialement P. BONFANTE, « *La "successio in universum ius" e l'"universitas"* » art. préc., p. 250 et suiv. ; R. SALEILLES, « Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », Mel. GIERKE (Festschrift für Gierke), Weimar, 1911, pp. 1015-1034, spéc., p. 1026.

¹²⁹ Girard définit cette obligation comme une obligation personnelle d'essence familiale. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op. cit.*, p. 886.

¹³⁰ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p. 886.

¹³¹ R. SALEILLES, « Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », art. préc., p. 1022.

¹³² V. en ce sens, F. LASSALLE, *Théorie systématique des droits acquis, conciliation du droit positif et de la philosophie du droit, op.cit.*, p. 11. Il semble même que l'héritier, par son titre, dût occuper la même profession que le défunt. L. 9, § 1, D. *de ed.*, 2, 13. Paul, *L. III ad Ed. Nihil* : « *Nihil interest, si successores [aut pater aut dominus] argentarii eiusdem fuerunt professionis : quia cum in locum et in ius succedant argentarii, partibus eius fungi debent* », trad. libre : « *Il n'est d'aucune importance que les successeurs d'un banquier furent de la même profession que lui dans la mesure où, comme ils sont ayants cause (in locum) et ayants cause à titre universel (in jus), ils doivent remplir ses fonctions* ».

¹³³ P. BONFANTE, « *La "successio in universum ius" e l'"universitas"* », art. préc., p. 253 et suiv.

¹³⁴ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op. cit.*, p. 886 ; V. également E. CUQ, « Étude sur le testament *per aes et libram* », *RHDFE*. 1886, pp. 533-586, spéc. p. 548 ; F. LASSALLE, *Théorie systématique des droits acquis, conciliation du droit positif et de la philosophie du droit, op.cit.*, p. 12 et suiv. L'auteur explique que l'aspect subjectif de l'hérédité a été occulté par l'idée de transmission patrimoniale. Pourtant, c'est la personnalité du *de cujus* envisagée sous l'angle patrimonial qui est poursuivie.

¹³⁵ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p. 954.

corrélativement, à se défendre à toutes celles que les créanciers pourraient exercer contre lui. Il ne s'agissait pas seulement des droits et obligations existant au moment du décès, mais également des droits futurs, ou plus précisément, à venir. Edouard Cuq voit dans l'hérédité une entité regroupant l'ensemble de droits et d'obligations, actuels et futurs, ensemble indéfini dans lequel l'héritier devait évoluer¹³⁶. L'hérédité était donc une virtualité abstraite, et surtout, non délimitée. C'était dans la situation juridique d'une personne décédée qu'elle se retrouvait.

43. L'obligation aux dettes est à cet égard topique de la subjectivité de l'hérédité. En succédant, l'héritier s'obligeait à l'égard des créanciers du défunt comme s'il avait lui-même contracté cette dette. Cette « identité » de débiteur provenait de l'identité de personne entre l'héritier et le défunt. À Rome, la dette suppose toujours une action positive ou négative du débiteur au bénéfice du créancier. La mise en œuvre de cette action était assurée par la mainmise du créancier sur la personne du débiteur¹³⁷. Elle était donc un « *rapport bilatéral de personne à personne* »¹³⁸. En succédant à l'ensemble des droits et obligation du défunt, l'héritier le continuait dans ce rapport intersubjectif, autrement dit, il devenait redevable de l'action que devait le défunt en tant que débiteur et il s'exposait à la mainmise éventuelle du créancier¹³⁹. Il offrait au créancier — à l'instar du défunt au temps de sa vie — non pas un ou plusieurs biens, mais sa personne¹⁴⁰. Corrélativement, il obligeait sous le même rapport juridique les débiteurs du défunt comme s'il avait été lui-même leur créancier¹⁴¹.

44. La subjectivité juridique de l'hérédité romaine est méconnue. Une recherche minutieuse conduit néanmoins à observer que des historiens ont été réceptifs à la singularité de l'« *hereditas* ». Ces auteurs ont formulé des hypothèses pour la présenter, mais dans des termes qui relèvent davantage du droit moderne que du droit romain. Keller explique ainsi que

¹³⁶ E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., Paris, 1928, p. 741. L'auteur précise que l'héritier « *succède à tous les droits composant le patrimoine du défunt : il n'importe que ces droits existant actuellement, soient conditionnels, ou en voie de formation* ».

¹³⁷ G. CORNIL, « *Debitum et obligatio*, recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », in Mél. P.-F. GIRARD, 1912, T.I, p. 199 ; dans le même sens, D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, Paris, p. 13 et suiv.

¹³⁸ G. CORNIL, « *Debitum et obligatio*, recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », art. préc., p. 200.

¹³⁹ Primitivement, la mainmise du créancier consistait littéralement en un engagement du corps du débiteur. V. P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p. 388 ; E. CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, 1^{er} éd., 1904, p. 103.

¹⁴⁰ G. CORNIL, « *Debitum et obligatio*, recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », art. préc., pp. 202 et 203.

¹⁴¹ Au même titre, l'héritier devient propriétaire des biens de la succession comme s'il s'agissait de ses propres biens. Rappr. Inst. Just., 2.19.1 et 7 : « *Pro herede enim gerere, est pro domino gerere : veteres enim heredes pro dominis appellabant* », trad. libre : « *Car faire acte d'héritier, c'est faire acte de maître : les anciens se servaient du mot heres pour signifier maîtres* ».

c'est la personne économique du défunt qui est continuée par l'héritier¹⁴². Vering parle de capacité juridique, au sens de centre des droits patrimoniaux dont le défunt a été titulaire et auquel l'héritier succède. Arndts¹⁴³, et Ortolan¹⁴⁴ parlent de l'immortalité de la personne juridique du défunt continuée par l'héritier¹⁴⁵. Northoff estime que l'hérédité est la subjectivité de l'homme en tant que réalisée dans son patrimoine, et cette portion de personnalité s'ajoute à celle de l'héritier¹⁴⁶.

45. Ortolan est très certainement l'auteur qui a dégagé la formule la plus fidèle à l'esprit du droit successoral romain¹⁴⁷. Selon l'auteur, l'immortalité de la personne juridique du défunt est, d'après lui, statiquement assurée par l'hérédité¹⁴⁸. Plus précisément, l'hérédité cristallise, du fait de la mort, ce qu'était juridiquement une personne. La mort opère juridiquement une transsubstantiation¹⁴⁹ : la personne déchue vient à être juridiquement

¹⁴² KELLER, « *die oekonomische Personlichkeit* », *Pandekten*, §§ 353 et 456.

¹⁴³ ARNDTS, *Pandekten*, 13^e Auflage, § 464, Anmerkung, 1. « *Die Unsterblichkeit der vermögensrechtlichen Personlichkeit des Erblassers* ».

¹⁴⁴ J.-L.-E. ORTOLAN, *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, T. II, 1844, 3^e éd., n° 639, p. 437. Nous ne pouvons pour mieux illustrer l'idée que le citer : « *Qu'un fils de famille, qu'une personne alieni juris meure, c'est un individu, c'est un corps humain seulement qui périt. Sa personne se confondait dans celle du chef; les choses sacrées de la famille (sacra familia; sacra gentis); les choses profanes: domaine, obligations, actions, tout résidait sur la tête de ce chef, la mort du fils n'y a apporté aucun vide; la personne n'a subi aucune altération; il n'y a lieu à aucun remplacement, à aucune succession. Mais qu'un chef de famille meure: la personne qui était en lui, et les choses sacrées, et les choses profanes, domaine, obligations, actions, qui résidaient en cette personne, que vont-elles devenir? Sa mort a laissé une place vacante, a fait un vide dans l'association: ce vide sera rempli, cette place vacante sera occupée, cette personne sera reprise et continuée par une autre. Ainsi, l'individu meurt, mais la personne juridique est immortelle. Comme l'âme qui se dégage du corps, pour aller, au dire de certains philosophes, animer d'autres êtres, de même (mais plus certainement dans l'ordre législatif romain), la personne juridique se dégage avec le dernier souffle du mourant, pour aller se poser sur d'autres individus. Création de droit civil, elle ne peut périr par une mort matérielle: ce sont des causes juridiques qui seules peuvent l'éteindre* ».

¹⁴⁵ L'immortalité de la personne du défunt est importante aux yeux des Romains. Quintilien présentait ce principe ainsi : « *il ne semble pas qu'il y ait d'autres consolations de la mort, que la volonté qui franchit la mort* », QUINTILIANI DECLAM, CCCVIII.

¹⁴⁶ NORTHOFF, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozesordnung Neue Folge*, Band, XX, p. 391 et s.

¹⁴⁷ J.-L.-E. ORTOLAN, *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, *op.cit.*, n° 639, p. 437. D'autres auteurs affirment la subjectivité de l'hérédité. Nous pouvons encore citer Scheurl qui expose que la personnalité du défunt entre dans le domaine juridique de l'héritier : « *Die Beerbung ist Fortsetzung der vermögensrechtlichen Personlichkeit eines Verstorbenen* », trad. libre : « *L'héritage est la continuation de la personnalité patrimoniale d'une personne décédée* », SCHEURL, *Beiträge zum römischen Recht*, Band I, p. 37. Nous retrouvons sous la plume de Scheurl la dualité de fonction de l'hérédité : la fonction dynamique dans l'idée de continuation (« *Fortsetzung* ») et statique dans l'idée de personnalité patrimoniale (« *vermögensrechtlichen Personlichkeit* »).

L'expression « personnalité patrimoniale » a été vivement critiquée par Lassalle. L'auteur contestait cette idée en ce qu'elle offre une vision trop réductrice du droit successoral romain, et surtout, en ce que la notion de patrimoine vient occulter l'idée de personne. Les auteurs modernes ne s'intéressant dès lors qu'à l'objet succédé et « *Le patrimoine avait dévoré la personnalité* », F. LASSALLE, *Théorie systématique des droits acquis, conciliation du droit positif et de la philosophie du droit*, *op.cit.*, p. 15 et suiv.

¹⁴⁸ V. également en ce sens F. LASSALLE, *Théorie systématique des droits acquis, conciliation du droit positif et de la philosophie du droit*, *op.cit.*, p. 11.

¹⁴⁹ C'est ce qu'expriment maladroitement Ourliac et De Malafosse lorsqu'ils disent que « *la personnalité s'effacera devant la notion abstraite d'universalité* », P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, Les biens*, *op.cit.*, n° 29, p. 50. Au vrai, la personnalité ne s'efface pas, elle devient l'*universitas*.

représentée à l'aide de la notion abstraite d'universalité, laquelle peut, au besoin, se suffire à elle-même.

46. À côté de cette dimension statique, l'hérédité exprime aussi l'idée de *successio*. En ce sens, elle exprime l'idée d'un mouvement : celui de l'héritier vers l'*universum jus* du défunt.

2) *Dimension dynamique de l'hérédité, le processus de continuation de la personne du de cuius par l'héritier*

47. **L'hérédité comme *successio*.** Gaius disait que l'hérédité n'est rien d'autre que le fait de succéder à l'*universum jus* du défunt¹⁵⁰. Une lecture minutieuse de ce fragment permet de constater que l'hérédité, en plus d'une dimension statique, comporte une importante dimension dynamique. Celle-ci exprime l'idée que l'hérédité est le processus ou l'action par lequel l'héritier va s'installer dans l'ensemble des rapports juridiques du défunt¹⁵¹. Elle est l'idée de *successio*¹⁵² de l'héritier dans l'*universum jus* du défunt. À cet égard, il n'y a pas transmission de l'hérédité, pour la simple raison que l'individu étant mort, il n'est pas apte à transmettre des droits et des obligations. En revanche, le réseau de ses droits et obligations — ce qui représente sa personne juridique — est instantanément continué par l'héritier, ce qui assure sa perpétuation. On parle alors de continuation de la personne du défunt¹⁵³. Le processus de continuation est immédiat, il établit une identité de situation entre le défunt et l'héritier, de sorte que le second perpétue la place juridique et le statut du premier sur la scène du droit¹⁵⁴. L'héritier prend immédiatement la place du défunt dans tous les rapports juridiques qu'il entretenait. De ce fait, l'héritier et l'hérédité se confondent. C'est ce que

¹⁵⁰ GAÏUS, D., 50, 16, 24. (Liv. VI Edit. Provincial).

¹⁵¹ En ce sens, J.-L.-E. ORTOLAN, *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, op.cit., p. 437 et suiv.

¹⁵² Nous rappelons l'explication de Gaius : GAÏUS, D., 50, 16, 24. (Liv. VI Edit. Provincial) ; L. 24, D. de v. s., 50, 16. Gaius, lib. VI ad Edidum provinciale « *Nihil est aliud hereditas quam successio in (universum) ius (quod defunctus habuit)* », trad. libre : « *L'hérédité n'est rien d'autre que le fait de succéder dans l'universalité des droits du défunt (in universum jus)* ».

¹⁵³ E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, op.cit., p. 741.

¹⁵⁴ Cette idée se retrouve sous la plume de certains pandectistes allemands : « *Das Erbe als solcher soll die nämliche Person sei, wie der Erblasser, das heiszt der neue Träger der vom Erblasser innegehabten Persönlichkeite werden.* », trad. libre : « *L'héritage en tant que tel devrait être la même personne que le défunt (ou testateur), c'est-à-dire le nouveau titulaire de la personnalité inhérente au défunt (ou testateur)* », KELLER, « *die oekonomische Personlichkeit* », op.cit., p. 735.

semble dire Iavolenus lorsqu'il déclare que l'« *héritier et hérédité ne tiennent lieu que d'une même personne sous deux appellations différentes* »¹⁵⁵.

48. L'instantanéité de la succession de l'héritier dans l'*universum jus* du défunt peut complexifier la compréhension de la fonction dynamique de l'hérédité. En effet, il est difficile de se représenter le processus par lequel l'héritier succède aux rapports juridiques de son auteur, car la succession se réalise en un trait de temps. Le processus dynamique de l'hérédité est voilé par son immédiateté. Mais l'instantanéité du processus dynamique de l'hérédité est imposée par le fait que la « *successio* » réalise juridiquement une identité de situations entre l'héritier et le défunt à l'instant de la mort de ce dernier. Les deux volontés des deux personnes se confondent.

49. L'identité de situation juridique entre le défunt et l'héritier dans le processus de continuation de la personne du *de cuius* se révèle nettement à l'endroit des héritiers siens et nécessaires¹⁵⁶. Ces successeurs sont les personnes placées sous la puissance du *paterfamilias*. Ils sont considérés comme héritiers siens parce qu'ils sont naturellement les héritiers de la famille à laquelle ils appartiennent, et nécessaires parce qu'ils doivent se porter héritier. Logiquement, la personnalité du défunt leur est instantanément communiquée « *même à leur insu, même s'ils sont incapables de vouloir, même s'ils ne survivent qu'un instant de raison à la délation, à la mort du de cuius* »¹⁵⁷.

50. En résumé, la structure de l'*hereditas* romaine est éminemment subjective et elle ne peut se réduire à l'idée d'une simple chose. Dans un sens statique, elle désigne tous les rapports juridiques du défunt, et dans un sens dynamique, elle est l'idée de succession, de continuation de la personne du défunt par l'héritier. Ce dernier continue le *de cuius* en lui succédant dans tous ses rapports juridiques actifs et passifs. Il est donc logique que ces rapports viennent à substantialiser juridiquement sa personne. L'étude de la structure formelle de l'*hereditas* à Rome conduit donc aux frontières des concepts de base du droit, défiant leur classification. Dans cette région le sujet rencontre l'objet. La difficulté de concevoir l'*hereditas* comme une « chose » ordinaire, un objet de propriété, se révèle nettement en différentes hypothèses ou situations juridiques précises qui saisissent l'hérédité.

¹⁵⁵ Iavolenus explique, à cette occasion, la subjectivité de l'*hereditas* par rattachement à la personne de l'héritier : D. 41, 3, Loi 22, *de usurpationibus et usucapionibus*, Iavolenus libro septimo epistularum : « Heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur », trad. libre : « Héritier et hérédité ne tiennent lieu que d'une même personne sous deux appellations différentes ».

¹⁵⁶ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op.cit., p. 922 et suiv.

¹⁵⁷ *Ibid.*

B) L'expérimentation de l'idée d'hérédité comme idée de succession dans la place juridique du défunt

51. **Postulat de l'expérimentation.** L'idée que l'hérédité désigne la succession dans la place juridique du défunt doit être éprouvée au regard des Lois romaines. Or, les juristes romains formulent très explicitement l'idée que l'hérédité est pourvue de la subjectivité juridique et qu'elle s'appréhende difficilement comme une simple chose. Cela est topique dans le cas particulier où elle est jacente (1), c'est-à-dire lorsqu'elle est sans propriétaire.

En d'autres occasions, des actes ou situations juridiques saisissent l'hérédité. Dans ces différentes occurrences pratiques, les jurisconsultes romains cherchent moins à traiter l'hérédité comme un objet concret, qu'à déterminer qui est héritier, et donc continuateur de la personne du défunt (2).

1) *L'hérédité jacente*

52. **La dimension subjective de l'hérédité jacente.** L'hérédité jacente est une situation où l'*universum jus* du défunt n'est pas directement déferé à l'héritier — l'instantanéité du processus dynamique de l'hérédité est, pour ainsi dire, paralysée. En droit romain, certains héritiers, qu'on qualifie d'externes, doivent manifester leur volonté de succéder¹⁵⁸, parce qu'ils ne sont pas nécessaires et sont des successeurs aux biens. Tant que la succession n'a pas été acceptée¹⁵⁹, ils ne peuvent entrer dans les rapports de droits laissés vacants. La situation est fortement originale puisque les rapports juridiques du *de cuius*, sans personne pour y succéder, attendent l'arrivée d'un héritier. Les Romains considéraient l'hérédité comme jacente, autrement dit, à terre, à l'abandon, prête à être ramassée¹⁶⁰.

Autrement dit, l'absence de successeur immédiat réifie l'*hereditas*, ce qui n'est pas sans inconvénient. Comme l'explique Cuq, si l'hérédité est sans maître, n'importe quelle

¹⁵⁸ Il s'agit des successibles appelés par le droit civil (*heredes extranei, voluntarii*) et des successibles appelés par le droit prétorien à la *bonorum possessio*. Ces successibles n'acquièrent la succession que par une manifestation de volonté. Ils peuvent différer cette manifestation de volonté à un temps choisi par eux, V. sur ce point P.-F GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p. 923.

¹⁵⁹ Dans cette hypothèse l'acceptation de l'hérédité est appelée « adition ».

¹⁶⁰ E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 739. Le terme employé était *jacet* : la succession gisait.

personne peut venir se mettre en possession des biens de l'hérédité et en disposer à sa guise¹⁶¹. Cette acquisition pourrait d'ailleurs s'effectuer sans que personne n'assume la succession aux dettes.

53. En réalité, la succession sans maître n'est pas vraiment une chose, elle représente la personne du défunt¹⁶². Loin de considérer que l'hérédité jacente est un objet concret abandonné qui attend un nouveau propriétaire, les jurisconsultes romains expliquent qu'elle soutient la personne du défunt jusqu'à l'adition. La résurgence du *de cuius* dans l'hérédité permet ainsi de protéger ses rapports juridiques et de ne pas laisser sans vie son existence passée.

Vidée de son substrat naturel — la personne —, l'hérédité maintient la capacité de jouissance du défunt, son aptitude à acquérir des droits et à se lier à des obligations. De la sorte, le réseau complexe des rapports juridiques est continué. Il était même possible de réaliser de nouveaux rapports juridiques. Cuq explique, à partir d'un fragment de Paul, que les tiers pouvaient acquérir des droits contre cette hérédité¹⁶³. Les esclaves héréditaires étaient considérés comme des instruments d'acquisition pour le défunt, ils empruntaient sa capacité, devenue immanente à l'*hereditas*¹⁶⁴. La possession des choses héréditaires n'était pas non plus interrompue¹⁶⁵, de sorte qu'il était possible d'usucaper des biens, comme si l'hérédité poursuivait le *corpus* et l'*animus* du défunt.

54. Un tel mécanisme est intéressant à bien des égards. Il permet de confirmer la subjectivité de l'*hereditas*, mais surtout, il permet de constater que lorsque le processus dynamique de l'hérédité — la *successio* — est paralysé par le fait qu'il n'existe pas d'héritier connu pour succéder à la personne du défunt, l'hérédité se suffit à elle-même et, comme le souligne Joseph-Louis-Elzéar Ortolan, elle continue la personne du défunt¹⁶⁶. La subjectivité juridique lui est ainsi inhérente.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² L. 116, §3, D. 30, « *Hereditas personae defuncti, qui eam reliquit vice fungitur* » ; selon Justinien tit. 14, § 2, T. V., liv. 2 « *Non dùm adita Hereditas, personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti* », trad. libre : « l'hérédité soutient la personne, non de l'héritier futur, mais du défunt ».

¹⁶³ PAUL., D., III, 5, 21, 1, cité par E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, op.cit., p. 740.

¹⁶⁴ GAÏUS, D., XXVIII, 5, 31, 2.

¹⁶⁵ PAUL., L. 138, pr., D., de reg. Jur., L, 17. V. aussi 31, 5 ; 40 ; 44, 3. De usurp. 41, 3.

¹⁶⁶ J.-L.-E. ORTOLAN, *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne : suivie de l'explication historique des Instituts de Justinien*, éd. 1835, Joubert, p. 276. La formule « l'hérédité jacente continue la personne du défunt » est aussi reprise par Edouard Cuq lorsqu'il explique que la possession utile du défunt pour usucaper un bien dont la possession est continuée par l'hérédité elle-même, E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, op. cit., p. 284.

55. L'hérédité *jacet* n'est pas la seule situation à relater de la subjectivité de l'institution. Elle se retrouve en nombre d'autres occurrences.

2) *L'hérédité saisie par des situations juridiques*

56. ***L'hereditas saisie comme une « res ».*** En différentes occasions, l'hérédité peut être juridiquement appréhendée comme une chose, et plus précisément, une chose incorporelle. Toutefois, la qualité de *res incorporalis* doit être comprise à la lumière de la tradition philosophique grecque dont elle est issue.

57. La jurisprudence romaine a été considérablement influencée par la philosophie stoïcienne¹⁶⁷. C'est d'elle que provient la distinction des choses corporelles et des choses incorporelles¹⁶⁸. Cette distinction est complexe et ne peut se réduire à la distinction que les auteurs contemporains décrivent. La philosophie stoïcienne considère que tout ce qui existe doit être considéré comme un corps. L'existence des corps ne se limite pas à la matérialité, puisque Dieu, l'âme, la nuit, mais également la parole, les vertus sont aussi des corps¹⁶⁹. En définitive, le champ du corporel est sans borne. Il s'ensuit que le domaine des choses incorporelles est plus restreint et qu'il faut faire le départ entre l'exprimable, le vide, le lieu et le temps¹⁷⁰. L'exprimable peut se définir comme « *l'expression d'un certain aspect d'un objet, en tant qu'il accomplit ou subit une action* »¹⁷¹. La *res incorporalis* est donc ici le résultat d'une action saisie par la pensée. Selon cette logique, lorsque Gaïus indique que

¹⁶⁷ V. en ce sens F. LAFFERIERE, « De l'influence du Stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains », *Séances et travaux de l'académie des sciences morales et politiques*, T. I, Paris, A. Durand, 1860, p. 193 et suiv. ; M. PENA, *Le stoïcisme et l'Empire romain, historicité et permanence*, Marseille, PUAM, 2002.

¹⁶⁸ Nous retrouvons cette distinction chez Cicéron : *Topiques*, V, 26-27 : « *Definitionum autem duo genera prima : unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelleguntur. Esse ea dico quae cerni tangique possunt, ut funfum aedes, parietem stillicidium, mancipium pecudem, supellectilem penus et cetera ; quo ex genere quaedam interdum vobis definienda sunt. Non esse rurus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco. Ea saepe in argumentando definitione explicanda est* », trad libre : « *Les définitions sont de deux sortes : une, des choses qui existent ; l'autre des choses qui peuvent être comprises. Les choses existantes sont celles qui peuvent être vues ou touchées, telles qu'un fonds de terre, une maison, un mur, une gouttière, un esclave, du bétail, du matériel, des aliments, etc. ; toute sorte de choses qui requièrent parfois d'être définies par nous. Les choses qui n'ont pas d'existence sont celles qui ne peuvent être touchées, mais peuvent être perçues et comprises par l'esprit, telles que l'usucapion, la tutelle, la nationalité ou la filiation ; toutes choses qui n'ont pas de corps, mais qui ont néanmoins une forme distincte imprimée par l'intelligence, ce que j'appelle leur notion. Elles demandent souvent à être expliquées par leur définition lorsque nous en débattons* ».

¹⁶⁹ E. MEILLER, *La notion de servitude*, LGDJ, bilb. Dr. Priv., t. 553, 2012, n° 123, p. 20.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *ibid.*

l'« *hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius, quod defunctus habuit* »¹⁷², il précise que l'hérédité est l'action de succéder dans l'ensemble des droits ayant appartenus au défunt. Autrement dit, l'héritier, auteur de l'action, est celui qui succède à l'universalité des droits du défunt¹⁷³, il prend la place juridique laissée vacante par son auteur. L'hérédité, comme *res incorporalis*, ne fait rien d'autre qu'exprimer l'action de « prendre la place laissée vacante ». En droit romain, l'hérédité est un *ius*¹⁷⁴ (*universum ius*). Mais, si la traduction du latin *ius* renvoie à « droit » en français¹⁷⁵, il ne peut être assimilé à un droit subjectif¹⁷⁶. Bien au contraire, l'*universum ius*, l'*hereditas*, l'*universitas* — les termes peuvent être tenus pour synonyme — exprime une situation objective, un statut, un état qui produit un effet incorporel¹⁷⁷ : le fait pour l'héritier de prendre la place du défunt.

58. Il faut enfin, pour bien comprendre quelle chose est l'*hereditas*, compter avec la complexité du mot « chose » à Rome. Selon Yan Thomas, la *res* doit s'analyser autant comme le procès et l'affaire à débattre¹⁷⁸, que comme la « chose » objet du litige, dont les protagonistes réclament la restitution, le paiement ou la prestation¹⁷⁹. L'auteur explique qu'il est impossible de penser la *res* comme une « chose en soi », car elle ne se situe pas dans un rapport subjectif¹⁸⁰. Pour lui, « *le droit romain n'envisage pas la res dans sa relation d'opposition au sujet, mais dans son rapport d'intégration au droit : la res est d'emblée, une res iuris. Son objectivité est assurée par ce commun accord dont la controverse et le débat judiciaire sont le lieu d'origine* »¹⁸¹. La *res* est donc la chose qui donne lieu à controverse. Elle est d'ailleurs suivie par un nom qui caractérise cette controverse. L'*hereditas* en tant que

¹⁷² GAIÛS, D., 50, 16, 24. (Liv. VI Edit. Provincial), trad. libre : « *L'hérédité n'est rien d'autre que la succession dans tous les droits du défunt* ».

¹⁷³ D., 50, 17, 128, §1 : « *Hi, qui, in universum ius succedunt heredis loco habentur* ».

¹⁷⁴ Les *ius* sont des choses incorporelles. V. en ce sens GAIÛS, *Institutes*, II, 14 : « *Incorporales quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt* », trad. libre : « *sont incorporelles les choses qu'on ne peut toucher, telles que les choses qui consistent en un droit* ».

¹⁷⁵ F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin français, op.cit.*, « *Jus, juris* ».

¹⁷⁶ M. VILLEY, « L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *RHDFE*. 1945, pp. 201-227.

¹⁷⁷ Nous pouvons illustrer davantage cette idée avec un exemple donné par Sextus Empiricus : « *Pour les Stoïciens une cause est un corps, et c'est sur ce corps qu'une cause a quelque effet incorporel : un corps : le couteau, sur un corps : la viande, a un effet incorporel : le fait d'être coupé qui est un attribut ; un autre exemple : un corps : le feu, sur un corps : le bois, produit un effet incorporel : le fait d'être brûlé qui est un attribut* », J. BRUN, *Le stoïcisme*, 12^e éd., Paris, Puf, 1994, p. 57.

¹⁷⁸ Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain », art. préc., spéc. p. 415.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ « La *res* n'existe pas comme *Sache*, mais seulement comme *Gegenstand*. Et lorsqu'elle apparaît dans cette fonction, ce n'est pas comme siège où s'exerce la maîtrise unilatérale d'un sujet, ce n'est pas comme lieu inerte d'une *Rechtsgewalt*. Si la *res* est objet, elle l'est avant tout d'un débat, ou d'un différend, objet commun qui oppose et réunit deux protagonistes à l'intérieur d'une même relation », Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain », art. préc., p. 417.

¹⁸¹ *Ibid.* p. 418.

res incorporalis s'inscrit alors dans cette dépendance procédurale¹⁸², et lorsque les jurisconsultes romains parlent de *res hereditatis*, il faut comprendre que c'est l'action de succéder à l'ensemble des rapports juridiques du défunt qui est disputée par plusieurs protagonistes. Cette action est dépendante de la qualité d'héritier, aussi, c'est le titre d'héritier qui est disputé. Une fois celui-ci acquit, nous retrouvons l'hérédité dans sa dualité dimensionnelle : statique (la représentation de la juridicité de la personne grâce à l'*universum jus*) et dynamique (la continuation de la personne du défunt par l'héritier). Ainsi, qu'il s'agisse de la cession, de l'usucapion ou de la revendication d'une hérédité, le but est toujours de rechercher ou de déterminer un héritier, un continuateur de la personne du défunt.

59. **La cession d'hérédité.** Le droit romain a très tôt admis la cession d'hérédité¹⁸³. L'expression est cependant trompeuse. Elle suggère que l'*universum jus defuncti* se réifie, et constitue l'objet d'une vente. La réalité est plus complexe. Pour présenter la réalité de la cession à Rome, nous devons distinguer deux hypothèses : lorsque l'hérédité fait l'objet d'un contrat de vente et lorsqu'elle est cédée par voie d'une *in jure cessio*¹⁸⁴.

60. Les jurisconsultes romains semblaient admettre que l'hérédité pût faire l'objet d'un contrat de vente. Mais, la question fondamentale doit surtout s'articuler sur le point de savoir si cette vente concernait ou non tous les rapports juridiques laissés vacants par le *de cuius* – l'*universum jus defuncti*. Cuj enseigne qu'à Rome, la vente de l'hérédité ne modifie en rien la situation juridique du cédant¹⁸⁵. Autrement dit, il reste héritier vis-à-vis des créanciers de la succession et des légataires. Il est donc leur débiteur¹⁸⁶. Réciproquement, en tant qu'héritier, les débiteurs de la succession restent obligés envers lui¹⁸⁷. En vérité, seule une partie de l'actif de l'hérédité constitue l'objet de la vente. À cet égard, Rivier précise que l'héritier cédant doit

¹⁸² Elle n'est pas un objet concret et extérieur, mais un droit de succéder susceptible d'être disputé en justice. Cette analyse a le mérite de la logique, car celle qui réduit l'hérédité à un bien conduit à une impasse. Si l'on veut bien admettre, avec Thibaut (THIBAUT, *System des pandectenrechts*, JENA 1834, vol. 2, p. 341), que l'héritier a un droit réel sur l'hérédité, cela signifie qu'il en a tout autant sur l'actif que sur le passif. Les dettes sont donc elles aussi réifiées. Or, les juristes romains se refusent à cette analyse. Pour eux, la dette est, à l'instar de son support, personnelle.

¹⁸³ E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, op.cit., p. 749 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op.cit., p. 934 ; L. SAIGNAT, *De la cession de droits successifs et de ses effets en droit romain et en droit français*, th. Bordeaux, 1859 ; J. QUEREL, *De la vente d'hérédité en droit romain*, th. Lyon, 1881.

¹⁸⁴ Il s'agit d'un mode de transfert de la propriété plutôt singulier par lequel une personne, devant le magistrat, se prétend propriétaire au détriment d'un tiers. Elle disparaît sous Justinien. Sur cette procédure v. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 315.

¹⁸⁵ E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, op. cit., p. 749.

¹⁸⁶ Pap., D., XXXIX, 5, 28.

¹⁸⁷ L. SAIGNAT, *De la cession de droits successifs et de ses effets en droit romain et en droit français*, th. préc., p. 22.

faire tradition des choses cédées¹⁸⁸. Autrement dit, ce n'est pas l'*universum jus defuncti* qui est cédé, mais un ensemble de biens envisagés *ut singuli*. Il ne peut donc s'agir d'une véritable cession d'hérédité.

61. La cession d'une hérédité par voie d'*in jure cessio* est un mécanisme singulier. Par souci d'exhaustivité, il convient de distinguer suivant que la cession a eu lieu avant ou après adition, et selon que le cédant est un héritier *ab intestat* ou testamentaire¹⁸⁹.

L'adition a pour effet d'accepter la qualité d'héritier, en sorte qu'une fois effectuée, la qualité d'héritier est acquise de manière irrévocable et elle est incessible¹⁹⁰. En conséquence, lorsque la cession de l'hérédité a lieu après l'adition, que le cédant soit appelé à la succession par testament ou *ab intestat*, le cessionnaire ne peut acquérir que la propriété des biens corporels de l'hérédité¹⁹¹. L'hérédité n'est point transmise, car le cédant reste obligé envers les créanciers de la succession.

Lorsque la cession de l'hérédité a lieu avant l'adition, elle est pleinement efficace si elle est effectuée par un héritier *ab intestat*. Mais, la cession ne s'effectue pas comme si l'hérédité était un objet quelconque. Les jurisconsultes romains considèrent que le cessionnaire, par l'effet de la *in jure cessio*, devient héritier¹⁹², et réciproquement, que le cédant n'a jamais revêtu cette qualité¹⁹³. La transmission de l'hérédité ne s'effectue que par la reconnaissance de la qualité d'héritier au cessionnaire. Ce n'est qu'une fois investi de cette qualité qu'il devient continuateur de la personne du défunt, et, par suite, successeur à l'*universum jus quod defuncti habuit*. C'est donc la qualité d'héritier qui constitue l'objet de l'*in jure cessio*. La succession aux rapports juridiques du défunt n'est pas la cause de la cession, mais la conséquence de la reconnaissance de la qualité d'héritier.

62. **L'usucapion de l'*hereditas*.** Les Romains considèrent qu'il est possible d'usucaper une hérédité. S'il ne fait pas l'objet d'une analyse minutieuse, ce mécanisme pourrait, à l'instar de la cession de l'hérédité, conduire à conclure que l'*hereditas* est une chose. Au vrai, il est difficile, sinon impossible, de concevoir la possession d'un *universum jus*, autrement dit, d'un ensemble de droits actifs et passifs. Il est d'autant plus difficile de concevoir une telle possession que l'ensemble représente la personne juridique même du défunt à laquelle

¹⁸⁸ A. RIVIER, *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*, Bruxelles, 1878, p. 240.

¹⁸⁹ P.-F GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p. 934 ; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 749.

¹⁹⁰ « *Semel heres semper heres* », trad. libre « *une fois héritier, toujours héritier* ».

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² GAIÛS, II, 34-36 ; III, 85-86 ; ULPIEN, D., 44, 4, *De doli ex.*, 4, 28.

¹⁹³ A. RIVIER, *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain, op.cit.*, p. 238.

l'héritier doit succéder¹⁹⁴. Comment concevoir la possession d'une dette ? Les Romains y sont parvenus et ont pu déboucher sur la notion d'une usucapion de l'hérédité, en liant ce mécanisme au titre d'héritier. Ils considèrent qu'il peut y avoir usucapion d'une *hereditas* lorsqu'un individu, en possession de certains biens héréditaires, se comporte comme un héritier¹⁹⁵ et assume toutes les charges inhérentes à cette qualité¹⁹⁶. L'usucapion est obtenue à titre d'héritier, *pro herede*¹⁹⁷. Le possesseur ne doit pas se comporter, comme l'exige l'usucapion d'une chose singulière, à titre de propriétaire, mais en qualité d'héritier, et dès lors, en tant que continueur de la personne juridique du défunt¹⁹⁸. Il doit donc assumer toutes les obligations du défunt. À défaut d'un tel comportement, notamment s'il ne se soumet pas aux obligations, il n'acquiert qu'à titre particulier les choses qu'il possède¹⁹⁹.

63. S'il s'est comporté comme un héritier pendant un an, le possesseur devient héritier²⁰⁰. En conséquence, il est définitivement « *tenu des dettes en face des créanciers héréditaires, qui pourront se payer sur lui comme sur le défunt, quelle que soit la valeur des choses héréditaires, quand bien même il n'en aurait pris qu'une parcelle, puisque l'usucapion ne le rend pas propriétaire de cette chose concrète, mais héritier* »²⁰¹. L'usucapion de l'hérédité constitue donc moins l'acquisition d'une chose que la reconnaissance officielle de la qualité d'héritier qu'une personne a cru avoir pendant un an. Une fois le délai acquis, toutes les conséquences juridiques habituellement reconnues au titre d'héritier s'imposeront à cette personne, qui devra donc succéder à l'*universum jus* du défunt. Le véritable héritier n'est pas

¹⁹⁴ Nous relevons en marge que l'usucapion d'une hérédité est impossible en présence d'héritiers nécessaires. V. E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 736.

¹⁹⁵ D'après Gaius, le possesseur *pro herede* est celui qui croit être héritier. GAIUS IV, 144, cité par E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 757 ; V. également A. RIVIER, *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain, op.cit.*, p. 36.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 736.

¹⁹⁷ Edouard Cuq et Paul-Frédéric Girard, invoquant Gaius à l'appui de leur observation, ont expliqué que l'usucapion *pro herede* avait pour but d'obliger l'héritier à faire adition le plus tôt possible, car, à défaut, il viendrait à perdre la faculté d'accepter au bout d'un an. V. E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains, op.cit.*, p. 746 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p. 930.

Lassalle explique qu'il est nécessaire de trouver rapidement un héritier qui continue « *la volonté subjective du défunt* », F. LASSALLE, *Théorie systématique des droits acquis, conciliation du droit positif et de la philosophie du droit, op.cit.*, pp. 513 et 514.

¹⁹⁸ Lassalle exprime cette idée lorsqu'il explique que « *si le premier venu, désireux de continuer le défunt, n'a pour lui aucun droit, ni testament, ni loi de succession ab intestat, s'il n'existe aucune relation individuelle entre lui et le défunt et qu'il ne possède que sa part de l'esprit général du peuple, il faut du moins, pour être à même de donner à la volonté subjective individuelle du défunt la continuation voulue, se procurer de fait cette individualité et y pénétrer : pour cela il lui faut entre en possession de la fortune individuelle et s'emparer des biens du défunt de telle façon que, par la continuation de cet ensemble patrimonial fondé par le défunt lui-même, ce dernier projette sur lui le reflet de sa souveraineté volontaire* », F. LASSALLE, *Théorie systématique des droits acquis, conciliation du droit positif et de la philosophie du droit, op.cit.*, p. 521.

¹⁹⁹ P. COLLINET, « *iusta cause et bona fides* dans l'usucapion d'après les institutes de Gaius » in Mél. P. FOURNIER, 1929, p. 71 et suiv.

²⁰⁰ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op. cit.*, p. 931.

²⁰¹ *Ibid.*

sans ressources devant cette situation ; il peut prévenir l'usucapion en exerçant une pétition d'hérédité.

64. **L'action en pétition d'hérédité.** La pétition d'hérédité suppose qu'une personne, demandeur à l'action, revendique les choses héréditaires qui sont entre les mains d'un autre. L'action s'apparente donc à une action en revendication, et partant, peut conduire, elle aussi, à analyser l'hérédité comme une chose. En réalité, la pétition d'hérédité ne porte pas sur un bien, mais sur l'*universum jus defuncti*, donc sur tous les droits et obligations du défunt. Il est donc difficile, sinon impossible, d'individualiser l'objet revendiqué, ce qui exclut que la pétition d'hérédité soit la revendication d'un objet possédé par autrui. Comme le souligne Edouard Cuq²⁰², il est indifférent que le défendeur à l'action ne soit détenteur que de quelques biens héréditaires, il peut même n'en posséder qu'un seul, ce qui importe en réalité c'est de contester son droit. Le demandeur souhaite « *la constatation de son droit à la succession* »²⁰³, autrement dit, la reconnaissance de sa qualité d'héritier. La restitution des choses héréditaires n'est donc que le but de l'action, non son objet. Elle est une conséquence de l'attribution de la qualité d'héritier au demandeur²⁰⁴. La pétition d'hérédité a donc essentiellement pour finalité de savoir si le demandeur à l'action parvient à établir la réalité de sa qualité d'héritier²⁰⁵, et par suite, à prouver son droit de succéder.

65. Le fondement de l'action est donc le fait d'être héritier civil, testamentaire ou légitime²⁰⁶. Son but est de faire constater cette qualité²⁰⁷, et sa conséquence est de continuer la personne du défunt, succéder à l'*universum jus*²⁰⁸. La pétition d'hérédité est fondamentalement une action aux fins de constatation de la qualité d'héritier d'une personne, donc de continueur de la personne juridique.

66. La nature de l'action en pétition d'hérédité a fait l'objet de controverses. *A priori*, il semblerait qu'elle soit réelle. Mais, affirmer la nature réelle de l'action, c'est insister sur la nature réelle des choses héréditaires restituées. Or, la restitution porte également sur toutes les actions personnelles que le défunt pouvait faire valoir. En effet, la pétition ne porte pas, au rebours d'une action en revendication, sur un objet déterminé, mais elle porte sur la situation

²⁰² E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, op.cit., p. 756.

²⁰³ P.-L CAUWES, *La pétition d'hérédité en droit romain et droit français*, th. Paris, 1865, p. 4 et 5.

²⁰⁴ A. RIVIER, *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*, op.cit., p. 296.

²⁰⁵ *Ibid.* V. également E. GIRAULT, *De la pétition d'hérédité en droit romain et en droit français*, th. Poitiers, 1865, p. 93.

²⁰⁶ A. RIVIER, *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*, op.cit., p. 297.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 300.

²⁰⁸ A. PILLET, *Essai sur la nature de la pétition d'hérédité*, th. Paris, 1884, p. 9.

juridique passée d'une personne. Cette situation juridique passée, si elle comprend des objets corporels concrets, englobe aussi tous les rapports juridiques et notamment ceux auxquels l'héritier va lui succéder. À raison de cette particularité, la loi *de hereditatis petitione*²⁰⁹ nous dit que l'action en pétition d'hérédité est réelle, mais qu'elle contient des prestations personnelles également²¹⁰. La loi a donc qualifié la pétition d'hérédité de *mixta personalis actio*²¹¹. Cette qualification permet d'insister sur la particularité et l'hybridité de l'hérédité, contenant à la fois des droits réels et personnels.

Conclusion section.

67. Les différentes situations ci-avant analysées témoignent du fait que l'hérédité n'est pas une « chose ». Elle est une « res », au sens romain de cause²¹², c'est à dire lorsqu'elle s'inscrit dans un débat judiciaire. Ce qui est controversé, à cette occasion, c'est la qualité d'héritier, non pas la propriété d'une chose. L'*universitas* permet de réduire une pluralité de biens et une pluralité d'obligations à l'unité d'un même point d'imputation²¹³. Or, cette unité, qu'il s'agisse d'un ensemble de personnes (la cité) ou d'un individu concret, mais déchu (l'*hereditas*), a pour fonction de représenter une personne, non sous ses aspects physiques, moraux ou individuels, mais sous son aspect juridique, c'est-à-dire sous l'angle de ses biens et ses obligations. En définitive, l'*universitas* romaine est une entité subjective dont le critère de cohérence doit être recherché dans les biens, les dettes et leur cadre juridique.

68. Les institutions ne se transmettent cependant pas toujours avec la logique qui justifiait leur existence. Le temps déforme les esprits et les préoccupations des époques tardives ne permettent pas forcément de saisir la subtilité des concepts anciens. Tel fut le destin de l'universalité romaine lorsqu'elle fut redécouverte par les juristes de l'occident médiéval.

²⁰⁹ Loi 25, §18, *de hereditatis petitione*.

²¹⁰ ULPEN, L. 25, § 18, *de heredit. Petit.* «*Etsi in rem actio sit, tamen quasdam personales habet praestationes*», trad. libre «*quoique l'action soit réelle, elle renferme des prestations personnelles*».

²¹¹ L. 7, Cod., liv. 3, t. 31. En ce sens A. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, T. I, 2^e éd., Paris 1828, p. 459 ; A. NAQUET, «*Caractères des actions mixtes en droit romain et dans l'Ancien droit français*», in *Rev. de lég. ancienne et moderne, française et étrangère*, Vol. 3, 1873, pp. 473 à 506, spéc. p. 497.

²¹² Y. THOMAS, «*Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain*», art. préc.

²¹³ De toute évidence il ne peut s'agir encore d'*universitas facti*. Cette notion est une construction médiévale qui n'est pas encore formée. Chaque fois que l'expression (*id est universitatis*) est accolée à, par exemple, un troupeau, il ne fait pas de doute que l'on doit voir là une glose ou une interpolation. Dans le langage des juriconsultes, le mot *universitas* n'a jamais été employé pour désigner les choses collectives. V. en ce sens P. BONFANTE, *Instituzioni di dirritto romano*, 7^e éd., 1920, p. 233 ; R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., spéc. p. 133.

SECTION II. LA RECONSTRUCTION MEDIEVALE DE LA NOTION D'UNIVERSALITE

69. **L'absence d'*universitas* dans les pays de tradition coutumière.** L'ancienne France témoigne, du point de vue du droit, d'une multitude d'ordres juridiques. Cette bigarrure complexifie son étude. Toutefois, il est possible de dégager deux systèmes, deux traditions distinctes, celle des pays de droit écrit et celle des pays de droit coutumier, à l'intérieur desquelles on peut tenter d'éclaircir la genèse de la notion d'universalité.

70. Dans les pays de tradition coutumière, la distinction des biens²¹⁴ et l'absence du principe de continuation de la personne juridique du défunt²¹⁵ offrent une conception de la succession différente de celle de droit romain. En effet, l'obligation de conservation des biens immobiliers dans la famille offre une réglementation objective de la dévolution successorale fondée sur la nature du bien, en distinguant selon qu'il s'agit d'un bien meuble ou d'un bien immeuble. Ensuite, au sein de la catégorie des immeubles, une distinction a été introduite entre ceux qui viennent de la famille — ou de la succession des parents — et ceux issus du produit de l'activité de la personne.

71. Le principe de distinction des biens, qui caractérise cette tradition, organise la dévolution successorale en différentes masses qui «*forment, en quelque façon, autant de successions différentes*»²¹⁶. En droit coutumier, les biens ne forment pas «*une unité juridique rattachée à la personne. C'était une masse composée de biens divers n'ayant d'autre lien d'unité que celui résultant de la communauté de fait qui les avait réunis sous le couvert d'un même propriétaire*»²¹⁷. La succession n'y est pas une entité unique qui représente la personne du défunt²¹⁸ et que l'héritier doit continuer. De ce fait, l'émergence d'un concept d'hérédité et d'universalité similaire à celui du droit romain est impossible.

²¹⁴ V. sur ce point E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, th. Paris, 1902, n° 12, p. 33.

²¹⁵ Le droit coutumier parle de continuation de la personne physique et non de la personne juridique du défunt (V. J. PERCEROU, *La liquidation du passif héréditaire en droit français*, RTD.Civ. 1905, p. 557). Or, selon ce principe, seuls les héritiers par le sang continuent le défunt, car «*seul Dieu, par la naissance, peut établir ces liens du sang qui permettent de reconnaître dans le défunt et dans son héritier les continuateurs naturels de la personne physique d'un ancêtre commun*», P. CAZELLES, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, th. préc., p. 83.

²¹⁶ BOURJON, *Droit commun de la France*, t. II, «*Des testaments*», 3^e partie, ch. II, sect. II, n° 10.

²¹⁷ R. SALEILLES, «*De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français*», Bulletin de la société d'études législatives, vol. 9, pp. 296-325, spéc. p. 311.

²¹⁸ La succession s'intéresse exclusivement à la matérialité des biens et à leur ordonnancement juridique. Le décès de l'individu ne réalise pas le syncrétisme de l'ensemble des droits et obligations lui appartenant — *universum jus* —, tant s'en faut, car la dévolution successorale en organise la division.

72. **L'*universitas* dans le droit savant.** L'engouement du droit savant²¹⁹ pour les textes romains permet de redécouvrir l'*universitas*.

73. Les docteurs de l'occident médiéval ont découvert la présence de l'expression dans différents passages du Digeste. Si ces occurrences se retrouvent essentiellement à l'occasion de l'hérédité²²⁰ et des collectivités²²¹, les textes rapportent parfois la formule *universitas* comme synonyme de *totum*²²², c'est-à-dire pour signifier une intégralité²²³.

74. Face à la diversité des situations que recouvre le terme d'*universitas*, les glossateurs ont trouvé dans l'idée de corps distant une circonstance commune à ces ensembles. Une interprétation d'Azon, rapportée par Yan Thomas²²⁴, révèle ce rapprochement : « *Pour plus de clarté, examinons d'abord ce qu'est une universitas. C'est une collection de plusieurs corps distants entre eux (plurium corporum collectio inter se distantium), auxquels est assigné spécifiquement un nom* »²²⁵.

75. Les glossateurs ont emprunté l'idée de corps distant à Pomponius et la classification qu'il expose²²⁶ : il y a des « *corps séparés les uns des autres (ex distantibus), non liés entre eux, mais soumis à un même nom (non soluta sed uno nomini subiecta), comme un peuple, une légion, un troupeau* ». La grande variété des exemples donnés par le célèbre jurisconsulte romain n'a pas rebuté les glossateurs dans leur travail de rapprochement des concepts. À leurs yeux, il y a autant de similarité entre une légion et un troupeau, qu'entre une cité et une hérédité ; les objets se caractérisent tous par le fait que plusieurs corps (personne ou bien) sont

²¹⁹ Naturellement nous comprenons sous le terme « droit savant » les canonistes qui, vers Bologne en 1140, s'inspirent eux aussi du renouveau du droit romain. V. J.-L. THIREAU, *Introduction historique au droit*, Flammarion, 3^e éd., 2009, pp. 140 à 144. ; J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, PUF, 8^e éd., 2019, n^o 87 à 90.

Toutefois, le *doctor legum* est réputé pour sa grande connaissance du *corpus juris civilis* et pour son attachement au texte. En effet, pour les glossateurs, chaque mot du Digeste « *compte tout autant que ceux de la Bible pour son collègue de la faculté Théologique. Ils n'ont pas plus l'un que l'autre l'idée des interpolations du droit romain ou celle de la critique textuelle moderne de la bible* » (P. MICHAUD-QUENTIN, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Âge latin, op.cit.*, p. 15.).

²²⁰ D. 36, 1, 27., D. 50, 16, 208.

²²¹ D. 1, 8, 2, D. 38, 3., D. 40, 4.

²²² Ulpien par exemple au livre 17 sur Sabin (D. 7, 1, 70, 3) précise « *id est universitatis usufructus legatus est* », trad. libre : « il est légataire de l'usufruit du tout ».

²²³ Bonfante relevait fort justement qu'en ces différentes occurrences la formule « *universitas* » ne représentait pas une entité nouvelle. Il s'agissait alors d'une simple commodité de langage. P. BONFANTE, *Corso diritto romano*, 1926-1928, vol. 2., sect. I, p. 109.

²²⁴ Y. THOMAS, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », in *Les opérations du droit*, EHESS, Gallimard, Seuil, 2011, p. 218 ; V. également P. MICHAUD-QUENTIN, *L'universitas, expression du mouvement communautaire dans le moyen-âge latin, op.cit.*, p. 15 ; P. GILLET, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le Code de droit canonique*, Malines, 1927, p. 62.

²²⁵ *Summa Digestorum* sur D. 3, 4, cité par Y. THOMAS, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », art. préc., p. 218.

²²⁶ *Ibid.*, p. 219 ; Azon allègue à la fin de son commentaire la loi *rerum mixtura* (D. 41, 3, 30).

non liés matériellement entre eux²²⁷, mais leur ensemble présente une certaine permanence malgré le remplacement, la modification, la disparition du contenu²²⁸. À partir d'une approche aussi large, l'*universitas* avait vocation désormais à recouvrir des situations très hétéroclites.

76. Rationnellement, une première distinction s'est imposée entre les *universitas* qui rassemblent plusieurs sujets de droit (*universitas personarum*) et qui, à cet égard, s'opposent aux personnes seules, et les *universitas* qui rassemblent plusieurs objets, plusieurs choses (*universitas rerum*)²²⁹. Cette distinction séminale, si elle n'affectait pas l'unité du concept d'*universitas* qu'assurait la catégorie des *corpora ex distantibus*, a eu pour effet d'assigner une destinée nouvelle à l'*universitas* : alors que l'*universitas personarum* parachevait la subjectivité juridique de l'universalité héritée de Rome (I.), la catégorie de l'*universitas rerum* offrait une nouvelle vision, résolument objective, de l'universalité (II.)

I) L'*universitas personarum*

77. Les glossateurs et commentateurs utilisent l'antique concept d'*universitas* pour appréhender et relever l'autonomie juridique des groupements de personnes. L'originalité de leur apport est remarquable. Ils affirment, avec encore plus d'intensité que n'en avait l'*hereditas*, la subjectivité juridique des groupements de personnes et livrent ainsi une acception de l'*universitas* qui doit être rangée dans une théorie des personnes juridiques.

78. **Le cas ordinaire : l'*universitas* pour appréhender la vie juridique de la corporation.** La corporation est, à Rome, à l'instar de la cité, un ensemble de personnes. Toute la difficulté est de réussir à appréhender juridiquement cet ensemble indépendamment des individualités qui la forment. Les textes romains ont été ici d'un formidable secours. Saleilles²³⁰ explique que c'est à partir du fragment du Digeste (« *Quod universitatis est, non est singulorum* »²³¹) que cette construction a d'abord trouvé racine. Cette formule permet de

²²⁷ Y. THOMAS, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », art. préc., p. 218

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ A. LUCCI, « *La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale* », *Archivio giuridico*, 1904, p. 305 à 323, spéc. p. 306. L'auteur indique cette séparation entre les deux ensembles comme point de départ de la construction des universalités par les glossateurs. (même s'il ne fonde pas textuellement son intuition).

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ trad. libre : « ce qui est à une communauté n'est pas à chacun ».

signifier que l'*universitas* est le double qui représente la communauté²³² — la multitude de membres — en un seul et unique point d'imputation de droits et d'obligations²³³. Il est donc un double qui représente la communauté vers l'extérieur en lui conférant une unité.

79. Les canonistes ont poursuivi et affiné ce travail intuitif pour expliquer le fonctionnement des collèges et communautés. Gratien, par exemple, à l'occasion d'une étude portant sur les rapports entre l'affranchi et entre son ancien maître, explique que « *si quelqu'un doit sa liberté à une collectivité, il témoignera son respect non pas aux individus, mais à l'universitas* »²³⁴. L'*universitas*, avec plus d'acuité, matérialise l'autonomie juridique du groupement. C'est ainsi que Sinibaldus Fieschi, plus connu sous le nom d'Innocent IV, explique que le terme *universitas* permet de constater qu'un groupe est juridiquement constitué, c'est-à-dire qu'il a la qualité du droit²³⁵.

80. Affirmer que le groupement a la qualité du droit, et de ce fait, qu'il est juridiquement constitué, permet d'expliquer que des opérations juridiques ne concernent pas un individu, pas plus qu'une somme d'individus, mais quelque chose d'abstrait représentant l'ensemble des membres d'une collectivité. L'*universitas* s'analyse comme une entité juridique²³⁶ autonome par rapport aux individualités qui la composent²³⁷ et qui bénéficie de rapports juridiques qui lui sont propres. Elle conduit donc à reconnaître à l'ensemble une « *capacité juridique* »

²³² Y. THOMAS, « Un expédient interprétatif aux origines de la personne morale », art. préc., p. 956. Yan Thomas parle de double pour exprimer la dualité entre le contenu et le contenant. De cette manière, il souligne qu'une « *personne représentative double en permanence les collectivités existantes* ».

²³³ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théorie, vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé*, Rousseau, 2^e éd., 1922, p. 217.

²³⁴ P. MICHAUD-QUENTIN, *L'universitas, expression du mouvement communautaire dans le moyen-âge latin*, *op.cit.*, p. 30, citant le décret 12.2.56.

²³⁵ *Ibid.* pp. 37-38. De ce fait il est possible de le considérer comme apte à recevoir des droits et à s'obliger.

²³⁶ Y. THOMAS, « Un expédient interprétatif aux origines de la personne morale », art. préc., pp. 950-951. L'idée selon laquelle la corporation est une entité juridique distincte de ses composants provient, selon Yan Thomas, d'une casuistique particulière. L'auteur explique que les juristes des XII^e et XIII^e se posent une question d'école sur la frontière qui sépare une pluralité de sa dernière unité, et ultimement, celle qui sépare la dernière unité du rien. Autrement dit, lorsqu'une corporation — communauté monastique, collèges ecclésiastiques, etc. — voit tous ses membres disparaître sauf un, la collectivité possède-t-elle toujours ses biens propres et ses créances à faire valoir ? Les docteurs des XII^e et XIII^e siècles, glossateurs et commentateurs concluent, à partir des « lois » du droit romain antique, que la corporation est une entité juridique abstraite qui supplée à la défaillance du réel.

²³⁷ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théorie, vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé*, *op.cit.*, p. 78 ; V. également R. SALEILLES, « étude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Ann. dr. com.* 1895, p. 10. L'auteur relève que c'est avant tout une logique d'autonomie patrimoniale qui anime l'esprit des corporations lorsqu'il dit que « *la survivance de l'unité corporative s'expliquera par la nécessité de maintenir le patrimoine social en vue de cette collectivité éventuelle, et en vue, par conséquent, des intérêts statutaires auxquels elle aura toujours à pourvoir au moyen de la caisse commune* », *Ibid.*, p. 87 et 88.

distincte de celle des membres de la corporation²³⁸. À l'instar du droit romain, elle permet de reconnaître l'existence d'un « *corpus* » juridiquement distinct et autonome.

81. Un vocabulaire spécial, propre à l'esprit du droit médiéval, émergea pour signifier l'existence de ce « *corpus* ». Les juristes médiévaux, plutôt que de dire, comme en droit romain, que l'*universitas* joue un rôle de personne, la qualifièrent de personne fictive²³⁹. Le Pape Innocent IV utilisait les termes « *fungitur una persona* »²⁴⁰, « *nomen intellectuale* » et « *nomen juris* »²⁴¹.

82. L'expression de « *personne fictive* » est hétérodoxe. Elle s'explique néanmoins par le fait que les médiévaux voyaient dans la personne l'être humain²⁴², la personne réelle et concrète. Aussi, lorsque plusieurs individus s'unissent au point de former une unité distincte, les juristes soulignent que la personne ne peut être que fictive ou feinte (« *ingere* »), et pour cause, elle n'existe pas dans la nature des choses. Elle est une activité de l'esprit, une construction intellectuelle (« *nomen intellectuale* ») réalisée pour le droit (« *nomen juris* »)²⁴³.

83. **Le cas extraordinaire : l'*universitas* pour protéger la juridicité de la corporation.** Les médiévaux aiment raisonner avec des cas extrêmes pour installer leur dialectique juridique. Yan Thomas relève à cet égard que, dès la fin du XIIe siècle, les glossateurs et commentateurs se sont interrogés sur la situation juridique des biens, créances et dettes provisoirement délaissés à la suite de la disparition des membres du collège ou de la corporation²⁴⁴. Il explique que, devant le risque qu'ils ne deviennent sans maître, et que

²³⁸ Y. THOMAS, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », art. préc., p. 217 : « *La cité, l'universitas peuvent donc bien agir en justice et l'on peut bien tenter une action contre elles, sans que soient directement impliqués les individus pris un à un, puisqu'en dehors d'eux l'imputation des droits et des actions postule la constitution d'un sujet juridique distinct* ». ; V. également R. SALEILLES, « Étude sur l'histoire des sociétés en commandite », art. préc., pp. 71-72.

²³⁹ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théorie, vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé*, op.cit., p. 221 : « *La notion de personnalité est née ; elle est désormais devenue courante. Les Romains disaient de l'universitas qu'elle jouait le rôle de personne : Personae vice fungitur. Aussi les postglossateurs la qualifièrent de persona repraesentata ou ficta, ou encore de nomen intellectuale* ». Dans le même sens Feenstra (R. FEENSTRA, *Histoire des fondations*, RHD, v. 24, 1956, p. 412) affirme que l'*universitas* était une *persona*.

²⁴⁰ D'après Gierke, c'est même le souverain pontife qui a forgé le terme de « *persona ficta* ». Le recteur de l'université de Breslau fonde son analyse sur la solution du Pape selon laquelle « *cum collegium in cause universitatis fingatur una persona* » que l'on peut traduire par « *un collegium en ce qui concerne l'affaire commune peut feindre une personne* ». GIERKE, *Das deutsche Genossenschaft*, t.3, 1868, p. 283.

²⁴¹ P. MICHAUD-QUENTIN, *L'universitas, expression du mouvement communautaire dans le moyen-âge latin*, op.cit., p. 207., citant X. 2.20.57 (VI. 2.10.2), p. 113 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n° 67 et s.

²⁴² Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat* 1998/3 (n° 100), pp. 85-107, spéc., p. 100.

²⁴³ P. MICHAUD-QUENTIN, *L'universitas, expression du mouvement communautaire dans le moyen-âge latin*, op.cit., p. 207.

²⁴⁴ Y. THOMAS, « Un expédient interprétatif aux origines de la personne morale », art. préc., p. 955 suiv.

quiconque puisse s'en emparer, un biais a été trouvé dans la succession jacente et, plus généralement, dans les mécanismes de base de la succession romaine.

84. Les juristes romains, nous l'avons vu, conféraient le rôle de personne à la succession jacente, c'est-à-dire à l'ensemble des rapports juridiques vacants pendant l'intervalle de temps qui sépare la mort de la prise de possession par l'héritier²⁴⁵. L'idée fut transposée à la corporation. Yan Thomas relève que les « *biens d'un collègue vacant restaient attachés à ce collègue, non parce qu'il se perpétuait par ses murs, mais parce qu'il était une personne "représentée", à la manière dont une succession "représente" une personne* »²⁴⁶. La vacance ne provoquait donc pas une discontinuité dans la vie juridique de la collectivité. Comme l'explique Yan Thomas, le collègue a été une personne représentée, et cette représentation doit perdurer à la manière dont une succession représente une personne. Les « lois » romaines, applicables à l'hérédité, sont ainsi utilisées pour affirmer que la corporation feint une personne.

85. Les jurisconsultes romains ne sont jamais réellement parvenus à conceptualiser la personne juridique²⁴⁷, l'*universitas* leur a seulement permis de saisir à l'état embryonnaire le concept de sujet de droit. Leur travail de conceptualisation a été parachevé par les juristes médiévaux, qui ont recyclé l'*universitas* lors d'exposés relatifs aux corporations ou, plus généralement, aux collectivités de personnes, rejoignant une autre création du droit savant médiéval, la théorie de la personne juridique²⁴⁸.

86. Ces innovations intéressaient cependant exclusivement la personnalité juridique des groupements de personnes. La personnalité juridique des individus ne fit pas encore, à cette époque, l'objet d'une théorisation. La question de savoir comment le droit définit les êtres concrets et réels semblait inutile. Faut-il en déduire qu'ils traitaient différemment la personne individuelle et la personne juridique ? Nous ne le pensons pas, car l'*universitas* à Rome

²⁴⁵ D. 46, 1, 22 : « *Après la mort du promettant et avant que la succession ne soit acceptée, une promesse peut être fournie en garantie d'une créance, parce que la succession tient le rôle d'une personne tout comme un municipe, une assemblée de décurions ou une corporation* ».

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3e éd., Montchrestien, 2009, p. 29.

²⁴⁸ V. sur ce point, A. RIGAUDIERE, « *Universitas, corpus, communitas et consulatus dans les chartes des villes et bourgs d'Auvergne aux XIIIe et XIIIe siècles* », in *Actes des congrès de la Société des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur public*, 16^e congrès, Rouen, 1985, pp. 281-309. L'auteur explique à travers l'exemple des villes et bourgs d'Auvergne que l'accès au qualificatif d'*universitas* à comme conséquence l'octroi de la personnalité juridique ; V. également, F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD.Civ.* 2006, p. 445, spéc. p. 452 et suiv. ; du même auteur « Mise en perspective et prospective de la théorie du patrimoine », *RTD.Civ.* 2003, p. 667, spéc. p. 669 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op.cit., n° 203 ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théorie, vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé*, op.cit., p. 221.

comme au Moyen Âge permettait de reconnaître une « *capacité juridique* » à des ensembles qui, pour ne pas être des personnes, n'en remplissaient pas moins le rôle des personnes et pouvaient, par une fiction, être présentés comme tels²⁴⁹. Aussi, lorsque les premiers juristes médiévaux se mirent à parler de personne feinte, ils cherchaient avant tout à comprendre la personnalité d'un ensemble de personnes comme celle d'une personne normale et habituelle. La théorie de la personne juridique des médiévaux — personne fictive — fut une projection de ce qu'est juridiquement la personne individuelle pour l'appliquer à des groupements. En creux, cela signifiait que les deux entités subjectives se définissaient de la même manière²⁵⁰.

87. Le terme de personne juridique ou « personne fictive » a fini par remplacer l'antique formule romaine. L'*universitas*, si elle avait le mérite de l'autorité historique, traduisait moins l'idée d'unité personnifiée, de collectif unitaire à qui l'on reconnaît la capacité juridique, que le concept de personne. Un passage de Domat, rapporté par Saleilles, use d'une réflexion proche de celle des premiers glossateurs, tout en occultant la matrice romaine de l'*universitas* : « *les communautés légitimement établies, dit-il, tiennent lieu de personnes. Les biens et les droits d'un corps ou communauté appartiennent tellement au corps qu'aucun particulier qui le compose n'y a aucun droit de propriété et n'en peut disposer en rien* »²⁵¹.

88. En résumé, le travail des glossateurs et commentateurs à l'endroit des communautés de personnes est une poursuite consciente de l'héritage romain. La subjectivité juridique de l'*universitas* est achevée dans l'idée de « *personne feinte* ». En revanche, les savants médiévaux apportent une rupture en insérant les *universitates* dans une classification qui les oppose à une nouvelle catégorie, celle des *universitates rerum*.

II) L'*universitas rerum*

89. Le rattachement de l'*universitas* romaine à la catégorie des *corpora ex distantibus*²⁵² a conduit les juristes médiévaux à qualifier nombre de situations d'*universitas rerum*. Cette multiplication nécessitait une rationalisation qu'ils ont tenté d'accomplir (A.).

²⁴⁹ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théorie, vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé, op.cit.*, p. 615.

²⁵⁰ En ce sens J.-M. TRIGEAUD, « La personne », *Arch. Phil. Dr.* 1989, T. 34, p. 113.

²⁵¹ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théorie, vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé, op.cit.*, p. 227.

²⁵² Chose distante.

90. Le travail qu'ils ont réalisé fut définitif et devait venir jusqu'à nous. C'est à ce stade fondateur qu'il importe d'en formuler une appréciation critique (**B.**).

A) La rationalisation des *universitas rerum*

91. **Le temps de la confusion.** Par l'effet de la construction des docteurs médiévaux, la conception subjective de l'*hereditas* romaine s'est trouvée révolue. Les glossateurs et commentateurs n'ont pas profité de leur découverte de la subjectivité des groupements pour proposer une définition de la juridicité de la personne humaine, nous léguant une lacune qui n'a jamais été comblée jusqu'à nos jours, sauf la tentative d'Aubry et Rau. Ils sont même allés, au contraire, jusqu'à ranger la succession — ou hérédité — dans la catégorie des ensembles de choses. C'est ainsi que Bartole, rapportant la parole d'Azon, considérait comme similaires l'hérédité, le patrimoine, et le pécule²⁵³, voire, dans une autre glose, la dot²⁵⁴.

92. L'*universitas* en est ainsi venue à saisir une grande variété d'ensembles de choses : le troupeau et l'hérédité, et entre les deux, un florilège d'autres ensembles de biens²⁵⁵. Les commentateurs trouvaient néanmoins un trait commun à tous ces ensembles : ils conservaient leur identité malgré le changement, les augmentations ou les diminutions des composants²⁵⁶. À cet égard, le juriste Barbosa²⁵⁷, considérait que l'*universitas rerum* est un *corpus fictum*²⁵⁸, distinct des composants, qui demeure bien que ceux-ci changent, périssent ou soient

²⁵³ BARTOLE, D. 1, 15, 1, *Quando de peculio* : « Azo dicit quod est universitas quaedam cum in ea possunt esse mobilia et immobilia, corporalia et incorporalia. Nam quator sunt nomina universitatis, sen hereditas, bona, peculium et patrimonium », trad. libre « Azon dit que les universalités peuvent être mobilière et immobilière, corporelle et incorporelle. En fait quatre sont appelées universalités : l'hérédité, les biens, le pécule, et le patrimoine ».

²⁵⁴ BARTOLE, D. 25, 1, 5 *de impens. In reb. Dot. Fact.*

²⁵⁵ V. A. LUCCI, « La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale », art. préc., p. 305 s.

²⁵⁶ A. LUCCI, « La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale », art. préc., p. 307. L'auteur rapporte une glose de Bartole (BARTOLE, commentaire sur le pécule, D. 30,2), laquelle précise « *Universitas augmentum et diminutionem contingens* », trad. libre : « L'universalité peut augmenter et diminuer ». De même, à propos de la *Taberna*, Bartole écrit (Glose sur D. 34, 30, 20) : « *Apellatio tabernae refertur ad merces, est nomen universitatis, sicut grex et peculium et similia, et immo licet merces mutantur, tum eadem videtur esse taberna* », trad. libre : « La Boutique qui se retire d'un commerce, est une universalité, comme le troupeau, le pécule et autre, et elle peut subir des modifications, elle restera la même boutique ».

²⁵⁷ Aires de Figueiredo Barbosa (ou Arias Barbosa ou Ayres Barbosa) est un juriste humaniste portugais. Il est né à Aveiro vers 1460, mort à Esgueira en 1530. Il fut en 1495 le premier professeur de grec de l'Université de Salamanque.

²⁵⁸ Cité par A. LUCCI, « La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale », art. préc.

La querelle des universaux de la scolastique médiévale – philosophie enseignée dans les universités – a fortement influencé les formules employées par les juristes de l'époque (par exemple *fictum*). Le terme « *fictum* » témoigne du triomphe du nominalisme, doctrine qui ne voyait dans les idées générales que des abstractions sans réalité objective.

remplacés²⁵⁹. Cette définition témoigne de la grande influence de la catégorie des *corpora ex distantibus* sur la construction médiévale de l'*universitas*, seul élément commun à tous les ensembles de biens.

93. **Le temps de la rationalisation : la typologie des *universitas rerum*.** Face à l'accroissement de la catégorie des *universitas rerum*, les postglossateurs se sont interrogés sur la pertinence d'une sous-division. La problématique avait son importance, car à mesure de son expansion à d'autres ensembles, l'analyse de l'*universitas* se complexifiait par son manque de cohérence.

94. Doit-on considérer comme similaires une hérédité et un troupeau ? De la même manière, comment trouver une nature identique à la bibliothèque et à la dot ? Telles sont les questions auxquelles les commentateurs ont tenté de répondre. Bartole et De Castro ont rapidement esquissé une distinction entre ces ensembles. La distinction proposée à leur époque n'était pas celle formulée aujourd'hui, opposant l'universalité de fait et l'universalité de droit²⁶⁰. La classification construite par les postglossateurs était fondée sur une analyse du contenu de l'universalité. Les universalités ont été distinguées en fonction des éléments qui en formaient le substrat²⁶¹. Bartole²⁶², De Castro²⁶³ et Tartagna²⁶⁴ opposaient les universalités corporelles (*universitas corporea*) aux universalités incorporelles ou de droits (*universitas incorporea/jurium ou juris*)²⁶⁵. Ils voyaient dans la première catégorie un ensemble de choses mobilières corporelles et de même nature, tels le troupeau ou la bibliothèque. Ils analysaient

²⁵⁹ A. LUCCI, « La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale », art. préc., pp. 307-308, citant BARBOSA, *Soluto matrimonio*, pars III, n. 8.

²⁶⁰ V. en ce sens MÜHLENBRUCH, « Über *universitas facti* und *universitas juris* », *Archiv für die civilesche Praxis*, 1834, T. XVII, p. 395 ; K.A. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 1876, 7^e éd., §75 ; BIRKMEYER, *Das Vermögen in iuristischen Sinne*, n°3, p. 104.

²⁶¹ A. LUCCI, « La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale », art. préc., p. 309 suiv.

²⁶² BARTOLE, glose sur D. 25, 1, 5, 2 et D. 25, 1, 5, 3.

²⁶³ DE CASTRO, commentaire sur D. 56, 6, 1. (« *de rei vindicatio* », trad. libre : « de la revendication des choses »).

²⁶⁴ TARTAGNA, commentaire sur D. 22, 30, 1, *de leg.* : « *Ad universitatem dari rei vindicatio, quod verum esse intelligas in universitate continenti corpora tantum, ut est grex, secus in universitate continenti non solum corpora, sed jura, ut est peculium* », trad. libre : « *Dans les universalités, objet de revendication, les premières ne contiennent que des choses corporelles, les secondes contiennent non seulement des choses corporelles, mais aussi des droits, comme le pécule* ».

²⁶⁵ BARTOLE glose sur D. 58, 15, 2, qui s'exprime ainsi : « *Sed peculium est universitas incorporea et juris, in qua actiones continentur ; sed illud (dictum est) verum de corpore aliquo vel corporea universitate, ut equitio.* », trad. libre : « *D'un côté il y a le pécule comme universalité incorporelle et de droit, qui contient des actions ; mais à l'opposé il y a les vrais corps ou les universalités corporelles, comme le troupeau de chevaux (ou haras)* ».

la seconde comme un ensemble de droit, ou de choses et de droits, tels l'hérédité, le pécule ou la dot²⁶⁶.

95. La classification proposée était donc conçue autour de la nature des éléments qui composent l'universalité²⁶⁷. En vérité, elle était principalement déduite de l'observation du réel. L'*universitas corporea*, parce qu'elle était faite de choses corporelles, fait partie du monde réel. Elle était donc un objet concret. Cela laisse d'ailleurs à penser que l'*universitas corporum* était de nature corporelle²⁶⁸. À l'inverse, l'*universitas incorporea/jurium*, comme l'hérédité, était inobservable et indéfinie. Son appellation ne pouvait donc qu'être juridique, elle était incorporelle.

96. **Les critères d'identifications des universalités.** La distinction entre les deux universalités dégagées par les post-glossateurs — entre le corporel et le juridique — se vérifie nettement lorsque l'on recherche les caractéristiques propres à chacune d'elles. Comparant les effets attachés aux deux types d'universalités, Bartole considérait que l'*universitas corpororum* produit les mêmes effets qu'une *res* ou *judicium particulare* et montrait, à l'inverse, que l'*universitas incorporea/jurium* ne fonctionne que pour un *judicium universale*²⁶⁹ — droit universel. Il explique que l'universalité de choses corporelles peut faire l'objet d'une revendication, en tant qu'action réelle singulière, alors que l'universalité incorporelle fait l'objet d'une action universelle, comme la pétition d'hérédité, ou une action propre à chaque bien qui composent l'*universitas incorporea*²⁷⁰. De même, la plupart des commentateurs considèrent, sans difficulté, que l'universalité de choses corporelles est une chose. Elle peut donc être objet de droit au même titre qu'une chose singulière. C'est

²⁶⁶ E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., n° 17. L'auteur expose qu'un texte sur le pécule (Glose sur D. 15, 2, 1, 8), précise qu'il s'agit d'une universalité incorporelle, par opposition aux universalités corporelles telles que les haras.

²⁶⁷ BARTOLE, commentaire sur D. 25, 1, 5, 2.

²⁶⁸ V. en ce sens P. OURLIAC et de M. MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, op.cit.*, n° 30.

²⁶⁹ BARTOLE, commentaires sur D. 5, 2, 26, 1 ; D. 5, 2, 24, 1 ; D. 31, 4 ; D. 22, 5, 3 (*De imp. In res. Dot. Fact.* (XXIV, 1), L. 7, n. 3 D. *sol. Matr.* (XXIV, 2), L. *divortio et ob donationes h. tit.*, L. 31, § 4 dig. *h. tit.*, voir encore la glose *quia potest* à L. 22 de *pet. Haer.* (V, III,) et la glose *non est furtus* à L. 48 fin. *De furtis* (XLVII, 2).

²⁷⁰ BARTOLE, commentaire sur D. 56, 6, 1 : « *Universitas corporum et jurium non vindicatur h. d. Vides ergo differentia inter universitatem corporum tantum, ut gregis, et ista potest, vindicari, et universitatem corporum et jurium, ut peculium. De qua die, ut in glossa, et ista non potest vindicari rei vindicatione. Sed debent vindicari quaelibet alia corpora singula, ul hic, e l. peculio j. de pec. Alia tamen actione possunt peti, ut petitione haereditis, vel actione ex testamento et similibus* » trad. libre : « *La non-revendication de l'universalité de corps et de droits h. d. voyez la différence, l'universalité composée de choses corporelles, comme le troupeau, peut être revendiquée par tous moyens, et non l'universalité de corps et de droits, comme le pécule. En ce jour, comme dans la glose, elle ne peut être revendiquée par la rei vindicatio. Mais, la revendication peut s'effectuer en fonction des caractéristiques propres à chaque chose. Ou également par une action, comme la pétition d'hérédité, ou les actions dans le testament et similaires* ». ; J. DE MAGNUS, glose sur D. 21, 22, 1, « *Universitas corporum potest vindicari, non juris, ut est peculium, hereditas et dos* », trad. libre : « *L'universalité de choses corporelles peut se revendiquer, non les juris, comme le pécule, l'hérédité et la dos* ».

précisément en ces conditions que le troupeau peut faire l'objet d'un usufruit²⁷¹. Toutefois Bartole ne qualifie pas précisément la nature juridique de l'universalité. S'agit-il d'un bien ? L'hésitation est permise au regard du régime juridique qu'il porte à cet ensemble. Ne pouvant être revendiqué, il semble peu probable que le contenant puisse être qualifié de bien. Il y a là une contradiction qui présage des difficultés à venir : Bartole utilise l'*hereditas* pour construire la notion d'*universitas incorporum* sans relever la subjectivité qui l'anime, ainsi, il mélange le cas singulier de l'hérédité avec les autres *universitas rerum*. Aussi, l'*universitas incorporae* est une *universitas rerum*, mais, à l'inverse de l'*universitas corporum*, elle n'est pas une chose. Cette contradiction nous pouvons l'expliquer. Bartole n'a pas vu dans l'*hereditas* la personnalité juridique du défunt, mais, comme beaucoup de juristes modernes, l'objet d'une acquisition. Pourtant, même s'il ramène la notion à un objet, il ne parvient absolument pas à qualifier l'*hereditas* de « chose ».

97. À côté de ces spécificités, le principal critère de distinction établi par les postglossateurs, et qui permet d'opposer les deux ensembles, concerne la subrogation réelle. Bartole, en une formule qui devait entrer dans la légende, affirme que « *in universalibus res succedit in locum pretii, pretium in locum rei: secus in particularibus* »²⁷². La subrogation réelle permet de prendre conscience que lorsqu'on dispose d'une partie des composants de l'universalité, on ne dispose pas du tout. Cette doctrine trouve son origine dans les dispositions du Sénatus-consulte Giovenziano²⁷³, adoptées au bas-empire et relatives aux biens héréditaires. Le Sénatus-consulte décide que le possesseur ou le fidéicommissaire, dans l'hypothèse où il vend une chose héréditaire, est tenu de restituer le prix à l'hérédité. Les postglossateurs ont étendu cette règle à toutes les *universitas incorporale/jurium* et en ont fait un principe²⁷⁴.

98. L'hérédité est le parangon des *universitas incorporale* — universalité incorporelle. Chaque fois que les commentateurs déterminent un critère permettant de caractériser cette forme d'*universitas rerum* — universalités de choses —, ils se réfèrent à l'*hereditas*, occultant

²⁷¹ On retrouve cette idée chez presque tous les commentateurs (Bartole, Baldo, Tartagna, Giasone) dans les commentaires des fragments D. 68, 2, 69, 70 ; D. 7, 1, 8, 11 ; D. 31, 7, 4.

²⁷² BARTOLE, D. 10, 4, trad. libre : « *Dans les universalités la chose succède au prix, le prix succède à la chose : ce qui est tout autrement dans les actions relatives à un bien particulier* » ; également P. DE CASTRO, commentaire sur Digeste 5, 3, 20, 20.

²⁷³ D. 20, 10, et D. 70, 3, 71, 72, D. 31, 1. Voir aussi la glose V, 1 *qui vas* § *ultimo* Dig. *de furtis* cité par A. LUCCI, « La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale », art. préc., pp. 305 à 324, spéc. p. 313.

²⁷⁴ *Ibid.* V. aussi les écrits de la majeure partie des commentateurs : ALBERICO, L. *si rem et prêt*. Dig. *de pet. Haer.* ; ANGELO, L. *sed et si § item si rem* (eod. Tit.) ; BALDO, L. *Imperator § cum autem*, Dig. *de lef. Et fid.* II, p. 63, n° 2 ; V. sur ce point A. LUCCI, « La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale », art. préc., p. 310 et suiv. ; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, op.cit.*, p. 115 et suiv. ; A. HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, th. Nancy, 1912, p. 12 et suiv.

l'éminente subjectivité de l'hérédité. Elle est le concept qui caractérise l'ensemble des rapports juridiques ayant appartenu à une personne et que l'héritier doit continuer. En ce sens, l'*hereditas* représente la personne juridique du défunt. Elle aurait du figurer davantage dans une théorie de la personnalité juridique (extension de la théorie des personnes fictives) de la personne humaine, que dans une classification des universalités. L'irréductibilité de l'hérédité aux autres *universitas incorporales* a été relevée par des docteurs postérieurs à Bartole. Certains représentants du courant humaniste²⁷⁵ ont refusé la classification dressée par les postglossateurs, considérant qu'il existait une différence entre l'hérédité et la dot, excluant qu'on puisse les assimiler. Ces lecteurs critiques ont relevé l'amalgame opéré par les romanistes médiévaux et des désordres pouvant en résulter. Ils ont tenté de résoudre le problème en proposant trois catégories d'universalité, toutes portant une attention particulière à la substance des ensembles : l'*universitas juris/jurium*, comme ensemble de droits et qui concerne seulement l'hérédité, l'*universitas corporis* ou *corporum*, comme ensemble de choses corporelles et l'*universitas mixta* ou *juris et corporis*, comme ensemble de choses et de droits. C'est précisément cette dernière catégorie qui prétend saisir la dot et le pécule²⁷⁶. Cette proposition n'a pas fait école, la postérité ayant canonisé la distinction de l'*universitas incorporale/juris* et de l'*incorporale/facti*.

99. **Le fondement théorique de l'*universitas rerum*.** Pour une bonne compréhension de leur travail, il est important de préciser que les glossateurs et postglossateurs ont théorisé l'*universalité rerum* à partir de la catégorie de la *corpora ex distantibus*²⁷⁷. La raison pour

²⁷⁵ Le courant humaniste, dont Jacques Cujas est la figure emblématique, est fondé sur l'idée d'évolution dans la construction du droit et des institutions. Il cherche à rétablir les textes dans leur version d'origine, et par suite, recherche les interpolations. V. X. PREVOST, *Jacques Cujas (1522 – 1590). Jurisconsulte humaniste*, Droz, 2015.

²⁷⁶ ALCIATO, *de verb. Signif.*, Lugduni 1537, L. 119, p. 180, « *Nomina juris alia sunt particularia ut obligatio, servitus, dominium. Alia universalia, ea tripliciter assumuntur, aut enim universitas solius facti seu corporum est, ut grex, chorus, familia; aut juris et facti mixtim, ut peculium, dos, patrimonium; aut solius juris ut haereditas* », trad. libre : « *Les dénominations juridiques sont particulières comme l'obligation, l'esclave, le chœur, la famille. L'universalité apparaît en trois formes, il y a l'universalité seulement de fait ou plutôt qui est composée de corps, comme le troupeau, le chœur, la famille; est tout autrement l'universalité mixte, composée de droits et de faits, comme le pécule la dote, le patrimoine; est encore autrement celle seulement de droit comme l'hérédité* ». ; V. en ce sens AMICANGELI, *Quaestiones feudales*, quaest. 3, n. 3 et 4; GEORGII, *Repetitiones feudales*, Pars I, cap. XXXVI, n° 9. cités par A. LUCCI, « La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale », art. préc., pp. 305 à 324, spéc. p. 309.

²⁷⁷ Rappelons ici l'interprétation d'Azon, rapportée par Thomas, qui révèle ce rapprochement : « *Pour plus de clarté, examinons d'abord ce qu'est une universitas. C'est une collection de plusieurs corps distants entre eux (plurium corporum collectio inter se distantium), auxquels est assigné spécifiquement un nom* »²⁷⁷. Y. THOMAS, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *op.cit.*, p. 218; V. également P. MICHAUD-QUENTIN, *L'universitas, expression du mouvement communautaire dans le moyen-âge latin*, *op.cit.*, p. 15; P. GILLET, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le Code de droit canonique*, *op.cit.*, p. 62; G. GROSSO, *Corso di diritto romano*, *op.cit.*, n° 56, p. 86. V. aussi F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss der digesteninterpolationen*, II, in «

laquelle cette notion a été utilisée pour fonder l'*universitas rerum* est simple : la catégorie des *corpora ex distantibus* permet de tisser des liens entre des choses non unies matériellement entre elles ; ce lien n'est pas une cause extrinsèque, mais une cause intrinsèque, c'est-à-dire une cause qui s'exprime en dedans, dans la chose unifiée²⁷⁸. Aussi, le qualificatif de chose distante implique que l'ensemble complexe soit gouverné par une cause qui lui est inhérente, et *in fine*, qui permet de la saisir par un nom unique (*nomen subjecta*), une fonction unique (*officium*). Or, cette caractéristique est commune aux *universitas rerum* présentées ci-avant.

100. La catégorie des *corpora ex distantibus* est la troisième catégorie de la tripartition des choses de Pomponius²⁷⁹. Elle est issue de la philosophie stoïcienne, et plus précisément, de Sénèque²⁸⁰ qui considérait : « *quaedam ex distantibus, quorum abhuc membra separata sunt* »²⁸¹. À l'aide de ce concept, Sénèque et Pomponius traitent des choses séparées, mais unies par une cause commune inhérente à l'ensemble²⁸². Les exemples donnés par Pomponius sont le peuple, la légion et surtout le troupeau²⁸³.

101. À partir de cette logique propre à la théorie de chose distante, les romanistes ont édifié l'*universitas*. Ils ont distingué à cet égard l'*universitas corporum*, comme antithèse à la catégorie, qui n'est pas non plus de terminologie romaine²⁸⁴, de l'*universitates iuris* ou *iurium*. Autrement dit, les glossateurs ont généralisé la catégorie des *corpora ex distantibus* et elle a fini par embrasser d'autres agrégats que les animaux (bibliothèque par exemple). Le concept s'adapte et il vient à saisir de nouveaux objets. La catégorie a donc été dévoyée, mais elle se transmet avec ces faiblesses aux juristes subséquents²⁸⁵.

ZSS », XI, 1890, p. 4 suiv. ; KRÜGER, *Corpus iuris civilis*, I, cit., n° 20, p. 133.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, op.cit.*, p. 129.

²⁷⁸ V. en ce sens, G. GROSSO, *Corso di diritto romano, op.cit.*, n° 57 et 58, p. 87.

²⁷⁹ D. 41, 3, 30.

²⁸⁰ EP. 102.2

²⁸¹ trad. libre : « Les choses sont distantes, lorsque les membres sont séparés les uns des autres ».

²⁸² P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, op.cit.*, p. 109 s.

²⁸³ Il est à noter que le jurisconsulte, en prenant la classification des *corpora* des philosophes, étend son regard au-delà de ce qui peut être considéré comme une *res* au sens juridique. C'est pour cette raison qu'il rappelle ici les agrégats d'hommes libres et la légion — les philosophes ont rajouté l'*exercitus*, le *senatus*, le *chorus*. V. sur ce point, G. GROSSO, *Corso di diritto romano, op.cit.*, n° 56, p. 86.

²⁸⁴ V. aussi G. GROSSO, *Corso di diritto romano, op.cit.*, n° 56, p. 86.

²⁸⁵ Cette extension des objets saisis par la notion de *corpora ex distantibus*, ajournée du vocabulaire technique d'*universitas*, a entraîné un vif débat sur le sens originel de cette notion. Des auteurs ont élevé leur voix contre l'extension de la catégorie des *corpora ex distantibus*. Cette critique a été effectuée à la lumière des sources romaines et ils ont cherché à démanteler l'édifice de l'*universitas facti* et réduire la *corpora ex distantibus* au cas typique du troupeau. Nous pouvons retrouver cette critique dans l'œuvre de Göppert. L'auteur justifie la limitation au troupeau à l'aune de la philosophie stoïcienne. Pour Göppert les exemples donnés par les philosophes ont en commun d'être des groupes de choses animées : les animaux et les hommes. C'est à raison de cette analyse philosophique que les glossateurs ont qualifié les *universitas personarum* de *corpora ex distandibus*. Juridiquement, la *corpora ex distantibus* doit saisir que le *grex*. V. sur ce point, G. GROSSO, *Corso*

102. La critique des humanistes reste à l'ordre du jour. L'imperfection de la construction médiévale des universalités laisse un vide qu'il faut tenter de combler.

B) Appréciation critique de la construction médiévale

103. Critique du rattachement de *l'universitas* à la catégorie des *corpora ex distantibus*.

Le lien tissé entre la catégorie des choses distantes et *l'universitas* est critiquable. Les juriconsultes romains ne qualifient évidemment pas *l'universitas* de chose distante²⁸⁶. La catégorie des *corpora ex distantibus* a été précisée par différents travaux d'historiens²⁸⁷ dont il semble résulter que tout l'oppose à la conception romaine de *l'universitas*. En vérité, seul le troupeau, ou *grex*, peut, à partir des textes, être, avec certitude, rangé dans cette catégorie²⁸⁸. Les juriconsultes romains ont une vision éminemment matérielle et matérialisée des *corpora ex distantibus*²⁸⁹. Ces choses constituent à leurs yeux des choses véritablement observables ; ils se font une idée tout autant concrète d'une brebis que d'un troupeau de brebis²⁹⁰. Il est donc exclu, dans leur esprit, qu'une *universitas personarum* ou *juris* puisse être rattachée à la catégorie des choses distantes²⁹¹.

104. Critique de la catégorie des *universitas incorporae/jurium*. *L'universitas incorporae/jurium* est utilisée pour qualifier l'hérédité, la dot, le pécule. Pourtant, comme nous l'avons précisé, à Rome, seule *l'hereditas* peut être qualifiée avec certitude d'*universitas*. Et pour cause, puisqu'elle octroie un *universum jus defuncti* à l'héritier.

di diritto romano, op.cit., n° 57 et 58, p. 87 ; V. pour un critique récente de la confusion de la catégorie des choses distantes à celle de *l'universitas*, R. SIRACUSA, « La nozione di « *universitas* » in diritto romano », art. préc., p. 12.

²⁸⁶ P. BONFANTE, *Instituzioni di diritto romano*, 7^e éd., 1920, p. 233 ; R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., spéc., p. 133 ; G. GROSSO, *Corso di diritto romano, op.cit.*, n° 56, p. 86. En revanche, les juriconsultes romains ont longtemps qualifié le troupeau de *corpora ex distantibus* : JULIEN, D. 2, 20, 1, 18.

²⁸⁷ FRANCISCI, « *L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano* », *Archivio giuridico*, T. XCIII, 1925, pp. 157 à 201, spéc. p. 167 et suiv. ; W. KUNKEL, *Zeitschr. F. d. Sav. Stiftung*, T. XLVIII, p. 721 ; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, op.cit.*, pp. 102 et 103.

²⁸⁸ G. GROSSO, *Corso di diritto romano, op.cit.*, n° 56, p. 86. L'auteur fonde son hypothèse sur le fait que dans trois textes fondamentaux le *grex* est appelé *corpus ex distantibus*, D. 41, 3, 30 ; D. 6, 1, 23, 5 ; D. 2, 20, 18, 1.

²⁸⁹ En ce sens, P. BONFANTE, *Corso diritto romano, op.cit.*, pp. 3 à 5. Selon l'auteur le *corpus* est ici « *una entità esteriore, che, nella coscienza economico-sociale è isolata e concepita come oggetto a se stante* », trad. libre, « *une entité extérieure qui, dans la conscience économique-sociale, est isolée et conçue comme un objet à part entière* » ; V. également Y. THOMAS, « Un expédient interprétatif aux origines de la personne morale » art. préc., 2006, p. 951–976, spéc. p. 958. L'auteur explique qu'avec *l'universitas* romaine (il exemplifie ses propos avec *l'hereditas*), à l'inverse de la *corpora ex distantibus*, l'autonomie de l'entité n'a pas besoin d'un reliquat matériel pour subsister juridiquement. Même nulle, son existence juridique ne peut être contestée.

²⁹⁰ B. BIONDI, « La dottrina giuridica della *universitas* nelle fonti romane », art. préc., p. 25.

²⁹¹ En ce sens E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., p. 651.

D'éminents historiens ont montré que les juristes médiévaux n'ont pas hésité à donner aux « lois » romaines plus d'ampleur qu'elles n'en avaient. Pietro Bonfante²⁹² explique que les postglossateurs ont fondé l'expansion de la notion d'*universitas juris* sur la loi L. 20, § 10, *D. de her. pet.*, 5, 3, qui pose le principe selon lequel : « *non solum autem in hereditate utimur senatus-consulto, sed et in peculio castrensi vel alia [universitate]* »²⁹³. À partir de ce fragment, les commentateurs ont supposé qu'il existait d'autres *universitates* et que le Sénatus-consulte *Juventium*²⁹⁴ leur était applicable. Ils ont dissimulé la particularité du pécule, seul envisagé par ce texte, et ils ont généralisé ses effets à tous les ensembles patrimoniaux (par exemple la dot). Hasse²⁹⁵ et Mühlenbruch²⁹⁶ ont mis en évidence cette déformation volontaire des « lois » romaines. Ces auteurs allemands donnent une explication du texte qui a le mérite d'être en accord avec l'*universitas* telle qu'elle est dégagée par les jurisconsultes romains²⁹⁷. Ils constatent qu'il y est question du pécule *castrense*, lequel constitue une hypothèse d'octroi à un *alieni juris* de l'aptitude à la propriété et à l'obligation²⁹⁸, et donc de la personnalité juridique²⁹⁹. Le pécule doit donc se comprendre comme l'émanation juridique de la personne du fils de famille et non pas comme un ensemble de choses. Le fragment en question est encore plus précis ; il porte sur la succession de l'*alieni juris*. En cette hypothèse, la référence à l'*universitas* signifie qu'une *successio*³⁰⁰ s'ouvre et que l'héritier du fils de famille doit succéder à l'*universum jus* de ce dernier³⁰¹. Les règles du droit successoral romain s'étendent donc à l'héritier du *filiusfamilias*³⁰², de sorte que celui-ci est considéré comme continuant la personne juridique du défunt. Autrement dit, grâce au pécule, le *filiusfamilias*,

²⁹² P. BONFANTE, « la successio in universum jus et l'«*universitas*» », art. préc., pp. 251 à 306, spéc. p. 272.

²⁹³ trad. libre : « *Le senatus-consulte est applicable non seulement à l'hérédité, mais également au pécule castrense, ou à d'autres universitas* ».

²⁹⁴ Il s'agit du Sénatus-consulte qui poserait le principe de la subrogation réelle dans les *universitas juris*.

²⁹⁵ HASSE, *Archiv für die civ. Praxis*, vol. V, 1830, p. 57.

²⁹⁶ MÜHLENBRUCH, « *Über universitas facti und universitas juris* », art. préc., p. 343.

²⁹⁷ Voir nos développements sur l'*universitas* en droit romain, *supra*, n° 38 et suiv.

²⁹⁸ Le fils peut librement contracter des dettes. Seulement, à cette époque on considère qu'il ne peut être contraint au-delà des forces du pécule (*Quatenus facere potest*, L. O et 18, D., liv. 12, tit., 1, *de re judici.*).

²⁹⁹ E. CUQ, *Manuel des institutions des Romains, op.cit.*, p. 143. L'auteur explique que le pécule assure au fils ou à l'esclave « *leur indépendance économique, elle leur confère une personnalité juridique ; au lieu d'avoir une capacité d'emprunt, ils deviennent, dans de certaines limites, sujet de droit* ». ; V ; également, C.-V. ANTOINE, *Du pécule castrense et du pécule quasi-castrense en droit romain*, th. Nancy, 1870, p. 26. ; E. BRUGNON, *Droit romain : de peculio castrensi ; droit français : de l'usufruit légal*, th. Paris, 1863, p. 8. L'auteur explique que, en tant que propriétaire du pécule castrense, le *filiusfamilias* a une personnalité juridique, distincte de celle de son père. L'auteur cite une Loi romaine (Ulpian, Loi 11, *ad senat. — cons. Mac.*). *Ibidi.*, p. 25.

³⁰⁰ *Ibidi.*, p. 148. L'auteur cite Justinien (*Inst.*, II, 12, pr.).

³⁰¹ C.-V. ANTOINE, *Du pécule castrense et du pécule quasi-castrense en droit romain*, th. préc., p. 34. L'auteur explique que, si le fils institue le père comme héritier, celui-ci succède et le pécule est envisagé comme une hérédité, plus comme un pécule. Dès lors, s'il souhaite le revendiquer c'est au moyen de l'action en pétition d'hérédité (L. 34, pr., D., liv. 5, tit. 3, *de hered. Petit.*).

³⁰² P. BONFANTE, « la successio in universum jus et l'«*universitas*» », art. préc., p. 273. V. aussi les textes L. 6, D., 4, 1 ; L. 2, § 2, D., 10, 2. L. 34 pr., D., 5, 3 ; L. 31, D., 11, 7 ; L. 2, § 2, D., 10, 2.

normalement *alieni juris*, bénéficie de la personnalité juridique, et donc peut la voir continuer par succession. C'est, bien loin de l'interprétation médiévale, la conception subjective de l'*universitas* romaine qui est ici à l'œuvre.

105. En outre, la construction des romanistes souffre d'une incohérence radicale : celle d'avoir utilisé l'*hereditas* romaine comme parangon de l'*universitas jurium*, elle-même théorisée à partir de la notion de chose distante qui, à Rome, peut s'apparenter à une chose. Ils ont d'ailleurs eux-mêmes relevé cette incohérence sans trop l'expliquer puisqu'ils ont précisé que l'*universitas jurium*, à l'image de l'*hereditas*, n'est pas véritablement un bien, et par ce fait, elle ne peut être revendiquée à la manière des choses ordinaires³⁰³. Le raffinement de l'*universitas rerum* qu'ils ont proposé n'est donc qu'apparent. Si on l'interroge, l'incohérence de la construction proposée se révèle sans ambages. Il est difficile de concevoir que l'*hereditas*, représentante juridique de la personne du défunt, puisse être mélangée aux ensembles de choses. Aussi, s'il est un point sur lequel les juristes de l'occident médiéval avaient raison, c'est que l'hérédité, en tant qu'*universitas incorporum*, ne peut se revendiquer à la manière des choses ordinaires.

106. Les postglossateurs ont donc largement exagéré l'interprétation du texte pour satisfaire leur théorie. Cette déformation est problématique, car, à l'analyse, elle a engendré d'autres erreurs manifestes.

107. ***Judicium universalis et universitas juris.*** La *judicium universalis* permet d'obtenir en justice un droit sur une universalité. Les commentateurs semblent suggérer, au vu de la loi 20, § 10, *De hered. Pet.*, 5, 3, que cette faculté est reconnue à toutes les *universitas incorporae* et que cette particularité de l'*universitas juris* est ce qui l'oppose à l'*universitas corporum*. Étant les espèces d'un genre unique, elles devraient être soumises à un régime commun et pouvoir donner lieu à une action universelle, à un *universum jus*. Cujas fit entendre sa voix pour combattre l'erreur et la confusion qu'il voyait ici surgir³⁰⁴.

108. Il est vrai que l'analyse des textes romains ne permet de déduire que le pécule donne lieu à une action universelle que de manière très relative. Précisément, seul le pécule *castrense* le permet. Nous en avons déjà évoqué la raison, inhérente à la logique de l'*universitas* romaine : le *castrense*, au décès du *filiusfamilias*, s'analyse, en droit romain,

³⁰³ V. par ex. J. DE MAGNUS, L. 21-22, D. *de leg.* 1^o, « *Universitas corporum potest vindicari, non juris, ut est peculium, hereditas et dos* » trad. libre : « *L'universalité de choses corporelles peut se revendiquer, non les juris, comme le pécule, l'hérédité et la dos* ».

³⁰⁴ CUJACIUS, *Ad leg.* 56, *de rei vend.*, 6, 1.

comme une hérédité et les règles du droit successoral romain lui sont appliquées ; l'*heres* du *filiusfamilias* continue sa personne, il recueille donc un *universum jus*.

Au rebours, les autres pécules ne donnent pas lieu à une *successio*, et n'ouvrent donc droit à aucune action universelle. Bien au contraire, celui qui a droit à un pécule ordinaire ne peut que demander la cession des *nomine peculi*³⁰⁵. La succession ou la transmission des biens compris dans le pécule s'opère *in singulas res*³⁰⁶. En outre, Flach rapporte que la loi relative à la revendication du pécule impose que les divers biens qui le composent ne puissent être revendiqués qu'individuellement³⁰⁷, ou, plus exactement, à la manière des choses individuelles. En définitive, aucune action semblable à la *petitio hereditatis* n'est à relever. L'herméneutique des « lois » romaines semble donc apporter un démenti aux thèses soutenues par les commentateurs.

109. À côté du pécule, les postglossateurs ont aussi qualifié la dot d'*universitas juris*. La dot peut porter soit sur quelques-uns des biens de l'épouse, soit sur tous. Toutefois, aucun texte romain ne précise qu'elle doive être traitée comme une *hereditas*, c'est-à-dire comme une variété d'universalité. Au vrai, pour réaliser une telle qualification, il faudrait déterminer si cet ensemble de biens peut faire l'objet d'un *universum jus* ou d'une *judicium universitas* – droit universel ou transmission universelle. Or, à l'analyse, lorsque la femme apporte quelques-uns de ses biens, l'époux en devient propriétaire à titre particulier³⁰⁸. La transmission s'opère par la mancipation pour les choses *mancipi* et par la tradition pour les choses *nec mancipi*³⁰⁹, alors que les choses incorporelles, dont fait partie l'*universitas*, sont insusceptibles de tradition³¹⁰, l'*in jure cessio* étant requise pour leur aliénation³¹¹. Il est donc certain que le mari succède *in singulas res* et non pas à une universalité.

³⁰⁵ L. 5, L. 6, pr. *De peculio leg.*, 33, 8 ; L. 16, *De peculio*, 15, 1 citée par J. FLACH, « De la subrogation réelle », *RHDFE*. Vol. 14, pp. 448-487, spéc. p. 471.

³⁰⁶ J. FLACH, « De la subrogation réelle », art. préc., p. 471. D'ailleurs, *Iulianus* (D. 6, 1, 56) indique que l'on ne peut pas revendiquer un pécule en entier (*universum judicium*), mais, lorsqu'il fait l'objet d'un legs, il doit être revendiqué pièce par pièce (*res singulas*).

³⁰⁷ D. 56, 6, 1 (*de rei vind.*) : « *Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est ; sed res singulas is, cui legatum est, petet.* », trad. libre « Il n'est pas possible de revendiquer un pécule comme on peut le faire pour un troupeau, celui à qui on aura légué un pécule, pourra revendiquer séparément les choses qui le composent ». De même Flach rapporte que Julien disait positivement « *Vindicatio peculii non recepta est* ». J. FLACH, « De la subrogation réelle », art. préc., p. 472

³⁰⁸ Le mari peut, par ailleurs, détenir qu'un simple droit créance. V. C.-A. PELLAT, *Texte sur la dot*, th. Paris, 1853, 2^e éd., p. 2.

³⁰⁹ G. GROSSO, *Corso di diritto romano, op.cit.*, n° 5 et suiv.

³¹⁰ GAÏUS, *Institutes*, II, 28 sqq. « *incorporales res traditionem non recipere manifestum est* », trad. libre : « Il est clair que les choses incorporelles sont insusceptibles de tradition ».

³¹¹ G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Naples, Jovene, 1967, p. 2 et suiv. V. surtout ULPNIEN, *Règles*, 19, 11. « *In jure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima liberta* », trad.

Qu'en est-il de l'hypothèse où la femme apporte tous ses biens en dotalité ? Dans cette hypothèse, le mari pourrait être considéré comme un « héritier », et donc comme succédant à sa femme. Toutefois, il convient tout d'abord de remarquer que la possibilité de l'épouse de constituer toutes ses richesses en dot est incertaine. Cujas³¹², en se fondant sur une constitution de Constance et de Justinien, rejette cette hypothèse. Le maître de l'historicisme français affirme que la loi Papia a fixé un maximum d'un million de sesterces à la constitution de la dot. Selon cette doctrine, il est donc improbable que la dot constitue une *universitas*, car limitée dans son montant, elle ne peut recouvrir qu'une partie des biens de la femme et être transmise *in singula res*. La thèse de Cujas a cependant déjà été réfutée³¹³. L'existence d'avis discordants laisse supposer, à tout le moins dans l'absolu, que la femme peut constituer l'ensemble de ses biens en dot. Toutefois, Hasse³¹⁴ et Glück³¹⁵ précisent que le droit romain ne qualifie pas le mari d'héritier, et donc qu'il n'y a pas de *successio in universum jus* – succession dans le droit universel. En effet, la loi 72, *De jure dotium*, 2, 33, est exclusive de toute assimilation du mari à un héritier, puisqu'elle fait de celui-ci un successeur singulier. S'il est un successeur *in singula res*³¹⁶, il est impossible qu'il recueille une *universitas*, ce qui fragilise donc la thèse analysant la dot comme une universalité.

Au stade de la restitution de la dot, aucun texte ne qualifie cette action d'universelle. Ce qui est constant, c'est que la dot ne retourne pas *ipso jure* aux ayants droit³¹⁷, lesquels étaient contraints d'intenter l'*actio rei uxoriae* sous l'Ancien droit romain et l'*actio ex stipulatu* dans le droit nouveau. Ces deux actions ne sont pas des *actiones generales*³¹⁸, il est donc peu probable que la dot puisse être envisagée comme une universalité. Au vrai, il n'y a pas le moindre indice qui laisse supposer qu'elle puisse donner lieu à un *universum jus* et être analysée comme une *universitas juris*.

110. La réception de la théorie des universalités. Les confusions opérées par les commentateurs dans l'élaboration de leur théorie n'ont pas empêché sa transmission. L'écueil a donc été légué à la postérité. On n'a pas, depuis lors, interrogé outre mesure la conception

libre « *Les choses incorporelles peuvent être cédées par in iure cession, ainsi l'usufruit, l'hérédité, ou la liberté de la tutelle légitime* ».

³¹² Comm. in. lib. VI Oucest. Paul ad. L. 43, De. adm. tut., t. V, p. 1020 cité par C.-A. PELLAT, *Texte sur la dot*, th. préc., p. 336.

³¹³ JACQUES GOTDEFROI, *Commentaire sur le Code Théodosien*, éd. Leipzig, 1736, t. 1, p. 214,

³¹⁴ HASSE, « *Über Univers tas juriis und rerum, und uber Universal und Singular Succession* », *Archiv für die civilistische Praxis*, t. V, pp. 1-63, spéc. p. 26 et p. 30.

³¹⁵ GLÜCK, *Pandectes*. I. XXV, p. 13.

³¹⁶ V. en ce sens, J. FLACH, « *De la subrogation réelle* », art. préc., p. 473. ; C.-A. PELLAT, *Texte sur la dot*, th. préc., p. 339 ; C. GILLET, *De la constitution de la dot*, th. Paris, 1889, p. 69.

³¹⁷ L. 1, § 1, *De fundo dotali* 23, 5, L. 62, *De acquirendo rerum dominio* 41, 1.

³¹⁸ A. MAGNILLAT, *De la subrogation réelle*, th. Lyon, 1912, p. 31.

dualiste de la notion d'universalité. On l'a même confirmée en reproduisant servilement la distinction de l'universalité de fait et de l'universalité de droit. Les juristes médiévaux utilisaient la formule «*juris*» en opposition à «*facti*», mais les expressions privilégiées étaient surtout «*incorporae*» et «*corporae*». Thibaut, dans ses *Pandectes*, utilise exclusivement les expressions d'*universitas facti* et d'*universitas juris*³¹⁹. Cela a été fortement relayé par d'autres³²⁰ après lui. L'opposition formulée en ces termes reste fidèle à celle enseignée par Bartole : il s'agit bien de l'universalité incorporelle et de l'université corporelle. La transposition de la théorie des universalités entre le droit et le fait n'est qu'une traduction de l'idée que l'une est composée de choses incorporelles alors que l'autre est faite de choses corporelles. Les romanistes du Moyen Âge amalgament le factuel et le corporel et opposent «*l'instantanéité et la corporéité du fait aux constructions incorporelles et durables du droit*»³²¹. Pour eux, si un ensemble est composé exclusivement de biens corporels, il ne peut que revêtir un caractère factuel. Au-delà des variantes inventées par la tradition, le sens de la distinction est fondé sur l'analyse de la substance de l'ensemble. L'universalité dont les composants sont corporels est dans la nature et sera donc considérée comme factuelle, alors que celle qui est fondée sur l'incorporéité de ses éléments est une construction purement juridique, et ne peut donc exister qu'intellectuellement.

Conclusion section.

111. La construction de l'*universitas* à la période médiévale procède de confusions et d'incohérences, nous l'avons vu. Toutefois, la construction présente le mérite d'avoir offert de nouvelles perspectives au concept de *corpra ex distantibus*. En effet, les romanistes ont ainsi théorisé, certainement en réponse des besoins d'époque, le concept d'ensemble de choses non liées matériellement entre eux et unies par une cause intrinsèque. Rétrospectivement, la critique que l'on peut émettre à l'encontre du travail des romanistes de l'occident médiéval, c'est qu'ils ont utilisé l'*hereditas* comme parangon d'une figure de l'*universitas rerum*. La subjectivité dont elle est pourvue à Rome, réproouve qu'elle soit assimilée à un simple ensemble de choses, ou pis, une chose.

³¹⁹ THIBAUT, *System des Pandectenrechts*, § 262, éd. 1818.

³²⁰ V. notamment C. S. ZACHARIAE *Le droit civil français*, éd. Massé et Vergé, t. II, § 251 ; CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil*, § 162, T. II, p. 3.

³²¹ Y. THOMAS, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », art. préc., spéc. p. 117.

Conclusion chapitre.

112. L'objet de ce chapitre était de rechercher le berceau de l'universalité et les origines de la construction de la théorie des universalités. Le berceau de l'universalité est résolument romain. Les juristes de cette époque avaient une vision éminemment subjective de l'universalité, car, en un certain sens, elle constituait, à l'état embryonnaire, ce que nous appelons en droit moderne la personnalité juridique.

113. Les romanistes médiévaux n'ont pas mis l'accent sur cette conception subjective de l'*universitas*. Ils ont tenté de donner un sens à la grande variété des textes qui utilisaient l'expression *universitas*. Pour eux, l'*universitas* ne peut se comprendre que par rattachement à la catégorie des *corpora ex distandibus*, car l'*universalité* est un ensemble de corps, non liés matériellement entre eux et présentant une certaine permanence. Cette qualification n'est pas qu'un ornement historique, elle a une importance capitale pour la compréhension de la notion d'*universitas*, car elle explique son extension, apport du droit médiéval recueilli par le droit moderne : l'*universitas* ne concerne plus la cité et l'hérédité, elle désigne depuis lors une grande variété d'ensembles allant de la cité au troupeau.

114. L'effort de rationalisation auquel se sont livrés les juristes médiévaux a permis l'élaboration d'une première distinction entre les universalités regroupant plusieurs personnes (*personarum*) et celles regroupant des choses (*rerum*).

115. Ils ont, à travers l'étude de l'*universitas personarum*, cristallisé les intuitions des jurisconsultes romains dans le domaine de la personnalité juridique des groupements. À l'inverse, avec l'*universitas rerum*, ils ont construit un objet nouveau. Leur apport, fondé sur une déformation des sources romaines, est considérable. Il a abouti à la découverte de l'universalité de choses puis, par ramification, à la distinction entre *universitas corporum* et *universitas incorporum*. Cette distinction, fondée sur une analyse du contenu de l'universalité était, à leur époque, pertinente. Il reste à s'assurer qu'elle l'a été par la suite.

Chapitre II. L'interprétation du Code civil

116. **L'absence de réception de la notion d'*universitas* dans le Code civil.** Cristallisant la pensée juridique moderne, le Code civil ne reprend pas la théorie médiévale de l'*universitas*. Il utilise cette notion d'une manière fidèle au droit romain, c'est-à-dire à l'occasion du décès, au principe de continuation de la personne juridique du défunt. La théorie de l'universalité semblait donc être tombée en désuétude.

Toutefois, au milieu du 19^e siècle, des érudits l'ont redécouverte en s'émancipant de l'exégèse du code. Karl Salomon Zachariae von Lingenthal puis ses épigones, Charles Aubry et Charles Rau dans leur Cours de Droit civil français, ont conçu une théorie du patrimoine fondée sur la notion d'*universitas juris*. Cette utilisation théorique renouvelée de la théorie des médiévaux ouvrait de nouvelles perspectives.

117. À l'inverse de l'universalité de droit, l'universalité de fait a laissé indifférente la science du droit. Elle a été comprise comme un concept évanescent, fuyant et versatile. Ce sont des mutations sociales et économiques suscitant un intérêt pour les ensembles de biens qui ont fait renaître la notion d'universalité de fait.

118. En résumé, les interprètes modernes du Code ont restauré la notion d'universalité de droit (**Section I**), alors que la réapparition de l'universalité de fait est due principalement à la jurisprudence (**Section II**).

SECTION I. LA REDECOUVERTE DE L'UNIVERSALITE DE DROIT DANS LE CODE CIVIL

119. **Exposé du problème.** La construction dogmatique du patrimoine édifée par Aubry et Rau a joué un rôle majeur dans l'évolution de la notion d'*universitas juris* à l'époque moderne. À l'évidence, ces auteurs ont utilisé la notion telle qu'elle avait été construite par les docteurs de l'occident médiéval, sans se poser la question de ses fondements ni de son actualité. Pourtant, on peut se demander si leur théorie du patrimoine n'aboutit pas, en réalité, à réhabiliter la conception subjective de l'universalité qu'avait le droit romain (I.). Malheureusement, la vulgate postérieure qui a recueilli leur pensée a occulté la subjectivité juridique de la notion et exacerbé l'idée médiévale de masse de biens (II.).

I) La doctrine d'Aubry et Rau

120. **Difficultés.** Bien qu'ayant près de deux siècles, la théorie des illustres professeurs strasbourgeois a été suffisamment étudiée et critiquée pour qu'il soit superflu d'en faire un nouvel exposé³²². Au demeurant, Zachariae et ses interprètes³²³ utilisent sans détour la notion d'*universitas juris*, qu'ils présentent comme un succédané de la notion de patrimoine³²⁴. La difficulté est que l'*universitas juris* est plurielle dans leur doctrine. Ils l'utilisent d'abord à l'endroit de la présentation générale du patrimoine. À ce stade, elle retrouve son essence romaine, la subjectivité juridique (A.). Mais, par la suite, dans des développements relatifs aux exceptions au modèle qu'ils ont construit, ils l'utilisent encore, mais forcément dans un sens différent. Il faut donc rechercher ce qui distingue les « autres universalités » de celle qui permet de définir le principe du patrimoine (B.).

³²² V. notamment, G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, th. préc. ; H. GAZIN, *Essai critique sur la notion du patrimoine dans la doctrine classique*, th. préc. ; P. CAZELLES, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe de transmission universelle*, th. préc. ; O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe de transmission universelle*, th. préc. ; J.-P. VERSHAVE, *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, th. Lille, 1984 ; F. COHET, *Patrimoine et entreprise*, th. Grenoble II, 1993. ; F. BELLIVIER, *Patrimoine génétique humain : étude juridique*, th. Paris, 1997 ; B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris, 1998 ; M. RAIMON, *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé, étude des nationalisations, des faillites et des successions internationales*, LGDJ, 2002, bibl. dr. pr. T. 359 ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc. ; A.-L. THOMAS-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, préf. D. TOMASIN, Paris, *Deffr.*, « Doctariat et notariat », 2007.

³²³ Nous faisons naturellement référence aux architectes de la notion de patrimoine, CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. von Zachariae*, Cosse, 4^e éd., Paris, 1873.

³²⁴ « L'idée d'universalité représente le caractère essentiel du patrimoine à tel point que les deux notions peuvent être confondues en une seule » : G. PLASTARA, *La nature juridique du patrimoine*, th. préc., p. 36 ; V. aussi B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. préc., n° 21, p. 28 : l'auteur explique que la notion d'universalité est la clé de voute de la théorie du patrimoine

A) La subjectivité juridique de l'universalité de droit dans la doctrine d'Aubry et Rau

121. **Méthode.** La notion de patrimoine est juridiquement fondée par Aubry et Rau sur la notion d'universalité de droit. Le recours par eux à cette notion est, de toute évidence, un hommage rendu aux travaux des romanistes médiévaux³²⁵. Mais, paradoxalement, Zachariae et ses épigones ont utilisé cette notion pour tenter de définir la personnalité juridique (1), ce qui est aux antipodes de la théorie médiévale. Ils ont réaffirmé la subjectivité juridique de l'*universitas* romaine tout en ayant recours à une notion – *universitas juris* – que les docteurs médiévaux considéraient comme objective.

Le subjectivisme de leur vision de l'*universitas juris* se vérifie lorsqu'on analyse les conséquences qu'ils lui attachent (2).

1) *Le recours à l'universalité de droit pour définir la personnalité juridique*

122. **Contexte.** La construction des auteurs strasbourgeois est influencée par la prégnance des idées philosophiques modernes³²⁶ et l'individualisme juridique qui s'est développé dès le XVIe siècle³²⁷. Les travaux de Villey ont montré comment la pensée juridique s'est subjectivée à la fin du Moyen Âge, passant d'un monde fondé sur le groupe et sur la notion de communauté, à un monde centré sur l'individu. Dans ce monde nouveau, les statuts ne dépendent plus de l'appartenance à une certaine communauté de droit (les corporations) ou de fait (la famille) ; désormais l'essentiel réside dans les prérogatives des individus. La personne acquiert, de ce fait, un rôle central, car c'est elle qui est le pôle de rattachement des droits subjectifs. La théorie du patrimoine est intimement liée à cette conception de la personne. C'est en cela qu'elle est moderne.

123. **L'universalité de droit dans la notion de patrimoine.** Les auteurs strasbourgeois définissent le patrimoine comme « *l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme*

³²⁵ En ce sens, F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », art. préc., spéc. p. 451.

³²⁶ La théorie des juristes strasbourgeois est d'inspiration kantienne. Le vocabulaire utilisé trahit nettement cette filiation : pour Aubry et Rau, le patrimoine est la personne juridique envisagée dans ses rapports avec les « choses extérieures », notion utilisée par Kant. V. E. KANT, *Métaphysique des mœurs première partie, doctrine du droit*, Vrin, 2011, trad. A. PHILONENKO ; R. SEVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique ; la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *Arch. Phil. Dr.* 1979, t. 24, p. 247.

³²⁷ M.-CH. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris 13, 2010, pp. 48 à 53 ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, th. préc., pp. 28 à 31.

formant une universalité de droit »³²⁸. Le patrimoine est donc le centre de tous les rapports juridiques d'une personne, et l'universalité de droit réalise la polarisation de tous ces rapports juridiques. Il forme « *la matière des droits d'une personne déterminée* »³²⁹, parce qu'il est un « *universum jus* »³³⁰.

124. L'emprunt fait au vocabulaire des juriconsultes romains est évident. Ceux-ci utilisaient l'expression d'*universum jus defuncti*³³¹ pour qualifier l'hérédité à laquelle l'héritier devait succéder. Les auteurs strasbourgeois, quant à eux, utilisent l'*universum jus* pour qualifier la collection des droits d'une personne vivante. La conception de l'*hereditas* romaine a donc fortement influencé la conception du patrimoine. Cette influence est peu connue. Pour la comprendre, il convient de relever que les développements relatifs à la théorie du patrimoine sont contenus dans le tome X du « *Handbuch des französischen civil rechts* », c'est-à-dire celui propre au droit des successions³³². Or, le mécanisme de dévolution successorale prévu par le Code napoléonien est fondé sur l'idée de continuation de la personne du défunt, principe hérité du droit romain. Nous retrouvons dans l'ordre juridique nouveau issu du Code civil, une succession universelle semblable à celle conceptualisée par les juristes romains. La conception de l'*hereditas* a ainsi déterminé le cadre théorique à la notion patrimoine. L'*universum jus*, historiquement utilisé pour représenter la personnalité juridique de la personne défunte à laquelle l'héritier doit succéder, a été utilisé pour la personne vivante. Autrement dit, l'*hereditas* est comme passée de « trépas à vie », changeant de nom au passage pour devenir le « patrimoine »³³³. Alors qu'à Rome, elle était la substance juridique d'une personne déchue perpétuée par une autre, sous le Code civil, elle est devenue celle d'une personne vivante.

³²⁸ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, § 573, p. 229.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.* p. 230.

³³¹ Julien disait, Dig. L, 17, de *Regulis juris antiqui*, Loi 62 : « *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit* », trad. libre : « *L'hérédité n'est rien d'autre que la succession dans l'ensemble des rapports juridiques du défunt* ».

³³² F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD.Civ.* 2003, p. 667, spéc. p. 668.

³³³ Le professeur Frédéric Zenati-Castaing résume remarquablement cette idée : « *Le fait que l'on succède à une universalité désormais unique par le truchement du sujet pouvait conduire à voir dans l'universalité le sujet même. Cela était d'autant plus engageant que la théorie des universalités léguée par le droit savant médiéval considérait l'universalité comme une abstraction indépendante de son contenu. Ce que recueille donc l'héritier désormais, d'après nos auteurs, ce ne sont pas des biens ; c'est un cadre abstrait d'appropriation inhérent à la personne juridique du défunt. D'où l'idée que le patrimoine dont sont investis les successeurs n'est pas une triviale juxtaposition de biens, ni même une enveloppe comme l'enseignera la vulgate postérieure, mais le sujet de droit lui-même* », F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », art. préc., spéc. p. 668 ; V. également en ce sens W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op.cit.*, n° 489-1.

125. **Le patrimoine, un « être au monde juridique ».** Aubry et Rau utilisent le patrimoine, et à travers lui l'universalité de droit, pour conceptualiser la juridicité de la personne sur la scène du droit³³⁴. Cet aspect du patrimoine est méconnu³³⁵, l'idée est pourtant nettement formulée dans leur exposé. Ils affirment en effet que « *l'idée de patrimoine se déduit directement de la personnalité* »³³⁶ et qu'il est « *une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie* »³³⁷. Cela les conduit à constater que le patrimoine s'identifie à la personnalité³³⁸ et à conclure qu'il est, « *dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme considéré dans ses rapports avec les objets extérieurs* »³³⁹.

126. Zacharie³⁴⁰ était encore plus explicite, il expliquait que « *le patrimoine n'est pas un objet extérieur, mais une pure abstraction, c'est la personnalité même de l'homme mise en rapport avec les différents objets de ses droits. Il forme donc un tout juridique, une universalité de droit* »³⁴¹. La conjonction de coordination « donc » permet de faire lien entre deux idées : « la personnalité même de l'homme » et le « tout juridique », l'« universalité de droit ». Zachariae poursuit son explication en précisant que le patrimoine ne peut s'acquérir, car « *tout individu possède, ipso jure, et en vertu de sa personnalité, un patrimoine qu'il peut bien augmenter ou diminuer, mais dont il ne saurait être privé qu'en perdant sa personnalité* »³⁴². Au même titre qu'il ne peut s'acquérir, il ne peut être vendu, car la personnalité est inaliénable³⁴³.

127. L'universalité de droit, à l'instar de l'*universitas* romaine, est un contenant qui peut être vide ou ne contenir que des charges, il ne cesse pas pour autant d'exister car, en vérité, il représente la personnalité juridique d'un individu, sa capacité à exister juridiquement³⁴⁴.

³³⁴ M. XIFARAS, *La Propriété : Étude de philosophie du droit*, PUF, Paris, 2004, p. 249. L'auteur explique que l'objet créé par Aubry et Rau permet de « *fonder le droit des biens en se posant comme la manifestation de la personne dans la vie juridique, son extériorité* ».

³³⁵ V., en ce sens F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », art. préc.

³³⁶ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, § 573, p. 333.

³³⁷ *Ibid.*, § 573, 4^o.

³³⁸ *Ibid.*, § 582.

³³⁹ *Ibid.*, § 573, note 6.

³⁴⁰ La première édition du cours de droit civil est une réplique française du texte de Zacharie.

³⁴¹ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, 1^{er} éd., Cosse, 1836, § 573, p. 100.

³⁴² *Ibid.*, § 575, p. 104.

³⁴³ *Ibid.*, § 576, p. 106.

³⁴⁴ Le patrimoine est un « *espèce de réservoir vide parfois de tout contenu, mais toujours susceptible de se remplir* », M. VACHER-LAPOUGE, *La notion juridique de patrimoine*, th. Poitiers, 1879, p. 56. ; dans le même sens M. XIFARAS, *La Propriété : Étude de philosophie du droit, op.cit.*, p. 250, « [...] le patrimoine est la forme juridique que revêt l'exercice de la capacité juridique ».

Zachariae et Aubry et Rau affirment ainsi que l'universalité est une entité virtuelle, un « être au monde juridique » qui permet de manifester la personne concrète sur la scène du droit³⁴⁵.

128. **La définition de la personnalité juridique chez Aubry et Rau.** Dans la doctrine de Zachariae et de ses successeurs, l'universalité de droit ne peut être réduite à une simple masse, à un simple ensemble de bien. Il s'agit d'un contenant abstrait qui représente la juridicité de la personne. Il reste à préciser comment, techniquement, les architectes de la notion de patrimoine parviennent à représenter la juridicité de la personne. À notre sens, cela ne résulte pas du seul fait que tous les biens sont soumis au libre arbitre d'une seule et même volonté³⁴⁶, une cause plus fondamentale se trouve à l'origine de cette définition. En effet, une lecture attentive du *cours de droit civil* permet de constater qu'elle est théorisée à travers deux pans : la propriété et l'obligation³⁴⁷.

129. Les auteurs strasbourgeois définissent de manière explicite le patrimoine par la propriété. Celle-ci, déduite de la personnalité juridique³⁴⁸, est même consubstantielle à la notion de patrimoine³⁴⁹. Elle constitue un bien inné indissociable du sujet³⁵⁰. La propriété

³⁴⁵ L'identification de l'universalité de droit à la personnalité juridique apparaît nettement dans la 4^e édition du cours de droit civil. En effet, Aubry et Rau affirment que « *l'ensemble des biens d'une personne ne constituant une universalité de droit que parce qu'il se confond pour ainsi dire avec sa personnalité* », CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil*, 4^e éd., *op.cit.*, p. 240, note 2.

³⁴⁶ V. *contra*. N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, Th. Rennes 2018, Dalloz, vol. 174, p. 31.

³⁴⁷ « *Le patrimoine apparaît dans la science du droit au point où le splendide isolement du sujet de la maîtrise souveraine rencontre le sujet contractant des dettes. Cette notion est en effet la base d'où émergent les deux troncs du droit des biens, la propriété et l'obligation ; là où, dans le droit moderne, le propriétaire et l'obligé fusionnent en un seul et unique sujet de droit* », M. XIFARAS, *La Propriété : Étude de philosophie du droit*, *op.cit.*, p. 205.

³⁴⁸ Sous ce rapport juridique de propriété, Aubry et Rau estiment que le patrimoine comprend indistinctement tous les biens, qu'ils soient innés ou à venir. Concernant les biens innés tout d'abord, les auteurs font référence aux objets intérieurs, c'est-à-dire ceux inhérents à la qualité d'être humain. Ainsi, Aubry et Rau considèrent, par exemple, comme étant des biens innés : l'image, la voix et le corps de la personne. Ces biens, objet de la propriété du sujet de droit, sont compris dans le patrimoine parce qu'en cas de lésion, ils ouvrent droit à une action en dommages et intérêts (CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., *op.cit.* § 573, p. 230, spéc., note 5). Toutefois, les auteurs du Cours de droit civil constatent, à regret, que le droit français n'a pas souhaité intégrer les biens dans le patrimoine. Aubry et Rau justifient cette absence en expliquant qu'il s'agit peut-être de biens d'une trop grande valeur pour qu'il puisse faire l'objet d'une appréciation pécuniaire (*Ibid.* p. 230 et 231, note 7). À l'évidence, il est difficile d'apprécier objectivement la valeur marchande de l'image ou de la voix d'une personne. En revanche, il est plus facile d'évaluer, à tout le moins judiciairement, la valeur de l'atteinte portée à ces objets extérieurs. Il s'ensuit fort logiquement que si les biens innés ne sont pas intrinsèquement reconnus comme faisant partie du patrimoine, les actions ouvertes en cas de lésion le sont.

³⁴⁹ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., § 575, p. 335 : « *Le droit de l'homme sur son patrimoine est un droit de propriété qui prend son fondement dans la personnalité même de celui-ci. Le patrimoine n'est, en effet, en dernière analyse, que la personnalité même de l'homme mise en rapport avec ses objets sur lesquels il peut avoir des droits à exercer* ». La propriété prend son fondement dans la personnalité et le patrimoine est la personnalité de l'homme mise en rapport avec ses objets ; donc patrimoine et propriété sont consubstantiels.

³⁵⁰ *Ibid.*, § 577, 1^o. Le droit de propriété de la personne et dont elle jouit « *constitue pour elle un bien inné en ce qu'il est inhérent à la personnalité juridique même [...], son existence n'est pas subordonnée à la condition qu'elle possède des biens* ».

dépeinte par Aubry et Rau n'est pas un bien, elle est la capacité d'acquérir, elle constitue donc une potentialité. Elle désigne l'aptitude à acquérir des biens, à devenir le centre d'imputation de rapports juridiques³⁵¹.

130. Aubry et Rau estiment que le patrimoine est aussi le sujet de l'obligation³⁵². Ils en défendent une conception subjective, qui s'étend au gage général des créanciers. L'obligation grève le patrimoine, non en tant que bien ou masse de biens, mais en tant qu'il est le succédané de la personne juridique, et donc qu'il renferme la capacité d'acquérir : être apte à s'obliger ce n'est pas seulement se responsabiliser sur ses biens, mais sur tous ceux présents et à venir donc la potentialité de ses droits. Le débiteur offre ainsi sa capacité d'acquérir à ses créanciers³⁵³. De cette manière, les auteurs strasbourgeois précisent que la responsabilité de la personne juridique est inhérente au sujet de droit.

131. En résumé, l'universalité de droit, dans la doctrine d'Aubry et Rau, est l'avatar de la personne dans le domaine juridique. Elle acquiert un contenu qui est la capacité d'acquérir et de s'obliger.

2) *Les conséquences de la subjectivité de l'universalité de droit*

132. **Les actes juridiques portant sur l'universalité de droit.** Aubry et Rau donnent de l'universalité de droit une description qui traduit sans équivoque sa subjectivité. Ils affirment que le patrimoine ne peut faire l'objet d'une acquisition ou d'une cession par une personne³⁵⁴. Ce principe a le mérite de la logique car, *in fine*, céder son patrimoine reviendrait à céder sa capacité juridique, donc mettre un terme à sa propre existence juridique. En aliénant l'entité virtuelle qui exprime notre personne sur la scène du droit, on se prive de la possibilité d'exister sur cette même scène.

133. En pratique, il est même impossible de concevoir la cession du patrimoine. La jurisprudence a déjà pu relever l'absurdité d'une telle situation. On le relève à la lecture d'un

³⁵¹ En ce sens L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, *Théorie générale du droit et des droits, Les personnes – La famille – La propriété – et les autres droits réels principaux*, Sirey, 3^e éd., 1938, n° 649 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens* t. II, PUF, 2^e éd., 2017, n° 666. Une décision du Conseil constitutionnel de 1998 (décision n° 98-403 du 29 juillet 1998) recourt à la propriété pour expliquer la faculté d'acquérir.

³⁵² *Ibid.*, p. 366, « Du patrimoine envisagé comme sujet d'obligation ».

³⁵³ Cette manière de responsabiliser la personne sur la scène du droit est héritée du droit romain. V. sur ce point G. CORNIL, « *Debitum et obligatio*, recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », art. préc., p. 202 et 203.

³⁵⁴ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, § 576.

arrêt de la Cour d'appel de Toulouse en date du 19 janvier 1872 : « *l'idée d'universalité et l'idée de transmission entre vifs sont deux idées qui impliquent contradiction ; qu'en effet l'universalité (c'est-à-dire, remarquons-le, le patrimoine — les deux mots sont bien ici synonymes —) contient dans sa compréhension les biens présents et à venir tandis que la donation de biens présents ne peut jamais être qu'une donation à titre particulier* ». L'aliénation de tous les biens d'une personne, qu'elle soit faite à titre onéreux ou à titre gratuit, ne peut être qu'une aliénation à titre particulier, elle ne saurait entraîner l'aliénation d'une universalité de droit et conduire à l'octroi d'un *universum jus*. Aubry et Rau précisent qu'il est possible de céder ses objets extérieurs, c'est-à-dire l'universalité de biens dont une personne est propriétaire³⁵⁵, mais il est impossible de céder l'universalité de droit dans laquelle ils voient le patrimoine³⁵⁶, parce qu'elle n'est pas un objet extérieur³⁵⁷, mais l'idée de personnalité, laquelle est inaliénable³⁵⁸.

134. On ne peut acquérir la capacité juridique d'autrui, à défaut de quoi on deviendrait titulaire de deux aptitudes à l'obligation et à la propriété, ce qui serait absurde³⁵⁹. On peut acquérir la capacité juridique d'une autre personne, mais seulement à sa mort si l'on a qualité

³⁵⁵ Le dédoublement de l'universalité peut paraître surprenant. Il souligne seulement le fait que les auteurs ne parviennent pas à se défaire de la notion romaine de patrimoine, c'est-à-dire le fait qu'il soit un ensemble de biens. Il y a d'un côté le patrimoine, ou universalité de biens, qui est l'ensemble des biens dont une personne est propriétaire, mais aussi, à l'opposé, le patrimoine universalité de droit, c'est-à-dire celui qui est la personnalité juridique de la personne. Nous relevons une phrase qui souligne le dédoublement de la notion : « *Quoique le patrimoine envisagé en lui-même, c'est-à-dire comme une universalité de biens distincte de la personne qui en est propriétaire, est divisible en partie abstraite, il en est autrement du rapport qui existe entre le patrimoine ainsi envisagé et la personne qui en est propriétaire. Le patrimoine est indivisible comme la personnalité même de la personne à qui il appartient* », CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, § 575, p. 336.

³⁵⁶ Une objection au principe d'intransmissibilité du patrimoine entre vifs a été trouvée dans les donations de biens à venir (art. 1082 et suiv. C. civ.) autorisées par contrat de mariage. Il s'agit de véritables aliénations de patrimoines, puisque l'actif et le passif se trouvent transmis au même instant. De même, il semble que l'institution contractuelle concerne la dimension universelle du patrimoine, puisqu'elle peut porter sur les biens présents et à venir et parce qu'elle emporte une obligation aux dettes de l'instituant à la charge de l'institué. Toutefois, cette objection n'est absolument pas décisive puisqu'en toute hypothèse ces donations ne prennent effet qu'au décès du donateur (Art. 1082 C. civ.). Ce dernier ne se dépouille absolument pas de ses biens présents ni de ses biens à venir. De même, l'institué doit exercer une option lors de l'ouverture de la succession de l'instituant (Art. 1084 du C. civ.) entre les biens de l'hérédité et ceux de la donation. Dans cette dernière hypothèse, l'institué ne sera pas tenu des dettes postérieures à la donation, c'est pourquoi il doit être annexé à la donation un état des dettes et des charges pour pouvoir exercer cette option (art. 1085 du C. civ.). Il n'y a donc pas de transmission de patrimoine entre vifs.

³⁵⁷ Zacharie précise à plusieurs endroits que le patrimoine n'est pas un objet extérieur. V. notamment C. S. ZACHARIAE, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, vierte auflage, J.C.B. Mohr, Heidelberg, 1837, § 573, p. 423.

³⁵⁸ Les auteurs formulent clairement cette idée : « *Du reste, le principe de l'inaliénabilité du patrimoine peut encore se poser et se justifier dans un autre sens. Les dispositions qui frappent de nullité les actes entre vifs par lesquels une personne dispose de son hérité future, ont, indépendamment des considérations d'économie politique qui les ont dictées, leur fondement juridique dans l'inaliénabilité de la personnalité* », CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, § 576, p. 337.

³⁵⁹ Zachariae considérait qu'« *une seule et même personne ne peut posséder plus d'un patrimoine, à moins que la loi n'ait attribué à un seul et même individu une personnalité multiple (mehrfache Persönlichkeit)* », C.-S. ZACHARIAE, *Handbuch des Französischen Civilrechts, op.cit.*, § 573.

pour continuer sa personne. En pareil cas, il n'y a pas dédoublement de la personnalité juridique, la capacité juridique du *de cuius* vient se confondre avec celle de l'héritier. Pour autant, on ne peut véritablement parler d'acquisition du patrimoine d'autrui dans ce cas, même si l'expression est employée par les professeurs strasbourgeois³⁶⁰, car la fusion des deux personnes exclut la notion d'une acquisition. Comme ils le soulignent eux même, le patrimoine « passe » à l'héritier, plus qu'il n'est acquis par eux³⁶¹. Il s'agit plus d'une succession au patrimoine d'autrui de sa continuation que de sa mutation.

135. Faut-il en déduire que l'héritage romain de la cession d'hérédité a été transformé par le droit nouveau issu du Code civil ? En théorie, l'hérédité est inhérente à la continuation de la personne, il faut donc comprendre dans l'ordre ancien comme dans l'ordre nouveau que la cession de l'hérédité dépend de la qualité d'héritier. En effet, nous avons vu qu'à Rome, la cession d'hérédité ne consistait pas en la cession d'un objet concret : soit la cession ne comprenait que les biens issus de l'hérédité, soit elle consistait en l'acquisition du titre d'héritier par le cessionnaire. Le code a-t-il repris la conception subjectiviste de la cession d'hérédité ?

136. Une première question peut porter sur le point de savoir si un héritier légal peut céder l'hérédité avant d'avoir manifesté sa volonté d'accepter la succession. La réponse est formulée à l'alinéa 1^{er} de l'article 783 du Code civil, lequel précise que « *toute cession, à titre onéreux ou à titre gratuit, fait par un héritier, de tout ou partie de ses droits dans la succession emporte acceptation pure et simple* ». Ainsi qualifié d'acceptant, l'héritier demeure seul obligé envers les créanciers de la succession³⁶². Est-ce qu'il peut céder l'hérédité, une fois qu'il a accepté la succession ? La majorité des auteurs estiment qu'il s'agit, comme en droit romain, d'une transmission des seuls actifs, donc tout au plus de la transmission d'une universalité de fait³⁶³. Le cédant reste seul tenu des dettes à l'égard des créanciers successoraux³⁶⁴. Cette analyse se justifie par la prégnance du principe de

³⁶⁰ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, § 577, p. 338.

³⁶¹ ³⁶¹ *Ibid.* « *L'homme ne perd son patrimoine qu'en perdant sa personnalité, ce qui ne peut avoir lieu que par suite de son décès. Dans cette hypothèse, le patrimoine du défunt passe à ses représentants* ».

³⁶² Ce principe existait déjà en droit romain. V. en ce sens ANTONIN CARACALLA, L. 2, C., *De hered. velact. vend.*, (IV, 39). « *L'héritier qui cède ses droits successifs demeure débiteur et les créanciers ne sont point fondés à poursuivre l'acquéreur* » : C. DEMANGEAT, *De la condition du fonds dotal en droit romain : commentaire du titre du Digeste De fundo dotali, op.cit.*, p. 164.

³⁶³ V. en ce sens D. GUEVEL et J. BOISSON, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Cession de droits successifs », 2016, n° 5, n° 23, n° 63, n° 103, 104 et 105.

³⁶⁴ V. en ce sens D. GUEVEL et J. BOISSON, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Cession de droits successifs », 2016, n° 105 ; CH. AUBRY et CH. RAU, t. 5, *op.cit.*, § 359 *ter*, 5°, et la note 11 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. 11, 2^e éd., Paris, 1948, n° 394 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. 2, Dalloz, 6^e éd., n° 973 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, t. 10, *Traité pratique de droit civil français*, par

continuation de la personne du défunt. Il fonde l'obligation *ultra vires successionis*³⁶⁵ de l'héritier. En conséquence, la cession de droits successifs, d'un point de vue passif, ne peut s'analyser au mieux que comme une « reprise interne de dettes »³⁶⁶, c'est-à-dire que pour les créanciers, seul le cédant héritier est débiteur et tenu des obligations, mais celui-ci peut demander au cessionnaire de le rembourser du désintéressement des créanciers³⁶⁷. L'hérédité n'est donc pas, à proprement parler, objet d'un acte juridique. L'héritier peut transmettre son émolument, mais il ne peut pas transmettre sa qualité d'héritier, et, partant, il ne peut transmettre une universalité de droit. La corrélation qui existe entre la qualité d'héritier et l'universalité de droit a été affirmée par l'arrêt Toussaint³⁶⁸. La vocation à l'universalité fait le continuateur de la personne du défunt³⁶⁹. Si quelques décisions sont venues jeter le trouble en la matière³⁷⁰, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 mars 1955, a déclaré fermement que tout successeur continuant la personne du défunt succède à l'universalité³⁷¹.

137. Techniquement, il est donc impossible de recueillir une *universitas juris* – qu'on l'appelle patrimoine ou *hereditas* – indépendamment de la continuation d'une personne juridique. À l'instar de l'*universitas* romaine, l'universalité de droit se caractérise par son éminente subjectivité. Zachariae et ses successeurs sont sans équivoque en la matière³⁷². L'universalité de droit ne peut donc être traitée juridiquement comme un objet, librement cessible et circulaire. Elle n'est autre que la personnalité juridique. Elle est donc unique.

M. PICARD, Paris, LGDJ, 1926, n° 358 ; G. RIPERT et BOULANGER, *Les biens*, t. 3, Paris, LGDJ, n° 1621 ; *contra*. H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS et M. DE JUGLART, *Leçon de droit civil*, t. 3, *op.cit.*, n° 839, art. 1696 à 1698.

Tout au plus pourrions-nous dire que le cessionnaire doit supporter la charge définitive des dettes en raison d'un devoir *inter partes* de contribution définitive à celles-ci. Ce n'est donc pas une cession parfaite du passif, puisque le cessionnaire ne le supporte que dans la mesure où le cédant lui en demande effectivement le remboursement.

³⁶⁵ *De lege ferenda*, la situation pourrait évoluer dans la mesure où l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 consacre la possibilité de la cession de dette. Toutefois, les nouvelles dispositions ne visent que la cession à titre particulier. Cf. J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », *RDC*. 2016. HS. 45.

³⁶⁶ *J.-Cl. Civ.*, art. 1696 à 1698, n° 3.

³⁶⁷ La reprise interne de dettes suppose qu'une personne s'engage à l'égard d'un débiteur à payer sa dette lorsque le créancier en demandera l'exécution. L'originalité du mécanisme est que l'engagement est souscrit à l'égard du débiteur, non du créancier envers qui seul le cédant reste débiteur (M. MIGNOT, « De la difficile qualification de la délégation », *RLDC*. 2005, n° 895, p. 63). Nous retrouvons régulièrement cette solution en jurisprudence, notamment à l'endroit du fonds de commerce (V. par ex. T. com. Paris, 14 sept. 1983 : *RJ com.* 1984, p. 297, note P. DE FONTBRESSIN ; *RTD.Civ.* 1985, n° 3, p. 370, obs. J. MESTRE ; TGI Caen, 19 avr. 1993).

³⁶⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 août 1851.

³⁶⁹ Bordeaux 12 juill. 1867, *D.* 68.2.167 ; Montpellier 9 juin 1869, *D.* 71.1.141.

³⁷⁰ Cass. Civ., 1^{er} fév. 1955, *D.* 1955. 437

³⁷¹ La solution a été plus récemment réaffirmée par la Cour de cassation le 18 mai 1960 : Cass. Civ. 1^{er}, 18 mai 1960, *D.* 60.2.681.

³⁷² CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil*, *op.cit.*, p. 240, note 2 : « l'ensemble des biens d'une personne ne constituant une universalité de droit que parce qu'il se confond pour ainsi dire avec sa personnalité ».

138. **L'unicité juridique de l'universalité de droit.** Aubry et Rau expliquent que le patrimoine est, comme la personnalité, unique, et qu'une même personne ne peut pas posséder plus d'un patrimoine. Ils affirment que le patrimoine participe de la constitution de la personne, qu'il désigne le « *sujet extérieur* »³⁷³, seul à exister en droit, en tant qu'aptitude à acquérir et à s'obliger³⁷⁴. En d'autres termes, le principe de l'unité du patrimoine signifie qu'un individu se caractérise comme une seule et unique entité virtuelle d'appropriation, un seul et même point d'imputation. Une même personne ne peut être deux entités virtuelles d'appropriations, deux propriétaires³⁷⁵. Dès lors, un même sujet de droit ne peut être deux universalités de droit. Zachariae³⁷⁶ nuance cet axiome, car il estime que la loi peut venir contrarier ce principe en offrant la possibilité à une personne d'être une personnalité multiple³⁷⁷. Dans cette mesure seulement, un sujet de droit peut être plusieurs universalités de droit³⁷⁸.

139. Les auteurs du *Cours de droit civil* ont cependant nuancé cet aspect de leur théorie. À l'occasion des développements relatifs à l'unité et à l'indivisibilité du patrimoine, ils ont concédé qu'il existe des « universalités juridiques » qui se distinguent du patrimoine. Comment la subjectivité de l'*universitas juris* peut-elle s'accommoder d'une telle remise en cause ?

³⁷³ M. XIFARAS, *La Propriété : Étude de philosophie du droit*, th. préc., p. 205.

³⁷⁴ F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », art. préc., pp. 667-680 ; du même auteur « La propriété, mécanisme fondamental du droit », art. préc., pp. 445 à 467.

³⁷⁵ « *Envisagé comme objet du droit de propriété, le patrimoine est absolument indivisible. À la différence du patrimoine considéré comme une universalité de biens, il n'est pas même susceptible d'être divisé en partie intellectuelles ou de quotité* », CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op. cit.*, p. 244, § 577, 4°.

³⁷⁶ C. S. ZACHARIAE, *Handbuch des Französischen Civilrechts, op.cit.*, § 573 ; V. aussi V. LASSERE, *La doctrine du patrimoine chez Zachariae, op.cit.*, p. 54 et suiv.

³⁷⁷ V. aussi le développement du concept par le 105e congrès des notaires de France : O. SAVARY et E. DUBUISSON, *Propriétés incorporelles*, 2009, Lille, p. 1190 et s., 4e comm. ; et, des mêmes auteurs, « Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de propersonnalité », *Dr. et patr.* 2009, n° 180, p. 38. Cette idée se retrouve aussi chez Baudry-Lacantinerie qui, favorable au patrimoine d'affectation, contourne l'obstacle de la subjectivité du patrimoine en admettant la démultiplication de la personne : « *un même individu peut être amené à jouer en même temps plusieurs rôles différents dans la vie juridique ; et, dès lors, il est possible de discerner en lui plusieurs personnes distinctes* ». V. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, Sirey, t. I, 12^e éd. 1919, par BINET, n° 111.

³⁷⁸ Cette nuance, juridiquement subtile, a été fortement relayée en doctrine : P. ESMEIN, *Aubry et Rau, Droit civil français*, t. 9, 6^e éd., 1953, Librairies techniques, p. 313, § 575 ; F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, n° 87, p. 89, note 2 ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD., *L'unité du patrimoine : essai critique*, th. préc., n° 807 et suiv.

B) Les autres universalités dans la théorie d'Aubry et Rau

140. **Les unités divisées du patrimoine, des autres universalités.** En marge de l'universalité de droit qui fonde la notion de patrimoine, Aubry et Rau admettent qu'il puisse exister d'autres universalités. Très précisément, ils affirment que le patrimoine d'une personne déterminée peut se séparer en plusieurs universalités. Cette démultiplication est de nature à voiler la compréhension de la notion de patrimoine. Une analyse minutieuse de ce tempérament est donc indispensable.

141. Aubry et Rau écrivent que « *le patrimoine étant une émanation de la personnalité (...), il en résulte : [...] que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot* »³⁷⁹, mais ils intitulent le paragraphe 574 « *de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine – Des universalités juridiques qui s'en distinguent* »³⁸⁰. Ils semblent donc se contredire. Cette contradiction est d'autant plus forte qu'ils emploient la notion d'universalité juridique³⁸¹ sans préciser si elle se distingue de l'universalité de droit. Les mots « juridique » et « droit » pouvant être tenus pour synonymes, il est possible d'en inférer que le patrimoine est divisible en plusieurs universalités de droit.

142. La contradiction n'est toutefois qu'apparente et peut trouver une explication logique. Zachariae et Aubry et Rau ont été ici dépendants de l'Ancien droit³⁸², c'est-à-dire des ensembles de biens, qualifiés par les glossateurs d'*universitas rerum*. Ils ne se sont pas rendu compte des influences dont ils étaient tributaires. On peut toutefois déceler dans la seconde édition du *Cours de droit civil*³⁸³ une tentative de distinction entre l'*universum jus*-patrimoine et les universalités qui opèrent division du patrimoine³⁸⁴. Les auteurs précisent que si le patrimoine est divisible, c'est en tant qu'ensemble de biens, non en tant que définition de la

³⁷⁹ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil, op.cit.*, § 573, p. 231.

³⁸⁰ *Ibid.*, § 574, p. 234.

³⁸¹ Ils inventorient les legs à titre universel, l'effet du bénéfice d'inventaire, la séparation de patrimoines, les biens auxquels certaines personnes sont appelées à succéder en vertu d'un droit de retour légal, les biens possédés par un absent après l'envoi en possession provisoire, les biens compris dans un majorat, et enfin, les biens compris dans un fidéicommiss universel ou à titre universel.

³⁸² Sur les divisions patrimoniales sous l'Ancien droit, V. A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1989, n° 85. Il convient toutefois de préciser que le droit coutumier, à tout le moins dans son état initial, c'est-à-dire avant la pénétration du droit romain, n'a pas connu la notion d'*universitas*. La vision des auteurs strasbourgeois peut donc paraître audacieuse. Si le droit coutumier adoptait une distinction entre les biens en fonction de leur provenance et de leur nature, c'est à Aubry et Rau que revient la responsabilité d'avoir qualifié ces masses successorales d'universalités juridiques (peut-être Pothier s'était-il déjà permis cette qualification. V. POTHIER, *Des donations entre vifs*, sect. III, art. 1, § 2).

³⁸³ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, p. 336.

³⁸⁴ Le principe est également rappelé au § 574, 3°. La généralité des développements laisse à penser qu'ils concluent l'exposé qui précède.

personnalité juridique : « quoique le patrimoine envisagé en lui-même, c'est-à-dire comme une universalité de biens distincte de la personne qui en est propriétaire, est divisible en partie abstraite, il en est autrement du rapport qui existe entre le patrimoine ainsi envisagé et la personne qui en est propriétaire. Le patrimoine est indivisible comme la personnalité même de la personne à qui il appartient »³⁸⁵. Autrement dit, le patrimoine, envisagé comme la personnalité de l'homme, est un objet incorporel et non divisible. En revanche, en tant qu'ensemble de biens, il peut se partager en parties intellectuelles ou de quotités. Les auteurs constatent qu'il existe des ensembles de biens unifiés en fonction de leur provenance³⁸⁶ ou de leur nature³⁸⁷ et, dans une certaine mesure, en fonction de l'utilité qu'ils procurent à leur propriétaire³⁸⁸. Ces ensembles de biens se différencient de l'universalité de droit précédemment exposée. Ils ne sont pas une potentialité, un perpétuel devenir représentant la capacité d'acquérir de la personne, mais une actualité organisée par le sujet. C'est, en réalité, le patrimoine envisagé comme « universalité de biens »³⁸⁹ qui peut faire l'objet de divisions. Ces universalités ne peuvent être vides, elles sont des ensembles cristallisés. Elles concernent les « objets extérieurs », c'est-à-dire ceux dont l'individu est propriétaire et qui, en fonction de l'utilité qu'il présente, peuvent être organisés en une universalité³⁹⁰. Dans ces lignes, Aubry et Rau reconnaissent à demi-mot l'existence de ce que la doctrine subséquente qualifie de « patrimoines d'affectation »³⁹¹.

143. La divisibilité du patrimoine présentée par ces illustres auteurs ne vient pas en contradiction avec la définition qu'ils donnent de l'universalité de droit et du patrimoine. Le patrimoine n'est pas analysé sous le même prisme : dans un cas on l'analyse dans sa plus haute acception, en tant que fondement de la matière des droits d'un individu, l'*universum jus*, ce qui permet de donner une définition de la personnalité juridique ; dans l'autre, on l'analyse

³⁸⁵ Ch. Aubry et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., § 575, p. 336. Le principe est réaffirmé dans la quatrième édition : « Envisagé comme objet du droit de propriété, le patrimoine est absolument indivisible. À la différence du patrimoine considéré comme une universalité de biens, il n'est pas même susceptible d'être divisé en partie intellectuelles ou de quotité », CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., *op.cit.*, § 577, p. 244, 4^o.

³⁸⁶ Le droit de retour légal par exemple qui forme un ensemble en raison de leur provenance.

³⁸⁷ Le legs à titre universel qui, selon les auteurs, forme deux universalités juridiques. L'une comprenant les meubles, l'autre les immeubles. Cet exemple n'a plus d'actualité. Contrairement à l'Ancien droit, les meubles et les immeubles ne sont plus des ensembles distincts.

³⁸⁸ Nous pouvons énumérer le bénéfice d'inventaire et la séparation de patrimoine.

³⁸⁹ Ch. Aubry et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., *op.cit.*, § 577, p. 244.

³⁹⁰ En ce sens, V. WESTER OUISSE, « Aubry et Rau et la division du patrimoine », *LPA* 14 déc. 2009, n^o 248, p. 4. L'auteur estime même, à l'aube de ce constat, qu'Aubry et Rau sont favorables à l'affectation patrimoniale.

³⁹¹ V. principalement, H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. préc. ; G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, th. préc. Plastara précise ainsi que « subjectivement, le patrimoine est une universalité de droits ; objectivement, une universalité de biens » (G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, th. préc., p. 67). La thèse de l'auteur est, nous devons le dire, conforme à la construction des auteurs strasbourgeois.

en tant que tel, c'est-à-dire en tant qu'universalité de biens, ce qui permet de concevoir sa division. Ces unités divisées sont qualifiées par Aubry et Rau de « juridique », car les auteurs strasbourgeois sont influencés par la théorie médiévale qui oppose les ensembles factuels aux ensembles juridiques³⁹². Ils inscrivent donc leur raisonnement dans la dépendance de celui des postglosseurs, même si, fondamentalement, ils donnent de l'universalité de droit deux acceptions fondamentalement distinctes.

144. La théorie du patrimoine a fait beaucoup d'émules, mais elle a, plus encore, provoqué un éveil doctrinal ; bon nombre d'auteurs se sont attachés à démontrer l'inanité de cette construction. De cette controverse semble issue la notion d'universalité de droit qui prévaut dans la perception contemporaine.

II) Les autres doctrines

145. **L'approche objective du patrimoine.** En dehors de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, l'universalité de droit procède des contradicteurs de cette théorie³⁹³. Les critiques qui lui ont été adressées ont dénoncé son excès d'abstraction, parfois de manière véhémement. Certaines plumes l'ont tournée en dérision, invitant le lecteur à y voir un de « *ces beaux palais des mille-et-une nuits, qui s'envolent dans les nuages sur les épaules d'un Génie* »³⁹⁴.

146. Ce mouvement trouve son inspiration outre-Rhin. Son objectif est de dissocier les concepts de patrimoine, ou universalité de droit, et de personne, ou personnalité. Plus fondamentalement, les détracteurs de la théorie d'Aubry et Rau prétendent que, conformément à la réalité des faits, la patrimonialité est une notion juridique rigoureusement

³⁹² Ces universalités se distinguent de l'universalité de fait, car, selon les auteurs strasbourgeois, celle-ci doit être analysée comme un simple ensemble de choses de même genre, une *universitas corporum* (CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., *op.cit.*, § 575, p. 238). En effet, les auteurs précisent que « *de pareilles universalités ne se composent que d'objets semblables par leur nature constitutive (...)* » (*Ibid.*, note 9). Ils considèrent que ces universalités sont factuelles, car elles proviennent de la destination du propriétaire, non de la loi.

³⁹³ La substance de cette notion se dégage essentiellement de quelques monographies et thèses de doctorat. V. notamment G. VACHER-LAPOUGE, *Théorie du patrimoine*, th. préc. ; E. ROGUIN, *La règle de droit*, Rouge, Lausanne, 1889 ; F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, essai critique, préf. R. SALEILLES, t. I, 2^e éd., LGDJ, 1919 ; H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. préc. ; O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel*, th. préc. ; G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, th. préc. ; P. CAZELLES, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, th. préc. ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e éd., Pédone, 1904 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 2^e éd., Sirey, 1932.

³⁹⁴ O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel*, th. préc., p. 94.

distincte de la personnalité³⁹⁵. Le patrimoine est l'universalité et seulement l'universalité, considérée comme un ensemble juridique constitué par la réunion d'éléments et affecté à un but déterminé : « *il existe des patrimoines sans sujet, c'est-à-dire des universalités de droit, ayant leur fondement dans le but dont ils poursuivent la réalisation, but qui leur sert de sujet ; ces patrimoines n'ont aucun sujet ou du moins ne paraissent pas en avoir, car effectivement ce sont les biens qui les composent ou le but auquel ils sont affectés qui en jouent le rôle* »³⁹⁶.

147. **L'objectivisation de l'universalité de droit dans la théorie nouvelle.** L'universalité de droit subit, sous les assauts de cette doctrine, un bouleversement ontologique. Elle comprend tous les biens ayant une valeur pécuniaire, à l'exclusion des biens innés et des biens à venir. Elle efface le « devenir » des biens pour exacerber leur actualité. Ils ont, pour formuler leur critique, une explication qui a l'apparence de la rationalité : l'universalité ne comprend pas les biens à venir, car, s'ils sont compris dans son giron, c'est qu'ils sont actuels³⁹⁷. Cette approche permet, selon Plastara, d'éviter l'excès de subjectivisme. Le patrimoine ne peut comprendre que les biens déjà acquis, et, corrélativement, il a comme contrepartie toutes les dettes à échoir. Il peut être comparé à un compte courant sans cesse en mouvement et où viendraient s'écrire tous les actes économiques qui ont une même destination juridique³⁹⁸. Au bout du compte, l'universalité de droit s'émancipe de la subjectivité dans laquelle elle avait été enracinée pour ne s'intéresser qu'à l'objectif auquel elle est destinée : l'apurement d'un passif.

Fort logiquement, les conséquences tirées de la subjectivité de l'universalité de droit par Aubry et Rau disparaissent. L'inaliénabilité du patrimoine est dénoncée comme contraire aux faits, au motif que l'universalité de droit, réduite à un ensemble de biens présents, est librement cessible par son propriétaire. Le fait que cet ensemble de biens soit chargé d'un ensemble de dettes n'est pas un obstacle décisif. Bien au contraire, il est même plus juste que celui qui recueille cet ensemble de biens assume la charge du passif. En conséquence, pour les contestataires, l'obligation n'est plus, comme à Rome, personnelle. Elle s'extrait de la personne pour s'articuler autour du patrimoine ; elle n'est plus un lien de droit entre deux

³⁹⁵ G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, th. préc., p. 55 et 56.

³⁹⁶ *Ibid.* p. 71.

³⁹⁷ Cette critique n'a que l'apparence de la rationalité, car elle est fondée sur une mauvaise compréhension de la théorie du patrimoine. La virtualité de l'entité permet de formuler l'idée que les créanciers peuvent exercer leur droit contre les biens prochainement acquis par le débiteur. C'est donc dire que ce sont moins les biens présents que ceux à venir qui forment la matière de l'engagement de la personnalité juridique. L'universalité de droit, même vide, les créanciers ne perdent pour autant leur droit.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 67 ; O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel*, thèse préc., p. 103 ; V. aussi M. HAURIOU, *Leçons sur le mouvement social, donnée à Toulouse en 1898*, éd. 1898, Paris, Larose, p. 148.

personnes, le créancier et le débiteur, mais un lien entre deux patrimoines³⁹⁹. De ce qu'elle suit les biens, il découle qu'elle est parfaitement transmissible⁴⁰⁰.

148. Le principe de continuation de la personne est corrélativement rejeté par les partisans de cette doctrine. Il est perçu comme une fiction désuète et inutile⁴⁰¹. À leurs yeux, l'universalité de droit et la succession universelle signifient simplement que « *les dettes sont à la charge de celui qui recueille l'ensemble des biens. Les dettes portent sur l'actif du patrimoine. Elles suivent leur gage ou, mieux, leur objet. Si l'on a voulu y voir autre chose, c'est en raison de l'acquittement des charges, mais, au fond, il n'y a pas de biens sans que les dettes qu'ils garantissent soient satisfaites [...]* Chaque parcelle de la fortune d'un homme, en effet, répond proportionnellement des dettes qui grèvent cette fortune ; par suite, tout individu qui recueille une partie quelconque du patrimoine doit être tenu proportionnellement à son émolument des charges de la succession »⁴⁰². La succession n'est plus à la personne, mais aux biens.

149. Tout comme l'inaliénabilité, l'unité et l'indivisibilité sont écartées. Les critiques de la théorie du patrimoine soutiennent qu'il est loisible à toute personne de constituer une ou plusieurs universalités juridiques distinctes du patrimoine général en affectant des biens à un but ou à une entreprise déterminée. Le patrimoine leur paraît pouvoir être divisé en une multitude d'ensembles, ou de patrimoines spécialisés, ce qui a pour effet d'altérer le droit de gage général des créanciers. Gazin souligne l'intérêt de la division de l'ensemble des biens d'une personne en plusieurs patrimoines, qui est de permettre la séparation des dettes et des créanciers qui accompagne chaque spécialisation d'une masse de biens déterminée⁴⁰³. La personne peut donc être à la tête de plusieurs masses de biens qui forment autant d'universalités juridiques⁴⁰⁴.

³⁹⁹ V. en ce sens, O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel*, th. préc. ; G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, th. préc. ; P. CAZELLES, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, th. préc. ; H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. préc.

⁴⁰⁰ V. notamment, M. GAUDEMET, *Essai sur le transport de dettes à titre particulier*, th. Dijon, 1898 ; L. RIGAUD, *Le droit réel*, art. préc., p. 467 et suiv.

⁴⁰¹ O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel*, th. préc. ; P. CAZELLES, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, th. préc.

⁴⁰² P. CAZELLES, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, th. Préc., p. 383.

⁴⁰³ GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Préc., p. 363.

⁴⁰⁴ L'idée se trouvait déjà clairement exposée par Pothier à l'occasion de l'étude des libéralités. R.-J. POTHIER, *Traité des donations entre vifs*, sect. III, art. I, § 2 : « *la charge de toutes les dettes dont l'universalité de tous les biens est chargée, se répartit entre les universalités particulières, dont cette universalité générale est composée, dans la même raison de valeur que ces universalités particulières sont entre elles* ».

150. **Les limites de la doctrine nouvelle.** Les auteurs postérieurs à Aubry et Rau ont jeté leur dévolu sur le principe de l'unité du patrimoine⁴⁰⁵, réduit au principe d'indivisibilité du gage général des créanciers. Leur idée est que les atteintes que le droit civil apporte au principe d'indivisibilité contredisent la théorie du patrimoine, et paradoxalement, forment une multitude de patrimoines. Mais le propos d'Aubry et Rau a été, avant toute chose, de tenter de définir la personnalité juridique. Comme nous l'avons vu, il est loin d'écarter toute divisibilité de l'ensemble des biens d'une personne.

151. En vérité, l'universalité de droit dans cette « nouvelle théorie », en dehors de la critique des travaux d'Aubry et Rau, ne présente guère un caractère de nouveauté. Les partisans de cette nouvelle conception de l'universalité de droit se sont concentrés sur ce que les auteurs strasbourgeois avaient déjà appelé le « *patrimoine envisagé en lui-même, c'est-à-dire en tant qu'universalité de biens* ». De ce point de vue, l'universalité de droit — ou plus justement « universalité de biens » — est un simple ensemble de biens, et en tant que tel, il est transmissible, multiple et divisible. Ce sont peu ou prou les mots qu'emploient Aubry et Rau au paragraphe 574 de leur cours de droit civil⁴⁰⁶. Sans doute ne mettent-ils pas l'accent sur ces formes d'universalité, mais ils y consacrent tout de même des développements importants.

152. Il serait plus juste de dire que les partisans de la théorie nouvelle de l'universalité de droit ont porté leur critique sur la méthode suivie par les auteurs strasbourgeois. Cette méthode, déductive et abstraite, débouche sur la conclusion que le patrimoine se déduit directement de la personne, d'où il suit que le primat est accordé à la dimension subjective ; la personne, dans ses divers aspects, fonde l'universalité de droit. À l'inverse, la théorie nouvelle affirme qu'un raisonnement par induction permet de mettre en évidence la diversité des ensembles de biens, et partant, et de révéler que la réification et la spécialisation forment l'essence de l'universalité de droit. La multiplicité des ensembles de biens qui peuplent le droit civil renverse donc l'analyse subjective, l'universalité de droit étant réduite à un ensemble de biens affectés à une finalité déterminée. Ce regard nouveau porté sur l'*universitas* a semé le trouble dans la théorie des universalités. Aubry et Rau établissaient une distinction tripartite des universalités : il y a ce qui relève de l'universalité de droit — le

⁴⁰⁵ A. DENIZOT, « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », *RTD.Civ.* 2014, pp. 547 à 563 ; E. ROGUIN, *La règle de droit, op.cit.* L'auteur insiste sur les passages où le patrimoine est présenté comme un et indivisible, sans présenter les exceptions. De même, Josserand, comme Demogue, présente des versions épurées de la théorie et insiste sur le principe d'indivisibilité. R. DEMOGUE, *Cours de droit civil*, 1933-1934, p. 771 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, 2^e éd. Sirey, 1932, § 646 ; plus récemment R. LIBCHABER, « Feu la théorie du patrimoine », *BJS*, 2010, n° 4, p. 316.

⁴⁰⁶ V. en ce sens A. DENIZOT, « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », art. préc. ; V. WESTER-OUISSE, « Aubry et Rau et la division du patrimoine », art. préc., n° 248, p. 4.

patrimoine et l'hérédité —, de l'universalité de biens et/ou juridique — les ensembles de biens et de droits —, et de l'universalité de fait — les ensembles de choses corporelles. Les partisans de la nouvelle doctrine ne distinguent plus. L'«universalité de droit», l'«universalité juridique», voire l'«universalité de fait», sont tenues par eux pour synonymes⁴⁰⁷.

Conclusion section.

153. L'universalité de droit dans l'ordre nouveau issu du Code civil est aux prises avec deux conceptions qui, *in fine*, n'est que le résultat de l'évolution de la notion sans que sa compréhension soit parfaite. Ainsi, les auteurs strasbourgeois ont d'abord analysé l'universalité de droit comme l'idée de personnalité juridique. Nous retrouvons ainsi la conception romaine de l'*hereditas*. Mais, par suite, ils font référence à l'universalité juridique, c'est-à-dire à l'*universitas incorporum* dégagée par les romanistes médiévaux. Les contradicteurs d'Aubry et Rau se sont concentrés sur la seconde conception pour tenter d'en offrir une vision objective.

154. La théorie du patrimoine et celle de ses objecteurs ont néanmoins en commun de faire la part belle à la notion d'universalité de droit et de délaisser l'universalité de fait. L'examen de cette forme d'universalité n'émerge chez eux qu'intuitivement à l'occasion de problématiques concrètes et ponctuelles.

⁴⁰⁷ En ce sens, G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, th. préc., p. 58 et 59.

SECTION II. L'INTERPRÉTATION DE L'UNIVERSALITÉ DE FAIT SOUS LE CODE CIVIL

155. **L'absence d'approche dogmatique de l'universalité de fait.** L'universalité de fait ne bénéficie pas d'une lecture aussi instruite que l'universalité de droit. Le Code civil ne s'y intéresse qu'en de rares occasions (I.). C'est la nature juridique du fonds de commerce qui, bien après, a éveillé l'intérêt des auteurs pour cette notion (II.). Par la suite, la jurisprudence s'attachera à reproduire la notion à d'autres ensembles de biens (III.).

I) Les applications de l'universalité de fait dans le Code civil

156. **L'universalité de fait dans le Code civil.** Le Code civil n'a pas recours aux vocabulaires techniques de l'*universitas corporum* et de l'universalité de fait. Toutefois, il consacre les applications concrètes de cette notion dégagées par les juristes de l'époque médiévale. Elle y est avant tout considérée comme un ensemble de choses corporelles (*universum corpus*⁴⁰⁸). Elle est moins un concept issu de l'art juridique qu'une constatation imposée par des nécessités pratiques. Elle se compose généralement d'objets semblables dans leur nature constitutive, comme en témoignent les quelques dispositions portant sur le troupeau ou sur le bail à cheptel.

157. **Le troupeau.** « Si le troupeau sur lequel un usufruit a été établi périclite entièrement par accident ou par maladie, et sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire que de lui rendre compte des cuirs et de leur valeur »⁴⁰⁹. Dans cette disposition, le Code entend distinguer l'usufruit portant sur le troupeau, de l'usufruit portant sur chaque animal⁴¹⁰.

158. Demolombe, à l'occasion d'une étude portant sur le sujet, insiste sur le fait qu'il s'agit de « collections ou agrégations de biens, qui ont été réunies ensemble par le propriétaire pour servir à une destination commune »⁴¹¹. Le troupeau est présenté par lui comme une pluralité d'animaux « considérés dans leur ensemble »⁴¹². Encore plus nettement, Baudry-

⁴⁰⁸ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op. cit.*, § 575, p. 238.

⁴⁰⁹ Art. 616 C. civ.

⁴¹⁰ Art. 615 C. civ.

⁴¹¹ CH. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens*, 3^e éd., Paris, 1866, Livre II 4^e éd., 1866, T. I, n^o 65, p. 30.

⁴¹² *Ibid.*, n^o 309.

Lacantinerie et Chauveau, considérant le troupeau sous l'angle de son unité, affirment qu'il est distinct « *de l'individualité des animaux qui le composent ; c'est une universalité de fait, un ensemble constituant un objet unique* »⁴¹³. La construction des savants du Moyen Âge s'est ainsi imposée dans l'ordre nouveau issu du Code civil.

159. Des développements plus techniques sont à recenser lorsque le troupeau fait l'objet d'un usufruit. Demolombe dégage, à cette occasion, le principe de l'universalité : « *l'usufruit a alors pour objet, non pas séparément et divisément, chacune des têtes dont ce troupeau se compose, mais le troupeau lui-même, c'est-à-dire un être unique et collectif* »⁴¹⁴, « *l'agrégation d'animaux considérés dans leur ensemble* »⁴¹⁵. De même Planiol, Ripert et Picard⁴¹⁶ écrivent que « *l'usufruit d'un troupeau doit être considéré comme portant moins sur les têtes de bétail envisagées ut singuli que sur l'ensemble des animaux formant une universalité de fait* ». L'intérêt pour le troupeau est bien loin de la théorie du patrimoine, et naturellement, aucune analyse systémique ne s'en dégage. Fort logiquement, dans une société encore très agraire, les droits de l'usufruitier sur un troupeau intéressent essentiellement la pratique, notamment la question du maintien et de la permanence de l'ensemble que le troupeau constitue entre les mains de l'usufruitier.

160. **Le bail à cheptel.** Dans un esprit voisin de l'usufruit portant sur le troupeau, le code évoque le bail à cheptel aux articles 1800 à 1831. Il s'agit du contrat par lequel l'une des parties donne à une autre un fonds de bétail pour qu'elle le garde, le nourrisse, et le soigne sous les conditions convenues entre elles⁴¹⁷. Le preneur s'engage à gérer le cheptel en bon père de famille⁴¹⁸. Les obligations réciproques des parties sont strictement envisagées par le Code civil : le preneur et le bailleur ne peuvent l'un sans l'autre disposer des éléments du cheptel⁴¹⁹, ils se partagent le croît et la perte⁴²⁰ ; le preneur profite seul des laitages, du fumier et du travail des animaux donnés à cheptel⁴²¹, et le bailleur supporte seul la perte totale du troupeau (hors hypothèse de fautes du preneur), tandis que la perte partielle est supportée en commun⁴²². À la fin du bail, le bailleur prélève sur le cheptel des animaux de chaque espèce

⁴¹³ G. BAUDRY-LACANTINERIE ET M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. VI, *Des biens*, 3^e éd., Paris, Larose et Tenin, 1905, n° 723.

⁴¹⁴ CH. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, *op.cit.*, n° 313, p. 263.

⁴¹⁵ *Ibid.*, n° 309.

⁴¹⁶ M. PLANIOL, G. RIPERT ET PICARD, *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op.cit.*, n° 789.

⁴¹⁷ Art. 1800 C. civ.

⁴¹⁸ Art. 1806 C. civ.

⁴¹⁹ Art. 1812 C. civ.

⁴²⁰ Art. 1804 C. civ.

⁴²¹ Art. 1811 al. 6. C. civ.

⁴²² Art. 1810 C. civ.

afin de reconstituer le fonds de bétail et l'excédent se partage⁴²³. Là encore, le terme universalité de fait n'est pas utilisé par le Code civil. Toutefois, ses dispositions établissent des distinctions entre l'ensemble des animaux et les animaux isolés, pris individuellement. La dialectique employée est donc similaire à celle du troupeau et les problématiques soulevées sont régulièrement les mêmes.

161. En définitive, à la lecture du Code civil, le troupeau et le cheptel peuvent se définir comme une réunion d'éléments corporels, pouvant faire l'objet d'actes juridiques individuels, mais dont la réunion forme un tout unique objet de droit. Une telle définition ne laisse pas de place au doute quant à la qualification d'universalité de fait. Les ensembles consacrés par le Code civil sont donc fidèles à la tradition : la figure de l'universalité de fait ayant, dans la tradition savante, une nature corporelle.

162. Le déclin du monde agraire contribue à mettre ces universalités de fait à la marge du droit⁴²⁴. L'éclatement de la société industrielle a favorisé l'émergence de nouvelles universalités de fait qui devaient éveiller l'intérêt des auteurs.

II) La conceptualisation de la notion d'universalité de fait à la faveur de l'émergence du fonds de commerce

163. **Exposé de la controverse.** La fin du 19^e et le milieu du 20^e offrent une nouvelle destinée à l'universalité de fait avec l'apparition du fonds de commerce. Cette notion provient du besoin impérieux de la pratique d'organiser une gestion dynamique et cohérente des entreprises. Son avènement a suscité de vives controverses sur la nature juridique du fonds. Doctrine et jurisprudence se sont interrogées sur le point de savoir si cette exploitation doit être analysée comme une universalité de droit ou comme une universalité de fait. Cette controverse a renouvelé l'intérêt porté à la notion d'universalité.

164. Grunzweig (Ginossar) préconisait l'analyse du fonds de commerce comme une universalité de droit, car cette analyse permettrait d'en faire « *un organisme économique, doué d'une fonction propre et assurée d'une existence permanente. Il serait revêtu de la subjectivité juridique, c'est-à-dire de la capacité d'acquérir comme tel des droits et des*

⁴²³ Art. 1817 al. 1 C. civ.

⁴²⁴ L'on se doit, toutefois, de relativiser ses propos, car il arrive encore que des litiges intéressant un troupeau aillent jusque devant la Cour de cassation. V. Cass. Civ. 3^e, 9 oct. 1996.

obligations. Il formerait un être commercial, indépendant par son mode d'existence, son mouvement et son domaine. On lui reconnaîtrait le droit d'intenter des actions ou d'y défendre sous ce nom spécial »⁴²⁵. L'universalité de droit faisait du fonds une entité subjective affectée à une activité commerciale. L'universalité de fait était écartée au motif que le fonds de commerce n'est pas un ensemble d'objets de même nature⁴²⁶.

165. Une voie intermédiaire a été proposée par d'autres auteurs, qui, à la lecture des lois du 1^{er} mars 1898 et du 17 mars 1909 et au vu de la jurisprudence, ont soutenu que le fonds de commerce empruntait à l'une et à l'autre des universalités et devait être qualifié d'« universalité juridique ». On retrouve cette manière de concevoir le fonds de commerce chez Gombeaux, d'après lequel « on entend le plus souvent, par universalité de droit un ensemble patrimonial comprenant non seulement un certain nombre de biens, meubles et immeubles, mais aussi des créances et des dettes propres qui lui restent attachées : le type serait l'hérédité. Par universalité de fait, au contraire, on entend, en principe, un simple groupement de valeurs économiques diverses, sans autre relation entre elles que la communauté d'origine ou de destination, qui les réunit, un ensemble purement matériel, auquel ne sont liées ni créances ni dettes propres. Mais il est plus difficile de préciser le sens exact de quelques formules intermédiaires, telles que celle d'universitas facti et juris et d'universalité juridique. Cette dernière qualification, qu'on retrouve fréquemment dans la doctrine et la jurisprudence française, présente, à première vue, un sens assez indécis : on oppose, en effet, la conception de l'universalité juridique à celle de l'universalité de fait, mais sans l'identifier pourtant avec celle de l'universalité de droit, puisqu'on n'en déduit pas l'existence d'un actif et d'un passif particuliers ; **au fond, il semble qu'on veuille faire entendre par là que le fonds de commerce, sans être, comme l'hérédité, un patrimoine comportant ses créances et ses dettes, est du moins autre chose qu'un ensemble de valeurs conservant leur nature et leur condition juridique propres et forme un tout susceptible d'être traité d'une façon uniforme dans l'exécution d'un contrat** »⁴²⁷. Cet auteur explique clairement l'enjeu du débat et la difficulté de la détermination de la nature du fonds. Sa pensée a pu être timidement reprise en jurisprudence, mais elle ne semble pas s'être affirmée en doctrine. La conception du fonds de commerce universalité de droit n'a pas longtemps perduré parce qu'on percevait de manière intuitive l'existence d'une différence entre le fonds

⁴²⁵ S.F GRUNZWEIG, *Le fonds de commerce et son passif propre, étude de législation et de jurisprudence françaises et belges*, th. préc., n° 24, p. 21.

⁴²⁶ *Ibid.* p. 3 et suiv., spéc. n° 4 et 5.

⁴²⁷ E. GOMBEAUX, *La notion juridique du fonds de commerce*, th. préc., p. 36 et 37.

et l'hérédité (A.) ; c'est la notion d'universalité de fait qui a rapidement été préférée (B.). L'option de l'universalité juridique est, quant à elle, demeurée en suspens (C.).

A) L'analyse du fonds de commerce comme une universalité de droit

166. **L'utilité de l'universalité de droit en matière de fonds de commerce.** Qualifier le fonds commerce d'universalité de droit permet de le doter d'une grande autonomie juridique, qui en fait une entité distincte du patrimoine général du commerçant. Les auteurs partisans de cette théorie souhaitent généralement faire du fonds une personne morale affectée à l'activité commerciale. De la sorte, l'universalité de droit est mobilisée pour affirmer la subjectivité juridique du fonds.

167. **La personnification du fonds de commerce**⁴²⁸. La théorie selon laquelle le fonds de commerce est une personne morale a pour conséquence que celui-ci a une vie propre et dispose de tous les attributs de la personnalité. Il a un domicile, un nom, et, surtout, raison essentielle de sa personnification, il devient une entité virtuelle d'appropriation, c'est-à-dire qu'il est apte à la propriété et à l'obligation⁴²⁹. En conséquence, une distinction s'établit entre la fortune personnelle du commerçant et la fortune affectée à son activité commerciale, entre son avoir personnel, et son avoir professionnel. Le commerçant peut avoir plusieurs fonds, mais il s'agira d'autant de sujets de droit distincts, avec toutes les conséquences que cette pluralité peut produire au plan de la personnalité juridique.

168. La loi de 1909 est cependant loin d'avoir consacré cette conception du fonds de commerce. Elle n'entend pas faire de celui-ci une unité juridique autonome, tant s'en faut, puisqu'elle passe sous silence la question de la transmission de plein droit, avec la cession du fonds, des créances et des dettes qui sont rattachées à l'exploitation.

⁴²⁸ Cette théorie se retrouve principalement chez Gombeaux et Catalan. De manière plus indirecte, aussi chez Grunzweig. V. E. GOMBEAUX, *La notion juridique du fonds de commerce*, th. préc. ; P. CATALAN, *De la condition juridique des fonds de commerce*, th. Montpellier, 1899 ; S.F GRUNZWEIG, *Le fonds de commerce et son passif propre*, th. préc. ; J. VALERY, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895, n° 263, p. 243, et surtout « Maison de commerce et fonds de commerce », in *Ann. Dr. Com.*, 1902, p. 209 et 269.

⁴²⁹ S.F GRUNZWEIG, *Le fonds de commerce et son passif propre*, th. préc.

B) L'analyse du fonds de commerce comme une universalité de fait

169. **L'évolution du fonds de commerce.** À la fin du 19^e siècle, le fonds de commerce commençait à connaître un vif succès dans la pratique. Pourtant, la notion juridique était plus que jamais incertaine, laissant libre cours à l'interprétation des auteurs. À côté de l'opinion qui qualifiait le fonds de commerce d'universalité de droit, il y a la thèse qui en faisait une universalité de fait. Pourtant, le fonds de commerce comportait autant des éléments incorporels que des éléments corporels (1). L'universalité de fait éprouvait donc des difficultés à saisir cet objet nouveau sans subir une déformation. La loi de 1909 confirmait, dans l'ensemble, cette mutation et remettait en question la conception médiévale de l'universalité de fait (2). Cette modification, qui n'a pas marqué les esprits, est cependant presque passée inaperçue. Pourtant, nous allons le voir, ses incidences sur l'opposition entre l'universalité de fait et l'universalité de droit sont importantes.

1) *L'évolution du fonds de commerce antérieurement à la loi de 1909*

170. **Exposé du problème.** Antérieurement à la loi de 1909, l'expansion pratique du fonds de commerce et les carences législatives en ont fait un objet extrêmement complexe. On s'est efforcé de le faire entrer dans la catégorie de l'universalité de fait alors que cette notion se caractérisait traditionnellement par la corporéité de ses composants.

171. **La corporéité nominale du fonds de commerce**⁴³⁰. Sous l'Ancien droit, le fonds de commerce pouvait aisément être qualifié d'*universitas corporum*. Il se matérialisait essentiellement par les marchandises qui garnissaient la « boutique » et qui étaient destinées à être vendues⁴³¹. Il constituait donc un ensemble d'éléments corporels. C'est d'ailleurs à l'aune de ce constat que les romanistes ont qualifié, avant le juge, le fonds de boutique d'*universitas*⁴³². L'ancienne jurisprudence a par suite rendu compte de cette qualification. Un

⁴³⁰ La majeure partie des sources proviennent de l'ouvrage de MM. G. LEBRE, A. LEBRE et G. HARTMANN, *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, Paris, 1887.

⁴³¹ En ce sens, E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., n° 19. D'ailleurs, l'expression « fonds de commerce » est une synecdoque.

⁴³² A. LUCCI, « La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale », art. préc., p. 307. L'auteur rapporte une glose de Bartole (Bartole, *ad L. Peculium, D. 30.2. de leg.*), laquelle précise « *Universitas augmentum et diminutionem contingens* » trad. libre : « *L'universalité peut augmenter et diminuer* ». De même, à propos de la *Taberna*, Bartole écrit (Glossa ad L. 34 D. de pignor, 20) : « *Apellatio tabernae refertur ad merces, est nomen universitatis, sicut grex et peculium et similia, et immo licet merces mutantur, tum eadem videtur esse taberna* »

arrêt du parlement de Besançon du 31 août 1641 énonçait que « *les marchandises, qui composent un fonds de commerce, forment un seul tout, et ce tout forme une universalité* »⁴³³.

172. **De l'exclusion à l'inclusion des éléments incorporels au fonds de commerce.** Peu à peu, sous l'influence de l'économie, le fonds de commerce a intégré des valeurs incorporelles comme l'achalandage et les brevets. La dualité qui en est résultée a dérouté les interprètes. Des jurisprudences changeantes ont eu peine à donner une qualification juridique à ce concept émergent. Ainsi, le Tribunal d'appel de la Seine, dans un arrêt en date du 29 thermidor an XI, invitait à distinguer entre « *la propriété physique, les instruments d'exploitation et la propriété morale, achalandage et possession de la confiance publique* »⁴³⁴. Autrement dit, les juges se sont mis à séparer les éléments incorporels des éléments corporels pour appréhender le fonds.

173. La problématique des droits portant sur le fonds de commerce a permis de renouveler l'analyse. L'usufruit du fonds de commerce, par exemple, a conduit les auteurs et la jurisprudence à davantage prendre en considération sa globalité et son unité juridique⁴³⁵, en dépit de l'existence en son sein d'éléments incorporels. Les auteurs ont été conduits à considérer que l'usufruit portant sur un fonds de commerce ne peut être qualifié de quasi-usufruit, car il porte sur un objet identifié, le fonds. L'ensemble des biens affectés au commerce forme un seul et même objet de jouissance. La chambre des requêtes a rendu un arrêt le 14 décembre 1842, dans lequel elle a osé affirmer « *qu'un fonds de commerce doit être considéré comme un corps universel (universum jus) qui continue de subsister dans le renouvellement successif des marchandises qui le composent, etc...* »⁴³⁶. La pratique a relayé cette idée en admettant que le fonds de commerce puisse être grevé d'un droit réel sans qu'il soit besoin d'observer les règles propres à chaque élément. Le fonds a pris progressivement davantage d'importance. Les marchandises ont cessé de former à elles seules le fonds, qui a cessé d'être un ensemble de choses corporelles, s'épanchant dans la sphère de l'incorporel.

174. Les auteurs ont cependant été loin d'avoir des opinions unanimes et la jurisprudence reste longtemps divisée. Si certains arrêts⁴³⁷ présentent le fonds de commerce comme un tout

trad. libre : « *La Boutique qui se retire d'un commerce, est une universalité, comme le troupeau, le pécule et autre, et elle peut subir des modifications, elle restera la même boutique* ».

⁴³³ Arrêt cité in MM. G. LEBRE, A. LEBRE et G. HARTMANN, *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, op.cit., p. LVII-LVIII.

⁴³⁴ Jugement cité par R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 59.

⁴³⁵ A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, th. Bordeaux, 1922, p. 7 et pp. 294 à 298.

⁴³⁶ Ch. Req., 14 déc. 1842 ; *RD.* « Usufruit », n° 208, n. 2.

⁴³⁷ Notamment Cass., 13 mars 1888, *D.* 88. 1. 351 ; CA Lyon, 14 mars 1895, *S.*, 97. 2. 89.

indivisible, une universalité distincte de ses éléments, et donc, un meuble incorporel⁴³⁸, de manière générale les juridictions ont considéré ce qualificatif comme inapproprié, tant le fonds de commerce recouvre des situations hétéroclites. La casuistique était donc de mise et les tribunaux se référaient souvent à un élément principal du fonds pour déduire sa nature juridique⁴³⁹. Si c'est l'achalandage, ce sont les procédés de mise en gage des meubles incorporels qui devaient être privilégiés, si c'étaient les marchandises ou le matériel, la dépossession effective du créancier ou de l'ayant cause était exigée⁴⁴⁰.

175. La loi de 1898 n'a pas dissipé toutes les controverses en la matière. La jurisprudence et la doctrine s'accordent cependant à voir dans le fonds une universalité formée d'éléments divers, un ensemble de biens ayant une condition juridique homogène⁴⁴¹. Il continue de s'affirmer l'idée selon laquelle le fonds de commerce peut être l'objet de différents actes juridiques, sans qu'il soit nécessaire d'observer des formalités particulières pour chacun des composants. La loi du 17 mars 1909 a confirmé cette tendance avec quelques détails supplémentaires qui, en tout état de cause, viennent corroborer cette tendance à l'incorporité.

2) *Le fonds de commerce selon la loi du 17 mars 1909*

176. **Esquisse d'une approche globale du fonds de commerce.** La loi du 17 mars 1909 a accredité l'idée selon laquelle, lors d'actes juridiques particuliers, le fonds de commerce peut être considéré comme un bloc, un objet unique. C'est plus spécifiquement à l'occasion de la vente et du nantissement du fonds qu'elle a exprimé une vision universelle du fonds. Le texte même de la loi est significatif, en ce qu'il se propose de régir la « vente du fonds de commerce » (art. 3) ou son « nantissement » (art. 8). Dans la réglementation de ces actes le fonds est appréhendé comme un corps certain. Cependant, à certains égards, la loi de 1909

⁴³⁸ V. décisions citées par E. GOMBEAUX, *La notion juridique du fonds de commerce*, th. préc., p. 243 note 2, p. 246, note 6 et p. 242 et suiv.

⁴³⁹ Ch. Req., 13 mars 1888, *D.* 88. 1. 351.

⁴⁴⁰ E. GOMBEAUX, *La notion juridique du fonds de commerce*, th. préc., p. 243.

⁴⁴¹ Monsieur Robert a fort bien résumé cette idée dans une note sous un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 23 mars 1900 (*D.* 1901. 2. 97) : « On ne peut plus aujourd'hui dénier au fonds de commerce le caractère d'une universalité indépendante des éléments qui la composent et absorbant ces éléments dans son unité. C'est une conséquence nécessaire de la loi (du 1^{er} mars 1898) qui subordonne à l'accomplissement d'une formalité unique la validité du nantissement consenti sur l'ensemble des éléments constitutifs d'un fonds de commerce. ».

demeure évasive⁴⁴², ce qui a laissé une place importante à l'analyse doctrinale et à l'interprétation jurisprudentielle.

177. Un arrêt de la Cour de Paris en date du 19 mars 1923⁴⁴³ qualifiait sans équivoque le fonds de commerce d'universalité de fait : « *considérant que si le législateur s'est abstenu volontairement de donner une définition générale du fonds de commerce, en raison de la complexité et de la variété de ses éléments, le texte de la loi du 17 mars 1909 et ses travaux préparatoires permettent cependant d'en dégager la notion juridique ; qu'un fonds de commerce constitue une universalité de fait, c'est-à-dire une réunion d'objets ayant une individualité distincte et concourant à une exploitation unique ; que ces objets se distinguent en éléments incorporels : enseigne ou nom commercial, clientèle ou achalandage, droit au bail, et en éléments corporels : mobilier, matériel, outillage ; qu'à défaut de toute désignation précise dans les conventions les éléments essentiels ne comprennent que les premiers* ». Cette décision innovait en affirmant sans détour que le fonds est une universalité de fait comprenant les éléments corporels et incorporels. La notion d'universalité de fait subissait une dénaturation, elle qui avait été corporelle dans la tradition. Elle empruntait ses traits à l'*universitas jurium* de la théorie des universalités, ceux d'un ensemble de choses corporelles et incorporelles. Cette extension s'est faite aux dépens de la conception originelle de l'universalité de fait. Force était d'admettre qu'elle n'était plus une chose corporelle.

178. L'expansion du contenu de l'universalité de fait n'a pas modifié son régime ; celle-ci est restée une chose qui, à la manière des choses singulières, peut faire l'objet d'actes juridiques. La loi prévoyait initialement la vente et le nantissement, mais les interprètes se sont accordés à considérer que rien ne s'oppose à ce que le fonds de commerce, en tant qu'universalité de fait, puisse faire l'objet d'un bail conformément à l'article 1713 du Code civil⁴⁴⁴ ou d'un usufruit. L'intérêt pratique de cette généralisation était notable, car « *l'individualité conférée au fonds par la commune affectation des biens qui le composent permet à l'usufruitier de demander par une action unique la mise en possession de tous les éléments, au lieu d'en intenter une action pour chacun d'entre eux, ainsi qu'il serait forcé de*

⁴⁴² V. pour des développements détaillés, v. A. JAUFFRET, « Des garanties du vendeur impayé d'un fonds de commerce », *Rev. Crit.*, 1929, pp. 151-228 ; R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., pp. 71 à 84.

⁴⁴³ S., 1925. 2. 93, note M. H. ROUSSEAU.

⁴⁴⁴ P. VOIRIN, « Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation, spécialement dans le bail du fonds de commerce », *RTD.Civ.* 1931, p. 285 et suiv.

le faire s'ils étaient considérés comme autant d'objets isolément soumis à sa jouissance... »⁴⁴⁵.

179. Savatier ne s'est pas laissé convaincre par la jurisprudence. Il a soutenu, au vu des dispositions de la loi du 17 mars 1909, que le fonds de commerce, initialement universalité corporelle, était devenu une universalité de droit⁴⁴⁶. Sa pensée bien qu'en apparence influencée par la théorie médiévale des universalités, rejoint celle de ceux qui souhaitent qualifier le fonds de commerce d'« universalité juridique ».

C) Le fonds de commerce comme universalité juridique

180. **Les justifications.** Certains auteurs refusent de qualifier le fonds de commerce d'universalité de droit, mais ne lui en reconnaissent pas moins une existence propre, une identité singulière qui la distingue de l'universalité de fait⁴⁴⁷. Ils y voient un ensemble de choses non pas de même genre ou de même nature, mais différentes, conservant une nature indépendante, et jouissant d'une condition juridique autonome. Ces choses peuvent être traitées de manière uniforme par l'effet d'un contrat ou de tout type d'acte juridique portant sur leur ensemble. Le fonds de commerce est donc, pour eux, un ensemble appréhendé de manière universelle. En tant que tel, il possède une vie juridique propre et peut être traité comme une chose unique. Au regard d'une telle définition, il leur semble plus juste de qualifier le fonds de commerce d'« *universalité juridique* », notion plus appropriée que celle d'universalité de fait, parce que les caractères du fonds ne correspondent pas à ceux de l'*universitas corporum*. Cette doctrine a eu un certain écho, si l'on peut en juger par le fait que des arrêts ont analysé le fonds de commerce comme une universalité juridique⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, th. préc., pp. 294 à 298.

⁴⁴⁶ R. SAVATIER, *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, Dalloz, 2^e éd., 1969, n° 79, p. 117.

⁴⁴⁷ A. CERBAN, *Étude critique sur les conditions de constitution en gage de choses incorporelles*, th. Paris, 1897, p. 233 et suiv. ; P.-C. SIMON, *Le fonds de commerce*, th. Paris, 1898, p. 25 et suiv. ; E. GOMBEAUX, *La notion juridique du fonds de commerce*, th. préc. ; P. CATALAN, *De la condition juridique des fonds de commerce*, th. préc.

⁴⁴⁸ Ch. Req., 13 mars 1888, D. 88. 1. 351, arrêt dit du Splendid-Hôtel : « ... Attendu que ledit fonds de commerce forme une universalité juridique d'éléments divers dont les uns — le matériel et le mobilier — sont des meubles corporels et dont les autres — le titre, l'achalandage, le droit au bail — ont le caractère de meubles incorporels ». V. aussi Cass. Civ. 1^{er}. 4 juillet 1962, pub. bull. ; Cass. Com., 16 juin 1965 ; Cass. Com., 17 juill. 1965 ; Cass. crim., 6 janv. 1966 ; Cass. Civ. 1^{er}. 23 juill. 1968 ; Cass. Civ. 1^{er}. 28 nov. 1973, n° 72-12.420. ; Cass. Com., 28 juin 1982, n° 80-15.157. ; Cass. Com., 27 fév. 1996, n° 93-18.473. ; Cass. Com., 29 fév. 2000, n° 97-14.575.

181. La notion d'universalité juridique a été utilisée par Aubry et Rau lors de l'analyse des exceptions à l'unité du patrimoine⁴⁴⁹. Il est difficile de savoir précisément ce que les auteurs strasbourgeois entendent par ce terme. Nous pensons qu'ils ont été, à cette occasion, influencés par la théorie des universalités dégagés par les romanistes de l'occident médiéval. Selon cette doctrine, l'universalité juridique est un ensemble concret et actuel de biens et de droits. La notion d'universalité juridique à l'endroit du fonds de commerce peut donc convenir et ne semble pas incongrue.

Toutefois, cette doctrine est demeurée sans lendemain. L'universalité juridique est comprise de façon trop proche de l'universalité de droit pour pouvoir prétendre être autonome. C'est donc finalement l'universalité de fait qui a été élue par la doctrine, puis, de manière générale, par la jurisprudence. Toutefois, ce choix n'a pu se faire qu'au prix d'une déformation du sens médiéval de cette notion, car, de toute évidence, elle n'est plus une *universitas coporum*⁴⁵⁰. En témoignent les domaines auxquels l'universalité de fait a été étendue à la suite du débat sur la nature juridique du fonds de commerce.

III) La reproduction légale et jurisprudentielle de la notion d'universalité de fait à d'autres ensembles de biens

182. **L'expansion de l'universalité de fait.** Ils existent de multiples exploitations associant à la fois des éléments corporels et des éléments incorporels. Le fonds de commerce a servi de modèle pour définir leur nature juridique. Tel fut successivement le cas du fonds artisanal⁴⁵¹, du fonds agricole⁴⁵², et du fonds libéral⁴⁵³.

183. D'autre part, l'essor de l'économie capitaliste et la dématérialisation des richesses ont suscité l'apparition de nouveaux types de biens purement incorporels, que l'on a éprouvé le besoin de regrouper dans le but d'en assurer une meilleure exploitation. Ce mouvement a conduit à la consécration juridique du portefeuille de valeurs mobilières et son comme une

⁴⁴⁹ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, 4^e éd., § 575, p. 238.

⁴⁵⁰ V. en ce sens E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., p. 651.

⁴⁵¹ Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996.

⁴⁵² Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006

⁴⁵³ Cass. Civ. 1^{er}, 7 nov. 2000, *Bull. civ.* I, p. 183, n° 283 ; *D.* 2001, p. 2295, Y. SERRA.

universalité de fait⁴⁵⁴ par l'arrêt Baylet rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 12 novembre 1998⁴⁵⁵.

184. Ce choix procède d'un souci de faciliter la gestion des titres. La Cour de cassation a cherché à fonder le pouvoir de dispositions de l'usufruitier des valeurs mobilières composant le portefeuille⁴⁵⁶. L'universalité de fait est apparue comme le moyen de disqualifier l'acte de disposition en un acte d'administration. L'usufruit ne portant pas sur les valeurs prises individuellement, mais sur le portefeuille en tant qu'objet de droit, l'usufruitier ne dispose pas de la chose grevée d'usufruit lorsqu'il aliène les titres⁴⁵⁷.

Conclusion section.

185. L'engouement à propos de l'universalité de fait a commencé à partir d'un questionnement doctrinal portant sur le fonds de commerce. S'agit-il d'une universalité de droit ou d'une universalité de fait ? C'est cette dernière qualification qui a fini par l'emporter. Pourtant, l'universalité de fait n'est plus, à cette occasion, un ensemble de choses corporelles, mais un ensemble de biens et de droits. Certains auteurs, relayés en jurisprudence, ont ainsi proposé le terme d'universalité juridique. Cela aurait pu permettre d'opposer le fonds de commerce à l'universalité de fait, tout en la distinguant de l'universalité de droit. Cette idée n'a toutefois pas prospéré en doctrine.

Conclusion chapitre.

186. Le Code civil n'a pas recueilli la tradition de l'*universitas*. C'est la construction dogmatique d'Aubry et Rau qui a donné un nouvel élan à cette notion que l'on avait oubliée. L'*universitas juris* a été remise à l'honneur grâce à la théorie du patrimoine. Toutefois, la lecture du *Cours de droit civil français* révèle l'utilisation de plusieurs formes d'universalité et à des occasions bien distinctes. L'effort de clarification qui vient d'être fourni permet de constater que ses auteurs parlent d'universalité de droit, ou d'*universum jus*, lorsqu'ils

⁴⁵⁴ La doctrine, avant l'arrêt Baylet, usait déjà de la notion pour qualifier le portefeuille de valeurs mobilières. V. notamment P. DIDIER, note sous Cass. Civ. 1^{er}, 4 avril 1991, *Rev. Soc.* 1991, 737 ; D. R. MARTIN, « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », *La vie judiciaire*, 1992, n° 2392, p. 3 ; D. FIORINA, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », *RTD.Civ.* 1995, p. 43 et suiv. ; R. LIBCHABER, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? » *Defr.* 1997, p. 65.

⁴⁵⁵ Cass. Civ. 1^{er}, 12 nov. 1998, n° 96-18.041 La qualification a été adoptée par la chambre commerciale : Cass. Com., 27 nov. 2007, n° 05-21.262.

⁴⁵⁶ F. ZENATI, « Universalités », *RTD.Civ.* 1999, p. 422.

⁴⁵⁷ Un reproche peut être adressé à cet arrêt. La méthode utilisée par les juges nous semble inversée et contradictoire. En effet, ils usent d'un élément de régime, propre à la notion d'universalité, pour en déduire la nature du bien. La qualification qu'ils retiennent s'en trouve arbitraire et douteuse.

analysent le patrimoine comme l'aptitude à être propriétaire⁴⁵⁸, alors qu'ils utilisent la notion d'universalité juridique lorsqu'ils analysent les groupements de biens qui se distinguent du patrimoine et qui, dans un certain sens, contreviennent à son unité structurelle⁴⁵⁹. Ce n'est que de manière résiduelle qu'ils utilisent l'*universitas facti*, lorsqu'il s'agit de qualifier des ensembles de choses de même genre et de même espèce⁴⁶⁰.

187. L'universalité de fait est longtemps restée en dehors des spéculations des interprètes, car son champ était limité à des hypothèses marginales de groupements de choses corporelles. C'est l'avènement du fonds de commerce qui lui a valu d'acquérir l'importance qui lui faisait défaut. À première vue sa rencontre avec l'universalité de fait était improbable : le fonds de commerce, qui était demeuré longtemps fondé sur la corporéité, s'était étendu à la sphère de l'incorporel. À l'évidence, la notion d'universalité de fait (*universitas corporum*) ne pouvait plus convenir⁴⁶¹. Elle s'est pourtant imposée. Le modèle classique de l'universalité corporelle a conduit le législateur à opposer les éléments corporels et les éléments incorporels du fonds. La loi du 17 mars 1909 a subordonné à l'existence d'une stipulation expresse l'inclusion du matériel dans le nantissement du fonds⁴⁶², de même que les matériels ne se sont trouvés compris dans l'assiette du privilège du vendeur qu'à la condition de faire l'objet d'une désignation précise et d'un prix distinct⁴⁶³.

188. Cette difficulté de la non-corporéité du fonds de commerce a peu gêné les auteurs, qui s'en sont peu souciés. La nature juridique du fonds de commerce a pu ainsi, au bénéfice de cette insouciance, être exportée à d'autres exploitations : artisanale, agricole, libérale. Les fonds sont devenus l'archétype de l'universalité de fait.

189. L'interprétation de la conception dualiste de l'universalité sous le Code civil, si elle s'inspire du travail des savants médiévaux, a néanmoins transformé l'acception de cette notion, ce qui l'a ternie très largement en compromettant sa compréhension. L'opposition rationnelle construite par la postglose s'est délitée puis effondrée. L'*universitas corporum* a perdu sa nature corporelle tout en continuant de s'affirmer comme factuelle. Plus grave

⁴⁵⁸ CH. AUBRY et CH. RAU, *op. cit.*, 4^e éd., § 573, p. 228 et suiv.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, § 574, p. 232.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, § 575, p. 238.

⁴⁶¹ Les auteurs qui se sont attardés sur le travail des commentateurs font généralement observer que la distinction traditionnelle entre les deux ensembles est que l'une, l'*universitas rerum/facti*, est composée de choses corporelles de même nature, alors que l'autre, l'*universitas juris*, est composée de choses corporelles et incorporelles. V. en ce sens C. FADDA et P.-E. BENZA, *Diritto delle Pandette*, trad. ital. De Windscheid, *Pandektenrecht*, vol. I, part. II, pp. 433 à 512, spéc. pp. 440 à 483.

⁴⁶² L. 17 mars 1909, art. 9, al. 3, devenu C. com., art. L. 142-2, al. 3.

⁴⁶³ Art. 1^{er}, al. 2 et 3, L. 17 mars 2009, devenu art. L. 141-5, al. 2 et 3. C. com.

encore, l'*universitas incorporae* issue de cette dénaturation a conduit à un tiraillement interne entre sa figure première — l'*hereditas romaine* — par essence subjective, et sa construction médiévale par essence objective.

190. Ces difficultés sont méconnues des auteurs contemporains, lesquels ont perpétué la conception dualiste héritée des juristes médiévaux en tentant, tant bien que mal, de l'adapter à de nouveaux objets. C'est à partir de ces nouveaux objets qu'a été assise l'opposition des deux universalités telle qu'elle est aujourd'hui enseignée et que sa réception a été effectuée.

Chapitre III. Le parachèvement de la théorie dualiste de l'universalité

191. **La théorie des universalités dans le droit contemporain.** Les deux notions d'universalité, telles que léguées par les médiévaux, sont très largement reprises par la doctrine contemporaine. Toutefois, l'idée d'une théorie n'est que très rarement formulée⁴⁶⁴. L'étude de la notion d'universalité se retrouve dans divers secteurs du droit des biens, généralement formulé pour encadrer et justifier des solutions complexes et hétérogènes. La notion ne fait que rarement l'objet d'une étude ordonnée et globale. L'approche semble donc morcelée, ce que, du reste, dicte son approche duale. D'un côté, la notion d'universalité de droit fait l'objet d'une analyse systématique à l'occasion de l'étude du patrimoine, de l'autre une analyse versatile et fuyante est donnée de l'universalité de fait à l'occasion de l'étude du rapport des biens entre eux.

192. Comme on vient de le voir, les nouveaux objets saisis par les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit rompent en partie avec les critères dégagés par les médiévaux⁴⁶⁵. De nouveaux critères d'identification de l'universalité de droit (**Section I.**) et de l'universalité de fait (**Section II.**) ont été construits.

⁴⁶⁴ Deux manuels, à notre connaissance, y consacrent des développements substantiels : F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 132 et suiv. ; W. DROSS, *Droit civil, Les choses, op.cit.*, n° 420 et suiv., pp. 775-788.

⁴⁶⁵ Il n'est plus possible de fonder la distinction entre les ensembles de choses corporelles et les ensembles de choses corporelles et incorporelles. Le fonds de commerce, qualifié d'universalité de fait, n'est plus un simple ensemble de choses corporelles. V. en ce sens E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., n° 19 et 20.

SECTION I. LES CRITERES D'IDENTIFICATION DE L'UNIVERSALITE DE DROIT

193. **Le mode de détermination des critères.** La notion contemporaine d'universalité de droit s'est principalement construite sur le terreau fertile des travaux relatifs au patrimoine (I.). Il semble même que l'on en soit venu à identifier le patrimoine à l'universalité de droit⁴⁶⁶ et, par voie de conséquence, l'universalité de droit au patrimoine. De fait, la structure de l'universalité de droit emprunte beaucoup à la définition du patrimoine (II.). La force de cette construction est de présenter, à tout le moins en apparence, une notion d'universalité de droit cohérente et uniforme.

I) L'identification de l'universalité de droit par les différentes théories du patrimoine

194. **La détermination doctrinale des critères de l'universalité de droit.** La notion d'universalité de droit s'est épanouie dans la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau. Comme nous l'avons souligné, elle a aussi une existence chez les contradicteurs de cette théorie, les tenants du patrimoine d'affectation. Dans un souci de clarté, certains auteurs ont tenté de rapprocher les deux théories afin de livrer une acception unique de la notion d'universalité de droit (A.). Dans leur approche, les autres universalités de droit présentant les mêmes caractéristiques que le patrimoine sont qualifiées de « petits patrimoines » ou de « patrimoines d'affectation » (B.). L'accord entre universalité de droit et patrimoine devient parfait.

A) La conception de l'universalité de droit commune aux théories objectives et subjectives du patrimoine

195. **La différence de conception de l'universalité de droit dans les théories du patrimoine.** Les deux acceptions de la notion de patrimoine — subjective et objective — se sont construites en opposition. La logique commanderait donc deux acceptions distinctes de

⁴⁶⁶ V. par exemple J. FLOUR, J. L. AUBERT, E SAVAUX, *Les obligations*, vol. 1, *l'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 27 ; comp. CH. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, *op.cit.*, n° 24.

l'universalité de droit. Pourtant, par un effort d'analyse, un auteur⁴⁶⁷ est parvenu à dégager des ressemblances entre elles, de telle sorte qu'il a pu proposer une acception de l'universalité de droit commune aux deux théories. Cette acception commune n'est pas le produit d'une influence réciproque, car elles sont bien trop en opposition pour s'interpénétrer. Il nous semble plus juste de dire qu'une acception a absorbé l'autre au point d'occulter la spécificité de l'universalité de droit chez les fondateurs de la théorie du patrimoine.

196. **L'influence du patrimoine objectif sur la notion d'universalité.** L'auteur du rapprochement, Robert Gary, considère qu'Aubry et Rau laissent une place très importante à la conception objective de l'universalité de droit⁴⁶⁸. Il ne minimise pas la subjectivité du patrimoine, admettant que la théorie du patrimoine permet de définir ou de démontrer un aspect de la personnalité juridique d'un individu, mais il affirme sans équivoque que le patrimoine a aussi un sens purement objectif chez lesdits auteurs, notamment dans le cas où il sert à désigner tous les biens dont une personne est devenue propriétaire⁴⁶⁹. De la sorte, Robert Gary insiste sur l'actualité du patrimoine, sa dimension matérielle et directement réalisable. Il précise que l'on peut constater objectivement l'état du patrimoine d'une personne à un moment donné puisque, dans l'absolu, celui-ci se ramène à l'ensemble des biens que cette personne a acquis entre les deux moments déterminants de son existence, c'est-à-dire sa naissance et sa mort. Cette réflexion permet à l'auteur de dissocier le « patrimoine aptitude » du « patrimoine ensemble de biens ». Il disjoint le patrimoine de ses relations avec la personnalité, le patrimoine est une simple masse de biens.

197. Poursuivant son étude, Robert Gary explique que l'universalité de droit est un ensemble de biens, envisagés sous l'angle de leur valeur pécuniaire, qu'elle est un tout économique dont on considère la valeur globale, que les éléments qui la composent sont moins appréciés dans leur individualité physique ou matérielle que du point de vue de leur valeur économique et pécuniaire. Ainsi envisagés, les éléments qui composent l'universalité sont fongibles et interchangeables. À l'aide de la subrogation réelle, l'universalité de droit conserve son existence malgré la mouvance, le changement, le péril auquel est exposé en permanence son contenu. Ces mécanismes contribuent à faire de l'universalité de droit un instrument de détermination de la valeur des biens : « *la valeur globale et finale s'apprécie à*

⁴⁶⁷ R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit. Contribution à l'étude de la science du droit civil dans son état actuel*, th. préc.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, pp. 167-171.

⁴⁶⁹ *Ibid.* p. 168.

la mort de la personne, et la valeur présente s'apprécie, quand un créancier, à un moment donné de l'existence du patrimoine, s'attaque à lui »⁴⁷⁰.

198. L'appréciation purement pécuniaire des composants de l'universalité de droit s'explique par le fait qu'ils sont indéfectiblement liés à des dettes. Ainsi s'explique un trait commun à tout patrimoine, et donc à toute universalité de droit : « *toutes les universalités juridiques, dans leur existence ou dans leur transmission, on retrouve, formant ces ensembles, un actif et un passif propres, autonomes* »⁴⁷¹. L'auteur caractérise l'universalité de droit comme un ensemble de biens et de dettes intimement liés, un actif et un passif corrélés.

199. Ces critères d'identification de l'universalité de droit postérieurs à la querelle du patrimoine se sont nettement imposés dans la doctrine subséquente⁴⁷².

B) La multiplication des patrimoines

200. **Les raisons de la multiplication.** Le nouveau critère d'identification de l'universalité de droit — la corrélation de l'actif au passif — a conduit inexorablement à une extension de la notion à tous les ensembles qui, à l'instar du patrimoine, présentent peu ou prou cette corrélation. Le patrimoine et l'universalité de droit se sont amalgamés, les auteurs faisant porter généralement leur étude sur le « *patrimoine et les autres universalités de droit* »⁴⁷³. Au-delà des exemples donnés par Aubry et Rau, on peut trouver dans le Code civil différentes masses de biens susceptibles d'être qualifiées d'« universalités de droit » (1). Le législateur contemporain a enrichi ce genre en créant de nouveaux patrimoines d'affectation⁴⁷⁴ (2).

⁴⁷⁰ *Ibid.* p. 170.

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² Sur l'idée que la corrélation actif/passif est le critère dégagé par Gary pour identifier l'universalité de droit, v. E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., n° 18 et 19.

⁴⁷³ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, introduction au droit civil, *op.cit.*, p. 279 et suiv.

⁴⁷⁴ Les développements subséquents ne se livrent pas à une analyse détaillée des régimes juridiques de chaque masse de biens. Il s'agit seulement ici d'étayer la logique du système doctrinal contemporain dans la reproduction de la notion d'universalité.

1) *Les anciens patrimoines spécialisés qualifiés d'« universalités de droit »*

201. **La fortune de mer**⁴⁷⁵. « *La fortune de mer, écrit Monsieur Bonnacase*⁴⁷⁶, *constitue un patrimoine d'exécution indépendant ; les créanciers ont le droit de la faire vendre dans la mesure même de leurs créances, mais le surplus des biens demeure, une fois les créanciers payés, à l'armateur* ». Il semblerait que le mécanisme de la fortune de mer crée un lien entre des biens et des dettes. En conséquence, il est loisible de considérer qu'il s'agit d'un patrimoine spécialisé comprenant un actif et un passif distincts du patrimoine général de l'armateur⁴⁷⁷, donc une universalité de droit.

202. Le triptyque déductif dégagé par la doctrine contemporaine se retrouve : une corrélation active/passive, donc un patrimoine, donc une universalité de droit. Les auteurs précisent seulement qu'il s'agit en ces circonstances non d'un patrimoine général, mais d'un patrimoine spécialisé. Nous retrouvons une logique similaire à l'occasion de développements relatifs à la communauté de biens entre époux.

203. **La communauté de biens entre époux.** Nous ne souhaitons pas ici nous adonner à une vue d'ensemble des régimes matrimoniaux et de la communauté de biens. Toutefois, il semble que dans le régime de communauté différentes masses de biens viennent à se constituer : les propres du mari, les propres de la femme et les biens communs. À cet égard, une partie de la doctrine considère que les biens communs constituent un patrimoine spécial⁴⁷⁸ qui bénéficie d'une certaine autonomie juridique. De même, le législateur soumet la communauté à un régime juridique particulier, qui en fait une universalité. C'est ainsi que Capitant nous dit « *que la communauté constituait une universalité juridique distincte des biens propres, de même l'indivision qui lui succède va conserver ce caractère. Les anciens biens communs continuent à former un patrimoine distinct des biens propres de chaque indivisaire, patrimoine désormais soumis aux règles de l'indivision* »⁴⁷⁹.

204. **L'indivision.** La situation d'indivision aboutit à constituer des masses de biens séparées, dotées d'un actif et d'un passif autonomes⁴⁸⁰. Elle apparaît ainsi « *comme un*

⁴⁷⁵ V. art. 63 et suiv. du Décret n° 67-967 du 27 oct. 1967.

⁴⁷⁶ J. BONNECASE, *Traité de droit commercial maritime*, Paris, Sirey, 1922, p. 497.

⁴⁷⁷ V. spéc., Art. 63 et 65 du Décret de 1967.

⁴⁷⁸ G. RIPERT et M. NAST, *Les régimes matrimoniaux*, T. VIII, p. 194

⁴⁷⁹ H. CAPITANT, « de l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux », *Rev. Crit. Dr.*, 1929, pp. 65-123.

⁴⁸⁰ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 227.

patrimoine, comme un ensemble d'actif et de passif; cet actif et ce passif sont, ainsi que nous le montre la liquidation, en étroite et intime interdépendance »⁴⁸¹.

205. **Le régime dotal.** La reconnaissance du fonds dotal comme universalité de droit sous l'empire de la législation moderne témoigne du fait que le travail des commentateurs a fait école en doctrine. Toutefois, la dote a été consacrée dans le Code civil jusqu'à son abrogation en 1965⁴⁸². Selon ce système doctrinal, on a pu considérer la dote comme une universalité de droit, car une partie des biens de la femme, les biens dotaux, a été spécialement affectée à certaines dettes ménagères.

2) *Les récents patrimoines d'affectation qualifiés d'« universalités de droit »*

206. Récemment, la vision contemporaine de la notion d'universalité de droit a eu l'occasion de s'appliquer à de nouveaux mécanismes, couramment qualifiés de « patrimoines d'affectation », parfois même dans la législation. Il s'agit essentiellement de la fiducie et de l'EIRL.

207. **La fiducie.** Dans la loi du 19 février 2007 introduisant la fiducie⁴⁸³ en droit français, le législateur a créé la notion de « *patrimoine fiduciaire* »⁴⁸⁴. Beaucoup d'auteurs s'accordent à considérer que ce patrimoine fiduciaire est un patrimoine d'affectation, et une universalité de droit qui se distingue du patrimoine général⁴⁸⁵.

208. Les créanciers fiduciaires ont pour gage les biens apportés en fiducie. Il y a donc bien une corrélation entre l'actif et le passif fiduciaire. Cela suffit à faire de l'ensemble une universalité de droit. La logique est en tout point similaire en ce qui concerne l'EIRL.

209. **L'EIRL.** La loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée consacre officiellement la notion de « patrimoine affecté ». La consécration légale du

⁴⁸¹ *Ibid.* p. 239.

⁴⁸² Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965.

⁴⁸³ Loi n° 2007-211.

⁴⁸⁴ Art. 2021 al. 2., 2023, 2024, 2025, 2030, 2031 (abrogé) du Code civil, sont venus s'ajouter les articles 2018-1 et 2027 créés et modifiés par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, les articles 2012 al. 2, 2372-2, 2372-4 al. 1^{er}, 2488-2 et 2488-4 al. 1^{er} issus de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janv. 2009 et les art. 2372-5 al. 2 et 2488-5 al. 2 institués par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

⁴⁸⁵ C. KUHN, « Une fiducie française », *Dr. et patr.* n° 158, avr. 2007, p. 32, spéc. p. 41 et suiv. ; A. DELFOSSE et J.P. PENIGUEL, « Premières vues sur la fiducie », *Defr.* 2007, art. n° 38571, p. 581 ; F. BARRIERE, « La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 févr. 2007 », *BJS*, 2007, n° 119, p. 440 et n° 144, p. 555 ; P. BOUTEILLER, « Loi n° 2007-211 du 19 févr. 2007 instituant la fiducie », *JCP E* 2007, 1404 ; A.N. CHARVILLAT-CARREZ, « Introduction de la fiducie à la française », *RLDA*. n° 15, avr. 2007, p. 31.

patrimoine d'affectation traduit même, selon le jugement de certains auteurs, le crépuscule de la théorie classique du patrimoine. La loi consacre une séparation stricte entre les patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel⁴⁸⁶. Ce dernier est donc à la tête de deux patrimoines⁴⁸⁷ et les créanciers professionnels ont pour seul gage les biens affectés à l'exploitation. Inversement, les créanciers personnels n'ont de droits que sur les actifs non affectés⁴⁸⁸. Selon la conception contemporaine de l'universalité de droit, une nouvelle universalité de droit résulte naturellement de cette consécration⁴⁸⁹.

210. En définitive, pour résumer la logique du courant qui s'attache à construire la notion d'universalité de droit aujourd'hui, la notion d'universalité de droit trouve sa traduction principale dans le patrimoine et dans les universalités de droit qui dérivent de la notion de patrimoine. L'hérédité, archétype de l'universalité de droit dans la tradition, a été oubliée. Dès lors, il est logique que les critères d'identification de l'universalité de droit soient déterminés à partir de la notion de patrimoine.

II) Les caractéristiques de l'universalité de droit

211. Le patrimoine, devenu l'archétype de l'universalité de droit, permet de livrer les critères propres à la notion. Robert Gary, dans sa thèse de doctorat, estime qu'il existe des occurrences communes aux conceptions objectives et subjectives du patrimoine, qui permettent d'identifier la notion d'universalité de droit : la corrélation entre un actif et un passif. L'universalité de droit est un ensemble actif/passif (A), caractérisé par sa permanence (B).

A) L'ensemble actif/passif

212. Il faut observer qu'Aubry et Rau ne font pas référence à la corrélation qui existe entre l'actif et le passif pour caractériser l'universalité de droit. C'est en assimilant l'universalité de

⁴⁸⁶ M.-CH. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. préc., n° 13, p. 19.

⁴⁸⁷ Art. L. 526-6 C. com.

⁴⁸⁸ Art. L. 526-12 du C. com.

⁴⁸⁹ V. par exemple, F. PEROCHON, « Les patrimoines de l'EIRL », *Rev. Proc. Coll.*, 2011, n° 16 ; PH. THERY, « Le passif », *Dr. et patr.* 2010, n° 191, p. 5 ; E. DINH, « L'EIRL, un hybride en droit français », *JCP E.* 2010, 1979, n° 65 ; S. ANIEL-BARRAU, *Le patrimoine affecté de l'EIRL : étude de droit civil*, th. Montpellier, 2015 ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. préc.

droit au patrimoine⁴⁹⁰ et en réduisant le patrimoine au gage⁴⁹¹ des créanciers que l'on en est venu à une telle définition⁴⁹². Cette réduction singulière a pour effet d'unir deux principes en un seul : l'universalité de droit est un ensemble de biens (1) corrélé à des dettes (2).

1) *La prise en compte de l'actif au sein de la notion d'universalité de droit*

213. **Les biens utiles à la saisie des créanciers.** Dans la logique de la théorie contemporaine de l'universalité de droit, la prise en compte de l'actif dans la notion d'universalité de droit est très largement dépendante de l'idée de corrélation actif/passif. Comme l'exprime bien Bonnecase, « *les éléments actifs d'une universalité de droit sont en quelque sorte reliés entre eux par la nécessité de répondre d'un passif inhérent à leur groupement originare* »⁴⁹³. Partant, les biens entrant dans la composition de l'universalité de droit sont des biens utiles à la réalisation du gage des créanciers. Ils ne sont donc pas envisagés sous l'angle de leur matérialité, mais d'un point de vue abstrait⁴⁹⁴, c'est-à-dire sous l'angle de leur seule valeur pécuniaire.

214. L'universalité de droit est ainsi une union de valeurs pécuniaires saisissables. Cette spécificité est corroborée par les « petits patrimoines » ou « patrimoines d'affectation ». En effet, qu'il s'agisse de la fiducie, de l'EIRL ou de l'acceptation à concurrence de l'actif net, il est toujours question de valeurs pécuniaires saisissables. La saisissabilité des composants de l'universalité de droit ne se comprend qu'à l'aune de l'autre élément que la notion comprend : les dettes.

⁴⁹⁰ Que l'on doit, comme nous l'avons exposé précédemment, à la tentative de conciliation des théories objectives et subjectives du patrimoine.

⁴⁹¹ Une partie non négligeable de la doctrine considère que le gage général des créanciers est le fondement de la notion de patrimoine, et partant, Zacharie, puis Aubry et Rau, n'auraient fait qu'offrir un cadre théorique et systémique à ces dispositions : V. à ce propos R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, op.cit.*, p. 383 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, op.cit.*, n° 566, p. 544 et suiv. Nous ne rejoignons pas cet avis, et pour cause, comme on a pu le voir lors de nos développements, le gage général des créanciers est une des conséquences de la notion de patrimoine et non le noyau principal. V. à ce propos M.-CH. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. préc., n° 57, p. 43.

⁴⁹² « *L'universalité de droit reliant en son sein indissolublement des éléments passifs et des éléments actifs : qu'il s'agisse du patrimoine, de la communauté entre époux, de l'indivision héréditaire, de la succession bénéficiaire, le juriste aperçoit des îlots de biens, des ensembles de biens, comme l'universalité de fait, mais qui en diffèrent par la présence de dettes qui leur sont rattachées* », R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 318 et 319.

⁴⁹³ J. BONNECASE, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil*, par Baudry-Lacantinerie et divers collaborateurs, Paris, Sirey, 1928, t. IV, p. 521.

⁴⁹⁴ Gény, en son temps, avait dénoncé cet excès d'abstraction (*Méthodes d'interprétation et source en droit positif*, t. 1, 2^e éd., LGDJ, 1919, n° 67).

2) *La prise en compte du passif au sein de la notion d'universalité de droit*

215. **La raison de la prise en compte du passif dans l'universalité de droit.** La prise en compte du passif dans la construction de la notion d'universalité de droit à l'époque contemporaine est la suite de la thèse de Robert Gary. L'étude de l'universalité de droit à laquelle s'est livré cet auteur, l'a conduit à chercher les occurrences communes entre le patrimoine et les autres ensembles de biens. Mais, la notion de patrimoine analysée par Robert Gary occulte un aspect essentiel, la dimension subjective que lui avaient attribuée Zacharie et Aubry et Rau, c'est-à-dire leur tentative de définir la personnalité juridique⁴⁹⁵.

216. Robert Gary se limite à considérer que le patrimoine permet d'expliquer et de fixer un cadre théorique au gage général des créanciers⁴⁹⁶. Le patrimoine étant réduit à la notion de gage, l'universalité de droit subit le même sort. Sa fonction technique est devenue, comme celle du patrimoine la réunion d'un actif et d'un passif. Cette corrélation devient le critère déterminant de l'universalité de droit⁴⁹⁷, Robert Gary considère même qu'elle fait partie de l'ontologie de la notion⁴⁹⁸. Cette doctrine ne laisse pas indifférent si l'on en croit le fait qu'elle soit employée comme telle dans le vocabulaire juridique actuel⁴⁹⁹. Les récents travaux proposant une consécration du patrimoine d'affectation par le Code civil se réclament de cette définition⁵⁰⁰. Dans le même esprit, l'avant-projet de réforme du droit des biens propose, au sein du nouveau Livre II du Code civil intitulé « du patrimoine et des biens qui le composent », de consacrer l'analyse de l'universalité de droit comme un ensemble d'actif et de passif indissociablement liés⁵⁰¹.

⁴⁹⁵ Il faut pourtant garder présent à l'esprit que pour Zacharie et ses épigones, le droit de gage des créanciers traduit, au plan patrimonial, les obligations de la personne. Le patrimoine est « sujet d'obligation » (CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, p. 247).

⁴⁹⁶ V. par exemple, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Rousseau, 1911, rééd., La Mémoire du droit, 2001, p. 383 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, op.cit.*, n° 566, p. 544 et suiv.

⁴⁹⁷ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 326.

⁴⁹⁸ *Ibid.* p. 327.

⁴⁹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, « universalité ».

⁵⁰⁰ M.-CH. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. préc., p. 475. L'auteur propose la rédaction d'un article 2010-1 du Code civil, ainsi conçu : « le patrimoine d'affectation est une universalité de droit appartenant à une ou plusieurs personnes comportant un actif et un passif et répondant à un but ».

⁵⁰¹ PH. SIMLER, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », art. préc., p. 505.

B) La permanence de l'ensemble actif/passif

217. **La subrogation réelle.** L'idée est que la notion d'universalité de droit suppose qu'elle soit susceptible de garder la même physionomie malgré la dispersion, la disparition et le remplacement de ses composants. Cette particularité de l'universalité de droit a été, comme nous avons pu l'étudier, dégagée par les romanistes médiévaux⁵⁰² à travers la formule bartolienne *in judiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii*. Pour eux, le mécanisme de remplacement joue de plein droit dans les *universitas juris*, alors que, dans les universalités de choses corporelles, il nécessite une disposition légale ou conventionnelle. Cette idée a été reprise par Aubry et Rau qui ont ajouté que la subrogation réelle est fondée sur la fongibilité qui s'attache à l'universalité de droit⁵⁰³. De la sorte, l'universalité apparaît comme un ensemble homogène dont les composants sont indifférenciés se rapportent tous à l'idée de valeur⁵⁰⁴.

218. La subrogation réelle peut se définir comme une fiction⁵⁰⁵ qui veut qu'une chose nouvellement acquise prenne la place (*in locum*) d'une chose qui en est sortie en empruntant une ou plusieurs de ses qualités. La fonction principale de la subrogation réelle est de garantir à la chose nouvellement acquise la « qualité » de la chose remplacée. L'enjeu porte donc sur le point de savoir ce que recouvre juridiquement cette qualité transmise. Il est évident que la qualité recueillie par la chose succédée est la qualité « *de chose appartenant à une universitas* »⁵⁰⁶. Mais qu'est-ce que signifie le fait d'appartenir à une *universitas* ? Nous avons vu précédemment que les choses appartiennent à *l'universitas* parce qu'elles sont susceptibles de désintéresser les créanciers du fait de leur valeur pécuniaire. Dès lors, la chose fait partie d'une universalité de droit lorsqu'elle est une valeur pécuniaire et saisissable par les créanciers. Acquis en remplacement d'un bien, un autre bien acquiert, en tant que composant

⁵⁰² V. n° 97.

⁵⁰³ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français, op. cit.*, § 575, p. 235.

⁵⁰⁴ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op. cit.*, § 575, p. 340 et suiv.

⁵⁰⁵ La nature de la subrogation réelle est du reste discutée. Elle doit normalement être l'objet d'un domaine restreint s'il s'agit d'une fiction juridique (Hugueney, note sous Cass. Civ. 1^{er} août 1910, S. 1913. 1. 361. ; V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, préf. PH. MALAURIE, Bibl. dr. privé, t. 187, 1985, LGDJ, p. 57 suiv.). Mais rien n'empêche son extension hors des cas prévus par la loi si sa nature est autre (G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. AMIEL-DONAT, Bibl. dr. privé, t. 253, 1997, LGDJ, nos 388 s.). L'équité qui la fonde peut même suggérer de l'appliquer à tous les créanciers ayant sur un bien un droit de préférence non prolongé par le droit de suite (H. CAPITANT, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD.Civ.* 1919. p. 391, spéc. p. 409). La jurisprudence ancienne s'est souvent inspirée de l'idée classique que la subrogation réelle est une fiction pour en limiter le domaine, mais pas toujours. Quant à la jurisprudence moderne, elle exprime une faveur nettement plus marquée pour la subrogation réelle.

⁵⁰⁶ V. à ce propos J. FLACH, « De la subrogation réelle », art. préc., p. 6.

de l'universalité, le statut du bien qui l'a précédé, et devient, à son tour, une valeur pécuniaire saisissable par les créanciers⁵⁰⁷. La subrogation réelle assure une équivalence au sein de l'universalité grâce au fait que tous les biens qui rejoignent cette dernière sont des valeurs pécuniaires saisissables par les créanciers. L'universalité est le lieu — en tant que contenant — dans lequel est assurée la permanence du contenu. Cette pérennité se déduit de la place occupée par chaque chose universelle, autrement dit, elle se déduit du rôle que lui assigne l'universalité, celui de la saisissabilité. La qualité de *res universitas* est devenue circonstruite, il ne s'agit plus que de biens représentant une valeur pécuniaire susceptible d'être saisie par le créancier.

219. L'*universitas juris* est strictement envisagée sous l'angle d'une hypothèse précise et déterminée, celle de la déconfiture du débiteur. Aux yeux des architectes de la notion contemporaine d'universalité de droit, celle-ci ne fonctionne que pour répondre au besoin de saisissabilité des biens. Elle ne concerne plus que les créanciers. Cette construction se réclame des articles 2284 et 2285 du Code civil et de l'assimilation de l'universalité de droit au patrimoine. Au regard de ces dispositions, l'utilité spécifique d'un bien est indifférente, seule sa valeur compte. Tous les biens occupent la même place et la même condition juridique au sein de l'universalité de droit, celui de sa saisissabilité. La permanence de l'*universitas juris* trouve sa raison d'être dans la fonction qui lui est attribuée⁵⁰⁸, celle d'un gage.

220. Les partisans de la thèse objective du patrimoine, et *de facto*, de l'universalité de droit, ne consacrent pas de développements particuliers à cette question, qui est traitée sur un mode axiomatique. Ils perdent de vue le rôle de la subrogation réelle dans la réduction du patrimoine et de l'universalité de droit à un mécanisme de valeur⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ « Par l'effet de la subrogation, l'objet subrogé ne vient pas seulement prendre de fait, dans l'universalité où il entre, la place qu'y occupait celui auquel il est substitué, il revêt encore, comme élément de cette universalité la nature juridique de ce dernier : *Subrogatum sapit naturam subrogati...* » : *Ibid.*

⁵⁰⁸ E. H. KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi*, éd. 1989 Broché, p. 223 : À rebours de cette conception, dans une vision plus médiévale de l'*universitas*, Ernest Kantorowicz estime que le mouvement conceptuel visant à perpétuer l'existence de l'*universitas* tient à ce que celle-ci soit « une personne intellectuelle qui ne peut pas mourir, et non une personne réelle ».

⁵⁰⁹ R. SALEILLES, note ss. CA Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, 2, p. 185 et note ss. Cass. Civ., 29 avr. 1901, S. 1903, 1, p. 321 ; R. DEMOGUE, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Rev. Crit. Lég. Jurisp.*, 1901, p. 236, 295, et 346, spéc. p. 364 ; H. CAPITANT, « Essai sur la subrogation réelle », art. préc., p. 385 ; A. CERBAN, « Nature et domaine d'application de la subrogation réelle », *RTD.Civ.*, 1939, p. 47 ; C. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, *op.cit.*, n° 17, p. 15 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité de droit civil belge*, *op.cit.*, n° 561, p. 541 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, *op.cit.*, n° 28 et suiv., p. 32 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, *op.cit.*, n° 293, p. 327 ; B. STARCK, par H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, *op.cit.*, n° 1397, p. 523 ; B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. préc., n° 262, p. 217 ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 447 et suiv., p. 298.

221. Par la subrogation réelle et par plusieurs autres traits fondamentaux, la théorie dualiste oppose les universalités de droit aux universalités de fait.

Conclusion section.

222. Édifiée à partir de la notion de patrimoine, la conception moderne de l'universalité de droit s'identifie exclusivement à l'idée de corrélation actif/passif. Ce nouveau critère révèle l'identité de la notion, si bien que les ensembles de biens présentant peu ou prou cet élément seront qualifiés d'universalités de droit. À l'inverse, catégorie résiduelle des ensembles de biens, il s'agira d'une universalité de fait.

SECTION II. LES CRITERES D'IDENTIFICATION DE L'UNIVERSALITE DE FAIT

223. **Les difficultés de l'universalité de fait.** L'universalité de fait est généralement étudiée dans les ouvrages de droit des biens à l'occasion de l'étude de la relation des biens entre eux⁵¹⁰. Ce sont le troupeau, la bibliothèque, et plus récemment, le fonds de commerce qui sont le plus souvent utilisés pour présenter la structure de la notion d'universalité de fait. Les fonds qui se sont multipliés depuis le XIXe siècle ont considérablement accentué l'actualité de la notion d'universalité de fait, dont l'étude s'en trouve plus intéressante qu'au lendemain du Code civil. L'universalité de fait est présentée comme ayant la particularité de réaliser l'unité d'une pluralité de biens (**I.**), tout en étant dépourvue de passif (**II.**).

I) L'unité dans la pluralité

224. L'universalité de fait, à l'instar de l'universalité de droit, se caractérise par une dualité contenu/contenant. Toutefois, la nature juridique du contenant de l'universalité de droit est

Pourtant, ce mécanisme, qui assure la continuité temporelle de l'ensemble, est aujourd'hui confirmé par la majorité des auteurs. A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, T. I, n° 94, p. 63 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, op. cit.*, p. 5, n° 2 ; F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil, les biens, op.cit.*, n° 19, p. 25 et suiv. ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 134, p. 206.

⁵¹⁰ Ce travail a été initié par Messieurs Zenati-Castaing et Revet dans leur ouvrage de droit des biens (F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*), puis, par suite, repris dans d'autres manuels (v. par ex. W. DROSS, *Droit civil, Les choses, op.cit.*, n° 419 et suiv.).

très peu évoquée en doctrine⁵¹¹. Il semble que la notion de contenant « *ne réponde plus à l'idée d'un bien au sens strict, elle évoque au contraire l'idée d'une masse de biens susceptibles de garder respectivement leur physionomie (...)* »⁵¹². Une différenciation entre les composants et le bien résultant de leur union existe⁵¹³, c'est plus la commune affectation de plusieurs biens⁵¹⁴ que leur association dans un contenant qui autorise leur appréhension globale et unique (A.). Par ailleurs, comme on doute de la possibilité de faire usage de la subrogation réelle en ce qui les concerne, se pose la question du mécanisme permettant d'assurer leur pérennité (B.).

A) Le fondement et la nature juridique de l'universalité de fait

225. L'appréhension unitaire de l'universalité se fait grâce à l'affectation. Cette notion peut être définie comme « *la détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé* »⁵¹⁵. La finalité qui est assignée à un bien influe sur son régime juridique⁵¹⁶. Dans l'immobilisation par destination, par exemple, un meuble affecté à un immeuble suit le régime immobilier. Dans l'universalité de fait, le raisonnement est le même : les éléments de l'universalité suivent son régime. Ainsi en va-t-il du fonds de commerce, dont les éléments sont soumis à un régime juridique distinct de celui qui leur est applicable à titre individuel. Pour autant, ils n'en gardent pas moins leur autonomie juridique.

⁵¹¹ La doctrine s'attache à démontrer que l'universalité de droit se caractérise par une corrélation actif/passif, mais elle ne propose pas de qualifier le contenant.

⁵¹² R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 326.

⁵¹³ La considération selon laquelle l'universalité de fait est un ensemble de biens dont émerge un bien distinct semble faire l'unanimité en doctrine. V. à ce propos F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 43, p. 56 ; W. DROSS, *Droit civil, Les choses, op.cit.*, n° 421-2 ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, op.cit.* ; F. TERRE, PH. SIMLER, *Droit civil, les biens, op.cit.*, n° 58, p. 68.

⁵¹⁴ L'idée selon laquelle l'universalité de fait résulte d'une communauté de destination est initialement due à R. Gary (R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 137). Elle a été, par la suite, reprise par la majorité des auteurs (V. A.-L. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, th. préc., p. 22 et p. 41 ; S.-F. GRUNZWEIG, *Le fonds de commerce et son passif propre*, th. préc., n° 4 ; P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », art. préc., n° 20, p. 185 ; B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. MOUSSERON, LGDJ, 1975, n° 12, p. 5 ; P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle*, étude sur la qualification juridique des biens, préf. PH. DELBECQUE, LGDJ-Bibliothèque de l'Institut André Tunc, t. IV, 2004, n° 54, p. 67 ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 316, p. 198 ; S. BECQUET, *La spécification : essai sur le bien industriel*, th. Lyon 3, préf. TH. REVET, LGDJ, 2005, n° 26, p. 60 ; Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, 2006, n° 148 ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Deffr.*, n° 570, 2008 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 203.

⁵¹⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, « Affectation ».

⁵¹⁶ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, LGDJ, 1976, n° 1, p. 1.

226. Ici comme ailleurs, l'affectation est, avant tout, d'ordre factuel et économique⁵¹⁷. Factuelle tout d'abord en ce qu'elle résulte de la volonté libre du propriétaire d'unifier un ensemble de biens, et économique ensuite parce que cette réunion est guidée par une logique d'exploitation⁵¹⁸.

L'affectation consiste à prendre en compte *ut universi* des biens. Elle permet d'assurer leur traitement unitaire. L'unité résultante peut intéresser directement une opération juridique précise. Il en est ainsi, par exemple, du nantissement du fonds de commerce. Durant la vie de son fonds, le commerçant organise différents biens de manière à attirer une clientèle. La valeur qui résulte de cet agencement peut constituer un gage et donc une source de crédit, d'où l'idée de le nantir. De leur réunion, il se dégage une utilité propre et distincte, un résultat global qui invite à l'analyse. L'affectation de plusieurs biens à une finalité qui leur est commune conduit à un résultat singulier : la réification de l'universalité de fait. Cette caractéristique de la notion est peu discutée en doctrine ; elle semble faire l'objet d'un accord unanime⁵¹⁹.

227. **L'incorporéité de l'universalité de fait.** L'universalité de fait n'est pas une chose accessible de plain-pied à la perception des sens. Elle est le résultat de l'union de plusieurs biens à l'addition desquels, à la différence de la chose composée, elle ne se réduit pas. Dans la transformation que lui a apportée le droit moderne, elle a perdu sa corporéité et se compose aujourd'hui autant d'éléments incorporels que d'éléments corporels, participant au mouvement général de dématérialisation des biens⁵²⁰. Pour autant, elle n'est pas un droit incorporel, car elle n'est pas le produit de l'art juridique⁵²¹. Issue de la créativité humaine, elle

⁵¹⁷ W. DROSS, *Le mécanisme de l'accession, essai d'une théorie de la revendication en valeur*, th. Nancy, 2000, n° 421-1 ; v. spécialement N. DISSAUX, *Le fonds d'entreprise*, LexisNexis 2015, n° 19, p. 10. L'affectation économique est commune à tous types de fonds sous l'angle de l'exploitation qu'il réalise. Peu importe que celle-ci soit commerciale, rurale, libérale ou artisanale.

⁵¹⁸ Cette recherche de profit est caractéristique du fonds, puisqu'« un fonds d'exploitation suppose un capital productif. Dans le fundus, la vertu naturelle qu'a la terre de produire des fruits constitue le mécanisme fondateur qui en fait une référence. Les autres formes d'exploitation ont été qualifiées de fonds parce qu'elles aussi produisent des résultats qui s'analysent comme des fruits. Leur différence réside dans le fait que ces fruits ne procèdent pas d'un bien corporel, mais d'une universalité de biens destinés à produire des biens ou des services », F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 54, p. 101.

⁵¹⁹ La réification de l'universalité de fait semble être l'un des seuls critères qui ne divise pas la doctrine. R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 137 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 311 ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 573, p. 422 ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 43, p. 56 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op.cit.*, n° 421-2, p. 778 ; L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, Litec 2006, n° 786 à 810.

⁵²⁰ F. ZENATI-CASTAING, « L'immatériel et les choses », *APD*, n° 43, 1999, pp. 79-85 ; N. BINCTIN, « L'immatériel et l'universalité : vers la théorie de la valeur », in *Le patrimoine au XXI^e siècle : regards croisés franco-japonais*, Collection Droits Étrangers, Vol. 12, p. 145-169.

⁵²¹ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 53 p. 99.

est le produit d'une entreprise volontariste de soumission des choses aux fins de l'homme. Tout comme les choses corporelles, elle est donc une chose réelle. Des recherches historiques et philosophiques de grande autorité⁵²² se sont attachées à démontrer l'inexactitude de la thèse classique qui réduit les biens aux choses corporelles et, renouant avec la distinction Gaienne des *res corporales* et des *res incorporales*, ont permis de restaurer l'universalisme de l'objet la propriété. À l'instar des choses corporelles, les universalités de fait, comme toutes les autres choses incorporelles peuvent donc être considérées comme des propriétés au sens objectif du terme, des propriétés incorporelles⁵²³.

228. En réalisant l'union du semblable et du dissemblable autour d'une finalité déterminée, l'universalité de fait accomplit une abstraction. Elle est donc considérée comme un bien incorporel⁵²⁴. La communauté d'affectation des biens qu'elle fédère conduit à considérer l'universalité comme un bien téléologique. Ceci lui donne vocation à la durer.

B) La permanence de l'universalité de fait

229. **L'idée de permanence.** Les éléments du contenu de l'universalité de fait sont susceptibles de varier, disparaître et être remplacés. Ces modifications ne se sont pas de nature à remettre en question l'universalité, ni les droits que les tiers détiennent sur elle.

230. **L'analyse traditionnelle de la permanence.** La permanence de l'universalité est traditionnellement fondée sur le mécanisme de la subrogation réelle. On évoque autant à leur sujet que pour les universalités de droit la maxime barolienne « *in iudiciis universalibus, res succedit in loco pretii, pretium in loco rei* » et « *in iudiciis singularibus pretium non succedit loco rei nec res loco pretii* ». Comme l'a montré l'étude de l'origine des universalités, les postglossateurs ont rattaché cet adage à l'universalité de droit et non pas à l'universalité de

⁵²² F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, th. préc.

⁵²³ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 53, p. 99.

⁵²⁴ E. GOMBEAUX, *La notion juridique du fonds de commerce*, th. préc., spéc. p. 249 ; L. CREMIEU, « Le fonds de commerce, universalité juridique », *Rev. Des fonds de commerce*, 1935, p. 311, et p. 389, spéc., p. 391 ; R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD.Civ.* 1958, n° 33, p. 331 ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^e série, approfondissement renouvelé, Dalloz, 1959, n° 499 ; R. LIBCHABER, *Rép. Dr. Civ.*, Dalloz, « Biens », mai 2016 (actu. avr. 2018), n° 64 ; J.-J. DAIGRE, « du fonds libéral en général », *Mél. SAYAG, Litec* 1997, p. 191, spéc., p. 200 ; N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, préf. A. GHOZI, 2008, n° 264 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, th. préc., n° 25, 71, 95.

fait⁵²⁵. Bartole a même utilisé la subrogation réelle comme critérium de distinction entre l'universalité de droit et l'universalité de fait. Fidèles à la romanistique médiévale, Aubry et Rau ont rejeté l'application de la subrogation réelle aux universalités de fait⁵²⁶.

231. Cette analyse est aujourd'hui remise en question⁵²⁷. Certains érudits expliquent qu'il n'est pas juridiquement justifié de privilégier l'utilisation de la subrogation réelle dans l'universalité de droit et de l'exclure de l'universalité de fait. Ils apostillent leur analyse d'un texte du jurisconsulte Alfenus⁵²⁸, qui fait mention du caractère automatique de la subrogation réelle dans tous types d'universalité. La subrogation réelle tend à être perçue comme un mécanisme inhérent aux universalités, où elle joue de plein droit⁵²⁹. Un lien naturel s'affirme entre ces deux notions, qui est que la subrogation réelle explique le maintien et la survie de l'universalité⁵³⁰ malgré la transformation de ses composants, ainsi que la préservation des droits grevant la chose contre la disparition d'une partie de leur objet⁵³¹.

232. La critique ne s'est pas fait attendre ; quelques auteurs ont rapidement fait valoir leur réticence à voir la subrogation réelle utilisée dans les universalités de fait⁵³². D'abord, le mécanisme ne rend pas compte de l'accroissement de l'universalité par l'adjonction d'éléments nouveaux. Ensuite, il n'est pas certain que la subrogation réelle s'applique automatiquement et en toutes circonstances⁵³³. Un exemple topique en est donné par Éric Meiller⁵³⁴ : il s'agit de l'hypothèse où un époux a en propre un troupeau et décide de vendre une bête pour s'acheter un tableau, celui-ci appartiendra en propre à l'époux sans pour autant faire partie de l'universalité de fait. Ainsi, en cas de gage sur le troupeau, il n'y aura pas de report des droits du créancier gagiste sur le tableau, et pour cause, le bien nouvellement acquis n'occupe pas la place juridique laissée vacante par la bête cédée.

⁵²⁵ V. *supra* n° 98. V. notamment P. OURLIAC et J (DE) MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, Les biens, op.cit.*, n° 29 ; R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 138.

⁵²⁶ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil, op.cit.*, § 575, 2° p. 237 et 238

⁵²⁷ V. MULHENBRUCH, « Über *universitas facti* und *universitas juris* », p. 324 ; G. PLASTARA, *La notion de patrimoine*, th. préc., p. 41.

⁵²⁸ L. 76. *Dig. De jud.*, 5, 1. V. également Jason Magnus, *Glose ad. L. 21., 22, de leg.*, 1 (31) cité par MÜHLENBRUCH, « Über *universitas facti* und *universitas juris* », art. préc., p. 328. : « *Universitas, sicut grex, recipit incrementum et deminutionem. Universitatum, puta gregis, peculii et similibus unum subrogatur loco alterius, ipsa universitas remanet eadem. Pretium in universalibus succedit in locum rei.* ».

⁵²⁹ A. HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, th. préc.

⁵³⁰ V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, th. préc.

⁵³¹ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op.cit.*, p. 782.

⁵³² V. CH. LYON-CAEN, note sous Cass. Req., 10 mars 1915, S. 1916, 1, 5 ; V. plus récemment E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., n° 11.

⁵³³ D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 460 ; E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., n° 11.

⁵³⁴ E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., n° 12.

233. Plus généralement, il ne semble pas concevable d'autoriser mécaniquement le report du droit d'un bien sur un autre alors que les mouvements des composants ne sont pas toujours perceptibles⁵³⁵. Le scepticisme d'une partie des auteurs est donc légitime : l'automatisme de la subrogation réelle au sein des universalités⁵³⁶ n'est pas certaine. D'aucuns ont plus volontiers parlé de fongibilité des éléments de l'universalité⁵³⁷.

234. **De la subrogation réelle à la fongibilité.** Selon une opinion, au sein de l'universalité, les biens sont considérés moins pour leur individualité matérielle ou physique que pour leur valeur pécuniaire⁵³⁸. Un rapport d'équivalence s'établit entre tous les biens entrant dans sa composition, lesquels, à ce titre, représentent tous une quantité de choses de même genre. Dans l'hypothèse où un troupeau est objet d'un rapport de droit, on ne considère pas chaque élément *in specie*, mais le nombre de têtes et leur valeur⁵³⁹. Rapportés à l'idée commune de valeur, les éléments de l'universalité sont fongibles entre eux⁵⁴⁰. De même, l'usufruitier peut librement disposer des valeurs mobilières à charge d'en rendre l'équivalent. L'identité qui existe entre les composants de l'universalité rend inutile la subrogation réelle.

Toutefois, au même titre que la subrogation réelle, la fongibilité s'est rapidement révélée insuffisante pour expliquer la permanence de l'universalité de fait. D'abord, elle ne permet pas davantage d'expliquer l'intégration de nouveaux éléments dans l'universalité de fait. Lorsqu'une sûreté porte sur un fonds, par exemple, elle ne porterait, si l'on s'en tenait à la fongibilité, que sur les éléments qui composaient le fonds lors de sa constitution⁵⁴¹, puisque la fongibilité n'autorise pas le droit du créancier à se maintenir sur le bien acquis en remplacement d'un autre⁵⁴². Ensuite, l'effacement de l'individualité de chaque composant au profit de sa valeur abstraite qu'implique la fongibilité favorise une confusion entre d'une part,

⁵³⁵ V. C. LYON-CAEN, note sous Cass. Req, 10 mars 1915, *S.* 1916, 1, 5 ; P. VEAUX-FOURNERIE, « Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », in *Le gage commercial*, ouvrage collectif sous la direction de J. HAMEL, Dalloz, 1953, n° 7, p. 132 ; E. SAVAUX, B. GIMONPREZ, *Rép. Dr. Civ.*, Dalloz, « Subrogation réelle », 2014, n° 37.

⁵³⁶ Le droit contemporain ne s'attarde plus sur l'automatisme de la subrogation réelle au sein des universalités. V. à ce propos : R. DEMOGUE, « Essai sur une théorie générale de la subrogation réelle », *Rev. Crit. Lég. Juris.p.*, 1901, p. 53 et 54 ; H. CAPITANT, « Essai sur la subrogation réelle », art. préc., p. 393 ; M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Sirey, 1954, n° 446, p. 58, n° 577, p. 214.

⁵³⁷ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 304, F. ZENATI, *RTD.Civ.* 1994, p. 383 ; E. SAVAUX, B. GIMONPREZ, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Subrogation réelle », *op.cit.*, n° 37 ; H. HOVASSE, « Actualité des valeurs mobilières et des marchés financiers », *JCP N.*, 1999, 1126 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, Contribution à l'étude de l'universalité*, th. préc., n° 63.

⁵³⁸ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 304.

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005.

⁵⁴¹ Le Code de commerce énonce cette règle dans son article L. 141-6 al. 2.

⁵⁴² M. XIFARAS, *La Propriété : Étude de philosophie du droit*, th. préc., p. 244.

la fongibilité et la consomptibilité⁵⁴³, et d'autre part, entre chose fongible et chose de genre⁵⁴⁴. De même, si les choses fongibles sont souvent assimilées à des choses de genre, on ne peut aller jusqu'à en déduire que ces deux notions se confondent⁵⁴⁵.

235. En dernière analyse, privilégier la fongibilité dans l'analyse de l'universalité de fait semble aller à l'encontre de la logique de cette dernière. La fongibilité conventionnelle invite à instaurer entre deux choses une identité juridique. Si la prévalence de l'identité juridique entre deux choses se justifie dans l'universalité de droit — un ensemble de valeurs est affecté au désintéressement des créanciers —, il est difficile de soutenir la même thèse pour l'universalité de fait, alors que celle-ci, par principe, ne comporte pas de passif⁵⁴⁶.

236. Une analyse permettant de conserver l'idée de fongibilité pourrait consister à prendre en compte l'utilité, donc la valeur d'usage, plutôt que la valeur pécuniaire des composants⁵⁴⁷. Toutefois, la jurisprudence se refuse à une telle analyse. Elle a affirmé ce refus à propos des médicaments, qu'elle ne considère comme fongibles entre eux que s'ils comportent le même principe actif, et que s'ils ont la même marque, la même origine, la même dénomination et le même conditionnement⁵⁴⁸. Les équivalences d'usages sont donc insuffisantes pour caractériser la fongibilité.

237. La permanence de l'universalité de fait reste donc conceptuellement inexpliquée. Peut-être faudrait-il rechercher ce mécanisme par la notion d'affectation⁵⁴⁹.

238. Dans le système doctrinal contemporain et sous le seul rapport actif, la notion d'universalité de fait ne diffère pas véritablement de l'universalité de droit. Du moins, des questions similaires surgissent dans l'analyse des deux universalités. La thèse de Robert Gary, dont nous avons vu que les conclusions font largement école en doctrine⁵⁵⁰, affirme nettement qu'universalité de droit et universalité de fait sont « *l'une ou l'autre, des ensembles de biens*

⁵⁴³ P. JAUBERT, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD.Civ.*, 1945, p. 75 et suiv. ; E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., n° 12.

⁵⁴⁴ Pour le bien fondé d'une distinction entre chose fongible et chose de genre, v. notamment A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 596, p. 417.

⁵⁴⁵ V. notamment, V. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. MAYER, LGDJ, 1992, n° 136 ; P. SIRINELLI, « Le quasi-usufruit », *LPA*, 1993, n° 87, p. 30 ; P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc., n° 132 et suiv.

⁵⁴⁶ Dans le cadre des fonds par exemple, un ensemble de biens est affecté à l'exploitation d'une clientèle, ainsi, si une machine vétuste est remplacée par une machine plus performante, les deux biens remplissent une même fonction et leur identité matérielle est préférée à leur identité juridique

⁵⁴⁷ Les deux machines remplissent peu ou prou la même fonction au sein de l'universalité de fait, et dès lors, le même usage en est retiré.

⁵⁴⁸ CA Paris, 26 juin 1998, *D.* 2000. 69, obs. D. MAINGUY.

⁵⁴⁹ V. en ce sens R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 577, p. 423.

⁵⁵⁰ V. par exemple, J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, op.cit.*, n° 3 ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, op.cit.*, n° 10 ; R. LIBCHABER, *Rép. Dr. Civ.*, Dalloz, « Biens », *op.cit.*, n° 65.

qui sont considérés moins dans leur individualité matérielle, physique, que dans leur valeur pécuniaire. C'est là le cachet d'une universalité : c'est un ensemble de biens envisagé du point de vue d'une qualité unique, englobant éventuellement des biens divers de par leur nature ou leur origine, qui constituent une unité abstraite, susceptible de transformation dans ses éléments (...) »⁵⁵¹.

239. Si les deux formes d'universalité sont semblables, il ne reste plus, pour les distinguer, que le passif⁵⁵².

II) L'absence de dimension passive dans l'universalité de fait

240. **Précision sur la dimension passive.** La théorie contemporaine des universalités conclut à l'absence de dimension passive de l'universalité de fait. La justification du principe est obscure, car, de toute évidence, certaines universalités de fait comprennent des dettes (A). En réalité, depuis la thèse de Robert Gary, il est plus exact de dire que l'universalité de fait se distingue par le fait qu'elle ne présente pas d'autonomie patrimoniale (B).

A) Le passif de l'universalité de fait

241. **La présence d'éléments passifs dans l'universalité de fait.** L'une des propriétés de la conception dualiste est l'absence de passif dans la notion d'universalité de fait. Pourtant, la loi n'exclut pas la possibilité pour l'universalité de fait de contenir des dettes, notamment à l'occasion de sa cession. L'exemple du fonds de commerce est d'ailleurs topique. Un nombre croissant d'obligations est considéré comme faisant partie du fonds de commerce, le contrat de bail, les contrats de travail⁵⁵³. Il en va de même du contrat d'assurance⁵⁵⁴. Le contrat

⁵⁵¹ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 304.

⁵⁵² *Ibid.* p. 318.

⁵⁵³ Art. L. 1224-1 C. trav. Les contrats de travail survivent à toute modification juridique de la situation de l'employeur, que cela soit une cession, une vente, une fusion, une transformation du fonds ou une mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification du fonds subsistent.

La Cour de cassation a très largement étendu la portée de ce principe qui, dès lors, dépasse la transmission du fonds de commerce puisqu'il n'est plus nécessaire que le nouvel entrepreneur soit un ayant-cause et cela concerne tout transfert d'une unité économique qui conserve son identité et dont l'activité est reprise ou poursuivie (Cass. ass. Plén., 16 mars 1990, *Bull. ass. Plén.*, n° 4, D. 1990. 305, note A. LYON-CAEN).

d'édition est également transmis avec le fonds de commerce de l'éditeur⁵⁵⁵. De manière plus anecdotique, la question s'est posée de savoir si un abonnement téléphonique était un élément du fonds de commerce⁵⁵⁶. En matière fiscale, le Code général des impôts peut rendre le cessionnaire d'un fonds de commerce solidairement responsable des impôts dus par le cédant pour les bénéfices réalisés pendant l'exercice en cours⁵⁵⁷. La dette est donc comprise dans le fonds et se transmet avec lui⁵⁵⁸.

242. Enfin, une dernière évolution notable concerne la charge de l'obligation de non-concurrence. Théoriquement, cette obligation ne se transmet pas à l'acquéreur du fonds. Un arrêt a admis la transmission de l'obligation en la qualifiant de « *droit réel mobilier qui s'exerce de façon absolue à l'égard de tous les exploitants successifs du fonds* »⁵⁵⁹. Cette décision n'a cependant pas fait jurisprudence, les juridictions considérant que l'obligation est strictement personnelle et, partant, doit être considérée comme passivement intransmissible⁵⁶⁰. La seule possibilité pour reconnaître l'opposabilité de cette obligation est qu'elle soit insérée dans l'acte de cession du fonds et expressément acceptée par eux⁵⁶¹. Toutefois, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé que le propriétaire d'un fonds de commerce peut contracter à titre de servitude l'engagement de ne pas faire concurrence à une entreprise exploitée sur un autre fonds⁵⁶². Ainsi, cette interdiction revêt le caractère de servitudes du fait de l'homme dans l'intérêt d'un autre fonds et elle est valable si

⁵⁵⁴ Il est continué de plein droit au profit de l'acquéreur du fonds. De toute évidence, afin d'éviter les ventes forcées et les contrats liés, chaque partie dispose d'une faculté de résiliation du contrat. Cette faculté est d'ordre public et ne peut être écartée ou limitée par une stipulation contractuelle. (Art. L. 121-10 C. assur).

⁵⁵⁵ Cette transmission s'effectue sans que l'autorisation de l'auteur soit nécessaire. Toutefois, là aussi, une faculté de résiliation existe. Il s'agit de celle de l'auteur si l'aliénation du fonds est de nature à compromettre gravement ses intérêts matériels et moraux (Art. L. 132-16, al. 2 CPI).

⁵⁵⁶ J. DERRUPE, TH. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Rép. Dr. Com.*, Dalloz « Le fonds de commerce », oct. 2016, n° 64. Le tribunal de commerce a répondu par la négative (T. com. Châtillon-sur-Seine, 18 nov. 1949, *D.* 1950. 224). Une réponse ministérielle a toutefois laissé place à une solution différente (J. DERRUPE, TH. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Rép. dr. Com.*, Dalloz, « Le fonds de commerce », *op.cit.*, n° 64. Citant JOAN Q 24 juin 1972, p. 2846). Elle affirme que le successeur du fonds peut obtenir une reconduction de l'abonnement avec numéro similaire. La dette est donc comprise dans le fonds lors de sa cession.

⁵⁵⁷ Art. 1684-1 C.G.I.

⁵⁵⁸ HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, *Traité de droit commercial, op.cit.*, n° 1023.

⁵⁵⁹ CA Rouen, 28 nov. 1925, *S.* 1925. 2.125, *DP.* 1927. 2.172, note LEPARGNEUR.

⁵⁶⁰ CA Poitiers, 25 mai 1936, *S.* 1936. 2. 137 ; Ch. Req. 18 nov. 1946, *JCP G.* 1947. II. 3854, note BASTIAN ; CA Chambéry, 26 nov. 1962, *D.* 1963. p. 82, *RTD.Com.*, 1964, p. 63, obs. JAUFFRET.

⁵⁶¹ Cass. Com., 1^{er} avr. 1997, n° 95-12.025, *Bull. Civ. IV*, n° 89, *DA.* 1997. 629. Même solution à la suite d'une location-gérance (Cass. Com., 1^{er} oct. 1996, *RJDA*, 1997, n° 12) ou d'un apport en société (CA Paris, 14 juin 1993, *JCP G.* 1994. IV. 226, *Dr. sociétés* 1994, n° 4, note BONNEAU).

⁵⁶² Cass. Com., 15 juillet. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 184, *D.* 1988, p. 360, note ATIAS et MOULY ; *RTD.Civ.* 1989, p. 351, obs. ZENATI.

le service n'est pas contraire à l'ordre public⁵⁶³. Cette jurisprudence aboutit à faire de l'obligation de non-concurrence une charge qui grève passivement le fonds de commerce.

243. En définitive, rien ne permet d'affirmer que le fonds de commerce est incompatible avec la notion de dette. La cour d'appel de Paris résume de manière nuancée la question du passif du fonds de commerce : « *il est de principe constant que le fonds de commerce n'est pas un patrimoine autonome, et ne comprend ni les dettes ni les créances du commerçant ; par voie de conséquence, les contrats en sont exclus ; il n'est d'exception que pour certains d'entre eux admis par la loi à savoir les contrats de travail, d'assurance, d'édition et de bail ; pour tous les autres, il appartient aux parties de prévoir leur inclusion, ce qui peut être fait, de manière expresse ou tacite, et dans les cas seulement où lesdits contrats n'ont pas été passés intuitu personae* »⁵⁶⁴.

244. Si le fonds de commerce n'est pas incompatible avec la notion de dette, c'est que l'absence de passif dans l'universalité de fait trouve une autre explication que cette incompatibilité. Cette explication tient à ce que ce type d'universalité ne repose pas sur une affectation de l'actif au passif.

B) L'absence d'affectation de l'actif au passif

245. **Explication de l'absence de dimension passive dans l'universalité de fait.** Dans l'universalité de droit, selon l'approche dualiste, le passif est corrélé à l'actif afin de désintéresser les créanciers, c'est-à-dire que, selon la majorité des auteurs, elle présente une autonomie patrimoniale⁵⁶⁵. Cette corrélation assure la réalisation des droits des créanciers. L'existence d'un passif dans l'universalité de fait ne répond pas à cet objectif de désintéressement des créanciers. Elle traduit seulement le transfert d'une obligation sur la tête du cessionnaire de l'universalité. Elle ne traduit pas le principe selon lequel les créanciers ne peuvent se payer que sur les biens de l'universalité. Cette distinction appelle une étude

⁵⁶³ Cass. Civ. 3^e, 24 mars 1993, n° 91-11.690, *Bull. civ.* III, n° 45, *D.* 1993, p. 306, obs. A. ROBERT ; *JCP N.* 1994. II. 94, note RAFFRAY ; *RTD.Civ.*, 1993, p. 853, obs. F. ZENATI.

⁵⁶⁴ CA Paris, 19 juin 1991, *RTD.Com.*, 1991, p. 566, obs. J. DERRUPPE ; *D.* 1992. Somm. 388, obs. FERRIER.

⁵⁶⁵ V. R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit, contribution à l'étude de la science du droit civil dans son état actuel*, th. préc.

distincte des deux universalités : l'une étant perçue comme une masse de biens et de dettes qui intéressent les créanciers, l'autre comme un bien, objet de contrat et de propriété⁵⁶⁶.

246. **La nécessité d'observer les formalités de la cession de créances**⁵⁶⁷. Lorsque l'aliénateur d'une universalité de fait transmet une créance à l'acquéreur, il ne peut estimer que cette cession est opposable aux tiers par le seul effet de la transmission de l'universalité, il doit observer les formalités de la cession de créances. Dans un arrêt du 29 juin 1989⁵⁶⁸, la cour d'appel rappelle que « *la cession, au profit de l'acquéreur d'un fonds de commerce, des créances nées de l'exploitation du fonds est soumise aux formalités de l'article 1690 du Code civil* ». Il est donc nécessaire que la cession des créances soit signifiée au cédé. La sanction encourue pour le non-respect de ces formalités est l'inopposabilité de la cession. Cette solution est conforme à la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation⁵⁶⁹.

247. En théorie, ces formalités ne sont pas requises en cas de cession d'une universalité de droit⁵⁷⁰. Sans entrer dans les débats concernant le champ d'application de cette dispense⁵⁷¹, il suffit d'observer que lors de la transmission d'une hérédité, les formalités des anciens articles 1689 et suivants du Code civil ne sont pas nécessaires. Le caractère universel de la transmission écarte le jeu de ces textes. Le principe, selon lequel l'universalité de droit ouvre droit à une action universelle ou droit universel, est issu du travail des postglossateurs, et par un certain atavisme, il s'impose encore comme une vérité intemporelle. Il est évident que ce principe fait échec aux dispositions de l'article 1690 du Code civil⁵⁷². Planiol et Ripert justifient la solution par la considération que « *l'opération ne porte pas sur une créance*

⁵⁶⁶ *Ibid.* p. 105, spéc. p. 172.

⁵⁶⁷ L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, avec la création des articles 1323 et 1324 du Code civil, assouplit nettement les dispositions de l'article 1690 du Code civil. Cet assouplissement modernise la cession de créances et la cession de contrats.

⁵⁶⁸ CA Paris, 29 juin 1981, *D.* 1981, p. 34, obs. VASSEUR.

⁵⁶⁹ Cass. Com., 11 juin 1981, *Bull. civ.* IV, n° 264 ; *D.* 1982. P. 527, obs. CH. LARROUMET ; Cass. Com., 28 sept. 2004 ; *JCP E.* 2004, n° 44, pan. 1566.

⁵⁷⁰ L. CADIET, *Juris-Cl. Civ.* Art 1689 à 1695, Fasc. 20, n° 73.

⁵⁷¹ Une partie de la doctrine estime qu'elle est cantonnée à l'universalité de droit : G. MARTY, P. RAYNAUD, PH. JESTAZ, *Les obligations*, T. II, *le régime*, 2^e éd. 1989, n° 368 ; d'autres estiment que les transmissions à titre particulier ne requièrent pas cette formalité : F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Les obligations, op.cit.*, n° 1283.

⁵⁷² L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a modernisé le régime de la cession de créance. Il est simplifié et ses formalités allégées. En effet, les formalités de l'article 1690 du Code civil qui imposait la signification ou l'acceptation par acte authentique ne sont plus des conditions de validité de la cession de contrat. Ces formalités très lourdes et très coûteuses ont toutefois été remplacées par l'exigence de l'écrit qui conditionne la validité de la cession (articles 1322 et 1323 du Code civil).

particulière, mais sur tout un actif, qui constitue une entité distincte »⁵⁷³. L'*universum jus* de l'universalité lie indéfectiblement tous les droits, biens et dettes. La transmission est globale et universelle.

248. L'universalité de fait, comme le fonds de commerce, ne jouit pas d'un tel lien, tant s'en faut. La jurisprudence rappelle régulièrement que les parties doivent contractuellement prévoir ce qui, non compris légalement dans le fonds, doit être intégré lors de sa cession.

Conclusion section.

249. Universalité de fait et universalité de droit semblent donc s'opposer quant à leur dimension passive. Si l'on peut admettre la possibilité d'un passif au sein de l'universalité de fait, il semble toutefois impossible de le confondre avec la dimension passive de l'universalité de droit. Les deux mécanismes ne remplissent pas la même fonction. L'actif et le passif du patrimoine et de l'universalité de droit regroupent toutes les obligations de la personne et, par là même, créent une corrélation entre l'actif et le passif. Cette corrélation trouve son fondement dans l'institution du gage général des créanciers. C'est cette idée qui est absente de l'universalité de fait.

À première vue, ces traits apparaissent de toute nécessité, ce qui fait la force de l'approche dualiste. Toutefois, à y regarder de plus près, l'opposition de l'universalité de fait et de l'universalité de droit peut sembler arbitraire. À l'analyse, les spécificités propres à chacune d'elles ne sont pas si nombreuses et peuvent facilement être contredites. En outre, la volonté d'opposer les deux ensembles a l'inconvénient de conduire à des incohérences non négligeables.

⁵⁷³ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *les obligations*, deuxième partie, 2^e éd., par P. ESMEIN, J. RADOUANT, G. GABOLDE, LGDJ, 1954, n° 1124, p. 511.

Conclusion chapitre.

250. La théorie contemporaine de l'universalité est inspirée par une conception dualiste issue des constructions médiévales. Elle est le produit de la rencontre de cette tradition avec le droit moderne. Les critères susceptibles de caractériser les deux formes d'universalité ont été construits sur des objets modernes. La notion d'universalité de droit s'est transformée au contact des théories modernes du patrimoine, qui ont conduit à assimiler le patrimoine à l'universalité de droit. Conséquence logique de cette assimilation, les critères d'identification de l'universalité de droit sont, depuis lors, déterminés par la notion de patrimoine. Qu'il s'agisse de la conception objective ou de la conception subjective du patrimoine, c'est le droit de gage des créanciers sur tous les biens du débiteur qui permet de caractériser l'universalité de droit⁵⁷⁴. La corrélation entre un actif et un passif est donc devenue la propriété principale de la notion contemporaine d'universalité de droit.

À l'inverse, la construction contemporaine de l'universalité de fait procède d'un mouvement phénoménologique. Ce mouvement consiste essentiellement à observer les objets concrets et à dire ce qu'ils sont et comment ils sont. C'est essentiellement à partir du fonds de commerce que cette construction s'est effectuée.

⁵⁷⁴ V. en ce sens, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique, op.cit.*, p. 393 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op.cit.*, n° 566, p. 544 et suiv.

Conclusion titre.

251. Ce premier titre a retracé la généalogie de la notion d'universalité. Ce travail liminaire est important, car il permet de prendre la mesure de l'importance de l'universalité dans la tradition juridique romaniste.

252. Son berceau se situe à l'époque romaine où elle a permis d'amorcer une représentation juridique de la personne. Les juristes de l'Occident médiéval ont utilisé ces linéaments pour édifier une théorie des universalités. Ils ont établi une première division entre l'*universitas personarum* et l'*universitas rerum*, la première constituant une théorie de la personnalité juridique, et la seconde une théorie des ensembles de choses. Ils ont introduit une seconde division, à l'intérieur de l'*universitas rerum*, entre l'*universitas corporum* et l'*universitas jurium*. Nous avons pu constater que cette subdivision est fondée sur une analyse du contenu de l'universalité : l'*universitas corporum* est un ensemble de choses corporelles là où l'*universitas jurium*, est un ensemble de choses et de droits.

253. Le Code civil n'a pas repris de manière explicite la théorie des universalités. Mais la doctrine s'est rapidement saisie de la distinction fondée par les juristes savants du Moyen Âge. Les notions qu'ils leur ont empruntées ont été appliquées à de nouveaux objets, remettant en cause les fondements des distinctions médiévales. Ces distinctions s'articulent depuis lors entre la présence d'une corrélation actif/passif dans l'universalité de droit et son absence dans l'universalité de fait. Ces critères sont devenus des éléments de l'identité de chacune des deux universalités, et *de facto*, d'opposition. C'est le système ainsi constitué qui va être critiqué dans le titre suivant.

Titre II. Critique de la conception dualiste de l'universalité

254. **Les raisons d'une critique de la conception dualiste.** Les développements précédents ont permis de constater que la conception dualiste de l'universalité est issue d'une dichotomie introduite par les postglossateurs pour distinguer les universalités selon leur contenu. Mais l'opposition actuelle entre l'universalité de fait et l'universalité de droit ne se borne pas à une simple analyse du contenu des ensembles de biens. Elle a introduit dans l'un d'entre eux la corrélation actif/passif. Cette construction relativement récente présente des faiblesses (**Chapitre I**). Ces faiblesses entraînent des inconvénients pratiques et théoriques qui nuisent à l'utilité de l'universalité (**Chapitre II**). Ces difficultés sont dues à une incompréhension de la signification réelle de l'opposition entre l'universalité de fait et l'universalité de droit. L'évolution historique de la notion reconstituée dans le titre précédent permet de restituer à cette distinction sa véritable acception (**Chapitre III**).

Chapitre I.

Les faiblesses de la conception dualiste de l'universalité

Chapitre II.

Les inconvénients de la conception dualiste de l'universalité

Chapitre III.

La véritable signification de la conception dualiste de l'universalité

Chapitre I. Les faiblesses de l'opposition entre les deux universalités

255. **La reproduction de l'opposition.** La conception dualiste de la notion d'universalité, telle qu'elle est couramment présentée, a une assise contemporaine, alors qu'elle est issue d'une typologie construite par le droit savant médiéval. Les critères propres à caractériser les deux ensembles ont été dégagés à partir de notions juridiques modernes telles que le patrimoine et le fonds de commerce, que l'on a calquées sur le dualisme de la notion d'universalité léguée par la romanistique. Les préoccupations des juristes de l'époque contemporaine ne sont pas les mêmes que celles des postglossateurs dont ils ont reproduit les schémas. Cela les a conduits à recréer la distinction en lui donnant une portée qu'elle n'avait pas chez ses concepteurs. Les modernes ont trouvé des fondements distincts aux deux formes d'universalités et un régime différent sur le plan passif. C'est cette reconstruction qui est fragile sous ses deux aspects. La faiblesse de l'opposition entre les deux universalités quant aux fondements (**Section I.**), se conjugue avec une faiblesse de l'opposition quant au régime (**Section II.**).

SECTION I. LA FAIBLESSE DE L'OPPOSITION QUANT AUX FONDEMENTS

256. **La variété des critères.** Les théoriciens modernes de l'universalité ont cherché à justifier la distinction des deux formes d'universalité en attribuant à chacune d'elles des fondements différents. Deux types de fondements ont été successivement avancés pour enraciner la dichotomie. On s'est interrogé sur le mode de création de l'universalité, autrement dit sur sa source (**I.**), puis, plus tardivement, sur le fondement de la cohésion de l'universalité (**II.**). Sur ces deux plans, on s'est ingénié à trouver des différences entre les deux formes d'universalité.

I) La différenciation de la source de l'universalité

257. **La loi et la volonté comme fondement de l'opposition.** On peut trouver l'origine de la distinction des sources créatrices de l'universalité sous la plume de deux grands juristes de la fin du 18^e et du début du 19^e siècle : Thibaut⁵⁷⁵ et Zachariae⁵⁷⁶. Selon ces auteurs, l'universalité de droit a pour fondement la loi, alors que l'universalité de fait procède de la volonté de son propriétaire. Cette distinction se retrouve encore au 20^e siècle chez Carbonnier lorsqu'il affirme qu'avec l'universalité de fait « *l'unité de groupement n'est envisagée à l'origine comme une donnée de fait, résultant seulement d'une interprétation de la volonté du propriétaire et de circonstances contingentes* »⁵⁷⁷, alors qu'avec l'universalité de droit « *l'unité du groupement est envisagée à l'origine comme la traduction d'une véritable nécessité juridique* »⁵⁷⁸.

258. Cette distinction n'est qu'une tentative de justification *a posteriori* du dédoublement des universalités. Historiquement, cette différence de fondement ne se vérifie absolument pas. Il suffit, pour s'en convaincre, d'évoquer le pécule, qui, selon les postglossateurs, constitue une *universitas juris*. Or, il semble bien que cette *universitas* procède exclusivement de la

⁵⁷⁵ THIBAUT, *System des Pandectenrechts*, *op.cit.*, n° 262.

⁵⁷⁶ C. S. ZACHARIAE, *Handbuch des französischen Civilrechts*, *op.cit.*, t. II, n° 251, trad. libre : « une pluralité de biens extérieurs qui est telle qu'elle peut être considérée comme une unité, comme un tout, s'appelle une universalité. Or la réunion de plusieurs objets extérieurs peut être considérée comme un tout, soit par suite de l'intention du propriétaire, *universitas facti* ; soit de plein droit, *universitas juris* ».

⁵⁷⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens*, *op.cit.*, p. 1625. Le fait que la volonté fonde l'universalité de fait et que le droit sous-tend l'universalité de droit a été transmis à la postérité, puisque certains juristes reprennent aujourd'hui cette distinction. V. notamment N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., n° 242, p. 239.

⁵⁷⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, *Les biens*, *op.cit.*, p. 1625.

volonté du *paterfamilias*, puisque c'est lui qui détermine les biens et la quantité qu'il souhaite donner à son *filius* ou à son *servus*. De la même manière, en ce qui concerne la dot, autre universalité de droit dégagée par les médiévaux, il est nécessaire que la volonté humaine, celle de la femme, déclare les biens qui sont dotaux. Sa création est donc, là encore, largement dépendante de la volonté de l'homme.

259. L'idée d'une opposition entre une situation de fait, issue de la volonté humaine, et une situation de droit, issue de la loi ne correspond pas non plus au droit positif. L'universalité de fait est rigoureusement encadrée par des dispositions législatives, qu'il s'agisse du troupeau⁵⁷⁹, du bail à cheptel⁵⁸⁰, du fonds de commerce⁵⁸¹, ou du fonds agricole⁵⁸². Le Code civil précise largement les biens qui peuvent composer la structure et le régime juridique applicable à ces différents ensembles. Tout au plus peut-on admettre que la loi institue une universalité et que la volonté humaine participe à son élaboration, sans qu'il soit possible d'établir un mode de création propre à certaines universalités. Les deux ensembles de biens sont des notions juridiques et ils correspondent peu ou prou à la réalité des faits, car, de toute évidence, le fait devient droit dès que le juriste s'y intéresse.

Non seulement l'opposition entre la loi et la volonté n'existait pas dans la théorie qui a fondé la distinction des universalités et a donc, pour cette seule raison, un caractère apocryphe, mais elle procède d'une dénaturation de la théorie fondatrice de Bartole et des autres commentateurs. Dans leur esprit, le « fait » et le « droit » ne sont pas respectivement synonymes de la « volonté » et de la « loi ». La factualité est, pour eux, synonyme de corporéité. Le troupeau, parangon des universalités de fait, est un ensemble de choses corporelles, concrètes, observables que le propriétaire a souhaité réunir. L'universalité de fait qu'est le *grex* est une donnée de fait, parce que matérielle, dont est, tout au plus, déduite une volonté du propriétaire. Quant à, l'universalité de droit, elle ne résulte pas d'une nécessité juridique, ni de la loi, mais de son défaut de corporéité, liée au fait qu'elle inclut autant des choses corporelles que des droits incorporels.

⁵⁷⁹ Art. 616 C. civ.

⁵⁸⁰ Art. 1800 et suiv. C. civ.

⁵⁸¹ Art. L. 141-1 et suiv. C. com.

⁵⁸² Art. L. 311-3 et suiv. C. rur.

II) La différenciation du fondement de la cohésion de l'universalité

260. **La personne, fondement de la cohésion de l'universalité de droit.** Le propre de l'universalité, qu'elle soit de fait ou de droit, est d'établir entre les biens qui la composent une cohérence globale qui autorise son analyse sous un aspect unitaire. Certains auteurs se sont attachés à démontrer que le fondement de cette cohésion n'est pas le même selon que l'on est en présence d'une universalité de droit ou d'une universalité de fait.

261. À partir des travaux d'Aubry et Rau, il a été soutenu que, dans l'universalité de droit, le fondement de la cohésion des composants procède de la personne de son titulaire, alors que dans l'universalité de fait, le fondement de la cohésion des composants procède d'une communauté de destination. Aubry et Rau auraient donc établi un lien juridique nécessaire qui réunit tous les éléments de l'universalité de droit, que l'on ne retrouve point dans l'universalité de fait. Ce lien juridique nécessaire n'est autre que « *le rapport qui s'établit entre tous les biens possédés par une même personne* »⁵⁸³. En d'autres termes, si dans l'universalité de droit une unité se dégage de l'hétérogène, « *ce n'est que parce que tous les éléments sont soumis au libre arbitre d'une seule et même volonté* »⁵⁸⁴.

262. Cette doctrine souffre de deux paradoxes qui l'invalident radicalement. Tout d'abord, cette théorie use des mêmes critères pour fonder une analyse diamétralement opposée : la cohésion de l'universalité de droit serait maintenant permise grâce à la volonté humaine, alors que, chez les juristes précédents⁵⁸⁵, cette même notion était créée par la loi et l'universalité de fait par la volonté humaine. La théorie dualiste des universalités souffre donc ici d'une incohérence théorique radicale. Ensuite, les adversaires de la théorie subjective du patrimoine ont largement démontré qu'il existe des universalités de droit dont la cohésion procède, à l'instar de l'universalité de fait, d'une communauté d'affectation. Le fondement de la cohésion n'est donc pas exclusivement la personne, mais peut être un but. Cette idée est d'ailleurs largement corroborée par les dernières nées des universalités de droit que sont la fiducie et l'EIRL.

⁵⁸³ H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. préc., p. 259.

⁵⁸⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, op.cit.*, p. 1518.

⁵⁸⁵ Rappelons seulement que chez les pandectistes, l'universalité de fait provient de la volonté humaine et l'universalité de droit de dispositions juridiques. V. par ex., LAUTERBACH, *Collegium pandectarum theoricum practicum*, II, 627, lib. XXVIII, tit. I, § 1^{er}, Tübingae, 1784 : « *Universitas, qua est collectio plurium rerum inter se distantium et quæ communi nomine subjectae sunt... iterum est facti et juris. Facti, quæ facto hominis est constituta, et plura in se continet corpora, ut grex. Juris dicitur, quæ a juris dispositione dependet...* ».

263. Les deux formes d'universalité n'ont donc pas de fondement spécifique quant à la cohésion de l'ensemble. En effet, l'unification de la pluralité se retrouve tant dans l'universalité de droit que dans l'universalité de fait et elle s'explique autant par la personne que par l'affectation. D'ailleurs, peut-on réellement opposer personne et affectation ? Il semble plus juste de considérer que derrière chaque affectation se trouve une personne qui en est la source. L'affectation des biens à une fiducie ou à une EIRL procède d'un choix délibéré d'une personne qui use d'un mécanisme juridique proposé par une disposition en vigueur. La personne est donc la source de l'affectation. Qu'il s'agisse du fonds de commerce, du portefeuille de valeurs mobilières, de l'EIRL ou encore de la fiducie, la personne souhaite toujours affecter des biens, et user, à cet effet, d'un mécanisme offert par la loi.

Conclusion section.

264. Les différentes universalités de droit et de fait présentent des situations bien trop hétéroclites pour qu'une distinction entre la cohésion liée à la personne et la cohésion liée à une communauté d'affectation puisse être retenue. Plus fondamentalement, si la théorie dualiste ne parvient pas à proposer une distinction valide et vérifiable quant aux fondements propres à chaque ensemble, n'est-ce pas une raison suffisante pour douter de la pertinence de cette théorie ? Peut-on trouver une raison plus convaincante de cette distinction dans la tentative qui a été faite de dédoubler le régime des universalités ?

SECTION II. LA FAIBLESSE DE L'OPPOSITION QUANT AU REGIME

265. **Le passif comme spécificité.** L'opposition entre les deux universalités a récemment été assise sur des spécificités de régime. La différence de régime, dégagée par les modernes et absente sous la plume des glossateurs, serait constituée par l'idée d'autonomie patrimoniale, que l'on trouve dans l'universalité de droit, mais que l'on ne retrouve pas dans l'universalité de fait.

266. **Universalité et dettes.** La présence de dettes dans l'universalité de droit est le critère de distinction moderne des universalités. Ce critère a été dégagé par Robert Gary dans sa thèse de doctorat⁵⁸⁶ dont les conclusions font école encore aujourd'hui⁵⁸⁷. Selon cette doctrine, l'universalité de droit s'associe et se confond avec le patrimoine⁵⁸⁸ ainsi qu'avec sa technique, le gage général des créanciers⁵⁸⁹. La logique de cette théorie conduit à considérer comme universalité de droit tous les ensembles de biens comportant des dettes, et à les qualifier de « petits patrimoines ».

Toutefois, rien n'est moins certain que l'autonomie patrimoniale soit un trait spécifique du régime des universalités de droit (II.). On peut même aller jusqu'à douter qu'il existe un passif dans cette conception du patrimoine (I.).

⁵⁸⁶ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 310.

⁵⁸⁷ Par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 3 ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, op.cit.*, n° 10 ; R. LIBCHABER, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Biens », *op.cit.*, n° 65 ; V. récemment P. BERLIOZ, *Droit des biens, op.cit.*, n° 80.

⁵⁸⁸ V. notamment A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil, op.cit.*, n° 103 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil, op.cit.*, n° 15, p. 19.

⁵⁸⁹ V. par exemple, G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens, op.cit.*, n° 2, p. 2 ; C. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français, op.cit.*, n° 18, p. 16 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, op.cit.*, n° 15, p. 19 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale, op.cit.*, n° 207, p. 157 et 158 ; H. MAZEAUD, L. ET J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Théorie générale, 9^e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, n° 936, p. 1022 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2^e éd., 2010, n° 2, p. 2 ; H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, 1^{er} vol., Introduction à l'étude du droit, *op.cit.*, n° 280 et suiv., p. 415 et suiv. ; H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit, op.cit.*, n° 1331-1332, p. 465 et 466 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, op.cit.*, p. 1515 ; C. LARROUMET et A. AYNES, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé, op.cit.*, n° 412, p. 274 ; G. TAORMINA, *Introduction à l'étude du droit*, PUAM, 2005, n° 901, p. 299 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique, op.cit.*, n° 27, p. 18 ; C. ATIAS, *Droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 14, p. 10 ; G. CORNU, *Droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 5, p. 11 ; PH. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 11^e éd., 2006, n° 358, p. 292 ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 541, p. 400. Cette conception se retrouve dans la définition donnée sur ce point par le Vocabulaire juridique. *Comp.* A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc. ; V. toutefois F. ZENATI et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 44, p. 58.

I) Critique de la corrélation actif/passif dans le patrimoine

267. **Approche empiriste du patrimoine.** La présence de dettes dans le patrimoine lui-même est une fausse certitude. À Rome, le patrimoine ne comportait pas les dettes et cette vision n'a pas disparu. Certains auteurs⁵⁹⁰ continuent à réduire le patrimoine à un ensemble de biens. S'il n'est pas certain que le patrimoine ait un passif, alors sa distinction d'avec les universalités de fait n'est plus à l'ordre du jour : toutes les universalités sont des universalités de fait.

268. On peut contester⁵⁹¹ la définition du patrimoine comme « *une universalité juridique, laquelle est constituée par un ensemble de droits et d'obligations, c'est-à-dire d'actif (les droits) et de passif (les obligations)...* »⁵⁹². On peut lui reprocher son artifice, car « *le sens commun et, peut-être, le bon sens* »⁵⁹³ se refusent à l'idée que la fortune d'une personne puisse englober ses dettes. Les dettes réduisent la valeur des biens, mais elles ne font pas partie des biens. Le patrimoine serait donc réduit, à l'instar de l'universalité de fait, à un strict ensemble de biens, c'est-à-dire à ce qu'il évoque intuitivement : « *à l'homme de la rue, à ce citoyen banal que nous sommes tous peu ou prou, nul n'a jamais pu faire croire que son patrimoine fût autre chose que l'ensemble (il y a bien une idée d'universalité) de ses seuls biens... Mais de dettes, il n'en est point question* »⁵⁹⁴. S'il est évident que le juriste use d'une approche du droit qui ne correspond pas toujours à la logique du profane, il reste que le

⁵⁹⁰ V. notamment A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine, brèves notions civilistes sur le verbe avoir », *RTD.Civ.* 1994, p. 851. ; B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », art. préc., p. 504 ; F. CHENEDE, « La mutation du patrimoine », in Colloque annuel de l'Association Droit et Commerce, avr. 2011, Deauville, France.

⁵⁹¹ V. notamment N. MEVORACH, « Le patrimoine », *RTD.Civ.* 1936, p. 811 ; I. GHANEM, *Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien*, th. Paris, 1951, n° 16 et suiv., p. 39 et suiv. ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruylant, 1952, n° 570 et suiv., p. 548 et suiv. ; B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. préc., n° 295 et suiv., p. 245 et suiv. ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 39 et suiv. ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, Contribution à l'étude de l'universalité*, th. préc., n° 140 etc., p. 107 et suiv. ; TH. REVET, « Introduction », *Dr. et patr.* n° 191, avr. 2010, p. 56, spéc., p. 59 ; A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine, brèves notions civilistes sur le verbe avoir », art. préc., p. 851.

⁵⁹² C. LARROUMET et A. AYNES, *Droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit privé, op.cit.*, n° 412. Cette définition classique du patrimoine est celle reprise dans l'avant-projet de réforme du droit des biens. Élaboré à l'initiative de l'Association Henri Capitant par le groupe de travail présidé par M. Périnet-Marquet, présenté le 12 novembre 2008, l'avant-projet propose de créer l'article 519 du Code civil selon lequel « *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* ». Cet avant-projet se trouve reproduit dans son intégralité sur le site de l'Association Henri Capitant : www.henricapitant.org.

⁵⁹³ A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine, brèves notions civilistes sur le verbe avoir », art. préc., p. 851.

⁵⁹⁴ *Ibid.*

patrimoine est très largement apprécié comme un ensemble d'actifs par les professionnels du droit, par la loi et par la jurisprudence.

269. Le laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris II a remis, en 1995, un rapport sur la règle de l'unité du patrimoine⁵⁹⁵. L'objectif de celui-ci était de sonder l'opinion des juristes quant à l'opportunité d'introduire la fiducie en droit français. L'une des questions posées lors des entretiens dispensés concernait la perception courante de la notion de patrimoine. Les réponses, diverses dans leur formulation, conduisaient à une approche similaire de la notion⁵⁹⁶: « *le patrimoine est ce dont on est propriétaire* », « *le patrimoine, c'est un actif* », « *le patrimoine, c'est l'ensemble des biens possédés par une personne* », « *le patrimoine sert de gage* », « *on peut définir le patrimoine comme l'ensemble des biens qui appartiennent à une personne physique ou morale* », « *le patrimoine est ce qui se transmet. C'est l'ensemble des biens matériels qui peut se transmettre à titre gratuit et à titre onéreux* ». Aucun des professionnels interrogés n'a, semble-t-il, évoqué la dimension passive du patrimoine⁵⁹⁷.

270. Cette approche est largement corroborée par les différentes dispositions du Code civil qui concernent de près ou de loin le patrimoine. M. Sériaux⁵⁹⁸ relève que l'article 2284 ne livre pas du patrimoine une vision autre que celle « *d'un ensemble de biens mobiliers et immobiliers (...)* »⁵⁹⁹. De la même manière, les rares articles qui emploient le terme de « patrimoine » ne s'intéressent qu'aux biens de la personne. Tel est le cas, par exemple, de l'article 272 du Code civil qui, à propos de la prestation compensatoire, précise que « *dans la détermination des besoins et des ressources, le juge prend en considération notamment : le patrimoine, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial* ». Il peut être fait plus largement référence aux articles 878⁶⁰⁰, 1569 et suivants, 1844-4 alinéa 2 et 1844-5 alinéa 3 du Code civil⁶⁰¹. L'universalité à l'endroit du mécanisme de l'EIRL permet

⁵⁹⁵ V. B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », art. préc., p. 504, spéc., p. 507.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine, brèves notions civilistes sur le verbe avoir », art. préc., p. 851.

⁵⁹⁹ Art. 2284 C. civ.

⁶⁰⁰ Dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 juin 2006.

⁶⁰¹ L'ancien article 878 du Code civil, relatif à la séparation de patrimoine, disposait que « *les créanciers du défunt peuvent demander (...) la séparation du patrimoine du défunt avec le patrimoine de l'héritier* ». Les droits des créanciers sont situés, selon le texte, en dehors du patrimoine. Les articles 1570 alinéa 1^{er} et 1572 alinéa 1^{er} du Code civil prévoient que « *le patrimoine originnaire comprend les biens qui appartiennent à l'époux au jour du mariage et ce qu'il a acquis depuis par succession ou libéralité, ainsi que tous les biens qui, dans le régime de la communauté légale, forment des propres par nature (...)* » et que « *font partie du patrimoine final tous les biens qui appartiennent à l'époux au jour où le régime matrimonial est dissout (...)* ». Le patrimoine renvoie, a priori,

d'établir le même constat. Les articles L. 526-6 et L. 526-12⁶⁰² du Code de commerce n'envisagent que l'actif. Il en est également ainsi de la fiducie. L'article 2025 du Code civil précise que le « *patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine* ».

271. Un rapide examen de la jurisprudence permet de parachever cette approche pragmatique du patrimoine. Dans trois affaires, aux faits relativement similaires, les chambres civiles et commerciales de la Cour de cassation ont eu l'occasion d'exposer leur perception de la notion de patrimoine⁶⁰³. Les espèces en cause portaient sur le point de savoir si des entreprises ou établissements publics industriels et commerciaux disposaient d'un patrimoine distinct de l'État les ayant institués. Les décisions d'appel avaient estimé que l'existence d'un patrimoine distinct faisait défaut. Dans ces trois affaires, le visa se fondait sur l'article 2092 du Code civil, relatif au droit de gage, et les juges du droit, cassant l'arrêt d'appel, précisent « *que le droit de gage général qui résulte de ce texte au profit des créanciers ne porte que sur le patrimoine même du débiteur* ». Autrement dit, selon la Haute juridiction, l'ancien article 2092 du Code civil, devenu l'article 2284 du même Code, lequel fonde théoriquement l'idée de corrélation actif/passif, ne fait référence au patrimoine du débiteur que comme objet de saisie. Il ne peut donc que s'agir de l'ensemble des biens d'une personne⁶⁰⁴, sauf à souffrir d'incohérences radicales⁶⁰⁵.

272. **L'incohérence de la prise en compte du passif.** L'article 2284 du Code civil offre aux créanciers un droit de gage général portant sur le patrimoine de son débiteur. Aubry et Rau développent eux-mêmes ce constat lorsqu'ils expliquent que le passif « *affecte le patrimoine comme tel* »⁶⁰⁶. Si l'universalité de droit englobait l'ensemble des biens et des dettes d'une personne, le droit des créanciers devrait tout autant porter sur les dettes du

aux biens, c'est-à-dire aux actifs. V. *contra*. M.-CH. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. préc., n° 260, p. 188.

⁶⁰² Art. L. 526-12, 1°, C. com : « *Les créanciers auxquels la déclaration est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté* ». Les créanciers ont pour gage le patrimoine ce qui postule qu'il soit composé des seuls actifs.

⁶⁰³ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1988, n° 86-11.153, *bull. Civ.* n° 277 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, n° 93-10.175, *bull. civ.* I, n° 6 ; *Defr.* 1995, art. 36100, p. 747, obs. PH. DELEBECQUE ; Cass. Com., 1^{er} octobre 1997, n° 95-15.499, *Bull. civ.* IV, n° 234.

⁶⁰⁴ Sur cette analyse, v. B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », art. préc., p. 508.

⁶⁰⁵ Un constat similaire peut être établi à l'endroit du patrimoine de l'EIRL. En effet, le législateur ne considère pas davantage que dans le patrimoine, la possibilité qu'un ensemble contienne des biens et des dettes. En ce sens, l'article L. 526-12 du Code de commerce, propre au mécanisme de l'EIRL, précise que « *les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté* ».

⁶⁰⁶ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, T. VI, § 576, p. 241.

débiteur que sur ses biens. La réduction de la notion de patrimoine à la théorie du gage général des créanciers conduit nécessairement à affirmer que les créanciers jouissent d'une saisissabilité générale affectant toute l'universalité de droit, en ce compris les dettes du débiteur. L'incohérence d'une telle définition est flagrante. En effet, « *les dettes ne peuvent pas faire partir du patrimoine, sauf à en détruire l'idée même* »⁶⁰⁷. Il est radicalement impossible que les dettes répondent des dettes, et « *en outre, les dettes deviendraient elles-mêmes une garantie pour les créanciers, ce qui n'a proprement aucun sens* »⁶⁰⁸. Assimiler le patrimoine à l'universalité de droit et cette dernière à une corrélation actif/passif crée une situation sans issue. M. Witz résume la situation à une alternative : « *soit l'on reste fidèle à la présentation classique du patrimoine, qui réunit actif et passif : il faut alors affirmer que le droit de gage général des créanciers porte non pas sur le patrimoine du débiteur, mais sur les seuls éléments actifs du patrimoine. Soit l'on opte pour une définition étroite du patrimoine qui n'englobe que les éléments actifs, à l'exclusion du passif : il est alors permis d'affirmer que le droit de gage a pour assiette le patrimoine du débiteur* ». Cette approche du patrimoine use toujours de la notion d'universalité, mais celle-ci se réduit à un ensemble de biens⁶⁰⁹.

273. **Le patrimoine, une universalité de biens.** La définition du patrimoine qui précède fait de l'universalité de droit un ensemble de biens soumis au droit des créanciers. L'existence d'un passif est écartée, car les dettes sont extérieures à l'universalité. Dénuée de dimension passive, l'universalité de droit ne diffère donc plus de l'universalité de fait. Cette reconfiguration a pour effet de remettre en cause la thèse selon laquelle l'universalité de droit n'est pas à proprement parler un bien, mais une masse de biens liant un actif et un passif⁶¹⁰. Si on le vide des dettes, le patrimoine a une identité propre, distincte des éléments qui le composent dans la mesure où il existe indépendamment d'eux. Dès lors, « *comme toute universalité, l'ensemble des biens patrimoniaux affecté à la garantie des engagements constitue en lui-même un bien* »⁶¹¹ et, plus précisément, le « *bien-patrimoine* »⁶¹². Ce bien est alors offert en gage aux créanciers personnels du débiteur. Il est impossible de contester avec sérieux que l'objet de l'obligation est indéterminé, puisqu'il est nettement caractérisé par le

⁶⁰⁷ D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 40, p. 33.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, spéc. n° 394, p. 257.

⁶⁰⁹ « Le patrimoine, c'est la puissance de garantie qu'offre la personne à ses créanciers actuels et futurs », R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, *op.cit.*, p. 399.

⁶¹⁰ V. R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 326.

⁶¹¹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, n° 236, p. 196.

⁶¹² F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, th. préc., n° 468, p. 649.

patrimoine lui-même. Quoique variable dans sa composition, celui-ci est clairement défini et individualisé, puisqu'il est une universalité, et un bien.

274. **La constitution de l'universalité-patrimoine.** La finalité attribuée à l'universalité (le gage général des créanciers) permet d'ailleurs de préciser son contenu. Elle est le désintéressement des créanciers saisissants, d'où il suit que l'universalité ne peut être constituée que par les biens saisissables. Le gage général, en tant qu'élément structurel de l'obligation, porte sur l'ensemble des biens saisissables du débiteur et présents au moment des poursuites. Le patrimoine n'est pas, pour autant, indéterminé, puisque, comme le souligne M. Zenati-Castaing⁶¹³, « *s'obliger personnellement c'est certes, en réalité, engager ses biens, mais pas un bien déterminé. Le bien dont on dispose en s'engageant n'est pas un corps certain, ni même plusieurs corps certains, c'est une entité abstraite, un bien incorporel : l'actif du patrimoine, qui à tout moment, comme n'importe quel bien, peut avoir une consistance déterminable* »⁶¹⁴.

275. S'il ne fait pas partie intégrante de l'universalité, il ne lui est pas, pour autant, étranger, puisqu'il la grève. Le propre de l'universalité de droit dans le droit moderne n'est donc pas de comprendre un passif, mais d'unir un ensemble de biens. Ce qui vient d'être dit à propos du patrimoine se retrouve également dans les autres universalités de droits qui peuplent notre droit civil.

II) Critique de la corrélation actif/passif dans l'universalité de droit

276. Le critère de corrélation actif/passif postule l'idée d'autonomie patrimoniale⁶¹⁵. Or, l'érection de ce critère pour identifier un type d'universalité nous semble douteuse tant il est insuffisant.

277. Dans l'approche dualiste, le propre de l'universalité de droit, c'est d'englober un actif à un passif. Plus précisément, si nous reprenons la logique de ce critère tel que présenté par Robert Gary, l'universalité de droit doit présenter une autonomie patrimoniale⁶¹⁶. La réflexion

⁶¹³ *Ibid.*, n° 469.

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ V. en ce sens D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 202, p. 126.

⁶¹⁶ Robert Gary précise que pour qu'une universalité soit considérée comme une universalité de droit il faut « 1° que tous les biens affectés par le commerçant au commerce déterminé qu'il entreprend soient compris dans un seul patrimoine commercial constitutif d'une universalité ; 2° que seuls les créanciers dont le droit serait né à

de l'auteur est la suivante : le patrimoine général de la personne présente une autonomie patrimoniale, l'universalité de droit est donc une notion qui produit juridiquement la même conséquence. Les conclusions de Robert Gary ont fait école aujourd'hui puisque sa définition est celle retenue en doctrine⁶¹⁷ : l'universalité de droit se définit comme un ensemble de biens et de dettes formant un tout⁶¹⁸. Toutefois, l'autonomie patrimoniale nous semble être un critère trop bigarré pour être considéré comme un élément d'identité d'une universalité. De plus, il est évident que ce critère existe indépendamment de l'universalité ce qui ne permet pas d'en faire un élément propre à celle-ci.

278. **L'autonomie patrimoniale, une notion sujette à variation**⁶¹⁹. À partir de la définition proposée par Robert Gary, M. Hiez explique que l'autonomie patrimoniale postule l'existence d'un actif et d'un passif corrélatifs, c'est-à-dire le cloisonnement « *entre les obligations issues du groupement et de ses membres et le cloisonnement inverse* »⁶²⁰. Autrement dit, la corrélation actif/passif et l'idée d'autonomie patrimoniale fonctionnent en circuit fermé : le passif est garanti par un actif qui constitue en même temps la cause des dettes. Il s'agit donc d'une relation autarcique qui fonde un rapport entre deux phénomènes — l'actif et le passif — qui varient l'un avec l'autre⁶²¹.

L'acceptation à concurrence de l'actif net est certainement la situation où le cloisonnement patrimonial se révèle avec le plus d'acuité. L'universalité de biens est figée au jour du décès, les créanciers successoraux et personnels de l'héritier demeurent dans la même situation que celle qu'ils occupaient avant cet événement.

l'occasion du commerce aient action sur ce patrimoine ; 3° que, de plus, ces créanciers n'aient action que sur ce patrimoine, à l'exclusion des autres biens, c'est-à-dire du patrimoine général du commerçant », R. GARY, Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel, th. préc., p. 360.

⁶¹⁷ Cette conception de la corrélation est ancrée dans l'esprit de la doctrine : « *Il y a une universalité de droit si les éléments d'actif de l'universalité répondent seuls du passif qui lui est rattaché (...)* », W. DROSS, *Droit civil, Les choses, op.cit.*, n° 420-2.

⁶¹⁸ La définition retenue par Robert Gary a fait école. Elle est entrée dans le langage juridique classique. Ainsi, M. Cornu définit l'universalité de droit comme un « *ensemble de biens et de dettes formant un tout dont les éléments actifs et passifs sont inséparablement liés* », V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, « universalité » (sens n° 1). Le lien inséparable qui se tisse entre l'actif et le passif reflète l'idée de corrélation, c'est-à-dire que les biens ne répondent que de ces dettes et, corrélativement, les dettes ne sont liées qu'à ces biens.

⁶¹⁹ V. dans le même sens, R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 397 ; du même auteur, « *Quelle place pour le passif ?* », in *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique*, E. BLARY-CLEMENT et F. PLANCKEEL (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 200 et suiv.

⁶²⁰ D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 202, p. 126. La définition donnée est la même que celle formulée par Robert Gary.

⁶²¹ V. sur cette définition de l'idée de corrélation actif/passif, D. Hiez, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 202, p. 126 ; C. KHUN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, th. préc., n° 248, p. 186. ; R. BOFFA, « *Quelle place pour le passif ?* », art. préc.

Toutefois, la fiducie ne peut se targuer d'une même analyse. L'alinéa 2 de l'article 2025 du Code civil prévoit qu'« *en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun des créanciers* ». Les créanciers, qui trouvent la cause de leur créance dans la gestion de l'actif fiduciaire, peuvent se désintéresser sur un actif autre, celui du constituant. Cette disposition suffit à constater que l'idée de corrélation actif/passif telle que définie par Robert Gary ne se retrouve pas dans ce mécanisme. Il n'y a pas de cloisonnement entre les obligations qui adviennent du groupement et les biens qui en sont compris. L'autonomie patrimoniale est donc relative⁶²².

279. Un constat similaire peut être dressé à l'endroit du mécanisme de l'EIRL. La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 a modifié le dispositif de l'EIRL dans un objectif de simplification. Elle a supprimé la faculté de rendre opposable la déclaration d'affectation aux créanciers antérieurs à son dépôt. La déclaration d'affectation n'a, en conséquence, vocation à jouer que pour les créanciers à venir. L'universalité créée par l'EIRL, c'est-à-dire l'ensemble de biens qu'il a décidé d'affecter à son activité professionnelle, peut-être saisie par les créanciers personnels antérieurs à la déclaration d'affectation et également par les créanciers professionnels antérieurs et postérieurs à cette même déclaration. Cette situation postule très largement une absence d'autonomie. La relation entre l'actif professionnel et le passif professionnel n'est pas autarcique. L'idée de corrélation propre à la thèse de Robert Gary est donc là encore absente.

280. À l'aune de ces variétés d'autonomie patrimoniale, il semble difficile de soutenir, avec Robert Gary, qu'une universalité se caractérise par l'idée de corrélation et d'autonomie patrimoniale qui lui est subséquente. Le critère est trop relatif, et surtout, soumis à des degrés divers, pour être un élément d'identité. Il n'existe pas de frontière rationnelle dans cette distinction, mais une variété de situations qui ne se prêtent pas à l'esprit de système. Dès lors, le souhait d'établir une distinction sur ce fondement ne rend pas compte de la réalité du droit positif. Il faudrait, pour qu'il soit réellement pertinent, distinguer toutes les universalités entre elles et les classer en fonction des degrés d'autonomie qu'elles présentent. Une telle analyse permettrait opportunément de se rendre compte que certaines universalités de fait

⁶²² V. en ce sens, C. KUHN, « Une fiducie à la française », art. préc., n° 158, 2007, p. 40. ; B. MALLET-BRICOUT, « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *Dr. et patr.* oct. 2009, p. 79, spéc. note de page n° 22. ; F. BARRIERE, « Commentaire de la loi n° 2007-211 19 février 2007 », art. préc., n° 23, p. 556. V. dans un sens différent, mais aboutissant à la même idée, R. FAMILY, *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, th. Paris I, 2000, n° 92. L'auteur considère que la fiducie est une sous enveloppe dans l'avoir général du fiduciaire.

comprennent une corrélation actif/passif, même si elle est tout aussi inaboutie que les précédentes. En effet, la loi du 11 février 1994, dite loi Madelin, crée des priorités de saisies, et subséquemment, demande aux créanciers professionnels de se désintéresser en priorité sur des biens de leurs débiteurs. C'est ainsi que l'article 22 alinéas premiers de la loi du 9 juillet 1991 organise une priorité de saisie sur les éléments de l'entreprise⁶²³. L'origine de la créance, professionnelle, détermine en partie le gage des créanciers⁶²⁴ et ainsi le fonds de commerce est corrélé aux dettes qui adviennent de son exploitation⁶²⁵.

281. L'indépendance de l'autonomie patrimoniale et l'universalité. Si le critère de l'autonomie patrimoniale se caractérise par sa relativité, il est surtout poignant de constater qu'il a une existence juridique indépendante de la notion d'universalité. En effet, l'attribution d'un passif à un bien n'est pas spécifique à l'universalité. Tout type de bien est susceptible de remplir cette condition dès lors qu'un statut patrimonial significatif lui est attribué. En ce sens, la constitution d'une hypothèque sur un immeuble le réserve aux créanciers hypothécaires au profit desquels elle a été accordée. L'immeuble bénéficie donc d'une autonomie patrimoniale.

En vérité, l'utilisation de tout type de bien est susceptible de faire advenir des dettes, lesquelles, en vertu du droit positif, lui seront liées. Il en est par exemple ainsi des dettes liées à l'entretien ou l'acquisition d'un bien qui pèsent d'abord sur ce dernier, soit par le biais du privilège du vendeur⁶²⁶, soit par celui du conservateur⁶²⁷. En outre, dans l'absolu, l'article 2284 du Code civil crée un lien entre chaque bien et chaque dette du débiteur puisque chaque bien est susceptible d'être saisi par un créancier pour qu'il désintéresse sa créance. Aussi, le patrimoine pourrait être envisagé comme une universalité de droit qui contient

⁶²³ Art. 22-1, al. 1^{er}, 9 juill 1991 : «*Lorsque le titulaire d'une créance contractuelle ayant sa cause dans l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel entend poursuivre l'exécution forcée d'un titre exécutoire sur les biens de cet entrepreneur, celui-ci peut, nonobstant les dispositions du 4° de l'article 14 de la présente loi et s'il élablit que les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise dont d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces derniers*».

⁶²⁴ Art. 161-1 du Code des procédures civiles d'exécution. La corrélation est du reste inaboutie puisque le créancier peut refuser au motif que la proposition de l'entrepreneur met en péril le recouvrement de la créance. L'alinéa 3 dudit article précise par suite qu'on ne peut engager la responsabilité du créancier qui se serait opposé à la demande du débiteur, sauf à prouver qu'il y avait intention de nuire dans le refus, ce qui revient à une hypothèse d'abus de droit.

⁶²⁵ Une autonomie patrimoniale inaboutie résulte également des dispositions de l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier. Cette disposition incite le créancier professionnel à se contenter de sûretés sur les biens professionnels.

⁶²⁶ Art. 2102, 4°, C. civ.

⁶²⁷ Art. 2102, 3°, C. civ.

potentiellement une multitude d'universalités de droit. La notion ne correspondrait ainsi à aucune réalité juridique.

282. Une forme d'universalité ne postule donc pas l'autonomie patrimoniale dans son régime. Les exemples pratiques attestent d'une multitude de facettes. L'autonomie patrimoniale, ne suppose pas non plus l'universalité puisqu'elle est susceptible d'exister indépendamment d'elle. Il s'agit donc de deux phénomènes indépendants l'un de l'autre⁶²⁸. La détermination de l'identité de la notion d'universalité doit être recherchée ailleurs.

283. **Les raisons de la confusion.** Il y a, comme nous le préciserons plus largement après⁶²⁹, une différence fondamentale entre le patrimoine d'Aubry et Rau et les « patrimoines » qui jalonnent notre droit civil. Ces derniers sont des ensembles de biens qui adviennent d'un acte de volonté de la part d'un sujet de droit d'organiser des biens ensemble. La volonté, comme le précise la loi, porte essentiellement sur l'organisation d'un actif. Par suite, le législateur, de manière très variable et relative, détermine le sort du passif. Celui-ci n'est donc constitué qu'*a posteriori* et son critère de rattachement à l'ensemble de bien est relatif. À l'inverse, le patrimoine d'Aubry et Rau a une puissance d'évocation qui relève du donné : son lien avec la personne. La corrélation actif/passif qu'elle postule relève d'une représentation de l'activité juridique du sujet de droit. Cette manière qu'ils ont eue de concevoir l'universalité de droit est sans comparaison avec les autres ensembles. La recherche d'occurrence commune est vaine, tant les ensembles appartiennent à des théories différentes. Aussi, l'idée de déduire le critère de corrélation actif/passif à partir du patrimoine pour formuler l'élément d'identité de l'universalité de droit est insuffisante et erronée.

Conclusion section.

284. En définitive, force est de constater que l'autonomie patrimoniale ne découle pas de l'existence d'une forme d'universalité. Il peut être attribué à tout type de biens. Surtout, les ensembles de biens qui jalonnent notre droit civil, régulièrement qualifiés d'universalité de droit, ne présentent pas une réelle autonomie patrimoniale comme l'entendait Robert Gary. Le

⁶²⁸ L'attribution de l'autonomie patrimoniale. La bigarrure de l'autonomie patrimoniale postule qu'elle ne provienne pas d'une considération technique, mais, comme l'expose M. Hiez, d'un choix de politique juridique. Le but recherché par le législateur est soit la protection des créanciers, soit la protection du débiteur. De manière générale, c'est d'ailleurs surtout la protection du débiteur qui est recherchée. Il en est ainsi avec l'acceptation à concurrence de l'actif net, où le législateur souhaite protéger le débiteur contre la mauvaise fortune du défunt qu'il devrait normalement continuer. Il en est également ainsi avec le mécanisme de l'EIRL où le législateur a clairement souhaité promouvoir la création d'entreprise, tout en essayant de limiter les risques que l'entrepreneur pouvait prendre sur son avoir personnel. D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 353, p. 222.

⁶²⁹ Cf *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre III.

critère est donc bien trop relatif pour fonder une distinction entre deux formes d'universalité. Le raisonnement nous paraît critiquable à la base. Il serait selon nous plus juste de rechercher ce qui est commun aux universalités.

Conclusion chapitre.

285. Les critères propres à justifier l'opposition entre l'universalité de fait et l'universalité de droit souffrent d'un manque de pertinence. Le dernier de ceux-ci, l'autonomie patrimoniale, critère d'identification de l'universalité de droit, fait preuve d'une trop grande bigarrure pour former un élément décisif de distinction des deux universalités. Tous les ensembles que la doctrine contemporaine qualifie régulièrement d'universalités de droit ne présentent pas l'autonomie patrimoniale que Robert Gary définissait et, nous l'avons vu, nous pouvons retrouver ce critère, tout aussi fuyant, à l'endroit du fonds de commerce, et surtout, avec tout type de bien. Le critère est ne permet pas de véritablement systématiser l'universalité de droit. Il est en effet logique de considérer que si un même phénomène — l'autonomie patrimoniale — se retrouve dans deux objets distincts — l'universalité de droit et les biens en général —, c'est que le phénomène n'est pas une propriété de l'un des deux objets. Il existe indépendamment d'eux.

286. Inopportunément, cette opposition pose des inconvénients qui ternissent l'utilité de l'universalité en droit positif.

Chapitre II. Les inconvénients de l'opposition entre les deux universalités

287. Le postulat distinguant deux variétés d'universalités invite à leur donner une acception différente sans que la pertinence de cette distinction soit à aucun moment discutée et, pis encore, sans que la notion d'universalité soit interrogée. Les auteurs se limitent à qualifier d'universalité de droit des ensembles qui présentent une corrélation actif/passif et d'universalité de fait tout ensemble de biens. Cette situation conduit à des inconvénients d'ordre théorique et pratique qui compromettent l'appréhension et la compréhension de la notion de l'universalité de droit (**Section I.**) comme de l'universalité de fait (**Section II.**), car, *in fine*, on peine à véritablement savoir ce qu'est une universalité en droit positif.

SECTION I. LES INCONVENIENTS PROPRES A L'UNIVERSALITE DE DROIT

288. La conception dualiste analyse l'universalité de droit comme un ensemble actif/passif. Réduite à cette seule caractéristique technique, l'universalité de droit présente très peu d'intérêt. Selon les traits que lui prête cette théorie, l'universalité ne correspond pas à la notion de bien⁶³⁰ et son utilité est réduite à celle d'une écriture comptable ou budgétaire (**I.**). Cela complique grandement l'insertion de l'universalité de droit dans le commerce juridique (**II.**).

I) L'universalité de droit, une écriture comptable et budgétaire

289. **Exposé de la difficulté.** La corrélation actif/passif, élément d'identité de la notion d'universalité de droit, emprunte sa caractéristique technique à la notion de gage — des créanciers⁶³¹. Ce type d'universalité présente la spécificité de lier des biens à des dettes. L'un des inconvénients majeurs que l'on peut faire à cette définition, c'est qu'elle aboutit à réduire

⁶³⁰ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 326.

⁶³¹ Esmein, qui réalisa la 6^e édition de l'œuvre d'Aubry et Rau, précise que « *c'est bien à la théorie du patrimoine qu'il convient, avec Aubry et Rau, de rattacher le droit général de gage qu'ont sur lui les créanciers* », CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IX, 6^e éd., par P. ESMEIN, 1956, § 573, p. 308.

l'universalité de droit à un principe comptable et budgétaire voire, plus métaphoriquement, à un « *compte courant* »⁶³².

290. **Le droit budgétaire et l'universalité de droit.** Réduite à l'idée de corrélation entre un actif et un passif, l'universalité de droit peut être rapprochée de la règle de l'universalité budgétaire. Il s'agit d'un des grands principes budgétaires des finances publiques en France. Il implique le rassemblement en une seule masse de l'ensemble des recettes brutes sur laquelle doit s'imputer l'ensemble des dépenses brutes.

Cette règle a la vertu didactique de donner « *une vue exacte de la situation financière* »⁶³³. En substance, le principe de l'universalité budgétaire que l'on présente également comme le principe de l'unité budgétaire implique « *la non-affectation d'une recette à une dépense* »⁶³⁴ et d'un point de vue plus formel, la présentation des recettes et des dépenses sur « *un seul et même document* »⁶³⁵. Ainsi, il ne doit pas y avoir de compensation des dépenses et des recettes entre elles. Corrélativement, il est interdit d'utiliser une recette déterminée pour financer une dépense déterminée. Toutes les dépenses et les recettes sont présentes dans une masse commune. Ces principes permettent d'assurer un contrôle effectif des recettes et dépenses publiques, et ainsi, éviter que des dépenses ou recettes soient soustraites par dissimulation de leur montant réel.

291. L'universalité de droit participe de la même logique que ce principe budgétaire. Elle offre une évaluation des valeurs pécuniaires positives et négatives d'une personne. Aucune valeur positive n'est spécialement affectée à l'épuisement d'une valeur négative. Elles concourent toutes à cette finalité, de sorte que l'on peut évaluer la capacité financière d'une personne.

292. **Le droit comptable et l'universalité de droit.** Les principes de droit comptable sont également proches de la notion d'universalité de droit. Cette matière est dominée par le principe de la partie double. Ce principe, fondement de la comptabilité moderne⁶³⁶, présente la comptabilité d'une entreprise en termes de flux. Elle est la « *projection chiffrée des*

⁶³² En ce sens V. R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 321 et suiv. N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., n° 264.

⁶³³ J.-C. MARTINEZ et DI MALTA, *Droit budgétaire*, Litec, 3^e éd., 1999, n° 339, p. 297.

⁶³⁴ *Ibid.*, n° 411, p. 357.

⁶³⁵ J. LAFERRIERE et M. WALINE, *Traité élémentaire de Science et de législation financières*, LGDJ, 1952, p. 46 ; E. ALLIX, *Traité élémentaire de science des finances et de la législation financière française*, 2^e éd., Rousseau, Paris, 1909, p. 56 et suiv.

⁶³⁶ J.-P. CASIMIR, B. CASPAR et M. COZIAN, *Comptabilité générale de l'entreprise*, Litec, 1986, n° 59, p. 19.

mouvements d'une situation de droit »⁶³⁷. L'universalité de droit cherche tout autant à appréhender les conséquences d'une activité juridique à l'aide d'un système de comptage d'unités monétaires en mouvements, afférents aux droits et obligations d'une personne appréciables en argent. Par exemple, elle permet de saisir la passation d'un contrat à titre onéreux, selon une double écriture : l'enrichissement du débiteur et l'appauvrissement corrélatif résultant du caractère onéreux de l'opération. En droit comptable, cette situation se traduit par une double écriture au tableau des entrées et des sorties.

293. En résumé, l'universalité de droit, réduite à la seule idée de présenter une corrélation actif/passif, ne présente aucune utilité. Elle est proche de principes comptable et budgétaire qui, dans leur discipline respective, sont bien plus opératoires que l'universalité. En droit civil, l'usage d'un concept équivalent est purement descriptif, il ne permet pas de réellement comprendre l'identité profonde de la notion, ce qui explique qu'en théorie et en pratique, elle soit peu utilisée.

II) La difficile insertion de la conception classique de l'universalité de droit dans le commerce juridique

294. **Exposé de la difficulté.** Robert Gary a reformulé l'idée héritée de la postglose selon laquelle l'universalité de droit ne « *répond plus à l'idée d'un bien au sens strict, elle évoque au contraire l'idée d'une "masse"* »⁶³⁸. Ces conclusions sont aujourd'hui enracinées dans l'esprit contemporain puisque Mme Denizot conclut la fin de sa thèse portant sur la notion d'universalité de fait en expliquant qu'il « *conviendrait de maintenir la distinction entre l'universalité de fait et l'universalité de droit. La première, qui porte mal son nom, n'est pas une situation de fait ; elle n'est pas une universalité de droit inachevée. Elle est un bien nouveau, alors que l'universalité de droit est une masse isolée dans le patrimoine* »⁶³⁹. Or, la non-réification de l'universalité de droit⁶⁴⁰ rend impossible son insertion dans le commerce juridique.

⁶³⁷ R. SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé, vision juridique et économique*, op.cit., n° 5, p. 8.

⁶³⁸ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 326. ; V. également E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc.

⁶³⁹ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 708.

⁶⁴⁰ V. à propos de l'idée de masse, A.-C. Van Gysel, *Les masses de liquidation en droit privé*, préf. Hanotiau, Bruylant, 1994, p. 218 et suiv.

295. Un détour par la genèse de l'universalité de droit permet de comprendre l'origine de l'impossibilité manifeste de considérer l'universalité de droit comme un bien (A). La doctrine n'a par la suite pas eu conscience de reproduire une erreur du passé, et de ce fait, perpétuer la difficile insertion de l'universalité dans le commerce juridique (B).

A) L'origine de la difficulté

296. **La contradiction de l'*universitas incorporum* chez les romanistes.** La réticence de Robert Gary à qualifier l'universalité de droit de bien, et justifier son insertion dans le commerce juridique, se retrouvait déjà sous la plume des postglossateurs.

297. Les romanistes de l'occident médiéval expliquaient que l'*universitas incorporum*, à l'inverse de l'*universitas corporum*, ne pouvait se revendiquer comme une chose, mais elle devait faire l'objet d'une action spéciale, à l'image de la pétition d'hérédité⁶⁴¹. Si elle ne peut se revendiquer comme une chose, c'est donc qu'elle n'est pas à proprement parler une chose. Ils n'ont d'ailleurs jamais qualifié le contenant, à l'inverse de l'*universitas corporum* qui a pu être qualifiée sans ambages de chose. Deux difficultés adviennent de cette définition. La première est que la nature du contenant interroge. Un expédient a été trouvé dans l'idée de masse en droit moderne, mais ce qualificatif n'est pas non plus réellement pertinent. La masse ne correspond à aucune catégorie juridique connue dans la théorie générale des biens.

La seconde, qui n'est que le prolongement de la première, est que, indirectement, les romanistes de l'occident médiéval concèdent une faille importante dans leur théorie de l'*universitas rerum* : l'*universitas incorporum* est une universalité de choses qui n'est pas véritablement une chose, ou plus précisément, il s'agit d'une universalité de choses qui n'accède pas à la réification, à l'inverse de l'*universitas corporum*. L'opposition

⁶⁴¹ BARTOLE, L. 56 Dig. *de rei vindic.*, VI, 1 : « *Universitas corporum et jurium non vindicatur h. d. Vides ergo differentia inter universitatem corporum tantum, ut gregis, et ista potest, vindicari, et universitatem corporum et jurium, ut peculium. De qua die, ut in glossa, et ista non potest vindicari rei vindicatione. Sed debent vindicari quaelibet alia corpora singula, ul hic, e l. peculio j. de pec. Alia tamen actione possunt peti, ut petitione haereditis, vel actione ex testamento et similibus* », trad. libre : « *La non-revendication de l'universalité de corps et de droits h. d. Voyez la différence, l'universalité composée de choses corporelles, comme le troupeau, peut être revendiquée par tous moyens, et non l'universalité de corps et de droits, comme le pécule. En ce jour, comme dans la glose, elle ne peut être revendiquée par la rei vindicatio. Mais, la revendication peut s'effectuer en fonction des caractéristiques propres à chaque chose. Ou également par une action, comme la pétition d'hérédité, ou les actions dans le testament et similaires* ». ; J. DE MAGNUS, L. 21-22, D. *de leg.* 1°, « *Universitas corporum potest vindicari, non juris, ut est peculium, hereditas et dos* », trad. libre : « *L'universalité de choses corporelles peut se revendiquer, non les juris, comme le pécule, l'hérédité et la dos* ».

fondamentale entre les deux ensembles réside très certainement dans cette différence de nature.

298. Toutefois, l'incohérence et la contradiction des romanistes trouvent une explication logique. Elle provient du fait qu'ils ont non seulement classifié l'*hereditas* parmi les *universitas rerum*, mais ils ont également utilisé cette figure particulière d'*universitas*, héritée du droit romain, pour expliquer la catégorie des *universitas incorporum*⁶⁴². Or, l'hérédité romaine ne peut être réduite à une simple chose. En effet, nous avons vu que cette notion est pourvue de la subjectivité juridique⁶⁴³. Elle est la représentation de la personnalité juridique du défunt à laquelle l'héritier doit succéder. En lui succédant, l'héritier continue la personnalité juridique du *de cuius*. Il ne s'agit donc pas d'une chose que l'on acquière ou qui se transmet, mais d'une personne à qui l'on succède. Cette analyse que nous avons livrée a d'ailleurs été accréditée par les différentes situations pratiques où un conflit naît à propos de la succession. Les juristes romains ne résolvaient pas la difficulté en s'interrogeant sur le point de savoir qui allait acquérir l'*hereditas*, mais plus fondamentalement qui allait revêtir la qualité d'héritier, et par suite, continuer la personne du *de cuius*.

Aussi, la réticence des posglossateurs à qualifier l'*universitas incorporum* de bien provient du fait qu'ils ont mélangé la figure particulière de l'hérédité à ces autres ensembles de choses. Robert Gary n'a fait que reproduire cette erreur avec un objet différent de ses prédécesseurs.

B) La poursuite de la difficulté

299. **La perpétuation de la contradiction des romanistes.** L'impossible réification de l'universalité de droit se poursuit et s'accroît en droit moderne, époque à partir de laquelle celle-ci vient à s'identifier à la notion de patrimoine. Ce travail, nous l'avons vu, nous le devons à Robert Gary. L'auteur s'inspire du patrimoine d'Aubry et Rau pour substantifier l'universalité de droit. Il cherche à dessiner les traits d'identité de la notion à partir du patrimoine, mais réduisant ce dernier à une dimension technique : le gage général des créanciers. Par suite, tous les ensembles de biens présentant un gage général ou spécial seront affublés du qualificatif d'universalité de droit.

⁶⁴² Nous avons vu précédemment que l'*hereditas* est le parangon des *universitas incorporum*., V. *supra*, n° 99.

⁶⁴³ V. *supra*, n° 42 et suiv.

300. L'erreur des postglossateurs est reproduite trait pour trait en droit moderne sous la plume de Robert Gary : le patrimoine des professeurs de l'université de Strasbourg — que l'on assimile à l'*hereditas* romaine — est mélangé avec les autres ensembles de biens. Or, le raisonnement que nous avons soutenu à l'endroit de l'*hereditas* doit être reformulé pour le patrimoine dans la doctrine d'Aubry et Rau : il n'est pas un ensemble réifié et il ne correspond pas à l'idée de « chose », il est pourvu de la subjectivité juridique. Théoriquement, sa réification est même impossible à concevoir, car en tant qu'objet de propriété, s'il était un bien, il devrait lui-même être compris dans le patrimoine, ce qui n'a proprement aucun sens. Aussi, l'universalité de droit, à l'endroit de la théorie du patrimoine est, à l'instar de l'*hereditas*, difficilement qualifiable d'*universitas rerum*. Elle n'est pas cessible ni transmissible et elle est exclue du commerce juridique⁶⁴⁴ : on ne peut aliéner sa personnalité juridique et en faire commerce.

301. **L'absence d'intérêt de la doctrine pour la qualification du contenant.** La question de la nature de l'universalité de droit, ou plus exactement de sa potentielle réification a longtemps pu être passée sous silence. Ce silence ou désintérêt est dû au fait que la plupart des auteurs pensaient que les ensembles affublés d'un tel qualificatif étaient destinés à être liquidés⁶⁴⁵.

302. L'émergence des nouvelles universalités dont nous avons déjà fait état précédemment n'a pas conduit la doctrine à réinterroger l'insertion de l'universalité de droit dans le commerce juridique. En réalité, le silence doctrinal a laissé place au doute. C'est ainsi qu'à propos de la fiducie, la doctrine s'interroge maintenant sur le point de savoir s'il doit y avoir liquidation ou non de l'ensemble lors de sa rétrocession au constituant en cas d'extinction de la fiducie sans bénéficiaire, ou lors de sa cession au bénéficiaire en cas de réalisation de la mission⁶⁴⁶. Outre le fait que cela ne soit pas expressément envisagé par les dispositions du Code civil⁶⁴⁷, l'idée qu'une liquidation doit s'imposer est due aux difficultés de concevoir qu'une universalité de droit puisse être cédée, et par ce fait, accéder au qualificatif de chose au même titre que l'universalité de fait.

⁶⁴⁴ V. *supra.*, n° 132 et suiv.

⁶⁴⁵ Pour un inventaire de ces « masses », qualifiées d'universalité de droit par l'auteur, destinées à être liquidées, V. A.-C. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, th. préc., p. 218 et suiv. ; V. *comp.* F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 135.

⁶⁴⁶ Certains auteurs sont favorables à l'idée de cession du patrimoine sans liquidation (F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 286, p. 446), d'autres estiment que seul l'actif net peut être transmis (F. BARRIERE, « La fiducie, commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 », art. préc., n° 16.

⁶⁴⁷ Art. 2029 C. civ.

303. En marge de la fiducie, un état d'esprit similaire se retrouve inopportunément à propos du mécanisme de l'EIRL. En effet, nombre d'auteurs expriment une certaine réticence à qualifier de bien le patrimoine de l'EIRL⁶⁴⁸. Pourtant, s'il ne s'agit pas d'un bien, il est difficile d'envisager l'acte comme une cession, ce qu'envisage pourtant clairement le Code de commerce⁶⁴⁹. En effet, prévoir des dispositions légales relatives au transfert de propriété du patrimoine affecté, devrait conduire logiquement à le qualifier d'objet de propriété. Fort paradoxalement, les auteurs qui s'intéressent à la cession du patrimoine de l'EIRL, constatent généralement que c'est la notion de patrimoine qui se trouve métamorphosée, sans conclure à la potentielle réification de l'universalité de droit⁶⁵⁰.

304. Pourtant, il nous semble évident que ces dispositions offrent de nouvelles perspectives, et surtout, le sentiment qu'une nouvelle conception de l'universalité est de mise. Le souhait de perpétuer l'opposition entre l'universalité de fait et l'universalité de droit manque en pertinence et les inconvénients sont nombreux.

Conclusion section.

305. La conception doctrinale de l'universalité de droit en droit contemporain est inacceptable. Le critère d'identification qu'on lui prête, qui serait un élément de régime, est inexistant. Il n'existe pas de « corrélation » entre un actif et un passif. Un lien est susceptible d'exister, mais il est très relatif et inabouti. Il peut d'ailleurs se retrouver dans le fonds de commerce, universalité de fait par excellence. En vérité, l'autonomie patrimoniale qu'on prête volontiers à la notion existe indépendamment d'elle, ce qui postule qu'elle lui soit contingente et qu'elle ne participe pas de son identité.

En outre la problématique s'accroît lorsqu'on constate, comme nous l'avons fait, que les auteurs concluent généralement à l'impossible réification de l'universalité de droit. Il semble, sans que nous creusions davantage cette problématique pour le moment, que le droit

⁶⁴⁸ V. en ce sens, J.-D. PELLIER, « La nature juridique du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD.Com.* 2013, p. 45 ; PH. THERY, « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter », *Deffr.* 2011, n° 6, p. 569 ; V. comp. H. MORELL, *Les aspects patrimoniaux de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, th. Toulouse, 2014, n° 619, p. 303 ; S. ANIEL-BARRAU, *Le patrimoine affecté de l'EIRL : étude de droit civil*, th. préc., p. 165 et suiv. ; PH. REIGNE, « Le patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », art. préc.

⁶⁴⁹ Art. L. 526-17 C. com. Une analyse plus approfondie du mécanisme sera effectuée par suite, lors de l'étude de la réification de l'universalité.

⁶⁵⁰ R. MORTIER, « Les mutations de l'EIRL », in *l'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur*, *Dr. et patr.* 2011, n° 202, p. 72. L'auteur explique ainsi « Voici qui, dans l'ordre juridique, marque une révolution : la consécration de la notion de cession de patrimoine, concept qui, à notre connaissance, n'avait jamais été pensé. On ne saurait s'offusquer d'une telle nouveauté, puisque désormais le patrimoine n'est plus uniquement "la projection de la personne dans l'ordre des biens", il ne lui est plus nécessairement attaché à vie. Apparaît ainsi en droit une figure inédite : la cession de patrimoine ».

positif réproue totalement ce postulat. Les difficultés propres à l'universalité de droit ternissent la compréhension de la notion d'universalité. Ces difficultés s'accroissent lorsque l'on étudie les faiblesses de l'universalité de fait.

SECTION II. LES INCONVENIENTS PROPRES A L'UNIVERSALITE DE FAIT

306. **Exposé du problème.** La notion d'universalité de fait ne fait l'objet d'aucune définition légale ni jurisprudentielle. Au contraire de l'universalité de droit, elle n'est pas non plus la clé de voûte d'une construction théorique et dogmatique. Son éveil en droit français provient essentiellement de l'épanouissement du fonds de commerce, et plus tardivement, des autres fonds. Son utilisation vise à réifier le fonds : en tant qu'universalité de fait, le fonds devient un bien distinct de ses composants. L'autonomie qui lui est reconnue permet d'en faire l'objet d'une activité juridique. Elle a notamment pour intérêt de rendre possible la constitution de garanties sur le fonds, et, par suite, son utilisation comme une source de crédit.

Cependant, la notion d'universalité de fait souffre d'une insuffisance de recherche et d'une absence d'études de ses origines. Il a fallu attendre la fin du 19^e siècle pour que, sous l'effet de la montée en puissance des ensembles de biens et de l'expansion des biens incorporels, l'universalité de fait cesse d'être un objet marginal.

307. À mesure que se désopacifie la réalité qu'elle recouvre, il apparaît qu'elle constitue un outil imparfait. Dans ses différentes applications, le manque de consistance de l'universalité de fait (I), accorde l'idée que la notion manque de cohérence (II).

I) Le manque de consistance de l'universalité de fait

308. La doctrine s'interroge régulièrement sur le contenu de la notion. Pour le fonds libéral, par exemple, la question de la détermination de son contenu et de sa fédération s'est posée. Nombre d'auteurs ont à cet égard signalé qu'il pourrait être une « *coquille vide* »⁶⁵¹. Il en est de même avec le portefeuille de valeurs mobilières où la doctrine s'est interrogée sur le point

⁶⁵¹ R. LIBCHABER, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, *Defr.* 2001, n° 37338, p. 431, spéc. p. 438 ; O. TOURNAFOND, « Les cessions de clientèles civiles depuis le revirement de la Cour de cassation du 7 novembre 2000, regard d'un civiliste », *Mél. SORTAIS*, Bruylant, 2002, p. 577, spéc. p. 586.

de savoir s'il s'agit de toutes les valeurs mobilières détenues par la même personne ou de celles qui sont soumises à la même stratégie patrimoniale⁶⁵².

309. Ces difficultés s'étendent largement à d'autres universalités. Il en est également ainsi à propos du troupeau. En effet, de quoi dépend la détermination du troupeau ? Est-ce le type d'animaux ? Cas échéant si j'ai plusieurs animaux de même type, ai-je plusieurs troupeaux, et donc plusieurs universalités ?

310. Plus fondamentalement, le manque de consistance de l'universalité a le fâcheux travers d'interroger le juriste sur le point de savoir s'il est, ou non, en présence d'un tel ensemble. La jurisprudence foisonne d'exemples en ce sens. Il en est par exemple ainsi lorsqu'un contrat porte sur un seul animal. S'agit-il d'un bail à cheptel conformément à l'article 1800 du Code civil ou du contrat improprement appelé cheptel régi par les dispositions de l'article 1831 du même Code ? La jurisprudence semble considérer qu'il ne s'agit pas d'un bail à cheptel⁶⁵³. Pourtant, il n'est pas certain que la différence entre les deux contrats procède de la quantité de bêtes concernées. En théorie, il est possible de concevoir que le bail à cheptel porte sur un fonds composé d'un seul animal⁶⁵⁴. L'universalité peut être réduite à un seul élément de manière temporaire. Pareillement, il se peut qu'un usufruit porte sur plusieurs animaux considérés dans leur individualité, donc sans qu'il s'agisse d'un troupeau⁶⁵⁵, d'une universalité.

311. La loi n'aide pas non plus à déterminer la consistance de l'universalité de fait. En effet, lorsque de dispositions législatives s'intéressent à l'universalité, elle ne précise pas ce qu'elle comprend. En ce sens, l'article L. 142-2 du Code de commerce et l'article 22 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 applicable au fonds libéral donnent une liste des éléments qui sont nécessairement compris dans l'assiette du nantissement, sans renseigner sur ce que peut contenir exactement le fonds nanti.

Ultimement, le manque d'unité des ensembles constitue un terreau fertile pour critiquer son manque de cohérence.

⁶⁵² Sur ce point, V. M. STORCK, « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », Mél. P. CATALA, Litec 2001, p. 695.

⁶⁵³ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 1958, *Bull. civ.* I, n° 365.

⁶⁵⁴ V. en ce sens A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 127, p. 65 ; comp. E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc.

⁶⁵⁵ CH. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, op.cit., n° 310, p. 260 ; V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, op.cit., p. 526 ; J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. II, Ganery Laporte, 1807, p. 88.

II) Le manque de cohérence de l'universalité de fait

312. Les difficultés entourant la détermination du contour de l'universalité de fait sont accentuées par le fait que des auteurs affirment son manque de cohérence.

313. C'est ainsi que les universalités de fait ne comprennent pas tous les biens affectés à la finalité économique qui pourraient être la sienne. En ce sens, le fonds de commerce ne comprend aucun droit immobilier, quand bien même le commerçant est propriétaire des murs dans lesquels il exerce son activité. Cette exclusion n'est explicitement consacrée par aucune disposition législative et ne résulte que de la jurisprudence⁶⁵⁶. Elle repose sur l'idée que « *biens composant le fonds de commerce sont normalement destinés à circuler et que les immeubles sont généralement exclus de la matière commerciale* »⁶⁵⁷. Cette justification atavique — elle remonte à l'Ancien droit — ne correspond plus à l'état de la société et à la pratique des affaires. Elle ne correspond pas non plus à l'évolution du droit puisque la revente habituelle d'immeubles est considérée par la loi comme un acte de commerce⁶⁵⁸. De même, la loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 qui institue le droit de concession immobilière⁶⁵⁹ décide à son article 51, que le droit conféré au concessionnaire fait partie du fonds de commerce. Cette solution se déduit largement du fait que le concessionnaire peut donner son fonds en location-gérance et que la concession, elle-même, peut être comprise dans le nantissement prévu par la loi⁶⁶⁰. Or la concession immobilière est un droit réel s'exerçant sur un immeuble, et donc un droit immobilier⁶⁶¹. Son intégration par la loi dans le fonds de commerce ruine la cohérence théorique de l'exclusion de l'immeuble du fonds.

314. Cette exclusion obsolète a, en outre, l'inconvénient de provoquer des désordres. Lorsque le fonds est exploité dans un immeuble appartenant à un commerçant, l'immeuble ne peut faire partie du fonds. Réciproquement, la jurisprudence considère que le fonds, en tant que meuble incorporel, échappe à l'immobilisation par destination. Ce n'est cependant pas le cas du matériel qu'il comprend. L'immobilisation par destination a donc pour effet un morcellement du fonds. En pratique, cette situation est fortement désavantageuse pour les créanciers du commerçant. Comme elle fait sortir le matériel du nantissement, elle restreint

⁶⁵⁶ Cass. Civ., 21 juillet. 1937, *DP*. 1940. I. 17, note P. VOIRIN.

⁶⁵⁷ D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, Sirey, 4^e éd., 2016, n° 500, p. 245.

⁶⁵⁸ Art. L. 110-1 C. com.

⁶⁵⁹ Louage particulier qui confère au locataire un droit réel de jouissance de longue durée sur l'immeuble loué.

⁶⁶⁰ A. LEVI, P. GARBIT, J. AZEMA et J.-L. VALLENS, *Le Lamy droit commercial*, 2015, n° 41, p. 27.

⁶⁶¹ *Contra*. B. BACCARA, « La concession immobilière », *JCP G*. 1969, I, n° 2245.

considérablement l'assiette des sûretés et donc les possibilités de crédit⁶⁶². Même s'il bénéficie d'une inscription de sûreté plus ancienne, le créancier nanti est dépossédé de son gage sur le matériel au profit du créancier hypothécaire qui voit providentiellement croître l'assiette de sa sûreté⁶⁶³. En cas de saisie immobilière, le matériel sera inclus dans la saisie, même s'il faisait au préalable objet d'un nantissement⁶⁶⁴.

315. La manque de cohérence du fonds⁶⁶⁵ est symptomatique d'une critique plus générale qui veut que l'unité d'affectation soit insuffisante pour expliquer l'universalité de fait⁶⁶⁶. Au fond, les incertitudes portant sur la notion d'affectation se reproduiraient et s'accroîtraient à l'endroit de l'universalité. C'est particulièrement topique à propos du fonds de commerce, mais le troupeau n'est à cet égard pas en reste. Sa figure traditionnelle représentée par l'idée d'un ensemble d'animaux s'est enrichie des nouvelles pratiques d'élevage. Les troupeaux sont aujourd'hui gérés avec des logiciels électroniques et des bases de données⁶⁶⁷. Or, il n'est pas certain que ces nouveaux composants, pour l'essentiel incorporel, soient traités de la même manière que le fonds de bétail, et de ce fait, intègre l'universalité. Il y a un enjeu juridique à traiter ces ensembles de manière globale, mais des difficultés théoriques et pratiques à y parvenir.

316. Ce manque de cohérence et d'unité de l'universalité de fait renforce le positionnement d'une doctrine qui suggère que l'ensemble ne présente pas une utilité distincte de l'addition des éléments qui la composent. C'est ainsi que l'on a pu soutenir que le portefeuille de valeurs mobilières ne vaut pas plus que la somme des valeurs mobilières qu'il contient, au même titre que le troupeau a une valeur égale aux bêtes dont il est constitué⁶⁶⁸.

⁶⁶² La Cour de cassation tire d'ailleurs toutes les conséquences de ce principe puisqu'elle décide que les éléments immobilisés ne sont plus compris dans l'assiette du nantissement et qu'ils entrent éventuellement dans l'assiette de l'hypothèque qui a pu être prise sur l'immeuble. V. en ce sens Cass. Req., 20 janv. 1913, S. 1920, p. 33, note WAHL ; Cass. Civ., 27 juin 1944, S. 1945, p. 16 ; Cass. Com., 18 mai 1978, n° 76-12.892, *Bull. civ.* IV, n° 138.

⁶⁶³ Cass. Req., 20 janv. 1913, S. 1920, p. 33 ; Cass. Civ., 28 juill. 1937, *Gaz. Pal.* 1937, 2, jur., p. 639.

⁶⁶⁴ Cass. Civ., 27 juin 1944, S. 1945, chr., p. 16.

⁶⁶⁵ Le manque de cohérence du fonds de commerce est applicable aux autres fonds qui peuplent notre droit civil. V. à propos du fonds agricole, Cass. Civ. 1^{ère}, 19 déc. 2012, n° 11-25.264 ; *D.* 2013, p. 84 ; *AJ fam.* 2013, p. 139, obs P. HILT ; *RTD.Civ.* 2013, p. 404, obs. W. DROSS ; p. 428, obs. B. VAREILLE ; *Defr.* 2013, p. 305, obs. V. BARABE-BOUCHARD ; *RLDC.* mars 2013, p. 56, obs. A. PAULIN.

⁶⁶⁶ V. sur ce point E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., n° 10.

⁶⁶⁷ V. par exemple, Cass. Com., 14 mars 2006, n° 04-17.339.

⁶⁶⁸ E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., n° 9.

Conclusion section.

L'universalité de fait présente l'inconvénient de manquer de consistance et de cohérence. Il est en effet difficile de dessiner les contours de l'ensemble de biens et de comprendre comment le droit positif parvient à s'en saisir. L'exercice est d'autant plus délicat que l'idée d'affectation que l'on prête volontiers à l'universalité de fait ne suffit pas toujours à expliquer la notion. Ces inconvénients permettent d'adresser des critiques virulentes à la notion et de remettre en cause sa pertinence et son utilisation. Il serait donc opportun de présenter une vision de l'universalité qui permette de pallier ces problèmes.

Conclusion chapitre.

317. La conception dualiste de l'universalité semble, par ses fondements, étrangère au droit positif et contraire à lui dans bien de ses applications. Ces dissonances traduisent une inadaptation du concept d'universalité aux objets qu'il aspire à expliquer.

318. Le retour aux sources qui a été fait dans le premier titre révèle que ce concept n'est que le résultat d'ajustements successifs qui, par leur approximation, ont fait perdre de vue l'origine du dédoublement de l'universalité. La redécouverte de cette origine suggère que par le concept d'universalité on a tenté de désigner deux institutions rigoureusement étrangères l'une à l'autre, dont l'unité n'est que de façade, seule l'une d'entre elles pouvant prétendre lui correspondre.

Chapitre III. La signification réelle de l'opposition des deux universalités

319. **Les raisons.** L'analyse dualiste de l'universalité apparaît, à première vue, comme un horizon indépassable, un édifice intemporel. Pourtant, nous l'avons interrogée, vérifié son passé, son actualité et sa pertinence. La théorie avait une réalité et une rationalité à l'époque de son édification, c'est-à-dire au Moyen Âge. Le droit d'aujourd'hui ne lui correspond plus. La conception dualiste de l'universalité peine à convaincre, et surtout, à fonctionner, ce qui explique probablement la désaffection dont souffre cette notion juridique. Elle ne permet plus de livrer une compréhension du monde réel en offrant une appréhension juridique logique et cohérente. S'attacher à la perpétuer n'a plus de sens⁶⁶⁹.

320. **Le caractère inconciliable des deux formes d'universalité.** De l'étude de l'origine et de l'évolution de l'universalité, il se dégage qu'il existe deux façons de la concevoir : l'une, résolument objective et médiévale⁶⁷⁰, permet de représenter de manière très idéale un groupement de biens (**section II.**) ; l'autre, éminemment subjective et romaine, remplit la fonction de la personnalité juridique (**section I.**). Ces deux notions sont radicalement étrangères l'une à l'autre, voire se contredisent, de sorte que vouloir en faire les espèces d'un même genre apparaît comme un défi⁶⁷¹. Force est donc de se résoudre à cantonner l'universalité à l'une de ces espèces et de cesser d'en faire un genre. Comme l'*universitas* romaine est devenue en droit moderne la personnalité juridique, force est de réduire l'universalité au monde des choses.

⁶⁶⁹ Albert Camus crée la philosophie de l'absurde et explique à cette occasion le décalage qu'il peut y avoir entre l'intelligence et le rationnel. C'est lorsque ce divorce se crée que l'absurde prend sa source : « ..., l'absurdité naît d'une comparaison. Je suis donc fondé à dire que le sentiment de l'absurdité ne naît pas du simple examen d'un fait ou d'une impression, mais qu'il jaillit de la comparaison entre un état de fait et une certaine réalité, entre une action et le monde qui la dépasse. L'absurde est essentiellement un divorce ». A. CAMUS, « Le mythe de Sisyphe », in *essai*, éd. 1942, Gallimard, p. 48.

⁶⁷⁰ N'oublions pas que les romanistes médiévaux fondent leur théorie sur le concept romain de *corpora ex distantibus* qui est une chose.

⁶⁷¹ L'hétérogénéité de nature entre l'universalité de droit et les autres universalités avait été nettement perçues par Gombeaux. V. E. GOMBEAUX, *La notion juridique du fonds de commerce*, th. préc., p. 37 : « Qu'on s'efforce de construire une théorie du patrimoine ou de l'hérédité, et qu'on présente une autre conception s'appliquant au troupeau et aux autres hypothèses du même ordre, où les divers éléments de l'ensemble considéré peuvent se remplacer réciproquement, rien de mieux. Mais pourquoi, sur ces deux notions sans aucune relation juridique entre elles, vouloir édifier une théorie générale de l'universalité, et y distinguer ensuite une double catégorie, dont la formule doit s'imposer nécessairement à toutes les masses de biens, quelles que soient les différences qui les séparent ? ».

SECTION I. L'UNIVERSALITE COMME ANCETRE DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

321. **La subjectivité juridique de l'universalité.** La notion d'universalité est d'abord subjective⁶⁷² en ce qu'elle constitue la formulation archaïque de la personnalité juridique. C'est l'essence même de la notion d'universalité, telle qu'elle a été pensée par ses inventeurs. Nous avons vu que la notion était utilisée à Rome pour traduire le passage de la personnalité du défunt à ses continuateurs et l'existence juridique⁶⁷³ d'un groupement. Elle permettait d'inscrire un groupement — cité ou *hereditas* — dans des rapports⁶⁷⁴ d'appropriation, d'obligation ou d'action. Les juristes romains, bien que ne connaissant pas le concept de personne juridique, ont compris son essence : la propriété⁶⁷⁵.

Il fallait toutefois penser un cadre structurel, support de la propriété, soit parce que la personne n'était plus — *hereditas* —, soit parce qu'elle ne pouvait exister réellement — la cité. Nous avons vu que cette tâche incombait à l'*universitas*. Celle-ci devait donc être comprise comme une entité composée du mécanisme fondamental de la propriété.

322. Cette conception romaine de l'*universitas* a été réutilisée en droit moderne par les maîtres de l'université de Strasbourg⁶⁷⁶. Dans leur théorie, l'universalité de droit est moins ensemble de biens, qu'une virtualité composée du mécanisme fondamental de la propriété (**I.**). L'universalité de droit est ainsi pourvue de la subjectivité juridique. C'est précisément cette subjectivité que recherche Ginossar lorsqu'il souhaite que le fonds de commerce soit qualifié d'universalité de droit, car selon l'auteur il doit être « *un organisme, doué d'une fonction propre et assurée d'une existence permanente. Il serait revêtu de la subjectivité juridique, c'est-à-dire de la capacité d'acquérir comme tel des droits et des obligations* »⁶⁷⁷.

323. En érigeant le patrimoine comme « *sujet d'obligation* », la théorie du patrimoine a permis de révéler la deuxième fonction de la personne juridique : l'aptitude à la

⁶⁷² La conception subjective de l'universalité que nous allons analyser n'est pas le concept étendu d'universalité de droit que la doctrine contemporaine use à loisir à partir du critère de corrélation actif/passif. Il s'agit essentiellement de ce que les juristes romains appellent *hereditas*. Mais, l'hérédité est aussi la notion qui a inspiré Zachariae et ses épigones pour bâtir leur théorie du patrimoine. V. nos développements n° 121 et suiv. ; V. également F. ZENATI-CASTAING, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », art. préc., p. 667 et suiv.

⁶⁷³ PH. YOLKA, *La propriété publique, éléments pour une théorie*, th. préc., p. 32.

⁶⁷⁴ F. ZENATI-CASTAING, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », art. préc., p. 667 et suiv.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ En ce sens, F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », art. préc. ; du même auteur, « mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », art. préc.

⁶⁷⁷ S.F. GRUNZWEIG, *Le fonds de commerce et son passif propre, étude de législation et de jurisprudence françaises et belges*, th. préc., n° 24, p. 21.

responsabilité. La responsabilité est ainsi devenue à l'époque moderne la seconde composante fondamentale de l'universalité de droit (II.) — ou universalité subjective, les termes peuvent être tenus pour synonyme⁶⁷⁸.

324. Propriété et obligation⁶⁷⁹, composantes fondamentales de la personne juridique⁶⁸⁰, le sont tout autant de la conception subjective de l'universalité. Ainsi, elle n'est rien d'autre que le cadre juridique idéal dont prend la forme un substrat⁶⁸¹ — une personne, un ensemble de personnes, voire un but⁶⁸². Elle est un complément indispensable sans lequel ce substrat est dépourvu d'existence juridique.

⁶⁷⁸ Dans les développements qui vont suivre l'expression « patrimoine » et « universalité subjective » sont tenus pour synonyme. Ils révèlent tout deux l'idée de personnalité juridique.

⁶⁷⁹ Cette potentialité représente la capacité de jouissance. Aussi, la juridicité de la personne se manifeste exclusivement par la capacité de jouissance, si bien qu'elle est condition de son existence. V. en ce sens G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in *Aspects actuels du droit commercial français*, in Mél. R. ROBLLOT, LGDJ, 1984, p. 199 ; C. ATIAS, *Droit civil, les personnes, les incapacités*, Coll. Droit fondamental, PUF, 1985, n° 81 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. préc., n° 172, p. 172.

⁶⁸⁰ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Manuel de droit des personnes, op.cit.*, n° 4, p. 17 et n° 106, p. 113. Cette définition du sujet de droit est originellement développée par Aubry et Rau.

Il est possible d'ajouter la volonté à cette structure (en ce sens CH. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », *APD*, n° 34, 1989, pp. 9-24). Du reste, nous pensons que la volonté n'est plus un élément central de la définition de la personne juridique. Sur ce point Aubry et Rau sont confus et en faisant de l'aptitude à posséder et à s'obliger une qualité naturelle inhérente à l'homme, ils confondent la personne abstraite et la personne concrète. La volonté est motrice, mais elle n'entre pas véritablement dans la structure de la personne juridique, donc de l'universalité. En effet, il est certain aujourd'hui que cette qualité est attribuée par la loi, non par la manifestation ou l'expression d'une volonté humaine. C'est à raison de ce principe que le dément et le mineur sont des personnes juridiques. V. sur ces points G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. préc., n° 175, p. 173, et suiv. *ibid.*, n° 191, p. 185 et suiv.

⁶⁸¹ Les auteurs qui ont adressé une critique à la subjectivité juridique de l'universalité de droit n'ont pas réellement compris pourquoi elle devait être considérée comme telle. Nous rapportons ici l'exemple de Jallu qui s'exprime en ces termes : « À ceux qui demandent ce que c'est que l'universalité, l'on affirme qu'elle se confond avec la personne. C'est une régression au mystère et pas une réponse ; ou bien il faudrait se prononcer sur l'admission des dogmes dans l'interprétation juridique. La personne est titulaire du patrimoine. Est-elle donc titulaire d'elle-même, et c'est elle-même qui s'appartient ? Mais qu'est-ce que cela veut dire ? L'universalité est l'ensemble des biens d'une personne... Mais si les biens sont les choses appropriées, des choses considérées comme faisant partie d'un tout, ce sont des choses tout de même ; et l'on aura beau abstraire l'idée que l'on se fait des choses, l'on n'aboutira jamais, par cette abstraction, à l'idée de personne » (O. JALLU, *De l'idée de continuité de la personnalité juridique du défunt*, th. préc., p. 89 et 90). L'auteur confond la personne concrète et la personne juridique – abstraite. En outre, rapportée à la seule idée de chose appropriée, il est évident que la subjectivité de l'universalité ne se révèle pas. Mais nous avons vu que c'est davantage l'idée d'aptitude, de virtualité, de potentialité qui caractérise cette notion. C'est là, la subjectivité juridique que nous lui prêtons.

⁶⁸² V. en ce sens, B. MALLET-BRICOUT, « L'unité et l'indivisibilité du patrimoine à l'épreuve du droit des affaires », *Dr. et patr.* 2018, pp. 31-36.

I) La propriété composante de l'universalité

325. **L'intégration de la propriété dans l'universalité subjective.** Il est nécessaire, préalablement, de rappeler en quoi la propriété entre dans la structure de la personnalité juridique.

326. Messieurs Zenati-Castaing et Revet expliquent que la personnalité juridique est un concept fonctionnel qui permet de désigner les entités aptes à avoir des droits⁶⁸³. En tant qu'« aptitude », la personnalité juridique représente la potentialité d'acquisition d'une personne. Cette définition soulève néanmoins une interrogation : comment la virtualité de l'entité s'articule avec l'actualité des biens dont une personne est propriétaire ? Les deux ne se situent pas sur le même plan, entre pouvoir et avoir il existe une différence fondamentale même si le second dépend du premier⁶⁸⁴. Les auteurs ont donc mis en évidence que la propriété n'est pas une simple virtualité, elle est également une actualité contingente lorsqu'elle saisit le bien dont on est propriétaire. La personne juridique est apte à la propriété au même titre qu'elle est propriétaire actuelle.

327. La conception subjective de l'universalité rend compte de cette dualité. Statiquement, l'universalité subjective polarise l'appartenance, elle est le cadre structurel qui offre un point d'imputation unique à tous les rapports juridiques dont une personne est le sujet actif (**A.**). Dynamiquement, la conception subjective de l'universalité est une aptitude à l'appropriation par l'acquisition⁶⁸⁵ (**B.**). Cette dernière idée n'est en rien hétérodoxe. L'héritage romain, mis à jour par la construction dogmatique de la théorie du patrimoine de Zachariae et de ses épigones, a permis de révéler la relation conceptuelle existant entre l'universalité de droit et la potentialité d'acquiescer.

⁶⁸³ « Avoir des droits » est une formule absconse qu'il conviendrait de remplacer par « avoir des biens ». V. F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, op.cit., n° 106.

⁶⁸⁴ J. LAURENT, *La propriété des droits*, LGDJ, coll. Bib. Dr. Priv., 2012, t. 537, p. 131.

⁶⁸⁵ La double fonction de la conception subjective de l'universalité est exprimée par Josserand lorsqu'il dit que l'universalité juridique est « une notion abstraite, d'ordre intellectuel, métaphysique ; c'est, si l'on veut, l'aptitude à devenir le centre de rapports juridiques pécuniaires, ou encore, le réceptacle idéal prêt à recevoir des valeurs positives ou négatives », L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, op.cit., n° 649, p. 374 et p. 375.

A) La dimension statique

328. **Lien d'équivalence entre universalité et personne juridique.** Statiquement, l'équivalence entre la conception subjective de l'universalité et la personnalité juridique est complexe. D'autant plus complexe que le droit civil français souffre d'une absence de définition de la personne juridique. Il est ardu de saisir sa réalité⁶⁸⁶. À notre sens, sa définition doit être liée à la catégorie abstraite du « *sujet de droit* »⁶⁸⁷. Personnalité juridique et sujet de droit sont des prédicats⁶⁸⁸ attribués par le droit positif⁶⁸⁹. En tant que tel, le « *sujet de droit* » est une personne abstraite distincte de la personne concrète⁶⁹⁰. Plus précisément, la personne concrète est le substrat représenté par la personne abstraite dans la vie juridique. À cet égard, la personne abstraite est fictive⁶⁹¹, elle n'existe que juridiquement et pour les besoins du droit. Sur ce point, il existe une identité de nature entre la personne physique et la personne morale⁶⁹² : les deux sont des êtres abstraits.

La fonction de cet être abstrait est de servir de cadre à la capacité d'être propriétaire⁶⁹³. La conception subjective de l'universalité occupe la même place. Elle est le cadre structurel qui a pour fonction statique d'offrir un point d'imputation unique à tous les

⁶⁸⁶ Il n'est pas rare dans la littérature juridique que certains auteurs, parfois même les plus influents, renoncent à la définition de la personne juridique : J. CARBONNIER, « Être ou ne pas être. Sur les traces du non sujet de droit », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 231

⁶⁸⁷ En ce sens, A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op.cit. ; R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *RTD.Civ.* 1981, p. 785 ; A. GARAPON, « La sujet de droit », *RIEJ.* 1993, n° 31, p. 69 ; Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature », art. préc., p. 87 ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les personnes*, 10^e éd., *Defr.* 2017, n° 1 ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, op.cit., n° 4, p. 17 et n° 106, p. 113.

⁶⁸⁸ Le droit romain voyait les personnes au travers de leurs statuts. Le droit contemporain n'est pas réellement différent, seulement il reconnaît à tous les hommes un statut similaire.

⁶⁸⁹ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 121 ; Dans le même sens R. LIBCHABER, « Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », *RTD.Civ.* 2003, p. 170. L'auteur explique que « *comme toutes les notions juridiques, celle de personne n'est qu'une construction asservie à des besoins. Le développement économique dû à la révolution industrielle a suscité la personnalité morale pour des raisons d'échelle : il fallait que des créatures nouvelles puissent prendre en charge des patrimoines dépassant les capacités individuelles* ».

⁶⁹⁰ Cette distinction est évidente. Pourtant, nous la retrouvons essentiellement dans un seul ouvrage : F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, op.cit. ; V. également R. LIBCHABER, « Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », art. préc., p. 170.

⁶⁹¹ V. en ce sens G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. préc., n° 172, p. 172 : « *La personne juridique, c'est l'être qui jouit de la personnalité juridique, cette dernière étant l'aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations. De là, la personne juridique est l'être apte à être titulaire de droits et assujetti à des obligations* ». Pour l'auteur la personnalité, même celle des personnes physiques, est un construit. D'ailleurs, il faut se garder de confondre « *l'existence de la personne physique avec l'existence physique, individuelle, de la personne humaine* (...) ».

⁶⁹² F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, op.cit., n° 1, p. 1 et suiv.

⁶⁹³ Cette idée est défendue par Aubry et Rau. Elle est mal formulée puisqu'ils disent seulement que le patrimoine est une émanation de la personnalité. La formule de Zachariae est plus rigoureuse puisqu'il explique que le patrimoine est « *la face extérieure* » de la personne.

rappports juridiques d'une personne. La conception subjective de l'universalité a donc pour fonction de représenter l'unité de tous les rapports juridiques d'une personne⁶⁹⁴ (1). Elle est le pôle de rattachement de son appartenance⁶⁹⁵. On objectera que les rapports juridiques contenus dans l'universalité sont d'acception plus restreinte que ceux attachés à la personne juridique. Cette critique provient d'une lecture restrictive de la théorie du patrimoine, réduisant les droits aux biens saisissables par les créanciers. Elle n'est donc pas décisive (2).

1) *La concentration des rapports juridiques d'une personne*

329. **Explication de l'unité juridique.** Nous retrouvons régulièrement dans la littérature juridique les expressions de « *point d'imputation* »⁶⁹⁶ ou « *pôle d'appropriation* »⁶⁹⁷ pour traduire la réunion de tous les droits et obligations autour d'un seul centre. Cette réunion nous paraît se formuler plus exactement en termes d'unité juridique, en ce sens que tous les rapports juridiques d'une personne sont unifiés autour d'un même point, ils gravitent autour d'une même fin : le « sujet de droit ». Windscheid précise très justement que le sujet de droit est « *est un besoin de la technique juridique (...), d'après lequel il est seulement possible de donner une expression unifiée aux situations juridiques en regardant si les droits appartiennent à un sujet* »⁶⁹⁸. Dans cette phrase, l'auteur précise deux idées fondamentales : la première consiste à voir dans le sujet de droit une « *expression unifiée* » de tous les rapports juridiques d'une personne ; la seconde, prolongement de la première, permet de comprendre que c'est l'appartenance des choses à une même personne qui techniquement polarise les rapports juridiques. De ce principe qui relève de la logique, il en découle plusieurs conséquences.

⁶⁹⁴ L'idée a été clairement présentée par Zachariae à propos du patrimoine : « *Le patrimoine n'est pas en soi un objet extérieur, il est seulement l'idée abstraite d'une unité juridique qui relie tous les biens qui appartiennent à une personne déterminée, ou même l'idée de la personne elle-même considérée dans ses rapports avec ses biens.* », C. S. ZACHARIAE, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, op.cit., n° 573, p. 423.

⁶⁹⁵ Nous rappelons que cette fonction remplie par la conception subjective de l'universalité n'est pas nouvelle, comme nous l'avons vu ci-avant, c'était déjà celle retenue par les juristes Romains. V. en ce sens F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental », art. préc., p. 445 ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théorie, vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé*, op.cit.

⁶⁹⁶ Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. préc., p. 93 et 94.

⁶⁹⁷ F. ZENATI-CASTAING, « L'affectation Québécoise, un malentendu porteur d'avenir. Réflexions de synthèses », art. préc., spéc. p. 640.

⁶⁹⁸ WINDSCHEID, *Pandekten*, 6^e éd., t. I, § 49, p. 222.

330. Le point d'imputation est unique tout d'abord, parce qu'il semble improbable, voire illogique, qu'il puisse exister deux personnes juridiques identiques : une même personne ne peut être deux pôles d'appartenance. Indivisible ensuite, car il est impossible qu'une même personne concrète se divise en deux personnes abstraites. Contenu unifié enfin, en ce que la personne juridique permet d'unifier les droits et les obligations au sein d'un même cadre et au service d'une même fin : l'activité juridique qu'elle souhaite déployer. La personne juridique est le contenant composé des droits et des obligations qui lui sont imputés. Elle permet donc d'approprier et de polariser les droits autour d'un même centre.

331. L'universalité subjective occupe une place en tout point semblable. L'*hereditas* romaine est, à ce titre, le centre de tous les rapports juridiques ayant appartenu au défunt et dans lesquels l'héritier a vocation à succéder. Elle est considérée comme un contenant abstrait irréductible à son contenu. À l'époque moderne, cette conception de l'universalité a été reprise dans la théorie du patrimoine⁶⁹⁹. Elle est même présentée comme le critère premier de la notion. Le patrimoine est le « *un cadre qui peut être vide* »⁷⁰⁰, c'est-à-dire une simple « *enveloppe* »⁷⁰¹. Selon cette logique, l'universalité est le lieu où s'unifient tous les rapports juridiques d'une personne. L'emploi des expressions « cadre » et « enveloppe » est une manière imagée de se représenter intellectuellement ce « corps juridique ».

332. L'universalité subjective présente donc la fonction technique de pouvoir se représenter juridiquement une personne comme le point d'imputation unique de toute son appartenance. Tous les objets de la propriété d'un individu sont, grâce à elle, intellectuellement et abstraitement centralisés. Cette centralisation est due au caractère unique de la capacité d'être propriétaire de la personne⁷⁰² et de la propriété actuelle qu'elle exerce sur le bien. Autrement dit, quand bien même un bien suivrait un régime juridique dérogatoire — non cessible, non saisissable, etc. —, il n'en perdrait pour autant la propriété, donc il serait contenu de l'universalité subjective.

⁶⁹⁹ Tous les auteurs classiques, suivant l'exemple d'Aubry et Rau, voient dans l'universalité de droit une unité abstraite distincte des éléments qui le composent. V. notamment M. PLANIOL ET G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *Principes généraux, personnes, famille, biens*, LGDJ, Paris, 1928, n° 21148 ; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *les biens*, *op.cit.* n° 2 ; COLIN et CAPITANT, *op.cit.*, p. 106.

⁷⁰⁰ PH. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil. Les biens*, *op.cit.*, n° 13.

⁷⁰¹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), *Les biens*, 2^e éd., *op.cit.*, p. 3.

⁷⁰² Notre droit positif ne parvient pas à rendre compte d'une dualité de propriété — l'une serait par exemple personnelle et l'autre professionnelle. L'EURL est l'exemple topique de cet obstacle épistémologique. Si une même personne a une dualité de propriété, c'est qu'il y a deux personnes.

2) *L'intégralité des rapports juridiques d'une personne*

333. **Exposé du problème.** L'universalité subjective est le « corps juridique » fictif d'une personne concrète. Elle est le pôle de rattachement de l'appartenance. Si l'on se réfère à la théorie du patrimoine, on peut être conduit à mettre en doute le fait que tous les droits d'un sujet figurent dans son universalité. Selon la vulgate postérieure à Aubry et Rau, l'universalité n'engloberait que les biens ou, plus exactement, que les droits et obligations susceptibles d'être appréciés en argent⁷⁰³, cessibles et transmissibles⁷⁰⁴.

334. **Relativisation du problème par l'histoire.** Le contenu de la personne juridique dépend du système juridique dans lequel celle-ci s'inscrit. À Rome, la personne est saisie à travers « *les choses extérieures* »⁷⁰⁵. La juridicité de la personne, dans sa dimension naturelle et humaine, est de confection récente. Elle est principalement justifiée par le souci de reconnaître à l'homme des droits subjectifs. Les jurisconsultes romains et les romanistes médiévaux ne sont jamais réellement parvenus à s'intéresser à ces droits. Il était pour eux délicat de reconnaître des droits à l'homme en tant qu'objet concret et réel. La différence de contenu entre la conception subjective de l'universalité et la personne juridique doit donc être relativisée⁷⁰⁶.

335. **L'élucidation du problème par la propriété.** L'impossibilité de concevoir la présence d'attributs moraux dans l'universalité de droit est due aux interprètes d'Aubry et Rau. Les auteurs ont rapidement assimilé le patrimoine et l'universalité à la technique du gage général des créanciers. Insusceptibles de désintéresser les créanciers, les attributs de la personne ont donc été exclus du contenu du patrimoine⁷⁰⁷, et la qualité de bien leur a été refusée⁷⁰⁸. Cette doctrine en a déduit l'existence d'une distinction entre les droits

⁷⁰³ C'est-à-dire, fondamentalement, ceux qui revêtent une valeur pécuniaire. V. sur cette critique, M.-CH. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. préc., n° 164, p. 108.

⁷⁰⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., « patrimonialité ».

⁷⁰⁵ J.-M. TRIGEAUD, « La personne humaine, sujet de droit », in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrième journées René Savatier, T. 24, PUF, 1994, p. 9.

⁷⁰⁶ Sur la relativisation du contenu de la personne juridique : Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. préc., p. 101 et 102.

⁷⁰⁷ Les Professeurs de l'université de Strasbourg relèvent pourtant la présence théorique des biens innés : « *En théorie pure, le patrimoine comprend tous les biens indistinctement, et notamment les biens innés et les biens à venir. Le droit français s'est conformé à cette théorie, en ce qui concerne les biens à venir (...) mais il s'en est écarté en ce qui concerne les biens innés. Tout en considérant comme des parties intégrantes du patrimoine les actions auxquelles peuvent donner ouverture les lésions causées à de pareils biens, notre Droit n'y comprend cependant pas ces biens eux-mêmes, tant qu'ils n'ont pas éprouvé quelque lésion* », CH. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, op.cit., § 573, p. 334 et 335.

⁷⁰⁸ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. AYNES, LGDJ, 2007.

extrapatrimoniaux et les droits patrimoniaux⁷⁰⁹. L'interprétation sur laquelle elle repose est éloignée de la réalité⁷¹⁰. Il existe de toute évidence des biens qui échappent aux poursuites des créanciers⁷¹¹. Cela ne les empêche pas d'être des biens⁷¹². Zachariae considérait les attributs de la personne comme des biens. Il s'agit bien évidemment de biens particuliers, mais des biens tout de même⁷¹³. Selon lui, le patrimoine n'est pas tant un ensemble de bien qu'un « ensemble de valeurs représentatives de tous les intérêts humains, qu'ils soient de l'ordre des choses ou de l'ordre de la personne »⁷¹⁴. L'universalité de droit englobe donc tous les objets extérieurs.

336. L'entrée des biens innés dans l'universalité subjective peut se justifier si l'on adopte une perception fondamentale de la propriété⁷¹⁵. La définition de la propriété a fait l'objet d'une évolution qui bouleverse la perception que l'on a de son étendue. La conception classique de la propriété confond le droit et l'objet du droit. Selon cette doctrine, la propriété est un droit exclusif, absolu et perpétuel. Le droit du propriétaire se résume au célèbre triptyque *usus, fructus, abusus*. M. Zenati-Castaing dans sa thèse de doctorat s'est abstrait de cette conception de la propriété réduite à un simple contenu. Il a notamment mis en exergue que la propriété est la relation que la personne peut avoir avec tout intérêt susceptible de constituer un objet de droit⁷¹⁶. Elle est relationnelle et elle vise à soustraire la chose de la maîtrise des tiers⁷¹⁷. Elle permet ainsi d'établir un rapport d'exclusivité entre la personne et son objet qui autorise à exclure quiconque de son utilisation. Sous ce rapport, les droits de la personnalité sont une espèce singulière du genre qu'est la propriété. Ils établissent un rapport

⁷⁰⁹ L'expression « droits extrapatrimoniaux » est maintenant compris à travers le concept des droits de la personnalité.

⁷¹⁰ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », art. préc., n°25 et suiv. L'auteur démontre l'inexistence de frontières entre les deux types de droits, mais une multitude de situations toutes plus distinctes les unes que les autres.

⁷¹¹ L'histoire démontre la contingence de cette restriction. L'humanisation du droit a, à juste titre, extrait le corps de la personne concrète comme médiation patrimoniale. Du reste, l'Ancien droit, tout comme à Rome, reconnaît le pouvoir d'accéder au corps de la personne état juridiquement reconnu aux créanciers. Autrement dit, il était un certain sens saisissable.

⁷¹² F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental », art. préc. ; A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine », art. préc., p. 801. L'auteur distingue entre les biens patrimoniaux et les biens extrapatrimoniaux.

⁷¹³ M. XIFARAS, *La propriété, étude de philosophie du droit*, th. préc., p. 231.

⁷¹⁴ *Ibid.* p. 6.

⁷¹⁵ Nous verrons par la suite que la seconde composante fondamentale de l'universalité subjective, la responsabilité, permet également d'intégrer en son sein le corps humain et ses attributs. V. *infra*, n° 351 et suiv.

⁷¹⁶ F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental », art. préc.

⁷¹⁷ Cette dimension de la propriété a été mise en évidence par les personnalistes, M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, *op.cit.* ; J.-L.-E. ORTOLAN, *Généralisation du droit romain*, 12^e éd., par Labbé, Paris, 1894, p. 637. Puis augmentée par les néo-personnalistes, S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ., bibl. dr. priv. 1960 ; F. ZENATI-CASTAING, *La nature juridique du droit de propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. préc.

d'exclusivité entre la personne, son corps et ses attributs⁷¹⁸. M. Revet illustre cette tendance en précisant que l'article 16-1, alinéa 2, du Code civil selon lequel « le corps humain » est inviolable équivaut à exclure autrui d'accéder, contre sa volonté, à son corps et à ses éléments⁷¹⁹. Les lois bioéthiques ne font donc que consacrer « *un pouvoir exclusif du sujet sur son corps* »⁷²⁰. D'ailleurs, le corps n'est pas totalement dépourvu de commercialité. La loi organise la cession à titre gratuit et les concessions de composants du corps humain⁷²¹. La commercialité est une catégorie plus large que la saisissabilité, dont le corps humain et ses composants peuvent faire partie.

337. En résumé, l'exclusion du corps humain et ses éléments du gage général des créanciers n'imposent pas qu'on lui refuse la qualité d'objet de propriété. Objet d'une réservation au profit de la personne, ils sont des objets de propriété, et donc des biens. Et, parce que le mécanisme de la propriété est une composante fondamentale de l'universalité subjective, ces biens la composent. Autrement dit, l'intégration des biens innés dans le contenu de l'universalité ne procède pas de leur saisissabilité, mais de leur qualité d'objets de propriété.

338. La propriété n'est cependant pas une simple actualité, elle est également une potentialité. Il nous reste donc à comprendre comment cette potentialité entre dans la composition de la personne juridique et, par suite, de l'universalité de droit.

B) La dimension dynamique

339. D'un point de vue dynamique, la personnalité juridique est souvent définie comme l'aptitude à avoir des droits. Cette formule est peu parlante et il faut entendre l'aptitude à avoir des droits comme celle d'avoir des biens⁷²², c'est-à-dire être propriétaire. La personnalité juridique est donc fondamentalement une aptitude à la propriété. Cette idée est précisément celle développée par Aubry et Rau dans la théorie du patrimoine : il est conçu une virtualité qui contient la puissance d'acquérir de la personne (1).

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ TH. REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTD.Civ.* 2017, n° 3, p. 587.

⁷²⁰ F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », art. préc.

⁷²¹ Art. L. 1211-1, alinéa 1, C. santé publique.

⁷²² F. ZENATI-CASTAING, *La nature juridique de la propriété, contribution à l'étude du droit subjectif*, th. préc., p. 740.

340. L'actualisation de la dominité de la personnalité juridique, perçue par Aubry et Rau et mise en lumière par M. Frédéric Zenati-Castaing⁷²³, permet également de comprendre que ce patrimoine, subjectivement conçu, est tributaire de flux et reflux, car il loge le pouvoir fondamental de disposer (2). Ces deux composantes permettent de comprendre que fondamentalement l'universalité de droit, sous la plume d'Aubry et Rau, est une théorie de la personnalité juridique qui exprime une virtualité, celle d'avoir des biens et d'en disposer.

1) *La propriété en tant qu'aptitude*

341. **L'aptitude à la propriété dans l'universalité subjective.** L'un des apports majeurs de la conception rénovée de la propriété est d'avoir réconcilié ce droit avec le *dominium* Romain⁷²⁴. Le *dominium*, plus qu'un lien entre les personnes et les choses, est une partie de la personne⁷²⁵. Elle est une manière pour elle de devenir un être au monde juridique. Aussi, le *dominium* entre dans la structure de la personnalité juridique. Il est le rapport de puissance qui traduit, dans le droit moderne, l'aptitude à l'appropriation⁷²⁶. À partir de ce constat, M. Zenati-Castaing explique que la « *personnalité juridique se ramènerait à l'aptitude à être propriétaire, à acquérir des biens et à établir avec d'autres personnes des rapports juridiques* »⁷²⁷. Cette approche était déjà présente sous la plume d'Aubry et Rau : « *Le droit de l'homme sur son patrimoine est un droit de propriété qui prend son fondement dans la personnalité même de celui-ci : le patrimoine n'est en effet en dernière analyse que la personnalité de l'homme mise en rapport avec les **objets sur lesquels il peut avoir des droits à s'exercer*** »⁷²⁸.

342. Ontologiquement, la personnalité est donc une technique d'appropriation. Cette singularité se perçoit aisément pour ce qui est des personnes morales. Elles sont érigées en personne juridique pour être aptes à la propriété⁷²⁹. Hauriou précisait à cet égard que l'enjeu

⁷²³ F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », art. préc.

⁷²⁴ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op. cit.*, p. 264.

⁷²⁵ F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », art. préc.

⁷²⁶ G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. préc., n° 188, p. 183 ; V. également. F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », art. préc., 455 ; R. SEVE, « Détermination philosophique d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD*, n° 24, 1979, p. 250.

⁷²⁷ F. ZENATI-CASTAING, *La nature juridique de la propriété, contribution à l'étude du droit subjectif*, th. préc., p. 740.

⁷²⁸ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil, op.cit.*, § 575.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 739.

de la personnalité juridique réside dans la propriété⁷³⁰ : « *la personnalité est un procédé de la technique juridique destiné à faciliter la vie de relation avec autrui par la synthèse de ce qui est propre à chaque individu* »⁷³¹.

343. Par l'appropriation, la personnalité juridique traduit une virtualité, elle est une potentialité, celle d'acquérir de nouveaux biens. Le patrimoine se compose de biens non seulement présents, mais aussi à venir. Par ce fait, il est le support de ce pouvoir fondamental d'acquérir. Il ne peut donc être une chose, il relève du domaine de l'être.

Cette virtualité était peu perceptible dans l'*hereditas* romaine, qui représentait la situation d'une personne concrètement déchu, dont la puissance d'acquisition était inerte, sinon éteinte. Toutefois, l'hérédité jacente traduisait une potentialité d'acquisition. Elle autorisait les esclaves à emprunter le *dominium* du défunt, et donc à établir de nouveaux rapports juridiques avec les tiers⁷³². Fondamentalement, l'*hereditas* était déjà une entité virtuelle d'appropriation. L'aptitude et la virtualité de l'entité étaient occultées par l'instantanéité du processus de continuation de la personne du défunt : la capacité du *de cuius* était absorbée par celle de l'héritier qui seule subsistait. Mais, il suffit que ce processus soit paralysé pour que le *dominium* du défunt cesse d'être oblitéré et soit remis en service.

344. La perception de l'universalité comme faculté d'acquérir a été radicalisée dans l'œuvre de Brinz⁷³³. L'auteur allemand s'est battu contre l'anthropomorphisation du monde. Il a utilisé les sources romaines pour expliquer qu'une entité virtuelle d'appropriation peut exister sans recourir au concept de personne. Il constate en ce sens que chez les Romains « *les objets personnifiés sont conçus, nommés et répartis comme une seconde et singulière espèce de personne (...). Les juristes romains ne disent pas : civitas, hereditas, etc., sont des personnes, mais seulement : elles se présentent comme telles (...); ce n'est que dans la rerum divisio qu'apparaît l'objet qui a été constitué en personne juridique (...)* »⁷³⁴. Ces universalités sont des choses, mais elles ne s'identifient pas à un contenu, tant s'en faut. Ce sont des entités idéelles qui ont la qualité du droit, des êtres juridiques artificiels substantifiés par le monde des choses⁷³⁵. Ce sont des entités virtuelles d'appropriation⁷³⁶. En résumé, la conception

⁷³⁰ M. HAURIU, *Principes de droit public*, 1910, rééd. Paris, 2010, p. 667 et 668.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 669.

⁷³² Paul., D., III, 5, 21, 1, cité par E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, op. cit., p. 740.

⁷³³ Un auteur fait lien entre la notion de « *personnalité multiple* » de Zachariae et la virtualité du patrimoine d'affectation de Brinz (*Zweckvermögen*). V. V. LASSERRE-KESOW, *La doctrine du patrimoine chez Zachariae*, Mémoire de DEA, Paris II, 1995, p. 54 et suiv.

⁷³⁴ A. BRINZ, op. cit., §59, p. 194 et 195.

⁷³⁵ M. XIFARAS, *La Propriété : Étude de philosophie du droit*, th. préc., p. 298.

subjective de l'universalité est la personne abstraite⁷³⁷, fictive, qui substantiellement exprime deux idées : l'une statique, l'unité juridique des rapports juridiques d'une personne ; l'autre dynamique, la potentialité d'acquisition de biens dans le futur.

345. La conceptualisation du rapport entre la personne et l'universalité subjective. De nombreux auteurs conceptualisent la relation unissant la personne et son patrimoine, et donc, à l'universalité de droit qui le fonde⁷³⁸. Aubry et Rau eux-mêmes écrivent que « *le patrimoine, qui prend son fondement dans la personnalité, se distingue cependant de la personne elle-même : on peut donc concevoir l'existence d'un rapport entre la personne et le patrimoine. Ce rapport est celui qui s'établit entre une personne et tout objet à elle appartenant ; c'est un droit de propriété* »⁷³⁹.

Cette remarque, qui contredit la prétention qu'ont eue ces auteurs de faire du patrimoine la personnalité juridique, exprime une tentative à la fois inutile et impossible.

⁷³⁶ F. ZENATI-CASTAING, « L'affectation Québécoise, un malentendu porteur d'avenir. Réflexions de synthèses », art. préc., p. 640 : « *S'il est vrai que les Romains étaient incapables d'attribuer des masses de biens à une entité personnifiée, ils n'en étaient pas moins tout à fait habiles à concevoir leur appropriation. L'État, les cités et les groupements privés, voire les fondations à partir du Bas Empire, étaient considérés comme propriétaires de leurs biens, capables d'en acquérir et aptes à les administrer et à en disposer par des actes juridiques et des actions en justice. Elles n'étaient pas regroupées sous le concept de personnes, certes, mais elles n'en étaient pas moins propriétaires. Elles ont connu un début de conceptualisation générique en étant qualifiées d'universitas [...]. Il allait de soi que l'universitas autant que la persona, qui servait à désigner les personnes physiques, était un pôle d'appropriation et non pas une rudimentaire affectation* ».

⁷³⁷ Les incapables sont également des universalités virtuelles d'appropriation. L'absence d'expression de la volonté n'est pas un obstacle dirimant à cette qualité. Demogue a très bien expliqué la différence entre la capacité de jouissance et d'exercice. L'incapable ne subit pas de restriction à sa capacité de jouissance (prohibée à l'article 8 du Code civil), mais une restriction à sa capacité d'exercice. Un administrateur devra exercer les droits d'agir pour son compte. La restriction à la capacité d'exercice n'est autre qu'une restriction au pouvoir fondamental de disposer. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé, op.cit.*, p. 320 et suiv. ; V. également sur ce point F. ZENATI-CASTAING, *La nature juridique de la propriété, contribution à l'étude des droits subjectifs*, th. préc., p. 742 et suiv.

⁷³⁸ Nous consignons en note les mots de Jallu pour critiquer la subjectivité de l'universalité : « *À ceux qui demandent ce que c'est que l'universalité, l'on affirme qu'elle se confond avec la personne. C'est une régression au mystère et pas une réponse ; ou bien il faudrait se prononcer sur l'admission des dogmes dans l'interprétation juridique. La personne est titulaire du patrimoine. Est-elle donc titulaire d'elle-même, et c'est elle-même qui s'appartient ?* O. JALLU, *De l'idée de continuation de la personnalité juridique*, th. préc., p. 89.

⁷³⁹ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, § 576, p. 240.

Inutile, car l'universalité est la personne sous l'angle juridique⁷⁴⁰. Il faut se garder de confondre l'être abstrait — personnalité juridique — et l'être concret – être humain.

Impossible, car, si la conception subjective de l'universalité est également objet de propriété, elle confond le sujet et l'objet, ce qui n'a aucun sens⁷⁴¹. La seule manière d'expliquer cet écart commis par les maîtres strasbourgeois est de considérer qu'ils n'utilisent pas le mot « patrimoine » dans le même sens ici. Il ne s'agit pas de la personnalité juridique qu'ils ont voulu conceptualiser en redéfinissant le patrimoine, mais du patrimoine au sens romain purement objectif de masse de biens⁷⁴².

2) *La propriété en tant que pouvoir d'agir*

346. La personnalité juridique est propriété. Or, par l'activité juridique qu'elle déploie, la personne peut, sauf restriction de la loi ou de la volonté, disposer de ses biens. Ce pouvoir est des plus fondamentaux, car il est la source même de l'activité juridique. En cela, contrairement à la doxa classique, le pouvoir de disposer n'est pas seulement aliéner ou renoncer à sa chose. Il n'est pas une simple utilité dont peut jouir le propriétaire, il repose sur la possibilité de créer des rapports juridiques⁷⁴³. Comme le soulignent Messieurs Zenati-Castaing et Revet, il a pour fondement le *commercium*⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op.cit.*, n° 666 « La relation de la personne avec son propre patrimoine ne s'exprime pas dans un droit sur le patrimoine [...] puisque le patrimoine, en un sens, c'est lui-même » ; en ce sens également W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op.cit.*, n° 489-3, p. 893, « Si l'on tient compte [...] de la relation fusionnelle unissant la personne avec son patrimoine, celui-ci lui est assez consubstantiel pour qu'il soit inutile de tenter de conceptualiser le lien entre les deux. La personne est le patrimoine » ; F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD.Civ.* 1996, p. 819 et suiv., spéc. p. 831, note 43 « Aubry et Rau eux-mêmes s'étaient orientés, malencontreusement selon nous, dans cette direction dans la seconde édition de leur ouvrage [...] ou ils considéraient que le droit de l'homme sur son patrimoine était un droit de propriété qui, il est vrai, prenait son fondement dans la personnalité de celui-ci. Dans l'édition suivante, toute référence à un pseudo droit de propriété de l'individu sur son patrimoine avait disparu. Il paraît en effet contraire à l'idée soutenue par ces auteurs de considérer le patrimoine comme un objet de droit pour le débiteur et, encore plus, pour les créanciers ».

⁷⁴¹ M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, Sirey, 3^e éd., 2013, n° 68, p. 24 « Peut-on dire du sujet qu'il « a » un patrimoine ? [...] A l'évidence, c'est impossible, car si c'était le cas, le sac appartiendrait au sujet, ce serait donc un de ses biens, et il devrait donc figurer... dans le sac ! Le patrimoine n'est pas, ne peut pas être, dans une relation « d'avoir », dans une relation de propriété, de titularité [...] au même titre que les biens, les créances et les dettes, qui appartiennent au monde des choses ».

⁷⁴² Notre thèse se confirme car lorsque Aubry et Rau expliquent qu'un usufruit peut porter sur l'ensemble des biens d'une autre personne, le droit porte sur les objets pris dans leur individualité, non sur l'universalité de droit que constitue le patrimoine. CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil, op.cit.*, § 576, p. 241.

⁷⁴³ Dans l'approche classique, le pouvoir de disposer est intégré dans la chose. Cette analyse n'est pas pertinente à partir du moment où il s'exercerait sur lui-même.

⁷⁴⁴ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 210, p. 335.

347. Cette manière de concevoir le pouvoir de disposer est consacrée à l'article 537 du Code civil⁷⁴⁵. Cette disposition affirme que les particuliers peuvent librement disposer des biens qui leur appartiennent. Il suggère nettement que cette qualité qui leur est reconnue est personnelle, donc inhérente à la personnalité juridique⁷⁴⁶.

348. Le pouvoir fondamental est primordial, car il exprime un mouvement, dont la volonté est le moteur, celui d'établir des rapports juridiques avec autrui⁷⁴⁷. Une bonne manière d'exprimer cette relation fondamentale entre le pouvoir de disposer et la personnalité juridique, c'est de se référer à ce qui constituait anciennement l'hypothèse de la mort civile⁷⁴⁸. La sanction avait pour conséquence de priver la personne qui en était frappée du droit d'acquiescer et d'invalider tous les actes d'aliénations effectués postérieurement à son prononcé. L'individu perdait sa personnalité juridique⁷⁴⁹ et l'activité juridique de la personne était ainsi réduite à néant, son patrimoine était inerte, sinon inexistant⁷⁵⁰.

349. L'exposé du pouvoir fondamental de disposer révèle avec pertinence l'équivalence des concepts en droit moderne entre l'universalité conçue subjectivement et la personnalité juridique. Sans ce pouvoir, l'universalité subjective serait paralysée. À l'inverse, grâce à lui, la personne va générer des flux et reflux qui sont juridiquement représentés par son patrimoine. Celui-ci est le cadre dans lequel s'exprime un pouvoir de volition juridique à

⁷⁴⁵ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, op. cit., n° 112, p. 118.

⁷⁴⁶ La loi organise ce pouvoir fondamental en procédant parfois à sa restriction. Il en est ainsi avec le régime des incapacités. La capacité ne se confond pas avec l'aptitude à être propriétaire, car elle ne porte pas sur le même objet. Celle-ci porte sur les facultés inhérentes à la propriété et principalement celle de disposer (V. en ce sens, F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, th. préc., p. 743), alors que les incapacités portent sur l'exercice de ces facultés : l'opération juridique d'un incapable est possible, mais elle est dépendante d'une volonté extérieure qui a le pouvoir de s'immiscer dans la conduite de l'assisté. L'incapacité d'exercice diffère de l'incapacité de jouissance qui emporte interdiction absolue de faire un acte juridique. Depuis la disparition de la mort civile, il n'existe plus d'incapacité d'ordre général, mais seulement spécial. V. F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, op. cit., n° 207 et suiv., pp. 175-188.

⁷⁴⁷ Le pouvoir fondamental de disposer qui n'est que virtuel se conjugue avec un droit de disposer actuel qu'a une personne avec tous les biens dont il est propriétaire. Ce droit a pour objet un bien déterminé et il permet de le placer dans différentes situations juridiques. Messieurs Zenati-Castaing et Revet expliquent cette distinction lorsqu'ils expliquent que « dans la relation qu'elle a avec ses biens, la personne jouit d'un droit de disposer actuel, intégré dans son droit de propriété et distinct de son pouvoir fondamental de disposer, bien qu'il en soit objectivement le prolongement. Ce droit a pour objet un bien déterminé et permet d'effectuer des opérations juridiques sur ce bien. Il ne fait pas double emploi avec le pouvoir fondamental de disposer qui est la condition de son exercice et qui lui impulse la volonté juridique dont il est l'instrument » (F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens*, op. cit., n° 210, p. 338). Il est nécessaire de faire le départ entre le pouvoir fondamental et le droit de disposer. Il est impossible de loger le pouvoir dans l'objet car la disparition de l'objet entraînerait la disparition du pouvoir.

⁷⁴⁸ Ancien art. 25 Code napoléon.

⁷⁴⁹ R. MARTIN, « Personne et sujet de droit », *RTD.Civ.* 1981, p. 785.

⁷⁵⁰ Il faut préciser que chez Aubry et Rau la mort civile ne détruit pas la personnalité juridique pour la simple raison que l'homme ne sera pas privé de manière absolue de sa capacité juridique. Il aura vocation à la retrouver. CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, op.cit., t. I, § 82.

travers le mécanisme de la propriété. Cela permet ainsi de souligner la virtualité du patrimoine qui, grâce au pouvoir fondamental de disposer, est moins une actualité contingente, que l'aptitude de la personnalité juridique à entrée en relation avec autrui. Cette projection de la personne avec le monde extérieur peut être réalisée grâce à l'acte juridique. Il permet de modifier la situation juridique des biens actuels. Le pouvoir de disposer ne se réduit donc pas à l'aliénation, mais, plus fondamentalement, à la plupart des actes juridiques.

350. En définitive l'universalité de droit est une abstraction qui vise le rapport entre la personne et le monde extérieur sous l'angle de l'appartenance. Aptitude à l'avoir et aptitude à la disposition, elle exprime le pôle actif de la personnalité juridique. Le pôle passif se retrouve quant à lui dans l'aptitude à s'obliger.

II) La responsabilité, composante fondamentale de l'universalité subjective

351. **Définition.** Zacharie et ses épigones, à la lecture du Code civil, ont mis en évidence un second volet dans la personnalité juridique : l'obligation. Selon les auteurs strasbourgeois, le patrimoine est « *sujet d'obligation* »⁷⁵¹. En précisant cela, ils font expressément référence au mécanisme du gage général des créanciers⁷⁵². Toutefois, ils ne se bornent pas à constater que l'ordre juridique nouveau issu du Code civil a généralisé l'assiette du gage général des créanciers, mais que celui-ci est subjectif, car c'est le sujet qui est grevé à travers son aptitude à la propriété. Une analyse plus approfondie du travail des maîtres de l'université de Strasbourg permet de constater que ce qu'il y a de subjectif dans le gage général des créanciers, et qui figure dans la dimension engagement de l'obligation, c'est la responsabilité de la personne⁷⁵³. La responsabilité est inhérente à tout sujet⁷⁵⁴, car être une personne

⁷⁵¹ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français, op.cit.*, p. 247.

⁷⁵² Comme nous le verrons plus loin (v. n° 499 et suiv.), l'obligation ne peut se réduire à l'engagement du débiteur. La structure de l'obligation se compose d'un devoir et d'un engagement. Le devoir se subdivise entre créance et dette. La créance est un bien, donc, du côté du créancier, elle résulte du pouvoir fondamental de propriété. La dette, n'est pas un bien mais un assujettissement qui restreint la liberté du débiteur. Elle a donc une dimension essentiellement morale. L'engagement, en tant que sanction, a une dimension juridique qui met en jeu la personnalité à travers la responsabilité.

⁷⁵³ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op.cit.*, n° 8, p. 350 ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Manuel de droit des personnes, op. cit.*, n° 227.

⁷⁵⁴ Il n'est pas possible qu'une personne ne soit pas responsable de ses actes. C'est à l'aune de ce principe que le Conseil constitutionnel considère qu'une loi dont le but serait de dispenser une personne de répondre civilement de ses délits devrait être jugée comme anticonstitutionnelle (Cons. Const., 22 oct. 1982, *D.* 1983, p. 189).

juridique ce n'est pas seulement être propriétaire, c'est également, répondre de ses actes⁷⁵⁵. Le pôle passif de la personnalité juridique — et donc de l'universalité conçue subjectivement — est ainsi fondé sur l'idée de responsabilité (A.).

352. Toutefois, comme nous allons le voir, la responsabilité de l'individu ne se limite pas au gage général des créanciers. De cette redéfinition de la responsabilité, il est permis soulager la doctrine d'une distinction qui ne correspond que trop peu à la réalité : la distinction entre les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux (B.).

A) La responsabilité comme pôle passif

353. **Le gage général des créanciers.** Aubry et Rau ont déduit que le patrimoine est « *sujet d'obligation* »⁷⁵⁶ à la lecture des articles 2284 et 2285 du Code civil. Selon ces dispositions, l'engagement de la personne porte sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. Une corrélation s'établit, au sein du patrimoine — donc la personnalité juridique —, entre propriété et responsabilité.

354. Relevons tout d'abord que l'article parle de l'« engagement » de la personne. Cela signifie littéralement que la personne, en s'obligeant envers autrui, se met en gage. Ce principe, hérité du droit romain, a longtemps signifié que la personne, en cas d'inexécution, devait se rendre à son créancier⁷⁵⁷. Ce dernier pouvait alors la réduire à l'esclavage⁷⁵⁸ ou la tuer⁷⁵⁹. À mesure de l'affinement du droit romain, c'est la liberté du débiteur qui a supplanté

⁷⁵⁵ Dans un ordre d'idée voisin, un auteur recherche dans la patrimonialité la corrélation existante entre la charge et l'émolument. Il théorise logiquement celui-ci en termes de responsabilité. B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. préc., n° 323 et suiv.

⁷⁵⁶ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, op.cit., p. 247.

⁷⁵⁷ Puchta considérait à cet égard que la personne, dans sa dimension charnelle et corporelle, se mettait en gage. PUCHTA, *Cursus der institutionen*, vol. 3, 4^e éd., Leipzig, 1857, p. 81, citée par R. BLOCH, *Droit romain, de la venditio bonorum ; Droit français, des conflits de lois en matière de faillite internationale*, th. Paris, 1892, p. 9.

⁷⁵⁸ Brinz a réalisé une étude conséquente sur le *debitum* et l'*obligatio* en droit romain et allemand. Ses travaux l'ont conduit à conclure qu'il n'y avait pas de réelle distinction entre l'obligation réelle et l'obligation personnelle. Dans les deux hypothèses, il y a un rapport de sujétion d'une chose à une personne (en droit romain c'est la personne du débiteur qui est mise en gage et droit moderne c'est le patrimoine). La particularité de l'obligation personnelle est que la chose, objet du rapport de sujétion, est la personne. La distinction opérée par l'auteur ne retient pas notre attention, car elle conduit à une confusion que l'on se refuse entre personne humaine et personne juridique. V. E.-A. POPA, *Les notions de debitum et obligation et leur application en droit moderne français*, th. préc., p. 54.

⁷⁵⁹ Sur la mainmise du créancier sur le corps du débiteur à Rome, v. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op.cit., p. 388, note 1 ; E. CUQ, *Institution juridique des Romains*, op.cit., p. 901 ; V. également G. HANQUET, *De la venditio bonorum*, th. Paris, 1881.

sa mort⁷⁶⁰, puis elle vint à concerner presque exclusivement ses biens⁷⁶¹. En précisant que le créancier peut se désintéresser non seulement sur les biens actuels⁷⁶² — propriété actuelle — mais également sur les biens à venir — propriété virtuelle —, le Code civil a consacré le principe selon lequel l'engagement de la personne porte sur la propriété. Plus précisément, elle porte sur l'aptitude à acquérir⁷⁶³. Même vide de tout contenu, le créancier pourra exercer son action sur les acquisitions futures de son débiteur. Toute personne est apte à obliger la virtualité et l'actualité de ses biens. C'est de cette manière qu'est conçue la corrélation actif/passif dans le patrimoine : elle exprime cette virtualité que constitue « *la faculté d'avoir des biens et ce pouvoir qu'à la personne de les obliger par l'engagement* »⁷⁶⁴. Ce lien est fondamental et matriciel, car il est antérieur à la naissance de l'obligation qu'il conditionne : « *c'est parce que toute personne a le pouvoir d'obliger ses biens qu'elle provoque ce résultat en contractant une obligation* »⁷⁶⁵.

355. L'objet de la garantie du créancier, s'il porte sur des biens, ils sont le reflet de l'habilité⁷⁶⁶ et de l'industrie du débiteur⁷⁶⁷. C'est donc toujours la personne qui se met en

⁷⁶⁰ Le débiteur récalcitrant était enfermé.

⁷⁶¹ V. en ce sens G. CORNIL, « *Debitum et obligatio*, recherche sur la formation de la notion d'obligation romaine », art. préc., p. 202.

Le créancier était considéré comme un héritier *jure civili* et il succédait à l'*universum jus* du débiteur : « *le premier effet de la venditio bonorum était de dépouiller à jamais le débiteur de l'ensemble de son patrimoine et de lui faire perdre le bénéfice de tous les droits qu'il avait précédemment acquis ; la vente de ses biens avait lieu comme si sa succession était ouverte* », G. HANQUET, *De la venditio bonorum*, th. préc., p. 65. Joseph-Louis-Elzéar Ortolan a ainsi expliqué, avec un certain anachronisme que « *la personnalité juridique du débiteur, prenait la place de la personnalité physique et on appliquait à l'une ce qui dans l'action de la loi s'appliquait à l'autre* », cité par R. BLOCH, *Droit romain, de la venditio bonorum ; Droit français, des conflits de lois en matière de faillite internationale*, thèse préc., p. 21.

Nous relevons cependant que la spécificité du Code civil français est de ne pas mettre en possession le créancier du patrimoine du débiteur pour exercer son droit d'ingérence (alors que c'est le cas de la *venditio bonorum*).

⁷⁶² F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », art. préc., p. 446. « *être apte à s'obliger, c'est avant tout être apte à offrir ses biens en garantie à ses créanciers* ».

⁷⁶³ M. Zenati-Castaing remarque qu'avec l'article 2284 du Code civil est « *née l'idée que l'engagement dérive de la propriété et qu'en s'engageant le débiteur dispose de ses biens, mêmes potentiels, ouvrant la porte à l'intégration de l'indemnisation de l'impayé dans la personnalité juridique* », F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, obligations, Régime*, op.cit., 2013, p. 134 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, 2012, V. 116., n° 401, p. 270.

⁷⁶⁴ F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, th. préc., p. 741.

⁷⁶⁵ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, obligations, Régime*, op.cit., 2013, p. 134.

⁷⁶⁶ Il est parfaitement impossible de considérer que deux patrimoines sont parfaitement similaires même si, à l'instant T, ils ont un actif semblable. Du jour au lendemain l'un peut croître et l'autre décroître de manière significative en fonction des actions de la personne qui le gouverne. V. en ce sens F.-K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th. préc., p. 64.

⁷⁶⁷ Le procès-verbal du Conseil d'État, lors de l'examen du projet de l'an VIII relate du fait que c'est la personnalité juridique du débiteur, à travers son activité juridique, qui est engagée : « *La conséquence de ce principe (l'engagement patrimonial) est que le crédit de celui qui contracte un engagement se compose non seulement de ses immeubles, non seulement de tous ses biens actuels, mais encore de ceux que sa bonne conduite, que son industrie, que l'ordre naturel des successions peuvent lui faire espérer* » (LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle FranceFrance*, Bruxelles, 1836, t. XVI, p. 108).

gage, mais ce n'est pas la personne concrète, c'est la personnalité juridique, à travers la composante que nous avons évoquée précédemment : la propriété.

356. Un trait marquant de cette construction est les conséquences déduites de la corrélation. Du fait que l'obligation porte sur les biens du débiteur et que ceux-ci ont vocation à être vendus pour désintéresser les créanciers, ils sont réduits à l'idée de valeur pécuniaire. Aussi, la responsabilité de la personne fonctionne grâce à l'idée de compensation pécuniaire. L'aptitude qui intègre l'universalité subjective et qui participe de la personnalité juridique est donc essentiellement une aptitude à la pécuniarité.

357. Néanmoins, cette manière d'intégrer la responsabilité dans l'universalité subjective peut se révéler imparfaite du fait qu'elle évince de son champ d'application les biens innés. La corrélation entre propriété et responsabilité serait-elle imparfaite ?

Nous ne le pensons pas. En vérité, l'obstacle n'est qu'apparent et il peut être dépassé à l'aide des travaux de Zachariae. L'auteur allemand avait parfaitement compris que la responsabilité de l'individu ne se limite pas à la saisissabilité des biens. L'universalité subjective englobe tous les biens⁷⁶⁸, en ce compris les valeurs personnelles et morales, autrement appelées, biens innés. Or, ces biens ne sont pas rétifs à la logique compensatoire inhérente à la fonction responsabilité de la personnalité juridique. En effet, ils sont des objets de réservations qui, en cas d'atteinte, ouvrent droit à une compensation pécuniaire. L'idée de compensation pécuniaire est fondamentalement commune à l'idée d'offrir ses biens à ses créanciers et défendre ses intérêts lésés en justice⁷⁶⁹. La créance de compensation est la représentation de la lésion d'un intérêt personnel ou moral qui est autant une valeur pécuniaire que les biens saisissables par les créanciers, et elle est tout autant une expression de la responsabilité de la personnalité juridique. Les deux démarches compensatoires participent d'une même idée : la responsabilité.

358. L'article 2284 du Code civil ne couvre donc en réalité que partiellement le pan responsabilité de la personne sur la scène du droit. Il faut ajouter à cette disposition les articles 1240 et suivants du même Code⁷⁷⁰. Les deux articles revêtent certes des forment

⁷⁶⁸ « *Le patrimoine d'une personne est la fiction juridique d'une unité qui engloberait tous les biens d'une personne (n. 1 : Quand aux biens innés, ils font également partie du patrimoine, dans la mesure où, du fait de leurs conséquences juridiques, ils se transforment en droit sur des biens ou en droit à des dommages et intérêts.)* », C. S. ZACHARIAE, *Handbuch des französischen zivilrechts*, op.cit., § 573, p. 422.

⁷⁶⁹ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, obligations, Régime*, op.cit., p. 139.

⁷⁷⁰ L'article 1240 du Code civil impose un devoir général et un devoir spécial qui s'impose à l'auteur du fait générateur du dommage. Avant la réunion des conditions d'engagement de la responsabilité civile, la personne doit respecter un devoir, une dette, un comportement issu de la loi. Après la démonstration des conditions de

différentes de responsabilités, mais ils ont des fondements communs⁷⁷¹ : moralement⁷⁷², le débiteur doit tant répondre de ses dettes⁷⁷³ que de ses faits dommageables ; d'un point de vue compensatoire, il est nécessaire d'évaluer en argent, tant l'atteinte à l'intérêt humain ou moral pour que la victime puisse obtenir une compensation pécuniaire, que l'atteinte au droit du créancier insatisfait. La saisissabilité consiste pour le créancier à vendre un bien pour compenser pécuniairement le préjudice subi, la réparation ouverte à l'article 1240 consiste en l'allocation d'une indemnisation pour compenser pécuniairement le préjudice subi.

359. Cette redéfinition de l'aptitude à la responsabilité de la personnalité juridique est plus en adéquation avec le droit positif. Toutefois, on peut se demander si elle ne rend pas plus rétive l'universalité à être le succédané de la personnalité juridique. Nous ne le pensons pas, les intérêts personnels que les victimes défendent en justice intègrent l'universalité subjective. L'exemple de l'hérédité est à cet égard topique. L'atteinte à un intérêt personnel ouvre droit à la victime de monnayer en justice la lésion de cet intérêt personnel qui, nous venons de le voir, est un mode d'expression de sa personnalité juridique. Or, le décès de la victime ne rompt pas le lien du droit d'obtention à la compensation pécuniaire du préjudice subi et il se transmet à ses héritiers. La chambre mixte de la Cour de cassation a sur ce point considéré, à propos du *pretium doloris* et du préjudice d'affectation⁷⁷⁴, que « *le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance physique éprouvée par la victime avant son décès, étant née dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers* »⁷⁷⁵. Autrement dit, les juges du droit considèrent que le droit à la compensation pécuniaire du préjudice subi est « *né dans son patrimoine — l'universalité subjective — avant son décès* », soit le jour où le dommage est

mise en œuvre de l'article 1240 du Code civil, le devoir devient spécial et personnel. La dette délictuelle pour non-respect de la norme comportementale à respecter impose de compenser le dommage causé. L'article 1240 comprend non seulement le devoir général et impersonnel dont la violation caractérise la naissance d'un devoir moral et compensatoire, mais également, par ce fait le devoir spécial et personnel qui impose la réparation. En définitive, au même titre que les actes juridiques, l'article 1240 du Code civil comprend la norme spéciale qui édicte un comportement au débiteur.

⁷⁷¹ Sur la ténuité de la responsabilité contractuelle et délictuelle quant à la réparation, V. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Lecçon de droit civil, Obligations, op.cit.*, n° 394, p. 385 et suiv. ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n° 386, p. 267.

La différence réside dans le fait que la compensation, en matière contractuelle, est dépendant de la norme contractuelle transgressée. En effet, le nouvel article 1231-3 du Code civil précise que « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ».

⁷⁷² La responsabilité « *traduit une donnée morale, à savoir que chacun doit répondre de toutes ses dettes sur tous ses biens. Il serait choquant qu'un débiteur pût limiter sa responsabilité envers ses créanciers* » : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, op.cit.*, n° 36.

⁷⁷³ Sur le fait que les articles 2284 et 2285 du Code civil concerne que le domaine conventionnel, V. C. WITZ, *J.-Cl. Civ. Code*, art. 2284 et 2285, *Droit de gage général*, 2016, n° 7.

⁷⁷⁴ Le raisonnement est applicable par extension à tous les autres droits extrapatrimoniaux.

⁷⁷⁵ Cass. Ch. mixte, 30 avr. 1976 ; *D.* 1977. p. 186, note CONTAMINE-RAYNAUD ; V. également Cass. Ass. Plen., 9 nov. 2008, n° 06-85.751.

apparu⁷⁷⁶. Le jugement de condamnation n'est pas constitutif, mais déclaratif de droit⁷⁷⁷. La différence est fondamentale : premièrement, elle fonde le droit, pour les héritiers, de succéder aux créances de réparations et obtenir compensation pécuniaire sur ce fondement, ce qui prouve que l'universalité subjective supporte les deux pans responsabilité ; secondement, la solution, traditionnelle en jurisprudence⁷⁷⁸, force à reconnaître que l'indemnisation accordée par le jugement n'est qu'un acte révélateur explicite d'une valeur déjà existante, à tout le moins en puissance, dans l'avoir général de la personne. Le jugement ne fait que révéler le *quantum* de la compensation due en raison d'une diminution de la propriété de la victime⁷⁷⁹ et de l'engagement de la responsabilité de l'auteur⁷⁸⁰. Le droit à l'intégrité physique n'est donc rien d'autre que le droit au respect de la réservation exclusive d'une personne sur l'objet qu'est son corps. La valeur humaine existe dans le patrimoine de tout individu et l'atteinte réalisée par un tiers ouvre droit à compensation pécuniaire, laquelle ne fait que révéler son invisible existence. Cette faculté de monnayer en justice la lésion d'intérêts personnels se transmet aux héritiers. Il est donc évident que le patrimoine intègre la responsabilité de la personnalité juridique en ce qu'elle supporte ces deux expressions : l'indemnisation de l'impayée grâce au droit de gage général et les dommages-intérêts grâce au droit de la responsabilité. L'essence compensatoire de ces deux expressions de la responsabilité de la personnalité juridique permet de révéler l'essence pécuniaire de tout ce qui intègre le patrimoine et qui représente juridiquement la personne, les biens innés et acquis. Cela invite à dépasser la distinction entre les biens patrimoniaux et les biens extrapatrimoniaux.

⁷⁷⁶ V. en ce sens Cass. Crim., 10 nov. 2009 ; Cass. Crim., 1^{er} sept. 2010 : *D. actu.* 11 oct. 2010, obs. LENA ; V. *contra*, CE, 29 mars 2000 : jugeant, ce qui ne change rien fondamentalement à notre démonstration, que « le droit à réparation d'un dommage, quelle que soit sa nature, s'ouvre à la date à laquelle se produit le fait qui en est directement la cause.

⁷⁷⁷ De manière très didactique des auteurs considèrent que le jugement est déclaratif de la créance quant à son existence, mais constitutif quant à son *quantum*. L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, th. Paris, 1933, nos 121 et suiv. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, vol. 2, *Le fait juridique*, Sirey, 15^e éd., 2016, n° 383.

⁷⁷⁸ V. par ex. Cass. Civ. 2^e, 24 juin 1998 ; *Resp. civ. Et assur.* 1998, com. 302 ; Cass. Crim., 3 nov. 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 267. Sur la question, v. l'analyse, P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *in* la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004, p. 49 et suiv.

⁷⁷⁹ V. en ce sens V. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité de la responsabilité civile*, 6^e éd., n° 2246 et suiv. pour qui « *Le rôle du jugement est comparable à celui d'un révélateur qui, sur une plaque photographique obscure, fait apparaître l'image encore invisible, mais déjà imprimée* » (n° 22 58-3) ; B. STARCK, par H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., 2000, n° 1252.

⁷⁸⁰ La victime pourrait très bien renoncer à son droit d'agir.

B) Le dépassement de la distinction bien patrimonial et extrapatrimonial

360. **Pertinence de la distinction bien patrimoniale et extrapatrimoniale ?** La mise en exergue du caractère matriciel de la compensation pécuniaire en droit de la responsabilité civile, invite à s'interroger sur la pertinence de la distinction entre bien patrimonial et extrapatrimonial.

361. Le critère de la patrimonialité a pris une importance considérable. En substance, il implique qu'un bien intègre le patrimoine parce qu'il est saisissable, et s'il est saisissable, c'est parce qu'il revêt une valeur pécuniaire. Rapidement, la patrimonialité est ainsi venue remplacer la pécuniarité⁷⁸¹. Depuis lors, une distinction s'est imposée entre les biens patrimoniaux et les biens extrapatrimoniaux⁷⁸². Les articles 16-1 et 16-5 du Code civil consacrent cette construction.

362. L'opportunité de la distinction n'est qu'apparente. La patrimonialité est axée sur le mécanisme du gage général des créanciers. Or, si certains biens sont exclus du gage général des créanciers, ils ne sont pas dépourvus de caractère pécuniaire. Les biens innés ont également une valeur pécuniaire⁷⁸³. En vérité, la notion de patrimonialité ne recouvre qu'imparfaitement la pécuniarité. Ce dernier concept est central dans notre droit civil. Et pour cause, la fonction responsabilité de la personne juridique permet d'envisager tous les biens, innés et acquis, comme des valeurs pécuniaires. Il est donc opportun d'abandonner la distinction entre bien patrimonial et bien extrapatrimonial. Il n'y a pas de frontière rationnelle dans cette distinction, mais un dégradé de situations inclassables⁷⁸⁴.

363. **Le rejet de la distinction.** L'imperfection de la distinction entre les biens patrimoniaux et extrapatrimoniaux trouve ses origines dans le fait que les deux catégories de biens renvoient à l'idée commune de valeur pécuniaire. La fonction responsabilité, composante fondamentale de la personne juridique, fondée sur l'idée de compensation, ramène logiquement tous les biens à l'idée commune de valeur pécuniaire.

364. S'agissant du désintéressement des créanciers, le but du mécanisme est de saisir un bien du débiteur pour le vendre. En procédant de la sorte, le créancier cherche à compenser

⁷⁸¹ F. ZENATI-CASTAING, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », art. préc.

⁷⁸² *Ibid.* ; V. également R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, th. Lyon, 1939.

⁷⁸³ V. à ce propos F. ZENATI-CASTAING, « La propriété mécanisme fondamental de droit civil », art. préc., p. 447 ; G. LOISEAU, « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », *Rev. Dr. McGill*, juin 1999 p. 328 ; P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », art. préc.

⁷⁸⁴ V. sur ce point, P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », art. préc., p. 210.

pécuniairement l'inexécution de l'obligation du débiteur. Le législateur est venu encadrer ce principe en excluant certains biens de la mainmise des créanciers. De cette manière, il ne fait que désaffecter⁷⁸⁵ les biens d'un sous-critère correspondant au principe issu du gage général des créanciers : l'échange⁷⁸⁶. Il est donc légalement prohibé de saisir et vendre le corps et les attributs du débiteur failli. Ce régime est heureux d'un point de vue « *technique et moral* »⁷⁸⁷. Techniquement, il est impossible d'assurer l'accomplissement d'une activité juridique et économique satisfaisante si l'on responsabilise la personne sur son corps⁷⁸⁸. Aliéner le corps humain revient à aliéner la personnalité juridique, ce qui provoque la disparition du sujet, donc la disparition du responsable. Moralement, cette faculté est aussi réprouvée, car elle est « *incompatible avec l'idée que la société se fait la condition humaine : cette idée répugne à la mercantilisation la plus glauque du corps, qui a lieu avec la vente des organes et autres productions corporelles* »⁷⁸⁹.

365. Insaisissables par les créanciers les attributs personnels et le corps humain présentent néanmoins un caractère pécuniaire⁷⁹⁰. La fonction responsabilité de la personne⁷⁹¹ permet de révéler ce trait fondamental. Lorsqu'une atteinte est portée à la réservation exclusive que je m'autorise sur mes attributs personnels et mon corps humain, je peux obtenir une créance de compensation pécuniaire qui va extérioriser la valeur de la chose atteinte⁷⁹². La compensation

⁷⁸⁵ Il semblerait que la loi vienne désaffecter les attributs personnels et le corps humain du critère de l'aptitude à l'échange. En effet, les lois de bioéthiques et les articles 16-1 et 16-5 du Code civil ne viennent pas seulement restreindre la liberté de l'individu sur sa chose qu'est son corps humain et ses attributs, mais désaffecter cette chose de l'aptitude à l'échange. V. en ce sens TH. REVET, « Le corps humain, une chose appropriée ? », art. préc., n° 7.

⁷⁸⁶ V. sur le fait que la patrimonialité renvoie à l'idée d'aptitude à l'échange, A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir », art. préc., p. 801.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, n° 6.

⁷⁸⁸ M. Zenati-Castaing (F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, obligations, Régime, op.cit.*, n° 62, p.131) relève l'impuissance de la contrainte par corps devant la faillite du débiteur. Lorsque le débiteur a plusieurs créanciers, l'emprisonnement par l'un d'eux rend inefficace la compensation. Cette réalité juridique et économique est encore plus vraie dans le droit nouveau issu du Code civil : le gage général des créanciers, inhérent à la personnalité juridique, se réalise sur l'activité juridique et économique — industrie, succession, donation — de l'individu. Or, la contrainte par corps anéantirait toute perspective de providence future.

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ Certains tribunaux n'hésitent pas à affirmer le caractère patrimonial des attributs de la personne. V. par ex. à propos du droit à l'image, « *le droit à l'image a un caractère moral et patrimonial ; que le droit patrimonial qui permet de monnayer l'exploitation commerciale de l'image n'est pas purement personnel et se transmet aux héritiers ; que le fait pour un grand acteur d'être devenu un homme célèbre, loin de permettre la libre utilisation de son image à des fins commerciales, rend au contraire plus nécessaire encore l'autorisation qu'il peut soit refuser par dignité, soit accorder moyennant finances, et à un tarif d'autant plus élevé qu'il est mieux connu et apprécié du public ; qu'il en est de même pour les héritiers qui sont en droit d'exercer le droit patrimonial leur ayant été transmis* », TGI Aix-en-Provence 1^{er} chambre, 24 novembre 1988 ; *RTD.Civ.* 1990, n° 1, obs. J. PATARIN.

⁷⁹¹ Il est évidemment possible, pour certains d'entre eux, de monnayer leur exploitation. Du reste, cette faculté ne révèle qu'imparfaitement le caractère pécuniaire du bien.

⁷⁹² L'évaluation n'est jamais celle du bien en tant que tel, mais celui du dommage subit.

pécuniaire est la conséquence de la possession du bien⁷⁹³ et cela permet fondamentalement de révéler sa valeur⁷⁹⁴. Bien évidemment, la valeur pecuniaire des attributs personnels et du corps humain ne s'exprime que très relativement lorsqu'ils sont considérés en eux-mêmes, c'est-à-dire en tant que manifestation intérieure de la personne humaine. Mais les droits dont ils peuvent faire l'objet — créance de réparation, droit à compensation pecuniaire, droit de reproduction, etc. — permettent de leur attribuer un équivalent monétaire⁷⁹⁵, de sorte qu'ils viennent à juridiquement s'extérioriser.

366. La compensation pecuniaire, qu'elle provienne d'une atteinte économique ou personnelle, ne permet jamais de trouver une authentique équivalence. Le créancier qui subit l'inexécution du débiteur n'obtiendra jamais une somme correspondant au résultat de la prestation attendue. On compense le préjudice en tentant de représenter au mieux la réalité du travail s'il avait été exécuté. La prestation due et la compensation obtenue ne coordonnent pas. Au même titre que la compensation du préjudice corporel ou moral ne représente jamais la réalité de l'atteinte éprouvée.

Conclusion section.

367. La conception subjective de l'universalité est singulière et n'a pas son pareil en droit positif. Elle permet de qualifier une entité apte à la propriété et à la responsabilité. En droit moderne, elle est donc remplacée par le concept de personnalité juridique. Ce remplacement n'impose pas son oubli, mais il impose de ne plus la ranger dans une théorie des universalités.

SECTION II. L'INEVITABLE CANTONNEMENT DE L'UNIVERSALITE AU DOMAINE DES CHOSES

La faveur de la conception objective de l'universalité. L'universalité subjective, que l'on rattache à l'*universitas* romaine, est devenue en droit moderne la personnalité juridique. C'est là une raison suffisante pour renoncer à y chercher l'universalité. Il faut, pour découvrir le siège propre de l'universalité, renouveler l'étude des romanistes médiévaux et donner sens à l'expression médiévale de l'*universitas rerum*. À travers cette idée, les postglossateurs nous

⁷⁹³ Sur ce point v. M. XIFARAS, *La propriété : étude de philosophie du droit*, th. préc., p. 219.

⁷⁹⁴ V. en ce sens F. ZENATI-CASTAING, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », art. préc. ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, obligations, Régime*, *op.cit.*, p. 139 et p. 140.

⁷⁹⁵ L'obligation pour le juge de donner un prix à l'atteinte subie permet de transformer le bien inné en un bien acquis. Le second n'est que le résultat du premier.

ont légué une conception objective de l'universalité qui correspond à l'idée d'ensemble de biens agencés d'une certaine manière par leur propriétaire.

368. **Critère d'opposition des conceptions subjective et objective de la notion d'universalité.** La pertinence de la conception objective de l'universalité dépend de son opposition avec la conception subjective. Autrement dit, il est primordial d'identifier ce qui distingue et oppose l'universalité objective de l'universalité subjective.

La conception subjective de l'universalité est un succédané de la personnalité juridique. Elle se compose des mécanismes fondamentaux de la propriété et de l'obligation. Ces deux mécanismes fondamentaux lui sont inhérents. L'universalité conçue subjectivement n'est donc pas l'objet d'un rapport d'appropriation, puisqu'elle est le sujet⁷⁹⁶. Elle est, nous l'avons vu, une virtualité, une potentialité, celle d'avoir des biens et d'en disposer, ce qui montre qu'elle doit être comprise comme une théorie de la personnalité, non de l'universalité. C'est là l'héritage romain : d'avoir conçu une *universitas* qui, à l'état embryonnaire, correspond au concept moderne de personnalité juridique. L'universalité que nous présentons comme objective est fondamentalement distincte. Elle est, très précisément, une actualité, les biens d'un propriétaire, et organisés par ses soins. Elle concerne donc le domaine des choses, non de l'être.

369. Le droit civil contemporain témoigne d'une tendance générale à l'organisation des biens sous la forme d'ensembles (II.). Leur rassemblement ne change pas leur nature ; il permet de mettre entre les mains du propriétaire un objet unique qui, à l'inverse de ce que soutenait le précédent système doctrinal, intègre le commerce juridique⁷⁹⁷ (I.).

I) L'appartenance de l'universalité objective dans le commerce juridique

370. L'extraction de l'hérédité de la catégorie des *universitas rerum* et son repositionnement dans son champ notionnel permet de dépasser la réticence de Bartole à faire des *universitas rerum* une chose à part entière, et d'oublier la thèse peu élégante de Robert

⁷⁹⁶ Le Code civil québécois, au travers de la fiducie, n'a pas son pareil pour témoigner de la complexité de la situation. En effet, la fiducie québécoise n'appartient pas à une personne, elle s'appartient à elle-même, et en tant qu'elle s'appartient, elle est nécessairement un sujet de droit. F. ZENATI-CASTAING, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir. Réflexions de synthèses », art. préc., n° 48-2 ; M. CANTIN CUMYN, « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? », art. préc., p. 129 suiv.

⁷⁹⁷ La réification de l'universalité et l'utilité qui advient du contenant seont plus largement évoquées après, il s'agit seulement ici de faire état de l'affinement de la catégorie des *universitas rerum*. V. *infra*, n° 407 et suiv.

Gary selon laquelle l'universalité de droit ne répondrait pas véritablement au qualificatif de bien⁷⁹⁸. Si elle était incompatible avec le statut de chose, c'est parce que cette universalité, théorisée à partir des travaux portant sur le patrimoine, n'était pas cessible. Dans l'ordre juridique nouveau que nous proposons, l'universalité objective, qu'il s'agisse du troupeau ou de l'EIRL en passant par la fiducie, est une organisation collective de biens appartenant à un sujet de droit (A.). À ce titre, elle est appréhendée comme un objet d'appropriation librement cessible (B.).

A) L'universalité objective comme groupement de biens

371. **Une organisation collective de biens.** Les universalités qui peuplent notre droit civil sont des ensembles de biens organisés par un sujet de droit. Elles sont donc, fondamentalement, une technique de gestion des objets de la propriété de la personnalité juridique.

372. Concernant le mécanisme de l'EIRL, la formule de l'article L. 526-6 du Code de commerce peut sembler absconse. L'article précise que l'entrepreneur peut « affecter » à son activité professionnelle un patrimoine autre que son patrimoine personnel qui, substantiellement, se compose de tous les « biens, droits, obligations ou sûretés » dont l'entrepreneur est propriétaire. Cela laisse à penser que l'entrepreneur individuel transfère la propriété de certains biens à un patrimoine professionnel structurellement distinct de son patrimoine personnel⁷⁹⁹.

Toutefois, l'analyse du mécanisme de l'EIRL suppose clairement le contraire. L'article L. 526-6 du Code de commerce affirme sans ambages que la déclaration d'affectation s'effectue sans création d'une personnalité juridique distincte de l'entrepreneur. Partant, il est impossible de soutenir que l'entrepreneur cède la propriété de ses biens à une entité tierce. D'ailleurs, techniquement, la loi précise que l'EIRL peut désaffecter les biens qu'il a décidé d'affecter en cessant de les inscrire au bilan annuel⁸⁰⁰. Il n'a donc pas à exercer une action en revendication. L'EIRL ne perd pas la propriété de ses biens.

⁷⁹⁸ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 326.

⁷⁹⁹ V. en ce sens S. ANIEL-BARRAU, *Le patrimoine affecté de l'EIRL : étude de droit civil*, th. préc., n° 171, p. 152.

⁸⁰⁰ Art. L. 526-8-1 C. com.

Cette analyse est accréditée par le fonctionnement de l'opposabilité de la déclaration d'affectation. L'article L. 526-12 du Code de commerce, modifié par la loi « Sapin II »⁸⁰¹, explique que la déclaration d'affectation est opposable aux seuls créanciers postérieurs. Les créanciers auxquels la déclaration est inopposable peuvent ainsi saisir tous les biens du débiteur, y compris ceux affectés à l'activité professionnelle. Or, c'est en vertu de l'article 2284 du Code civil que cette saisie peut s'effectuer. Le principe issu de cet article est fondé sur l'universalisme de la propriété : la personne engage sa responsabilité sur tous « (...) *ses biens* (...) »⁸⁰², donc sur tous les objets de sa propriété. L'entrepreneur ne perd donc pas la propriété des biens qu'il affecte à son activité professionnelle⁸⁰³. En recourant à ce mécanisme, il va en réalité effectuer une réorganisation *intrapatrimoniale*⁸⁰⁴ de ses biens. La configuration actuelle du mécanisme de l'EIRL vient donc « *isoler, sanctuariser* »⁸⁰⁵ une partie des biens de l'entrepreneur. Son action se réalise au sein de l'avoir général de la personne, non en dehors⁸⁰⁶. Elle est un objet de la propriété de la personne⁸⁰⁷.

⁸⁰¹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

⁸⁰² Art. 2284 C. civ.

⁸⁰³ M. BRUSCHI, « Pas de patrimoine affecté sans personne physique titulaire : le cas de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », in *Le droit entre autonomie et ouverture* Mél. J.-L. BERGEL, LGDJ, 2013, p. 587.

⁸⁰⁴ TH. REVET, « Introduction », in Dossier « Le patrimoine professionnel d'affectation », *Dr et patr.* 2010, n° 191, p. 67.

⁸⁰⁵ N. BINCTIN, « De nouveaux pas vers l'idée de patrimoine affecté », in *Les modèles propriétaires au XXI^e siècles : actes du colloque international organisé par le Centre d'études sur la coopération juridique internationale en hommage au professeur Henri — Jacques Lucas*, Paris, Presses universitaires juridiques de Poitiers, LGDJ, 2012, p. 221.

⁸⁰⁶ En ce sens, v. A.-L. THOMAT-RAYNAUD, « Patrimoine ou patrimoines », in *Les patrimoines affectés*, J. JULIEN et M. REBOURG (dir.) acte du colloque, LGDJ, 2013, n° 23, p. 13.

⁸⁰⁷ Différentes propositions ont néanmoins pour objectif de sortir l'EIRL du domaine des choses pour la faire entrer dans le domaine de l'être. La première repose sur l'idée de propersonnalité ou EIPP, EI2P. Il s'agit d'une solution proposée par la doctrine (A.-L. THOMAS-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, th. préc.) et le notariat (O. SAVARY et E. DUBUISSON, « Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de propersonnalité », art. préc., n° 180, p. 38). Selon ce mécanisme, une personne, entrepreneur, serait dotée de deux ou plusieurs personnalités, l'une ordinaire et l'autre professionnelle. Cette construction trouve un fondement fécond dans une analyse sociologique qui consiste à considérer que, socialement, une personne mène plusieurs vies : une vie familiale, une vie professionnelle, une vie individuelle. Les architectes de l'EI2P estiment que le droit doit se saisir de cette approche sociologique et envisager juridiquement la pluralité de vie de la personne. De cette manière, la personne peut être juridiquement traitée différemment selon la vie à laquelle se rattache son action. Fort heureusement, l'idée d'EI2P ne remet pas en cause « *l'unicité de la personne humaine* » (A.-L. THOMAS-RAYNAUD, « La cohérence de l'« EI2P » ou l'entrepreneur individuel à deux personnalités et deux patrimoines », *Deffr.* 30 mai 2016, n° 10, p. 568) qui est naturellement immuable. Elle ne remet pas non plus en cause l'indivisibilité de la personne juridique. Plus prosaïquement, l'EI2P vient diviser et compartimenter la capacité juridique de l'entrepreneur individuel en une multitude d'aptitudes à agir. Le but de cette institution est de limiter l'étendue du gage des créanciers à la personnalité agissante : si c'est la personnalité professionnelle qui agit sur la scène du droit, les créanciers ne peuvent recouvrer leur créance que sur les biens professionnels. Aussi, le résultat de l'activité juridique de l'entrepreneur individuelle agissant en nom propre ne porte plus sur l'ensemble unique qu'est son avoir général, mais sur ce qui constitue la personnalité agissante. Fondamentalement, l'idée de l'EI2P invite à modifier la logique des articles 2284 et 2285 du Code civil et le principe de responsabilisation de l'activité juridique de la personne sur la totalité de sa propriété. En effet, l'entrepreneur reste personnellement débiteur de l'obligation, mais, agissant à titre de professionnel, c'est sa

373. Un constat similaire peut être dressé à propos de la fiducie. Le fiduciaire est propriétaire des choses mises en fiducie. La particularité du mécanisme est que sa propriété est affectée dans ses éléments constitutifs, car l'appartenance de son bien est mise au service d'un but déterminé⁸⁰⁸, tel qu'« *conserver et administrer un bien, en réserver l'usage à autrui, en assurer la transmission ou l'utiliser comme sûreté* »⁸⁰⁹. La structure de la propriété est intacte, mais les prérogatives du propriétaire, en raison de la mission qui lui est assignée, deviennent finalisées⁸¹⁰. L'affectation procède de la détermination d'une « *mission qui oriente l'exercice général du droit de propriété par le fiduciaire* ». Ladite mission n'est limitée que par l'imagination des parties et le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs⁸¹¹. La fiducie est donc une organisation cohérente de biens dans un but précis⁸¹².

374. L'acceptation à concurrence de l'actif net est également une organisation de l'avoir d'un sujet de droit. Cela est néanmoins difficilement perçu en doctrine. En effet, les auteurs présentent généralement l'acceptation à concurrence de l'actif net comme un mécanisme qui sépare le patrimoine du défunt et celui de l'héritier, lesquels forment deux masses autonomes⁸¹³. Pourtant, l'héritier qui accepte à concurrence de l'actif net est personnellement propriétaire des biens⁸¹⁴. Il a un droit subjectif sur les biens qui appartenaient au défunt. Ils

seule personnalité professionnelle qui est engagée et non la plénitude de sa propriété. L'activité juridique de la personne n'est donc plus garantie par son aptitude à la propriété — « biens présents et à venir » —, mais par la personnalité agissante. Logiquement, le gage des créanciers est limité à ce que recouvre cette personnalité agissante.

La seconde consiste à attribuer la personnalité juridique à l'entreprise individuelle. Il s'agit d'une initiative politique portée par le député Laurent Grandguillaume. Elle fait l'objet d'un rapport intitulé « Entreprises et entrepreneurs individuels : passer du parcours du combattant au parcours de croissance ». L'une des propositions de ce rapport est de proposer l'unification des entreprises individuelles. Ainsi, l'entrepreneur n'a d'autre choix que d'adopter le « *statut juridique unique de l'EI, dotée de la personnalité juridique et disposant de son patrimoine propre* » (L. GRANDGUILLAUME, *Entreprises et entrepreneurs individuels : passer du parcours du combattant au parcours de croissance*, 2013, recommandation n° 8). Ce souhait d'unifier le régime a le mérite de la simplicité, ce qui n'est pas sans déplaire aux entrepreneurs déjà préoccupés par la pérennité de leur activité. L'inconvénient, à la lecture du rapport Grandguillaume, est de soumettre trop arbitrairement tous les entrepreneurs, de manière parfaitement équitable, au même régime juridique. Or, il est peu probable que tous les entrepreneurs individuels soient dans une situation comparable, tant s'en faut. ; P. SERLOOTEN, « La personnalisation de l'entreprise : réflexion à propos du rapport Grandguillaume », *BJS*, 1^{er} fév. 2014, n° 2, p. 126.

⁸⁰⁸ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, p. 384.

⁸⁰⁹ *Ibid.* p. 386.

⁸¹⁰ *Ibid.* p. 419 ; V. art. 2018, 6° C. civ.

⁸¹¹ Certains auteurs ont offert une vision réductrice de la fiducie en distinguant entre d'une part la « fiducie-gestion » et d'autre part « la fiducie-sûreté ». V. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCHMIDT, Economica, 1981.

⁸¹² V. dans le même sens, D. HOUTCIEFF, *Rep. Dr. Com.*, Dalloz, « Entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) », Janv. 2012 (actu. juin 2019) n° 6 : « À l'instar de la fiducie, l'entreprise individuelle à responsabilité limitée est donc une technique d'affectation de biens à un patrimoine au onome : une universalité cohérente de biens est organisée en vue de l'exercice d'une activité professionnelle. [...] ».

⁸¹³ V. M. GRIMALDI, *Droit civil, Les successions*, 7^e éd., Litec, 2017, n° 670 et suiv.

⁸¹⁴ V. en ce sens, R. LE GUIDEDEC et G. CHABOT, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Succession », Janv. 2010, (actu. 2016) ; A. SERIAUX, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Patrimoine », Juin 2016 ; V. Ch. Req., 18 août 1846 : *D.* 1846. 4. 467 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juill. 1972 : *JCP G.* 1973, II, 17 426, note M. DAGOT.

intègrent son avoir général⁸¹⁵. En vérité, l'héritier profite du mécanisme institué par la loi pour réalisation une organisation *intrapatrimoniale* de ses biens et de ses dettes. Ainsi, l'effet de l'acceptation à concurrence de l'actif net est de provoquer, sous l'effet de la volonté de l'héritier, une réorganisation de ses biens, du contenu de son avoir général.

B) L'universalité objective objet d'appropriation

375. **Des ensembles objet d'appropriations.** Il ne suffit pas de constater que ces universalités sont des ensembles de biens organisés par un sujet de droit. La réité de ceux-ci postule, à l'inverse de ce que pouvait dire Bartole, qu'ils soient considérés comme des choses. Le droit positif semble avoir fait sienne cette idée puisqu'il les envisage, en différentes occurrences, comme des ensembles uniques qui font l'objet d'une cession. Le seul fait que ces universalités puissent faire l'objet d'une cession suppose l'existence du processus de réservation qui consiste naturellement à en faire des choses appropriées⁸¹⁶.

376. L'universalité qui advient de l'opération fiduciaire est à cet égard un exemple topique de la réité de l'universalité. Pour bien le comprendre, il est nécessaire de reprendre les différentes étapes de l'opération et ainsi constater que l'opération fiduciaire appréhende l'universalité comme un objet de propriété.

⁸¹⁵ Certains auteurs défendent une idée originale, qui s'insère parfaitement dans la distinction que nous faisons entre personnalité juridique et universalité objective, et qui consiste à voir dans l'acceptation à concurrence de l'actif net la rémanence de la personnalité juridique du défunt. Ainsi envisagé, le patrimoine est personnalisé. G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. préc., n° 201, p 194 : « Il ressort ainsi que cet "autre" ne peut être que la succession elle-même, demeurée propriétaire des biens qui la composent. Par conséquent, la succession, dont la représentation est assurée par l'héritier bénéficiaire ou éventuellement un administrateur judiciaire, demeurant titulaire de son patrimoine, elle doit être reconnue comme constituant une personne juridique ; ce qui vient d'ailleurs confirmer la nécessaire personnalisation des patrimoines d'affectation. Et cette personne juridique apparaît comme la prolongation de celle antérieure au décès » ; V. en ce sens, à propos de l'idée de « personnalité morale » de la succession R. BASTIDE, *Étude critique du bénéfice d'inventaire*, th. Paris, 1911, p. 49 et suiv.

⁸¹⁶ La grande variété des universalités de biens nous impose à opérer un choix de quelques-unes pour démontrer leur réité. Le choix s'est naturellement porté vers celles qui, dans le précédent système doctrinal, étaient appelées universalité de droit. Cela permet d'asseoir l'hypothèse selon laquelle toutes les universalités sont aujourd'hui des biens, et dès lors, une quelconque opposition entre elles est obscure et insuffisante. En tout état de cause, la réité de certaines universalités ne pose aucun problème dans la mesure où le droit reconnaît sans ambages leur insertion dans le commerce juridique. Le troupeau peut évidemment être donné, vendu, donné à bail (art. 1800 C. civ.), il en va de même concernant le fonds de commerce (art. L. 141-1 C. com. pour la cession ; art. L. 144-1 C. com pour la location-gérance ; art. L. 142-1 C. com. pour le nantissement).

Dans un premier temps, l'article 2011 du Code civil⁸¹⁷ dispose de deux étapes fondamentales : le transfert de la propriété du constituant au fiduciaire et du respect, par ce dernier, de l'affectation qui gouverne l'universalité⁸¹⁸. Aussi, à partir de cette disposition, nous sommes forcés de constater que le contrat de fiducie n'a pas pour effet de créer l'universalité, mais de la transférer⁸¹⁹. En conséquence, au moment de la conclusion du contrat de fiducie, l'universalité existe déjà⁸²⁰. Elle est décidée, à tout le moins dans l'esprit du constituant, par la réunion des biens qu'il souhaite transférer au fiduciaire⁸²¹. Le constituant va ainsi créer l'universalité⁸²² qui sera, ensuite, saisie par le contrat de fiducie dont la finalité sera de révéler l'utilité de la fédération, et de la sorte d'encadrer la mission du fiduciaire. Il est donc évident que le contrat prend l'universalité qui advient du mécanisme de la fiducie comme un objet, un bien qui existe avant. En tant que créateur de l'universalité, le constituant en est initialement le propriétaire. La propriété du constituant sur l'universalité est évidemment très brève. Généralement, la création du bien est simultanée à la conclusion du

⁸¹⁷ Art. 2011 C. civ. : « 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. »

⁸¹⁸ La nature juridique du transfert est discutée. Pour la majorité de la doctrine, il y a un transfert de la propriété des biens, mais il s'agit là d'une propriété différente de la propriété ordinaire de l'article 544 du Code civil, d'une « propriété fiduciaire » (V. not. CH. ALBIGES, « La constitution de la fiducie », *Dr. et patr.* juin 2008, n° 46. ; A. DELFOSSE et J.-F. PENIGUEL, « Première vue sur la fiducie », *Deffr.* 2007, p. 581 ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre [1^{er} partie] », *Deffr.* 1991, p. 897, spéc. n° 1. ; C. KUHN, « Une fiducie française », art. préc., n° 32. ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, op.cit.*, n° 767 ; C. WITZ, « La fiducie française face aux expériences étrangères et la Convention de La Haye relative au "trust" », *D.* 2007. Chron. n° 1369 ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 261). D'autres auteurs estiment qu'il s'agit d'un droit réel *sui generis* sur la chose d'autrui (B. MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E.* 2010, p. 1191, spéc. n° 1 à 9 ; V. égal. A. RAYNOUARD et F. JOURDAIN-THOMAS, « La fiducie, nouvel instrument de gestion et de sûreté », *JCP N.* 2010, p. 1063, spéc. n° 7 et suiv. ; A. RAYNOUARD, « Ultimes modifications de la fiducie par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 », *JCP N.* 2009. *actu.* n° 439). Le débat ne concerne que très secondairement notre étude. Qu'il s'agisse d'un transfert de propriété ou d'un droit réel sur la chose d'autrui, il s'agit avant tout d'un acte juridique qui prend une universalité pour objet ce qui, en dernière analyse, confirme notre thèse.

⁸¹⁹ V. en ce sens, R. FAMILY, *L'acte de fiducie (Étude de droit interne et de droit international)*, th. préc. ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, th. préc., n° 300, p. 232.

⁸²⁰ La lettre de l'article 2011 du Code civil établit une certitude : l'universalité procède de la volonté du constituant et aucun « contenant » abstrait ne préexiste dans le patrimoine du fiduciaire avant le transfert de l'universalité du constituant au fiduciaire. Une fois le transfert réalisé, le fiduciaire doit tenir l'universalité séparée de son patrimoine propre.

⁸²¹ Le constituant n'exige pas du fiduciaire de créer l'universalité, il doit la recevoir et conserver son affectation.

⁸²² Le constituant est libre dans la constitution de l'universalité. Il n'y a aucun obstacle à l'intégration de biens meubles, immeubles, matériels et immatériels. De même, l'article 2011 suggère que l'universalité fiduciaire puisse contenir une autre universalité. V. en ce sens, F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 261.

contrat de fiducie⁸²³. Il est du reste certain que c'est de son fait, de sa volonté, que l'universalité créée va être objet du contrat conclu.

Dans un deuxième temps, nous avons commencé à l'évoquer, le constituant va aliéner l'universalité au profit du fiduciaire. Il se sépare ainsi du bien créé par ses soins pour le confier au fiduciaire lequel devient propriétaire de celui-ci. Il s'agit donc bien d'un acte d'aliénation d'un objet déterminé : l'universalité dont la constitution est précisée au contrat de fiducie⁸²⁴. Durant l'exécution du contrat de fiducie, l'article 2011 du Code civil met à la charge du fiduciaire l'obligation de conserver l'universalité dans le but assigné par le constituant. Le transfert de propriété permet de caractériser l'opération de fiducie, et corrélativement, l'acquisition de l'universalité par le fiduciaire permet à celui-ci de réaliser l'opération de fiducie⁸²⁵. Le fiduciaire devra respecter le but que le constituant a assigné à l'ensemble.

Dans un troisième temps, le fiduciaire doit aliéner l'universalité au profit du bénéficiaire, c'est-à-dire, plus précisément, lui transférer la propriété⁸²⁶. Ce transfert parachève l'opération fiduciaire. Toutefois, à la suite du transfert, le contrat vient à expiration. L'universalité dont est propriétaire le bénéficiaire n'a donc plus de raison d'être dans l'avenir, ou plus précisément, le but que le constituant a imprimé à l'ensemble s'efface⁸²⁷.

377. L'objectivisation de l'universalité a également connu une reconnaissance importante avec la cession entre vif, à titre onéreux ou à titre gratuit, de l'universalité affecté à l'activité de l'EIRL⁸²⁸. L'universalité de l'EIRL est ainsi un bien, objet de cession, donc objet de réservation et de propriété⁸²⁹.

⁸²³ Généralement l'universalité va exister concomitamment au contrat, car c'est son affectation qui façonne le bien. Le contrat révèle l'utilité de la fédération, mais avant son extériorisation, elle n'existe que dans l'esprit du constituant. Le contrat facilite l'établissement de la preuve de l'universalité par les tiers.

⁸²⁴ Art. 2018 C. civ.

⁸²⁵ La loi ne qualifie pas expressément la nature juridique du transfert de propriété. Il ne s'agit vraisemblablement pas d'une vente puisqu'il n'existe aucune contrepartie. Mais les effets produits par le transfert entraînent obligation de donner l'universalité à partir de la signature du contrat entre le fiduciaire et le fiduciaire. V. F. BARRIERE, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Fiducie », oct. 2013 (actu., nov. 2017), n° 68 et suiv.

⁸²⁶ Nous relevons également que l'article 2025 du Code civil dispose de la « saisie du patrimoine fiduciaire. » Cette disposition laisse donc à penser que l'universalité est non seulement cessible, mais également saisissable ce qui confirme sa réité. De même, l'article 2031 du même Code dispose, de manière négative, de l'attribution du patrimoine fiduciaire.

⁸²⁷ Nous évoquerons plus largement après les conséquences de la disparition de l'affectation sur l'existence de l'universalité. V. *infra*, n° 462.

⁸²⁸ Art. L. 526-17 C. com.

⁸²⁹ V. sur ce point J.-F. QUIEVY, *Rep. Dr. Soc.*, Dalloz, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée », avr. 2018 (actu. janv. 2019), n° 37.

378. La situation est peut-être plus complexe à l'endroit de l'universalité qui résulte du mécanisme de l'acceptation à concurrence de l'actif net. Pourtant, il semble bien que celle-ci s'inscrive également dans un processus de transmission et d'acquisition corrélative. En effet, avec le mécanisme de l'acceptation à concurrence de l'actif net, l'héritier n'est pas continuateur de la personne du défunt, mais acquéreur de la succession⁸³⁰. L'hérédité n'est donc plus subjective, mais objective. Il s'agit d'une acquisition dérivée d'un bien, la succession⁸³¹. L'acte de transfert est réalisé par l'acte juridique d'acceptation de la succession effectué par l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net, conformément aux articles 787 et 788 du Code civil. Ce bien est affecté au désintéressement des créanciers héréditaires, et par ce fait, il est destiné à être liquidité, à la manière d'un bien hypothéqué.

379. Au moins dans les cas qui viennent d'être étudiés, l'universalité est non seulement un objet de propriété, mais un bien parmi d'autres. Elle n'est pas l'universalité des biens d'une personne par laquelle on définit la personnalité juridique depuis Aubry et Rau, mais simplement une forme particulière de bien. L'universalité objective ainsi décrite est le siège réel de l'*universitas rerum*, c'est-à-dire d'un ensemble de choses appréhendées comme une chose unique.

II) L'utilité technique du recours à l'universalité

380. Le droit civil témoigne d'une tendance générale au regroupement des biens entre eux. Ce mouvement s'accroît ces dernières années avec l'entrée en vigueur de la fiducie et du mécanisme de l'EIRL. Ces nouvelles universalités présagent d'un horizon propice à la notion.

381. La réunion de plusieurs biens entre eux permet, outre de créer un bien nouveau, de remplir une certaine fonction concrète. Il peut s'agir d'une simple gestion collective de biens, sans recherche nécessaire de profits, tel est le cas avec la fiducie et, dans une certaine mesure, avec le portefeuille de valeurs mobilières lorsqu'on cherche à obtenir un « bloc de

⁸³⁰ Il s'agit d'une conception héritée du droit romain où le principe de succession de la personne est remplacé par l'acquisition de la succession. V. en ce sens, F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, successions*, 2012, n° 134, p. 181.

⁸³¹ La réité de la succession acceptée à concurrence de l'actif net se révèle avec d'autant plus d'acuité que, dans cette hypothèse et contrairement à la vocation illimitée et indéfinie de l'héritier continuateur de la personne du défunt, l'héritier acceptant à concurrence de l'actif recueille un ensemble défini, car il doit faire l'objet d'un inventaire précis (art. 789, al. 1^{er} C. civ.).

contrôle »⁸³². À l'inverse, il peut s'agir d'un besoin de profits économiques⁸³³. Il peut surtout s'agir de l'exercice d'une activité professionnelle. L'universalité permet ainsi cet exercice et peu, au besoin, être offerte en gage à certains créanciers. Cette dernière fonction témoigne, là aussi, dans une certaine mesure, de l'utilité de la réunion des biens entre eux. Le débiteur offre un bien dynamique qui se caractérise par une fédération d'utilités spécifiques. La valeur résultante est importante, même si elle peut s'avérer, sous certains aspects, fuyante⁸³⁴.

382. L'universalité objective est donc une technique qui permet d'unir des biens entre eux pour remplir une certaine fonction. Cela permet de dynamiser l'ensemble et d'accroître les potentialités de réussite de la fonction. Ces ensembles sont une organisation de l'avoir, elle se situe donc au sein de l'avoir général de la personne. En ce sens, si nous devons nous exprimer avec le vocabulaire des maîtres de l'université de Strasbourg, l'universalité objective se localise au sein du patrimoine entendu subjectivement.

Il nous semble évident que l'identité commune à toutes les universalités objectives est plus éloquente que la recherche d'un quelconque critère de distinction, et surtout, plus en adéquation avec le droit positif. Un véritable travail de systématisation de la notion ne devrait donc pas consister à identifier deux types d'*universitas rerum*, mais plutôt de trouver les occurrences communes à tous ces ensembles pour leur offrir une nature et un régime juridique adapté.

Conclusion section.

383. L'exposé de l'universalité objective en droit positif permet de constater qu'elle est un ensemble de biens, une *universitas rerum*, mais surtout, à la différence de ce que pouvait suggérer Bartole, toutes les universalités sont envisagées comme un objet de droit. À ce titre, l'universalité est librement cessible, à titre onéreux ou à titre gratuit. La cessibilité de l'ensemble postule le processus de réservation qui fait de l'ensemble un objet approprié, et donc appropriable.

⁸³² M. STORCK, « Le portefeuille de valeurs mobilières et le régime de la communauté réduite aux acquêts », art. préc., p. 329.

⁸³³ La fonction de profit n'est pas exclusive d'une autre. Ainsi, certains auteurs insistent sur le fait que le portefeuille de valeurs mobilières permet d'offrir une facilité de gestion des valeurs qui lui en forment le contenu. V. M. STORCK, « Le portefeuille de valeurs mobilières et le régime de la communauté réduite aux acquêts », art. préc., p. 329.

⁸³⁴ Son caractère vague est une résultante, pour reprendre les mots de M. Strickler, « *de son essence, qui ne trouve de limite que dans l'imagination humaine et le respect des droits des tiers* », Y. STRICKLER, *Les biens*, op.cit., p. 220.

Conclusion chapitre.

384. La réelle opposition entre les deux universalités procède d'une distinction entre le subjectif et l'objectif. La première, résolument romaine, est une représentation de la personnalité juridique. Dans le droit moderne, l'universalité subjective que Zachariae puis Aubry et Rau ont tenté de réhabiliter n'a en revanche pas sa place. Elle fait doublon avec le concept de personnalité juridique. Le rejet de cette forme d'universalité permet en revanche de révéler le véritable siège de la notion : l'universalité de biens. Il existe aujourd'hui une grande variété d'universalités qui peuplent notre droit civil. Toutefois, ces ensembles ont des occurrences communes qui permettent d'identifier un type d'universalité, hérité du travail des romanistes de l'occident médiéval : l'*universitas rerum*. Il faut du reste ajourner leur conception de l'*universitas rerum* du travail que nous avons accompli : le rejet de l'*hereditas* comme une forme d'*universitas* permet de rejeter l'idée que l'*universitas rerum* ne correspond pas véritablement à l'idée de bien. Ce rejet est même accrédité par le droit positif qui n'hésite pas à faire de l'universalité un objet de réservation exclusif, une chose appropriée et cessible.

Conclusion titre.

385. La critique de la conception classique de l'universalité a permis de constater que l'opposition traditionnelle entre l'universalité de fait et l'universalité de droit n'est plus pertinente. Les critères qui permettaient de justifier l'opposition entre les deux ensembles sont désapprouvés par le droit positif. Les juristes de l'occident médiéval, en théorisant l'*universitas rerum*, avaient trouvé un critère rationnel : l'opposition entre les ensembles de corps réels — *universitas corporum* — et les ensembles de corps réels et juridiques — *universitas corporum et jurium*. La dématérialisation du droit des biens a cependant invalidé ce critère.

386. L'identification de l'universalité de droit à une corrélation entre un actif et un passif, apportée par la doctrine moderne, ne correspond pas non plus à la réalité du droit positif. Ce critère est défini par les auteurs comme l'idée de rapport existant entre deux choses, deux notions, deux faits dont l'un implique l'autre et réciproquement⁸³⁵. Or, ce rapport de réciprocité est trop relatif pour être un élément d'identité d'une forme d'universalité⁸³⁶. L'idée

⁸³⁵ V. D. Hiez, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 341, p. 216. ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduiaire : contribution à l'étude de l'universalité*, th. préc., n° 186, p. 148.

⁸³⁶ Nous rappelons pour mémoire la définition de Gary lorsqu'il expose son critère de corrélation actif/passif : « 1° que tous les biens affectés par le commerçant au commerce déterminé qu'il entreprend soient compris dans

d'autonomie patrimoniale qui se déduit du critère de corrélation actif/passif recouvre des formes très différentes selon l'universalité en cause. De plus, ce critère se retrouve en dehors de l'universalité. Il a donc une existence indépendante de la notion étudiée. Par ce fait, il est logique de considérer que la dette se trouve en dehors de l'universalité. Le manque de consistance logique et de réalité positive du critère de l'affectation d'un actif à un passif force à l'abandonner comme *critérium* d'opposition de deux universalités.

Toutefois, cela n'empêche pas qu'une universalité, comme tout bien, soit apportée en gage à un créancier. Le droit civil témoigne de cette spécificité en de multiples occurrences. Il en est ainsi avec le mécanisme de la fiducie, de l'EIRL et du fonds de commerce avec l'article 161-1 du Code des procédures civiles et voies d'exécutions.

387. En vérité, si une distinction est imposée, à la fois par la tradition et par le droit contemporain, c'est celle qui oppose l'universalité subjective et l'universalité objective, c'est-à-dire celle qui implique la réunion d'un ensemble de biens et celle qui postule de créer une entité virtuelle d'appropriation et d'obligation. Mais, comme l'universalité subjective a été remplacée dans le droit moderne par la personnalité juridique, sa conservation n'a plus de sens aujourd'hui. L'universalité objective est devenue le seul siège réel de l'universalité.

un seul patrimoine commercial constitutif d'une universalité ; 2° que seuls les créanciers dont le droit serait né à l'occasion du commerce aient action sur ce patrimoine ; 3° que, de plus, ces créanciers n'aient action que sur ce patrimoine, à l'exclusion des autres biens, c'est-à-dire du patrimoine général du commerçant », R. GARY, Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel, th. préc., p. 360.

Conclusion Partie I

388. **Conclusion de la première partie.** La mise au jour de la généalogie de l'universalité a été une source féconde d'analyse critique. Elle a permis de découvrir l'existence d'un système en la matière. Théorisé par les romanistes médiévaux sous la forme d'une distinction entre l'universalité de fait et l'universalité de droit, ce système a été transmis aux juristes modernes. Nous avons cependant remarqué que les auteurs contemporains usent de l'opposition médiévale sans l'interroger et à partir d'objets nouveaux. Ne pas savoir ce que voulait dire l'universalité de droit chez ceux qui l'ont fondée et la transposer à des situations pour lesquelles elle n'a pas été conçue ne pouvait qu'exposer à des mécomptes. Le souhait de perpétuer son système conduit à des inconvénients pratiques et théoriques qui nuisent à la vitalité de l'institution.

389. Avec un supplément de recul, on découvre que Rome et le Moyen Âge ont connu deux conceptions foncièrement étrangères l'une à l'autre de l'universalité. L'une, subjective, est romaine, l'autre, objective, est médiévale. La définition de l'universalité subjective, qui se confond aujourd'hui avec celle de la personnalité juridique, impose son abandon. Elle n'a plus son siège que dans le principe de continuation de la personne du défunt, principe qui se suffit à lui-même et s'est donc mis en dehors du champ de l'universalité.

390. Le siège réel de l'universalité dans le droit contemporain se trouve donc exclusivement dans l'universalité objective, c'est-à-dire dans les biens constitués d'une collection de biens. L'universalité n'est plus double, elle est, par la force des choses, devenue unique.

391. Cette nouvelle approche de la notion ouvre un champ d'interrogation très vaste quant à la nature de l'universalité, son lien avec la dette, et surtout, le régime qui lui est applicable.

Partie II. Essai d'une nouvelle théorie de l'universalité

392. **Économie générale.** L'ambivalence de la conception dualiste fait que l'universalité peine à concorder avec la réalité à laquelle on l'applique. La démonstration qui vient d'être faite conduit à constater que ce qu'on appelle universalité de droit ne désigne pas une des formes de l'universalité mais, en réalité, la personnalité juridique. Cela invite à adopter une vision purement objective de l'universalité et, ce faisant, à donner à cette notion l'unité qui lui fait défaut. Cette vision convie à reconstruire la théorie de l'universalité dans une optique moniste (**titre I.**) puis à s'assurer que l'application de cette théorie, rend mieux compte des principes et solutions qui gouvernent la matière (**titre II.**).

Titre I.

La conception moniste de l'universalité

Titre II.

La vérification de la conception moniste de l'universalité

Titre I. La conception moniste de l'universalité

393. L'universalité permet à un propriétaire d'organiser ses différents biens. Elle n'est donc utilisable que pour désigner un ensemble de choses appropriées. En tant que telle, elle est purement objective (**Chapitre I**). L'élimination de l'universalité de droit a pour conséquence que l'existence d'un passif dans l'universalité n'est pas exclue, mais devient contingente (**Chapitre II**).

Chapitre I. La conception objective de l'universalité

394. **L'utilité de la conception objective de l'universalité.** Le droit civil est peuplé d'ensembles de biens, qui permettent à un sujet de droit d'organiser ce qui lui appartient. L'approche classique qualifie certains de ces ensembles d'« universalité de droit » en vertu du lien indéfectible qui se tisserait entre les biens et les dettes qui les composent. On ne reviendra pas sur cette notion, dont la critique a été faite dans la première partie⁸³⁷. De toute évidence, les « universalités » sont, avant tout, des ensembles de choses. Ce constat permet de faire passer l'universalité de l'état de catégorie juridique incertaine à celui d'une catégorie juridique connue⁸³⁸, celle de bien (**Section I.**). L'universalité est un bien complexe, mais il n'est pas le seul dans son genre. Il est donc nécessaire de mettre en évidence sa spécificité par rapport aux autres espèces du même genre (**Section II.**). Cette mise en perspective conduit au cœur de l'institution, que l'on peut analyser comme un mécanisme d'affectation (**Section III.**).

SECTION I. LA REITE DE L'UNIVERSALITE

395. **Les conditions de la réité de l'universalité.** L'explication de l'universalité objective donnée dans la première partie a mis au jour la relation intime qu'elle entretient avec l'idée de bien. Elle est un ensemble de choses appropriées et un objet de propriété. Aussi, les biens sont d'abord la matière de l'universalité, laquelle est universelle parce qu'elle totalise des biens (**I.**). Elle n'est pas une simple juxtaposition de biens. Leur collection procure au propriétaire des biens rassemblés une utilité nouvelle qui dédouble celle des composants (**II.**). C'est cette utilité qui met à l'ordre du jour la naissance d'un bien qui se surajoute à ceux que l'universalité rassemble, le bien universel (**III.**).

⁸³⁷ Cf *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre III.

⁸³⁸ La notion de bien est « connue », même s'il peut être complexe de la définir. V. CH. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible défi ition ? », *APD*, n° 24, 1979, p. 259.

I) La nécessité d'une pluralité de biens

396. **Le bien universel, un strict ensemble de biens.** Certains aspects qui forment l'identité de l'universalité ne présentent guère de difficulté en raison de leur évidence. Il est néanmoins essentiel de les évoquer, car ils font partie des contours de la notion. Il en est ainsi de la nécessité, pour faire une universalité, de réunir plusieurs biens.

397. Il existe des ensembles de choses qui, à l'état isolé, ne sont pas utiles à l'appropriation⁸³⁹ et, par suite, ne méritent pas d'être qualifiées d'universalités. Il en est, par exemple, ainsi d'un kilogramme de sucre, d'un essaim d'abeilles ou encore d'un tas de grains. Un grain de sucre ou une abeille ne suffisent pas à constituer un bien⁸⁴⁰. Ils n'accèdent à ce statut que «*par le vecteur de la masse dans laquelle ils se fondent*»⁸⁴¹. C'est leur réunion avec des éléments identiques qui permet de créer un bien. Ils ne se confondent pas, pour autant, avec l'universalité, dont les composants conservent leur autonomie juridique⁸⁴². Ces composants sont eux-mêmes des biens, qui peuvent faire l'objet d'un acte juridique à titre individuel, c'est-à-dire indépendamment de leur appartenance à l'ensemble. Les éléments du fonds de commerce par exemple, telle une machine, peuvent faire l'objet d'un acte juridique. Il est à ce titre utile de se les approprier *ut singuli*. L'utilité du composé précède son entrée dans l'universalité, ce qui postule qu'il soit initialement un bien ; c'est même parce que des biens sont utiles *ut singuli*, qu'il peut être intéressant de les appréhender *ut universi*. Ainsi, qu'il s'agisse du fonds de commerce, du portefeuille de valeurs mobilières, de l'universalité de l'EIRL ou de la fiducie, tous les composants sont, à l'état isolé, des biens qui présentent une utilité indépendamment de leur fédération dans une universalité.

De même, le commerce offre beaucoup de choses qui se vendent à la paire⁸⁴³ : une paire de chaussures, une paire de boucles d'oreilles, etc. Il ne s'agit pas d'universalité, car le composant est indissolublement lié dans cette union. La fonction et la valeur de la chaussure ne se révèlent que par son lien avec la seconde.

⁸³⁹ P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, R. BEUDANT, P. VOIRIN, *Cours de droit civil français*, t. IV, Les biens, 2^e éd. 1938, n° 171.

⁸⁴⁰ V. *contra* R. SAVATIER, *les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^e série, approfondissement d'un droit renouvelé, Dalloz, 1959, p. 499 ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 305, p. 191.

⁸⁴¹ R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 569, p. 420 ; V. dans le même sens, S. BECQUET, *Le bien industriel*, th. préc., n° 25, p. 57.

⁸⁴² V. en ce sens, A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 198, p. 125.

⁸⁴³ En ce sens, R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, th. préc., p. 317.

398. Les composants de l'universalité sont donc des biens, et à ce titre, ils conservent leur autonomie juridique. Cette particularité conduit à voir dans l'universalité un dédoublement : elle est à la fois un contenu et un contenant.

II) Le dédoublement de la chose en contenant et contenu

399. **Le dédoublement du bien universel.** L'universalité est composée d'une pluralité de biens, mais elle ne peut être réduite à ce contenu, elle est aussi un contenant. Pour autant, on ne peut pas non plus en faire seulement un contenant⁸⁴⁴. Elle est autant l'un que l'autre ce qui laisse présumer que l'un et l'autre sont interdépendants.

400. **L'interdépendance du contenant et du contenu.** Pothier⁸⁴⁵ insistait sur l'intérêt de prendre en compte tant le contenant que le contenu de l'universalité. Mme Denizot en faisait autant dans sa thèse sur l'universalité de fait⁸⁴⁶.

Le cas du déplacement du fonds de commerce est, à cet égard, topique. En pratique, le déplacement du fonds est susceptible d'entraîner sa disparition. Les juges doivent donc s'interroger sur le point de savoir si la modification d'un élément du fonds est susceptible d'aboutir à sa disparition⁸⁴⁷. Ce faisant, ils analysent séparément le contenant, et son utilité — le fonds de commerce et la finalité économique qu'il réalise —, et l'un de ses éléments — le droit au bail —, en se demandant si ce dernier conditionne la survie du fonds. La compréhension de l'ensemble permet de saisir l'importance des éléments. C'est le même cheminement intellectuel qui est suivi lorsque se pose la question de savoir si, à travers la cession d'un élément du fonds, le fonds lui-même a été cédé. Lorsque l'élément cédé a une incidence sur l'existence du contenant, la cession du contenu implique en réalité cession du contenant. Par exemple, la cession d'éléments corporels, tel un outillage, peut entraîner la cession du fonds⁸⁴⁸, dès lors que l'outillage permettait d'attirer et donc de préserver la

⁸⁴⁴ Des auteurs réduisent l'universalité à un contenant. CH. BEUDANT, *Cours de droit civil français, op.cit.*, T. XIII, *les sûretés personnelles et réelles*, par P. VOIRIN, n° 155, p. 155 et p. 156.

⁸⁴⁵ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, T. II, par M. BUGNET, 2^e éd. 1861, § 99, p. 50.

⁸⁴⁶ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 409 et suiv. p. 284 et suiv. ; V. également, C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, th. préc., p. 48.

⁸⁴⁷ « attendu (...) que le déplacement d'un fonds de commerce ne saurait par principe entraîner sa disparition, à moins que, compte tenu de sa nature et son activité, sa localisation ne constitue une condition de survie », Cass. Com., 6 oct. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 227, p. 189.

⁸⁴⁸ La cession à titre onéreux d'une fraction substantielle du matériel du prétendu loueur au prétendu locataire-gérant peu de temps après la mise en location-gérance du fonds doit être qualifiée de cession de fonds de commerce (Cass. Com., 3 nov. 1983, Soc. D'exploitation Garage Poletti et fils c/DGI, NP, *RTD.Com.* 1984, p. 656, obs. J. DERRUPPE ; Cass. Com., 18 janv. 1984, n° 82-13.331). Il en ira ainsi également de la vente d'une

clientèle. L'interdépendance du contenant et du contenu implique donc d'avoir une lecture à double échelle de l'universalité, puisque l'un ne peut, semble-t-il, exister sans l'autre.

401. **Un contenant sans contenu ?** La dialectique du fonds de commerce et de ses composants révèle une interdépendance nécessaire entre le contenant et le contenu. Il semble que le contenant ne puisse exister sans la présence d'un contenu. Cela pose la question de savoir si une universalité s'envisage à l'état vide. Cette situation se conçoit dans la technique de l'universalité subjective — entendons là le patrimoine d'Aubry et Rau —, laquelle est, comme nous l'avons vu dans la première partie, une potentialité, une virtualité⁸⁴⁹. Mais cette figure n'est plus représentative de l'universalité depuis le droit moderne, car elle se confond avec la personnalité juridique. Est-il possible de créer une universalité objective sans contenu ?

402. Le nouvel article L. 526-8 du Code de commerce semble l'admettre⁸⁵⁰. Selon cette disposition, l'entrepreneur peut, à l'instant où il opte pour le statut d'EIRL, ne pas affecter immédiatement des biens, droits, obligations et sûretés à son entreprise. Il est possible de voir là une hypothèse de contenant sans contenu⁸⁵¹. Toutefois, de la lecture combinée des articles L. 526-6, L. 526-7 et L. 526-8 du Code de commerce, il se déduit que la constitution du patrimoine de l'EIRL « résulte » d'une déclaration d'affectation, qui décrit les biens, droits, obligations ou sûretés nécessaire ou utile à l'exercice de l'activité professionnelle. Le fait que le patrimoine résulte de cette déclaration suppose que la mobilisation d'un contenu soit un préalable à la constitution du contenant⁸⁵². Le nouvel article L. 526-8 du Code de commerce ne réinvente donc pas la notion d'universalité ; il se borne à reconnaître la possibilité d'opter pour le statut de l'EIRL sans constitution d'un patrimoine affecté⁸⁵³.

403. Un contenant sans contenu n'est en vérité pas envisageable sur un temps long. Le contenant peut précéder la mobilisation du contenu ou être réalisé de façon concomitante, mais il postule néanmoins qu'un contenu précis vienne à terme en former la structure. En ce sens, l'article 2011 du Code civil autorise le constituant à apporter en fiducie des choses

camionnette ainsi que de l'ensemble des éléments corporels, tels que l'installation frigorifique (Cass. Com., 28 juin 1965, *Bull. civ.* III, n° 407.).

⁸⁴⁹ V. *supra*, n° 339.

⁸⁵⁰ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

⁸⁵¹ À la suite de l'arrêt de la chambre commerciale du 7 mars 2018, une partie de la doctrine appelait de ses vœux la possibilité de créer une enveloppe libre de tout contenu. V. par ex. H. LECUYER, « La Cour de cassation au chevet de l'EIRL : nouveau ou dernier souffle ? », *RLDC*. 2018, n° 159, p. 21.

⁸⁵² V. en ce sens S. TISSEYRE, « EIRL : du nécessaire contenu du patrimoine affecté à l'activité professionnelle », *D.* 2018, p. 594.

⁸⁵³ V. LEGRAND, « EIRL : nouvelle réforme par la loi PACTE », *LPA*. 28 mai 2018, n° 1448, p. 8.

futures⁸⁵⁴. Messieurs Zenati-Castaing et Revet soulignent à cet égard que « *cette modalité permet de transmettre de nouveaux biens ayant vocation à la même affectation que ceux déjà transférés sans avoir à réitérer à chaque fois les formalités du contrat de fiducie* »⁸⁵⁵. Nous l'évoquerons plus largement, mais le contenant, en tant qu'utilité qui résulte de la communauté d'affectation, fixe l'affectation et détermine les règles d'approvisionnement du contenu. Les biens futurs ayant vocation à constituer le contenu de l'universalité sont ceux qui ont vocation à répondre à l'affectation. Cela suppose également qu'une universalité puisse n'être composée, à un instant, que d'un seul élément⁸⁵⁶. L'essentiel est que le bien soit envisagé *ut universi*, non *ut singuli*. Mme Aude Denizot illustre cette possibilité en prenant l'exemple d'un troupeau. Un usufruit peut porter sur plusieurs bêtes, sans qu'il s'agisse de l'usufruit d'un troupeau, et à l'inverse, il peut porter sur une seule bête qui forme à elle seule un troupeau⁸⁵⁷. Il est temporairement réduit à un seul élément et il va venir s'accroître du croit des animaux.

404. **L'inventaire.** L'analyse du dédoublement du bien universel en un contenant et un contenu signifie que l'universalité n'est pas, comme l'entendait Robert Gary⁸⁵⁸, un ensemble de choses fongibles, à l'instar du compte courant, où le contenu se fond et s'efface derrière un solde global. Le contenant n'absorbe pas le contenu, les biens qui composent l'universalité conservent leur individualité juridique. Cette structure singulière complique l'identification par les tiers de l'existence d'une universalité. Cette difficulté peut être surmontée grâce à l'établissement d'un inventaire, formalité qui permet d'identifier et d'isoler l'universalité⁸⁵⁹.

405. L'inventaire consiste à dresser un état des biens qui constituent un ensemble⁸⁶⁰. Cet état a pour objet de décrire et parfois d'estimer de tels biens. La loi l'impose dans de nombreuses hypothèses d'universalité⁸⁶¹. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée doit par exemple faire l'inventaire des biens qu'il souhaite affecter à son activité⁸⁶². De la même manière, le contrat de fiducie doit déterminer à peine de nullité les biens que le

⁸⁵⁴ Art. 2011 C. civ.

⁸⁵⁵ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 262, p. 419.

⁸⁵⁶ V. en ce sens, C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, th. préc., p. 48 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 127, p. 65.

⁸⁵⁷ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 127, p. 65.

⁸⁵⁸ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 304.

⁸⁵⁹ Le bien doit être une entité identifiable et isolable. V. en ce sens F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, p. 21 et suiv., n° 2.

⁸⁶⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, « Inventaire ».

⁸⁶¹ Pour une analyse complète, V. R. MAURICE, *Rep. Proc. Civ.*, Dalloz, « Inventaire », n° 5 à 7.

⁸⁶² Art. L. 526-8 C. com.

constituant souhaite apporter⁸⁶³. Plus diffusément, la loi impose aussi l'établissement d'un inventaire à l'occasion d'un nantissement de fonds de commerce⁸⁶⁴ ou lors de la formation d'un contrat de gestion de portefeuille⁸⁶⁵.

406. Ces dispositions disparates prévoient le recours à un inventaire, à des temps différents. Soit l'inventaire participe de la constitution du bien universel (c'est l'hypothèse de la fiducie et du mécanisme de l'EIRL), soit ce sont des opérations juridiques postérieures à la naissance de l'universalité qui invitent à l'inventaire (c'est l'hypothèse du fonds de commerce). Dans ce dernier cas, la détermination des contours de l'universalité est effectuée *a posteriori*, c'est-à-dire une fois que la propriétaire a décidé de constituer une universalité. L'inventaire établi lors de la constitution est un acte juridique d'anticipation⁸⁶⁶. Il permet de dessiner les contours du contenu de l'universalité, et ainsi, comprendre l'universalité et sa fonction. Cela pourrait justifier son recours en pratique avant que l'universalité soit saisie par un acte juridique.

III) L'utilité de l'universalité, source du bien universel

407. En tant que contenant, l'universalité renvoie à la notion de bien. Le bien est cependant difficile à caractériser et à définir. Les méandres de la notion sont de nature à décourager de tenter d'en donner une définition⁸⁶⁷. On s'accorde à dire que le bien est, étymologiquement, ce qui confère un avantage, une richesse et une utilité à son propriétaire. Un bien est donc un bienfait⁸⁶⁸ utile à son propriétaire, justifiant son appropriation. Cette définition théorique ne précise pas ce qui peut être utile à un propriétaire. L'opinion dominante considère comme utile ce qui représente une valeur. La recherche de l'utilité du bien universel suppose donc au

⁸⁶³ Art. 2018 C. civ.

⁸⁶⁴ Pour justifier les éléments constitutifs du prix du fonds sur lequel sont perçus les droits de mutation, l'article 719 du Code général des impôts exige le dépôt d'un inventaire « détaillé et estimatif » des « objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds ».

⁸⁶⁵ Art. 322-1 à 322-8 du règlement général de l'AMF.

⁸⁶⁶ S. CREVEL, *Rep. Proc. Civ.*, Dalloz, « Inventaire », n° 23 à 44.

Le fait que le contenu de l'universalité soit mobilisé après n'est pas un problème. Cela suppose en revanche qu'il fasse l'objet d'une actualisation. Dans le cadre de l'EIRL, l'obligation de dépôt annuel des comptes vaux actualisation du bien universel. Ce faisant, les comptes annuels jouent le rôle d'inventaire. V. art. L. 526-14 C. Com. La loi PACTE explicite cette disposition. Elle énonce, en effet, que, « *postérieurement à la constitution du patrimoine affecté, l'inscription en comptabilité d'un bien, droit, obligation ou sûreté issue du patrimoine non affecté emporte affectation au patrimoine professionnel* » (C. com., art. L. 526-8-1, al. 1^{er} nouv.).

⁸⁶⁷ C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », art. préc., p. 259 et suiv.

⁸⁶⁸ Ulpien considérait que le mot *bona* doit être rattaché au verbe *beare*, être heureux, et il définit les biens comme les choses qui procurent « *une aisance propre à rendre heureux* », D. 50, 1, 49 ; P. COLLINET, *Répétitions écrites de droit romain approfondi*, Les cours de droit, 1933-1934, Paris, p. 31 et 33.

préalable de comprendre la valeur (A.). Une fois cette difficulté surmontée, nous pourrions saisir l'utilité de fédérer les biens (B.), et ainsi asseoir la réalité de l'universalité en droit positif.

A) La valeur

408. **Les variations de la structure du bien, la genèse de la valeur comme structure du bien.** Il y a différentes manières d'analyser la structure du bien⁸⁶⁹. Celles-ci ont considérablement évolué et varié au fil du temps⁸⁷⁰. En résumé, on est passé d'une structure matérielle et objective à une structure purement abstraite. Au cours du XXe siècle, l'évolution économique et sociale a éloigné la représentation des biens de la matière et de la corporéité. L'heure est, depuis lors, à la dématérialisation et à l'incorporel. L'idée de valeur économique permet de donner une acception commune des biens corporels et incorporels. Par cette représentation abstraite, la structure du bien devient intellectuelle. Cette nouvelle approche offre la possibilité d'englober de nouveaux biens, purement incorporels et immatériels.

409. **La valeur comme structure du bien.** L'idée de valeur comme structure du bien est fortement présente en doctrine. Aubry et Rau estimaient que les biens sont des valeurs pécuniaires⁸⁷¹. De même, Josserand affirmait que « *les biens véritables* » sont « *les valeurs économiques* »⁸⁷². Les auteurs subséquents n'ont fait que réaffirmer cette idée⁸⁷³.

⁸⁶⁹ M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006/4, p. 1805.

⁸⁷⁰ V. R. LIBCHABER, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, 2011, « Bien », n° 64.

⁸⁷¹ CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., T. IX par E. BARTIN, 1917, Marchal et Billard, Paris, § 573, p. 334 et 335 et § 575, p. 340.

⁸⁷² L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français, op.cit.*, n° 1317.

⁸⁷³ V. en ce sens M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », Mélanges P. CATALA, *Le droit français à la fin du XXe siècle*, Litec, Paris, 2001, p. 764 ; D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », *APD*, n° 43, 1999, p. 68 ; J.-M. MOUSSERON, « Valeur, biens, droits », in Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA, Dalloz, Paris, 1991, pp. 27-283 ; G. BEAUSSONIE, « Bien(s) et utilité(s) », in Mélanges G. FOREST, Dalloz, 2014, p. 42.

Cette définition de la structure du bien se rattache nettement aux sciences économiques. À cet égard, certains auteurs ont relevé le manque de technicité et d'autonomie de la science du droit quant à la notion de bien (P. BERLIOZ, *La notion de bien*, th. préc.). Il a donc été proposé de définir la structure du bien à l'aide du critère de la saisissabilité. Cette thèse trouve une origine féconde dans les écrits d'Aubry et Rau, et surtout, dans la théorie du patrimoine : le patrimoine renferme les choses pécuniaires et saisissables par les créanciers. Ainsi, à l'instar de nombreux interprètes des auteurs strasbourgeois, le bien est réduit, et ce faisant la propriété, à la patrimonialité. Une telle approche ne parvient toutefois pas véritablement à se défaire des sciences économiques. En effet, en fondant son analyse sur la saisissabilité des biens, M. Berlioz cherche à inclure dans le raisonnement la notion de dette. Or, il ne fait pas de doutes que la dette est l'étalon de l'économie d'aujourd'hui. En outre, il peut être juridiquement regrettable de réduire la catégorie de bien aux seules choses appropriées et saisissables. Il est des choses appropriées et insaisissables qui se retrouveraient dès lors dans une catégorie innommée, ou pis, sans catégorie. Plus fondamentalement, on peut légitimement douter qu'un bien serve exclusivement à l'exécution d'une dette. La pratique du droit relaye difficilement cette idée. Les suretés ou les saisies conservatoires sont des

L'analyse de la structure du bien à travers l'idée de valeur est largement relayée par les jurisprudences française et européenne. La Cour européenne des droits de l'Homme assimile bien et valeur économique⁸⁷⁴ et affirme que tout intérêt économique est un bien⁸⁷⁵. Elle en déduit que les « *intérêts économiques liés à l'exploitation d'une entreprise* » sont des biens⁸⁷⁶, de même que les « *droits et intérêts constituant des actifs* »⁸⁷⁷. Proche de cette vision, la Cour de cassation a récemment décidé que constitue un « *bien, pour un assureur de responsabilité, l'absence d'obligation à garantie* »⁸⁷⁸. Cela revient à affirmer que de simples prérogatives contractuelles sont des biens⁸⁷⁹.

410. Les critères de la valeur. L'utilité d'un bien se détermine donc par sa valeur. Est-ce à dire que la valeur doit s'apprécier sous l'angle économique ? Dans l'ère capitaliste, la valeur n'est analysée que sous le prisme de l'échange : le fait d'échanger un bien permet de le monnayer, donc d'extérioriser sa valeur.

La valeur d'échange implique l'idée de circulation. Elle s'analyse à ce titre à un double niveau : statiquement à travers la fixation d'un prix, dynamiquement à travers l'idée de circulation. Partant, elle induit l'idée de cessibilité et de disposition⁸⁸⁰. Or, certaines choses ne sont pas facilement cessibles, voire sont incessibles. Qu'elle résulte de la nature de la chose, d'une décision de l'autorité publique ou d'une convention⁸⁸¹, l'incessibilité d'une chose ne l'empêche pas d'être un bien, comme le montre l'exemple des autorisations administratives permettant d'exercer une activité professionnelle⁸⁸². La nature des quotas agricoles a été

moyens juridiques qui, loin de toujours mener à la vente forcée d'un bien, permettent généralement de faire pression sur le débiteur pour le pousser à s'exécuter.

⁸⁷⁴ À l'origine la Cour européenne des droits de l'Homme confondait bien et propriété et elle considérait que le droit au respect de ses biens équivaut au respect de la propriété. V. Cour EDH 13 juin 1979, Marckx, § 63 ; Cour EDH, 24 oct. 1986, Agosi c./Royaume-Uni, § 48 ; Cour EDH, 28 oct. 1987, Inze c./Autriche, A 126, § 36.

⁸⁷⁵ V. sur cet état du droit positif, A. SERIAUX, *Rep. Dr. civ.*, Dalloz, « Propriété », n° 25 et suiv., juin 2016 (actu. juill. 2019).

⁸⁷⁶ Cour EDH, 7 juillet 1989, Tre Traktörer Aktielobag AB c/. Suède, A. § 53.

⁸⁷⁷ Cour EDH, Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH c./Pays-bas, 23 fév. 1995, A. 306 B, § 53.

⁸⁷⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2016, n° 15-12.805, D. 2016, p. 479 ; JCP G. 2016. 396, obs. J. KNETSCH, et 446, obs. H. PERINET-MARQUET.

⁸⁷⁹ Cette apparition de nouvelles catégories de biens a été très tôt soulignée en droit national par certains auteurs : V. notamment F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, p. 26 et suiv., n° 8, spéc. p. 37 ; L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations à trois personnes*, th. Paris, Economica, 1984.

⁸⁸⁰ Le droit positif français ne dément pas cette analyse puisque l'article 537 du Code civil pose le principe de libre disposition des biens. La Cour de cassation est gardienne de ce principe : Cass. Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1995, *Bull. civ. I*, n° 4, p. 2, D. 1995, p. 328 ; JCP N. 1995, II, 1468 ; obs. M. GRIMALDI ; JCP G. 1996, I, 3921, n° 1, note PH. SIMLER ; *RTD.Civ.* 1996, n° 1, p. 932, obs. H. PERINET-MARQUET.

⁸⁸¹ R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *LPA*. 21 nov. 2000, pp. 4-12.

⁸⁸² Il en va différemment des quotas d'émission de gaz à effet de serre. V. sur ce point H. DE GAUDEMAR, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre », *RFDA*. 2009, p. 25. De même, certaines licences et autorisations administratives sont librement cessibles et saisissables. Il en est notamment ainsi des licences d'exploitation d'un débit de boissons. Cass. Com., 7 mars 2006, n° 98-00.015 ; JCP G. 2006. II. 10143 obs. G. LOISEAU ; *RTD.Civ.* 2006, p. 348, obs. TH. REVET.

controversée jusqu'à leur disparition en 2015⁸⁸³. Deux arguments prouvent cependant qu'ils constituent des biens malgré leur incessibilité. Le premier est que le propriétaire qui cède une exploitation agricole comportant des quotas en retire un prix plus avantageux. La valeur d'échange des quotas se révèle donc indirectement lors de la cession du fonds agricole : elle ne s'analyse pas seule, mais par déduction du prix d'une exploitation agricole sans quotas. Le second argument est que, rattachés à un fonds, les quotas permettent son exploitation⁸⁸⁴. Ils présentent donc une utilité qui se situe en dehors de la valeur d'échange. Ils sont indispensables au fonds, et à ce titre, ils sont transférés en tant qu'élément nécessaire à son exploitation⁸⁸⁵.

C'est dire que la valeur d'échange ne recouvre qu'imparfaitement les utilités d'un bien. Fondée sur la circulation, elle suppose une mise en relation avec autrui, celui qui accepte ou accède à l'échange. Elle exclut de l'analyse la relation immédiate du propriétaire avec sa chose⁸⁸⁶ et elle est donc inapte à rendre compte des utilités immédiates que la chose procure à son propriétaire. Or, l'imagination du propriétaire peut assigner plusieurs valeurs à un même bien⁸⁸⁷. Pour pleinement recenser les utilités que la chose est susceptible de procurer à son propriétaire, on ajoute, depuis Aristote, à la valeur d'échange, la valeur d'usage⁸⁸⁸. Cette autre forme de valeur correspond aux services que la chose est susceptible de rendre à son propriétaire. À rebours de la valeur d'échange, elle n'est pas purement accidentelle. Elle

⁸⁸³ La doctrine a soutenu plusieurs opinions pour qualifier ces autorisations. Selon une première, les autorisations administratives sont des droits immobiliers appartenant au propriétaire du fonds exploité (A. BERNARD, « Les quotas laitiers, meubles ou immeubles ? » *RDR*. 1987, pp. 49-54, spéc. p. 54). Selon une deuxième, ils seraient des meubles incorporels (M. GENINET, « Du droit de planter la vigne », *RDR*. 1991, p. 1-1). Enfin, selon une troisième, ils seraient des libertés économiques d'entreprendre (M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. préc., p. 1828).

⁸⁸⁴ Elle autorisait l'exploitant à entrer dans un marché réglementé.

⁸⁸⁵ Cass. Civ. 3^e, 7 mai 1971, *Bull. civ.* III, n° 287, p. 206 ; Cass. Civ. 3^e, 3 avr. 1996, *Bull. civ.* III, n° 98, p. 63 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, n° 98-14.588, inédit ; Cass. Civ. 3^e, 27 mars 2002, *Bull. civ.* III, n° 73, p. 63 ; Cass. Civ. 3^e, 10 avr. 2002, *Bull. civ.* III, n° 83, p. 72 ; Cass. Civ. 3^e, 19 juin 2002, n° 01-03.160, inédit.

⁸⁸⁶ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op.cit.*, p. 34.

⁸⁸⁷ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op.cit.*, n° 11, p. 13. L'époque médiévale est le témoin direct des utilités d'usages infinitésimales qu'une chose peut octroyer à son propriétaire. À cette période, le nominalisme et l'individualisme n'avaient pas encore effacé la figure de Dieu. Dieu est le seul maître de la terre dont il est créateur, et les hommes n'ont que des utilités sur les choses. Aussi, sur un même terrain une personne peut récolter les épis (droit de glanage), faire paître ses bêtes (droit de vaine pâture), prélever du bois (droit d'affouage), ou construire un édifice (droit de marronnage). Les utilités d'usages sont potentiellement multiples sinon infinies.

Il est peu certain que le Code civil s'adonne à une typologie des différentes utilités qu'une chose est susceptible de procurer. D'autant que la figure propriétaire de l'article 544 suppose que le maître de céans se les réserve toutes. Si le Code civil ne dresse pas une classification des différentes utilités d'une chose, il en donne néanmoins une acception générale et abstraite à travers le célèbre triptyque *usus, fructus, abusus*.

⁸⁸⁸ ARISTOTE, *Éthique à Eudème*, (III, 4, 1231 b 39 et s.) et le Livre 1 de *La politique* (I, 9, 1257 a, 5 et suiv. ; *La dualité exposée par le Stagirite est reprise par Karl Marx à propos de la marchandise*. V. K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique*, Livre 1, 4^e éd., coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2014 ; G. ROMÉYER DHERBEY, *Les choses mêmes. La pensée du réel chez Aristote*, *Dialectica, l'âge d'homme*, Lausanne, 1983, p. 399. En ce sens voir notamment W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op.cit.*, n° 24, p. 36.

n'advient pas de la chose, elle en provient. Est donc utile un bien qui recouvre une valeur d'usage, comme une valeur d'échange. Cette approche complétée de la notion de bien par la valeur aide à mieux percevoir comment l'universalité peut devenir un bien.

B) L'utilité de la fédération

411. **L'universalité, le bien-valeur idoine.** La valeur comme structure de la notion de bien est utile à la définition des biens particuliers. La valeur se détache de son support et s'autonomise. Comme l'exprimait le Doyen Savatier, le dernier stade du développement du droit des biens est de faire de la valeur un bien en soi⁸⁸⁹. Cette formule convenait assurément à la notion d'universalité.

412. Intrinsèquement, l'universalité est totalement détachée de la matière. Elle n'est que le résultat de la fédération de plusieurs biens. Elle est donc purement intellectuelle et immatérielle, elle est une valeur qui flotte au-dessus des biens⁸⁹⁰ qui la constituent. On peut utiliser la métaphore du corps et de l'âme pour illustrer cette idée⁸⁹¹: *« le corps du bien se confond avec une chose corporelle ou incorporelle, et son âme est constituée par sa valeur économique. En principe l'âme et le corps forment qu'un ; mais il peut y avoir dissociation dans certains cas. Comme l'âme quitterait le corps à son décès, la valeur économique sort de la chose qui formerait son support et subsiste un temps à l'état pur, puis se réincarne dans un autre support, pour en sortir à nouveau et se réincarner encore, etc. »*⁸⁹². L'universalité est précisément cette valeur réifiée qui surplombe l'ensemble des biens qui en constituent l'assise. Elle se détache des éléments fédérés pour prendre forme. Elle n'est donc qu'un bien incorporel⁸⁹³ produit par l'union de biens aux natures diverses. Elle est, en ce sens, conceptuelle et immatérielle⁸⁹⁴. Elle n'est pas, pour autant, dépourvue de réalité, car la

⁸⁸⁹ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, op.cit., n° 494.

⁸⁹⁰ Pour reprendre l'allégorie de la *floating charge* du droit anglo-saxon.

⁸⁹¹ V. surtout M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. préc., p. 1815 ; F. ZENATI-CASTAING, « L'immatériel et les choses », *APD*, n° 43, 1999, pp. 79-95, spéc. p. 92 et suiv. et « La nature juridique de quasi-usufruit » *Mél. P. CATALA*, *Le droit français à la fin du XXe s.* Litec, Paris, 2001, n° 32, p. 631 et p. 632.

⁸⁹² M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. préc., p. 1815.

⁸⁹³ La jurisprudence a très tôt reconnu, à propos du fonds de commerce par exemple, que l'universalité est un incorporel : « Le fonds de commerce dans son ensemble est un meuble incorporel », *Cass. Req.*, 3 mars 1888. La doctrine n'a dès lors jamais remis en cause cette qualification.

⁸⁹⁴ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, op.cit., n° 494 et suiv. ; V. en ce sens F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », art. préc., spéc. p. 92 et suiv. ; et « La nature juridique du quasi-usufruit », art. préc., p. 631 et 632 ; V. également sur l'immatériel en droit des biens,

conceptualisation de l'ensemble que constituent les biens fédérés est ce qui permet à celui-ci de devenir un bien.

413. **Valeur d'usage et valeur d'échange du bien universel.** La valeur de l'universalité est, originellement, purement subjective : elle est constituée par l'utilité qu'éprouve le propriétaire à assembler plusieurs biens, utilité qui n'est pas encore perceptible par les tiers. En effet, tant qu'elle ne donne pas lieu à un inventaire publié, la valeur et l'utilité de la fédération demeurent, à ce stade, subjectives. Il faut attendre qu'un acte juridique vienne saisir l'universalité pour que l'utilité de la fédération se révèle, comme le montrent par exemple les cas du fonds de commerce. L'unité économique créée par le propriétaire se cristallise lors de la cession, laquelle révèle une valeur vénale qui trahit l'existence d'un bien, non pas *particulier*, mais *universel*. La valeur vénale attribuée à l'unité est distincte de la valeur additionnée des éléments qui la composent. La valeur du fonds de commerce, par exemple, n'est pas seulement égale à la valeur conjuguée de tous ses composants⁸⁹⁵, elle est une « survaleur » procurée par l'organisation du fonds permettant d'attirer et de conserver la clientèle, résultat dont l'utilité autonome est évidente.

L'utilité de la fédération peut sembler plus fuyante dans le cas de la fiducie. Cela s'explique par le fait que ce qu'il est convenu d'appeler le patrimoine fiduciaire n'est pas nécessairement perceptible dès l'aliénation fiduciaire et peut apparaître seulement à la suite de la gestion du fiduciaire. Mais dès qu'un bien ou un droit vient s'ajouter au bien particulier aliéné fiduciairement, la communauté de gestion qui s'établit entre ces biens met en évidence l'utilité qu'il y a à les fédérer, dans la perspective ultérieure de leur rétrocession commune. C'est donc une utilité de gestion qui procure à l'ensemble une valeur identifiée. Celle-ci est particulièrement sensible lorsque l'on envisage le paiement des dettes nées de la gestion de la fiducie. À l'égard des créanciers, les biens de la fiducie présentent une cohésion évidente puisque c'est sur eux qu'ils exercent leurs poursuites.

414. Ces exemples montrent que la valeur d'échange de l'universalité est importante, mais il serait hâtif d'en déduire que les universalités qui n'en ont pas ne sont pas des biens. La valeur d'usage de l'universalité suffit à la constituer, par l'unité d'administration, que la

B. MALET-BRICOUT, « Bien et immatériel en France », in *L'immatériel*, journées espagnoles de l'Association Henri Capitant des 19-23 mai 2014, Bruxelles, Bruylant, 2015, t. 64, p. 149.

⁸⁹⁵ Également appelé « valeur à la casse » ou valeur liquidative. Lors de l'évaluation de fonds de commerce, elle est également appelée « actif net réel ». Il correspond à la valeur patrimoniale de l'entreprise, telle qu'elle peut ressortir de l'étude systématique des postes du bilan.

gestion séparée de chacun des éléments est impuissante à procurer⁸⁹⁶. L'utilité de la fédération est avant tout intériorisée par le propriétaire de l'universalité, c'est-à-dire l'auteur de la réunion des biens. L'acte juridique ne fait que venir révéler cette utilité qui lui préexiste.

Conclusion section.

415. L'analyse de la réalité de l'universalité permet de réaliser un constat important dans l'essai d'une théorie moniste de l'universalité. Toutes les universalités qui jalonnent notre droit civil ont en commun d'être des ensembles de biens dont il advient une utilité distincte de la simple addition des composants. De la sorte, elles se réunissent. Elles deviennent le bien universel. Toutefois, il existe une interdépendance entre le contenu et le contenant, si bien que l'existence de ce dernier dépend de la mobilisation d'un contenu.

416. La découverte du bien universel est également un résultat important de l'approche nouvelle que nous proposons. Outre qu'elle règle la question de la nature juridique de l'universalité, elle aide à mieux distinguer l'universalité d'autres combinaisons de biens et appelle à davantage circonscrire l'universalité par rapport aux autres hypothèses de biens complexes.

SECTION II. LA DIFFERENCIATION DE L'UNIVERSALITE ET DES NOTIONS VOISINES

417. **Les différents ensembles de biens.** Les ensembles de biens sont nombreux et variés. Ils sont saisis par le droit à travers des concepts qu'il convient de distinguer et d'opposer pour révéler la logique propre de l'universalité. Il existe une technique de regroupement des biens très usitée, qui consiste à rattacher à un bien des accessoires de manière à pouvoir conférer un statut unique et homogène à l'ensemble. La principale différence qui sépare cette technique de celle de l'universalité est qu'elle ne fait pas naître un bien se surajoutant aux composantes de l'ensemble constitué⁸⁹⁷ (I.). Tel n'est pas le cas d'un autre procédé de regroupement, plus proche de l'universalité, parce que lui aussi provoque la naissance d'un bien, le bien composé.

⁸⁹⁶ Il peut par exemple en être ainsi du portefeuille de valeurs mobilières. La réunion de plusieurs valeurs mobilières dans une universalité peut être due à la recherche d'une facilité de gestion (M. STORCK, « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », art. préc., p. 695) où certaines valeurs mobilières à risque compensent d'autres.

⁸⁹⁷ Leur confusion a déjà pu être opérée. V. A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 182 et 183, p. 113 et p. 114 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, th. préc., p. 48 et suiv.

Le degré d'intégration des composants est fort, si bien qu'ils se fondent et perdent leur individualité (II.).

I) *Le bien universel et l'accessoire*

418. **Exposé du problème.** Les ensembles que constituent les biens et leurs accessoires présentent de fortes ressemblances avec le bien universel. D'ailleurs, il n'est pas rare qu'ils soient confondus (A.). Pourtant, la spécificité du lien entre le principal et l'accessoire est telle qu'elle crée une cohésion des biens irréductible à celle qu'engendre une universalité (B.).

A) La confusion entre l'accessoire et l'universalité

419. **Les raisons de la confusion.** Les deux mécanismes ont en commun qu'ils traduisent l'idée que des biens peuvent être intellectuellement liés entre eux. Contrairement au bien composé, ils se caractérisent par la mise en place d'un lien fonctionnel et non matériel entre différents biens. Cette proximité fait que la distinction peut être difficile à appréhender.

420. **La théorie de l'accessoire dans l'universalité.** La théorie de l'accessoire est fondée sur l'idée que le sort que le droit doit réserver à un bien est lié à celui dont il est l'accessoire. C'est l'adage *accessorium sequitur principale* qui met en évidence la dépendance juridique de l'accessoire au principal et, *in fine*, débouche sur une union des deux biens. Le Code civil suggère à certaines occasions cette dépendance des accessoires au principal lorsqu'il explique, à l'article 1615⁸⁹⁸, que « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ». Rapproché de la notion d'universalité, cela signifierait qu'ici aussi des liens de cohésion se tissent entre un bien et une multitude d'autres biens qui en sont les accessoires.

Au vu d'un tel rapprochement, la tentation d'assimiler les deux notions est grande. Le fonds de commerce, par exemple, y convie : nébuleuse dans laquelle divers biens sont mis au service d'un autre qui est la raison d'être de leur regroupement, la clientèle. La clientèle est à

⁸⁹⁸ V. aussi les articles 1018 C. civ et 2397 C. civ.

ce point centrale que le fonds ne peut, contrairement aux autres éléments, s'en passer et qu'elle peut, à elle seule, le constituer⁸⁹⁹.

421. Ce qui rend également difficile leur différenciation, c'est que les deux techniques, tout en conférant à des biens un sort commun, ne remettent pas en cause leur autonomie. L'accessoire est dans une « *position intermédiaire entre l'indépendance totale et l'assimilation complète au principal* »⁹⁰⁰. Plus précisément, « *le principe est que l'accessoire se voit appliquer le régime qui lui est propre, qui correspond à sa nature juridique. Exceptionnellement, il arrive qu'une règle déterminée visant le principal doive aussi être appliquée à l'accessoire, pour éviter une séparation néfaste. Alors s'opère, mais très partiellement, un certain alignement du régime de l'accessoire sur celui du principal* »⁹⁰¹. L'assimilation du fonds de commerce à une relation d'accessoire n'a donc rien d'inconsidéré, car les deux phénomènes sont « *traversés par un phénomène d'attraction d'un bien par un autre, sans que s'opère pour autant une absorption de l'un par l'autre* »⁹⁰².

422. **Immobilisation par destination et universalité.** On va jusqu'à assimiler l'immeuble par destination, forme emblématique d'accessoire, à une universalité⁹⁰³. Comme l'universalité, l'immobilisation d'un meuble est un procédé qui vise à préserver l'unité économique qui existe entre plusieurs biens. La tentation existe de qualifier d'universalité le principe même de la destination d'un meuble à un immeuble, c'est-à-dire le lien intellectuel qui se tisse entre eux⁹⁰⁴.

423. **Critique de la technique de l'immobilisation.** Le mécanisme de l'immobilisation par destination a pu voir son utilité mise en doute, au point qu'on ait considéré qu'elle était la « *création la plus inutile du droit moderne* »⁹⁰⁵. Sa finalité est simple : unir le sort du mobilier à l'immeuble dont il permet l'exploitation, et, par là, faire en sorte que les opérations juridiques portant sur un immeuble s'étendent aux meubles qui en dépendent⁹⁰⁶. Limitée à

⁸⁹⁹ Cass. Req., 15 févr. 1937, *DP*. 1938, I, p. 13, note J. CORDONNIER, *S.* 1937, chr., p. 169, note H. ROUSSEAU.

⁹⁰⁰ G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 1969, n° 22, p. 42.

⁹⁰¹ *Ibid.*, n° 106, p. 164.

⁹⁰² A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 180, p. 113.

⁹⁰³ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc. ; V. aussi J.-B. BLAISE, *Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité*, art. préc., p. 829, qui voit dans le mécanisme de l'immobilisation par destination une universalité construite autour de l'immeuble.

⁹⁰⁴ V. sur l'inutilité du mécanisme et l'affirmation d'un strict rapport principal/accessoire, J.-P. STORCK, *Recherches sur le rôle de la destination des biens en droit positif français*, th. Strasbourg, 1979, n° 13 bis. ; G. CORNIL, « Discussion sur le problème des fictions en droit civil », in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, tome 3, 1948, p. 294 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op.cit.*, n° 414, p. 763.

⁹⁰⁵ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil, Les biens*, T. III, n° 77.

⁹⁰⁶ V. par exemple Cass. Civ. 3^e, 23 mai 1984, n° 83-10.3313.

cette seule idée, l'immobilisation par destination apparaît dépourvue d'intérêt, car il suffit aux parties à un acte juridique d'exprimer leur volonté de lier des biens. Elle n'acquiert un sens qu'en tant qu'elle est un acte juridique d'anticipation : le meuble et l'immeuble sont liés avant même que de faire ensemble l'objet d'un acte. La stabilité du lien est assurée par l'immobilité qu'emprunte le bien dépendant à celui dont il est l'accessoire. De ce fait, « *le meuble accessoire devenant lui-même immeuble, il en serait alors naturellement indissociable, quel que soit l'acte juridique en cause* »⁹⁰⁷.

424. D'un point de vue strictement théorique, on peut douter de l'utilité de modifier la nature juridique d'un bien pour signifier qu'il suit le sort d'un autre bien⁹⁰⁸. Au plan pratique, l'immobilisation par destination présente l'inconvénient de provoquer des dissonances en présence d'une universalité. Elle immobilise les outils placés par l'exploitant dans son immeuble pour l'exploitation du fonds, altérant la substance du fonds et sa valeur économique. Nombre d'espèces témoignent de ce paradoxe, qu'il s'agisse de la literie et du matériel de couchage d'un hôtel⁹⁰⁹, du matériel de bureau ou de balnéothérapie d'un établissement⁹¹⁰. Elle présente « *l'inconvénient de briser l'unité du fonds de commerce* »⁹¹¹, apparaissant comme un « *illogisme à la fois juridique et économique* »⁹¹². Il altère la substance d'une exploitation sous l'empire de principes qui ne s'imposent pas.

La rivalité qui existe entre les deux techniques évolue du fait du caractère essentiellement historique de l'institution de l'immobilisation. L'évolution du droit des biens renverse le postulat sur lequel repose l'immobilisation par destination : l'immeuble (essentiellement la terre) n'est plus le point d'ancrage de l'exploitation, à laquelle des outils viennent s'agréger.

⁹⁰⁷ W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op.cit.*, n° 414-1, p. 763.

⁹⁰⁸ Le principe de l'accessoire n'impose nullement de modifier la nature juridique du bien. Le fait, par exemple, que les fruits suivent souvent le même sort que le capital n'a pas pour effet de leur faire emprunter la nature du capital. La loi oppose d'ailleurs une certaine réticence à considérer un immeuble comme l'accessoire d'un autre immeuble (W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op.cit.*, n° 414-1, p. 763). Il est donc peu cohérent de considérer qu'un meuble devenu immeuble est l'accessoire d'un autre immeuble. Il faudrait considérer que le meuble, une fois requalifié d'immeuble destiné, se détache de l'immeuble par nature (*Ibid.*). La notion « d'immeuble par destination » est donc intrinsèquement sujette à caution ; il était concevable, si l'histoire n'en avait décidé autrement, de se borner à faire application de la règle de l'accessoire en conservant la nature mobilière de l'accessoire. La loi privilégie d'ailleurs nettement cette approche puisque, par exemple, en droit pénal, l'immeuble par destination peut faire l'objet d'un vol alors que le vol ne concerne que les biens meubles. Dans la même veine, le Code des procédures civiles d'exécution autorise la saisie mobilière de l'immeuble par destination indépendamment de l'immeuble par nature. En définitive, l'unité réalisée par l'immobilisation est toute relative, la requalification du meuble en immeuble apparaît superfétatoire et ne protège pas véritablement contre le démantèlement de l'exploitation (G. GOUBEAUX, *la règle de l'accessoire en droit privé*, th. préc., n° 252 et suiv.).

⁹⁰⁹ TGI Lille 20 avril 1993, n° 050734.

⁹¹⁰ CA Metz, 30 octobre 1991, n° 050384.

⁹¹¹ Y. REINHARD et J.P. CHAZAL, *Droit commercial, op.cit.*, n° 509, p. 387 ; V. aussi J.B. BLAISE, *Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité*, art. préc., n° 42, p. 850, et suiv.

⁹¹² L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, th. préc., n° 551, p. 325.

Aujourd'hui, l'unification tend plutôt à se réaliser autour de l'activité commerciale et donc du fonds plutôt qu'autour de l'immeuble, dont la force d'attraction est devenue inférieure. Les biens meubles contenus dans l'universalité du fonds n'ont pas pour objet de mettre en valeur l'immeuble, ils sont destinés à attirer et à préserver la clientèle⁹¹³. Il serait à cet égard plus logique que l'immeuble fût mis au service du fonds. Rien ne s'oppose à la perspective d'inclure l'immeuble dans le bien universel dès lors que celui-ci joue un rôle central, de localisation par exemple, dans une exploitation.

Le mécanisme de l'immobilisation par destination est la figure surannée d'une unité d'exploitation économique autour de l'élément principal qu'est l'immeuble et à l'aide de la règle de l'accessoire suit le sort du principal. Le mécanisme doit être repensé. Il peut l'être si l'on applique purement et simplement la règle de l'accessoire suit le sort du principal, donc en le dépouillant des opérations de requalifications auxquelles il donne lieu. De plus, afin de préserver la cohérence de l'universalité, il serait opportun de considérer que l'immobilisation par destination est légalement écartée en présence d'un bien universel⁹¹⁴. Les deux mécanismes sont fondamentalement distincts et leur coexistence dans une même exploitation n'est pas opportune.

B) La spécificité de l'universalité

425. L'absence de principal dans l'universalité. Au contraire de l'accessoire, l'universalité empêche, par sa complexité, l'émergence d'un élément principal. Tous les composants concourent à la réalisation de la finalité d'ensemble. Peu importe qu'ils ne le fassent pas de manière égalitaire. Dans le fonds de commerce, par exemple, le fait que la clientèle soit considérée comme l'élément primordial du fonds, n'en fait pas, pour autant, un élément principal. On peut même considérer que la clientèle n'a pas d'existence propre et n'est que le résultat des autres composants du fonds⁹¹⁵. Cela présente d'ailleurs une certaine cohérence : les éléments du fonds concourent à l'attraction et à la préservation de la clientèle. Elle est la finalité vers laquelle tend le fonds.

⁹¹³ V. en ce sens F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens op.cit.*, n° 66, p. 85.

⁹¹⁴ Cette proposition est émise par le congrès des Notaires à propos du fonds agricole. V. Travaux du 105^e congrès des notaires de France : *propriétés incorporelles*, Deuxième commission, seconde proposition, p. 6.

⁹¹⁵ En ce sens, P. LE FLOCH, *Le fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, 1986, LGDJ ; P. COLLOMB, « La clientèle du fonds de commerce », *RTD.Com.* 1979, p. 3 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op.cit.*, n° 421-3.

La recherche d'un élément principal dans l'universalité est vaine, car, le plus souvent, nombre de composants sont essentiels. Dans le fonds de commerce, il existe plusieurs éléments primordiaux qui permettent l'existence et la permanence de l'utilité fédératrice. Pour la Cour de cassation, le droit au bail est, avec la clientèle, un élément tellement primordial et nécessaire qu'un transfert de bail peut être requalifié en donation indirecte de fonds de commerce⁹¹⁶. Les autorisations administratives sont aussi des éléments nécessaires et primordiaux pour l'exploitation du fonds⁹¹⁷.

426. Plutôt que la détermination d'un élément principal, l'universalité invite à déterminer la raison d'être d'un groupement de biens. La particularité de l'universalité est de pouvoir rattacher techniquement un ensemble de biens autour d'une finalité précise et déterminée par son propriétaire. Ce principe est étranger à la règle *accessorium sequitur principale*, qui lui est inutile.

427. **L'absence de réification de l'immobilisation par destination.** Outre l'absence de rapport principal/accessoire dans l'universalité, l'immobilisation par destination a vocation à réaliser des ajustements pour achever une unité juridique, mais elle n'a pas vocation à constituer un bien nouveau. Elle procède par touche rectificative pour soumettre des biens à un même régime lors de certains actes, mais elle n'a pas vocation à générer une utilité nouvelle qui advient de la réunion d'un ensemble de biens. L'unité juridique qui se dégage de l'immobilisation par destination n'est réalisée que par l'instauration d'un rapport principal à accessoire et l'emprunt de la nature juridique du principal par l'accessoire : le bien immeuble absorbe le bien meuble pour le soumettre à son régime juridique. Il en va différemment de l'universalité qui permet l'unité juridique du groupement grâce à la fédération de plusieurs biens autour d'une finalité commune. De ce fait, une différence fondamentale existe entre

⁹¹⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 nov. 1982, n° 81-1.726 ; V. aussi T. civ. Périgueux, 30 déc. 1927, *JCP G.* 1928, 1, jur., p. 214 ; CA Paris, 12 juin 1928, *DP.* 1929, II, p. 33, note L. MAZEAUD ; CA Paris, 19 nov. 1928, *DP.* 1932, II, p. 20, note A. CHERON, *S.* 1932, jur., p. 44 ; CA Paris, 24 oct. 1934, *Gaz. Pal.* 1934, 2, jur., p. 1002 ; CA Dijon, 14 oct. 1953, *Gaz. Pal.* 1953, 2, jur., p. 379 ; Cass. Com., 1^{er} févr. 1984, n° 82-13.151, *RTD.Com.* 1984, p. 655, obs. J. DERRUPPE.

⁹¹⁷ Cass. Civ. 3^e, 18 nov. 1998, *Bull. civ.* III, n° 217 et 218, *RTD.Civ.* 1999, n° 649, obs F. ZENATI ; Cass. Civ. 3^e, 17 avr. 1996, *Bull. civ.* III, n°105 ; *RDR.* 1996, n° 225, note M. GENINET ; *JCP G.* 1997, II, n° 22783, note F. ROUSSEL ; *D.* 1997, n° 318, note E. AGOSTINI ; Cass. Civ. 3^e, 7 janv. 1998, *Bull. civ.* III, n° 2 ; *D.* 1998, n° 583, note E. AGOSTINI ; *Dr. et patr.* 1998, n° 103, obs. F. ROUSSEL ; Cass. Civ. 3^e, 10 nov. 1999, *Bull. civ.* III, n° 212.

De manière très originale, la Haute juridiction a considéré qu'un boucher-chevillard qui vend la totalité des composants de son fonds à une directrice d'école de commerce, excepté la clientèle, cède en substance le fonds et il doit exécuter les formalités propres à la vente d'un fonds de commerce (Cass. Com., 10 mars 1970, n° 67-13.697, *Bull. civ.* IV, n° 92, *D.* 1970, jur., p. 586 ; *Deffr.* 1971, art. 49897, note J. VIATTE).

l'immobilisation par destination et l'universalité : la première, à l'inverse de la seconde, n'est pas un bien.

428. Le processus de réification qui provient de la réunion de plusieurs biens se retrouve néanmoins à l'endroit de la chose composée. *A priori*, le résultat accompli est le même que celui de l'universalité, ce qui justifie d'étudier les différences entre ces deux ensembles.

II) Le bien universel et le bien composé

429. **Exposé du problème.** L'opposition du bien universel et du bien composé est utile et nécessaire, car il n'est pas rare de voir, dans les ouvrages d'enseignement, l'universalité rangée parmi les biens composés⁹¹⁸. La confusion est aisée, car le bien composé et l'universalité procèdent d'une réunion artificielle de plusieurs choses⁹¹⁹. La chose composée et l'universalité ne s'en opposent pas moins radicalement.

430. **Une unité dans la pluralité.** La confusion entre le bien composé et l'universalité est facilitée par le fait que ces deux notions ont en commun de désigner des ensembles de choses qui se réifient. Contrairement aux ensembles fondés sur la règle de l'accessoire, ces deux-là constituent un bien. Leur proximité est telle qu'il arrive qu'un même bien soit qualifié de bien composé ou d'universalité selon les auteurs⁹²⁰. Le navire, par exemple, est universalité pour certains⁹²¹, bien composé pour d'autres⁹²².

431. Le navire est composé d'une coque et d'agrès⁹²³. À la coque, d'autres éléments viennent s'agréger. C'est sur ce point particulier que la chose composée se distingue de l'universalité. L'agrégation des biens entre eux crée un lien si intime que leur dissociation est impossible : « *il n'est pas permis au juriste de distinguer entre la coque et les agrès et apparaux, puisqu'au point de vue technique tous ces éléments sont indispensables à l'existence et à la vie du navire* »⁹²⁴. Mieux, « *les agrès et apparaux ne sont pas plus indépendants du navire que le sont des bâtiments et des balcons, les gouttières et les*

⁹¹⁸ V. en ce sens W. DROSS, *Droit des biens*, *op.cit.*, n° 392, p. 325.

⁹¹⁹ G. GROSSO, *diritto romano. Le Cose*, *op.cit.*, n° 54, p. 82. En effet, l'auteur précise, à propos des choses composées, qu'elles « *risultano dall'unione artificiale di più cose* ».

⁹²⁰ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 187, p. 116. V. aussi R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004*, art. préc., n° 34, p. 297 et suiv.

⁹²¹ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 145.

⁹²² R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 568, p. 419 et p. 420.

⁹²³ E. DE SOLA, *La notion d'agrès et apparaux*, LGDJ, 1974, n° 20, p. 29.

⁹²⁴ J. BONNECASE, *Traité de droit commercial maritime*, *op.cit.*, n° 217, p. 224.

paratonnerres ; ils sont pour partie la substance même du navire »⁹²⁵. Le bien composite procède donc d'une accession.

432. Le bien composé suppose l'incorporation. Le bien composé procède du mécanisme de l'accession. Les biens dont il procède s'unissent et s'incorporent les uns aux autres au point de former une unité nouvelle. S'agrégeant mutuellement, ils perdent leur individualité⁹²⁶, même s'ils demeurent matériellement séparables. Autrement dit, l'autonomie juridique que l'on reconnaît volontiers aux éléments de l'universalité n'existe pas dans le bien composé. Les éléments qui composent ce type de bien se lient entre eux et disparaissent derrière l'unité qu'ils constituent. Ils n'existent plus *ut singuli*, ils fusionnent, s'incorporent et altèrent leur individualité juridique⁹²⁷. Le régime de l'accession mobilière établi par les articles 566 et suivant du Code civil consacre cette idée en n'admettant le détachement des biens que de manière exceptionnelle⁹²⁸.

433. Le bien composé permet l'acquisition de la propriété de l'accessoire. En vertu des principes de l'accession, le bien composé permet d'acquérir l'accessoire du bien dont on est propriétaire. Il s'agit donc d'un mode d'acquisition originaire de la propriété. À l'opposé, le bien universel ne permet absolument pas d'acquérir la propriété des éléments contenus s'il y a divers propriétaires. Il est même concevable qu'un bien universel soit composé de biens appartenant à des personnes différentes. En pratique, cette situation peut vite devenir conflictuelle et conduire à une dévalorisation économique du bien. Les droits étrangers qui ont consacré la notion d'universalité tendent, pour cette raison, à l'écarter. Il en est par exemple, du Code civil italien, qui décide que l'universalité est composée de biens appartenant à une même personne⁹²⁹.

434. Union d'universalités. Si l'accession est ce qui permet de distinguer le bien universel du bien composé, elle n'est pas radicalement incompatible avec l'universalité. Comme tout

⁹²⁵ R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, th. préc., p. 316.

⁹²⁶ V. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 24, p. 297.

⁹²⁷ V. en ce sens, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, th. préc., n° 1191 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 188, p. 117 ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 138 ; J.-P. BERTREL, « L'accession artificielle immobilière », *RTD.Civ.* 1995, p. 742.

⁹²⁸ Ces dispositions sont héritées du droit romain et les juristes d'époques considéraient que tant que la chose composée dure, la revendication de la chose jointe est exclue. En revanche, lorsque la chose venait à être séparée de l'autre, considérée comme appartenant à un tiers, elle peut être revendiquée. Il était alors possible d'intenter l'*actio ad exhibendum* pour obtenir la séparation de la partie séparable, et une fois séparée, sa revendication (G. GROSSO, *diritto romano. Le Cose, op.cit.*, n° 55, p. 84) pouvait être exercée. La séparation étant impossible ou peu souhaitable, la loi permet au propriétaire de la chose principale d'acquérir la propriété de l'accessoire. L'intérêt est de préserver la valeur économique résultant de l'union des biens (W. DROSS, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, th. préc., n° 272 et suiv.).

⁹²⁹ Art. 816 C. civ. italien.

bien, le bien universel peut s'incorporer à un autre bien. Le droit des biens issu du Code civil est centré sur la corporéité et la matérialité, en sorte que le mécanisme de l'accession n'est envisagé qu'au seul plan physique. L'union de deux biens incorporels ne nous semble cependant pas incongrue. Quelques auteurs y sont favorables⁹³⁰ et la jurisprudence ne semble pas lui témoigner de l'hostilité. Elle n'hésite pas à faire jouer le mécanisme de l'accession lorsque deux fonds de commerce appartenant à des propriétaires différents se sont unis pour n'en former qu'un seul⁹³¹. Cette solution illustre de manière éloquente l'insertion de l'universalité dans le droit des biens. L'utilité de la fusion de deux universalités apparaît lorsque le bien universel, initialement identifiable par le principe organisateur qui lui était propre, vient à répondre aux exigences d'un autre principe organisateur, inhérent à une seconde universalité. De deux biens universels, il n'en restera plus qu'un seul lorsque le principe organisateur de l'un se sera fondu dans l'autre.

435. L'incorporation d'un bien dans l'universalité. Hormis l'union des biens universels, l'accession joue un rôle dans les universalités lorsqu'un bien s'intègre dans une universalité alors qu'il appartient à un tiers. Par exemple, « *des marchandises appartenant à X sont intégrées dans le stock d'un fonds de commerce appartenant à Y, ce dernier peut-il prétendre qu'elles y ont été incorporées* »⁹³² ? La réponse à cette question est délicate, car elle peut conduire à confondre bien composé et bien universel au détriment de leurs spécificités. Les biens ne composent l'universalité que par l'intermédiaire d'un lien d'affectation⁹³³, alors que les biens participants de la structure du bien composé sont matériellement liés entre eux. En théorie, l'insertion dans une universalité d'un bien qui n'appartient pas au même propriétaire ne devrait pas conduire à évincer le propriétaire de ce bien. La jurisprudence n'est cependant pas en ce sens. La Cour de cassation a affirmé que l'affectation de marchandises ou matériels au fonds de commerce d'autrui en rend propriétaire celui auquel appartient le fonds⁹³⁴. Les juges du droit semblent donc déduire les mêmes conséquences juridiques à l'incorporation d'un bien dans une universalité que celle de son intégration dans un bien composé : une acquisition originaire de la propriété.

Toutefois, les solutions jurisprudentielles s'expliquent très rationnellement. La constitution d'une universalité procède d'une affectation qui réside, à tout le moins

⁹³⁰ W. DROSS, *Droit des biens, op.cit.*, n° 397, p. 328 ; P.-Y. GAUTIER, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculiens et des Sabinien », *D.* 1988, chr., p. 152 suiv.

⁹³¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mai 1990, n° 87-18.040 ; *JCP N.* 1991, II, p. 61, note PH. SIMLER.

⁹³² W. DROSS, *Droit des biens, op.cit.*, n° 398, p. 328.

⁹³³ V. *Infra*, n° 445.

⁹³⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 nov. 1950, *JCP G.* 1952, II, 6702, note A. COHEN ; *Defr.* 1979, p. 624, obs. A. COLOMER.

initialement, dans la volonté du propriétaire. L'universalité ne peut donc être composée que des seuls biens appartenant au propriétaire qui décide de leur imprimer une cohésion fédératrice. Si, par la suite, le bien d'un tiers vient intégrer l'universalité, lors de l'administration du bien par le tiers par exemple, il est logique que le propriétaire du bien universel devienne propriétaire du composant ajouté, car le droit réel qui s'exerce sur l'universalité rejaillit sur ses composants. Le propriétaire du contenu ne peut être que le propriétaire du contenant. Cette logique est accentuée par le fait, comme nous le verrons plus tard, que l'universalité se structure autour d'une communauté d'affectation. Le composant nouvellement ajouté peut être crucial pour cette communauté, en sorte que l'unité d'appropriation est commandée par des exigences pratiques⁹³⁵. La logique qui fonde l'acquisition de la propriété par le propriétaire du bien universel n'est donc pas la même que celle du bien composé et du mécanisme de l'accession. L'originalité du mécanisme de l'universalité est ainsi préservée.

436. **Une évolution envisageable ?** Une évolution des solutions jurisprudentielles précédemment exposées est cependant concevable. Dans le cadre de l'EIRL, le Code de commerce reconnaît la possibilité pour l'entrepreneur d'affecter à son activité des biens dont il n'est pas l'unique propriétaire. C'est ainsi que l'article L. 526-11, alinéa 1, du Code de commerce l'autorise à affecter des biens communs ou indivis. Une telle disposition complexifie le traitement juridique de l'EIRL, mais elle est de nature à mettre un peu plus en évidence la singularité du bien universel, car le lien fonctionnel et intellectuel qui anime l'universalité autorise qu'un bien indivis puisse composer l'universalité.

437. Les règles de l'indivision n'entrent pas en contradiction avec les règles de l'universalité et en particulier celle qui veut que l'universalité ne puisse être composée que des biens d'un seul et même propriétaire. L'article L. 526-11 du Code de commerce impose, en ce qui concerne l'affectation d'un bien indivis, l'obtention de l'accord des indivisaires ainsi que leur information quant aux droits des créanciers sur l'universalité. Bien que la loi soit peu diserte, il semble qu'en réalité, ce soit sa quote-part indivise seulement que l'entrepreneur affecte à l'universalité. L'accord des co-indivisaires permet quant à elle l'officialisation de l'utilisation privative d'un bien indivis⁹³⁶ par l'entrepreneur. Autrement

⁹³⁵ V. *Infra*, n° 701.

⁹³⁶ Sur ce point : J.-P. SENECHAL, « L'affectation de biens communs ou indivis », *Bull. Joly Entreprises en difficultés*, 2001, p. 62 ; A. KARM, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et les régimes matrimoniaux », in *Colloque L'EIRL « La consécration du patrimoine professionnel d'affectation » (Loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée)*, Dec. 2010, Nantes, France, spéc. n° 10.

dit, l'entrepreneur affecte la quote-part qui lui appartient et obtient de ses co-indivisaires l'usage exclusif et privatif du bien affecté à l'activité professionnelle. L'affectation d'un bien indivis n'entraîne pas un transfert de propriété, mais uniquement une modification du régime de l'indivision. Dès lors, l'entrepreneur sera redevable d'une indemnité à l'indivision pour la jouissance exclusive du bien indivis⁹³⁷.

438. En définitive, l'affectation d'un bien indivis à une universalité dans l'EIRL complexifie l'analyse, mais elle ne renouvelle pas la jurisprudence établie. L'affectation porte non sur le bien indivis, mais sur la quote-part de l'entrepreneur sur ce bien. En revanche, l'affectation a une incidence au stade de l'utilisation du bien, car les co-indivisaires de l'entrepreneur ne pourront plus jouir et user du bien, qui sera exclusivement affecté à l'universalité. La loi ne semble donc pas appréhender les biens qui composent l'universalité autrement que comme des biens appartenant à celui qui crée l'universalité.

Conclusion section.

439. L'universalité se différencie nettement des autres ensembles de biens qui peuplent notre droit civil. Ainsi, l'universalité ne s'inscrit pas dans un rapport principal/accessoire. Il est en effet complexe, sinon impossible, de déterminer quel est l'élément principal de quel est l'élément accessoire dans une universalité. Certains éléments sont certes primordiaux, mais leur caractère essentiel ne postule pas leur caractère principal. Surtout, les ensembles qui s'inscrivent dans un rapport principal/accessoire ne se réifient pas. Le régime juridique du bien principal s'impose à l'accessoire, mais l'ensemble n'est pas un bien.

440. L'universalité se distingue également de la chose composée en ce que, dans ce type de bien, l'union se réalise grâce à l'incorporation. Cela suppose que les biens perdent leur

⁹³⁷ Art. 815-9, al. 2, C. civ.

Lors de la cession de l'universalité contenant un bien indivis, il ne semble pas *a priori* nécessaire que l'indivisaire entrepreneur ait une nouvelle fois besoin de l'accord de ses co-indivisaires. La liberté de disposer de sa quote-part implique la liberté de disposer de l'universalité contenant la quote-part. Dès lors, l'utilisation privative du bien acceptée par les indivisaires devrait se poursuivre avec le cessionnaire de l'universalité, lequel entrera dans l'indivision à hauteur de la quote-part du cédant sur le bien indivis affecté à l'EIRL. Il paraît, pour cette raison, impérieux que l'information demandée aux indivisaires lors de l'affectation de l'usage du bien indivis à l'universalité porte sur tous les tenants et aboutissants de l'affectation, notamment les conséquences induites de la cession. Car, en dernière analyse, l'affectation du bien indivis à l'universalité devrait avoir pour conséquence de paralyser le droit de préemption de l'article 815-4 du Code civil. Cette paralysie s'explique pour deux raisons. La première concerne la lettre de l'article 815-4 du Code civil : son champ d'application est celui de l'hypothèse où l'indivisaire entend céder « tout ou partie de ses droits », alors que la cession des droits indivis dépendant d'une EIRL est une conséquence et non une cause principale de la cession de l'universalité de l'EIRL. La seconde raison de l'éviction de l'article 815-4 est la *ratio legis*. Ce texte a pour objectif d'offrir aux co-indivisaires la possibilité de se substituer au cessionnaire en payant le prix convenu. Or, lors de la cession de l'universalité, le prix convenu est celui de l'utilité fédératrice, de l'universalité, non celui du droit indivis. La valeur de l'universalité n'informe pas sur la valeur vénale de l'affectation du bien indivis.

individualité. Il en est fondamentalement différent de l'universalité qui, comme nous allons le voir maintenant, fonctionne grâce à un lien intellectuel.

SECTION III. L'AFFECTATION UNIVERSELLE

441. **L'affectation au cœur de l'universalité.** La nouvelle approche de l'universalité que nous défendons identifie la notion à un ensemble de biens qui se réifie. L'ensemble réifié prend le nom de bien universel, un bien issu d'une pure valeur d'usage et/ou d'échange représentative de la fédération des biens autour d'une finalité commune. Composée de plusieurs biens, l'universalité est structurellement hétérogène, mais, par son principe fédérateur, elle est considérée comme juridiquement homogène.

Les biens sont fédérés entre eux par un lien, non pas matériel, mais intellectuel, qui résulte du fait qu'ils concourent tous à la réalisation d'une même finalité. Leur affectation est au cœur de l'universalité. Elle est la cause finale qui permet de faire une synthèse fonctionnelle de l'ensemble.

442. **Définition de l'affectation.** La notion d'« affectation » est peu élaborée en droit français⁹³⁸. Une question préalable se pose, celle des rapports qu'entretient l'affectation avec la notion de destination⁹³⁹. Il n'est pas rare, dans les études de droit privé, de voir utiliser concurremment les termes « affectation » et « destination »⁹⁴⁰, généralement pour décrire un phénomène juridique similaire, voire identique : *la détermination d'un usage précis assigné à la chose par son propriétaire*⁹⁴¹. La distinction est, à notre sens, purement sémantique. En théorie et en pratique, les deux formules se rejoignent sur l'idée de manifestation d'une volonté du sujet sur sa chose pour en déterminer l'usage. Cette volonté est imprimée à la

⁹³⁸ Seul le Code de commerce utilise l'expression d'« affectation » à l'occasion de l'étude de l'EIRL. V. art. L. 526-6 C. com. L'article parle de l'affectation des biens à une activité professionnelle. À l'inverse, le Code civil du Québec se réfère souvent à l'idée d'affectation qu'il s'agisse d'un ensemble de biens (art. 1030, 1955, 1959, 1966, 2716 et 1876 C.c.Q) ou d'un patrimoine d'affectation (art. 2 al. 2, 302, 915, 1261, 1265, 1278 et 1306 C.c.Q).

⁹³⁹ R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 9, p. 10 ; B. MALLEY-BRICOUT, « Propriété, affectation, destination. Réflexions sur le lien entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*. 2014, n° 2 ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, th. préc., n° 42.

⁹⁴⁰ R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 9, p. 10 ; B. MALLEY-BRICOUT, « Propriété, affectation, destination. Réflexions sur le lien entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*. 2014, n° 2.

⁹⁴¹ Cette idée ressort des deux principales thèses. M. Guinchard, qui précise qu'affecter c'est « *soumettre un bien à un usage déterminé* » (S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, th. préc., n° 15) et M. Boffa, qui définit la destination comme « *la norme d'usage assignée à une chose* » (R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 581, p. 431).

chose au point de lui devenir inhérente⁹⁴². En procédant de la sorte, le propriétaire poursuit un intérêt, une finalité. Affectation et destination sont en réalité les parties d'un même tout : la réservation de l'usage d'une chose (destination) à la réalisation de quelque chose (affectation)⁹⁴³. Les deux notions procèdent d'un même phénomène qui est l'acte d'affecter.

443. L'acte d'affecter est fondamental dans le bien universel, il est la condition de son existence (**I.**). Toutefois, il est une manifestation de volonté, ce qui pose le problème de la forme qu'il peut revêtir (**II.**).

I) L'engendrement du bien universel par l'affectation

444. **L'affectation, vie et mort de l'universalité.** L'affectation est l'élément structural de l'universalité. Elle détermine son existence : elle est l'élément nécessaire pour faire naître un bien universel (**A.**) et sa disparition provoque son extinction (**B.**).

A) La naissance du bien universel par l'affectation

445. **Le processus d'universalisation**⁹⁴⁴. Le processus d'universalisation est l'acte par lequel un ensemble de biens envisagé *ut singuli* peut devenir une globalité et offrir une analyse *ut universi*. Il est le passage du particulier au général par l'effet d'une affectation universelle.

Le processus d'universalisation, comme tout acte d'affectation⁹⁴⁵, se dédouble : il consiste d'une part dans la détermination de l'usage de certains biens (1), et d'autre part dans la définition de la finalité assignée à cet usage. La particularité du bien universel est que la finalité est, elle aussi, universelle (2). En effet, tous les biens concourent à la réalisation d'une finalité déterminée.

⁹⁴² V. en ce sens M.-L. MATHIEU-IZORCHE, préface à la thèse de R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc.

⁹⁴³ À l'aune de cette définition Mme Gaillard explique qu'il y a une dimension objective (destiner la chose à un usage) et une dimension subjective (pour une finalité précise) à l'acte d'affecter. V. A. GAILLARD, *Les fondements du droit des sépultures*, th. Lyon, 2015, n° 252, p. 413 ; V. égal. en ce sens, C. DEVREAU, *L'affectation de l'immeuble, étude de droit des biens et droit des contrats*, th. Nantes, 2008, n° 8, p. 18.

⁹⁴⁴ Le terme « universalisation » est un néologisme emprunté à Mme Kuhn. V. C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, th. préc., p. 45.

⁹⁴⁵ V. sur l'idée de structure duale de l'affectation/destination, C. CASSAGNABERE, « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », *RJDO*. 2013, p. 159 ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc.

446. Le processus d'universalisation réalisé, un bien nouveau en advient qu'il convient dès lors de classer (3).

1) *La détermination de l'usage des biens*⁹⁴⁶

447. **Un acte de volonté du propriétaire.** D'où provient l'affectation ? Est-elle « l'expression singulière d'une prérogative du propriétaire ou un nouvel attribut à la fois inhérent et méconnu du droit de propriété »⁹⁴⁷ ? La réponse à cette question nécessite un découpage de l'acte d'affecter.

Dans un premier temps, l'acte d'affecter suppose que le propriétaire exprime l'usage spécifique qu'il souhaite faire de sa chose, c'est-à-dire l'utilité caractéristique qu'il souhaite tirer de son bien, la manière dont il va en user⁹⁴⁸. L'affectation est donc la manifestation d'un acte d'autorité du propriétaire⁹⁴⁹ sur son bien ou rapporté à notre objet d'étude, sur plusieurs de ses biens. L'acte d'affecter ne se limite cependant pas à cette donnée élémentaire. Il intéresse moins ce que je fais effectivement de ma chose, que ce que je souhaite en faire présentement et à l'avenir. Un entrepreneur, par exemple, peut utiliser sa camionnette pour circuler (usage matériel), mais plus spécifiquement, il peut l'utiliser pour assurer les livraisons (usage affecté). Que l'on prenne l'exemple du fonds de commerce, du portefeuille de valeurs

⁹⁴⁶ M. Guinchard établit une distinction entre les affectations personnelles, qui réalisent la « protection d'un droit ou des tiers » (S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé*, th. préc., n° 96 et s.), et les affectations réelles, qui constituent des « instruments d'exploitation des biens » (*ibid.*, n° 47), lesquelles se subdivisent entre l'affectation d'un bien à un autre bien (*Ibid.*, n° 59) et les affectations qui réalisent une fonction d'exploitation (*Ibid.*, n° 82). En résumé, l'affectation personnelle se réalise au profit d'une personne ou d'un groupe de personnes, alors que l'affectation réelle tend vers l'exploitation d'un bien. Dans nos développements, l'universalité intéresse exclusivement les affectations qui réalisent une fonction d'exploitation. Cette dernière concerne l'hypothèse où il est nécessaire de déterminer l'usage des biens : économique, familiale, de gestion, etc. En revanche, l'utilité qui résulte de la communauté d'affectation — que l'on pourrait dire communauté d'usage —, c'est-à-dire le bien universel, comme tout bien, il peut réaliser tout autre type d'affectation, comme une affectation en garantie. Dans l'hypothèse d'une affectation en garantie, la valeur d'échange de l'universalité sera affectée.

En tout état de cause la distinction réalisée par M. Guinchard est critiquable dans la mesure où une affectation réelle peut, en même temps, effectuer une affectation personnelle : l'affectation d'un bien en garantie réalise une double affectation, personnelle, car le bien fait l'objet de la sûreté du créancier, et d'autre part réelle, car la sûreté est affectée au droit de créance. Si la même affectation réalise deux fonctions d'une même distinction, est-il encore pertinent d'établir cette distinction ? N'y a-t-il pas une convergence des deux fonctions vers une notion commune d'affectation qui nécessite toutefois de la révéler ?

⁹⁴⁷ B. ROY, « L'affectation des biens en droit civil québécois », art. préc., p. 385.

⁹⁴⁸ Initialement, le propriétaire d'une chose a vocation à recevoir tous les usages quelconques que son bien est susceptible de fournir. Logiquement, l'affectation choisie, c'est-à-dire l'usage déterminé, est l'une des utilités que son bien peut offrir.

⁹⁴⁹ V. en ce sens B. ROY, « L'affectation des biens en droit civil québécois », art. préc., p. 385 ; C. CASSAGNABERE, « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », art. préc., p. 168.

mobilières, du fonds de bétail, de la fiducie, le propriétaire va déterminer l'usage qu'il souhaite faire de son bien — une machine, une valeur mobilière, un animal, etc. —, et il va réserver cet usage. L'animal d'un cheptel sera utilisé pour son croît pour aucun autre usage. L'article L. 526-6, alinéa 2, du Code de commerce évoque nettement cet « usage » lorsqu'il dispose que l'entrepreneur peut affecter « *les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisé pour l'exercice de son activité professionnelle (...)* »⁹⁵⁰. Le terme « utilisé » fait référence à l'usage spécifique que le propriétaire a décidé de faire de son bien⁹⁵¹ et c'est cet usage qu'il a choisi d'utiliser à des fins spécifiques.

448. En dernière analyse, l'affectation s'avère être un acte de restriction. En effet, parmi toutes les utilités qu'un bien est susceptible de procurer, son propriétaire décide de n'exploiter que l'une d'entre elles. En exacerbant une utilité, il occulte les autres⁹⁵². Il opère un choix discriminant⁹⁵³. En conséquence, les autres utilités ne sont plus disponibles⁹⁵⁴, à tout le moins temporairement⁹⁵⁵. Aussi, l'affectation est l'expression d'une prérogative du propriétaire à travers le *jus utendi*⁹⁵⁶, mais il ne s'agit pas d'un mode banal d'exercice de la jouissance, car il a une dimension instituante.

La juridicité de l'acte d'affecter apparaît nettement dans son caractère restrictif ; le propriétaire se contraint à ne pas utiliser son bien pour une autre affectation que celle qu'il a choisie. La restriction aux pouvoirs du propriétaire qu'implique l'acte d'affectation, conduit également à considérer, comme le précise M. Guinchard, qu'affecter c'est autant disposer

⁹⁵⁰ Ce sont précisément les termes de l'article L. 526-6, al. 2, C. com. L'article explique, en des termes peu opportuns, que l'entrepreneur doit affecter les biens « nécessaires » à l'exercice de l'activité et il peut affecter les biens « utiles » à l'exercice de l'activité. En tous les cas l'usage des biens est réservé à l'exercice de ladite activité.

⁹⁵¹ L'article L. 526-6, alinéa 2, du Code de commerce prévoit, dans la phrase précédente, les biens « nécessaires » à l'activité. Il s'agit là des biens qui sont par nature destinés à être affectés à une activité économique.

⁹⁵² S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, th. préc., n° 13, p. 13.

⁹⁵³ F. FRENETTE, « La copropriété divise et le rôle ambivalent de la déclaration », Service de la formation permanente, Barreau du Québec Congrès du Barreau du Québec, Montréal 1998, p. 71, cité par B. ROY, « L'affectation des biens en droit civil québécois », art. préc., p. 385.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, n° 214, p. 187.

⁹⁵⁵ Très précisément, la temporalité de l'affectation s'inscrit dans la dépendance de la volonté du propriétaire. Ce que la volonté peut faire, la volonté peut le défaire. L'article L. 526-8-1 du Code de commerce témoigne nettement de cette réalité puisqu'il suffit à l'entrepreneur, pour désaffecter un composant, de l'enlever du compte de bilan annuel.

⁹⁵⁶ V. en ce sens B. ROY, « L'affectation des biens en droit civil québécois », art. préc., p. 385 ; F. FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », C. de D., 1979, n° 20, p. 439, 445 et p. 446. ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, th. préc., p. 445 et p. 446 ; S. NORMAND, « L'affectation en droit des biens au Québec », *RJTUM*. 2014, n° 48-2, p. 599.

En raison de ce critère, il devient encore plus net et évident que l'universalité ne peut être composée que des biens dont le maître de l'affectation est propriétaire.

qu'user du bien⁹⁵⁷. En déterminant l'usage du bien qu'il décide d'affecter à l'universalité, le propriétaire s'empêche de l'utiliser pour autre chose. Il subit donc une limitation de ses pouvoirs juridiques sur le bien⁹⁵⁸, il en dispose⁹⁵⁹.

449. **La destination objective des choses.** L'acte d'affectation est l'expression de la puissance et de la liberté du propriétaire. Avant de voir son sort réglé par lui, le bien est dépourvu d'existence intrinsèque, il n'est qu'une pure extériorité qui accède à la vie juridique par le prisme de la volonté de son propriétaire⁹⁶⁰. La personne imprime sa volonté à sa chose en lui attribuant un usage.

Toutefois, le pouvoir qu'a le propriétaire de décider du destin de sa chose n'est pas aussi souverain et discrétionnaire qu'il paraît. Il reste déterminé par la substance propre de la chose. Il peut imprimer un nombre considérable d'usages à son bien, mais il lui impose tout de même de travailler avec la matière qui le compose.

450. L'importance de la destination naturelle des choses a été mise en évidence par Jhering à l'occasion d'une controverse portant sur la possession et qui l'opposa à Savigny⁹⁶¹. Lors de ce débat, Jhering met en exergue la primauté de la destination objective de la chose dans la caractérisation de l'acte de possession. Il illustre sa thèse en prenant l'exemple d'une meule de foin placée dans un champ qui, selon l'auteur, reste possédée par le fermier en dépit de la maîtrise physique qu'en aurait autrui. Cet état naturel s'explique par le fait que l'utilité de la meule de foin est d'être posée dans le champ⁹⁶², c'est sa destination normale et attendue. Au détour de cette analyse, l'auteur souhaite démontrer que chaque chose a une utilité naturelle qui s'explique par la nécessité même de sa création. L'Homme — dans son exemple le fermier — s'est attardé à imaginer l'utilité d'une chose qu'il a fabriquée, la meule de foin,

⁹⁵⁷ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, th. préc., n° 423.

⁹⁵⁸ *Contra*. D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 313, p. 197.

⁹⁵⁹ La disposition ne se limite pas à l'aliénation (V. en ce sens F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 219, p. 335.), la première est plus large que la seconde. Fondamentalement, la disposition est le pouvoir de mettre dans une situation juridique nouvelle le bien dont on est propriétaire (*Ibid.*). Aussi, en déterminant l'usage d'un bien et en s'empêchant d'en jouir autrement (sur l'idée de restriction de jouissance, v. CASSAGNABERE, « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », art. préc., p. 168), le propriétaire dispose de celui-ci.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, n° 29, p. 26.

⁹⁶¹ Sur cette controverse, v. R. VON JHERING, *Du fondement de la protection possessoire ; du rôle de la volonté dans la possession*, trad. De Meulenaere, A. Maresc 1891 ; F.-C. VON SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, 1^{er} éd. 1803, trad. H. Stadler, 7^e éd. 1866 ; pour un résumé de la controverse, v. J.-M. TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers, Nature et fondement*, Economica, 1981.

⁹⁶² R. VON JHERING, *Du fondement de la protection possessoire ; du rôle de la volonté dans la possession, op.cit.*, p. 159 et suiv., surtout p. 164. L'auteur oppose cet exemple à celui où une personne trouve un bijou dans ce même champ. La destination naturelle de ce bijou n'est pas d'être dans ce champ. Il serait ainsi présumé perdu et son inventeur en serait le possesseur.

pour répondre à un besoin précis. De la sorte, la chose a une « utilité originelle » que l'on ne peut ignorer ce qui, juridiquement, a des conséquences⁹⁶³. L'objet porte les limites de son utilité ce qui, *de facto*, limite objectivement son affectation.

Dans le même sens, Demolombe expliquait que tous les usages « *si divers et si nombreux auxquels les biens sont employés, toutes ces fonctions si variées qu'ils remplissent dans nos habitudes sociales, dépendent assurément beaucoup de leur substance propre* »⁹⁶⁴. Il est donc indéniable « *qu'en tant que telle une chose, en fonction de sa nature, est porteuse d'une destination objective, ou à tout le moins que la nature de la chose bride la liberté de l'individu dans son utilisation* »⁹⁶⁵. M. Boffa ajoute à cet égard que la « *destination essentiellement industrielle* » d'une carrière est incompatible avec l'application des règles du bail rural⁹⁶⁶. Les spécificités naturelles de la carrière répugnent à ce que le lieu puisse être utilisé comme un terrain agricole. La volonté du propriétaire se trouve limitée du fait d'un état naturel qui s'impose par la force des choses. De cette manière, l'état naturel d'une chose est indirectement une source concurrente de la destination⁹⁶⁷. À l'état latent, la chose recèle certaines utilités qu'elle est susceptible d'offrir, au sein desquelles il appartient au propriétaire de faire son choix.

Aussi, l'utilité originelle d'un bien, sa destination objective, est une limite à l'expression de la volonté propriétaire dans la détermination de l'usage de la chose, et de ce fait, la destination objective d'un bien est également une limite à son intégration dans une universalité.

451. Le conditionnement légal de la volonté du propriétaire. Outre le donné naturel, l'acte d'autorité du propriétaire est déterminé par les termes de la loi⁹⁶⁸. Sa volonté ne sera pas directe et déterminante, mais, là encore, indirecte. En plus de parfois imposer une destination à certains biens dans un objectif d'intérêt général⁹⁶⁹, le législateur peut également imposer à la volonté privée de s'exprimer dans un cadre juridique précis. L'acte d'autorité d'affectation reste individuel, mais il est nettement conditionné par le mécanisme juridique offert par le

⁹⁶³ La conséquence juridique qui découle de l'affectation naturelle d'un bien, dans l'exemple donné par Jhering, est l'impossibilité pour le tiers d'être considéré comme possesseur de la meule de foin. C'est donc le fait de détenir la chose conformément à sa destination qui permet de considérer qu'une personne possède un bien.

⁹⁶⁴ CH. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, *op.cit.*, n° 18, p. 11.

⁹⁶⁵ R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 31, p. 29.

⁹⁶⁶ R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 19, p. 21. V. sur ce point, Cass. Soc., 12 mai 1960, *D.* 1960, p. 711 ; *JCP G.* 1960, II, 11760, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART.

⁹⁶⁷ R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 35, p. 31.

⁹⁶⁸ B. MALLET-BRICOUT, « Propriété, affectation, destination. Réflexions sur le lien entre propriété, usage et finalité », art. préc., n° 2, n° 1 ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 46, p. 38 et suiv.

⁹⁶⁹ V. à propos, R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 60, p. 45.

législateur. Il en est par exemple ainsi avec l'article L. 526-6, alinéa 2, du Code de commerce lorsqu'il conditionne l'acte d'affectation de l'entrepreneur individuel aux biens nécessaires ou utiles à l'activité économique⁹⁷⁰. La volonté du propriétaire dans la détermination des biens qu'il peut utiliser est conditionnée par une disposition législative. À l'aune de cette disposition, les juges vont avoir pour rôle, en cas de litige, de vérifier l'utilité du bien dans la réalisation de l'activité économique. Ils vont ainsi encadrer l'usage des biens que l'entrepreneur souhaite affecter à son activité économique. La volonté de l'entrepreneur dans l'affectation des biens est donc juridiquement conditionnée. Cela signifie donc que, corrélativement, l'entrepreneur ne peut affecter des biens, inutiles à l'activité économique entreprise, sur le simple fait qu'ils représentent une forte valeur économique. L'intérêt d'une telle affectation ne serait pourtant pas anecdotique. Le mécanisme de l'EIRL venant limiter la responsabilité de l'entrepreneur sur un ensemble de biens déterminés, il aurait pu être utile à ce dernier d'affecter un bien pour sa seule valeur économique. Toutefois, le mécanisme créé par le législateur est ancré sur le développement d'une activité, davantage que sur la garantie. La cohérence unificatrice de l'universalité postule que l'usage des biens concourt au même intérêt : l'activité économique déployée. Cela signifie également que la seule valeur d'échange des biens n'est pas suffisante à créer une universalité. Il faut une interdépendance d'usage, c'est-à-dire la réunion de la valeur d'usage des biens. Nous retrouvons ce trait d'identité de la notion d'universalité dans tous les ensembles de biens qui peuplent notre droit civil : portefeuille de valeurs mobilières, fonds de commerce – par extension les fonds –, fiducie, etc. Cela n'empêche pas que la valeur d'échange de l'universalité soit, par la suite, affectée en garantie.

L'encadrement de la volonté du propriétaire par le législateur se retrouve également dans les autres universalités. Il en est par exemple ainsi du troupeau. En matière de bail à cheptel par exemple, le Code civil définit le troupeau et prévoit qu'« *on peut donner à cheptel toute espèce d'animaux susceptible de croître ou de profit pour l'agriculture et le commerce* »⁹⁷¹. Les animaux qui forment le cheptel, objet du bail, doivent donc être susceptible de croître ou de profit. Leur usage est ainsi réservé à ces spécificités. L'encadrement légal est évidemment large, mais il conditionne néanmoins la volonté du propriétaire dans l'usage des biens. De même, à propos de la fiducie, l'article 2011 du Code civil précise que l'universalité peut

⁹⁷⁰ V. sur ce point J. VALLANSAN, « La volonté d'affectation des droits et des biens par l'EIRL », Cahiers de droit de l'entreprise, n° 3, mai 2011, doss. 14.

⁹⁷¹ Art. 1802 C. civ.

comprendre « des biens, des droits ou des sûretés ». Certes la formule est redondante⁹⁷², les droits sont également des biens autant que les sûretés, mais le législateur encadre néanmoins la volonté du constituant en précisant la nature juridique des éléments qu'il peut utiliser.

La loi encadre encore la volonté du propriétaire à propos du fonds de commerce lorsqu'elle prévoit ce sur quoi un acte juridique qui le saisit doit *a minima* porter. Il en est par exemple ainsi à l'article L. 142-2 du code de commerce lorsqu'il précise, d'une part, quels sont les éléments du fonds de commerce susceptibles d'être compris dans le nantissement, d'autre part, quels sont, à défaut de désignation expresse dans l'acte de constitution, ceux qui se trouvent nantis de plein droit : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage. Le législateur recherche ainsi les éléments dont l'utilité est primordiale pour maintenir l'activité économique, c'est-à-dire ceux que l'exploitant doit nécessairement utiliser.

452. L'encadrement légal de la volonté du propriétaire vient certes restreindre la volonté du propriétaire dans les choix des biens qu'il souhaite affecter, mais elle présente l'utilité de déterminer les conditions d'alimentation de l'universalité. Celles-ci doivent cependant se conjuguer avec le but commun auquel concourt l'usage des biens qu'il a décidé d'affecter.

2) *Le but de l'usage des biens*

453. **La détermination de l'intérêt poursuivi.** La spécificité de l'affectation est d'être duale : elle est d'un côté la finalité choisie des biens qui procède de la volonté du propriétaire et qui imprime en eux un usage spécifique ; de l'autre côté, elle est la finalité projetée qui exprime l'intérêt — familial, économique, etc. — que le propriétaire souhaite poursuivre. De toute évidence, « *sans la conception d'un évènement futur que la volonté tend à réaliser, il ne peut y avoir d'action consciente* »⁹⁷³, aussi, « *la projection que supposent les termes de finalité et de but, permettent de faire le lien entre intérêt et volonté au sein du mécanisme de l'affectation* »⁹⁷⁴.

⁹⁷² F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 262, p. 417.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 24.

⁹⁷⁴ C. CASSAGNABERE, « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », art. préc., p. 171.

454. Le propriétaire détermine l'usage des biens, mais il le fait parce qu'il poursuit un intérêt, un but précis⁹⁷⁵. À travers cet intérêt, il souhaite obtenir un résultat qui découle de l'acte d'affecter⁹⁷⁶. Par exemple, lorsqu'un entrepreneur détermine l'usage de sa camionnette (livraisons) et de son téléphone (appels), il le fait pour l'exploitation, donc dans l'intérêt de son activité économique. La finalité poursuivie est le résultat de l'acte d'affectation. Dans l'universalité, le propriétaire fixe une communauté de destin à tous les biens qu'il souhaite utiliser : tous les biens font l'objet d'un usage spécifique et ils seront unis par une fin commune qui les transcende, un intérêt global. L'universalité n'est pas la somme des utilités particulières des biens réunis, mais la somme des utilités toutes mobilisées pour la poursuite d'un seul et même intérêt. Avec le bien universel, l'intérêt poursuivi est commun à tous les usages, si bien que la spécificité du procédé d'universalisation est d'unir les usages autour d'un intérêt commun. C'est l'intérêt qui est la cause de la fédération des biens.

455. **La cristallisation par l'intérêt poursuivi.** L'intérêt poursuivi cristallise l'ensemble que constituent les biens affectés et leur confère une cohérence ainsi qu'une destinée commune, qui est l'utilité recherchée. Cette utilité est procurée par la réunion des usages des différents biens associés. Le bien universel est la réunion des utilités de chaque bien au service de la promotion et de la satisfaction d'un intérêt. Par là, une interdépendance se crée entre l'usage des biens et l'intérêt poursuivi : la valeur d'usage des biens composants l'universalité s'apprécie selon leur utilité pour l'intérêt poursuivi de telle sorte qu'il se crée une « *indivisibilité fonctionnelle* »⁹⁷⁷ qui est le ferment de l'approche *ut universi* des biens. L'universalité se structure autour de l'usage déterminé des biens (l'utilisation concrète de chaque bien) et de l'intérêt poursuivi (l'utilité concrète de la combinaison des usages).

456. **Exemples.** L'article L. 526-6, alinéa 1, du Code de commerce, prévoit que « *tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale* ». En réalité, l'entrepreneur ne préconstitue pas, avant de l'affecter, un « *patrimoine séparé* »⁹⁷⁸, composé de tous les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur est titulaire et qui sont nécessaires à

⁹⁷⁵ V. en ce sens R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 163, p. 116 ; C. CASSAGNABERE, « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », art. préc., p. 169.

⁹⁷⁶ C. CASSAGNABERE, « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », art. préc., p. 169.

⁹⁷⁷ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, th. préc., n° 325, p. 277.

⁹⁷⁸ V. en ce sens J. DUBARRY et W. FLUME, « Patrimoine + Publicité = Responsabilité limitée. Une démythification de l'EIRL », *RLDC*. 2011, p. 85.

son activité⁹⁷⁹. C'est l'affectation commune des composants réalisée par l'EIRL qui fait naître un patrimoine séparé⁹⁸⁰. En effet, « (...) *la constitution du patrimoine affecté résulte du dépôt d'une déclaration* », laquelle doit être composée des biens, droits, obligations et sûretés. L'universalité de l'EIRL procède donc de la commune affectation des biens à une activité économique, laquelle advient à partir du moment où la déclaration est effectuée.

De même, dans l'opération de fiducie, le constituant va créer l'universalité en affectant des biens à une finalité commune généralement révélée par le contrat de fiducie. Il va par la suite transférer la propriété de l'universalité⁹⁸¹ au fiduciaire, lequel devra la gérer tout en respectant et préservant la communauté de destin que le constituant a imprimé dans cet ensemble en réalisant sa mission. Aussi, la propriété acquise par le fiduciaire est, comme le bien lui-même, affectée à l'opération de fiducie. La constitution de l'universalité peut être amenée à évoluer⁹⁸², mais le comportement du fiduciaire est encadré par la finalité choisie par le constituant⁹⁸³. La finalité fixe ainsi la direction suivie par tous les biens, elle encadre cette pluralité en les agréant d'un intérêt et d'une cohérence commune.

457. Les droits étrangers reproduisent un schéma similaire à propos d'ensemble de biens affectés à une entreprise. Il en est par exemple ainsi en droit italien, avec l'Azienda — fonds de commerce de droit italien qui s'apparente à l'EIRL de droit français⁹⁸⁴. En effet, l'article 2555 du Code civil italien définit l'Azienda comme « *l'ensemble des biens organisés par l'entrepreneur pour l'exercice d'une entreprise* » et l'article 2082 du même Code définit cette entreprise comme « *l'entrepreneur qui exerce professionnellement une activité économique organisée aux fins de la production ou de l'échange de biens ou de services* ».

⁹⁷⁹ Art. L. 526-6, al. 2, C. com.

⁹⁸⁰ Art. L. 526-7 C. com.

⁹⁸¹ Nous avons vu dans la première partie que la propriété du constituant est essentielle pour transférer la propriété de l'universalité au fiduciaire. V. *supra* n° 376 et suiv.

⁹⁸² « *L'actif du patrimoine fiduciaire se compose aussi de tous les droits acquis par le fiduciaire dans son éventuelle activité d'administration. La gestion des biens fiduciaires provoque la naissance incessante de droits incorporels, notamment de droit de créance, qui viennent s'ajouter aux actifs préexistants* », F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 277, p. 436.

⁹⁸³ Dans le cadre d'une fiducie-gestion, par exemple, le fiduciaire doit avoir un comportement actif, il est réellement obligé d'agir. Son obligation recouvre toutes les facettes de la gestion (P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, th. Paris I, 2001). Il peut ainsi conclure tous les actes nécessaires à sa mission ce qui peut le conduire à acquérir de nouveaux biens. La modification de la constitution de l'universalité est néanmoins encadrée par la communauté de destin que le constituant a imprimé dans l'ensemble. En ce sens, l'aliénation des éléments contenus dans l'universalité du fiduciaire constitue une modalité d'exploitation de l'universalité.

⁹⁸⁴ J. LARRIEU, « Le fonds de commerce. Une notion en évolution », in *Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? États des lieux et projections*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (DIR.), Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2008, pp. 23-254 ; V. en droit français sur le fait que le fonds de commerce est distinct de l'EIRL, A. DENIZOT, « Quelle place pour le fonds de commerce », in *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique*, E. BLARY-CLEMENT et F. PLANCKEEL (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 177.

L'organisation des biens est conçue par ces dispositions dans un intérêt précis : l'activité de l'entreprise⁹⁸⁵. Comme l'universalité de l'EIRL, l'Azienda italienne suppose qu'un entrepreneur réserve certains de ses biens à un usage professionnel⁹⁸⁶ dans le but d'exploiter une activité économique. Les deux mécanismes postulent la détermination de l'usage de plusieurs biens dans l'intérêt d'une finalité globale leur conférant une destinée commune.

458. L'acte créateur, le processus d'universalisation est plus délicat à appréhender dans le cas du fonds de commerce, du fait du silence de la loi. Toutefois, une analyse rigoureuse de l'institution conduit à observer qu'il s'agit d'un ensemble de biens affectés à l'exploitation d'une clientèle. La finalité poursuivie par son propriétaire et à laquelle concourent les biens qu'il a assemblés est d'attirer et de conserver une clientèle. C'est cette finalité qui fonde la cohérence globale et l'unité fonctionnelle de l'ensemble des composants du fonds. Elle est le fondement de l'affectation des éléments du fonds de commerce⁹⁸⁷. Elle n'est pas, à proprement parler, un élément du fonds de commerce⁹⁸⁸, elle est l'intérêt même qui est l'origine et le but de l'universalité, « *elle a cessé d'être un élément du fonds pour lui devenir quelque chose d'extérieur et de supérieur, son but, son critère, son fédérateur* »⁹⁸⁹. Le droit italien adopte une analyse similaire. La doctrine italienne refuse de considérer la clientèle comme un élément du fonds⁹⁹⁰, préférant parler de la capacité de l'ensemble de biens à conserver et attirer une clientèle, l'*avviamento*⁹⁹¹. Cette capacité est l'élément fédérateur qui postule l'existence de l'Azienda, tout autant que celle du fonds de commerce. Tous les éléments concourent à un intérêt qui leur est commun : la clientèle. Cette analyse concorde avec la jurisprudence française qui considère que la naissance du fonds est conditionnée par l'affectation des éléments à l'exploitation effective d'une clientèle déterminée⁹⁹². L'acte

⁹⁸⁵ En doctrine, les auteurs estiment que l'activité de l'entrepreneur ne peut se réaliser que par le moyen du fonds de commerce ; de même, l'organisation de biens qui ne serait pas destinée à permettre l'exercice de l'activité déterminée serait dépourvue de signification, G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 3^e éd., Turin, 1972, p. 37.

⁹⁸⁶ C'est la *ratio legis* de l'article L. 526-6 C. com.

⁹⁸⁷ P. CATALA, *la transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, art. préc., p. 185 et suiv., n° 24 ; pour B. Baccara, « La clientèle n'est pas l'essentiel du fonds de commerce : c'est l'objectif, le signe et/ou la preuve du fonds de commerce », B. BACCARA, « Le renouvellement des concepts (en marge du droit des franchises) », *D.* 2001, p. 16.

⁹⁸⁸ L'examen est similaire en ce qui concerne le fonds artisanal, le fonds agricole et le fonds libéral. En toute hypothèse, la clientèle est l'élément fédérateur.

⁹⁸⁹ P. DIDIER, « A quoi sert le concept de clientèle ? », in Mél. J. CALAIS-AULOY, *Études de droit de la consommation*, Dalloz 2004, p. 339.

⁹⁹⁰ Elle n'admet d'ailleurs pas sa cession. V. sur ce point A. GIORDANO, *Se possa esistere azienda senza avviamento*, *Foro Italiano*, 1950, I, p. 440.

⁹⁹¹ M. GHIRON, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, *Unione Tipografico*, 21^e éd., Torino, p. 266. L'auteur parle d'*avviamento* objectif qui représente l'ensemble des biens participants de la recherche de clients, et l'*avviamento* subjectif qui est la manière dont l'entrepreneur organise et use de son fonds.

⁹⁹² V. per ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-28.076.

créateur d'une universalité suppose une cohérence globale, une unicité d'intérêt. Dans le fonds de commerce, la communauté d'affectation se fait autour de la clientèle.

459. La fonctionnalisation de l'ensemble, c'est-à-dire sa communauté d'intérêts, permet de comprendre qu'un élément unique peut, temporairement, être seul dans une universalité. Le bien unique est provisoirement le seul qui permet de concourir à la finalité d'ensemble, même si cette communauté de destin postule, à terme, que d'autres viennent se joindre à lui. Le but commun aux usages des biens les encadre. Il détermine également les règles d'alimentations de l'universalité : les biens qui entrent dans l'universalité doivent être ceux dont l'usage permet de concourir à l'intérêt commun. Ainsi, en théorie, il est possible de concevoir qu'un bail à cheptel porte sur un seul animal, dès lors que celui-ci est envisagé *ut universi*⁹⁹³. Temporairement réduit à un seul, l'universalité qu'est le troupeau a vocation à s'agrandir du fait du croît des animaux, lesquels permettront de remplir la finalité globale choisie par le propriétaire.

3) *La classification du bien universel*

460. **Bien incorporel.** L'universalité est un bien nouveau dans l'univers juridique du droit des biens. Nous venons de le voir, sa création procède d'un mouvement spontané : la volonté du propriétaire d'affecter des biens ensemble. Aussi, on s'accorde généralement à qualifier le bien d'incorporel⁹⁹⁴. Procédant de la volonté du propriétaire, le bien universel est avant tout intellectuel⁹⁹⁵. Dès lors, même composée de biens corporels, l'universalité est un bien incorporel, car elle procède de l'affectation d'un ensemble de biens à un but commun. Elle est de ce fait une entité abstraite.

461. **Bien meuble.** La détermination de la nature mobilière ou immobilière de l'universalité ne va pas sans difficulté, notamment parce qu'elle est susceptible de contenir des biens

⁹⁹³ V. en ce sens, A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 127, p. 65.

⁹⁹⁴ V. en ce sens E. GOMBEAUX, *La notion juridique du fonds de commerce*, th. préc., spéc. p. 249 ; L. CREMIEU, « Le fonds de commerce, universalité juridique », art. préc., p. 311 et p. 389 ; R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », art. préc., p. 331 ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, op.cit., n° 499 ; J. SAVATIER, *Étude juridique de la profession libérale*, th. Poitiers, 1946, p. 104 ; R. LIBCHABER, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Biens », n° 64 ; J.-J. DAIGRE, « Du fonds libéral en général », Mélanges SAYAG, Litec, 1997, p. 191, spéc., p. 200 ; N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., n° 264 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, th. préc., n° 25, n° 7, n° 95 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 216.

⁹⁹⁵ S. BECQUET, *Le bien industriel*, th. préc., n° 25 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 216.

meubles et immobiliers⁹⁹⁶. L'intérêt de la question ne doit pas masquer son incongruité s'agissant d'un bien incorporel⁹⁹⁷. Toutefois, la prédominance du meuble dans les universalités suppose de les qualifier de bien meuble incorporel⁹⁹⁸. Il n'est pas nécessaire d'exagérer outre mesure l'enjeu de la qualification, même si elle montre que les classifications traditionnelles s'accordent mal à l'originalité du bien universel. La résistance de la notion n'empêche pas sa réalité : elle est une chose appropriable et dans le commerce. Il est surtout primordial, pour que sa qualification de bien perdure, de maintenir la communauté d'affectation.

B) L'effet extinctif de la cessation de l'affectation

462. **L'extinction du bien universel par la disparition de l'affectation.** L'importance de l'affectation dans la structure du bien universel est telle qu'elle conditionne son existence. Dans l'universalité fiduciaire, le décès du constituant, c'est-à-dire celui qui cristallise sa volonté dans l'ensemble de biens, entraîne la disparition de la fiducie⁹⁹⁹. La fiducie se termine aussi lorsque le but poursuivi par le constituant est accompli avant l'arrivée du terme. C'est dire que la disparition ou la réalisation de l'affectation entraîne la disparition de l'universalité. Pareillement, le bien universel formé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est dissous pour l'avenir par suite du décès de l'entrepreneur ou de son renoncement à l'affectation¹⁰⁰⁰. Il suffit toutefois que la communauté d'intérêts unissant les biens persiste

⁹⁹⁶ Il en est ainsi avec la fiducie et l'EIRL par exemple.

⁹⁹⁷ V. sur ce point, TH. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et patr.* mars 2004, p. 20, spéc., p. 22 ; M. SATANOWSKY, « Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce », *RIDC.* 1955, p. 726 ; J. VAN GINDERACHTER, *De la nature du fonds de commerce et des conséquences qui en découlent sous l'empire des principes généraux et des lois spéciales*, Polydore Pee, 1938, n° 61, p. 77 ; Sur l'insuffisance de la distinction, M. DE LA GRASSERIE, *La distinction des biens en meubles et immeubles*, Paris 1896 ; G. GOURY, *Origine et développement historique de la distinction des biens en meubles et immeubles*, th. Nancy, 1897 ; L. BARTHO, *De la distinction des biens en meubles et immeubles*, th. Paris, 1886.

Certains auteurs défendent l'idée d'une qualification à la fois mobilière et immobilière. Ainsi, en présence d'une universalité composée de biens meubles et immeubles, un auteur québécois qualifie l'hypothèque de mobilière et immobilière (L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Yvons Blais, 1994, n° 369). D'autres auteurs estiment qu'un même bien pourrait être meuble pour l'application de certaines règles et immeuble sous d'autres rapports (CH. ATIAS, *Les biens, op.cit.*, n° 45 et suiv.).

⁹⁹⁸ La jurisprudence l'a très tôt précisé à propos du fonds de commerce : Cass. Req. 13 mars 1888, *DP.* 1888. 1. 351 ; CA Riom, 30 mars 1892, *DP.* 1892. 2. 220 ; CA Paris, 21 juill. 1892, *DP.* 1893. 2. 108. Les juges du droit ne la remettent pas en cause : v. par ex. Cass. Com., 16 févr. 1993, n° 91-13.277 ; Cass. Com., 8 déc. 2015, n° 14-24.816.

⁹⁹⁹ Art. 2029, alinéa 1^{er}, C. civ. En ce qui concerne la fiducie-sûreté, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 prévoit que, par dérogation à l'article 2029, que le décès du constituant, personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie-sûreté.

¹⁰⁰⁰ Art. L. 526-15, alinéa 1^{er}, C. com.

pour que l'universalité survive, ce qui se produit lorsque l'activité est poursuivie par un héritier ou un cessionnaire¹⁰⁰¹. Dans le fonds de commerce, c'est la disparition de la clientèle qui entraîne le morcellement de l'universalité et sa déshérence. Le fonds ne peut exister que s'il assure l'exploitation effective et continue d'une clientèle ; lorsque cette exploitation cesse et que la clientèle disparaît, « *le fonds a vocation à perdre son unité* »¹⁰⁰², il y a morcellement de l'universalité¹⁰⁰³.

463. De ces applications, il se dégage que le bien universel peut disparaître de deux manières.

La première dépend de la volonté du propriétaire. Cette volonté est directe lorsque le propriétaire décide de désaffecter lui-même les biens, car ce que la volonté peut faire, elle peut le défaire. La volonté d'éteindre l'universalité est indirecte par l'effet que provoque le décès ou la dissolution du propriétaire, indirecte parce que l'acte créateur de l'universalité, la volonté d'affecter, disparaît par suite de cet événement.

La seconde manière dont peut disparaître l'universalité réside dans le fait que l'intérêt poursuivi par son propriétaire cristallisé s'est accompli. La cessation de l'affectation consécutive à cet accomplissement entraîne le démantèlement de l'universalité, qui perd sa raison d'être. L'universalité cesse d'être un bien autonome pour revenir à l'état factuel d'un simple conglomerat dépourvu de sens.

¹⁰⁰¹ Il en est ainsi avec l'article L. 526-15 du Code de commerce. Il en est plus généralement ainsi des attributions préférentielles prévues aux articles 831 et suivant du Code civil. Les tribunaux vérifient généralement l'aptitude du repreneur à poursuivre l'activité, donc l'affectation. V. par ex. TGI Le Havre, 2 févr. 1967, *RTD.Com.*, 1968, p. 643, obs. JAUFFRET ; pour un refus, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 23 avr. 1985, n° 83-16.528. V. C. BRENNER, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Partage : modes d'attribution spécifiques », Janv. 2009, n° 85 et suiv. ; B. MALLET-BRICOUT, « Patrimoine d'affectation : fonctionnement et cessation », in *Entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, préf. F. TERRE, éd. Lexisnexis, coll. Droit 360°, 2011, pp. 41-64.

¹⁰⁰² C. ALBIGES, « L'obligation d'exploiter un bien », art. préc., n° 8 et suiv.

¹⁰⁰³ Cass. Civ. 3^e, 18 mai 1978, *bull. civ. III*, n° 205 ; Cass. Com., 29 janv. 2013, n° 11-28.690, *RTD.Com.* 2013, p. 225, obs. B. SAINTOURENS ; *LPA*, 8 nov. 2013, p. 7, note L. PAULET. S'agissant d'un fonds artisanal donné en location-gérance, mais dont l'exploitant avait sollicité l'arrêt de son activité et l'ouverture directe d'une procédure de liquidation judiciaire : « *c'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel, sans inverser la charge de la preuve, a estimé que le fonds artisanal était en ruine* » (Cass. Soc. 15 juin 2016, n° 15-12.956). Dans le cas d'un salon de coiffure, qu'exploitait seul le commerçant, il a été jugé que le fonds subsiste bien que, après décès de l'exploitant, les lieux fussent restés vides et inexploités pendant sept mois (CA Paris, 30 sept. 2004, 16^e ch. B, *BRDA* 23/2004, n° 20) ; dans le cas d'un restaurant resté fermé six mois : Cass. Civ. 3^e, 10 nov. 2009, n° 08-70.110, *NP, RTD.Com.* 2010, p. 273, obs. B. SAINTOURENS. Les juges du fond retiennent souverainement que l'interruption de l'exploitation n'avait pas été suffisamment longue pour entraîner la perte du fonds (Cass. Com., 29 janv. 2013, n° 11-2.690 ; dans le cas d'un fonds dont l'exploitation avait été interrompue de 1940 à 1946 : Cass. Com., 16 févr. 1993, n° 91-13.277, *Bull. civ. III*, n° 63 ; *RTD.Com.* 1993, p. 285, obs. J. DERUPPÉ ; Cass. Com., 3 décembre 2013, n° 12-20.991). Il faut donc se référer à la disparition de la clientèle (but vers lequel tend la fédération de biens) et non l'interruption temporaire d'exploitation qui n'est qu'un moyen matériel d'effectivement réaliser l'affectation (Cass. Civ. 3^e, 15 sept. 2010, n° 09-8.521 ; *RTD.Com.* 2011, p. 311, obs. B. SAINTOURENS ; *AJDI*, 2011, p. 287, obs. Y. ROUQUET ; *JCP E.* 2011, p. 2065, P.-H. BRAULT).

464. La communauté d'affectation est donc primordiale dans la structure du bien universel. Son importance est telle qu'elle pose le problème de sa connaissance par les tiers. L'affectation est un acte psychologique qui n'est pas toujours observable, ce qui pose le problème de sa forme.

II) La forme de l'affectation universelle

465. **De l'intériorisation à l'extériorisation de l'affectation.** La communauté d'affectation est ce qui provoque l'universalisation, c'est-à-dire le passage d'un ensemble de biens disparates et hétérogènes à une organisation cohérente et unitaire de l'usage des biens. La naissance d'un bien à partir de cette opération ne peut s'achever sans que les tiers puissent en avoir connaissance. Elle doit rayonner en s'extériorisant « *à travers des actes tangibles, pour que la destination ne se limite pas à une interprétation, toujours aléatoire, d'une volonté individuelle* »¹⁰⁰⁴. L'extériorisation de l'affectation transcrit formellement le procédé d'universalisation, et *de facto*, permet au bien universel de pleinement exister en tant que bien autonome.

466. Il reste à savoir comment extérioriser l'affectation de l'universalité. D'un point de vue théorique, la communication de la volonté de créer un groupement de biens se décompose dans la lecture et dans la connaissance de l'intérêt poursuivi par le propriétaire. En pratique, deux techniques, qui du reste peuvent se cumuler, permettent de produire ces résultats. L'une consiste dans l'acte juridique (A.), l'autre, dans la publication¹⁰⁰⁵ (B.).

A) L'acte juridique

467. **Les moyens de l'extériorisation relative.** L'acte juridique¹⁰⁰⁶ se définit en général comme l'« *acte de volonté destiné (dans la pensée de son ou de ses auteurs) à produire des*

¹⁰⁰⁴ R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 86, p. 67.

¹⁰⁰⁵ Dans le même sens, M. Boffa utilise la distinction entre interne et externe. V. R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 89, p. 68.

¹⁰⁰⁶ L'extériorisation de l'affectation grâce à l'acte juridique permet encore une fois d'insister sur le rejet de ce dernier comme acte créateur d'un bien universel. L'acte juridique participe de la cohérence du bien universel, car il réalise son appréhension unitaire, mais c'est l'affectation et la poursuite d'un intérêt par le propriétaire qui justifie que l'acte juridique soit global, non l'inverse. Autrement dit, l'acte juridique est seulement un moyen d'extérioriser l'affectation du bien universel, ce qui ne préjuge pas de son existence préalable, tant s'en faut.

effets de droit »¹⁰⁰⁷. Par cet effet, l'acte juridique permet à l'affectation de produire des effets de droit, en l'occurrence la création d'un bien. Grâce à l'acte juridique, la volonté humaine sort « *de l'esprit de l'individu* »¹⁰⁰⁸ pour acquérir un caractère formulé et donc objectif.

468. L'extériorisation de l'affectation par l'acte juridique peut prendre la forme non seulement du contrat¹⁰⁰⁹ (2), mais aussi de l'acte juridique unilatéral (1).

1) *L'affectation universelle par l'acte unilatéral*

469. **L'acte juridique unilatéral d'affectation.** « *Il est bien plus naturel à l'homme de vouloir tout seul que de vouloir à deux* »¹⁰¹⁰. Or, lors de la création de l'universalité, le propriétaire veut seul affecter certains de ses biens à une finalité commune. L'universalité présente ainsi la particularité de pouvoir résulter d'un acte de volonté unilatéral d'affectation. Cette manifestation de volonté va permettre la création d'un bien, le bien universel, et, partant, va établir un nouveau rapport de droit entre la création et son créateur. Le propriétaire des éléments du contenu et intégré à l'universalité, va se définir propriétaire de l'universalité, c'est-à-dire de l'utilité qui advient de la fédération du contenu. L'acte de volonté du propriétaire est une « *manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, à apporter quelque modification dans l'ordonnement juridique* »¹⁰¹¹ et, par ce fait, elle va « *produire des conséquences juridiques déterminées* »¹⁰¹². C'est en ce sens que la manifestation de volonté du propriétaire d'affecter des biens ensemble et de créer un bien nouveau est un acte juridique unilatéral. Il ne s'agit pas d'un simple fait dont le droit tire des conséquences, mais d'une réalité juridique appréhendée par le droit.

L'aptitude d'une personne à créer seule des effets de droit par l'expression de sa seule volonté a mauvaise presse, mais elle a cependant été consacrée à l'article 1100-1 du Code civil par l'ordonnance du 20 février 2016. La difficulté pour le propriétaire est de prouver l'existence de ce bien nouveau, donc l'affectation universelle.

¹⁰⁰⁷ Art. 1100-1 C. civ. ; V. aussi G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, « acte juridique » ; F. TERRE, *Introduction générale au droit, op.cit.*, n° 172, p. 171.

¹⁰⁰⁸ R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 89, p. 68.

¹⁰⁰⁹ Pour une limitation à la convention V. R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 89, p. 68.

¹⁰¹⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, n° 18.

¹⁰¹¹ *Ibid.*, n° 167, p. 323.

¹⁰¹² J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Collection U, Armand Colin, 8^e éd., 2000, n° 210, p. 217.

470. **L'acte instrumentaire d'affectation.** Afin de prouver l'acte juridique d'affectation du propriétaire, il faudrait produire un acte instrumentaire d'affectation universelle. Dans le cadre du mécanisme de l'EIRL, un tel acte se déduit d'une lecture combinée des articles L. 526-6 et L. 526-7 du Code de commerce. En effet, la loi exige de la part de l'entrepreneur une déclaration unilatérale d'affectation à travers lequel il manifeste sa volonté claire et non équivoque de réserver ses biens à un usage professionnel en vue d'exploiter une activité économique. L'acte juridique unilatéral d'affectation — la déclaration d'affectation — cristallise la volonté de l'entrepreneur d'unifier des biens au service d'une activité économique. C'est cette formalité qui rend objectif le bien universel et prouve ainsi son existence.

Quid des universalités pour lesquelles aucun formalisme n'est prévu par la loi l'hypothèse où aucune disposition légale ne vient prévoir ce type d'acte juridique ? *A priori*, rien n'empêche le propriétaire d'accomplir un acte juridique unilatéral d'affectation sur ses choses et de ce fait réaliser un acte instrumentaire d'affectation¹⁰¹³. En effet, une lecture combinée des articles 544 et 1100-1 du Code civil permet d'affirmer que les actes juridiques accomplis par le propriétaire sur sa chose ne peuvent être ignorés par quiconque en dépit de leur caractère privé et de l'ignorance que les tiers en ont¹⁰¹⁴.

2) *L'affectation universelle par contrat*

471. **La naissance de l'affectation par le contrat.** La fiducie est un contrat¹⁰¹⁵ par lequel le constituant transfère la propriété de l'universalité au fiduciaire. Dans le contrat de fiducie, le constituant précise la mission du fiduciaire, c'est-à-dire le but déterminé par lequel il doit agir¹⁰¹⁶. Le but du fiduciaire affecte sa propriété et rejaillit sur les biens transférés. Ainsi, le contrat de fiducie, en précisant la mission du fiduciaire, fixe l'affectation qui structure le bien universel. Le fiduciaire sera lié par cette affectation et il devra accomplir sa mission en conformité avec celle-ci¹⁰¹⁷. Autrement dit, à travers le contrat de fiducie, le constituant

¹⁰¹³ L'inventaire est un acte juridique unilatéral qui peut s'inscrire dans cette dynamique.

¹⁰¹⁴ F. ZENATI et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 106, p. 129.

¹⁰¹⁵ Art. 2012 C. civ.

¹⁰¹⁶ Art. 2011 C. civ.

¹⁰¹⁷ Le « *constituant est en effet le seul maître de la mission confiée au fiduciaire, le seul maître de l'affectation, du but déterminé dans lequel le fiduciaire qu'il a choisi va s'engager à agir* » : B. MALLET-BRICOUT, « Propriété, affectation, destination. Réflexions sur le lien entre propriété, usage et finalité », art. préc., n° 21.

imprime à l'universalité son affectation, et corrélativement au droit de propriété du fiduciaire sa finalité¹⁰¹⁸.

472. **L'intégration de l'affectation dans le champ contractuel.** L'affectation universelle peut résulter d'un contrat, mais elle peut également être révélée par le contrat qui va dès lors l'extérioriser. En cette hypothèse, le contrat permet le rayonnement de l'affectation. La prudence est de mise, car il existe couramment des ensembles de biens saisis par un seul et même contrat et il est nécessaire de les distinguer du bien universel. Il en est ainsi lorsqu'un acte juridique, tel un gage par exemple, porte sur une machine à tisser et une vache¹⁰¹⁹. *Qu'est-ce qui différencie cet ensemble du bien universel ?* Le contrat envisage certes les biens ensemble, mais en dehors de l'acte juridique qui les saisit, ils ne sont pas unis par une cohésion qui permet d'en donner une appréhension cohérente et unitaire. Le propriétaire ne détermine pas d'usage spécifique et d'intérêt à poursuivre, il n'y a pas de communauté de destin qui donne une force unificatrice à l'ensemble. L'approche est donc *ut singuli*¹⁰²⁰.

473. L'intégration de l'affectation universelle dans le champ contractuel suppose que le contrat retranscrive formellement le procédé d'universalisation que nous avons évoqué ci-avant¹⁰²¹, c'est-à-dire l'approche *ut universi* des biens. En théorie, l'affectation devrait entrer naturellement dans le champ contractuel lorsqu'elle correspond à « *l'objectivisme initial dont elle (la chose) est parée, en ce sens qu'elle correspond à l'usage raisonnablement attendu de la chose eu égard à ses potentialités intrinsèques* »¹⁰²². Toutefois, cette intégration naturelle de l'affectation peut être compliquée à l'endroit du bien universel du fait qu'il est un bien incorporel qui résulte d'un procédé intellectuel. Aussi, les parties vont devoir comprendre la communauté d'affectation et les composants qui permettent sa réalisation, et par suite, ils intègrent celle-ci dans le champ contractuel. En procédant de la sorte, ils vont retranscrire formellement l'affectation. Ils vont ainsi interroger la finalité globale et

¹⁰¹⁸ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 263, p. 419.

¹⁰¹⁹ V. *contra*. Sur l'idée d'affectation juridique à travers le contrat, A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 207, p. 133.

¹⁰²⁰ À cet égard, l'article 2333 du Code civil, en reconnaissant la possibilité de constituer un gage sur « *un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs* », ne dit pas autre chose. En apparence, l'idée « d'ensemble de biens » fait appel à la notion d'universalité. Mais, les apparences sont trompeuses : l'article vise expressément un « ensemble de biens mobiliers corporels », or, le bien universel est un bien qu'en tant que résultat du procédé d'universalisation, c'est-à-dire par la réunion des utilités de plusieurs biens en vue de la poursuite d'un intérêt commun, et par ce fait, il est bien incorporel. Il est donc évincé du champ d'application de l'article qui ne vise que les biens « corporels ». L'ensemble de biens prévu à l'article 2333 du Code civil est dépourvu de cohérence unificatrice ce qui fait obstacle au qualificatif d'universalité. Art. 2333 C. civ.

¹⁰²¹ V. sur l'intégration de la destination dans le champ contractuel R. BOFFA, *La destination de la chose*, th. préc., n° 93 et suiv., p. 70.

¹⁰²² *Ibid.*

rechercher les éléments aptes à la réaliser — par exemple, pour un fonds, il s’agira de déterminer les éléments aptes à conserver et attirer la clientèle exploitée par le cédant.

En cas de litige, les juridictions devront rechercher la communauté d’affectation voulue par les parties au contrat. Les juges devront ainsi déterminer quels sont les biens qui permettent de garantir et préserver l’affectation, ce qui les conduit *de facto* à chercher à sauvegarder l’existence du bien universel¹⁰²³. C’est en ce sens que la cour d’appel de Caen a considéré « *qu’une cession de fonds d’ambulance et de transport de corps comprenant (selon les termes du contrat) “les différents objets mobiliers et le matériel servant à son exploitation” ne peut s’entendre que comme comprenant des véhicules automobiles spécialement aménagés à cet effet* »¹⁰²⁴. L’exploitation du fonds nécessite la présence de certains éléments, en l’espèce l’intégration imparfaite de l’affectation dans le champ contractuel impose que le juge se fasse l’interprète de la communauté d’affectation des composants¹⁰²⁵.

474. Si l’acte juridique permet de formuler la volonté d’affectation universelle, il reste à la diffuser dans l’intérêt des tiers.

B) La publication

475. **Exposé du problème.** L’affectation universelle est, on l’a vu, intrinsèquement opposable aux tiers, comme tous les actes juridiques du propriétaire. Leurs intérêts commandent toutefois qu’elle soit portée leur connaissance par une mesure de publicité (2), dans la mesure où elle n’est pas, par elle-même suffisamment perceptible (1).

1) *La publication intrinsèque de l’universalisation*

¹⁰²³ En ce sens la responsabilité du vendeur d’un fonds sur le fondement des vices cachés peut être retenue lorsque les défauts d’un système d’assainissement des eaux ne permettraient pas l’exploitation du fonds de commerce de camping et hôtellerie de plein air. L’altération de l’usage du composant porte atteinte à la communauté d’affectation et permet ainsi d’engager la responsabilité du vendeur, car, selon toute vraisemblance, le défaut de la chose porte atteinte à l’usage auquel elle est normalement destinée. V. Cass. Com., 3 décembre 2013, n° 12-20.991 ; *JCP E.* 2014, 1178, note L. LEVENEUR.

¹⁰²⁴ CA Caen, 1^{ère} ch., 28 mars 2002, ABC Ambulances c/Laroppe, inédit ; *RTD.Com.* 2002, p. 651, obs. B. SAINTOURENS.

¹⁰²⁵ L’intervention du juge est fondée sur les dispositions de l’article 1188 du Code civil. « Art. 1188. – Le contrat s’interprète d’après la commune intention des parties plutôt qu’en s’arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s’interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ».

476. **Les insuffisances de l'extériorisation réelle de l'affectation.** L'extériorisation de l'affectation peut résulter d'éléments objectifs, autrement dit d'une simple observation du réel. Toutefois, l'universalité lie des biens entre eux à l'aide d'une interdépendance purement intellectuelle qui se déduit difficilement d'une simple observation de la réalité.

La difficulté de déterminer les contours de l'universalité à partir du réel était déjà évoquée par ceux qui s'intéressaient au fonds de commerce lors de son éclosion en universalité¹⁰²⁶. Par la suite, la problématique s'est largement accentuée à partir de l'émergence du portefeuille comme universalité¹⁰²⁷. La doctrine s'est naturellement interrogée sur le point de savoir quelles sont les valeurs mobilières qui composent l'universalité ? S'agit-il de celles détenues par la même personne ou celles qui figurent sur le même compte ? À bien considérer l'universalité, ce problème se répercute sur beaucoup d'entre elles, sinon toute. À cet égard, Mme Denizot explique, à propos du troupeau, qu'il est difficile de déterminer objectivement la composition de cette universalité, car « *imaginons que mon exploitation comprenne deux types de vaches : des Charolaises et des limousines. Les unes comme les autres sont destinées à l'élevage. Ai-je deux troupeaux ou un seul ?* »¹⁰²⁸.

477. L'extériorisation de l'affectation du bien universel est compliquée par son incorporité : ce bien ne se révèle pas par une simple observation du donné réel. Le problème peut cependant être dépassé si l'on recherche l'intention fédératrice. C'est ainsi que l'organisation interne du portefeuille peut se révéler à travers l'analyse de la stratégie patrimoniale qui l'anime¹⁰²⁹. De même, l'article 1802 du Code civil précise que le cheptel, ou troupeau, concerne toute espèce d'animaux susceptibles de croit ou de profit pour l'agriculture ou le commerce. C'est donc précisément cette finalité qui structure l'universalité antique qu'est le troupeau. Le Code civil offre une lecture très extensive de l'affectation universelle du bien, mais il s'agit tout de même d'une tentative de détermination de celle-ci.

¹⁰²⁶ V. par ex. A. PAPP, *La nature juridique du fonds de commerce d'après les lois et la jurisprudence récente*, th. préc., p. 53 et suiv. ; B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. MOUSSERON, LGDJ, 1975, n° 12.

¹⁰²⁷ R. LIBCHABER, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », art. préc., n° 26 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, *RTD.Civ.* 1999, p. 422, note F. ZENATI ; F.-G. TREBULLE, « Propos dissidents sur l'arrêt "Baylet" », Mél. AEDBF-France, t. III, Banque éditeur, 2001, p. 369 ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 254, p. 159 ; E. NAUDIN, *Les valeurs mobilières en droit patrimonial de la famille*, th. préc., n° 515 ; H. LECUYER, « Usufruit et portefeuille de valeurs mobilières », *Dr. et patr.* mai 2005, p. 62.

¹⁰²⁸ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 224, p. 146.

¹⁰²⁹ En ce sens, M. STORCK, « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », art. préc., p. 695 ; R. LIBCHABER, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », art. préc., n° 10 ; D.R. MARTIN, « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », art. préc., n° 3, l'auteur démontre la grande variété des stratégies patrimoniales qu'un propriétaire peut mettre en œuvre.

À supposer cette intention décelée, il faut encore identifier les biens faisant l'objet de l'affectation, et, par suite, composant l'universalité. À cet instant, l'analyse de l'intention universelle invite à inclure dans l'universalité tous les biens nécessaires à la réalisation de la finalité qu'elle poursuit. C'est là où l'extériorisation du bien par l'affectation est insuffisante. En effet, s'agissant du fonds de commerce, il y a des biens qui en sont traditionnellement exclus¹⁰³⁰, comme les immeubles et les contrats¹⁰³¹. On comprend les efforts faits par les auteurs et par la pratique pour remédier à ces exclusions arbitraires qui nuisent à la visibilité de l'universalité¹⁰³².

La création par la loi de l'EIRL répond aussi à ce souci : une institution qui offre une vision plus complète, donc plus unificatrice du bien universel affecté à une exploitation¹⁰³³. En outre, l'extériorisation de l'affectation s'y trouve facilitée par une véritable publicité.

2) *La publicité de l'universalisation*

478. L'extériorisation de l'affectation peut être assurée par des mesures de publicité. L'efficacité de telles mesures est indéniable, car elle évite que les tiers se voient opposer l'existence d'un bien qu'ils ne connaissent pas. Les formalités de publicité permettent aussi à

¹⁰³⁰ La loi n'impose pas leur exclusion de l'universalité, mais elle ne prévoit pas leur inclusion. Lorsqu'un acte juridique va porter sur l'universalité, le bien exclu ne l'intègre pas directement, mais seulement par un contrat tiers.

¹⁰³¹ Cass. Civ., 21 juill. 1937, *DP.* 1940, I, p. 17 note P. VOIRIN ; S. 1938, I, P. 337 note LAGARDE.

¹⁰³² Ce refus ne permet pas d'assurer l'unité extrinsèque du fonds, surtout lorsque le propriétaire exerce son activité dans un local dont il est propriétaire (J. SILLARD, *Le commerçant propriétaire de l'immeuble où il exploite le fonds de commerce*, th. Rennes, 1933, n° 114). Pour pallier ces incohérences du droit positif, des solutions innovantes ont pu être proposées, comme l'idée de mobilisation par destination de l'immeuble (CA Montpellier, 29 nov. 1897 sous Cass. Civ., 15 mars 1899 : *DP.* 1899, I, p. 353 ; CA Pau, 6 nov. 1911 : *DP.* 1912, II, p. 375 ; S. 1913, II, p. 193 note A. WAHL). En réalité, il est parfaitement inutile de modifier la nature juridique de l'immeuble pour l'intégrer dans le fonds de commerce. Dès lors qu'il est nécessaire à la réalisation de la finalité d'ensemble et qu'il est usé en ce sens, il devrait intégrer de plein droit l'universalité (V. en ce sens L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, th. préc., n° 543-567 et 774). Il en va de même concernant les contrats nécessaires à l'exploitation et à la poursuite de l'activité économique. Ils participent activement à la réalisation de la finalité d'ensemble. La jurisprudence n'hésite pas à tempérer ces rejets idéologiques. En effet, les juges analysent la structure de l'universalité et l'interdépendance fonctionnelle des biens entre eux pour, par exemple, reprocher au vendeur d'une boulangerie un défaut de délivrance du fonds, lorsqu'il ne s'est pas assuré de la pérennité d'un contrat de fourniture (Cass. Com., 24 nov. 1992, *Bull. civ.*, IV, n° 371, *RTD.Com.* 1993, p. 489, obs. J. DERRUPPE ; Cass. Com., 19 oct. 1999, *RJDA.* 1999, n° 1317 ; CA Grenoble, 5 mars 1956, *D.* 1956, jur., p. 327, *RTD.Com.* 1956, p. 415, obs. A. JAUFFRET ; CA Poitiers, 21 janv. 1987, *Defr.* 1987, p. 1317, obs. J. HONORAT). La présence de certains contrats est souvent dépendante de la survie du bien universel. La communauté d'affectation se fait alors criante et le juge peut en assurer la sauvegarde. De même, l'insuffisance du donné idéal est en pratique largement dépassée par les parties qui n'hésitent pas à inclure les contrats dans l'acte de cession du fonds (M.-E. PANCRAZI, « Repenser l'exclusion traditionnelle des contrats et des obligations en cas de vente d'un fonds de commerce », *Gaz. Pal.* 4 juin 2009, n° 155, p. 93).

¹⁰³³ V. pour une utilité distincte entre le fonds de commerce et le mécanisme de l'EIRL, A. DENIZOT, « *Quelle place pour le fonds de commerce* », art. préc., p. 175.

l'universalité de rayonner davantage. C'est le parti qui a été adopté dans le fonds de commerce, lorsque le législateur s'est décidé à l'organiser. En effet, le fonds est un bien qui a vocation à circuler, le législateur est progressivement intervenu pour soumettre ces différentes formes de circulation à une publicité. Il en est ainsi de la vente et du partage et de la licitation du fonds de commerce¹⁰³⁴, mais également du nantissement du fonds¹⁰³⁵ et de sa location-gérance¹⁰³⁶. Ces différentes publicités ont toutes pour finalité d'informer les tiers sur la vie juridique du fonds. La publicité de la vente permet ainsi d'informer les créanciers qui ont la possibilité de former opposition contre le prix de vente¹⁰³⁷. L'utilité de cette mesure de publicité est indéniable, car elle permet d'extérioriser le fonds et l'ensemble des éléments qui concourent à son exploitation. Les créanciers peuvent s'opposer au prix de vente s'il existe une trop grande disparité entre le prix et l'universalité cédée lorsque leurs droits sont en péril¹⁰³⁸. Dans le même sens, la publicité du nantissement permet d'informer le créancier nanti sur la consistance du fonds¹⁰³⁹, donc l'assiette de sa sûreté.

Une publicité est également à l'œuvre dans le mécanisme de la fiducie. Une forme importante de publicité vise justement à préciser la nature fiduciaire du droit de propriété conféré au fiduciaire sur l'universalité transmise par le constituant¹⁰⁴⁰. De même, les formalités, d'ordinaire exigées pour rendre opposable l'aliénation de certains biens, doivent également être respectées. Outre ces formalités, le contrat de fiducie et ses avenants doivent, sous peine de nullité absolue, être « *enregistrés dans un délai d'un mois à compter de leur*

¹⁰³⁴ Art. L. 141-12 C. com. Pour une analyse générale du système de publicité mis en place, v. J. DERRUPE et T. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Rep. Dr. Com.*, Dalloz, «Fonds de commerce», oct. 2016, n° 636 et suiv.

¹⁰³⁵ Art. L. 142-1 C. com et L. 142-3 C. com. Ces mesures ne se limitent pas au fonds de commerce et concernent bien évidemment le fonds artisanal (Art. 22 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996) et le fonds agricole (art. L. 311-3 du Code rural).

¹⁰³⁶ Selon la loi du 20 mars 1956, le locataire-gérant doit s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés. Il doit demander son immatriculation dans les quinze jours à compter de la date de début de son activité (art. L. 144-2 C. com. et décret n° 84-406 du 30 mai 1984). En outre, dans la quinzaine de sa date de signature, le contrat de location-gérance doit être publié sous d'extrait ou d'avis dans un journal d'annonces légales (Décret n° 86-465 du 14 mars 1986). La même publication est exigée à la fin de la location-gérance (pour des développements substantiels, v. H. KENFACK, *Rep. Dr. Com.*, Dalloz, «Location-gérance de fonds de commerce», oct. 2016, n° 42 et suiv.

¹⁰³⁷ Art. L. 142-19 C. com.

¹⁰³⁸ Les aliénations consenties par un débiteur sont, sauf en cas de fraude, opposables aux créanciers chirographaires. L'aliénation du fonds de commerce peut donc s'avérer périlleuse, car il est probable que le fonds soit l'actif le plus important du commerçant. En aliénant le fonds à un prix faible, le commerçant supprime le plus clair de son actif, donc le gage des créanciers. La loi du 17 mars 1909 avait pour but d'éviter ce genre de situation.

¹⁰³⁹ Le créancier nanti sur le fonds de commerce est également alerté lors du remplacement d'éléments importants : la localisation du fonds. En pratique le système de publicité est régulièrement critiqué pour ses imperfections (V. notamment, J.-P. LE MAZIER, « La protection des tiers dans la vente du fonds de commerce », *JCP N.* 1990, p. 170). Toutefois, une information régulière de la modification du fonds, objet du nantissement, est peu envisageable. Il surtout important de savoir si la sûreté consentie a diminué.

¹⁰⁴⁰ Art. 2021 C. civ.

date au service des impôts du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France »¹⁰⁴¹. L'acte de transfert des biens mis en fiducie doit également être enregistré sous peine de la même sanction. Enfin, aux termes de l'article 2020 du Code civil, un registre national des fiducies est constitué.

479. Dans l'EIRL, l'article L. 526-7, alinéa 1^{er}, du Code de commerce précise que la déclaration d'affectation doit être publiée dans un registre légal auquel l'entrepreneur est tenu de s'immatriculer. En l'absence de registre de publicité légale, celui-ci doit déposer la déclaration d'affectation auprès d'un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement dans le ressort duquel se trouve l'adresse de son principal établissement ou, à défaut, de l'adresse du local d'habitation où l'entreprise est fixée¹⁰⁴², registre nommé « registre EIRL » ou « registre spécial des entrepreneurs à responsabilité limitée (RSEIRL) »¹⁰⁴³. Cette formalité est essentielle, puisqu'elle conditionne de manière substantielle l'efficacité de l'universalisation.

Conclusion section.

480. Une dernière étape importante vient d'être franchie dans la tentative d'esquisse d'une conception moniste de l'universalité : les universalités qui peuplent notre droit civil accèdent à la réification grâce au processus d'universalisation. Ce dernier se réalise de la manière suivante : un propriétaire va déterminer l'usage qu'il souhaite faire de plusieurs de ses biens, et par suite, il va les affecter à un intérêt commun. Cet intérêt va fédérer l'ensemble autour d'une destinée commune et les parer d'une cohérence unitaire. L'utilité de la fédération va être ainsi représentée intellectuellement.

L'abstraction du procédé induit néanmoins une difficulté : l'extériorisation du bien universel. En effet, il est le résultat de la communauté d'affectation d'une pluralité d'usages à un intérêt commun. Aussi, l'utilité qui forme la structure du bien nouvellement formé est rétive à une simple observation du réel. Il faut pour la saisir, exprimer l'affectation universelle dans un acte juridique.

Conclusion chapitre.

¹⁰⁴¹ Art. 2019 C. civ. Le contrat de fiducie a notamment l'universalité fiduciaire en objet. Indirectement, l'universalité fait donc l'objet d'une publicité.

¹⁰⁴² Art. D. 526-15 C. com.

¹⁰⁴³ Art. R. 526-15 C. com.

481. L'étude de la tradition et du droit contemporain révèle que l'universalité est un bien. Ce bien a ceci de particulier que son utilité repose sur l'association d'autres biens, association de laquelle résulte une valeur d'usage et/ou d'échange. Ce résultat est obtenu grâce à la communauté d'affectation qui est établie entre les biens regroupés. L'utilité de chacun des composants est mise au service d'une finalité globale génératrice d'utilité et partants, digne d'appropriations. De cette logique purement réelle, il s'ensuit que les dettes ne peuvent être des éléments de l'universalité. Elles n'y sont pas étrangères, mais leur présence y est purement contingente.

Chapitre II. La contingence du passif

482. **La cause de la contingence.** La corrélation entre un actif et un passif est le critère d'identification de l'universalité de droit dans la théorie classique de l'universalité. Nous avons pu voir dans la première partie que cet aspect de la notion n'est pas conforme au droit positif. Il est dû à une théorie qui fonde le patrimoine sur l'idée de gage général des créanciers. Nous sommes parvenus à la conclusion que si le patrimoine et l'hérédité présentent une corrélation entre un actif et un passif, c'est parce que, en réalité, ces deux notions représentent les fonctions d'acquisition et de responsabilité de la personnalité juridique. En toute autre circonstance, les ensembles de biens ne comportent pas une telle corrélation. Tout au plus un lien est-il susceptible de se tisser entre des biens et des dettes.

483. En réalité, la dimension passive est en dehors de l'universalité, cela est dicté par l'essence subjective de l'obligation (**Section I**). Cette caractéristique ne fait toutefois pas obstacle à ce que des dettes soient liées au bien universel, tel est également le cas de certains biens particuliers¹⁰⁴⁴. Comme pour eux, il est concevable de créer un lien entre la chose et la dette qui survit à la transmission de la chose, surajoutant à l'affectation universelle une dimension passive, mais il est nécessaire de comprendre, conceptuellement, comment ce lien peut s'effectuer (**Section II**).

SECTION I. LE PRINCIPE DE LA PERSONNALITE DE L'OBLIGATION

484. **L'obligation.** Propriété (au sens de virtualité d'appropriation) et obligation sont les expressions de la capacité de la personne. L'obligation, à l'instar de la propriété, exprime à la fois une virtualité et une actualité : elle est autant l'aptitude à s'obliger envers autrui qu'un lien de droit entre un créancier et un débiteur. Cela laisse augurer de l'intimité qu'entretient le lien d'obligation avec la personne.

485. Il existe principalement deux définitions de l'obligation. Selon la première, elle doit être rapprochée de l'idée de valeur. Elle est un rapport de valeurs, purement objectif, de

¹⁰⁴⁴ Il en est par exemple ainsi lorsqu'un bien, immobilier, est hypothéqué ou en cas de privilèges mobiliers (art. 2332 C. civ.).

patrimoine à patrimoine¹⁰⁴⁵ (**I.**). Ainsi conçue, la dette peut très bien, au même titre que la créance, intégrer une universalité. C'est dans cet esprit que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a introduit en droit français le concept de cession d'une dette¹⁰⁴⁶.

Cette réforme n'a pas, pour autant, fait de la dette un bien. Si la dimension active de l'obligation, la créance, représente en tant que bienfait¹⁰⁴⁷, une valeur positive, il est impossible de soutenir la même analyse pour ce qui est de la dette, qui est fondamentalement une restriction apportée à la liberté d'une personne¹⁰⁴⁸. La dette ne peut se concevoir autrement que de manière subjective (**II.**). Partant, elle n'a pas sa place dans un ensemble de biens.

I) Analyse critique de l'approche objective de l'obligation

486. La thèse qui analyse la structure de l'obligation comme objective présente celle-ci comme un rapport de valeurs entre deux patrimoines (**A.**). Cette analyse souffre d'insuffisances et d'incohérences, et n'est pas conforme au droit positif (**B.**).

A) L'obligation comme valeur

487. **Les fondements de la thèse objectiviste.** La thèse objectiviste fait de l'obligation une pure valeur économique enracinée dans le patrimoine. L'obligation n'y est plus une relation entre des personnes, mais entre des patrimoines¹⁰⁴⁹. Les défenseurs de la conception objective de l'obligation assoient son autorité sur un argument historique : la constatation de l'évolution

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

¹⁰⁴⁶ Art. 1327 C. civ.

¹⁰⁴⁷ L'ordonnance n° 2016-131 a nettement allégé la cession de créances. V. art. 1321 à 1326 C. civ.

¹⁰⁴⁸ En droit italien les auteurs affirment sans ambages cette restriction de liberté : « *Il concetto di obbligazione civile implica una limitazione ed una diminuzione della libertà o della proprietà di taluni individui in beneficio di tal, altri* », trad. libre : « Le concept d'obligation civile implique une limitation et une diminution de liberté ou de la propriété de tel individu et pour le bénéfice de tel autre. », CIMBALI, *La nuove fase del diritto civile*, parte II, c. VIII, p. 317.

¹⁰⁴⁹ R. SALEILLES, « De la cession de dettes : extrait des annales de droit commercial français, étranger et international », Rousseau, Paris 1890, n° 1, n° 46, p. 43 ; R. SALEILLES, *Essai sur la théorie générale de l'obligation : d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, 1890, n° 80, p. 71 ; E. GAUDEMET, *Études sur le transport de dettes à titre particulier*, avant-propos A. GHOZI, éd. Panthéon-Assas, coll. « Introuvables », 2014, p. 30 et suiv. ; H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. préc., p. 65 et p. 454 ; O. JALLU, *Essai critique sur la notion de continuation de la personne*, th. préc., p. 61 suiv.

des modes d'exécution forcés au cours de l'histoire¹⁰⁵⁰. L'obligation se serait peu à peu éloignée de l'emprise physique du créancier sur la personne du débiteur pour ne porter que sur ses biens¹⁰⁵¹. Cette évolution s'est amorcée dès l'époque romaine, dont le droit a rapidement privilégié l'indemnisation sous la forme de dommages-intérêts. Elle s'est poursuivie sous l'Ancien droit et avec le code. La loi du 22 juillet 1867 a été le terme de cette évolution en abolissant définitivement la contrainte par corps¹⁰⁵². Sous le Code civil, les articles 2284 et 2285 (anciens articles 2092 et 2093) font porter le poids de l'obligation sur les biens de la personne, qui n'est plus qu'« *un assignat sur les biens* »¹⁰⁵³. Purement objective, l'obligation se distancie de la personne. Le sujet de droit n'est plus qu'un représentant de son patrimoine¹⁰⁵⁴.

488. La valeur comme étalon de l'obligation. L'analyse de l'obligation comme un rapport de patrimoine à patrimoine est fortement accréditée par l'idée actuelle de valeur qui domine le droit des biens et le droit des affaires. L'obligation, qu'elle soit active ou passive, peut être regardée comme une valeur patrimoniale dont il est possible de faire commerce, au même titre que les choses¹⁰⁵⁵. Elle est « *le produit juridique de la notion économique de crédit* »¹⁰⁵⁶. Elle est, en ce sens, utile à la circulation. Cette définition de l'obligation permet de dépersonnaliser le rapport d'obligation¹⁰⁵⁷, en substituant à l'individu une quantité (ou valeur). En théorie, le rapport d'obligation est une relation définie entre deux sujets précis. Il en résulte qu'il est impossible de changer l'un des deux sujets sans modifier la relation initiale ou anéantir le

¹⁰⁵⁰ E. GAUDEMET, *Études sur le transport de dettes à titre particulier*, th. préc., p. 30 et suiv. ; R. SALEILLES, *Essai sur la théorie générale de l'obligation : d'après le projet de Code civil allemand*, op.cit., n° 80, p. 71.

¹⁰⁵¹ E. GAUDEMET, *Études sur le transport de dettes à titre particulier*, th. préc., p. 30 et suiv. ; pour une explication de la thèse de l'auteur, v. F. CHENEDE, « Eugène Gaudemet, Étude sur le transport de dettes à titre particulier », *RTD.Civ.* 2015, p. 238.

¹⁰⁵² M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 9^e éd., Litec 2017, n° 179. Toutefois, l'abrogation n'est pas totale, et pour cause, la contrainte par corps subsiste, notamment en matière fiscale, sous le nom de contrainte judiciaire. V. notamment, J. GROSCLAUDE et P. MARCHESSOU, *Procédures fiscales*, Dalloz, 9^e éd., 2012, n° 93, p. 103. ; E. GAUDEMET, *Études sur le transport de dettes à titre particulier*, th. préc., p. 12 et suiv. « *toute l'histoire de l'obligation est le progrès du second caractère sur le premier : de plus en plus on la considère comme une valeur, comme un assignat sur les biens ; et son caractère de lien entre deux personnes, sans jamais disparaître, perd de plus en plus de son importance et de ses effets* ».

¹⁰⁵³ « *À l'origine, c'est la personne qui doit à la personne ; aujourd'hui c'est le patrimoine qui doit au patrimoine. Le droit personnel n'est plus un droit sur la personne, c'est un droit sur les biens : jus ad rem. Sa seule différence avec le droit réel est qu'il ne frappe pas privativement une chose déterminée, mais collectivement un patrimoine entier* » : E. GAUDEMET, *Études sur le transport de dettes à titre particulier*, th. préc., p. 30 ; V. également, O. JALLU, *Essai critique sur la notion de continuation de la personne*, th. préc., p. 69 et p. 70 ; M. DE JUGLART, *Obligation réelle et servitude*, th. Bordeaux, 1937, p. 53 ; H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. préc., p. 479.

¹⁰⁵⁴ E. GAUDEMET, *Études sur le transport de dettes à titre particulier*, th. préc., p. 30 et suiv.

¹⁰⁵⁵ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. I, vol. 1, 1962, éd. Sirey, n° 5, p. 13.

¹⁰⁵⁶ R. SALEILLES, « De la cession de dettes », art. préc., p. 1 et suiv., spéc. n° 2 : « *L'essence juridique de l'obligation est constituée par la valeur économique de l'obligation* ».

¹⁰⁵⁷ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, op.cit., p. 13.

rapport existant. Mais, si l'on raisonne en termes de valeur et de quantités, il devient concevable de changer les termes du rapport. Si ce ne sont plus les sujets qui forment les termes du rapport, mais le patrimoine en tant que valeur, il est parfaitement possible de modifier l'un des deux termes du rapport (débiteur ou créancier) par une valeur équivalente, puisque la personne du créancier et du débiteur n'importe plus¹⁰⁵⁸. À partir de là, la cession de dette s'analyse comme « *un changement d'objet* », au lieu d'« *un simple changement de sujet actif ou de sujet passif* »¹⁰⁵⁹.

489. Conséquences de l'analyse objective de l'obligation. La conséquence logique de cette redéfinition de la structure de l'obligation, c'est la remise en cause de la distinction entre droit personnel et droit réel. L'obligation acquiert une structure purement réelle devient un *jus ad rem*, ce qui conduit à ne plus la considérer comme un droit personnel. Comme « *la créance ne doit plus être regardée que comme une valeur* »¹⁰⁶⁰, elle a un objet indéterminé : le patrimoine du débiteur¹⁰⁶¹. Gazin parle de « *droit réel indéterminé* »¹⁰⁶², car le patrimoine forme la matière de l'obligation, il est l'objet du droit du créancier et la spécificité de ce droit est qu'il est, à l'image de son objet, indéterminé¹⁰⁶³. En outre, pour les tenants de la thèse objective, les créanciers, à l'instar des ayants cause à titre universel, subissent les effets des actes accomplis par le débiteur sur son patrimoine. Cela les a conduits à assimiler créancier et ayant cause à titre universel¹⁰⁶⁴.

490. L'incidence de la thèse objectiviste sur l'universalité. La dette, pure valeur économique, intègre un ensemble de biens — généralement le patrimoine. La personne du débiteur est totalement indifférente, seuls ses biens importent. En conséquence, la dette est librement transmissible, il est seulement nécessaire de préserver le gage général des créanciers, donc assurer une valeur active similaire chez le cessionnaire, de manière à ce que le créancier n'ait pas à souffrir du changement de débiteur. Dans ces conditions, la dette peut

¹⁰⁵⁸ E. GAUDEMET, *Études sur le transport de dettes à titre particulier*, th. préc., p. 13 ; R. SALEILLES, *Essai sur la théorie générale de l'obligation : d'après le projet de Code civil allemand*, op.cit., n° 80, p. 71.

¹⁰⁵⁹ C. LARROUMET et S. BROS, *Droit civil, — Les obligations, le contrat, Conditions de formation*, T. III, op.cit., n° 30, p. 27.

¹⁰⁶⁰ H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. préc., p. 454.

¹⁰⁶¹ E. GAUDEMET, *Études sur le transport de dettes à titre particulier*, th. préc., p. 30 et suiv.

¹⁰⁶² H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. préc., p. 454.

¹⁰⁶³ *Contra*. D. HIEZ, *Étude critique sur la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., spéc. n° 375, p. 243.

¹⁰⁶⁴ V. les développements conséquents M. LABORDE-LACOSTE, *Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier*, th. Bordeaux, 1916, p. 131, à la suite d'un exposé détaillé l'auteur explique que le créancier ne succède à aucun droit du débiteur et que dès lors il ne peut être qu'un créancier à titre particulier ; V. *contra*, en faveur de la qualité d'ayant cause universel : G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. 2, 4^e éd., 1892, Larose et Forcel, n° 1219 et 1226 ; M. RIVIERE, *Pandectes françaises. Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*, t. 11, 1891, « Ayant cause – Ayant droit », n° 33.

très bien faire partie d'une universalité, dans laquelle tous les composants — bien et dettes — sont ramenés à l'idée commune de valeur pécuniaire. La transmission de cette universalité emporte transmission des dettes, et comme la valeur de l'objet affecté en garantie de la dette ne fluctue pas, le créancier ne subit aucun préjudice du fait de la cession.

491. Ultiment, l'intégration dans l'universalité d'une dette ravalée à l'état de valeur emporte sa réification. En effet, elle devient librement cessible et circulaire. Sa particularité est seulement d'être un bien à valeur négative : il est une charge pour le propriétaire, mais il peut être utile de se l'approprier¹⁰⁶⁵. Aussi, l'intégration de la dette dans l'universalité se fait en tant qu'elle est bien. Ce qui confirme, comme nous l'avons précisé, que celle-ci ne peut être qu'un ensemble de biens.

B) Les insuffisances de l'analyse objective de l'obligation

492. **La relativité de l'argument historique.** Gaudemet fonde sa thèse objectiviste de l'obligation sur le constat de l'évolution des modes d'exécution. Cette évolution n'est pas contestable en soi, c'est son interprétation qui est sujette à discussion. Contrairement au mythe d'une obligation initialement ancrée dans la personne ; le débiteur, à Rome, n'était pas considéré comme une personne, mais comme une chose. À l'instant de l'exécution forcée, sa corporéité et son individualité étaient justement assimilées à un gage, et *in fine*, à une propriété, par la mise en esclavage¹⁰⁶⁶. L'École du droit naturel moderne¹⁰⁶⁷, préparée par l'humanisme juridique du 16^e siècle¹⁰⁶⁸, a rompu avec cette tradition. Avec elle, le *vinculum juris* est devenu la réunion de deux volontés (créancier et débiteur), donc un rapport éminemment personnel. L'argument tiré de l'histoire pourrait donc tout aussi bien être inversé. Toute la question est de savoir ce qu'il convient d'entendre par personne selon l'époque considérée.

¹⁰⁶⁵ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD.Civ.* 2006., p. 663 ; M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur négative : essai sur les biens à valeur négative*, th. Caen, 2012. Les auteurs considèrent que le bien, en droit positif, ne doit pas toujours être perçu comme une source d'enrichissement. Il est régulièrement une charge pour son propriétaire. Il en est par exemple ainsi de la dette (l'idée peut être reprise depuis la consécration, par l'ordonnance n° 2016-131 du 16 février 2016, de la cession de dettes : v. R. LIBCHABER, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Bien », n° 18) qui est l'archétype de l'en soi économiquement négatif.

¹⁰⁶⁶ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, obligations, op.cit.*, 8, n° 11 ; pour un exposé détaillé de cette évolution en droit romain, V. P. OURLIAC et J. (DE) MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, tome II, *Les obligations, op.cit.*, n° 1.

¹⁰⁶⁷ G. PIERI, « Obligation », *APD.* n° 43, 2000, p. 221, spéc. p. 230 et p. 231

¹⁰⁶⁸ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 9 s.

493. **L'indépendance entre mode d'exécution et nature de l'obligation.** L'inconvénient principal de la thèse objectiviste est de donner une vision incomplète de l'obligation. La contrainte par corps ou la saisie des biens du débiteur en vertu du droit de gage général des créanciers touchent à l'exécution forcée de l'obligation, ce qui n'est qu'une partie de sa structure et de son régime. Ces aspects ne suffisent pas à caractériser la nature de l'obligation. Non seulement elle réduit l'obligation à son exécution, mais elle la restreint aussi à son exécution par équivalent. Ils schématisent ainsi l'obligation à la chose alors que l'article 2284 du Code civil considère le débiteur comme « *tenu personnellement* », donc en tant que personne juridique. Articulée autour de l'exécution sur les biens du débiteur, la thèse objectiviste occulte la particularité du droit du créancier qui consiste essentiellement dans la vocation à recevoir une prestation.

La personnalité de l'obligation est, au demeurant, fortement relayée par les principes matriciels du droit des contrats, lesquels requièrent, avant la naissance d'une obligation contractuelle, la capacité juridique des contractants. Lorsque le débiteur est défaillant, le droit s'intéresse autant à sa personne du débiteur et à celle du créancier, qu'à leur patrimoine. L'article 1343-5 du Code civil, qui offre la possibilité au débiteur de demander un délai pour l'exécution de son obligation, montre que la saisie des biens du patrimoine du débiteur n'est qu'un ultime recours.

494. **Les incohérences de la théorie objectiviste.** Gaudemet soutient que « *le débiteur et le créancier ne sont plus que les représentants juridiques de leurs biens* »¹⁰⁶⁹. L'illogisme de cette thèse a été mis en évidence par M. Hiez¹⁰⁷⁰. Selon cet auteur, le rapport de représentation entre l'individu et son patrimoine est impossible à concevoir, car il faudrait imaginer que les deux entités sont liées « *par un mandat légal implicite, ou quel autre type de représentation ?* »¹⁰⁷¹. Et d'objecter : « *si l'individu commet des fautes de gestion, sera-t-il responsable ?* ». Dans la perspective d'une réponse positive, envers qui devrait-il être considéré comme responsable ? Envers son propre patrimoine ? L'incongruité de ce résultat suggère qu'avec la théorie objectiviste, « *on baigne dans le formidable, dans un monde de matière où l'homme serait l'instrument des objets* »¹⁰⁷². D'ailleurs, si l'on admet que le créancier et le débiteur sont des simples représentants de leurs biens, l'obligation ne se cède pas, pour autant, avec davantage de facilité. Le changement de débiteur qui s'ensuit entraîne

¹⁰⁶⁹ E. GAUDEMET, *Études sur le transport de dettes à titre particulier*, th. préc., p. 31.

¹⁰⁷⁰ D. HIEZ, *Étude critique sur le patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., p. 253.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*

¹⁰⁷² *Ibid.*

non seulement un changement de patrimoine, mais également un changement de représentant du patrimoine, ce qui ramène aux exigences de la conception personnelle de l'obligation.

495. L'absurdité de la thèse objectiviste s'accroît dans le cas du cautionnement¹⁰⁷³. Lorsqu'une personne contracte un cautionnement indéfini et solidaire (articles 2016 et 2021 du Code civil), tous ses biens sont engagés. Dans le système objectiviste, le débiteur principal et la caution forment un seul et même gage pour les créanciers. L'individualité des parties s'efface derrière leur patrimoine, anéantissant la distinction de la dette et de son accessoire¹⁰⁷⁴.

Par ailleurs, concernant la qualité d'ayant cause à titre universel reconnue aux créanciers que la thèse objectiviste postule, force est d'admettre que l'opposabilité n'est pas de même nature que pour les héritiers : pour les uns, c'est en considération des biens qu'ils pourront saisir en cas d'inexécution du débiteur, alors que pour les autres ce sont les biens qu'ils recueilleront en tant que successeurs de la personne. Ainsi, le créancier ne succède pas à la position laissée vacante par son débiteur (à l'image de l'héritier), il ne fait que profiter ou souffrir des actes de celui-ci. D'ailleurs, il n'a de droit contre lui qu'à l'échéance et en cas d'inexécution. En conséquence, la doctrine moderne qualifie sans ambages le créancier de tiers¹⁰⁷⁵, et l'idée est même relayée par la Cour de cassation¹⁰⁷⁶. Nous convenons cependant qu'il est impossible de véritablement assimiler le créancier chirographaire à un simple tiers¹⁰⁷⁷, et pour cause, la notion n'est pas unitaire. Le débat reste ouvert et les incertitudes fleurissantes.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, p. 255.

¹⁰⁷⁴ V. sur une remise en cause du caractère accessoire du cautionnement, PH. SIMLER, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », Mél. G. GOUBEUX, Dalloz, LGDJ-Lextenso, 2009, pp. 497-507 ; P. CROCQ, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », Mél. PH. MALAURIE, *Defr.* 2005, pp. 171-180 ; D. LEGEAS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.* n° 92, 2001, p. 70 et p. 71.

¹⁰⁷⁵ V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, L'acte juridique, 16^e éd., 2014, n° 436 et suiv. ; F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Les obligations*, 12^e éd., 2018, Dalloz, n° 498 ; PH. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 10^e éd., 2018, *defr.* n° 797 ; C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations. Le contrat., op.cit.*, n° 753.

¹⁰⁷⁶ Cass. Com., 16 nov. 1971, n° 70-11.828, *Bull. civ.* IV, n° 277, qui retient la qualité de tiers du créancier chirographaire au sens des textes organisant la publicité des cessions de droits portant sur des œuvres cinématographiques ; Cass. Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1979, n° 78-12.788, *Bull. civ.* I, n° 285, qui retient la qualité de tiers au sens de l'art. 1328 C. civ. du créancier chirographaire ayant pratiqué une saisie ; V. égal. Cass. Civ., 2 févr. 1852, *DP.* 1852. 1. 49, qui retient la qualité de tiers au sens de l'art. 1328 C. civ. du créancier intentant l'action paulienne.

¹⁰⁷⁷ La Cour de cassation a, à deux reprises, assimilé le créancier chirographaire à un ayant cause universel. En 1946 et en 1972, pour exclure un créancier chirographaire du bénéfice de l'article 1328 du code civil, c'est-à-dire pour l'empêcher de s'abriter derrière l'absence de date certaine d'un acte sous seing privé passé par son débiteur, la Cour a retenu que les créanciers chirographaires, agissant en cette qualité, « doivent être considérés comme des ayants cause universels de leur débiteur et non comme des tiers » (Cass. Civ., 11 févr. 1946, *D.* 1946. 389 ;

496. **Une portée à relativiser.** La thèse objectiviste évince aussi les contrats *intuitu personae*, qu'il est impossible de détacher de leurs sujets. Gaudemet tente de justifier son analyse en minimisant l'importance de ces contrats en considérant leur existence en droit moderne comme « *exceptionnelle* »¹⁰⁷⁸. C'est négliger la recrudescence des contrats de travail, de mandat, de franchise, et de distribution. Retenir la thèse objectiviste, contraît donc à « *faire coexister deux définitions de l'obligation en droit positif, la conception subjective classique étant la seule à même de rendre compte de l'obligation intuitu personae* »¹⁰⁷⁹. Outre les problèmes de qualification que cette dualité de définition risque de poser, il est évident que si deux définitions existent pour un même objet, c'est que l'on a affaire à deux objets distincts.

II) La structure subjective de l'obligation et l'universalité

497. **Dissociation de la dette et de la créance.** Gaudemet soutient que l'objectivisation progressive de la créance a pour conséquence d'objectiver la dette¹⁰⁸⁰. Mais il n'est pas certain que la dette et la créance soient les deux faces d'une même pièce. Pour être indissociables, ces éléments n'en sont pas moins structurellement indépendants¹⁰⁸¹. Créance et dette ne peuvent se disjoindre, mais elles demeurent fondamentalement distinctes par leur structure et différentes par leur nature¹⁰⁸². Pour le comprendre, il convient de cerner la définition de la dette retenue en droit positif.

498. **Définition de la dette.** La dette ne se prête pas facilement à la définition. Il nous semble qu'une véritable compréhension de celle-ci en droit positif ne peut se faire qu'au détour d'un éclaircissement de la structure de l'obligation. Une telle analyse est néanmoins compliquée par le fait qu'elle a connu différentes acceptions selon que l'importance est donnée au devoir ou à la contrainte que peut exercer le créancier.

JCP G. 1946. II. 3099, note A. CHERON ; RTD.Civ. 1946, p. 308, obs. J. MAZEAUD ; Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mai 1972, n° 70-13.553, *bull. Civ. I*, n° 130.

¹⁰⁷⁸ E. GAUDEMET, *Études sur le transport de dettes à titre particulier*, th. préc., p. 31.

¹⁰⁷⁹ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n° 40, p. 35.

¹⁰⁸⁰ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, th. préc., p. 45.

¹⁰⁸¹ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n° 130 et suiv. Après une longue étude historique, l'auteur démontre comment la pensée moderne et l'ordre nouveau issu du Code civil a exacerbé le droit personnel au détriment du lien d'assujettissement qui lui préexistait (n° 139 à 243). Il présente ensuite l'idée selon laquelle la dette est une norme objective et la créance un droit subjectif. Au travers de cette distinction, l'auteur insiste sur l'idée que la dette n'est pas un droit subjectif. Elle est une norme objective qui impose un comportement au débiteur. Cette nature de la dette explique qu'elle soit rétive à l'appropriation.

¹⁰⁸² La créance, en tant que droit subjectif appartenant au créancier, n'intéresse pas directement notre analyse. La question que nous posons ici porte sur la présence ou non d'une dimension passive dans le bien universel. Elle questionne donc principalement la nature dette dans la structure de l'obligation.

La première, volontariste, estime que l'obligation a principalement pour objet l'exécution volontaire de la prestation par le débiteur. Windscheid et Savigny considèrent ainsi que « *c'est l'activité du débiteur qui doit être considérée comme le point capital, comme l'essence propre de l'obligation, et celle du créancier comme l'accessoire. Car dans l'obligation, comme dans tout rapport de droit en général, l'état normal et naturel consiste dans la reconnaissance et l'exécution volontaires du droit, tandis que la lutte contre une résistance injuste (la coercition, l'action) ne peut être considérée que comme le redressement d'un état anormal* »¹⁰⁸³.

La deuxième définition de l'obligation proposée vient à rebours de la première. Les défenseurs de cette théorie estiment que la prestation due par le débiteur est quelque chose d'évanescant et insaisissable : avant que l'exécution se fasse, elle n'existe pas, une fois effectuée, elle n'existe plus. À raison de ce constat Brinz affirme qu'il ne reste du rapport d'obligation que la mainmise du créancier sur la personne du débiteur¹⁰⁸⁴. L'obligation est donc fondamentalement conçue comme un lien d'engagement¹⁰⁸⁵. La définition proposée est critiquable. Aucune maîtrise ou mainmise du créancier n'est à recenser lorsque le débiteur s'exécute volontairement. Elle n'est donc pas suffisante à elle seule pour expliquer la structure de l'obligation.

Une troisième définition est donc venue lier les deux précédentes et proposer une conception dualiste de l'obligation¹⁰⁸⁶. Selon cette doctrine, l'obligation est à la fois un devoir et un engagement. Le devoir (*schuld ou debitum*) existe simultanément à l'engagement¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸³ F.-C. DE SAVIGNY, *Le droit des obligations*, trad. G. GIRARDIN et P. JOZON, 2 t., Paris, Durand, 1863, p. 17.

¹⁰⁸⁴ A. BRINZ, « Der begriff obligatio » (La notion d'obligation), in *Grünhuts zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, t. 1, 1874, Vienne, pp. 11-40.

¹⁰⁸⁵ La définition proposée par Brinz diffère de celle de Saleilles et Gaudemet en ce qu'elle n'est pas objective. L'auteur ne nie pas que la mainmise du créancier porte sur la personne du débiteur même si, derrière lui, ce sont les biens qui sont saisis. Il explique que la contrainte moderne est indirecte, car elle touche l'extrémité de la personne, son patrimoine.

¹⁰⁸⁶ Nous défendons ainsi une approche dualiste de l'obligation en droit privé. V. en ce sens F. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th. Paris, Dalloz, 1963 ; E. A. POPA, *Les notions de debitum (schuld) et obligatio (haftung) et leur application en droit français moderne*, th. Paris, 1935 ; S. PRIGEANT, « Le dualisme dans l'obligation », *RTD.Civ.* 2008, p. 401 et suiv.

¹⁰⁸⁷ Une thèse récente a soutenu une vision néo-classique de l'obligation. D'essence moniste, elle propose d'exclure l'engagement et la mainmise du créancier du contenu de l'obligation. Cette exclusion serait justifiée par le fait que l'engagement intègre la personnalité juridique du débiteur, non l'obligation en tant que telle. Il traduit l'aptitude du débiteur à répondre de ses actes (G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, 2012, V. 116). À l'évidence, la responsabilité du débiteur est une composante de sa personnalité juridique. Toutefois, elle n'est pas dissociable de l'obligation. Elle est la garantie qui protège le créancier contre l'inexécution du débiteur et donc qui assure la pérennité des échanges économiques en société. Mais elle est également ce qui contraint le débiteur à s'exécuter. Un devoir sans contrainte fragilise les rapports juridiques : se sachant irresponsable de son inexécution, il est évident que le débiteur s'exécutera moins volontairement. La contrainte est un élément moteur de l'exécution. Il est donc logique que la mainmise du créancier, au même titre que le devoir de prêter, compose la structure de l'obligation. V. en ce sens, E. A. POPA, *Les notions de debitum*

(*haftung ou obligatio*). Cette définition nous semble des plus complète et correspond au mieux à la réalité¹⁰⁸⁸. L'engagement intéresse moins notre analyse puisque nous souhaitons interroger la dette. C'est donc sur le devoir que notre regard doit se porter, et plus précisément la dette, devoir du débiteur¹⁰⁸⁹. Selon la définition de Savigny présentée ci-avant, le devoir du débiteur est l'exécution volontaire de la prestation. La dette doit donc être comprise comme la prestation que le débiteur doit exécuter pour le créancier¹⁰⁹⁰ (**A.**). Elle est le comportement du débiteur dans l'exécution de la prestation attendue par le créancier. Sa réalisation suppose l'accomplissement d'un acte volontaire, donc une action délibérée qui, de fait, ne peut être réalisée que par un sujet de droit. Elle est donc, par essence, subjective. L'ordonnance n° 2016-131 du 16 février 2016 qui vient consacrer la cession de dettes aux articles 1327 et suivant du Code civil ne vient pas la réifier (**B.**), ce qui justifie son exclusion de la composition de l'universalité.

A) La dette, une prestation

499. **La volonté de prester.** En doctrine, la prestation ne fait pas l'objet d'une attention particulière¹⁰⁹¹. Généralement, il est constaté, avec une certaine redondance, que l'obligation est l'objet du contrat et que la prestation est l'objet de l'obligation. Certains auteurs ont cependant mis en exergue le caractère nettement subjectif de la prestation et ils ont ainsi

(*schuld*) et *obligatio (haftung)* et leur application en droit français moderne, th. préc., n° 176, p. 298 : « De par son seul établissement, l'assujettissement du patrimoine à l'agression du créancier crée tacitement un état de pression psychologique sur la volonté du débiteur, pression qui, dans beaucoup de cas, est déterminante pour l'accomplissement de la prestation ».

¹⁰⁸⁸ Le droit positif retient une conception dualiste de l'obligation. La Cour de cassation a par exemple considéré que la « renonciation au droit d'agir en paiement contre le débiteur principal n'emporte pas extinction de l'obligation principale ni recours de la caution contre ce débiteur, de sorte que la clause précitée ne fait pas obstacle à la poursuite de la caution par le créancier » (Cass. Com., 22 mai 2007, n° 06-12.196 ; JCP G. 2007, I, 212, n° 8, PH. SIMLER ; bull. Civ. 2007, IV, 136 ; D. 2007, p. 1999 suiv., note O. DESHAYES ; RTD.Civ. 2008, p. 333, obs. P. CROCCQ). La Cour distingue bien entre la substance de la dette et le droit de poursuite du créancier.

¹⁰⁸⁹ Nous employons le terme dette pour insister sur le fait que nous concentrons notre analyse sur le pan passif de l'obligation. Les auteurs qui envisagent les deux pans parlent plus volontiers de « lien substantiel » (J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. Toulouse, LGDJ, 1955, préf. J. MAURY, n° 350 suiv., spéc. p. 355 et 356), « rapport d'obligation » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op.cit.*, n° 313, p. 554), ou de « devoir » (F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation*, th. préc., n° 9, p. 19).

¹⁰⁹⁰ V. en ce sens F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, obligations, Régime*, PUF, Droit fondamental, 2013, n° 1 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n° 306 et suiv., p. 212 et suiv. ; T. LAKSSIMI, *La summa divisio des droits réels et des droits personnels*, Dalloz, 2016, vol. 155, n° 260.

¹⁰⁹¹ V. toutefois, G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n° 306 et suiv., p. 212 et suiv.

précisé qu'elle n'est pas une chose, mais un acte¹⁰⁹². L'obligation a en effet « *pour objet un fait qu'une personne peut exiger d'une autre* »¹⁰⁹³. Qu'il s'agisse d'une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner, il y a toujours un fait du débiteur d'accomplir quelque chose¹⁰⁹⁴. Les récents travaux de Grégoire Forest sur la notion d'obligation en droit privé corroborent cette idée. Selon l'auteur la prestation est « *un comportement du débiteur qui procure un avantage, matériel ou immatériel, au créancier* »¹⁰⁹⁵.

500. Le comportement doit néanmoins revêtir certaines spécificités pour être propre à l'acte de prester. Il est tout d'abord désintéressé ou altruiste. Il est réalisé pour le créancier. L'allocentrisme du comportement est révélateur de l'importance de la volonté dans la réalisation de la prestation. En effet, le bénéfice de l'acte ayant vocation à profiter au seul créancier, il faut être d'autant plus volontaire pour l'accomplir. La volonté est ainsi le moteur de la réalisation de la prestation.

Le comportement du débiteur est ensuite encadré, il est normé¹⁰⁹⁶. Il est naturellement normé par son substrat : il est l'action d'une personne, l'étendue de la prestation est donc limitée à ce qu'il est possible pour un homme de faire¹⁰⁹⁷. Il est également juridiquement normé, car il doit être conforme à la loi et/ou à l'acte juridique qui régule le comportement¹⁰⁹⁸. En effet, le comportement du débiteur doit s'inscrire dans un cadre légal objectif qui le régule et qui peut, au besoin, être formulé dans l'acte juridique dont le débiteur est partie. En dernière analyse, il est normé par la finalité qu'il poursuit. Le comportement que doit adopter le débiteur est énoncé pour produire un résultat précis¹⁰⁹⁹ et le débiteur s'oblige à l'atteindre. Il peut s'agir d'un résultat monétaire, l'on doit alors s'interroger sur le *quantum* dû par le débiteur, ou d'une prestation en nature, l'on doit alors s'interroger sur la manière dont elle doit être effectuée.

¹⁰⁹² V. en ce sens, G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil, op.cit.*, n° 24-242 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, op.cit.*, n° 87. ; V. plus récemment, F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, obligations, Régime*, PUF, Droit fondamental, 2013, n° 1.

¹⁰⁹³ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil, op.cit.*, n° 241 et n° 242.

¹⁰⁹⁴ Le caractère subjectif de la prestation suppose que l'on s'attarde exclusivement si le pan passif de celle-ci. L'analyse de l'obligation comme « devoir » (F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th. préc., n° 9, p. 19), c'est-à-dire celle qui étudie tant la dette que la créance, parvient à un constat nuancé. Selon cette doctrine, ce qui est dû dans l'obligation c'est un fait du débiteur destiné à produire un résultat objectif en faveur du créancier. L'activité du débiteur est le moyen pour parvenir à ce résultat.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, n° 306, p. 212.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*

¹⁰⁹⁷ M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD.Civ.* 1996, p. 85, spéc., n° 5, p. 89 : « *tout ce à quoi un homme peut s'engager est compris dans le mot faire* ».

¹⁰⁹⁸ E. A. POPA, *Les notions de debitium (schuld) et obligatio (haftung) et leur application en droit français moderne*, th. préc., n° 176, p. 298

¹⁰⁹⁹ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, n° 118, p. 85 ; A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, t. 441, LGDJ, 2005, n° 224 et suiv., p. 125 et suiv.

Le comportement se caractérise enfin par le fait qu'il suppose un effort de la part du débiteur. En ce sens, le doyen Carbonnier soulignait que « *ce qu'il y a d'essentiel dans l'objet de l'obligation, c'est l'activité, le service, l'effort à la fois corporel et psychique du débiteur* »¹¹⁰⁰. Le comportement que doit adopter le débiteur a pour conséquence de restreindre sa liberté. Il faut que « *la conduite à laquelle il est astreint lui coûte quelque chose, même si ce n'est qu'un peu de son temps* »¹¹⁰¹. La réalisation est donc un acte grave pour le débiteur.

501. S'il coûte au débiteur de s'exécuter, le comportement doit corrélativement procurer un avantage au créancier. Celui-ci ne consiste pas nécessairement en une valeur économique¹¹⁰². Il n'y a pas automatiquement transfert d'une valeur d'un patrimoine à un autre. Grégoire Forest illustre cela en remarquant qu'« *un règlement de copropriété, qui génère des obligations de nature contractuelle, peut très bien interdire aux copropriétaires de promener leurs chiens dans les massifs* ». L'avantage procuré, à l'inverse de tout autre devoir, ne présente pas un caractère général, mais individuel¹¹⁰³. Le débiteur est une personne déterminée et le comportement qu'il doit adopter est pour une personne déterminée. La prestation attendue doit être réalisée par le débiteur que le créancier a choisi¹¹⁰⁴.

502. **L'incidence de la structure subjective de l'obligation sur l'universalité.** En tant que comportement du débiteur, la dette est donc ontologiquement subjective. Elle emporte, pour la personne obligée, une restriction de sa liberté civile¹¹⁰⁵. Dépendante de l'action humaine, elle intègre ici difficilement l'universalité. Elle résulte du bon vouloir d'une personne, elle est l'action d'un sujet de droit. À ce titre, en tant que norme comportementale, la dette est nécessairement extérieure à l'universalité. La logique réproouve en effet qu'un comportement puisse intégrer un ensemble de biens. La restriction de liberté qui découle de l'acte de prêter n'est pas une composante réifiable qui permet de comprendre son insertion dans un ensemble de bien.

Au mieux, l'ensemble de biens peut être l'objet de la garantie du créancier, c'est-à-dire ce sur quoi le créancier peut se désintéresser en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution

¹¹⁰⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, op.cit.*, n° 87.

¹¹⁰¹ *Ibid.*

¹¹⁰² *Ibid.*

¹¹⁰³ F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th. préc., n° 24, p. 42.

¹¹⁰⁴ L'identité du débiteur revêt généralement une importance déterminante pour le créancier. V. Cass. Civ., 12 mars 1946, *D.* 1946, p. 268 : « *À défaut de constatations précises, démonstratives de la volonté contraire des parties contractantes, la personnalité du débiteur d'une obligation ne saurait être présumée indifférente au créancier* ».

¹¹⁰⁵ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n° 263, p. 182.

de son obligation. En outre, nous le verrons plus largement après, il se peut également que la dette soit utile à l'existence de l'universalité et que, lors du transfert du bien, les parties conviennent de transférer le bien universel avec des dettes. En effet, la dette, norme comportementale individuelle, peut être liée à l'exploitation d'un bien. Aussi, le transfert de l'exploitation peut justifier le transfert de la norme comportementale individuelle. En ce sens, le transfert d'un fonds de commerce peut justifier le transfert de certaines dettes, car elles permettent d'assurer son exploitation. De même, le transfert de la fiducie peut justifier le transfert des dettes fiduciaires, car elles sont liées, présentement et à l'avenir, à la gestion et à l'administration de l'universalité.

503. Toutefois, l'argument de la valeur dans l'obligation, présenté par Gaudemet, est fort, car il est indéniable que la valeur irrigue la structure de l'obligation. S'il est vrai que le Code civil consacre la transmissibilité des créances¹¹⁰⁶, il est néanmoins peu rigoureux d'établir une symétrie entre la cession de créances et la cession de dette¹¹⁰⁷. La cession de créances, à l'inverse de la cession de dette, ne modifie pas l'obligation que doit le débiteur : elle ne modifie pas l'exécution de la prestation, ni même l'engagement du débiteur en cas de défaillance. L'ordonnance n° 2016-131 du 16 février 2016, en introduisant la cession de dette en droit français, n'a pas pu faire l'économie de cette donnée structurelle.

B) L'impossible réification de la cession de dettes

504. **La consécration.** Les législations étrangères connaissent depuis longtemps la cession de dettes : le droit allemand¹¹⁰⁸, le droit suisse¹¹⁰⁹, le droit italien¹¹¹⁰, mais aussi les projets européens, qu'il s'agisse des principes Unidroit, de l'avant-projet du groupe de Pavie¹¹¹¹, des principes du droit européen des contrats¹¹¹², ou du Projet de cadre commun de référence¹¹¹³ ont un mécanisme de cession de dette. Pour combler un retard certain par rapport aux autres

¹¹⁰⁶ L'ordonnance n° 2016-131 du 16 février 2016 a considérablement allégé le régime de la cession de créances.

¹¹⁰⁷ Pour Gaudemet la dette et la créance sont des charges inversées. La dette est à la créance, ce que l'électron est au positron (J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », art. préc., n° 1, p. 46) ; V. sur la critique de cette idée R. LIBCHABER, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 30 avr. 2009, *Defr.* 2009. 1289 suiv., spéc. p. 1292 ; F. ROUVIERE, « L'obligation comme garantie », *RTD.Civ.* 2011, p. 1, spéc. n° 11.

¹¹⁰⁸ § 44 BGB ; V. D. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 304 et suiv. ; V. LASSERRE, « La cession de dette consacrée par le Code civil à la lumière du droit allemand », *D.* 2016, p. 1578.

¹¹⁰⁹ Art. 175 CO.

¹¹¹⁰ Art. 1268 C. civ.

¹¹¹¹ Art. 126.

¹¹¹² Art. 12 : 101 et 12 n° 102.

¹¹¹³ Art. II, 5 : 201, et II, 5 : 202.

législations européennes, le juge français avait timidement amorcé la possibilité d'une cession conventionnelle de dette¹¹¹⁴. La réception en a été faite par l'ordonnance du 10 février 2016. Cette réception est discutée, les dispositions qui l'organisent étant jugées par une partie des interprètes incomplètes et perfectibles¹¹¹⁵. Imparfaite ou parfaite, elle pose le problème de la place du passif dans l'universalité. La dette étant devenue un rapport juridique circulaire, n'a-t-elle pas toutes caractéristiques requises pour faire partie d'un ensemble de biens ?

505. **L'incidence de la cession de dette.** Pouvant désormais faire l'objet d'une cession, la dette apparaît objectivement comme un bien¹¹¹⁶. Elle acquiert une certaine autonomie par rapport à la personne du débiteur et s'inscrit davantage, dans l'idée professée par Gaudemet de circulation des valeurs. Ainsi nouvellement conçue, la dette s'intégrerait dans l'universalité. Mais loin de transformer la nature de l'universalité par l'introduction d'un passif, elle la conforte : l'intégration de la dette dans l'universalité ne s'effectue pas en tant que dette, mais en tant qu'elle est un bien.

506. On peut cependant douter qu'un tel raisonnement puisse être tenu. Il n'est pas certain que la cession de dettes soit une véritable cession et, par suite, que son objet soit un bien. Les nouveaux articles 1327 et suivants du Code civil, s'ils parlent de « cession », ils subordonnent l'opération à la volonté du créancier¹¹¹⁷. Le cédant n'est libéré de son obligation que s'il n'obtient l'accord du créancier cédé¹¹¹⁸, il n'est pas propriétaire d'une dette dont il pourrait

¹¹¹⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 avr. 2009, n° 08-11.093, *bull. Civ. I*, n° 82 ; *D.* 2009, p. 2400, note L. ANDREU ; *RTD.Civ.* 2009, p. 531, obs. B. FAGES.

¹¹¹⁵ V. sur les insuffisances et incohérences, V. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 883 suiv. ; V. les propositions de modification de M. Simler : PH. SIMLER, « Proposition de modification des articles 1327 et 1327-1 du Code civil : la cession de dette », *RDC*. 1^{er} mars 2017, n° 01, p. 202.

¹¹¹⁶ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur négative », art. préc. ; *Contra.* A. SERIAUX, *Droit des obligations, op.cit.*, PUF, p. 655, n° 179 : « la dette n'est rien, on ne peut transmettre néant » ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, 2005, LGDJ, n° 15 et n° 376 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, th. préc., n° 446 : « La cession de dette nous semble donc irrecevable en l'état, surtout parce qu'une dette n'est pas un bien ».

¹¹¹⁷ L'article 1327 du Code civil soumet effectivement la validité de l'opération de cession de dettes à l'accord du créancier. V. F. ROUVIERE, *Rep. Dr. civ.*, Dalloz, « Cession de dette », juill. 2018, n° 2.

¹¹¹⁸ L'article 1327-2 nouveau du Code civil exige, pour la libération du débiteur cédant, le consentement exprès du créancier (cette libération du débiteur ne vaut que pour l'avenir). En l'absence de consentement, le débiteur cédant et le débiteur-cessionnaire sont tenus solidairement envers le créancier. Demeure-t-il tenu de sa dette initiale en conservant sa qualité de débiteur principal, ou change-t-il de qualité pour endosser celle de garant ? L'absence de référence à la notion de « garant » (le projet d'ordonnance du 25 février 2015 prévoyait expressément à son article 1338 que « le cédant est simplement garant du cessionnaire ») par l'ordonnance du 10 février 2016 autorise à penser que le débiteur cédant conserve sa qualité de débiteur (V. *contra.* R. LIBCHABER, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Bien », préc., n° 20). Cette position est en tout cas celle retenue par la Cour de cassation (Cass. Com., 8 juin 2017, n° 17-28.438 ; *D.* 2017, p. 1689, note J. FRANÇOIS ; *D.* 2017, p. 2176, obs. D.R. MARTIN ; *RDC*. 2017, p. 630, obs. D. HOUTCIEFF ; *JCP E.* 2017, 1539, note CH. AUBRY DE MAROMONT). Le créancier n'est donc pas obligé de poursuivre prioritairement le cessionnaire de la dette, les deux demeurent tenus à son égard (M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2018, n° 330, p. 224).

librement disposer. Cette contrainte témoigne du fait que la dette, à l'inverse d'un bien, est, comme nous l'avons signalé, une restriction de liberté. À cet égard, M. Berlioz relève très justement qu'« *appliquer la propriété, liberté sur une chose, à l'obligation, restriction de liberté, reviendrait en réalité à nier celle-ci, car cela conférerait au débiteur le moyen de s'en affranchir* »¹¹¹⁹.

La cession de dette est également en contradiction avec les articles 537 et 544 du Code civil, desquels il résulte que le propriétaire a la libre disposition de ses biens et qu'il peut faire ce qu'il veut de sa chose, notamment l'abandonner ou la détruire. De toute évidence, le débiteur ne peut céder librement sa dette, et il peut encore moins l'abandonner ou la détruire : il est impossible de s'affirmer, unilatéralement, libéré de son engagement envers son créancier¹¹²⁰. Aussi, conservant sa qualité de débiteur de l'obligation, la cession de dette *stricto sensu* n'opère aucune transmission. M. Andreu a souligné dans sa thèse que l'idée de transmission de dette est dépendante du fait qu'elle disparaisse définitivement du patrimoine du cédant¹¹²¹. La transmission de la dette et la libération du débiteur sont indissociablement liées. L'opération prévue à l'article 1327 du Code civil conduit davantage à proposer un codébiteur solidaire au créancier de l'obligation¹¹²².

Conclusion section.

507. Le droit positif ne fait pas de la dette un bien. Il l'envisage strictement comme une prestation que le débiteur doit accomplir pour le créancier. Elle est un élément de restriction de la liberté du débiteur, et donc indéfectivement subjective. Cela suppose qu'elle ne puisse intégrer l'universalité : il serait totalement absurde qu'une norme comportementale intègre un ensemble de biens. Il peut toutefois être utile à l'universalité d'être transmise avec des dettes. Cette utilité postule de comprendre les techniques de transmission dettes.

Le mécanisme créé par les rédacteurs de l'ordonnance est excessivement protecteur à l'égard du créancier. Ils témoignent ainsi de leur attachement à la subjectivité de l'obligation : la personne du débiteur n'est absolument pas indifférente pour le créancier qui lui a accordé sa confiance et son crédit. Il ne cède pas aux sirènes de la réification du rapport d'obligation à travers l'idée de valeur patrimoniale.

¹¹¹⁹ P. BERLIOZ, « Article 1338 : la cession de dette », *RDC*, 2015, p. 803.

¹¹²⁰ R. LIBCHABER, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Biens », 2016, n° 19.

¹¹²¹ L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, th. Paris XI, Dalloz, 2010, préf. D. R. MARTIN, n° 66, p. 89.

¹¹²² La cession de dette se distingue nettement de la cession de créances, car « *dans le transport actif, il est acquis que le cessionnaire acquiert un droit contre le débiteur cédé au moment même où le cédant perd le sien. Tandis que dans le transport passif le créancier cédé peut acquérir un droit contre le nouveau débiteur, sans perdre celui qu'il détenait contre l'ancien* » : M. JULIENNE, « La cession de dette : une théorie inachevée », *Dr. et patr.* n° 260, 1^{er} juillet 2016, p. 56.

SECTION II. LES TECHNIQUES DE TRANSMISSION DES DETTES

508. **Exposé du problème.** La réité de l'universalité implique que les dettes lui soient extérieures. L'intégration de la dette dans l'universalité fait obstacle à la réification de l'ensemble, sauf à considérer que la dette soit elle-même un bien. La réification de la dette¹¹²³ pour expliquer son intégration dans le bien universel est intéressante à bien des égards, mais elle s'avère toutefois en désaccord avec le droit positif. Le droit des obligations fait de la dette une prestation, un comportement, dont le caractère personnel empêche la réification¹¹²⁴. Il est cependant concevable de lier le destin d'une universalité à des dettes. La liaison ainsi effectuée permet de les traiter ensemble, par exemple, à l'occasion d'une cession. Différents moyens sont envisageables pour parvenir à un tel résultat. Certains sont, à l'analyse, inefficace (**I.**), d'autres sont intéressants, mais méritent d'être explicités (**II.**).

I) Les techniques inopérantes

509. Le droit positif n'exclut pas la possibilité de céder des dettes avec une universalité. Ces techniques sont en revanche inefficace du fait de leur absence d'automatisme ou de leur caractère incertain. Il en est ainsi lorsque les dettes sont cédées à l'aide d'une convention (**A.**), ou d'une obligation *propter rem* (**B.**).

A) La convention

510. **L'évolution du principe d'intransmissibilité des dettes.** Il était de longue date acquis que le caractère personnel de l'obligation faisait obstacle à sa transmission. En effet, la Cour de cassation affirme, depuis la fin du XIXe siècle, que « *le successeur ou l'ayant cause à titre particulier n'est pas de plein droit, et comme tel, directement tenu des obligations personnelles de son auteur ; que ce principe s'applique même aux conventions que ce dernier*

¹¹²³ Ce qui suppose en réalité ni plus ni moins que la réification d'un comportement : celui du débiteur attendu par le créancier.

¹¹²⁴ Un auteur explique la forte subjectivité de la prestation du débiteur et l'impossible réification de la dette, mais pour défendre l'impossible réification de la créance. Il procède ainsi à une confusion entre la créance et la dette (W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD.Civ.* 2012, p. 419). La première est un droit d'exiger, la seconde une obligation à prêter. Le droit à exiger peut-être une valeur pécuniaire, à l'inverse de l'obligation à prêter qui n'est qu'un comportement.

aurait passées par rapport à la chose formant l'objet de sa transmission, à moins qu'elles n'aient eu pour effet de restreindre ou de modifier le droit transmis »¹¹²⁵. Les parties devaient donc recourir à des techniques créatrices, telles que la délégation ou la stipulation pour autrui. Ces techniques, du reste, n'expliquent pas la transmission de dettes.

La jurisprudence s'est toutefois adoucie et la cession de dettes a été acceptée à l'occasion de la vente d'une universalité. La technique utilisée était le contrat, ce qui, en pratique, implique l'accord de chaque créancier. À défaut, la cession était imparfaite. Le cédant n'était pas déchargé à l'égard du créancier¹¹²⁶.

511. Si la cession de dette a été introduite en droit français, il faut, sous l'empire des nouveaux textes, que le créancier consente à la cession et à la libération du débiteur initiale¹¹²⁷. L'orthodoxie est parfaite, car, en l'absence d'accord du créancier sur la cession, celle-ci n'est point valide, même entre cédant et cessionnaire. Il est donc légalement possible, à l'aide de la convention, de céder une universalité avec les dettes y afférentes. Il est toutefois nécessaire, lors de la vente du fonds de commerce par exemple, que le contrat contienne une clause expresse qui mentionne la reprise des dettes par le cessionnaire.

512. Deux difficultés compromettent l'utilité du mécanisme. La première résulte du fait que la cession conventionnelle de dettes implique de négocier avec chaque créancier pris individuellement. La seconde, issue de l'ordonnance, résulte de la nécessité d'une autorisation du créancier. Le nouvel article 1327 du Code civil ne reconnaît pas la cession « interne » de dettes, c'est-à-dire celle valable sans l'accord du créancier¹¹²⁸. La cession conventionnelle du passif d'une universalité risque donc de présenter des difficultés et de se heurter à une lourdeur dissuasive.

B) L'obligation propter rem

513. La transmission de l'universalité avec les dettes y afférentes pourrait s'expliquer à travers la notion d'obligation *propter rem*.

¹¹²⁵ Cass. Civ., 18 déc. 1844, *D.* 1845, 1, 15. Cette position a été réaffirmée à de nombreuses reprises. V. par ex. Cass. Civ., 15 janv. 1918, *D.* 1918, 17 ; Cass. Civ. 3^e, 16 nov. 1988, *D.* 1989, p. 157, note PH. MALAURIE.

¹¹²⁶ Par ex., Cass. Com., 18 sept. 2007, n° 05-20.708.

¹¹²⁷ V. *supra*, n° 505.

¹¹²⁸ M. JULIENNE, « La cession de dette : une théorie inachevée », art. préc., p. 56.

514. **Définition de l'obligation réelle.** L'obligation réelle peut être définie comme « *une obligation liée à une chose qui pèse, non sur un débiteur personnellement, mais sur le propriétaire de cette chose en tant que tel* »¹¹²⁹. Elle suppose qu'une obligation pèse sur une personne en raison de sa qualité de propriétaire d'un bien¹¹³⁰. L'obligation se transmet aux acquéreurs successifs, en tant qu'elle est liée à la qualité de propriétaire du bien acquis¹¹³¹. Toutefois, l'obligation réelle de faire doit être prévue par la loi et elle ne peut être créée librement¹¹³². En définitive, trois critères permettent ainsi d'identifier l'obligation réelle : elle doit être prévue par la loi, constituer l'accessoire d'un bien et avoir un caractère *intuitu rei*. Ces conditions remplies, la transmission du bien entraîne *de facto* la transmission de l'obligation.

515. **L'obligation réelle et l'universalité.** La transmission des dettes afférente à l'universalité par la technique de l'obligation *propter rem* postule, premièrement, qu'elle soit prévue par la loi ou la jurisprudence, deuxièmement que les dettes soient l'accessoire du bien universel, et troisièmement, qu'elles trouvent leur source dans la qualité de propriétaire du bien universel.

Un arrêt ancien a retenu cette qualification à propos de l'obligation de non-concurrence, qu'il présente comme un « *droit réel mobilier qui s'exerce de façon absolue à l'égard de tous les exploitants successifs du fonds* »¹¹³³. Cet arrêt est cependant demeuré sans lendemain puisque la Haute juridiction refuse désormais l'idée d'une transmission passive de la clause, notamment en raison de son caractère personnel¹¹³⁴.

516. De manière générale, le caractère subjectif de l'obligation fait échec à la transmission des dettes par l'obligation *propter rem*. Lors de l'exploitation du fonds ou de l'EIRL, les

¹¹²⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, « obligation *propter rem* ».

¹¹³⁰ L. MICHON, *Des obligations propter rem en droit civil*, thèse Nancy, 1891 ; M. DE JUGLART, *Obligation réelle et servitude en droit privé français*, th. préc. ; M. KORNPROBST, *Étude sur la notion de servitude en droit privé français*, Th. Strasbourg, 1936, p. 261 et p. 274 ; G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé. Étude sur la maxime « accessorium sequitur principale »*, LGDJ, 1969, n° 11, p. 23. ; J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, Th. PUAM, 2002, p. 433 et suiv. ; F. ROUVIERE, *J.-Cl. Civ.*, art. 637 à 639, « Obligations réelles », n° 41.

¹¹³¹ J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, th. préc., n° 73, p. 84 et n° 87, p. 98 ; P. MOZAS, *La notion de dette en droit privé*, th. Bordeaux IV, 1996, n° 180, p. 180.

¹¹³² L. MICHON, *Des obligations propter rem en droit civil*, th. préc. Il semble que la jurisprudence n'admette pas que l'on puisse créer à sa guise une obligation réelle. Conformément à l'article 699 du Code civil, elle autorise une telle stipulation accessoirement à une servitude (ch. Req., 12 févr. 1941, *Gaz. Pal.* 1941, p. 1392) et elle accepte dans ce cas que le sujet passif soit tenu d'une obligation de faire.

¹¹³³ CA Rouen, 28 nov. 1925, *S.* 1925. 2 125 ; *D.* 1927, 2, 172, note J. LEPARGNEUR.

¹¹³⁴ Ch. Req., 18 nov. 1946, *JCP G.* 1947. II. 3854. ; V. plus récemment, Cass. Com., 4 mai 1993, n° 91-1.855 ; Cass. Com., 1^{er} avr. 1997, n° 95-12.025, *RTD.Com.* 1998, p. 135, obs. J. DERRUPE ; *RTD.Civ.* 1999, p. 659, obs. F. ZENATI ; Cass. Civ. 3^e, 4 juill. 2001, n° 99-14.784, *RTD.Civ.* 2002, p. 125, obs. TH. REVET ; *D.* 2002, p. 433, note R. LIBCHABER.

dettes contractées ne sont ni inhérentes à l'universalité ni complémentaires à elle. Elles ne trouvent pas non plus leur source dans la qualité de propriétaire du bien universel, mais dans l'activité juridique de la personne, sa personnalité juridique. En outre, si la cession d'un bien grevé d'une obligation réelle empêche la naissance d'obligations futures sur la tête du cédant¹¹³⁵, elle n'éteint pas les obligations déjà nées, c'est-à-dire celles existantes au jour de la cession, sur la tête du cédant¹¹³⁶. Le cédant demeure débiteur de ces obligations et ne peut les éteindre que par voie principale¹¹³⁷ ou les céder par voie conventionnelle. Seules les dettes ultérieures, nées de l'utilisation du bien, vont obliger le cessionnaire. L'obligation réelle est donc absolument impropre à fonder la transmission de dettes avec l'universalité.

II) Les techniques à expliciter

517. Le contrat et l'obligation *propter rem* autorisent un lien entre un bien et des dettes, mais ils se révèlent peu performants. Toutefois, une étude rigoureuse des législations en vigueur permet de se rendre compte qu'il existe d'autres techniques de transmission d'un ensemble de biens et de dettes. L'une, conforme à la théorie classique est fondée sur la personnalité juridique ce qui implique que l'on ne puisse pas parler de « *transmission* », mais davantage de « *succession* » (A.). La seconde se réalise entre vifs et dès lors elle n'implique pas la disparition corrélative d'une personne. Elle est fondée sur l'idée de poursuite de l'affectation (B.). Seule cette dernière technique permet de comprendre le lien entre le bien universel et les dettes.

A) La transmission des biens et des dettes justifiée par la continuité de la personnalité juridique

518. **Domaine.** L'ensemble des biens et des dettes d'une personne est recueilli par l'héritier. Ce principe, nous l'avons vu, s'explique par la continuation de la personne juridique du défunt par l'héritier. Initialement, son domaine concerne exclusivement la succession de la personne physique, car, en principe, la disparition d'une personne morale entraîne la

¹¹³⁵ Cass. Civ. 3^e, 17 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1982. 1, pan. 46.

¹¹³⁶ V. en ce sens H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, 1957, LGDJ, n° 118.

¹¹³⁷ « *L'abandon ne sera jamais libératoire d'une obligation actuelle et exigible* », L. MICHON, *Des obligations propter rem dans le Code civil*, th. préc., n° 101.

liquidation¹¹³⁸ et le partage de son avoir¹¹³⁹, non sa transmission. C'est à raison de ces principes que la personnalité juridique de la personne morale est maintenue le temps de la liquidation du patrimoine.

Toutefois, le législateur a consacré des hypothèses de transmission universelle du patrimoine d'une personne morale. Or, une analyse de celles-ci permet de constater qu'il s'agit, comme dans le cas du décès d'une personne physique, d'une continuation de la personnalité juridique. La « *succession* » aux biens et aux dettes est ainsi justifiée, comme dans la conception classique, par la poursuite de la personnalité juridique¹¹⁴⁰.

519. Les cas de fusion et scission de sociétés. Les fusions et scissions sont considérées comme des opérations de restructuration des sociétés¹¹⁴¹ et visent, généralement, à modifier la propriété des personnes morales¹¹⁴².

La fusion peut se définir comme l'opération par laquelle deux sociétés se fondent au point de n'en former plus qu'une seule. Elle a pour conséquence, soit d'entraîner la transmission du patrimoine d'une société à une autre — on parle alors de fusion absorption —, soit de transférer le patrimoine à une société spécialement constituée pour la réalisation de l'opération¹¹⁴³.

La scission, quant à elle, est une opération qui conduit à scinder ou démembrer le patrimoine d'une société, et le partager entre plusieurs sociétés soit existantes, soit nouvelles.

520. Les deux opérations de restructuration diffèrent sur leur finalité : l'une, la fusion, vise à transférer le patrimoine en un seul bloc à une société, l'autre, la scission, en plusieurs et à plusieurs sociétés. Toutefois, elles ont une conséquence commune : la transmission universelle du patrimoine, c'est-à-dire la transmission de tous les biens et les dettes dont la

¹¹³⁸ Art. 1844-8 C. civ.

¹¹³⁹ Art. L. 237-2 C. com. La succession d'une personne morale doit donc être comprise, selon ces dispositions, comme un cas de succession aux biens puisque les associés se partagent, éventuellement, le *boni* de liquidation.

¹¹⁴⁰ Le bien universel n'est en cette hypothèse pas concerné, il s'agit davantage de ce que nous avons appelé l'universalité subjective, c'est-à-dire la personnalité juridique. Il serait à cet égard plus juste de parler de « continuation » ou de « succession » que de « transmission ». V. en ce sens, CH. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Les biens, droits réels principaux, op.cit.*, n° 327.

¹¹⁴¹ V. sur ces questions, R. ROUTIER, *Les fusions de sociétés commerciales prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, t. 237, LGDJ, 1994 ; J.-M. MOULIN, *Rep. Dr. soc.*, Dalloz, « Fusion, scission et apport partiel d'actif », juill. 2018.

¹¹⁴² M. JEANTIN, « Le nouveau régime des fusions et scissions de sociétés », *JCP E.* 1988, II, 15, p. 169 ; C. DUCOULOUX-FAVARD, « La réforme française des fusions et l'harmonisation des législations européennes », *D.* 1990, p. 242.

¹¹⁴³ Art. L. 236-1 C. com.

personne morale était propriétaire et débitrice. Cette transmission fait suite à la disparition de la personnalité juridique de la société apporteuse : « *La fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de la réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associé des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion ou de scission* »¹¹⁴⁴. L'effet fondamental de la fusion et de la scission est donc de transférer le patrimoine d'une personne morale comme conséquence de la perte de sa personnalité juridique¹¹⁴⁵. Le transfert universel se réalise à cause de mort, en quelque sorte, ce qui postule nécessairement la disparition de la société absorbée ou scindée¹¹⁴⁶. Il y a, à cet égard, transmission universelle et automatique de tous les éléments actifs et passifs¹¹⁴⁷, quand bien même ils ne seraient pas encore connus à la date de la transmission¹¹⁴⁸.

521. La jurisprudence a précisé cette étrange alchimie par laquelle une personne disparaît tout en transférant des biens. Elle considère que la « *substitution* » ne peut se réaliser qu'une fois que la société absorbée est dissoute¹¹⁴⁹ et elle se réalise tant activement¹¹⁵⁰ que passivement¹¹⁵¹. On comprend, dans ces conditions que des auteurs aient songé à transposer les principes successoraux en parlant de continuation de la personnalité morale de la société

¹¹⁴⁴ Art. L. 236-3-I C. com. ; V. sur ce point, « *La transmission universelle à la personne morale absorbante du patrimoine de la personne morale absorbée est indissociable de la dissolution de cette dernière et ne peut se réaliser tant que cette personne morale n'est pas dissoute* », Cass. Com., 12 juill. 2004, n° 03-12.672, *D.* 2004 ; *cah. Dr. des aff.*, p. 2160.

¹¹⁴⁵ V. sur l'effet complexe de ces opérations de restructuration, G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in Mél. R. ROBLLOT, 1984, LGDJ, p. 199.

¹¹⁴⁶ J. PAILLUSSEAU, « La rétroactivité des opérations de fusion : d'une conception juridique "light" à une conception fiscale "lourde" », *JCP E.* 2000, p. 1557.

¹¹⁴⁷ Les contrats conclus *intuitu personae* ne peuvent être automatiquement transmis (J.-M. MOULIN, *Rep. Dr. soc.*, Dalloz, « Fusion, scission et apport partiel d'actif », juill. 2018 ; N. PERREAU et C. ACKERMANN, « La transmission des contrats *intuitu personae* dans le cadre d'opérations d'apport partiel d'actif et de fusion », *LPA.* Juin 2004, p. 4). Il en est de même, en vertu du principe de personnalité des peines, des dettes résultant d'une condamnation pénale de la société absorbée ou scindée (D. VICH-Y-LLADO, « La responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion », *JCP E.* 2001, p. 838 ; L. GAMET, « Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés », *JCP G.* 2001, I, 345, p. 1663).

¹¹⁴⁸ V. en ce sens Cass. Com., 4 fév. 1997 ; note M.-L. COQUELET, *BJS*, mai 1997.

¹¹⁴⁹ Cass. Com., 12 juill. 2004, n° 03-12.672 ; Cass. Com., 13 févr. 1963, n° 61-11.728.

¹¹⁵⁰ Cass. Com., 8 nov. 2005, n° 01-12.896 ; Cass. Civ. 3^e, 11 oct. 2006, n° 05-21.313, *BJS*, 2007, p. 392, note MORELLI ; Cass. Com., 10 juill. 2007, n° 05-14.358, *BJS*, 2007, p. 1225, note A. COURET ; Cass. Com., 11 déc. 2007, n° 05-14.358, *BJS*, 2008, 281, note PH. DELEBECQUE ; Cass. Com., 21 oct. 2008, n° 07-19.102, *D.* 2008. *D. actu.* 2792, obs. LIENHARD ; *Dr. Soc.* 2008, n° 235, note H. HOVASSE ; Cass. Com., 26 mars 2008, n° 06-20.156, *BJS*, 2008, p. 489, note P. LE CANNU ; *Dr. Soc.* 2008, n° 188, note TH. BONNEAU ; *Banque et Droit*, mai-juin 2008, 27, obs. DE VAUPLANE et J.-J. DAIGRE ; Cass. Soc., 6 oct. 2010, n° 08-42.728, *JCP G. S.* 2010, n° 1495, note MORAND ; *Rev. Soc.* 2011, p. 24, note A. COURET ; Cass. Civ. 2^e, 16 déc. 2010, n° 08-21.985.

¹¹⁵¹ Cass. Com., 18 févr. 2004, n° 02-11.453, *JCP E.* 2004, p. 822, note F.-G. TREBULLE ; Cass. Com., 13 févr. 1963 ; Cass. Soc., 29 avr. 1980, n° 79-11.496.

substituante¹¹⁵². En effet, la société qui se substitue activement et passivement à la société dissoute est tenue comme l'était son auteur disparu, car, fondamentalement, il la continue : « *la transmission des droits et des obligations de la société dissoute s'impose au bénéficiaire, non en raison de la transmission réelle opérée, mais en raison de sa qualité de continuateur de la personne morale disparue* »¹¹⁵³.

522. Le principe de « *succession* » et de « *continuation de la personne morale* » appelle de ses vœux la théorie subjective du patrimoine élaborée par Aubry et Rau. Il est ainsi remarquable de constater qu'alors même que les auteurs strasbourgeois n'ont pas expressément formulé cette hypothèse, elle s'est, selon l'ordre naturel des choses, imposée. Les conclusions qu'ils ont formulées à propos des personnes physiques et qui font école aujourd'hui, s'appliquent également à l'endroit des personnes morales. Les fusions et les scissions entraînent dissolution d'une personne morale, c'est-à-dire son décès, et par suite, la succession de son être juridique par une autre société. Cette dernière assure la continuité de la personnalité de la première, ce qui trouve une justification dans la théorie du patrimoine des illustres maîtres de l'université de Strasbourg¹¹⁵⁴.

523. Le principe de continuation de la personne juridique postule qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une « *transmission* », mais, comme l'exprime la Haute juridiction, d'une « *substitution* », d'une « *succession* », d'un « *remplacement* » d'une société dans l'ensemble des rapports juridiques d'une autre¹¹⁵⁵. L'expression « *transmission* » fait référence à un objet cédé, or, à l'occasion de la fusion et de la scission, ce n'est pas un objet, mais une personne qui est succédé ou continuée. La formule classiquement utilisée est donc absconse et confine à la confusion. Il convient, pour bien comprendre le mécanisme, la remplacer par celle de continuation.

¹¹⁵² V. en ce sens M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in Mél. J. DERRUPE, Litec, 1991, p. 287, n° 33, p. 299. Cette thèse recoupe également ceux qui considèrent que derrière la personnalité juridique c'est l'intérêt personnalisé qui est continué ou changé, v. R. RAFFRAY, *La transmission universelle de patrimoine des personnes morales*, préf. F. DEBOISSY, N. bibl. th., vol. 108, Dalloz, 2011 ; comp. Sur l'idée de continuité d'entreprise, v. A. S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations, étude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, th. Paris I, 2000, v. n° 208 et suiv. L'idée de continuité de l'entreprise doit être rejetée, car ni la loi ni la jurisprudence ne la prévoient (en ce sens, v. M.-L. COQUELET, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, th. Paris X-Nanterre, 1994, n° 193, p. 114). Corroborant ce refus, il a même été observé que la dissolution d'une société unipersonnelle s'accompagnait d'une cessation d'activité ce qui excluait la thèse de la continuité de l'entreprise (M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes, op.cit.*, n° 118, p. 125).

¹¹⁵³ M.-L. COQUELET, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, th. préc., n° 244, p. 143.

¹¹⁵⁴ V. en ce sens, M.-L. COQUELET, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, th. préc., n° 199, p. 118. ; M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », art. préc., n° 33, p. 299.

¹¹⁵⁵ Cass. Com., 12 juill. 2004, n° 03-12.672 ; Cass. Com., 13 févr. 1963, n° 61-11.728.

524. Il existe cependant d'autres hypothèses légales où l'on peut parler de transmission et non de continuation.

B) La transmission du bien universel et des dettes justifiée par la poursuite de l'affectation universelle

525. Le principe de continuation de la personnalité morale ne permet pas de parler de transmission. Pour ce faire, il faut qu'un bien soit concerné, non plus une personne. La transmissibilité de biens et de dettes en droit français est compliquée par la personnalité de l'obligation : le créancier choisit son débiteur en fonction de ses qualités et sa capacité à exécuter la prestation, seule la continuité du débiteur par un nouveau débiteur permet d'expliquer la succession aux dettes.

Toutefois, en devenant un bien, comme nous l'avons précisé ci-avant, l'universalité est transmissible et il peut être intéressant que des dettes suivent sa transmission. Un lien devrait donc pouvoir se tisser entre le bien et les dettes, ce qui suppose néanmoins d'en saisir la nature. Une analyse des législations étrangères permet de constater qu'il existe une manière originale fondée sur l'idée d'affectation (1). Initialement, en droit français, seul l'apport partiel d'actifs répondait à une idée similaire (2). Notre législation a récemment réaffirmé cette idée à travers les mécanismes de la fiducie et à l'EIRL (3).

1) *L'exemple des droits étrangers*

526. **L'entreprise individuelle de droit allemand.** Les articles 25 à 27 du HGB¹¹⁵⁶ réglementent la cession de l'entreprise individuelle commerciale de droit allemand. La condition qui préside à cette cession est le maintien de la *firma*, c'est-à-dire de l'organisation et de la dénomination de l'entreprise¹¹⁵⁷. Le cessionnaire doit poursuivre l'exploitation de l'entreprise du cédant, continuer son affectation. Un contrat de vente unique saisit l'ensemble de l'entreprise, en tant que globalité¹¹⁵⁸. La cession inclut les contrats, les immeubles, les

¹¹⁵⁶ Handelsgesetzbuch.

¹¹⁵⁷ P. RITTER, « La vente de fonds de commerce en droit allemand (première partie) », *JCP N.* 2002, n° 24, 1359.

¹¹⁵⁸ Le terme n'est pas employé par les dispositions du Code. Les articles postulent en revanche une analyse similaire. Il est cependant évident en doctrine et en pratique que l'entreprise individuelle de droit allemand (*firma*) est considérée comme un bien immatériel. Cette qualification provient du fait qu'elle est un groupe

créances, mais aussi les dettes relatives à l'activité¹¹⁵⁹. L'entreprise individuelle allemande prend ainsi la forme d'une universalité construite autour de l'idée de capital d'exploitation.

Toutefois, l'acception globale et cohérente de l'entreprise ne permet pas de conclure, lors de sa transmission, à une succession universelle. Bien au contraire, la transmission des dettes obéit à un régime juridique spécifique, différent de celui des successions. La loi précise en effet que le cédant n'est pas délié de ses obligations¹¹⁶⁰. À la suite de l'inscription de la cession au registre du commerce¹¹⁶¹, le cédant est responsable pendant une durée de cinq ans des dettes transmises. Le délai court à compter du jour de l'inscription du repreneur sur le registre. Les dettes concernées sont celles dont le cédant était tenu antérieurement à la

d'éléments réels, personnels et qu'elle constitue un ensemble supérieur et immatériel de valeurs, une unité qui doit être protégée. K.H. CAPELLE, *Handelsrecht*, 17^e éd., Munich, 1975, p. 34.

¹¹⁵⁹ La vente de l'entreprise sera présumée comprendre tout ce qui permet son exploitation. V. sur ce point M. GRUNEWALD, « Le fonds de commerce en droit allemand », in *Le statut juridique du fonds de commerce*, 60^e Congrès des notaires France, Toulouse, 1962, p. 728.

¹¹⁶⁰ Art. 25 HGB : « (1) *Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betrieb begründeten Forderungen gelten den Schuldner gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.*

(2) *Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.*

(3) *Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekanntgemacht worden ist », trad. libre : « (1) le cessionnaire d'une entreprise transmise avec la Firma sera responsable de toutes les obligations de l'ancien propriétaire relatives à l'entreprise. **Le cessionnaire est tenu comme l'ancien propriétaire ou ses héritiers s'ils ont consenti à la poursuite de l'entreprise.** (2) Les parties peuvent convenir que le cessionnaire ne sera pas tenu des dettes. Cet accord ne sera opposable aux tiers qu'à condition d'avoir été valablement publié au Registre du Commerce ou si le tiers s'est vu notifier cet accord. (3) **Si le cessionnaire ne poursuit pas la Firma, il n'est pas tenu des dettes antérieures à la cession, sauf accord des parties et en particulier si la prise en charge des obligations a été rendue publique par le cessionnaire ».***

¹¹⁶¹ Art. 26 HGB : « *Ist der Erwerber des Handelsgeschäfts auf Grund der Fortführung der Firma oder auf Grund der in § 25 Abs. 3 bezeichneten Kundmachung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftbar, so haftet der frühere Geschäftsinhaber für diese Verbindlichkeiten nur, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren fällig und daraus Ansprüche gegen ihn in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art festgestellt sind oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird; bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt der Erlass eines Verwaltungsakts. Die Frist beginnt im Falle des § 25 Abs. 1 mit dem Ende des Tages, an dem der neue Inhaber der Firma in das Handelsregister des Gerichts der Hauptniederlassung eingetragen wird, im Falle des § 25 Abs. 3 mit dem Ende des Tages, an dem die Übernahme kundgemacht wird. Die für die Verjährung geltenden §§ 204, 206, 210, 211 und 212 Abs. 2 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches sind entsprechend anzuwenden. (2) Einer Feststellung in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art bedarf es nicht, soweit der frühere Geschäftsinhaber den Anspruch schriftlich anerkannt hat», « (1) lorsque le cessionnaire est responsable des obligations antérieures à la cession, en raison de la continuation de la Firma ou d'une stipulation expresse conformément à l'alinéa 3 de l'article 25, **l'ancien propriétaire de l'entreprise demeure responsable de ces obligations durant une période de cinq ans**, si les réclamations contre lui répondent aux conditions fixées à l'article 197, alinéa 1, n° 3 et 5 du BGB, ou qu'elles résultent d'une action judiciaire ou d'un acte administratif. Le délai commence à courir, lorsque l'engagement résulte de l'article 25 alinéa 1, à compter de l'inscription au registre du commerce et, lorsque l'engagement résulte d'une clause expresse conformément à l'alinéa 3 de l'article 25, à compter de la publication de l'accord de prise en charge des dettes par l'acquéreur. (2) Le cessionnaire est également tenu, indépendamment du respect des conditions de l'article 197, alinéa 1, n° 3 et 5 du BGB, si le cessionnaire a reconnu la demande du débiteur par écrit ».*

cession. Selon l'article 197, alinéa 1, numéro 3 à 5 du BGB¹¹⁶², il s'agit de celles constatées par une décision ayant force de chose jugée, un compromis exécutoire, un titre exécutoire, ou de dettes devenues exécutoires par leur constatation dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, ou qui résultent d'une action judiciaire à l'encontre du cédant.

527. L'entreprise individuelle de droit italien. La transmission de l'entreprise de droit italien inclut les contrats¹¹⁶³ et les créances¹¹⁶⁴ en lien avec l'activité, ainsi que les dettes inscrites dans les documents comptables. Elle s'explique, comme en droit allemand, par la poursuite de l'exploitation par le cessionnaire : les éléments sont tous transmis parce qu'ils permettent l'accomplissement d'une activité économique¹¹⁶⁵. Pour déterminer les éléments transmis, le droit italien a recours aux documents comptables. Ils permettent d'offrir une vision cohérente et précise des biens de l'entreprise. Ceux-ci permettent de donner la mesure de l'étendue de l'universalité et des dettes y afférentes.

¹¹⁶² Art. 197 BGB : « *In 30 Jahren verjähren, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, Schadensersatzansprüche, die auf der vorsätzlichen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung beruhen, Herausgabeansprüche aus Eigentum, anderen dinglichen Rechten, den §§ 2018, 2130 und 2362 sowie die Ansprüche, die der Geltendmachung der Herausgabeansprüche dienen, Rechtskräftig festgestellte Ansprüche, Ansprüche aus vollstreckbaren Vergleichs- oder vollstreckbaren Urkunden, Ansprüche, die durch die im Insolvenzverfahren erfolgte Feststellung vollstreckbar geworden sind, und Ansprüche auf Erstattung der Kosten der Zwangsvollstreckung* ».

trad.R. Legeais, M. Pedamon, G. Lardeux et X. Witz, *Code civil allemand. Traduction commentée*, BGB, Juriscope, Dalloz, 2009, p. 65 ; art. 197, alinéa 1, BGG.

¹¹⁶³ Art. 2558 C. civ. Italien : « *Successione nei contratti. Se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale. Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell'alienante. Le stesse disposizioni si applicano anche nei confronti dell'usufruttuario e dell'affittuario per la durata dell'usufrutto e dell'affitto* », trad. libre : « Succession dans les contrats. Sauf convention contraire, l'acheteur poursuit les contrats relatifs à l'entreprise, excepté ceux conclus en considération de la personne. Le contractant cédé peut mettre fin au contrat dans les trois mois de la cession, s'il dispose d'une juste cause, dans ce cas, la responsabilité du cédant peut être engagée. Les mêmes dispositions s'appliquent vis-à-vis de l'usufruitier et du locataire, pour leur durée respective ».

¹¹⁶⁴ Art. 2559 C. civ. Italien : « *Crediti relativi all'azienda ceduta. La cessione dei crediti relativi all'azienda ceduta, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione, ha effetto, nei confronti dei terzi, dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese. Tuttavia, il debitore ceduto è liberato se esso si estende ai crediti relativi alla medesima* », trad. libre : « Créances relatives à l'entreprise cédée. La cession des créances relatives à l'entreprise cédée, même en l'absence de signification au débiteur et d'acceptation de sa part, prend effet à partir de l'inscription sur le registre des entreprises. Cependant, le débiteur cédé est libéré s'il paie de bonne foi le cédant. Les mêmes dispositions s'appliquent dans le cas d'un usufruit constitué sur l'entreprise ».

¹¹⁶⁵ La jurisprudence est venue préciser que le fonds de commerce italien comprend « l'ensemble des biens meubles et immeubles, matériels et immatériels, des rapports juridiques actifs et passifs de toute l'organisation destinée à l'accomplissement d'une activité économique aux fins de production et d'échange de biens et de services », Cass. 12 juill. 1961, n° 1672.

528. Si le Code civil italien reconnaît la possibilité de céder les dettes liées à l'entreprise, il précise que « *le cédant n'est pas libéré des dettes antérieures inhérentes à l'entreprise cédée, sauf accord des créanciers* »¹¹⁶⁶. Le cédant est tenu solidairement avec le cessionnaire de toutes les dettes dont il était débiteur, c'est-à-dire celles antérieures à la cession. Les dispositions du Code civil italien imposent donc le respect d'un régime juridique propre à la cession de dettes, et à cet égard, protecteur des créanciers de l'entreprise cédée.

529. **L'entreprise individuelle de droit suisse.** La loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, adoptée le 3 octobre 2003 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004, a institué un mécanisme de cession de patrimoine. À l'instar du droit allemand et du droit italien, il est possible de saisir, sur la base d'un seul et unique contrat, un ensemble d'éléments patrimoniaux qui réalisent une activité économique. Cela englobe naturellement, les contrats, les créances, mais aussi les dettes. L'article 181 du Code des obligations des 30 mars 1911 et 18 décembre 1936 réformé par la Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2004¹¹⁶⁷ décide que « *celui qui acquiert un patrimoine ou une entreprise avec actif et passif devient responsable des dettes envers les créanciers, dès que l'acquisition a été portée par lui à leur connaissance ou qu'il l'a publiée dans les journaux* », et l'alinéa 2 de l'article 181 énonce que « *l'ancien débiteur reste solidairement obligé pendant trois ans avec le nouveau ; ce délai court, pour les créances exigibles, dès l'avis ou la publication, et, pour les autres créances, dès la date de leur exigibilité* ». Le droit fédéral suisse est donc très proche du droit allemand.

530. Il se dégage de ces expériences que la transmission du passif avec l'universalité ne va pas de soi, l'obligation aux dettes de l'aliénateur survivant à la cession, au moins pendant le

¹¹⁶⁶ Art. 2560 du C. civ. Italien : « *Debiti relativi all'azienda ceduta. L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori* », trad. libre : « Dettes relatives à l'entreprise cédée. Le cédant n'est pas libéré des dettes antérieures inhérentes à l'entreprise cédée, sauf accord des créanciers. Lorsque la cession porte sur une entreprise commerciale, l'acheteur répond également de ces dettes si elles figurent dans les livres comptables ».

¹¹⁶⁷ Article 181 du Code des obligations : « *Cession d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif*
1 *Celui qui acquiert un patrimoine ou une entreprise avec actif et passif devient responsable des dettes envers les créanciers, dès que l'acquisition a été portée par lui à leur connaissance ou qu'il l'a publiée dans les journaux.*

2 *Toutefois, l'ancien débiteur reste solidairement obligé pendant trois ans avec le nouveau ; ce délai court, pour les créances exigibles, dès l'avis ou la publication, et, pour les autres créances, dès la date de leur exigibilité.*

3 *Les effets d'un semblable transfert de passif sont d'ailleurs les mêmes que ceux du contrat de reprise de dette proprement dit.*

4 *La cession d'un patrimoine ou d'une entreprise appartenant à des sociétés commerciales, à des sociétés coopératives, à des associations, à des fondations ou à des entreprises individuelles qui sont inscrites au registre du commerce, est régie par les dispositions de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion ».*

temps nécessaire à la constitution par le cessionnaire de son propre passif. Les droits proches du droit français ne conçoivent pas la transmission d'un actif affecté à un passif, mais, de manière pragmatique, comme une transmission de biens, accompagnée, plus ou moins progressivement, de dettes. La transmission globale s'explique par l'idée de poursuite de l'affectation, de l'activité économique. Un tel mécanisme se retrouve également dans nos législations si l'on se livre à une analyse précise de celles-ci.

2) *L'apport partiel d'actifs*

531. L'apport partiel d'actifs permet à une société d'apporter une partie de ses éléments d'actifs à une autre société. La société apporteuse va recevoir en contrepartie des droits sociaux de la société bénéficiaire de l'apport. Les sociétés peuvent choisir de soumettre cette opération de restructuration au régime des scissions. Ils vont ainsi céder une branche d'activité comprenant les biens et les obligations qui lui sont associés, et sans disparition de la personnalité morale apporteuse qui était jusqu'alors le support de cette activité¹¹⁶⁸.

532. La cession d'une branche d'activité affiliée au régime des scissions postule que les parties isolent les biens, droits et obligations se rattachant à cette branche. La branche d'activité est ainsi traitée comme un « tout », objet d'une transmission, ce qui suppose qu'elle soit universelle¹¹⁶⁹. La transmission universelle se réalise en dépit de la survie de la société apporteuse ce qui semble contraire à la théorie du patrimoine telle que formulée par Aubry et Rau¹¹⁷⁰. En effet, il existerait une « *incompatibilité entre le transfert universel de patrimoine et l'apport partiel d'actif* »¹¹⁷¹, car il contrevient au principe d'inaliénabilité du patrimoine.

¹¹⁶⁸ La qualification de transmission universelle de l'apport partiel d'actif est une liberté prise par les juges. En effet, l'article 387 de la loi du 24 juillet 1966, modifié par la loi du 25 janvier 1988, disposait que « *la société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions des articles 382 à 386* ». À partir de cette rédaction lacunaire, les juges ont considéré qu'il y avait assimilation de procédure et assimilation des effets qui lui sont attachés. V. notamment, Cass. Civ. 2^e, 12 juill. 2001 ; note J.-J. DAIGRE, *JCP E.* 13 fév. 2003, p. 327. Sur ces ambiguïtés, v. J.-M. CHATAING, *L'apport partiel d'actif soumis au régime des fusions-scissions ou l'ambiguïté du renvoi contenu dans l'article 387 de la loi du 24 juillet 1966*, th. Paris II, 1994.

¹¹⁶⁹ Cass. Com., 5 fév. 1991 ; note C. BOLZE, *Rev. Soc.* 1991, p. 545 ; note P. DELEBECQUE, *BJS*, 1991, p. 391 obs. C. CHAMPAUD et D. DANET, *RTD.Com.* 1992, p. 385 ; note Y. CHARTIER, *D.* 1992, p. 27 ; V. également, A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations, étude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, th. préc., n° 254 et suiv.

¹¹⁷⁰ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, th. préc., n° 375, p. 175. Il a été observé à cet égard qu'il ne peut s'agir d'une transmission universelle, mais d'une transmission à titre universel, car elle ne porte que sur une fraction du patrimoine (Y. GUYON, « Les apports partiels d'actif », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, p. 245.).

¹¹⁷¹ M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », art. préc., p. 287.

533. La tentative d'une conciliation avec la théorie subjective du patrimoine.

Mme Thomat-Raynaud propose de concilier l'opération d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions avec la théorie du patrimoine¹¹⁷². Elle soutient « *qu'il faudrait voir, dans la jurisprudence, l'idée sous-jacente d'une reconnaissance, pour les besoins de la transmission, d'une personnalité à la branche d'activité, celle-ci incarnant une activité et une entreprise* »¹¹⁷³. La Cour de cassation ne fait pas appel au concept de personnalité, mais Mme Thomat-Raynaud résout cette difficulté en considérant qu'il est possible de considérer que l'activité cédée ait comme support une personnalité fictive, laquelle serait reconnue pour les besoins de la transmission.

534. Cette thèse était déjà en germe chez un autre auteur. Mme Coquelet avait antérieurement démontré que la société bénéficiaire de l'apport se substitue à la première pour ce qui est de la branche d'activité cédée. Par la suite, elle explique que c'est une partie de la personne morale qui est continuée par la société bénéficiaire¹¹⁷⁴. L'apport partiel d'actif réaliserait en définitive la continuation d'une sous-personnalité juridique¹¹⁷⁵.

L'hypothèse proposée par Mme Coquelet et Mme Thomat-Raynaud est intéressante et elle présente l'avantage d'offrir cohérence et uniformité au principe de transmission universelle du patrimoine. Toutefois, elle repose sur un vice de raisonnement.

535. L'apport partiel d'actifs expliqué par l'idée de poursuite de l'affectation.

L'analyse de l'apport partiel d'actif comme cession de patrimoine dérogeant à la théorie du patrimoine est inexacte. Elle part d'une mauvaise identification de l'objet de la cession. L'objet de l'apport n'est pas un patrimoine puisque la société apporteuse n'est pas dissoute, et en conséquence, elle conserve son patrimoine¹¹⁷⁶. Il est alors nécessaire, pour comprendre le mécanisme, d'identifier avec plus d'acuité l'objet de la cession.

¹¹⁷² A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, th. préc., n° 379, p. 177 ; Comp. N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. préc., n° 152 et suiv., p. 149 et suiv., l'auteur estime qu'il ne s'agit pas réellement d'une transmission universelle et qu'il s'agit essentiellement d'une opération de restructuration d'une société.

¹¹⁷³ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, th. préc., n° 379, p. 177. L'auteur propose, pour identifier les contours de la personnalité succédée, de se référer à la comptabilité analytique.

¹¹⁷⁴ M.-L. COQUELET, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, th. préc., n° 244 et suiv.

¹¹⁷⁵ L'auteur est cependant prudent dans la formulation de son hypothèse, car il s'agirait, selon ses mots, d'une « révolution dogmatique », v. *Ibid.*, n° 211.

¹¹⁷⁶ R. RAFFRAY, *La transmission universelle de patrimoine des personnes morales*, n° 222, p. 182.

536. Deux conditions président à la transmission universelle : les parties doivent se soumettre au régime des scissions¹¹⁷⁷ et l'apport doit porter sur une branche autonome d'activité. La seconde condition, théorique, semble être la plus importante, mais également la plus complexe. En effet, la notion de branche d'activité ne connaît pas de définition précise en droit privé, ce qui complique la compréhension du fonctionnement du mécanisme. Elle est souvent présentée comme « *l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division qui constituent, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens* »¹¹⁷⁸. Toutefois, il s'agit d'une notion d'inspiration fiscale et dont les intérêts sont également fiscaux¹¹⁷⁹.

Outre l'analyse subjective présentée ci-avant, deux thèses, d'inspiration objective quant à elles, tentent de définir la « branche d'activité ». Seule la seconde, qui mérite quelques éclaircissements, permet de comprendre le fonctionnement du mécanisme.

La première thèse est soutenue par M. Raffray. Selon l'auteur, la transmission universelle subséquente à l'apport partiel d'actif est fondée sur la notion d'universalité de droit¹¹⁸⁰. Le recours à la notion est justifié par le fait, en vertu de la conception classique de l'universalité de droit, que c'est un actif corrélé à un passif qui est transmis. C'est donc la conception classique de l'universalité de droit qui est retenue. Il est évident qu'au temps du transfert c'est un tout, un actif et un passif, qui est cédé. Toutefois, l'idée de corrélation, élément d'identité de l'universalité de droit dans le précédent système doctrinal, ne se retrouve pas. En effet, il n'y a pas de rapport d'interdépendance et d'exclusivité entre l'actif et le passif cédés. Les créanciers dont les droits trouvent leur source dans l'activité de la branche ne disposent pas d'une assiette distincte, avant la cession, que celle de l'intégralité du patrimoine de la société apporteuse, et après la cession, que celle de l'intégralité du patrimoine de la société bénéficiaire. Aussi, il n'y a pas d'universalité de droit, c'est-à-dire de corrélation actif/passif en dehors du patrimoine propre aux sociétés qui participent à l'opération de restructuration.

¹¹⁷⁷ Cette condition se retrouve aux articles L. 236-22 et L. 236-24 du Code de commerce. La jurisprudence accepte néanmoins que la manifestation de volonté ne soit qu'implicite, dès lors qu'il ressort de l'acte une volonté de soumettre l'opération à ce régime. J.-J. DAIGRE, obs. ss. Cass. Civ. 2^e, 12 juill. 2001, *JCP E.* 2003, Jur. 281.

¹¹⁷⁸ Art. 2, i de la directive n° 90/434/CEE du 23 juill. 1990, devenue 2, j de la directive n° 2009/133/CE du 10 octobre 2009, relative au régime fiscal applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

¹¹⁷⁹ La définition de la directive a été inspirée du droit fiscal : CGI, ann. II, art. 301 E et directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990, désormais 2009/133/CE du 19 octobre 2009.

¹¹⁸⁰ R. RAFFRAY, *La transmission universelle de patrimoine des personnes morales*, th. préc., n° 242, p. 196 et 197.

Une seconde approche consiste à déceler dans la branche d'activité une manifestation de la notion d'entreprise¹¹⁸¹. Elle peut jeter de la lumière sur l'apport partiel d'actif sous réserve de la reformuler techniquement à l'aide des concepts du droit civil¹¹⁸². Le but de l'apport partiel d'actif est d'offrir aux sociétés un instrument souple de restructuration et d'organisation de sociétés afin de filialiser une activité, ou de coopérer avec une autre société pour une activité donnée, ou encore, d'abandonner une activité à une société concurrente tout en prenant une participation au sein de celle-ci¹¹⁸³. Le sens à donner à ces opérations se trouve donc dans le but recherché par les parties, qui se placent sous le régime des scissions pour extraire de la société apporteuse un ensemble d'éléments affectés à finalité économique précise, pour perpétuer cette affectation au sein de la société bénéficiaire. Ce qui permet de donner corps à l'ensemble des éléments lors de la cession est la poursuite de l'objectif économique assignée par les parties¹¹⁸⁴ à l'opération et objectivement déterminée par l'activité cédée¹¹⁸⁵. Cet objectif commande que les moyens utilisés par la société apporteuse pour réaliser l'activité soient transférés à la société bénéficiaire. Autrement dit, lors de l'apport, la société apporteuse révèle le lien d'affectation qui unit les différents biens mis au service de l'activité cédée. Il s'agit donc de constituer « *une universalité, constituée par un lien économique* »¹¹⁸⁶. C'est en ce sens que la jurisprudence parle « *d'apport partiel d'actifs* ». Cette sélection cristallise et révèle le bien universel cédé.

Il reste à rendre compte de la succession dans les dettes que provoque l'apport partiel d'actif. Dans la réalisation de son activité, la société apporteuse — qui ne faisait rien d'autre

¹¹⁸¹ G.-J. MARTIN, note sous Cass. Com., 11 déc. 1978, *D.* 1980, p. 40.

¹¹⁸² Le concept d'« entreprise » est imprécis (A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, th. préc., n° 377, p. 176 ; T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *RTD.Com.* 2006, p. 709). Toutefois, il semble que le droit positif fasse de l'entreprise un bien librement cessible (art. L. 621-6, L. 621-62, et L. 621-83 c. com). Elle est plus précisément un ensemble de biens organisés autour d'une activité économique. Nous retrouvons ainsi une appréhension *ut universi* de biens affectés à finalité particulière (l'activité économique qui est un ensemble de moyens coordonnés et organisés en fonction d'un objectif déterminé. V. T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », art. préc.) et dont il procède une utilité (M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, préf. G. MARTY, th. Toulouse, 1956 ; D. GUEVEL, *L'entreprise, bien juridique*, Juris-service, 1994). Elle doit ainsi être rangée dans la catégorie de bien universel.

¹¹⁸³ J.-J. DAIGRE, H. LE BLANC et D. GERRY, « Restructuration des sociétés : apport partiel d'actif ou apport en nature, que choisir ? », *Actes pratiques* 1993, n° 9, p. 2

¹¹⁸⁴ En ce sens M. BILLAU, *La transmission des créances et des dettes, op.cit.*, n° 158, p. 166. L'auteur propose pour expliquer la notion de branche d'activité — qui n'est pas définie par la jurisprudence — de s'inspirer des solutions issues de l'article L. 122-12 du Code du travail.

¹¹⁸⁵ Une détermination objective de l'activité transmise est fondamentale, car c'est exclusivement à partir d'elle que l'on peut déterminer les biens nécessaires à sa poursuite. La volonté des parties est, sur ce terrain, très limitée. V. M.-L. COQUELET, *J.-Cl. Sociétés traitées*, « Fusions de sociétés-apport partiel d'actif », n° 3, Fasc. 164-10.

¹¹⁸⁶ C. BLOZE, note sous Cass. Com., 5 mars 1991 et 5 févr. 1991, *Rev. Soc.* 1991, p. 545.

que déployer son activité juridique, autrement dit réaliser son objet social¹¹⁸⁷ — a contracté des obligations. Ces dettes sont liées à l'activité économique cédée et elles permettent de poursuivre l'affectation universelle, à tout le moins, le temps que la société bénéficiaire s'oblige à raison de la même finalité. Le lien entre le bien universel et les dettes trouve son fondement, comme dans les droits étrangers analysés ci-avant, dans l'idée de maintien de l'affectation. L'apport partiel d'actif ne porte donc pas sur un patrimoine, mais une partie des biens qui le composent en fonction de l'activité qu'une société souhaite céder. Une partie de l'activité de la société apporteuse va donc s'extraire de son patrimoine pour s'imprimer, du fait de la volonté des parties, dans un ensemble de biens qui permet de la réaliser et de la poursuivre. Les obligations permettent aussi de poursuivre l'activité, elles sont elles aussi au service de l'affectation universelle¹¹⁸⁸. Une approche objective de l'apport partiel d'actif et qui permet d'expliquer le transfert réalisé porte ainsi sur l'idée de poursuite de l'affectation.

La subjectivité de l'obligation dans l'opération de restructuration analysée est respectée. En effet, l'apport partiel d'actif impose la solidarité entre la société apporteuse et la société bénéficiaire¹¹⁸⁹. Après quelques incertitudes doctrinales quant au domaine de la responsabilité solidaire¹¹⁹⁰, la Cour de cassation dans un arrêt en date du 12 décembre 2006 a considéré que la solidarité porte sur les dettes de la branche d'activité concernée par l'opération¹¹⁹¹. Les deux sociétés sont donc obligées à la dette. Le créancier n'a donc pas à subir un changement débiteur, mais, au contraire, il bénéficie d'un débiteur solidaire¹¹⁹² : le

¹¹⁸⁷ V. sur l'assimilation de l'activité juridique à l'objet social, R. RAFFRAY, *La transmission universelle de patrimoine des personnes morales*, th. préc., pp. 54 à 73.

¹¹⁸⁸ Les parties sont libres de choisir les dettes qui, selon elles, permettent la poursuite de l'affectation. À ce titre, ils peuvent en exclure certaines. La société apporteuse demeure ainsi seule obligée. Pour la mise en œuvre du principe, v. Cass. Com., 21 févr. 1995, *RJDA*, 1995, n° 718. Pour la dette de responsabilité pesant sur la société apporteuse, v. Cass. Com. 10 déc. 2003, *BJS*, 2004, p. 518, note M.-L. COQUELET.

¹¹⁸⁹ Les sociétés participantes peuvent, conformément à l'article L. 236-21 du Code de commerce, écarter la solidarité. Dans cette hypothèse, seul le bénéficiaire de l'apport est obligé à la dette (le fisc ne peut ainsi recouvrer une dette auprès de l'apporteuse, CE, 4 août 2006, *Dr. fisc.* 2007, comm. 285.). L'exclusion de la solidarité doit cependant être expresse (en ce sens T. com., Paris, 5 oct. 1998, n° 1998-055007). L'exclusion de la solidarité ne peut pas être parcellaire, elle doit donc concerner toutes les dettes. Surtout, l'exclusion a pour conséquence l'ouverture d'un droit d'opposition au bénéfice des créanciers au profit desquels la solidarité est instituée.

¹¹⁹⁰ V. sur la question, H. HOVASSE et S. ROBINEAU, « L'inadaptation des articles 385 et 386 de la loi du 24 juillet 1966 à la protection des créanciers dans une opération d'apport partiel d'actif », *BJS*, 1998, p. 203 ; H. LE NABASQUE, « La solidarité dans les opérations d'apport partiel d'actif soumises au régime des scissions », in Mél. M. JEANTIN, Dalloz, 1999, p. 271 et suiv.

¹¹⁹¹ Cass. Com., 12 déc. 2006, *JCP E.* 2007, p. 1877, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; *BJS*, 2007, 492, note J.-C. HALLOUIN ; *Dr. Soc.* 2007, n° 50, note H. HOVASSE ; *Rev. Soc.* 2007, p. 76, note D. PORACCHIA. V. par la suite une confirmation postérieure, Cass. Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 05-17.428.

¹¹⁹² L'opération ne porte pas préjudice aux créanciers des dettes conservées par l'apporteuse, par conséquent la société bénéficiaire n'est pas solidaire de celles-ci avec la société apporteuse. V. en ce sens H. HOVASSE et S. ROBINEAU, « L'inadaptation des articles 385 et 386 de la loi du 24 juillet 1966 à la protection des créanciers dans une opération d'apport partiel d'actif », art. préc., p. 205.

créancier peut actionner en paiement la société de son choix. Le mécanisme de solidarité est, nous l'avons vu, également à l'œuvre dans les législations européennes qui reconnaissent, elles aussi, l'idée de transmission de biens avec des dettes en cas de poursuite de l'affectation universelle. Le droit français est ainsi cohérent et en accord avec ces législations.

537. Les parties à l'opération de restructuration peuvent également, conformément à l'article L. 236-21 du Code de commerce, écarter la solidarité. Cette exclusion a pour conséquence l'ouverture d'un droit d'opposition au bénéfice des créanciers au profit desquels la solidarité est instituée. Il se réalise par la voie judiciaire, et prend la forme d'une action en justice. Le juge devra ainsi se prononcer sur le bien-fondé de l'opposition, et il ordonnera le remboursement immédiat de la créance ou la constitution de garanties. Aussi, il est nécessaire que le créancier assigne l'intéressé devant le juge. La lourdeur procédurale fragilise la situation des créanciers. D'autant que le créancier doit agir dans le délai de 30 jours suivant l'accomplissement des formalités de publicité de l'acte de transmission¹¹⁹³. Si la brièveté du délai s'explique par la nécessité de purger rapidement les contestations relatives à l'opération, elle est toutefois préjudiciable aux créanciers sociaux et risque de rendre illusoire l'usage du droit d'opposition¹¹⁹⁴. En outre, la nature judiciaire du droit d'opposition ne permet de donner lieu au paiement direct du prix à l'instar de l'opposition prévue lors de la cession du fonds de commerce¹¹⁹⁵. Le créancier doit attendre l'approbation du juge.

538. Ce droit a-t-il pour effet d'altérer le caractère personnel de l'obligation¹¹⁹⁶? Une analyse du mécanisme d'opposition permet d'en douter. Octroyé aux créanciers de la société apporteuse, il leur permet de s'opposer, en justice, à la transmission réalisée. Il se présente, dans la plupart des hypothèses légales, comme une mesure d'exécution forcée sur les créances, donc comme un paiement¹¹⁹⁷ prononcé par le juge¹¹⁹⁸. Le juge prononcera le

Le débat peut paraître stérile, mais il trouve néanmoins explication par le fait que les créanciers de la société apporteuse subissent une fluctuation du patrimoine, donc de leur gage. L'absence de solidarité est néanmoins fondée par le fait qu'ils conservent le même débiteur, donc le même sujet de droit assujéti à la norme comportementale.

¹¹⁹³ La jurisprudence raisonne par analogie avec les dispositions applicables en matière de fusion. V. Cass. Com., 16 mai 2000, *RJDA*. 2000, n° 986.

¹¹⁹⁴ V. en ce sens, R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, th. préc., n° 113, p. 103.

¹¹⁹⁵ L'opposition dans le cas de la vente du fonds de commerce est un acte extra-judiciaire qui donne lieu au paiement du prix. Le juge a vocation à intervenir en cas de désaccord des créanciers. Art. L. 141-14, al. 1^{er}, C. com.

¹¹⁹⁶ Les dispositions du Code civil et de Code de commerce instituant l'opposition à la transmission universelle ne distinguent pas selon l'objet de l'obligation. Il ne semble pas qu'elle concerne les seules créances de somme d'argent (V. en ce sens, T. com. Paris, 12 juin 1972, *BJS*, 1972. 324).

¹¹⁹⁷ PH. THERY, « Le droit d'opposition en droit du paiement », *LPA*. 4 avr. 2007, n° 68, p. 25.

remboursement lorsque l'opération conduit à un amenuisement de l'assiette du gage général du créancier opposant¹¹⁹⁹. De plus, l'article L. 236-14, alinéa 3, du Code de commerce prévoit qu'à défaut de remboursement ou de constitution de nouvelles garanties ordonnées par le juge, « (...) *la fusion est inopposable au créancier (...)* ». Le droit d'opposition a ainsi pour conséquence d'éviter que le créancier opposant ne subisse les effets de la transmission universelle. Autrement dit, pour le créancier, il n'y aura pas, ou plus, de changement de débiteur. En définitive, cela équivaut à ce que le créancier cédé ne donne pas son accord et se retire de la cession. Cela préserve donc la subjectivité de l'obligation. Le droit d'opposition octroyé aux créanciers permet de les protéger contre la substitution de débiteur, même si, sur ce point, la solidarité entre le cédant et le cessionnaire est plus protectrice à leur égard.

539. En marge de l'apport partiel d'actif, de nouveaux mécanismes, récemment consacrés par le législateur, permettent la cession de biens et de dettes. Nous devons dès lors les analyser pour comprendre leur fonctionnement.

3) *Le lien entre le bien universel et les dettes dans les mécanismes de la fiducie et l'EIRL*

540. **La poursuite de l'affectation universelle.** Les législations étrangères ne consacrent pas l'idée de transmission universelle du patrimoine. Elles parlent généralement de poursuite de l'activité avec reprise des éléments qui permettent l'exploitation de l'entreprise. C'est sur cette notion qu'est fondée la vente de l'universalité et des obligations qui en dépendent. La transmission est avant tout conçue comme un moyen de pérennisation de l'affectation universelle. Quant aux obligations, les droits étrangers instaurent un mécanisme de solidarité entre le cédant et le cessionnaire. Par ce fait, ils rendent compte de la structure singulière de la dette, qui ne peut être traitée à la même manière des biens. Ce mécanisme permet de faire de l'universalité un bien à part entière.

L'apport partiel d'actif fonctionne selon les mêmes canons. Bien que la jurisprudence parle de « *transmission universelle* », il s'agit, en réalité, d'un apport conçu comme un moyen de pérennisation de l'affectation. De plus, la jurisprudence impose une solidarité entre la société apporteuse et celle bénéficiaire. Une analyse minutieuse de la fiducie et de l'EIRL permet de constater que la loi poursuit également l'objectif de pérenniser l'affectation

¹¹⁹⁸ Le juge peut ordonner le remboursement immédiatement de la créance ou la constitution de nouvelles garanties ou rejeter l'opposition. Art. L. 236-14 C. com. ; art. 1844-4 C. civ.

¹¹⁹⁹ M. BILLAU, J. GHESTIN, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 521.

universelle (a). Toutefois, le régime juridique associé à ces transmissions s'avère insuffisant, ce qui rend nécessaire, pour des raisons propres à chacun des mécanismes, d'en proposer un nouveau (b).

a) La pérennisation de l'affectation universelle

541. Les articles 25 et 26 du HGB précisent que la cession des dettes afférentes à l'exploitation n'a pas besoin d'être contractuellement prévue par les parties dès lors que le cessionnaire poursuit le principe organisateur de l'entreprise cédée, qu'il poursuit l'exploitation de l'entreprise¹²⁰⁰. Autrement dit, la cession des obligations a lieu dans la mesure du maintien de l'affectation universelle. La solution est doublement cohérente. Premièrement, les créanciers ont intérêt à ce que l'affectation universelle se poursuive puisque c'est elle qui fait de l'universalité un bien, donc leur gage. Deuxièmement, les obligations qui font partie de l'entreprise conditionnent la poursuite de l'activité et donc la pérennité de l'universalité. Ce n'est donc pas la logique successorale qui explique la transmission du passif de l'universalité avec les obligations y afférentes. Il ne s'agit pas de continuer une personnalité juridique, mais de continuer l'affectation des biens à une fin précise. C'est dans cette mesure que le passif suit les biens.

542. **Le cas de l'EIRL.** Le droit français, au-delà de l'interprétation qui en est couramment donnée¹²⁰¹, ne repose pas sur un principe différent. Il résulte de l'article L. 526-17 du Code de commerce que la cession à titre onéreux ou la transmission à titre gratuit entre vifs du patrimoine entraîne le maintien de l'affectation des biens à l'activité de l'entreprise. L'idée est là, mais le raisonnement est inversé. C'est en vérité, le maintien de l'affectation des biens à l'activité (et non pas aux dettes) qui autorise leur cession globale¹²⁰². En effet, c'est le maintien de l'affectation des biens à l'activité qui explique que les dettes suivent l'universalité vendue¹²⁰³. En l'absence de maintien de l'affectation des biens à l'activité, la cession ou la

¹²⁰⁰ M. FROMONT, J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, 2^e éd., LGDJ, 2017, n° 577, p. 299.

¹²⁰¹ V. N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. préc. ; S. ANIEL-BARAU, *Le patrimoine affecté de l'EIRL*, th. préc. ; M.-CH. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. préc.

¹²⁰² L'article R. 526-13 du code de commerce exige en effet qu'un avis au BODACC de la transmission soit publié, comportant la mention de « l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ».

¹²⁰³ Le meilleur exemple de ce que nous avançons résulte d'une simple lecture des dispositions du Code de commerce. L'article L. 526-17 du Code de commerce lorsqu'il parle de « maintien de l'affectation », il n'envisage pas l'idée de maintien de l'affectation aux dettes, mais des biens à l'activité économique déployée. L'article L. 526-15 du Code de commerce en témoigne : la cessation de l'affectation entraîne la fin de l'activité, mais elle conserve l'affectation de l'universalité aux créanciers professionnels. Il y a donc bien deux logiques distinctes : l'affectation des biens à l'activité, propre de l'universalité, et l'affectation du bien universel aux

transmission à titre gratuit de l'universalité ne peut être réalisée : la cession de l'activité entraîne la désaffectation des biens, donc le morcellement de l'universalité ; c'est le maintien de l'affectation entrepreneuriale qui permet de considérer que c'est un bien qui est transmis¹²⁰⁴. C'est donc la poursuite de l'activité antérieure qui permet de transmettre le bien universel¹²⁰⁵, accompagné des obligations¹²⁰⁶.

543. Il convient de ne pas confondre l'affectation des biens à l'activité, qui est une affectation universelle, avec l'affectation des biens au passif, que l'on utilise pour caractériser le patrimoine. Contrairement aux apparences, L'EIRL ne repose pas tant sur la seconde que sur la première, ainsi qu'il résulte des termes formels de la loi¹²⁰⁷. Les dettes ne sont pas une partie du bien universel transmis. Comme elles sont extérieures au bien universel parce qu'elles constituent une norme comportementale, il est seulement possible de les lier à lui à l'occasion de sa transmission dans le souci d'une continuité de l'activité et donc de l'affectation universelle.

544. **Le cas de la fiducie.** Une logique similaire peut être trouvée dans le mécanisme de la fiducie, même si des nuances existent du fait de son originalité. L'idée de maintien de l'affectation universelle est également sous-jacente lors de la cession de l'universalité du fiduciaire. La transmission de l'universalité du fiduciaire n'est pas expressément envisagée par le législateur et elle n'existe avec certitude que dans l'hypothèse où le fiduciaire doit être remplacé¹²⁰⁸. En cette situation, le fiduciaire se trouve dessaisi du patrimoine, qui est transféré à un nouveau fiduciaire. Toutefois, ce transfert s'inscrit dans un cadre plus large : le contrat de fiducie. La transmission des obligations est une conséquence du transfert du contrat de fiducie d'un fiduciaire à un autre¹²⁰⁹. Or, comme nous l'avons vu précédemment, le contrat de

créanciers. Seule la première conditionne la transmission globale et elle est clairement envisagée par le Code. Cela intéresse moins directement notre analyse, mais il est évident que le cessionnaire doit remplir les conditions nécessaires et opter pour le statut d'EIRL.

¹²⁰⁴ E. DUBUISSON, M. GERMAIN, « L'affectation d'un patrimoine : transmission », in *EIRL, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, F. TERRE (dir.), n° 120, p. 66.

¹²⁰⁵ Le bien universel doit s'entendre ici, comme dans les législations étrangères, comme l'entreprise individuelle. Il s'agit ainsi de tous les éléments d'exploitation qui permettent l'activité économique de l'entrepreneur. Les dettes ne sont pas, à proprement parler, des éléments d'exploitation, car il s'agit avant tout d'un comportement du débiteur et attendu par le créancier. Il n'est pas possible de réifier ce comportement.

¹²⁰⁶ L'article L. 527-17 prévoit d'abord la transmission des biens et ensuite, dans son III°, il parle de la succession du cessionnaire dans les obligations du cédant.

¹²⁰⁷ Art. L. 527-17 C. com. et L. 526-15 C. com.

¹²⁰⁸ Le contrat de fiducie peut prévoir les motifs et les conditions dans lesquelles le fiduciaire sera remplacé (art. 2027 C. civ.). En l'absence de stipulations contractuelles, le remplacement du fiduciaire peut être obtenu judiciairement. Ultimement, le contrat de fiducie prend fin dans l'hypothèse où le fiduciaire se trouve en liquidation judiciaire (art. 2029 C. civ.)

¹²⁰⁹ V. sur ce point H. WESTENDORF, *Le transfert des suretés*, préf. P. CROCQ et A. PRIÛM, *Deffr.* t. 54, 2015, n° 403, p. 296

fiducie fixe le principe directeur et le but poursuivi par le fiduciaire. C'est donc essentiellement le maintien de l'affectation des biens à ce but qui fonde la cession globale, et non pas l'affectation de l'actif au passif.

Il n'est pas certain qu'à la fin du contrat de fiducie une transmission des biens et des dettes se réalise¹²¹⁰. L'article 2030 du Code civil précise seulement que « *lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaires, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant* (al. 1^{er}). *Lorsqu'il prend fin par le décès du constituant, le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession* ». L'évocation d'un effet de plein droit ne préjuge pas des modalités du retour : liquidation préalable ou transmission des biens et des dettes ? Seule une disposition du Code général des impôts permet d'influencer l'opinion puisque l'article 223 VG I, 1^o du CGI dispose que le régime fiscal de faveur ne s'applique que si « *le contrat de fiducie prend fin sans liquidation du patrimoine fiduciaire* ». La doctrine est logiquement divisée : certains affirment que la transmission de l'ensemble des biens et des dettes a lieu¹²¹¹, alors que d'autres rejettent cette éventualité¹²¹². Ces derniers fondent leur argumentation en faisant remarquer que la nature de patrimoine du patrimoine fiduciaire et le respect des droits des créanciers de la fiducie imposent une liquidation de celui-ci, c'est-à-dire un apurement du passif avant la transmission éventuelle d'un reliquat d'actif¹²¹³, et peu importe que le bénéficiaire de la transmission soit un tiers ou le constituant lui-même¹²¹⁴.

Le débat peut être enrichi des expériences précédemment exposées. La liquidation d'un patrimoine n'est, au regard de notre droit civil, qu'une hypothèse marginale. Il préfère régulièrement avoir recours à l'idée de transmission des biens et des dettes. Cette transmission, nous l'avons vu, trouve généralement deux fondements distincts et radicalement opposés : soit la continuation de la personnalité juridique, soit la poursuite de l'affectation universelle. Ainsi, le fondement est subjectif lorsqu'il s'agit de poursuivre une personnalité juridique et il est objectif lorsqu'il s'agit de poursuivre une affectation universelle, c'est-à-dire, généralement, l'exploitation d'un bien universel. Ce dernier fondement, qui se retrouve

¹²¹⁰ L'article 2029 du Code civil renvoie à la transmission du « patrimoine », lequel n'est point composé de dette. Il en est de même de l'article 2030 du Code civil, c'est-à-dire de l'hypothèse où le constituant décède avant le dénouement de la fiducie.

¹²¹¹ V. surtout, F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 286 et suiv.

¹²¹² V. par exemple, F. BARRIERE, « La loi instituant la fiducie entre équilibre et incohérence », *JCP E.* 2007, p. 2053, spéc. n° 30.

¹²¹³ *Ibid.*, n° 30.

¹²¹⁴ F. BARRIERE, « La fiducie, commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (deuxième partie) », art. préc., n° 19.

dans le contrat de fiducie en cas de changement du fiduciaire, peut-il également se retrouver en cas de dénouement du contrat de fiducie ? Un obstacle semble s'opposer à cette logique : le dénouement du contrat de fiducie entraîne la cessation de l'affectation. Cet obstacle repose néanmoins sur une analyse erronée de la fiducie. En effet, le dénouement de la fiducie n'entraîne pas cessation de l'affectation, mais au contraire sa réalisation : le dénouement de la fiducie accomplit l'affectation poursuivie par le constituant et imprimée dans le contrat. Il est donc le dernier instant de l'opération de fiducie, et partant, le dernier souffle de l'affectation dans la réalisation de l'opération. Il est donc évident que le transfert du bien universel et des dettes contractées par le fiduciaire trouve un fondement dans l'exécution de l'affectation universelle. L'exécution se réalise ultimement non entre les mains du fiduciaire, mais entre celles du bénéficiaire de la transmission, ce qui postule, à tout le moins à cet instant, qu'il poursuive l'affectation universelle. L'idée de poursuite de l'affectation fonde donc également la transmission de biens et de dettes de l'universalité fiduciaire. C'est un principe général qui existe à côté de celui de continuation de la personnalité.

545. **La différence entre succession et transmission.** La transmission de l'universalité avec les dettes s'explique par le souci de perpétuer l'affectation universelle. Elle est foncièrement différente du mécanisme de la succession, qui repose sur la disparition de la personnalité juridique. Dans l'aliénation d'une universalité, on ne succède pas à une personne déchue, on reprend une affectation. La réalisation de l'opération s'effectue entre vifs et elle prend un bien comme objet — le bien universel — ce qui fonde l'opportunité d'exprimer l'acte réalisé en termes de « transmission ». À l'inverse, la succession au patrimoine d'une personne déchue se réalise une fois qu'elle est décédée — mort de la personne physique ou dissolution de la personne morale — ce qui impose de parler de succession, car il n'existe pas d'expédient représentatif d'une altérité au rapport bilatéral de transmission.

546. La mise en exergue de la nature du lien entre le bien universel et les dettes lors de sa transmission suppose maintenant d'esquisser de son régime juridique.

b) Le régime applicable à la pérennisation de l'affectation

547. Les exemples étrangers et de l'apport partiel d'actif témoignent tous deux d'un souci notionnel : la structure subjective de l'obligation. À raison du fait que la dette est une norme comportementale du débiteur et attendue par le créancier, elle ne peut logiquement être

exécutée que par le débiteur choisi par le créancier. Il donc nécessaire de préserver cette structure subjective dans les différentes transmissions qui peuplent notre droit civil. Il doit en effet en être ainsi à l'endroit du mécanisme de l'EIRL (β) et de la fiducie (α), même si l'originalité du mécanisme suppose de l'analyser avec plus de circonspection.

α) La fiducie

548. Le régime de la transmission du bien universel et des dettes qui résultent de l'opération de fiducie est à construire. Aussi, le silence et les lacunes textuelles qui règnent en la matière autorisent à faire œuvre créatrice.

Nous rejoignons l'avis de Messieurs Zenati-Castaing et Revet qui estiment que la transmission de l'ensemble des biens et des dettes ne peut être imposée au bénéficiaire : celui-ci dispose d'une option entre la liquidation et la transmission¹²¹⁵. Le choix devant être fait lors du dénouement de la fiducie, le bénéficiaire pourra savoir de manière définitive si les dettes surpassent la valeur du bien universel. Lorsque le bénéficiaire opte pour la transmission de l'ensemble des biens et des dettes, il est logique de procéder à un inventaire de l'actif, pour dessiner les contours du bien universel et des dettes contractées par le fiduciaire. Cela permet de connaître la teneur des charges reprises par le bénéficiaire.

Concernant le passif, il n'est pas possible de reconnaître aux créanciers, comme dans les exemples précédents, une solidarité de droit entre le cédant et le cessionnaire. L'originalité de l'opération de fiducie commande un mécanisme original de traitement du passif. Commençons par l'évidence : les créanciers de la fiducie pourront agir contre le bénéficiaire qui, par l'acquisition du bien universel et des dettes y afférentes, sera tenu *ultra vires* au passif. S'agissant d'une évidence moindre : la solidarité entre le fiduciaire et le bénéficiaire ne peut être imposée, car le gage des créanciers, objet de la transmission, n'est pas modifié et, ayant cédé le bien universel, il est difficile d'imaginer le fiduciaire solidairement obligé envers les créanciers du fait de la transmission¹²¹⁶. Toutefois, lorsque le bénéficiaire est le

¹²¹⁵ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 286, p. 446 ; V. également en ce sens R. RAFFRAY, *La transmission universelle de patrimoine des personnes morales*, th. préc., n° 329 et suiv., p. 258 et suiv.

¹²¹⁶ Il est également logique que tous les effets attachés à l'article 2025 du Code civil soient, à la suite de la cession, paralysés. La confusion de l'universalité dans le patrimoine du bénéficiaire rend inopérante toute limitation de responsabilité. V. sur ce point R. RAFFRAY, *La transmission universelle de patrimoine des personnes morales*, th. préc., n° 329 et suiv., p. 258 et suiv.

constituant et qu'une clause, prévue au contrat de fiducie, prévoyait la responsabilité du fiduciaire sur son patrimoine personnel, les créanciers ne devraient pas perdre le bénéfice de cette garantie du fait de la transmission et une solidarité entre le bénéficiaire et le fiduciaire devrait être instaurée. Nous ne sommes pas loin de la solidarité. En l'absence d'une telle clause, les créanciers de la fiducie bénéficient donc d'un seul recours contre le constituant bénéficiaire.

En revanche, lorsque le bénéficiaire est un tiers au contrat, nous pensons, à l'instar de M. Raffray, que, « *sauf à avoir accepté de limiter l'exercice de son droit de gage sur le patrimoine fiduciaire, le créancier disposera, en plus d'une action sur les biens du bénéficiaire, au moins d'un recours qu'il exercera contre le constituant, contre le fiduciaire ou contre les deux, selon que les parties auront ou non fait usage de la possibilité d'aménager le régime du passif fiduciaire qui leur est offerte par l'article 2025 du Code civil* »¹²¹⁷. Le recours contre le constituant est logique dans la mesure où l'article 2025 du Code civil l'oblige en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire. Les autres recours trouvent leur fondement dans le contrat de fiducie lui-même.

549. Ainsi, le régime proposé tient compte de la structure singulière de la dette. En tant que norme comportementale individuelle, le créancier ne doit pas subir et se voir imposer un changement de débiteur. En outre, le régime proposé est en résonance avec les législations étrangères et le mécanisme d'apport partiel d'actifs. Cela permet ainsi de conclure qu'à un même fondement, un régime semblable trouve application. Une logique similaire devrait se retrouver à l'endroit du mécanisme de l'EIRL.

β) L'EIRL

550. Le mécanisme de l'EIRL institué, selon l'article L. 526-17 du Code de commerce, un seul droit d'opposition aux créanciers cédés. Ledit article précise que le droit d'opposition est octroyé à une catégorie de créanciers : il s'agit de ceux à qui la déclaration d'affectation est opposable¹²¹⁸ ; dont les droits sont « *nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté* »¹²¹⁹ ; et dont la créance est antérieure à la

¹²¹⁷ *Ibid.*, n° 333, p. 260.

¹²¹⁸ Art. L. 526-12, 1°, C. com.

¹²¹⁹ *Ibid.*

publicité de la déclaration ou de l'avis de cession¹²²⁰. Sont donc logiquement visés par cette protection, les créanciers dont l'assiette exclusive du droit de gage est l'universalité affectée à l'activité professionnelle¹²²¹. C'est une condition de bon sens puisque la protection concerne les seuls créanciers surpris par la cession.

551. Nous avons vu que le droit d'opposition n'entache pas la structure subjective de la dette puisqu'il permet aux créanciers de se protéger contre la substitution de débiteur. Toutefois, le mécanisme de l'EIRL est moins protecteur que l'opération d'apport partiel d'actif duquel il s'inspire, car il ne prévoit pas, de droit, un mécanisme de solidarité. Le régime juridique créé est donc fortement isolé au sein des techniques de transmission d'un bien universel et de dettes du fait de la poursuite de l'affectation universelle. Outre le fait qu'il se caractérise par une certaine lourdeur¹²²², la situation peut parfois être inopportune¹²²³. Une modification de la loi peut être proposée.

552. **Modification du droit d'opposition.** La lourdeur du droit d'opposition présentée à l'endroit de l'apport partiel d'actifs se retrouve lors de la transmission de l'universalité de l'EIRL. Ainsi, selon l'article R. 526-14 du Code de commerce, le recours est judiciaire : les créanciers éligibles au droit d'opposition doivent saisir le tribunal compétent selon les règles de droit commun, et ce dans le délai d'un mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité de la cession¹²²⁴. La lourdeur procédurale a de quoi dissuader les créanciers d'agir et la brièveté du délai risque surtout de le rendre inefficace. En outre, le fait qu'il ne puisse s'effectuer qu'à partir de la cession de l'universalité complique l'évaluation du bien du fait de l'incertitude, en amont, des créanciers qui s'opposent et dont, potentiellement, la dette ne sera

¹²²⁰ Art. L. 526-17, II, C. com.

¹²²¹ L'article L. 526-17 C. com. organise une protection pour les créanciers auxquels la déclaration de constitution du patrimoine est inopposable mais seulement lorsque la cession est une donation entre vifs.

¹²²² N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. préc., n° 543.

¹²²³ Outre les incohérences relevées, nous remarquons que l'article L. 526-17 du Code de commerce n'informe pas sur les formalités à accomplir en cas de cession de contrat concomitante à la cession de l'universalité de l'EIRL. Les auteurs justifient ce silence de la loi par l'idée de transmission universelle du patrimoine de l'EIRL et ils raisonnent par analogie avec la fusion (N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. préc., p. 190 et suiv.). Toutefois, la jurisprudence établie en matière de fusion considère que les contrats *intuitu personae* deviennent caducs ou nécessitent l'accord du cocontractant pour être poursuivis (V. THOMAS, « EIRL : transmission entre vifs du patrimoine affecté », art. préc., n° 21). Il en est ainsi pour les contrats de franchise (Cass. Com., 3 juin 2008, n° 08-18.619 ; D. 2008, p. 1623, obs. A. LIENHARD ; *Rev. Soc.* 2009. 339, note L. AMIEL COSME ; *RTD.Civ.* 2008, p. 478, obs. B. FAGES ; *RTD.Com.* 2009, p. 385, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; *BJS*, 2008. 904, note B. SAINTOURENS ; *JCP E.* 2008. 2210, note H. HOVASSE), de concession exclusive (CA Paris, 2 nov. 1982, *BRDA*, 15 fév. 1983, p. 12) et plus généralement, pour tous les contrats contenant des clauses d'*intuitu personae* (Cass. Com., 13 déc. 2005, n° 03-16.878 ; D. 2006, p. 149, obs. A. LIENHARD ; *RTD.Civ.* 2006, p. 310, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD.Com.* 2006, p. 429, obs. P. LE CANNU ; *JCP E.* 2006, n° 17, p. 782, note H. HOVASSE). De même, concernant le bail commercial, le Code commerce prévoit en cas de fusion la substitution de la société absorbée par la société absorbante (Art. L. 145-16, alinéa 2, Code de commerce). L'article L. 526-17 du Code de commerce est là encore silencieux.

¹²²⁴ Art. R. 526-13 C. com.

pas cédée. Aussi, il pourrait être plus opportun, à l'instar de ce qui se pratique lors de la cession de fonds de commerce, de reconnaître un droit d'opposition par un simple acte extrajudiciaire. Le créancier adresse son opposition à son débiteur actuel et le juge ne serait saisi qu'en cas de conflit entre les deux¹²²⁵. Outre que cette proposition allégerait la procédure d'opposition, cela permettrait également d'accélérer le règlement des oppositions et faciliter la protection des créanciers.

Ensuite, le délai d'opposition devrait débiter, comme le propose Mme Jullian, à partir du projet de cession¹²²⁶. Cela permet de lever le doute quant à l'étendue des oppositions et donc d'évaluer avec plus de précision la valeur de l'universalité transmise, même si l'issue de ces oppositions est incertaine. Ces propositions permettent d'apporter de la souplesse dans le procédé, et surtout, de la sécurité juridique à l'endroit des créanciers qui subissent la substitution de débiteur. Cette sécurité juridique pourrait être encore renforcée si, comme à propos de l'apport partiel d'actifs et des législations étrangères, le législateur instaurait un mécanisme de solidarité entre le cédant et le cessionnaire.

553. La solidarité entre le cédant et le cessionnaire. La solidarité entre le cédant et le cessionnaire nous semble d'autant plus justifiée depuis la réforme opérée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Avant la réforme, les articles L. 526-7 et L. 526-12 du Code de commerce permettaient de rendre opposable la déclaration d'affectation aux créanciers antérieurs. Cette opposabilité rétroactive concernait également la déclaration d'affectation de reprise de l'activité par le cessionnaire. Celui-ci pouvait ainsi opposer à ses créanciers personnels et professionnels antérieurs la reprise de l'universalité, et par suite, limiter sa responsabilité. Cette possibilité a été supprimée à compter du 9 décembre 2016, et dès lors, la déclaration n'est opposable qu'aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la reprise¹²²⁷. Aussi, les créanciers personnels et professionnels du cessionnaire antérieurs à la déclaration d'affectation ne peuvent se la voir opposer, et de ce fait, ils vont pouvoir se désintéresser sur l'universalité nouvellement acquise. Les créanciers professionnels cédés vont entrer en concurrence avec tous les créanciers du cessionnaire sur l'universalité cédée. La situation est donc extrêmement périlleuse à leur égard.

¹²²⁵ Une telle déjudiciarisation a été proposée à propos des fusions par M. Raffray. R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, op.cit., n° 111, p. 101.

¹²²⁶ N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. préc., n° 341, 382, 544.

¹²²⁷ Art. L. 526-12 C. com.

554. Il semblerait donc opportun, à l'instar de ce qui se pratique dans les législations étrangères et en cas d'apport partiel d'actif, de prévoir la solidarité entre le cédant et le cessionnaire. Le cédant serait solidairement responsable des obligations avec le cessionnaire. Une telle formule suppose néanmoins de prévoir les dettes concernées par la cession. Le droit italien livre à cet égard un riche enseignement puisqu'il prévoit que les dettes comprises dans les documents comptables pourront être cédées. En droit français, l'article L. 526-13 du Code de commerce oblige l'entrepreneur individuel à tenir une comptabilité autonome. En vertu de l'article L. 123-12 du même Code, cette comptabilité autonome doit inventorier, au moins tous les douze mois, l'ensemble des actifs et passifs propres à l'entreprise. En outre le dépôt du bilan annuel permet d'actualiser l'étendue de l'entreprise de l'EIRL. Il est donc possible de se référer à ces documents pour évaluer l'universalité et la charge de passif transmis.

555. Le mécanisme de solidarité instauré entre le cédant et le cessionnaire pourrait évidemment faire l'objet d'une renonciation par les parties, comme le prévoit l'article L. 236-21 du Code de commerce pour l'apport partiel d'actif. Auquel cas nous retrouvons le droit d'opposition des créanciers présenté ci-avant.

556. Une telle proposition permet une grande prévisibilité, et une sécurité juridique opportune pour les créanciers qui subissent la substitution de débiteur.

Conclusion section.

557. Il existe différentes techniques pour lier le sort de biens et de dettes. La première est subjective et elle correspond à l'idée de continuité de la personnalité juridique. Fondée sur la personne, elle ne concerne logiquement pas les biens. Cette technique ne correspond donc pas au bien universel. En revanche, l'idée de poursuite de l'affectation universelle est un mécanisme qui se retrouve dans les législations étrangères et, de manière timorée, dans notre législation. Il permet la transmission d'un bien, l'universalité, avec les dettes afférentes à l'activité déployée. En effet, parce que le cessionnaire continue l'affectation, il est opportun qu'il reprenne, avec le bien, les dettes que le cédant avait contractées.

Toutefois, le régime juridique inhérent à cette transmission doit être en adéquation avec la nature subjective de l'obligation. La préservation de cette subjectivité a conduit les législations étrangères et l'opération d'apport partiel d'actifs à prévoir la solidarité entre le cédant et le cessionnaire. Par ce fait, la structure subjective de l'obligation est respectée. Le droit d'opposition, dont la finalité est d'obtenir l'approbation du créancier cédé, est également

une mesure envisageable, mais, à l'endroit du mécanisme de l'EIRL, il a besoin de quelques ajustements.

Conclusion chapitre.

558. La dimension passive est extérieure au bien universel. Son extériorité est justifiée par le fait que la dette est un comportement assigné au débiteur et non pas une chose. En revanche, il est possible de lier une universalité avec des dettes à l'occasion de sa cession. Ce lien est fondé par la pérennisation de l'affectation universelle. Cette idée se trouve, à l'origine, dans l'opération d'apport partiel d'actifs. Par la suite, elle a été consacrée par le législateur, sans le savoir, avec les mécanismes de la fiducie et de l'EIRL.

559. Le fait de transmettre un ensemble de biens et de dettes trouve donc deux fondements différents : la continuité de la personnalité juridique et la pérennisation de l'affectation. À l'instar du droit français, le mécanisme se retrouve dans les législations étrangères. De même que l'apport partiel d'actifs, ces législations tiennent compte de l'essence subjective de la dette et imposent un mécanisme de solidarité entre le cédant et le cessionnaire. Nous devrions retrouver un régime semblable à l'occasion de la transmission de la fiducie et de l'EIRL ce qui suppose, pour cette dernière, de modifier les dispositions législatives en vigueur.

Conclusion titre.

560. Ce titre a permis de développer une des plus importantes thèses de l'ouvrage, celle qui présente l'universalité comme un ensemble de biens qui se réifie et donc comme un bien. Il a permis de décrire cette réification. Celle-ci suppose une utilité fédératrice qui fait de l'ensemble constitué une chose digne d'appropriations. Cette utilité se dégage de la cohérence et de l'interdépendance fonctionnelle des biens réunis. Fondamentalement, l'universalité est structurée par la communauté d'affectation qui est établie entre plusieurs biens. Leur affectation unique unit les biens autour d'un intérêt commun, et leur confère un destin commun.

561. La réification de l'universalité suppose néanmoins que la dette lui soit extérieure. Ce postulat se vérifie, car, en droit positif, la dette est une prestation attendue par le créancier. Il est parfaitement illogique de considérer qu'un comportement puisse faire partie intégrante d'un ensemble de biens. Il est, en revanche, possible que des obligations soient liées à une universalité lors d'une cession, ce qui est souhaitable dès lors qu'elles permettent la poursuite de l'activité, et donc le maintien de l'affectation. Toutefois, cette cession doit tenir compte du

caractère subjectif de la dette. Cela impose, pour sécuriser les rapports entre créancier et débiteur, que le cédant et le cessionnaire soient solidairement tenus à la dette ou que les créanciers cédés bénéficient d'un droit d'opposition efficace. Cela signifie qu'il doit être extra-judiciaire et que le délai pour agir soit computé à partir du projet de cession.

562. La thèse que nous avons livrée permet de se prononcer clairement sur la nature juridique de l'universalité. Il reste à en éprouver le mérite à l'épreuve de l'application.

Titre II. La vérification de la conception moniste de la notion d'universalité

563. La première partie a permis de mettre en exergue l'ambivalence de la conception dualiste et le fait que l'universalité peine à concorder avec la réalité. Ce que l'on appelle l'universalité de droit ne désigne pas une des formes de l'universalité, mais, en réalité, la personnalité juridique. Sous cet éclairage, l'opposition qu'il est d'usage de faire entre deux formes d'universalité s'avère n'être rien d'autre qu'une distinction entre le patrimoine au sens subjectif, siège de la personnalité juridique, et l'universalité, qui s'avère être une et monolithique. Séparée de ce qu'elle n'est pas, elle devient facile à théoriser et acquiert l'unité qui lui faisait défaut.

564. La théorie moniste qui vient d'être présentée débouche sur la réalité de l'universalité : force est d'y voir un bien qui fait partie intégrante du monde des biens. Mais, nous l'avons vu, ce bien est différent des autres, il s'en distingue par sa nature universelle. Si son appartenance au genre des biens impose de le traiter comme un bien à part entière, un régime particulier résulte nécessairement de son caractère universel. Ce régime réside dans la nécessité de le protéger contre les atteintes auxquelles sa cohésion est en permanence exposée.

565. Ces règles, qu'elles soient singulières ou habituelles ne peuvent être parfaitement expliquées avec un plan binaire. Pour des raisons didactiques, il est préférable d'adopter une présentation analytique qui, intellectuellement, permettra de mieux mettre en évidence l'insertion du bien universel dans les différents chapitres du droit des biens. Il y a lieu successivement d'étudier la propriété de l'universalité (**Chapitre I.**), la possession de l'universalité (**Chapitre II.**), l'administration de l'universalité (**Chapitre III.**), et enfin, la protection de l'universalité (**Chapitre IV.**).

566. Le régime des biens suffit à régler l'ensemble des problèmes posés par l'universalité, sans qu'il soit besoin de recourir à la notion de patrimoine. C'est la meilleure manière de vérifier que l'universalité n'est rien d'autre qu'un bien.

Chapitre I. La propriété de l'universalité

567. L'insertion de l'universalité dans le droit des biens justifie de s'intéresser aux droits dont elle est susceptible de faire l'objet. Comme tout bien, la chose universelle se définit par le fait qu'elle est appropriée. Doit donc être envisagée la question de son acquisition et de ses modalités (**Section I.**). Toujours parce qu'elle est un bien, l'universalité est susceptible de faire l'objet d'un droit réel (**Section II.**) et de se retrouver en état d'indivision (**Section III.**). Il est donc utile de voir comment ces rapports juridiques de base peuvent être affectés par la nature universelle du bien.

SECTION I. L'ACQUISITION DE L'UNIVERSALITE

568. L'acquisition en droit des biens impose de s'intéresser aux mécanismes juridiques qui permettent la construction du lien de réservation exclusive entre un bien et son propriétaire. Les choses incorporelles sont des biens au même titre que les choses corporelles, et leur réservation exclusive est de principe¹²²⁸ : l'immatériel et le matériel sont deux réalités qui, conjointement, façonnent la théorie des biens¹²²⁹.

Le bien universel est une chose immatérielle, son appropriation est donc liée à cette qualité. Toutefois, sa nature universelle complique, à côté de son immatérialité, l'étude de son appropriation. Il est donc nécessaire d'élucider la problématique des actes translatifs de propriété susceptibles de saisir une universalité comme objet (**I.**). Cette problématique liminaire appelle de ses vœux une seconde, plus complexe, qui concerne la revendication du bien universel (**II.**).

I) Les actes translatifs de propriété portant sur l'universalité

569. La nature de bien de l'universalité devrait logiquement conduire à ce que tous les actes translatifs de propriété puissent la saisir. La loi prévoit spécialement certains d'entre eux,

¹²²⁸ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et TH. REVET, « De la propriété comme modèle », in Mél. A. COLOMER, Litec, 1993, p. 281 et suiv.

¹²²⁹ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », art. préc.

comme la vente du fonds de commerce¹²³⁰, mais également la cession à titre onéreux et à titre gratuit du bien universel de l'EIRL¹²³¹.

570. La notion de cession à titre onéreux de l'universalité, qu'utilise la loi à propos de l'EIRL, est problématique. En effet, l'application du droit de la vente est difficile, faute de pouvoir déterminer un prix du fait des incertitudes portant sur l'étendue du passif, notamment à cause du droit d'opposition dont bénéficient les créanciers antérieurs au transfert. Toutefois, si, comme il est soutenu dans cet ouvrage, la dette n'intègre pas véritablement l'universalité parce qu'elle est un comportement, alors que l'universalité est un bien¹²³², la difficulté disparaît¹²³³. On peut donc parler de vente d'universalité (**A.**), sans exclure d'autres formes de cession à titre onéreux (**B.**).

A) La vente d'universalité

571. La vente d'universalité présente des traits particuliers pour ce qui est de son prix (1). Il faut aussi s'interroger sur la mise en œuvre des protections légales dont jouissent les parties à ce contrat (2).

1) *Le prix*

572. La vente est « *le contrat par lequel l'une des parties, le vendeur, transmet la propriété d'une chose et s'engage à livrer celle-ci, à une autre, l'acheteur ou acquéreur, qui s'oblige à lui en payer le prix* »¹²³⁴. Le prix est un élément essentiel du contrat de vente puisque, s'il fait défaut, le contrat est nul¹²³⁵. Il est une condition de formation du contrat. Le prix doit être réel, sérieux, déterminé ou déterminable.

¹²³⁰ Art. L. 141-12 C. com.

¹²³¹ Art. L. 526-17 C. com.

¹²³² La particularité dans le mécanisme de l'EIRL est que lors de la transmission du bien universel, les dettes relatives à son exploitation sont transférées avec lui.

¹²³³ Il sera fréquent en pratique que des pourparlers entre le cédant et le cessionnaire précèdent la cession. Les parties pourront également s'engager par le biais d'une promesse unilatérale de vente, d'achat ou d'une promesse synallagmatique. Dans le même sens, l'EIRL peut très bien avoir signé un pacte de préférence au profit du bénéficiaire. Tous ces contrats ne sont pas analysés dans les développements subséquents, mais ils témoignent en revanche de la réalité de l'entreprise individuelle et donc de son universalité.

¹²³⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, « Vente ».

¹²³⁵ *Sine pretio nulla venditio est.*

573. **Le prix réel et sérieux de l'universalité.** Il ne faut pas que le prix soit dérisoire ou disproportionné à la valeur du bien cédé. Son insuffisance peut conduire à requalifier l'acte en une donation déguisée. La liberté contractuelle permet aux parties de fixer le prix qui leur convient. Du reste, s'il est insuffisant, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas de véritable contrepartie et que le contrat encourt la nullité pour vil prix¹²³⁶.

574. Deux situations peuvent être envisagées quant au prix réel et sérieux de l'universalité.

La première hypothèse concerne celle où l'universalité vendue a une valeur supérieure au passif repris par le cédant. La détermination du prix est aisée et peut s'effectuer par déduction du passif repris. L'importance du passif par rapport à l'universalité ne conduit pas non plus à rendre le prix vil ou dérisoire puisque la contrepartie existe, mais sa valeur est faible. Il est néanmoins nécessaire que l'actif net soit proportionnel au prix payé.

La seconde hypothèse, plus délicate, est celle où le passif repris surpasse la valeur de l'universalité. La détermination du prix est compliquée par le fait que la valeur de la chose vendue est nulle ou négative du fait de la reprise du passif. Mme Jullian tente de résoudre la difficulté en justifiant la vente d'une chose à valeur négative¹²³⁷ et en prenant exemple sur la cession de droits sociaux. Toutefois, les arrêts rendus en la matière se fondent sur les dispositions du droit commun des contrats, non celles du droit de la vente¹²³⁸. Cela intéresse donc moins notre analyse puisque nous nous interrogeons sur la vente d'universalité. En outre, l'extériorité des dettes de l'universalité conduit à admettre que le bien n'est pas en lui-même une valeur négative, et que ce n'est que par déduction du passif repris que l'on parvient à une somme nulle.

L'auteur propose également, s'inspirant d'une proposition de M. Chilstein¹²³⁹, de conclure la vente à l'euro symbolique et d'insérer au contrat une clause de garantie de passif. Toutefois, cette technique n'a d'intérêt que lorsque l'on découvre que le passif surpasse l'actif postérieurement à la vente de l'universalité. Elle est inutile si l'on parvient à connaître parfaitement le passif lors de la conclusion de la vente. L'étendue de l'universalité et du passif

¹²³⁶ À ce sujet, après avoir retenu la nullité absolue dans un arrêt du 23 octobre 2007 (Cass. Com., 23 oct. 2007, n° 06-13.979), la Chambre commerciale de la Cour de cassation retient la nullité relative dans un arrêt du 22 mars 2016 (Cass. Com., 22 mars 2016, n° 14-4219 ; *RTD.Com.* 2016, p. 317, obs. BOULOC et H. BARBIER). De la sorte, elle aligne sa position sur celle des chambres civiles de la Cour de cassation.

¹²³⁷ N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. préc., n° 247, p. 245. L'auteur assoit son argumentation sur quelques jurisprudences établies en matière de cession de droits sociaux à valeur négative (v. par ex. Cass. Com., 30 nov. 2004, n° 01-03.769).

¹²³⁸ V. par ex. Cass. Com. 4 juill. 2000, *BJS*, 2000, note A. COURET.

¹²³⁹ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », art. préc., n° 20.

repris par le cessionnaire doit s'effectuer par recours au compte de bilan annuel. À l'instar du droit italien et de la garantie de passif, le passif non répertorié au compte de bilan reste à la charge du cédant. Le passif est donc connu au jour de la vente de l'universalité. De plus, la vente de l'universalité à l'euro symbolique suffit à surmonter la difficulté. Cela permet d'éviter l'idée peu séduisante de vente d'un bien à valeur négative conduisant *in fine* à l'indemnisation du cessionnaire par le cédant, donc à l'exclusion du droit de la vente.

Nous avons également proposé l'instauration de la solidarité entre le cédant d'un bien universel et son cessionnaire¹²⁴⁰. Cette technique est à l'œuvre dans les législations étrangères et dans l'opération d'apport partiel d'actif lorsque les parties à la cession d'une universalité décident de poursuivre l'affectation universelle, et en conséquence de reprendre les dettes. Ainsi, le cédant est solidairement responsable des dettes de l'entreprise avec le cessionnaire qui, contractant en connaissance de cause — du fait du recours au bilan —, ne peut se retourner contre le cédant du seul fait que le passif dépasse l'actif. Cela permet de faire le départ entre le bien vendu — l'universalité — et le passif affecté à ce bien et repris par le cessionnaire.

575. La question du prix réel et sérieux du bien universel résultant de l'opération de fiducie ne se pose pas. En effet, le contrat de fiducie réalise effectivement un transfert de propriété, mais le contrat ne prend pas la forme d'un acte translatif connu par le Code civil¹²⁴¹. Il se rapproche d'ailleurs davantage, comme nous le verrons ci-après, de la donation.

576. **La détermination du prix du bien universel.** Le droit de la vente exige, en plus d'un prix réel et sérieux, un prix déterminé. En effet, l'article 1591 du Code civil dispose que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* ». Toute la difficulté réside, là encore, dans la détermination du prix de l'universalité, lorsque, comme c'est le cas avec le mécanisme de la fiducie et de l'EIRL, la transmission de l'universalité s'accompagne d'un passif. Sous l'empire de la législation actuelle, si nous prenons l'exemple de la cession de l'universalité de l'EIRL, les créanciers antérieurs à la cession bénéficient d'un droit d'opposition dans le délai d'un mois suivant la publication de la cession. Il est donc possible que le remboursement de créances soit prononcé. Les parties à la cession ne peuvent donc prévoir qu'elles seront les dettes effectivement reprises par le cessionnaire et donc le prix

¹²⁴⁰ Cela impose une modification de l'article L. 526-17 du Code de commerce.

¹²⁴¹ Sur ces interrogations, v. F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 255, p. 409 et p. 410.

exact de l'universalité vendue. Le contrat risque d'acquérir un caractère aléatoire¹²⁴² ce qui est inopportun pour le cédant, le cessionnaire et les créanciers¹²⁴³.

Les difficultés peuvent néanmoins être surmontées. La jurisprudence, depuis de nombreuses années, se satisfait d'un prix simplement déterminable¹²⁴⁴, ce qui autorise les parties au contrat à prévoir un procédé de détermination du prix¹²⁴⁵.

577. Mode de détermination du prix de l'universalité de l'EIRL. Le recours aux documents comptables est la voie empruntée par le droit Italien dans la cession de l'Azienda¹²⁴⁶. Ce procédé permet d'apprécier précisément l'étendue du bien universel et des dettes qui seront cédés avec lui en cas de poursuite de l'activité économique du cédant. Dans le cas du mécanisme de l'EIRL, le compte de bilan prévu à l'article L. 526-14 du Code de commerce et qui vaut actualisation des biens affectés à l'universalité peut remplir la même fonction. Cela permet de prévoir et d'anticiper le passif qui sera à la charge du cessionnaire, et donc le prix de la cession, mais aussi de prévoir l'étendue des contrats transmis. Toutes les dettes non prévues aux documents comptables devraient rester à la charge du cédant, sauf à respecter les règles de la cession de dette et de la cession de contrat.

578. La transmission des dettes s'analyse comme la contrepartie de la transmission de l'universalité avec poursuite de l'activité du cédant. Elles sont, à cet égard, extérieures à l'universalité, même si elles lui sont rattachées. Les parties doivent néanmoins pouvoir compter sur des règles protectrices, normalement applicables à la vente de toute chose.

¹²⁴² V. sur ce point N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. préc., n° 241, p. 228.

¹²⁴³ Le caractère aléatoire ne peut être présumé, il faudrait donc que le cédant et le cessionnaire y consentent expressément.

¹²⁴⁴ La jurisprudence considère en effet, lors de cession de parts sociales par exemple, que la vente n'est pas nulle lorsque les parties ont prévu les éléments constitutifs du prix dont la valeur exacte serait fixée par le bilan alors même qu'il n'est pas encore établi au jour de la signature de l'acte. V. Cass. Com., 18 juin 1996, *Defr.* 1996, 1303, obs. H. HOVASSE ; Cass. Com., 24 mars 1965, *D.* 1965, p.474 ; *RTD.Civ.* 1965, p. 821, obs. G. CORNU.

¹²⁴⁵ S. LACROIX-DE SOUSA, *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, Thèse, LGDJ, 2010, n° 68, p. 73.

¹²⁴⁶ Art. 2560 du C. civ. Italien : « *Debiti relativi all'azienda ceduta. L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori* », trad. libre : « Dettes relatives à l'entreprise cédée. Le cédant n'est pas libéré des dettes antérieures inhérentes à l'entreprise cédée, sauf accord des créanciers. Lorsque la cession porte sur une entreprise commerciale, l'acheteur répond également de ces dettes si elles figurent dans les livres comptables ».

2) *Les protections légales applicables aux parties*

579. La réité de l'universalité justifie l'application des règles du droit de la vente. Son caractère universel suppose néanmoins que des règles particulières soient, au besoin, mises en œuvre. La qualification de vente d'universalité suppose que les garanties légales propres à ce contrat puissent bénéficier à l'acquéreur (a) et au vendeur (b).

a) Les garanties de l'acquéreur d'universalité

580. **Les vices cachés.** L'article 1641 du Code civil oblige le vendeur à garantir l'acquéreur contre les vices cachés antérieurs à la vente qui rendent la chose impropre à l'usage auquel on la destine ou diminuerait tellement l'usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou en aurait donné un moindre prix s'il en avait eu connaissance. Importante en pratique, la mise en œuvre de cette garantie se complique lorsqu'un bien universel est objet de la vente. La principale difficulté concerne l'appréciation du vice compte tenu du dédoublement du bien en un contenant et un contenu. Les problèmes s'accroissent face aux différentes approches du vice en jurisprudence. Une première définition, conceptuelle, s'attarde à apprécier l'anomalie inhérente à la chose. La seconde, fonctionnelle, étudie l'importance du vice au regard de l'usage attendu de la chose. La jurisprudence semble avoir tranché pour la seconde conception, et par suite, estime que l'appréciation du vice doit se faire en contemplation de l'usage de la chose¹²⁴⁷. Les juges doivent donc se prononcer sur la gravité du vice à l'aune de la destination de la chose vendue. Si ce mode de détermination du vice caché s'adapte facilement au bien universel, il est néanmoins compliqué par le fait qu'il peut concerner tant les éléments du contenu que le contenant. Dès lors, comment apprécier le vice affectant une universalité ? Concerne-t-il le contenant ou le contenu ? La réponse à ces questions est loin d'être anecdotique. Il est tout à fait possible d'imaginer qu'une universalité telle que l'EIRL soit vendue, alors qu'elle n'a pas fait l'objet des déclarations nécessaires à sa création¹²⁴⁸. De même, il est possible qu'un composant de l'universalité soit impropre à sa destination, telle une vache qui ne pourrait plus vèler.

¹²⁴⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mars 2009, F-P+B, n° 08-12.657.

¹²⁴⁸ Sur ce point, H. MORELL, *Les aspects patrimoniaux du statut de l'Entrepreneur individuel à Responsabilité limitée*, th. préc., n° 947, p. 433.

581. Plusieurs explications s'offrent pour régler cette difficulté. Selon une première approche, il conviendrait de rechercher le vice selon une analyse *ut singuli*¹²⁴⁹. Elle est justifiée, selon les auteurs, par le fait que la cession porte essentiellement sur un contenu. Aussi, un contrôle minutieux de chaque composant doit être effectué, car ils peuvent tous être le support d'un vice. Une telle approche présente l'inconvénient de déstructurer le bien universel, au risque d'ailleurs de lui faire perdre sa cohérence intrinsèque.

Une seconde analyse est retenue par la jurisprudence¹²⁵⁰ et approuvée par les auteurs¹²⁵¹. Elle consiste à apprécier l'importance du vice à l'échelle de l'ensemble. Si un élément vicié compromet la communauté d'affectation, la garantie des vices cachés est due. Cette seconde solution est plus adaptée à la nature universelle du bien. Elle est justifiée par l'interdépendance du contenu et du contenant et par l'affectation qui structure le bien universel. Dès lors que c'est un bien universel que l'acquéreur achète, seule la finalité d'ensemble peut être considérée comme la cause de l'acquisition. Partant, seul le vice empêchant un élément de réaliser cette finalité est propre à fonder l'action en garantie des vices cachés¹²⁵².

582. **L'obligation de délivrance conforme.** L'obligation de délivrance conforme, définie à l'article 1604 du Code civil, est en cause lorsqu'une distorsion existe entre ce qui est prévu au contrat et ce qui est réellement fourni par le vendeur¹²⁵³. La difficulté en matière d'universalités est similaire à celle des vices cachés : comment conjuguer à la fois la conformité du contenu et celle du contenant ? La solution devrait logiquement être la même que celle retenue en matière de vice caché. Il est nécessaire que la non-conformité d'un composant empêche le maintien de la communauté d'affectation. Sans que cela soit très explicite, la jurisprudence semble aller en ce sens¹²⁵⁴.

¹²⁴⁹ M. JEANTIN, « Fonds de commerce », *JCL. Entreprise individuelle*, Fasc. 1950 ; H. MORELL, *Les aspects patrimoniaux du statut de l'entrepreneur individuel à Responsabilité limitée*, th. préc., n° 950, p. 434.

¹²⁵⁰ Cass. Com., 2 juill. 1968, *Bull. civ. IV*, n° 124, p. 196 ; Cass. Civ. 3^e, 3 déc. 1974, *JCP G.* 1975, II, 18176, note D. RANDOUX ; *RTD.Com.* 1975, p. 802, obs. A. JAFFRET ; Cass. com., 8 janv. 1973, n° 71-12.753 ; Cass. Com., 24 févr. 1998, n° 96-10.457 ; Cass. Com., 3 déc. 2013, n° 12-20.991 ; *CCC.* 2014, n° 61, L. LEVENEUR.

¹²⁵¹ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 473, p. 327 ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. préc., p. 228 et suiv. ; H. MORELL, *Les aspects patrimoniaux du statut de l'entrepreneur individuel à Responsabilité limitée*, th. préc., n° 950, p. 434.

¹²⁵² Nous précisons que nous avons proposé, à l'instar du droit Italien et de la clause de garantie de passif, que seul le passif compris dans le compte de bilan annuel est compris dans la vente. Aussi, la découverte d'un passif occulte antérieur ou concomitant à la vente n'est pas susceptible d'entraîner la mise en œuvre de la garantie des vices cachés, tout simplement parce que ces éléments de passifs resteront à la charge de cédant.

¹²⁵³ V. Cass. Civ. 3^e, 6 oct. 2004, n° 02-20.744 ; *CCC.* 2005, n° 24, obs. L. LEVENEUR.

¹²⁵⁴ Cass. Com., 29 nov. 2016, n° 14-23.658 ; *RTD.Com.* 2017, p. 158 obs. B. BOULOS ; *AJ Contrat*, 2017, p. 93, obs N. DISSAUX. Il s'agissait d'une cession de fonds de commerce où le cédant avait stipulé que tout était en

583. **La garantie d'éviction.** L'acheteur jouit aussi de la garantie d'éviction. Le vendeur doit le garantir contre toute atteinte à la propriété, la possession ou la détention, et contre le fait d'un tiers qui invoque un droit sur la chose vendue et trouble la possession de l'acheteur. Appliqué au bien universel, le vendeur doit garantir l'acheteur contre une éviction portant sur le contenu et sur le contenant. Plus précisément, l'interdépendance du contenant et du contenu postule que le trouble portant sur un composant porte corrélativement atteinte à l'ensemble.

584. Il se peut, en revanche, que le vendeur soit auteur d'un trouble de fait et c'est la jouissance de l'universalité qui sera troublée. Cet agissement doit pouvoir être sanctionné. *A priori*, la solution est simple : l'universalité se structure autour d'un intérêt commun qui révèle l'utilité de la fédération, donc le bien universel. Dès lors, le trouble de jouissance du vendeur est caractérisé lorsqu'il affecte la jouissance de l'universalité. Dans le cas du fonds de commerce, c'est l'hypothèse bien connue en jurisprudence du vendeur qui tente de détourner la clientèle du fonds cédé¹²⁵⁵. Dans celui de l'EIRL, c'est le détournement de l'activité cédée qui ouvrira la garantie d'éviction du fait personnel¹²⁵⁶.

585. Le vendeur d'universalité doit lui aussi bénéficier de règles de protection. En tant que créancier, c'est le remboursement de sa créance qui doit lui être garantie.

b) Les garanties du vendeur d'universalité

586. L'intérêt principal du vendeur est d'obtenir le paiement de la chose vendue. Aussi, en cas d'inexécution de l'acquéreur de son obligation de paiement du prix, le vendeur bénéficie de plusieurs options en vertu du nouvel article 1217 du Code civil. Il peut refuser de s'exécuter ou suspendre l'exécution de son obligation — ce qui peut être compliqué par l'incorporité de l'objet et l'absence de remise manuelle de la chose —, demander la résolution du contrat¹²⁵⁷, ou recourir à l'exécution forcée, c'est-à-dire agir en paiement. En

parfait état de fonctionnement. Quelque temps plus tard, le cessionnaire se rend compte qu'une gazinière n'est pas aux normes. Le manquement à l'obligation de délivrance conforme d'un composant (la gazinière) empêche la réalisation de l'affectation (exploitation d'une clientèle).

¹²⁵⁵ Cass. Com., 14 avr. 1992, *bull. civ. I*, n° 32 ; Cass. Com., 20 févr. 2007, n° 04-19.932.

¹²⁵⁶ En ce sens, N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. préc., n° 505, p. 476.

¹²⁵⁷ L'article 1654 du Code civil autorise le vendeur à demander la résolution du contrat si l'acheteur ne paie pas le prix. V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, 2007, t. 484, LGDJ ; C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, préf. M. GORE, 2008, t. 498, LGDJ.

outre, la réification de l'universalité suppose qu'elle soit un bien de nature mobilière, le vendeur dispose ainsi du privilège de vendeur de bien meuble¹²⁵⁸.

587. Le privilège du vendeur de meubles, théoriquement envisageable, peut néanmoins souffrir d'un manque d'efficacité du fait de l'incorporité du bien. À l'endroit du fonds de commerce, l'obstacle à l'incorporité du bien est contourné, pour tout créancier et non seulement le vendeur du fonds, par le fait que la saisie peut être convertie en vente du fonds. Il s'agit alors d'une saisie en vente globale du fonds¹²⁵⁹ prévue à l'article L. 143-10 du Code de commerce. L'intérêt de la procédure est d'éviter qu'une saisie porte sur certains éléments seulement et que cela « *porte atteinte à la dynamique créée par leur regroupement* »¹²⁶⁰, donc à l'affectation universelle.

Les auteurs considèrent parfois que le domaine de la protection est restreint en cas de vente sur saisie-exécution, car la procédure ne concernerait que les seuls éléments corporels du fonds¹²⁶¹. La critique doit être relativisée. La vente porte, comme le précise l'alinéa 1^{er} de l'article L. 143-10 du Code de commerce, sur tous les éléments du fonds. Toutefois, l'alinéa 2 du même article précise que le matériel et les marchandises seront vendus sur des mises à prix distinctes. La vente est donc globale, même si des prix distincts doivent être fixés. Cela permet tout de même de préserver, tant que possible, la valeur globale du fonds¹²⁶².

588. En l'absence de procédure réglementée, il serait en tout état de cause judicieux que le créancier puisse saisir l'universalité¹²⁶³ davantage que ses composants, donc reconnaître l'efficacité du privilège de vendeur de bien meuble. Il est cependant difficile d'imposer au vendeur de saisir l'universalité. Ce principe se heurterait au principe de saisissabilité et de

¹²⁵⁸ Cela suppose bien évidemment que le bien soit en possession du débiteur, conformément à l'article 2332, 4^o du Code civil.

¹²⁵⁹ F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n^o 136 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n^o 329.

¹²⁶⁰ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n^o 329.

¹²⁶¹ En ce sens, O. SALATI et E. BOTREL, *Juris-cl. Voies d'exécution*, Fasc. 650, « Saisie des droits incorporels.- Présentation générale », n^o 8 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n^o 329.

¹²⁶² En ce sens, J. DERRUPE et T. RAVEL D'ESCLAPON, *Rép. Civ. dr. immo.*, « Fonds de commerce », oct. 2016 (actua mars 2019), n^o 1135 et suiv.

¹²⁶³ L'article L. 231-1 du CPC parle de la saisie de « droits incorporels » plutôt que de « biens incorporels » ce qui conduit certains auteurs à conclure que la loi a entendu exclure de son domaine les universalités (v. à propos du fonds de commerce O. SALATI et E. BOTREL, *Juris-cl. Voies d'exécution*, Fasc. 650, « Saisie des droits incorporels. - présentation générale », n^o 8). Toutefois, il s'agit là d'une erreur du législateur qui voit dans les biens des droits de propriété (v. sur cette confusion de la doctrine et son élucidation, F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n^o 45 et suiv.). La formule « biens incorporels » ou « propriété incorporelle » aurait dû être privilégiée pour que le sens commun vienne au secours de cette erreur et rappelle que les biens existent en eux mêmes : les propriétés incorporelles « *ne sont pas le produit de l'art juridique mais de la créativité ou de l'industrie de l'homme. En dépit des efforts prodigués pour les qualifier de tels, ce ne sont pas des droits mais, comme les choses corporelles, des choses réelles* », *Ibid.*, n^o 53, p. 99.

libre choix des mesures d'exécution¹²⁶⁴. La structure universelle de l'universalité postule une indépendance matérielle des éléments, donc leur autonomie juridique. Le principe de liberté de saisie permet donc aux créanciers de saisir tous les composants. Un tel désordre pourrait être évité si une disposition législative venait à rendre tous les composants insaisissables¹²⁶⁵. Mais admettre l'insaisissabilité des composants de l'universalité du fait de leur intégration à l'ensemble viendrait logiquement remettre en cause le principe de liberté de saisie. Le débiteur ne peut donc opposer cette situation à son créancier, qui est le seul à même de choisir les « *mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance* »¹²⁶⁶. La seule possibilité pour le débiteur est de convenir avec chaque créancier de l'insaisissabilité des composants ce qui, en pratique, nous paraît difficilement réalisable.

Les obstacles présentés peuvent néanmoins être tempérés. En effet, en pratique, le créancier et le débiteur ont tout intérêt à tirer le meilleur prix possible de la vente des biens, notamment lorsque le créancier agissant est le vendeur de l'universalité. De ce fait, ils ont avantage à privilégier la vente de l'universalité plutôt que ses composants. En outre, comme le précise Mme Denizot, « *si la saisie d'un élément isolé aboutit à obtenir un prix bien inférieur à celui qu'aurait pu être le sien dans l'universalité de fait, le débiteur peut, sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 22 de la loi du 9 juillet 1991, montrer que le choix opéré par le créancier est abusif ou inutile et demander la mainlevée de la saisie* »¹²⁶⁷. Dès lors, le créancier qui privilégie la saisie d'un élément de l'universalité plutôt que l'universalité elle-même¹²⁶⁸ commettrait une faute¹²⁶⁹. Celle-ci résulterait de la perte de valeurs de l'universalité du fait de la saisie d'un composant sans égard à l'ensemble.

En définitive, les principes matriciels du droit des procédures civiles et voies d'exécutions peuvent indirectement s'adapter à la nature universelle du bien. En tous les cas, en l'absence de procédure réglementée, rien n'empêche de le considérer, dès lors que la saisie du bien universel est plus judicieuse que la saisie d'un composant, de pouvoir agir directement contre l'ensemble. À défaut, cela permettrait de caractériser un abus de saisie.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, n° 330.

¹²⁶⁵ Une disposition législative peut rendre insaisissable un bien. V. art. 14 de la loi n° 91-650 du 9 juill. 1991 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2003, *Bull. civ.* I, n° 222, *Deffr.* 2004, p. 727, note PH. THERY ; *RTD.Com.* 2004, p. 115, note M.-H. MONSERIE-BON, L. GROSCLAUDE ; *D.* 2004, p. 521, note G. TAORMINA.

¹²⁶⁶ Art. 22 de la loi n° 91-650 du 9 juill. 1991.

¹²⁶⁷ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n°331 ; sur ce droit, v. R. PERROT, PH. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3^e éd., 2013, n° 121.

¹²⁶⁸ À condition que la saisie de l'ensemble ne lui cause aucun préjudice.

¹²⁶⁹ V. à propos de la saisie de valeurs mobilières, P. LE CANNU, « La saisie des valeurs mobilières », *LPA.* 22 déc. 1999, n° 254, p. 23.

589. À côté des solutions envisageables grâce aux procédures civiles et voies d'exécutions. Il existe pour le vendeur de fonds de commerce, un privilège¹²⁷⁰. Une telle sûreté permet de pallier les insuffisances du privilège du vendeur de meubles en conférant non seulement un droit de préférence¹²⁷¹, mais également un droit de suite¹²⁷² adapté au bien universel.

L'intérêt du privilège de vendeur de fonds de commerce réside dans le fait, malgré son unité parfois relative¹²⁷³, qu'il est en lien avec l'objet sur lequel il porte : une universalité. La détermination de son assiette dépend des biens compris dans l'acte de vente qui, du reste, révèle l'utilité fédératrice de l'universalité. En l'absence d'inventaire détaillé illustrant cette utilité, l'article L. 141-5, alinéa 2, du Code de commerce décide que le privilège ne porte que sur l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage. Mais, il s'agit là, à n'en pas douter, des éléments principaux du fonds, qui permettent, *a minima*, de poursuivre l'exploitation de la clientèle, et, avec elle, l'affectation universelle. Enfin, le privilège comprend les éléments venant en remplacement¹²⁷⁴ ou en complément d'éléments anciens¹²⁷⁵. Ce privilège présente bien évidemment des inconvénients quant à la conservation par le fonds de sa cohérence. Il ne comprend pas, par exemple, les éléments nouveaux ajoutés par l'acquéreur¹²⁷⁶. Il offre toutefois une vision unie des composants autour de l'intérêt commun qu'ils poursuivent. En cela, il est un privilège qui respecte le bien universel¹²⁷⁷.

¹²⁷⁰ Le bénéfice du privilège suppose plusieurs conditions : la vente doit avoir été constatée par acte authentique ou par un acte sous seing privé dûment enregistré, et avoir été inscrite sur un registre public tenu au greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ; le prix doit avoir été ventilé ; l'inscription du privilège doit avoir été réalisée dans les quinze jours suivant la date de l'acte de vente du fonds.

¹²⁷¹ Le vendeur de fonds de commerce peut être payé en priorité sur le prix de vente, en fonction de la ventilation du prix.

¹²⁷² Le vendeur peut opposer son privilège au sous-acquéreur en cas de revente du fonds (art. L. 143-12 C. com.)

¹²⁷³ Le principe de divisibilité du privilège est très certainement ce qui marque avec le plus d'acuité l'unité relative du privilège. Il impose la fixation de prix distincts entre les éléments incorporels, le matériel et les marchandises. Toutefois, son existence n'est pas dénuée d'intérêt. Il permet, premièrement, de compartimenter le prix de vente restant dû et, secondement, d'imputer les paiements partiels effectués par le débiteur. L'objectif recherché est de maintenir tant que possible l'activité entre les mains du débiteur, de sorte que les paiements restants dus ne conduisent pas à une vente globale. Malgré ces intérêts pratiques notables, il serait plus judicieux, à la manière du nantissement du fonds, de garantir la créance sur la totalité du prix de revente. La soultte restante revenant au débiteur.

¹²⁷⁴ Lorsqu'un élément grevé par le privilège disparaît et donne lieu à indemnité, le privilège devrait porter sur cette indemnité (J. DERRUPE, T. RAVEL D'ESCLAPON, *Rép. Civ. dr. immo.*, Dalloz, « Fonds de commerce », oct. 2016 [actua mars 2019], n° 852.). Il a en ce sens été jugé que les créanciers inscrits peuvent exercer sur l'indemnité d'expropriation attribuée au locataire pour la perte du droit au bail et la dépréciation du fonds (T. com. Marseille, 8 nov. 1935, *Rev. Fonds. Com.* 1935. 720.).

¹²⁷⁵ CA Paris, 19 juin 1924, *DP.* 1924. 2. 129, note H. LALOU.

¹²⁷⁶ V. par ex. Cass. Ch. Req., 12 mars 1928, *Gaz. Pal.* 1928. 2. 132.

¹²⁷⁷ Le privilège du vendeur garantit, à titre principal, la créance impayée du prix de vente du fonds (art. L. 141-5, alinéa 4, C. com.). L'inscription dure pendant dix ans, à compter du jour de sa date d'inscription (art. L. 143-19, alinéa 1^{er}, C. com.).

Un privilège similaire devrait également être mis en place pour garantir le paiement du prix de la vente de l'EIRL. La loi relative à l'EIRL a expressément neutralisé le privilège du vendeur de fonds de commerce : l'article L. 526-17 du Code de commerce déclare que les articles L. 141-1 à L. 141-22 sont inapplicables à la cession. L'éviction de ces dispositions est logique. La vente de l'universalité de l'EIRL porte sur tous les biens qui la composent, en ce compris le fonds de commerce. Cette vente est donc incompatible avec l'exigence d'identification du prix du fonds de commerce : lors de la cession de l'EIRL, le prix porte sur tous les éléments. La valeur du fonds est diluée dans cet ensemble. Il faudrait mettre en place un privilège analogue à celui du vendeur de fonds, mais adapté au bien universel de l'EIRL. Autrement dit, le privilège devrait porter sur le bien de l'EIRL, objet unique de la vente, et non sur l'un de ses composants.

590. Au reste, le contrat de vente n'est pas le seul acte translatif de propriété dont l'universalité peut faire l'objet.

B) Les autres actes translatifs de propriété

591. **Autres hypothèses de cession de l'universalité.** Les articles 2029 et suivants du Code civil disposent du dénouement du contrat de fiducie. Selon ces dispositions, la fin du contrat de fiducie entraîne un effet réel¹²⁷⁸ : la rétrocession, par le fiduciaire, de l'universalité qu'il administrait. L'opération de fiducie elle-même commande, à son terme, le transfert de la propriété au fiduciaire. Il s'agit, nous l'avons vu, de l'aboutissement de l'affectation. Nous avons précisé précédemment¹²⁷⁹ que le bénéficiaire de la rétrocession de l'universalité a un droit d'option entre la liquidation du bien ou sa transmission avec les dettes liées à l'affectation universelle¹²⁸⁰. Cette option lui permet de ne pas subir la circonstance peu opportune où le passif fiduciaire est supérieur au bien universel.

592. Le mécanisme de l'EIRL peut également donner lieu à un transfert de propriété autre que la vente. En effet, l'article L. 526-17 du Code de commerce n'impose pas l'existence d'un prix, la cession à titre onéreux du bien universel de l'EIRL peut donc faire l'objet de toute autre contrepartie. Les parties sont libres de convenir de celle souhaitée et, ce faisant, de

¹²⁷⁸ F. BARRIÈRE, *Rep. Dr. civ.*, Dalloz, « Fiducie », oct. 2013 (actu. Nov. 2017), n° 96 et suiv.

¹²⁷⁹ V. *supra*, n° 548 et suiv.

¹²⁸⁰ Sur ce droit d'option, v. F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 286, p. 446.

s'affranchir des règles du droit de la vente¹²⁸¹. Ils peuvent même convenir d'une absence de contrepartie et, s'il y a une intention libérale, l'acte devra être qualifié de donation. La donation de l'universalité de l'EIRL peut néanmoins occasionner des difficultés du fait dans son absence de liquidation dans le cas où l'affectation universelle est poursuivie par le donataire.

L'intention libérale est difficile à définir¹²⁸², car elle relève du domaine de la subjectivité du donateur. Elle impose d'interroger ses motifs déterminants ce qui, en pratique, peut s'avérer délicat. Des auteurs présentent une vision moins restrictive de l'intention libérale et proposent plus simplement de s'en tenir à la conscience et à la volonté du donateur de ne pas obtenir de contrepartie¹²⁸³. Cette définition est plus réaliste et plus fonctionnelle. Elle permet de renforcer l'interdépendance du critère subjectif (la volonté) et du critère objectif (l'absence de contrepartie).

593. L'absence de contrepartie postule un appauvrissement du donateur et un enrichissement du donataire. Cette condition se réalise lorsque la valeur de l'universalité cédée est supérieure au passif repris par l'acquéreur. La seule circonstance que le donataire reprenne le passif ne peut s'analyser comme une contrepartie à la donation. Elle est seulement la contrepartie du maintien et de la poursuite de l'activité économique par le donataire. En outre, il est évident que la présence d'un passif ne suffit pas à remettre en cause l'absence de contrepartie lorsque les charges sont inférieures à la valeur du bien universel transmis¹²⁸⁴.

En revanche, la situation est plus complexe lorsque les dettes surpassent ou égalent la valeur de l'universalité transmise. L'absence de contrepartie prévue au contrat ne suffit pas à qualifier cette cession de donation, car, si le donateur s'appauvrit de l'universalité cédée, il s'allège du passif repris par le cessionnaire ce qui lui procure un enrichissement personnel. Il ne semble donc pas possible de voir dans cet acte une libéralité. Comme le propose Mme Jullian l'acte devrait être requalifié en cession à titre onéreux¹²⁸⁵.

594. La propriété de l'universalité appelle de ses vœux une seconde problématique, plus complexe par ses incidences en droit civil, celle de la revendication du bien universel.

¹²⁸¹ Il peut par exemple s'agir de la remise d'un bien en complément d'un prix ou de l'accomplissement d'une prestation, S. LACROIX-DE-SOUSA, « La cession du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) », art. préc.

¹²⁸² A. SERIAUX, *Les successions, les libéralités*, Ellipses, 2^e éd, 2018, n° 69, p. 127.

¹²⁸³ J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, A. Colin, 1982, n° 42, p. 24.

¹²⁸⁴ V. par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juill. 1991, n° 89-20.686.

¹²⁸⁵ N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. préc., n° 255, p. 251.

II) La revendication de l'universalité

595. La problématique de la revendication de l'universalité conduit à s'intéresser à la revendication du contenant, c'est-à-dire, très précisément, du bien universel. Elle rejoint une problématique plus large qui concerne la revendication des choses incorporelles.

596. **La revendication des choses incorporelles.** Les articles 2276 et 2277 du Code civil, qui gouvernent la revendication mobilière ne précisent, pas plus que leur référence aux meubles, la nature des biens auxquels ils s'appliquent. On peut douter que leurs dispositions soient applicables aux biens universels. Le doute s'accroît au vu de l'existence d'actions en revendication spéciales à certaines propriétés incorporelles, tel qu'en droit des brevets¹²⁸⁶ et en droit des marques¹²⁸⁷. Les dispositions qui instituent ces revendications mobilières sont-elles l'application particulière d'un principe général selon lequel tout bien approprié est susceptible de revendication ou signifient-elles, au contraire, qu'une disposition légale expresse est nécessaire pour admettre la revendication des choses incorporelles ? Tout porte à croire que la jurisprudence, en refusant l'applicabilité de l'article 2276 aux choses incorporelles¹²⁸⁸, cantonne son champ d'application aux biens meubles corporels¹²⁸⁹. Dès lors, il ne fait pas de doute qu'une universalité, bien meuble incorporel, peut être revendiquée. Ainsi, le fait que la Cour de cassation décide que l'article 2276 du Code civil est inapplicable au fonds de commerce, nous force à en déduire que l'irrecevabilité des revendications mobilières n'est pas applicable à ce type de bien, qu'il est possible, par suite, de revendiquer. En effet, les Hauts magistrats¹²⁹⁰ énoncent seulement que la règle selon laquelle « en fait de meuble possession vaut titre » ne s'applique pas aux biens incorporels¹²⁹¹ — l'espèce en cause concernait un fonds de commerce. Or, le principe issu de l'article 2276 du Code civil, dans sa fonction acquisitive, est précisément de faire obstacle, en matière mobilière, à la revendication

¹²⁸⁶ Art. L. 611-8 C. propr. Intell.

¹²⁸⁷ Art. L. 712-6 C. propr. Intell.

¹²⁸⁸ V. par ex. Cass. Civ., 26 janv. 1914, D. 1914.1.112.

¹²⁸⁹ Depuis longue date les auteurs excluent les biens incorporels de la prescription de l'article 2279 du Code civil. En ce sens Bufnoir précisait que l'article 2279 « n'a été fait que pour soustraire le possesseur à l'obligation de prouver par titre sa propriété », C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, rééd. De l'ouvrage imprimé en 1924, LGDJ, 2005, p. 385. Dans le même sens, v. CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil, français*, t. II, 6^e éd., par E. BARTIN, 1935, n° 178 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, *op.cit.*, n° 144 ; E. GOMBEAUX, *La notion juridique de fonds de commerce*, th. préc., p. 253 ; L. CREMIEU, « Le fonds de commerce, universalité juridique », art. préc., p. 392.

¹²⁹⁰ V. par exemple, Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mars 1960, n° 141 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 28 nov. 1973, inédit titré n° 72-12.240, *RTD.Civ.* 2006, p. 348, note TH. REVET ; *JCP G.* 2006, II, 10143, note G. LOISEAU ; *JCP G.* 2006, I, 178, § 3, note H. PERINET-MARQUET ; *D.* 2006, p. 2897, note C. KUHN. Ces jurisprudences témoignent d'une appréhension matérialiste du *corpus* possessoire qui trouve dans cet article un renfort décisif.

¹²⁹¹ Pour une proposition de la possession d'un bien universel, Cf *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre II.

du propriétaire dépossédé contre le possesseur de bonne foi. Dès lors que ce principe est écarté, il est impossible d'en déduire l'irrecevabilité de la revendication d'un fonds de commerce¹²⁹². Au contraire, attribut de base du droit de propriété, la revendication retrouve sa place. L'action en revendication d'un fonds de commerce peut donc toujours être exercée par son propriétaire, que le défendeur soit ou non en possession, et qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi. Le droit des procédures collectives vient le confirmer.

597. **La revendication des choses incorporelles en droit des procédures collectives.**

L'article L. 624-9 énonce que les meubles doivent être revendiqués dans le délai de trois mois, sans faire de distinction selon leur nature corporelle ou incorporelle. La jurisprudence en déduit que ces dispositions sont applicables à la revendication des biens incorporels. Elle décide en particulier que le loueur d'un fonds de commerce doit exercer sa revendication dans les trois mois suivant le jugement d'ouverture¹²⁹³. Il ne fait donc pas de doute qu'une action en revendication puisse s'exercer sur un bien universel. Une exception est cependant prévue à l'article L. 624-10 du Code de commerce : hypothèse dans laquelle un fonds est donné en location-gérance. Le contrat de location étant publié, le propriétaire du fonds est dispensé de l'exercice de l'action en revendication, ou plus exactement, elle a lieu de droit¹²⁹⁴.

598. Il est donc acquis que le fonds de commerce est un bien susceptible, comme tout bien, de revendication. Cette règle doit naturellement être étendue à tous les biens universels, notamment à l'EIRL¹²⁹⁵. Cette situation peut se concevoir en pratique dans le cas où l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée revendique son entreprise contre un possesseur qui lui oppose que son titre n'est pas translatif de propriété.

¹²⁹² Ce qu'admet par ailleurs la Cour de cassation : Cass. Com., 21 nov. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 266. V. la thèse conséquente M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. PH. THERY, *Défr.* 2007, n° 395.

¹²⁹³ CA, 1^{ère} ch., Caen, 16 sept. 1993, *D.* 1994, p. 192, obs. C. REGNAUT-MOUTIERS ; *Rev. Proc. Coll.* 1993-552, obs. B. SOINNE ; *RTD.Civ.* 1994, p. 384, obs. F. ZENATI ; sur le pourvoi formé contre cet arrêt : Cass. Com., 21 nov., 1995, *D.* 1996, comm. p. 214, obs. F. PEROCHON ; *D.* 1996, p. 211, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; *JCP E.* 1996, I, n° 554, G, n° 3935, n° 20, obs. M. CABRILLAC ; *LPA.* 1996, n° 55, p. 9, obs. J.-L. COURTIER.

¹²⁹⁴ Le principe de l'article L. 624-10 du Code de commerce résulte initialement d'une position jurisprudentielle. V. sur ce point Cass. Com., 15 mars 2005, n° 00-18.550, *D.* 2005, p. 890 ; B. SAINTOURENS, « La dispense de revendication d'un fonds de commerce en location-gérance ayant fait l'objet d'une publicité », *RTD.Com.* 2006, p. 291 ; J.P. REMERY, « Location financière et ouverture d'une procédure dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2013, p. 1634. ; A. LIENHARD, « Dispense de revendication d'un fonds de commerce en location-gérance », *D.* 2005, p. 890.

¹²⁹⁵ Sauf dans l'hypothèse où il serait confié à un tiers par un contrat faisant l'objet d'une publicité. L'article L. 624-10 du Code de commerce devant trouver application.

Conclusion section.

599. La revendication de l'universalité et sa cession témoignent du fait qu'elle est un objet de propriété. Elle est cessible, et à ce titre, elle peut faire l'objet d'une vente, même si sa nature universelle commande quelques ajustements techniques. Toutefois, son appropriabilité n'est pas la seule marque de sa réité. Elle peut faire l'objet de droits autre que la propriété, notamment des droits réels.

SECTION II. LES DROITS REELS SUR LE BIEN UNIVERSEL D'AUTRUI

600. Le bien universel peut être, comme n'importe quel autre bien, grevé de droits réels. Il peut notamment être grevé d'un usufruit (A.) ou d'une sûreté réelle (B.).

A) L'usufruit d'une universalité

601. **Intérêt de l'usufruit¹²⁹⁶ d'universalité.** L'usufruit grevant un bien universel se rencontre principalement dans le domaine successoral. Le bien universel, dans toutes ses

¹²⁹⁶ L'article 578 du Code civil présente l'usufruit comme « *le droit de jouir des choses, dont un autre à la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance* ». Exprimé en ces termes, l'usufruit confère toutes les utilités de la chose à l'exception de l'*abusus*. L'usufruit est classiquement considéré comme un démembrement du droit de propriété : « *le droit est amputé, amenuisé par la répartition entre plusieurs sujets des pouvoirs sur la chose* » (J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 232, n° 135, p. 186 ; V. aussi P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 14^e éd., 2013, n° 446, p. 307 ; F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil. Les biens, op.cit.*, n° 773, p. 697). Cette conception de l'usufruit a été contredite par Messieurs Zenati-Castaing et Revet (F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 344, p. 502 et suiv). Selon ces auteurs, la loi qualifie le nu-propiétaire de propriétaire (V. les art. 578, 585, 590 à 593, 603, 605, 607, 609, 611, 612, 614 et 618 C. civ.), ce dont il se déduit que l'usufruit n'altère pas la propriété, en tant qu'exclusivité, et ne touche qu'aux pouvoirs de fait, lesquels sont partagés entre les deux protagonistes. Dans leur critique, le démembrement n'est que la conséquence d'« *une dialectique dont le point de départ est une fiction qui ne peut que conduire à l'illogisme : la confusion du droit de propriété et de son objet* » (F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 344, p. 503). Récemment, M. Dross a proposé d'analyser l'usufruit comme une propriété temporaire. Selon lui, « *l'usufruit ne procède nullement d'un découpage économique de la chose, d'une répartition de ses utilités entre usufruitier et nu-propiétaire. Il opère une scission temporelle de la maîtrise du bien, laquelle sera celle de l'usufruitier pendant toute la durée de l'usufruit, puis au terme de celle-ci, celle du nu-propiétaire* » (W. DROSS, *Droit civil. Les choses, op.cit.*, n° 82, p. 154). Cette conception de l'usufruit crée les mêmes désordres que l'analyse classique. Elle entre en contradiction avec les différents articles du Code civil qui attribuent au nu-propiétaire la qualité de propriétaire. En outre, l'article 578 du Code civil établit une comparaison entre usufruitier et nu-propiétaire qui refuse que le premier soit considéré comme le second : l'usufruitier doit jouir de la chose « *comme le propriétaire* ». Or, l'équivalence ne suppose pas l'égalité, ce dont il se déduit que l'usufruitier n'agit pas à titre de propriétaire.

Une partie de la doctrine analyse l'usufruit comme un droit réel sur la chose d'autrui. Elle présente l'usufruit comme immanent au droit de propriété, il est une charge qui le grève. Il a pour effet que la liberté d'action du

occurrences, peut être dévolu légalement en usufruit au conjoint survivant. Il peut également faire l'objet d'une libéralité en nue-propiété. L'intérêt de l'entrepreneur est ainsi d'anticiper sa succession et de transférer la nue-propiété de son universalité à ses héritiers tout en se réservant l'usufruit de son vivant.

602. La difficulté de l'usufruit du bien universel est due à la nature singulière du bien. Il est l'expression d'un dédoublement en un contenant et un contenu. Le contenant est un bien incorporel et abstrait, il faut donc pouvoir précisément déterminer comment un usufruit peut porter sur le contenant, ce qui pose le problème de la détermination de l'assiette de l'usufruit (1). Pour le surplus, il s'agit d'un usufruit classique, qui confère le droit de jouir de l'universalité (2), et qui oblige à sa restitution (3).

1) *L'objet de l'usufruit d'universalité*

603. **L'objet de l'usufruit.** En droit commun, aucun obstacle ne s'oppose à ce qu'un bien universel fasse l'objet d'un usufruit. L'article 581 du Code civil énonce que l'usufruit « *peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles* ». Il importe donc peu que ledit bien soit corporel ou incorporel¹²⁹⁷. De plus, la loi reconnaît explicitement qu'un troupeau peut faire l'objet d'un usufruit¹²⁹⁸. La difficulté est donc ailleurs que dans la faisabilité de l'usufruit universel, qui est une figure classique, elle réside dans la question de savoir si le droit réel saisit le contenant ou le contenu.

604. La jurisprudence s'est très tôt interrogée, à partir des dispositions du Code civil relatives au troupeau, sur l'usufruit d'universalité et plus particulièrement sur l'usufruit du fonds de commerce. Ces interrogations sont liées au contexte de l'émergence du fonds en tant qu'universalité, mais elles ont la vertu didactique d'expliquer l'usufruit d'universalité.

605. Le questionnement initial portait sur les prérogatives de l'usufruitier et il est survenu lorsque la pratique a dû répondre à la question de savoir si l'usufruitier pouvait vendre des éléments du fonds de commerce voire le fonds de commerce lui-même. Merlin, dans le

propriétaire est restreinte, car il doit tout mettre en œuvre pour permettre à l'usufruitier de jouir de l'utilité de l'objet que le droit saisit (P. BERLIOZ, *Droit des biens*, Ellipses, 2014, n° 348, p. 379).

¹²⁹⁷ N. KILGUS, *L'usufruit des biens incorporels, contribution à la nature juridique de l'usufruit*, thèse, *Defr.*, t. 62, 2018, n° 6, p. 23.

¹²⁹⁸ Art. 615 et 616 C. civ.

répertoire universel et raisonné de jurisprudence¹²⁹⁹, rapporte un litige à l'occasion duquel l'usufruitier d'un fonds de commerce avait vendu le bien et rendu, au terme de l'usufruit, la valeur du fonds à la place du fonds lui-même. Il s'agissait d'un marchand de draps, père de quatre enfants, qui avait légué en usufruit son fonds à son épouse. Après sa mort, la veuve avait apporté le fonds en société, puis avait vendu l'intégralité de ses parts, ne laissant que des deniers à ses héritiers. L'acte était critiqué par les enfants au motif qu'un usufruitier ne peut réaliser d'acte de disposition sur le bien grevé. Le tribunal d'appel de Besançon avait estimé que le fonds de commerce, « universalité de meubles », ne pouvait être cédé par l'usufruitier, et que ce dernier était débiteur d'une restitution en nature au terme de l'usufruit. Mais, dans un arrêt en date du 9 messidor an XI, le Tribunal de cassation censura cette décision au motif que le fonds n'étant constitué que de meubles fongibles, la propriété en est transférée à l'usufruitier, qui peut donc en disposer librement, sauf à le restituer en valeur.

Dans un arrêt du 14 décembre 1842, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence en décidant qu'un « 1^o *fonds de commerce, en droit et en thèse générale, doit être considéré comme un corps universel (universum jus) qui continue de subsister dans le renouvellement successif des marchandises qui le composent ; 2^o que, par suite, l'usufruitier d'un pareil fonds est tenu, à la fin de l'usufruit, de restituer les objets qui le constituent dans l'état où ils se trouvent* »¹³⁰⁰. Cette évolution jurisprudentielle révèle que les juges se sont rendu compte de l'originalité de l'usufruit d'une universalité, ce qui les a conduits à s'interroger sur la question de savoir si, ce qui est grevé, c'est le contenant ou le contenu. Dans le précédent arrêt, la propriété du fonds avait été considérée comme transférée à l'usufruitier, parce qu'il se caractérisait comme une « *universalité composée de marchandises à vendre* »¹³⁰¹, c'est-à-dire de choses fongibles, dont la remise à un détenteur emporte transfert de propriété. Cette conception du fonds n'est plus possible depuis la loi du 17 mars 1909¹³⁰² qui le présente comme une collection d'éléments d'exploitation attractifs de clientèle. Il ne s'agit pas d'un ensemble de choses consommables, ou fongibles, régi par les dispositions de l'article 587 du Code civil. La fongibilité ne doit pas être confondue avec l'universalité, même si ces deux mécanismes produisent des effets voisins. La propriété de l'universalité n'est pas transférée à l'usufruitier, lequel n'a que le pouvoir d'effectuer des

¹²⁹⁹ MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd. 1815, t. 14, « Usufruit », § IV, VIII, p. 381.

¹³⁰⁰ S. 1843, 1, 22. Jurisp. Gén. Dalloz, « Usufruit », n° 209.

¹³⁰¹ V. *supra*. n° 171. ; V. également J. HILAIRE, « Les contingences historiques du fonds de commerce », in *L'entreprise personnelle, critique et prospective*, CREDA, éd. Litec, 1981, p. 125 ; DEPAMBOUR-TARRIDE, « Les origines du fonds de commerce et l'apparition de la clientèle », *RHD*. 1985, p. 329.

¹³⁰² Cf. art. L. 141-5 C. com.

actes nécessaires à la gestion du fonds, tels que la vente des marchandises et le remplacement des éléments d'exploitation.

606. Comment justifier la contradiction qui oppose l'étendue des pouvoirs selon qu'ils portent sur le contenant ou sur le contenu ? La réponse a été apportée par la Cour de cassation, dans un arrêt remarqué, statuant sur des problèmes similaires à ceux précédemment soulevés, si ce n'est qu'il ne s'agissait plus de fonds de commerce, mais de portefeuille de valeur mobilière. Il résulte de cet arrêt que le portefeuille est une universalité et que, si l'usufruitier peut réaliser des actes de disposition sur les valeurs mobilières, celles-ci ne sont pas pour autant considérées comme des choses consommables, objet d'un quasi-usufruit¹³⁰³. L'usufruitier peut les aliéner, mais à charge de les remplacer, ce qui interdit toute autre utilisation des sommes perçues et une restitution de l'universalité en valeur.

607. À partir de cette jurisprudence et du régime de remplacement qu'elle met en place, l'identité de l'objet soumis à l'usufruit — le contenant ou le contenu — ne fait plus de doute. Le régime de remplacement s'explique par le fait que toutes les valeurs concourent à une stratégie patrimoniale, pour l'accomplissement d'un intérêt commun déterminé par le propriétaire. Cet intérêt correspond à l'utilité de la fédération des biens, généralement une utilité économique. C'est cette utilité qui est grevée par l'usufruit. Ainsi, l'usufruitier est autorisé à procéder au remplacement des biens, en opposition apparente aux règles de l'usufruit parce que son droit ne greève non pas les biens, mais l'universalité elle-même, le contenant et non pas le contenu. C'est le principe de la collection des biens et le but qu'elle poursuit qu'il doit conserver et restituer.

608. **Le cas particulier de l'universalité de l'EIRL.** L'usufruit de l'universalité pose aussi un problème d'objet dans le cas de l'EIRL. En effet, l'on se heurte au lien qu'établit l'article L. 526-6 du Code de commerce entre l'EIRL et la personne du propriétaire du bien universel, lien qui semble exclure que la qualité d'entrepreneur à responsabilité limitée puisse être reconnue à un autre que lui, et notamment à un usufruitier. Toutefois, le législateur pourrait intervenir à nouveau et faire évoluer son dispositif. Les législations étrangères offrent, là encore, un modèle fécond. Deux voies peuvent être envisagées.

¹³⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, Malet c. Baylet, n° 96-18.041.

La première est celle des droits allemand¹³⁰⁴ et suisse¹³⁰⁵. Elle ne conçoit la constitution de l'usufruit de l'universalité que sur chacun des éléments du contenu. Il y a ainsi autant d'usufruits qu'il y a de biens dans le patrimoine¹³⁰⁶.

L'inconvénient de ces législations, si cette voie était retenue par le droit français, est que l'usufruitier ne pourrait bénéficier de la limitation de responsabilité de l'EIRL. Comme il n'est pas propriétaire du contenu de l'universalité, ses créanciers, bien que leur créance soit issue de l'activité économique déployée, ne pourraient saisir les biens grevés. Sa responsabilité des dettes ne pourrait être assise que sur ses propres biens. Corrélativement, le nu-propriétaire du contenu, seul détenteur de la qualité d'entrepreneur à responsabilité limitée, continuerait donc d'avoir la propriété pleine et entière du contenant et pourrait contracter de nouvelles dettes obligeant le contenant. Autant dire que l'usufruit de l'EIRL serait impossible.

La difficulté provient du fait que ces législations reconnaissent l'usufruit d'une universalité, mais lui attribuent des effets limités. Le droit réel embrasse le contenu, non le contenant qui, *a priori*, ne semble pas accéder à l'autonomie juridique. Un tel schéma heurte la jurisprudence française et, surtout, son adoption serait un frein à la gestion de l'universalité par l'EIRL.

609. Une seconde voie serait de considérer, comme en droit italien, que l'usufruit porte sur l'universalité, de sorte que l'usufruitier doit conserver la destination du bien, c'est-à-dire préserver la cohérence de son organisation et de ses installations¹³⁰⁷. Le fonctionnement de

¹³⁰⁴ Art. 1085 du BGB : «*Der Nießbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, dass der Nießbrauch bestellt ist, gelten die Vorschriften der §§ 1086 bis 1088*». trad. Par R. LEGEAIS, M. PEDAMON, G. LARDEUX et C. WITZ, *Code civil allemand. Traduction commentée, BGB, op.cit.*, p. 367. Art 1085 : «*Constitution de l'usufruit d'un patrimoine : l'usufruit d'un patrimoine d'une personne peut seulement être constitué de manière que l'usufruitier acquière l'usufruit de chacun des biens composant le patrimoine. Pour autant que l'usufruit soit constitué, il y a lieu d'appliquer les dispositions des articles 1086 à 1088*».

¹³⁰⁵ Art. 745 du Code civil suisse : «*A. De l'usufruit I. Son objet : L'usufruit peut être établi sur des meubles, des immeubles, des droits ou patrimoine. Il confère à l'usufruitier, sauf disposition contraire, un droit de jouissance sur la chose. L'usufruitier d'un immeuble peut être limité à une partie définie d'un bâtiment ou de l'immeuble*». Selon les auteurs l'usufruit se fractionne en autant d'usufruit qu'il y a de biens dans le patrimoine ». V. D. PIOTET, *Traité de droit privé suisse*, V. 5, T. 2, *les droits réels limités en général, Les servitudes et les charges foncières*, Helbing Lichtenhahn Verlag Basel, 2^e éd., 2016, n° 682, p. 198 et 199, cité par N. JULLIAN, *La notion de cession de patrimoine*, th. préc., n° 276-2, p. 258.

¹³⁰⁶ D. PIOTET, *Traité de droit privé suisse*, V. 5, T. 2, *les droits réels limités en général, Les servitudes et les charges foncières*, Helbing Lichtenhahn Verlag Basel, 2^e éd., 2016, n° 682, p. 198 et 199, cité par N. JULLIAN, *La notion de cession de patrimoine*, th. préc., n° 276-2, p. 258.

¹³⁰⁷ La situation est loin d'être hétérodoxe puisque l'article 2561 du Code civil italien prévoit l'usufruit de l'entreprise. Celui-ci s'effectue *ut universi*, non *ut singuli* comme en droit allemand et suisse. Art. 2561. «*Usufrutto dell'Azienda. L'usufruituari' dell'azienda deve esercitarla sotto la ditta che la contraddistingue. Egli deve gestire l'azienda senza modificarne la destinazione (985) e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti (997) e le normali dotazioni di scorte. Se non adempie a tale obbligo o cessa arbitrariamente dalla gestione dell'azienda, si applica l'art. 1015. La differenza tra le consistenze d'inventar'o*

l'usufruit du bien universel de l'EIRL y est le même que celui du fonds de commerce et du portefeuille de valeurs mobilières en droit français, ce qui confirme la réité des universalités objectives. Les créanciers du constituant dont le droit est né au cours de l'usufruit ne peuvent pas poursuivre l'universalité.

En outre, le droit italien n'est pas freiné par le fait que l'EIRL est une qualité personnelle. L'usufruitier peut bénéficier du statut de l'entreprise à responsabilité limitée de droit italien. Si l'on veut conserver la conception personnelle de l'entrepreneur à responsabilité limitée de la législation française, il faudrait s'inspirer du législateur portugais¹³⁰⁸, qui assimile l'usufruitier au propriétaire pour lui permettre de bénéficier du d'entrepreneur individuel¹³⁰⁹. De la sorte, l'usufruitier peut bénéficier de la limitation de responsabilité concernant les créanciers professionnels postérieurs à la constitution de l'usufruit. Les créanciers professionnels du nu-propriétaire antérieurs à la constitution du droit réel peuvent se désintéresser sur l'universalité, et il en va de même des créanciers dont la créance procède d'une dépense relative aux grosses réparations.

2) *La jouissance de l'universalité grevée d'usufruit*

610. **La perception des fruits.** La question se pose de savoir ce que sont les fruits d'une universalité. Les bénéfices dégagés de l'exploitation sont-ils des fruits ou des produits ? La doctrine classique professe que le fruit se caractérise par un double critère : l'absence d'altération de la substance et la périodicité. Le critère de la périodicité est pertinent s'agissant des fruits naturels — récurrents au rythme des saisons —, mais il l'est moins s'agissant de la

*all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto (2112) », trad. libre : « L'usufruit de l'entreprise. L'usufruitier de l'entreprise doit exercer sous l'établissement qui le distingue. Il doit gérer l'entreprise sans en modifier la destination (985) et de façon à conserver l'efficace de l'organisation et des installations et la valeur des stocks. S'il n'accomplit pas ses obligations ou s'il cesse arbitrairement la gestion de l'entreprise, il s'applique l'art. 1015. La différence entre les consistances d'inventaire au début et à la fin de l'usufruit est réglée en argent, sur la base des valeurs courantes à la fin de l'usufruit (2112) ». L'usufruit de l'Azienda porte sur l'ensemble, le bien universel, et non sur les composants pris individuellement. Aussi, l'usufruitier succède dans les contrats, sans l'accord du cocontractant cédé (sauf contrat conclu *intuitu personae*). Cela s'explique par le fait qu'il ne faut pas contrarier l'obligation de conservation de l'usine qui pèse sur l'usufruitier. Logiquement, il ne peut non plus modifier la destination de l'entreprise (Cassazione civile, sez. III, 24 octobre 2007, n. 22348 Bongiorno c. Cottone Giust. civ. Mass. 2007). Les dettes de l'entreprise nées avant la constitution de l'usufruit ne seront exécutées que par le nu-propriétaire, à l'exception des dettes salariales (article 2112 C. civ.). Ainsi le droit civil italien offre un exemple pertinent de ce qu'est un bien universel.*

¹³⁰⁸ Art. 21 du décret-loi n° 248/86 du 25 août 1986.

¹³⁰⁹ V. sur ce point N. JULLIAN, *La notion de cession de patrimoine*, th. préc., n° 276-1, p. 257.

vie économique¹³¹⁰. L'exemple du fonds de commerce ou de l'universalité de l'EIRL est, à cet égard, topique : on peut avoir un exercice bénéficiaire puis un exercice déficitaire, ou l'inverse. Est-ce que l'absence de périodicité fait échec à la qualification de fruit ? M. Chazal explique que la périodicité n'est pas un critère de définition du fruit, mais tout au plus un indice qui permet de se convaincre qu'un revenu ne porte pas atteinte à la substance du bien¹³¹¹. Dès lors qu'il provient de la chose et qu'il n'altère pas sa substance, un revenu s'analyse comme un fruit¹³¹². C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence¹³¹³.

611. Il faut aussi s'interroger préalablement sur le point de savoir si les bénéfices sont des fruits civils ou industriels. L'intérêt de la question est que les fruits civils s'acquièrent jour par jour, alors que les fruits industriels ne s'acquièrent que par la perception. Les bénéfices sont issus de l'activité humaine d'exploitation, ils n'émanent pas d'un rapport juridique monnayant la jouissance¹³¹⁴. En cela, ils sont des fruits industriels¹³¹⁵. Ils doivent cependant respecter les règles comptables applicables à certaines universalités, telles que le fonds de commerce ou l'EIRL. Les fruits industriels dont peut bénéficier l'usufruitier sont nets de charges, c'est-à-dire les bénéfices après déduction des amortissements nécessaires à l'entretien et au renouvellement du matériel. Ces règles peuvent s'appliquer à l'usufruitier d'une EIRL. Elles devraient permettre, conformément à l'article L. 526-18 du Code de commerce, de déterminer les revenus que l'usufruitier verse dans son patrimoine personnel.

612. **Les charges usufruitaires.** L'usufruitier est tenu, aux termes de l'article 608 du Code civil, aux charges annuelles, c'est-à-dire aux charges périodiques qui ne sont pas liées à la substance de la chose¹³¹⁶. Le Code civil établit une corrélation entre les charges liées à l'usage de la chose et les fruits. L'usufruitier doit ainsi affecter les fruits aux charges courantes qui adviennent de la chose et qui ont une propension à se renouveler, lesquelles se

¹³¹⁰ *Contra*. Y. STREIFF, obs. ss. TGI Bourges, 7 févr. 1989, *BJS*, 1989, p. 901. Pour l'auteur, les dividendes sont assimilés à des fruits en nature, car les dividendes « *comme les fruits obtenus par la culture, sont d'une périodicité et d'une quotité aléatoires* ».

¹³¹¹ J.-P. CHAZAL, « L'usufruit du fonds de commerce », *Defr.* 2001, art. 37297, n° 16, p. 167.

¹³¹² F. ZENATI et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 77.

¹³¹³ Cass. Com., 5 oct. 1999, *D.* 1999, juris. 69.

¹³¹⁴ Il est au reste évident que le bien universel peut faire l'objet d'un droit personnel, telle une location-gérance, qui permet la perception de fruits civils.

¹³¹⁵ TH. REVET, « Bénéfices et dividendes : "néo fruits industriels" », *RTD.Civ.* 2007, p. 149 ; M. JAOU, *La notion de fruit, étude de droit privé, Defr.*, coll. Doctorat & Notariat, t. 57, 2018, préf. M.-L. MATHIEU, n° 488, p. 410.

¹³¹⁶ M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3^e éd., Sirey Université, 2013, n° 604, p. 222.

définissent traditionnellement comme « *l'ensemble des charges assurant la conservation du bien et permettant, le cas échéant, la production et la perception des fruits* »¹³¹⁷.

613. Comment les dispositions propres à l'usufruit peuvent-elles s'accommoder de la particularité du bien universel ? L'article 607 du Code civil autorise l'usufruitier à ne pas remplacer ce qui a disparu par vétusté. Une telle disposition peut avoir une incidence notable sur le bien universel, lequel est, lui aussi, susceptible de disparaître. En vérité, l'article 607 du Code civil ne trouve à s'appliquer que si la chose grevée de l'usufruit a disparu et cette chose est le contenant, non un élément du contenu. Il faut se référer à l'article 616, applicable au troupeau, pour comprendre le régime applicable à l'usufruit d'universalité. Selon cette disposition, l'usufruitier doit remplacer les bêtes qui ont péri si l'usufruit sur le troupeau existe toujours, alors qu'il ne doit rien si tout le troupeau a péri. L'usufruitier du fonds de commerce ou du bien universel de l'EIRL est tenu à une obligation similaire.

614. En résumé, l'usufruitier de l'universalité a le droit aux fruits nets de charges. Il ne peut donc jouir que des bénéfices nets des investissements nécessaires à la conservation de l'universalité. Il est toutefois possible que les nouveaux investissements réalisés par l'usufruitier accroissent la valeur de l'universalité, ce qui pose le problème de la restitution d'une universalité grevée d'un usufruit.

3) La restitution de l'universalité grevée d'usufruit

615. **La détermination de l'objet de la restitution de l'usufruit.** L'usufruit d'une universalité porte sur un bien, l'utilité de la fédération, laquelle résulte elle-même de la communauté d'affectation de plusieurs biens. L'obligation de conserver l'universalité qui pèse sur l'usufruitier peut l'amener à aliéner et à remplacer les éléments qui la composent, ou y adjoindre de nouveaux, ce qui pose le problème de l'objet de la restitution. Deux situations doivent être distinguées.

La première concerne l'hypothèse où l'usufruitier acquière un bien en remplacement d'un autre. Il est évident que ce bien intègre l'universalité et qu'il est sujet à restitution avec l'ensemble dont il fait partie.

¹³¹⁷ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La richesse des fruits », *RRJ* 2001, n° 22, p. 1225.

La seconde situation, est celle où l'usufruitier adjoint un nouveau bien, dont il est propriétaire, à l'universalité¹³¹⁸. La situation est plus compliquée, car, *a priori*, rien n'oblige l'usufruitier à restituer l'universalité avec le bien nouvellement joint, puisqu'il n'appartient pas au nu-propriétaire. Toutefois, la structure de l'universalité, c'est-à-dire la communauté d'affectation à laquelle participent les biens, impose que le nouvel élément joint par l'usufruitier soit compris dans la restitution du bien universel. Du moins, la restitution du composant adjoint par l'usufruitier est pertinente dès lors qu'il est intégré à la communauté d'affectation et qu'il est devenu indispensable à l'exploitation de l'universalité¹³¹⁹. Il s'agit là d'une condition d'existence du bien universel, c'est-à-dire un élément sans lequel il serait morcelé. Le propriétaire devrait, en pareille hypothèse, acquérir la propriété du bien¹³²⁰.

616. **Le sort des améliorations.** L'article 599 du Code civil interdit à l'usufruitier de réclamer une indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites. Cette disposition est généralement justifiée par le fait que les améliorations font partie de la prise en charge par l'usufruitier de l'administration de la chose¹³²¹, ou encore, par la considération que les fruits perçus indemnisent l'usufruitier pour les améliorations réalisées. Mais elle est difficile à appliquer dans le cas du bien universel. Plusieurs situations doivent, là encore, être distinguées.

La première est celle de biens acquis en remplacement de ceux qui sont vétustes. En théorie, toute indemnisation devrait être exclue puisqu'il s'agit d'une charge d'entretien de l'universalité¹³²². Les améliorations du bien sont à la charge de l'usufruitier, et surtout, il doit maintenir l'affectation universelle.

En deuxième lieu, lorsque l'usufruitier a acquis un nouveau matériel d'exploitation, l'usufruitier devrait, en raison de l'absence de lien matériel des biens entre eux, pouvoir le reprendre¹³²³. Toutefois, en matière de location-gérance on préconise¹³²⁴ que, si le matériel est

¹³¹⁸ La situation pratique se conçoit lalement : l'usufruitier apporte une machine qu'il avait acquise avec ses deniers propres pour augmenter la rentabilité de l'exploitation, ou l'usufruitier apporte une nouvelle valeur mobilière au portefeuille.

¹³¹⁹ En ce sens, A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 366 ; *contra*. J.-P. CHAZAL, « L'usufruit d'un fonds de commerce », art. préc., n° 25.

Cette idée se retrouve en jurisprudence, non précisément lorsque l'universalité fait l'objet d'un usufruit, mais lorsqu'elle est prise à bail. V. par ex., Cass. Com., 6 mai 2002, *Bull. civ.* IV, n° 79 ; CCC. 2002, n° 120, note L. LEVENEUR.

¹³²⁰ Nous verrons ci-après le processus par lequel le propriétaire peut acquérir la propriété du bien adjoint. V. *infra*, n° 702.

¹³²¹ J.-P. CHAZAL, « L'usufruit d'un fonds de commerce », art. préc., n° 26.

¹³²² *Comp* J.-P. CHAZAL, « L'usufruit d'un fonds de commerce », art. préc., n° 26.

¹³²³ L'alinéa 3 de l'article 599 du Code civil précise que l'usufruitier « peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur

utile à la communauté d'affectation, le propriétaire conserve le bien et indemnise le locataire gérant. Cette solution pourrait, par analogie, s'appliquer à l'usufruit, d'autant que l'usufruitier peut être plus ou moins contraint d'accepter, compte tenu du fait qu'il doit affecter les bénéfices du fonds au renouvellement du matériel d'exploitation.

En troisième et dernier lieu se pose la question de l'indemnisation de l'usufruitier en cas d'accroissement de la valeur du bien universel. Il est sur ce point possible de raisonner comme en matière de location-gérance du fonds de commerce : le locataire n'a droit à aucune indemnité, que l'accroissement provienne de sa personne ou d'une cause extérieure, au même titre qu'il ne doit aucune indemnité en cas de moins-values, sous réserve de sa faute. Sa transposition à propos du bien universel est logique. Elle s'explique par le fait que l'usufruitier de l'universalité a une obligation d'exploitation. L'activité normale qu'il déploie ne peut lui ouvrir droit à une indemnité.

617. En résumé, le bien universel peut faire l'objet d'un usufruit. Ce dernier porte sur le contenant, et non sur les éléments qui composent l'universalité. Le législateur français n'a pas encore consacré ce principe dans le cas de l'EIRL, mais l'étude des législations étrangères permet de formuler des propositions fécondes lui permettant de le faire.

618. Parmi les droits réels qui peuvent être constitués sur le bien universel figurent les sûretés réelles.

B) La constitution d'une sûreté sur l'universalité

619. **L'objet de la sûreté.** Le nantissement du bien universel implique là encore un régime différent d'une sûreté prise sur un bien *ut singuli*. L'exemple du nantissement du fonds de commerce est à cet égard topique. La sûreté porte sur tous les éléments qui composent le fonds, c'est-à-dire sur tous les biens qui permettent de préserver et continuer l'affectation décidée par le propriétaire. Elle comprend notamment le bail commercial, le mobilier et le matériel affecté à l'exploitation du fonds de commerce, y compris les biens acquis en remplacement ou renouvelés¹³²⁵. Il faudrait également considérer que l'assiette de la sûreté

premier état ». Cette disposition reconnaît à l'usufruitier un droit d'enlèvement qui peut fonder son droit de reprendre le matériel qu'il a ajouté à l'exploitation.

¹³²⁴ V. J. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 2^e éd., 1948, n° 1020.

¹³²⁵ Art. L. 142-2 C. com. ; V. également Cass. Civ. 1^{er}, 20 avr. 1928.

s'étend aux nouveaux biens apportés à l'universalité¹³²⁶. L'assiette de la sûreté réelle n'est pas limitée à la composition qu'avait le fonds au moment où elle a été constituée. Elle doit se déterminer conformément à la structure du bien universel, c'est-à-dire compte tenu des biens affectés à la fonction visée, mais dans les limites du *quantum* pour lequel elle a été constituée¹³²⁷. Ces principes ne confèrent pas au nantissement d'une universalité un caractère aléatoire, car l'assiette de la sûreté est le bien universel et elle s'évalue à l'instant de sa réalisation. Les biens composant le tout nanti ne sont envisagés que dans un état futur. Aucun obstacle ne semble s'opposer à ce que les biens entrant à l'avenir dans la composition du fonds soient compris dans l'assiette du nantissement : l'article 1130, alinéa 1^{er}, du Code civil, précise que les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation et l'article 2355 du Code civil dispose qu'un bien meuble incorporel peut être apporté en nantissement. La position jurisprudentielle devrait donc être révisée et le nantissement d'une universalité, tel le fonds, a comme assiette le fonds lui-même¹³²⁸, donc tous les éléments acquis en réemploi et ceux récemment affectés à la finalité commune¹³²⁹.

620. Nous retrouvons une logique similaire dans le nantissement d'une autre universalité : le compte-titres¹³³⁰. Il s'agit d'un nantissement d'instruments financiers qui regroupent, à l'aune de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, « *les titres financiers, les parts et actions d'OPCVM et les instruments financiers à terme, français ou étrangers autrement nommés contrat financier* »¹³³¹. La singularité de la sûreté est de porter sur un bien universel, autrement dit, l'objet du nantissement est le compte — l'universalité — ce qui permet que des cessions de titres préexistants ou des acquisitions de titres nouveaux soient opérées, sans que ceux-ci ne soient frappés d'un droit de suite et qu'une atteinte aux droits des créanciers soit

¹³²⁶ Sans justification apparente, il semblerait que la jurisprudence ne se soit pas conformée à cette exigence logique. V. CA Paris, 19 juin 1924, Debrise c. Puvost : *D.* 1924.II.129, obs. H. LALOU.

¹³²⁷ V. par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 31 oct. 1906, *D.* 1906.I.24.

¹³²⁸ CH. GUISBERS, *Sûreté réelle et droit des biens*, thèse, Economica, 2015, n° 582, p. 585, l'auteur considère que « *lorsque le gage porte sur une universalité de fait — une collection d'objets d'arts, par exemple, — nous estimons que chaque élément de l'universalité n'a pas à être spécialement décrit, car ce n'est pas chaque élément qui est l'objet du gage, c'est l'universalité, laquelle est distincte de ses éléments considérés ut singuli* ».

¹³²⁹ La circonstance selon laquelle le nantissement porte sur le fonds – approche *ut universi* – a également pour conséquence que le nantissement reste valable même s'il comprend un élément dont le débiteur n'est pas propriétaire. Le seul fait que le débiteur soit propriétaire de l'universalité suffit à ce que le nantissement soit incontestable (Cass. Req., 26 mars 1912, *Gaz. Pal.* 1912, 2, 208 ; *D.* 1912, chron. p. 52 ; CA Paris, 14 oct. 1912, *Gaz. Pal.* 1912, 2, 536 ; T. com. Lyon, 29 juill. 1914, *DP.* 1920, 2, p. 71 ; CA Douai, 20 nov. 1930, *Rec. Douai*, 1931 ; *DH.* 1931, somm. p. 41). Il est toutefois nécessaire que le créancier nanti soit de bonne foi (Cass. Req., 3 juill. 1944 : *JCP N.* 1945, II, note BOE)

¹³³⁰ Cette consécration opportune est récente. Elle résulte de l'ordonnance du 24 février 2005 (Ord., n° 2005-171 du 24 févr. 2005) et elle a été reprise par l'ordonnance du 30 janvier 2009 (Ord., n° 2009-107 du 30 janv. 2009).

¹³³¹ Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant – Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, préf. A. GHOZI, *Bibl. de droit privé*, t. 567, 2016, LGDJ, n° 179.

portée¹³³². De même, les titres intégrant l'universalité sont immédiatement compris dans l'assiette du nantissement¹³³³. Tout contenu de l'universalité, préexistant ou nouvellement acquis, est soumis à un régime juridique unique et est considéré comme ayant été remis à la date de déclaration de nantissement initiale. Le principe de spécialité de la sûreté est respecté, car c'est le bien universel — bien identifié¹³³⁴ — qui est l'objet du droit réel de garantie et ce sont les éléments qui la composent qui fluctuent¹³³⁵. Toutefois, le risque inhérent à la fluctuation des composants doit être relativisé. En effet, l'identification du bien universel se réalise grâce à l'affectation universelle, laquelle permet, au besoin, de révéler la fonction de l'ensemble, donc les biens sur lesquels porte le droit du créancier.

621. À côté des régimes spéciaux consacrés par ces différentes dispositions législatives, le législateur a institué dans le droit commun, avec l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006¹³³⁶, le nantissement d'un bien meuble incorporel à l'article 2355 du Code civil. Cela comprend donc logiquement le nantissement d'universalité. Toutefois, l'expression « ensemble de biens » se retrouve tant à l'endroit du gage — conformément à l'article 2333 du Code civil — qu'à l'endroit du nantissement. Cela interroge donc sur la consécration du gage d'universalité.

622. **Le gage d'universalité.** L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a précisé l'objet sur lequel porte le gage et, selon l'article 2333 du Code civil, il peut s'agir d'« *un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels* »¹³³⁷. La doctrine considère généralement que le terme « ensemble » doit être compris comme une référence à la notion

¹³³² P. CROCCO, *Rep. Dr. civ.*, Dalloz, « Nantissement », oct. 2008 (juin 2017) : « *En effet, lorsqu'un nantissement a pour objet une universalité de fait, les variations des biens composant cette universalité ne portent pas atteinte aux droits du créancier nanti dans la mesure où la subrogation réelle joue pleinement au sein d'une universalité (in iudiciis universalibus pretium succedit loco rei) et où, de ce fait, le nantissement se reporte automatiquement sur les biens nouveaux venant composer cette universalité* ».

¹³³³ *Ibid.* L'article L. 211-20-I du Code monétaire et financier précise à cet égard que « *les titres financiers et les sommes en toute monnaie postérieurement inscrite au crédit du compte nanti, de quelque manière que ce soit, ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie, sont compris dans l'assiette du nantissement* ».

¹³³⁴ V. en ce sens, R. BOFFA, « L'ensemble de biens objet de sûreté », art. préc., p. 78.

¹³³⁵ *Comp* P. CROCCO, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.*, 2001, n° 92, p. 63.

Il nous semble que le principe est d'inspiration québécoise. En effet, l'article 2674 du Code civil du Québec dispose que « *L'hypothèque qui grève une universalité de biens subsiste mais se reporte sur le bien de même nature qui remplace celui qui a été aliéné dans le cours des activités de l'entreprise* ». A priori, le principe de spécialité est respecté puisque l'hypothèque doit se reporter sur un bien de même nature et affecté à la même finalité. Mais la pratique a supplanté la théorie et l'article 2674 est utilisé à la manière des *floating charge*. V. en ce sens M. DESCHAMPS, « Le droit des sûretés au Québec », in *Repenser le droit des sûretés mobilières*, M.-E. ANCIEL (Dir.), LGDJ, t. VII, p. 73

¹³³⁶ L'ordonnance a été ratifiée par la loi n° 2007-212 du 20 février 2007 (JO n° 44 du 21 février 2007, p. 3058).

¹³³⁷ Art. 2333 C. civ.

d'« universalité »¹³³⁸. Ainsi, l'article 2333 du Code civil consacrerait le gage portant sur une universalité¹³³⁹. La réité de l'universalité l'autorise à être l'objet d'une sûreté. En revanche, comme nous l'avons signalé ci-avant, l'universalité n'est pas un bien corporel : elle est l'utilité qui advient de la fédération des éléments autour d'une finalité commune. Elle est donc, par nature, un incorporel¹³⁴⁰. Le fait qu'elle soit composée uniquement de biens meubles corporels ne devrait pas même lui faire acquérir cette nature juridique¹³⁴¹. Il apparaît alors étonnant qu'une universalité, contenant idéal, puisse être l'objet d'un gage. Trois interprétations peuvent être proposées.

623. La première consiste à affirmer que le législateur considère par cette disposition qu'il est quelque peu artificiel de qualifier l'universalité de bien incorporel en toute circonstance, notamment lorsqu'elle est exclusivement composée de biens corporels. Ainsi, il serait implicitement favorable à l'idée qu'une universalité puisse être corporelle¹³⁴². En ce sens, le troupeau, universalité homogène, peut être qualifié de bien meuble corporel¹³⁴³. *Quid* du domaine d'application de l'article 2355 du Code civil ? Nous devrions logiquement conclure que le nantissement de droit commun prévu à l'article 2355 du Code civil peut saisir un ensemble de biens meubles incorporels, c'est-à-dire l'hypothèse où une universalité est exclusivement composée de biens meubles incorporels. Mais alors qu'en est-il des universalités hétérogènes, comprenant à la fois des biens corporels et incorporels ? Le problème peut être résolu, là encore, par l'article 2355 du Code civil qui reconnaît la possibilité d'affecter un « *bien meuble incorporel* », donc une universalité dont le contenu comprend tant des biens corporels qu'incorporels. Une cohérence générale se retrouve alors dans ces différentes dispositions.

La reconnaissance d'universalité corporelle permet par ailleurs au gage sur stock d'être affublé de ce qualificatif, et ainsi d'offrir à cette institution l'assise théorique qui lui fait défaut. En effet, l'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 a, dans un but de simplification

¹³³⁸ V. notamment C. KUHN, « Le droit commun du gage », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 37 ; R. BOFFA, « L'ensemble de biens objet de sûreté », in Mél. M.-L. Mathieu, Bruylant, 2019, p. 75.

¹³³⁹ V. en ce sens, A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 216 ; S. TORCK, « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *RD banc. et fin.* Juillet-août 2006, p. 39, spéc., n° 18 et 21 ; C. KUHN, « Le droit commun du gage », art. préc.

¹³⁴⁰ V. *supra*, n° 460 et suiv. ; v. également, A. CERBAN, *Étude critique sur les conditions en gage des choses incorporelles en matière civile et commerciale*, th. préc., p. 217 ; R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », art. préc., n° 33 ; R. LIBCHABER, *Rep. Dr. civ.*, Dalloz, « Biens », n° 64 ; J.-J. DAIGRE, « Du fonds libéral en général », art. préc., p. 191 ; N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., n° 264.

¹³⁴¹ V. en ce sens, S. BECQUET, *Le bien industriel*, th. préc., n° 25.

¹³⁴² V. en ce sens, A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 216.

¹³⁴³ *Ibid.*

du droit, modifié l'opération de gage sur stock¹³⁴⁴. L'un des apports principaux de cette réforme consiste à laisser désormais aux parties le choix de constituer leur gage de stocks soit sur le fondement du droit spécial du gage des stocks énoncé par les articles L. 527-1 et suivant du Code de commerce, soit le fondement du droit commun du gage régi par le Code civil. Toutefois, la réforme n'explique pas théoriquement le mécanisme de remplacement des choses gagées et le report des droits du créancier sur le bien acquis en remplacement. Les textes de droit commun et de droit spécial envisagent le report, mais sans l'expliquer : le Code civil pose la faculté d'aliéner les biens gagés s'ils sont fongibles et le Code de commerce se contente d'affirmer le jeu du report des droits du créancier sur la chose acquise en remplacement sans en justifier les fondements. L'opération de sûreté peut être clarifiée dès lors que l'on qualifie le gage sur stock, d'universalité¹³⁴⁵. Selon cette définition, le stock est un bien sur lequel porte le droit du créancier¹³⁴⁶, et dont le contenu, généralement hétérogène¹³⁴⁷, est circulant et peut être aliéné par son propriétaire. Les biens acquis en remplacement viennent composer le stock, de sorte que le gage du créancier est préservé en quantité et en qualité¹³⁴⁸. Est-il réellement pertinent d'avoir recours à la notion d'universalité pour expliquer le fonctionnement du gage sur stock ? Le doute est permis. L'assiette de la sûreté est composée de biens hétérogènes qui n'ont aucun lien entre eux si ce n'est à travers l'acte juridique qui les saisit. En outre, le mécanisme de report des droits des créanciers, qui

¹³⁴⁴ Ord. n° 2016-56 du 29 janv. 2016 relative au gage des stocks, JO 30 janv. ; *D.* 2016, p. 561 ; *AJ Contrats* 2016, p. 60 ; *RTD.Civ.* 2016, p. 476, obs. A. DENIZOT ; *RLDC.* mars 2016, n° 6156, p. 32, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *Banque et droit*, n° 166, mars-avr. 2016, p. 88, obs. N. RONTCEVSKY ; M. BOURASSIN, « Réforme du gage des stocks : de l'attraction à l'attractivité », *Gaz. Pal.* 8 mars 2016, p. 53 ; J. CLAVEL-THORAVAIL, « Ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage des stocks : le régime spécial assure-t-il le financement par le stock sans compromettre la survie de l'entreprise ? », *RLDA.* mars 2016, p. 8 ; S. PIEDELIEVRE, « La réforme du gage des stocks », *Gaz. Pal.* 16 févr. 2016, p. 11 ; P. CROCQ, « Rebondissement législatif : le choix entre droit spécial et droit commun redevient possible ! », *RTD.Civ.* 2016, p. 419.

¹³⁴⁵ S. TORCK, « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *RD banc. et Fin.*, n° 4 juill. 2006, n° 21 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, n° 207 et suiv. ; Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant – Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, th. préc., n° 247.

¹³⁴⁶ La Cour de cassation avait recours à la fongibilité ou à la subrogation réelle pour expliquer le report des droits du créancier sur le bien acquis en remplacement (Cass. Civ., 10 mars 1915, S. 1916. 1. 5, note CH. LYON-CAEN). Le débat est à notre sens stérile : le droit du créancier porte sur l'ensemble, inutile de vouloir expliquer autrement que par le fait que c'est l'universalité qui fait l'objet de garantie. Il n'est donc pas question de « reporter » le droit du créancier, puisque son objet, l'universalité, n'est pas sujet aux variations. C'est seulement son contenu. La question du report devrait se poser lorsque le contenu disparaît, et du fait de l'interdépendance du contenu et du contenant, l'universalité disparaît également. (V. en ce sens D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., n° 315, p. 204 ; *Contra.* A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 594, p. 416).

¹³⁴⁷ A. DENIZOT, « Qu'est-ce qu'un stock ? », *RTD.Civ.* 2016, p. 476.

¹³⁴⁸ Sur ce dernier principe relatif au principe de spécialité de la sûreté, v. Cass. Com., 17 févr. 2015, n° 13-27.080, *D.* 2015, p. 785, note N. BORGA ; *D.* 2015, p. 1810, obs. P. CROCQ ; *AJCA.* 2015, p. 176, obs. C. ALBIGES ; *Rev. Soc.* 2015, p. 663, note J.-J. ANSAULT ; *RTD.Civ.* 2015, p. 437, obs. P. CROCQ ; *RTD.Com.* 2015, p. 342, obs. D. LEGEAIS ; *RTD.Com.* 2015, p. 350, obs. B. BOULOC ; *LPA.* 2015, n° 250, p. 4, note C. DAUCHEZ.

s'explique par la subrogation et non la fongibilité tant il est vrai que cette notion explique qu'un rapport d'équivalence entre deux biens¹³⁴⁹, n'a pas besoin de l'universalité pour jouer. La jurisprudence considère qu'elle a lieu de plein droit dès lors que l'équité le commande¹³⁵⁰, ce qui est le cas lorsqu'il s'agit de préserver l'assiette d'une sûreté¹³⁵¹. La position peut néanmoins être fléchie, dès lors que l'on considère que la réité de l'universalité advient de la commune affectation des biens à une garantie¹³⁵² et que, s'effectuant, sans dépossession, le bien est circulant. Pour faciliter la gestion de son entreprise, le propriétaire du stock peut aliéner ses composants et affecter de nouveaux éléments en garantie pour préserver la cohérence de l'ensemble, et ainsi, les droits du créancier.

Le gage d'universalité permet en définitive de donner cohérence aux différentes dispositions législatives. Elle heurte néanmoins la nature commune de l'universalité, puisque certaines seraient corporelles, alors que d'autres seront incorporelles.

624. Une seconde interprétation peut contourner l'obstacle de cette dualité de nature. Il est en effet permis de considérer que, pour les besoins de l'opération juridique, l'universalité est qualifiée de corporelle par la loi. Il existerait ainsi, à côté des meubles par détermination de la loi, les universalités corporelles par détermination de la loi en vertu de l'article 2333 du Code civil¹³⁵³. Le législateur aurait donc consacré l'idée de mise en gage d'une universalité, alors qualifiée de bien meuble corporel, à côté du nantissement d'universalité, logiquement qualifiée de bien meuble incorporel¹³⁵⁴. Mais une telle interprétation souffre d'un manque de logique : qu'elle serait l'utilité d'une universalité, meuble corporel par détermination de la loi, alors qu'une disposition relative au nantissement existe et que le régime du droit commun du nantissement est aligné sur celui du gage¹³⁵⁵ ? Nous n'en voyons aucune.

625. Une troisième interprétation peut venir heurter les deux précédentes, et offrir une réponse plus cohérente. Il est en effet possible, à l'aune de l'article 2333 du Code civil, de faire le départ entre l'idée d'ensemble de biens et la notion de bien universel. Ce dernier est

¹³⁴⁹ P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle*, th. préc., n° 317.

¹³⁵⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 avr. 1991, n° 89-20.351, *RTD.Civ.* 1992, p. 429, obs. J. PATARIN ; *RTD.Civ.* 1992, p. 791, obs. F. ZENATI ; *ibid.*, p. 797, obs. F. ZENATI ; *Deffr.* 1991, p. 868, obs. G. CHAMPENOIS.

¹³⁵¹ E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc.

¹³⁵² R. BOFFA, « L'ensemble de biens objet de sûreté », in Mél. M.-L. Mathieu, Bruylant, 2019, p. 80 ; *contra*. CH. GIJSBERS, *Sûreté réelle et droit des biens*, n° 581, p. 584. L'auteur explique à juste titre selon nous que l'affectation qui participe de la structure de l'universalité ne consiste pas dans l'affectation de la valeur d'échange de biens. En pareille hypothèse, c'est l'addition des valeurs *ut singuli* qui sont apportées en garantie, non la valeur, *ut universi*, de l'utilité de la fédération.

¹³⁵³ Sur cette idée, v. C. KUHN, « Le droit commun du gage », art. préc., n° 26.

¹³⁵⁴ Art. 2355 C. civ. : « *Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs* ».

¹³⁵⁵ Art. 2355, al. 5 C. civ.

effectivement un ensemble de biens, ce qui ne signifie pas que tous les ensembles de biens sont des universalités¹³⁵⁶. Il n'est pas rare de rencontrer un gage sur un ensemble de marchandises sans que celui-ci soit une universalité¹³⁵⁷. Cette dernière, nous l'avons vu, est un bien qui se structure par un lien d'affectation, une interdépendance fonctionnelle, déterminée par son propriétaire. Non seulement cette communauté d'affectation postule l'incorporité du bien, mais surtout, elle suppose la préexistence de l'universalité à son affectation en sûreté. En présence d'un portefeuille de valeurs mobilières, d'un fonds de commerce ou d'une EIRL, l'universalité existe en l'absence d'affectation en sûreté. Or, il est loisible de considérer que les articles 2355 et 2333 du Code civil permettent respectivement le nantissement d'une multitude de biens incorporels et le gage d'une multitude de biens corporels indépendamment de l'affectation en garantie d'une universalité : le gage constitué sur une pluralité de biens réunis en assiette de sûreté n'est pas, antérieurement à l'affectation, une universalité¹³⁵⁸ ; de rechef, l'engagement par une sûreté unique d'une pluralité de biens n'est pas constitutive d'une universalité — il n'existe aucune interdépendance fonctionnelle entre les biens¹³⁵⁹. Ces principes justifient de considérer que le gage ou le nantissement ne porte pas sur une enveloppe, mais sur tous les biens engagés individuellement, et de ce fait, « *les éléments grevés constituent chacun l'objet du droit réel de garantie* »¹³⁶⁰. Ne constituant pas une universalité, la fluctuation de l'ensemble des biens ne serait admise que s'ils sont fongibles conformément à l'article 2342 du Code civil¹³⁶¹ et, s'agissant du gage sur stock, le report des droits du créancier est justifié par le fait que l'équité commande l'application du mécanisme de la subrogation réelle. Aussi, l'article 2333 du Code civil ne consacre pas le gage d'universalité, mais le gage d'un ensemble de biens corporels. De même que

¹³⁵⁶ Il semble que le texte entendait surtout consacrer la possibilité d'effectuer un gage sur un ensemble de meubles immobilisés par destination. V. M. GRIMALDI, D. MAZEAUD, PH. DUPICHOT, « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.* 2017, p. 1717 ; Une autre interprétation, en lien avec celle que nous livrons, serait de considérer que sous le terme « ensemble de biens », il faut entendre strictement « *des groupements dominés par un élément fédérateur objectif réunissant les richesses autour d'un but commun préexistant à leur affectation en garantie* », CH. GIJSBERS, *Sûreté réelle et droit des biens*, n° 581, p. 584 ; P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle*, th. préc., n° 54, p. 67.

¹³⁵⁷ Il en est par exemple ainsi du warrant sur des choses fongibles. V. notamment, P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc., n° 302.

¹³⁵⁸ Dans un sens similaire, CH. GIJSBERS, *Sûreté réelle et droit des biens*, th. préc., n° 578, p. 581 ; *Contra*. Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant – Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, th. préc., n° 222.

¹³⁵⁹ Le bien universel est structuré par une affectation universelle laquelle réside dans l'esprit de son propriétaire. Un acte juridique peut révéler cette interdépendance fonctionnelle et donc porter sur une universalité, mais il ne permet pas de créer l'universalité.

¹³⁶⁰ Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant – Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, th. préc., n° 222.

¹³⁶¹ Cette interprétation à notre faveur. V. dans le même sens, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, *Droit des sûretés, op.cit.*, n° 742, p. 556 ; L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière, op.cit.*, p. 227.

l'article 2355 ne consacre pas exclusivement le nantissement d'universalité, même s'il fait partie du domaine d'application de l'article. Lorsque le nantissement a pour objet l'universalité, le caractère fluctuant du contenu est dû à la nature universelle de l'objet de la sûreté ce qui permet de fonder le droit, à côté de la fongibilité — article 2342 du Code civil —, d'aliéner des composants — il faut se garder de confondre la fongibilité et l'universalité. Le principe de spécialité de la sûreté n'est pas entaché par ces particularités, car celle-ci porte sur le bien universel.

626. **Le cas particulier de l'EIRL.** Le nantissement de l'EIRL peut être délicat à appréhender du fait de la tendance du législateur à la confondre avec l'entrepreneur. Toutefois, nous avons vu plus haut que c'est un bien qui est affecté au désintéressement de certains créanciers¹³⁶².

627. Le nantissement de l'universalité de l'EIRL n'est pas anecdotique, et il même s'avérer très intéressant en pratique. En effet, le mécanisme de l'EIRL implique de limiter la responsabilité de l'entrepreneur individuel vis-à-vis des créanciers professionnels postérieurs à la déclaration d'affectation sur l'universalité. Cette limitation de responsabilité entraîne une diminution du gage des créanciers, et donc du crédit de l'entrepreneur — tant personnel¹³⁶³ que professionnel. Il serait donc logique que les créanciers pussent obtenir une sûreté réelle¹³⁶⁴. Le bien universel de l'EIRL pourrait constituer une source de crédit¹³⁶⁵. Le droit commun du nantissement ne s'oppose pas à l'idée de nantissement de l'universalité de l'EIRL. En effet, il reconnaît sans ambages la possibilité d'affecter un bien meuble incorporel à un nantissement. La formule fait nécessairement référence à l'universalité.

628. La constitution d'un nantissement sur le bien universel de l'EIRL ne porterait pas atteinte à l'isolement patrimonial créé par le mécanisme. Tout au plus, il permettrait d'organiser « *une préférence parmi les créanciers, à l'instar des sûretés réelles sur les biens*

¹³⁶² Les créanciers à qui la déclaration d'affectation est inopposable et ceux professionnels à qui elle est opposable.

¹³⁶³ Les créanciers personnels peuvent avoir intérêt à souscrire à un nantissement sur le bien universel, notamment lorsque l'entrepreneur cesse de recourir à la qualité d'EIRL et continue l'activité économique. La sûreté souscrite continuera de porter sur l'ensemble de biens.

¹³⁶⁴ Le droit italien consacre un mécanisme qui peut être rapproché du nantissement de droit français. En effet, l'article 7 du décret-loi du lieutenant-général du Royaume du 1^{er} novembre 1944, modifié par le décret-loi du Chef provisoire de l'État du 1^{er} octobre 1947 a conféré aux organismes de crédit un privilège portant sur l'entreprise individuelle Italienne. V. C. PAPA, *La garanzie nelle concessioni di credito bancario*, Milan, 1976, p. 210 et suiv.

¹³⁶⁵ V. sur le nantissement du patrimoine de l'EIRL, C. LISANTI, « Le nantissement du patrimoine affecté ? », *cahier de droit de l'entreprise*, n° 3, Mai 2011, doss. 18 ; P. BERLIOZ, « Patrimoine d'affectation : esquisse d'un régime général », art. préc., p. 508.

de l'EIRL envisagés individuellement »¹³⁶⁶. Précisément, l'avantage du nantissement du bien universel de l'EIRL est de ne pas scinder les actifs affectés en plusieurs sûretés réelles¹³⁶⁷, et d'autre part, cela offrirait une alternative élargie et donc plus efficace au nantissement du fonds de commerce¹³⁶⁸.

629. Aucun n'obstacle de droit commun ne semble s'opposer à cette idée. Le fait que le bien universel soit insaisissable par les créanciers personnels à qui la déclaration d'affectation est opposable ne les empêche pas de souscrire à un nantissement de l'universalité. En effet, comme précise Mme Pérochon à propos de la déclaration notariée d'insaisissabilité, « l'insaisissabilité n'a jamais rendu l'immeuble indisponible »¹³⁶⁹. Sur ce fondement la Cour de cassation affirme que l'insaisissabilité des immeubles non professionnels ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier professionnel inscrive une hypothèque judiciaire¹³⁷⁰. Et pour cause, l'article L. 526-1 du Code de commerce ne l'exclut pas. Le même raisonnement devrait donc être entrepris en ce qui concerne le bien universel de l'EIRL.

Quid de la situation où la sûreté est conventionnelle ? *A priori*, aucun obstacle de droit ne s'oppose là encore à la souscription de la sûreté. L'insaisissabilité a pour objet d'interdire la saisie, donc la vente d'un bien. La sûreté ne peut, par elle-même, donner lieu à un tel résultat. Seules les mesures d'exécution forcée qui lui sont attachées ont la vente comme conséquence¹³⁷¹. Le créancier, titulaire de la sûreté ne pourra donc mettre en œuvre son droit de poursuite qu'après la disparition des effets de l'insaisissabilité¹³⁷².

630. **Les conditions de constitution du nantissement.** Le nantissement s'effectue logiquement sans dépossession. Cette condition a le mérite de la logique, car, s'agissant d'un bien affecté, la dépossession risquerait de rendre impossible son exploitation, donc le maintien de son affectation. Conformément à l'article 2355, alinéa 5, du Code civil, à défaut de dispositions contraires, les règles du gage sont applicables au nantissement de droit

¹³⁶⁶ C. LISANTI, « Le nantissement du patrimoine affecté ? », art. préc.

¹³⁶⁷ Notamment par suite de la cessation de l'affectation, le créancier personnel nanti bénéficie d'une sûreté portant sur l'universalité anciennement affectée à l'activité professionnelle.

¹³⁶⁸ *Ibid.*

¹³⁶⁹ F. PEROCHON, « L'insaisissabilité après la loi Macron », *Deffr.* mai 2016, n° 30, p. 532.

¹³⁷⁰ Cass. Com., 11 juin 2014, n° 13-13643 : *Bull. civ.* IV, n° 106 ; *Deffr. flash* 30 juin 2014, p. 7 ; *Deffr.* 15 mars 2015, n° 1194, p. 247, obs. F. VAUVILLE ; *Deffr.* 15 mai 2015, n° 1193, p. 492, obs. S. CABRILLAC.

¹³⁷¹ CH. GUSBERS, *Sûreté réelle et droit des biens*, th. préc., n° 402, p. 409.

¹³⁷² V. à propos d'une clause d'inaliénabilité, Cass. Civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, n° 92-12.139, *Bull. civ.* I, n° 211 : « l'immeuble donné ou légué, affecté d'une clause d'inaliénabilité, ne peut faire l'objet d'une saisie tant que cette clause est en vigueur » ; dans le même sens, Cass. Civ. 1^{ère}, 11 fév. 2003, n° 01-10.366.

commun. Par conséquent, un écrit est nécessaire, ainsi que, s'effectuant sans dépossession, un mécanisme de publicité pour garantir l'affectation de la valeur du bien au créancier nanti¹³⁷³.

631. Conformément à l'article 2340 du Code civil, le rang des créanciers est réglé selon l'ordre de leur inscription. Il paraît cependant peu opportun de reconnaître au créancier nanti la faculté de solliciter l'attribution judiciaire du bien universel. En pareille hypothèse, les créanciers professionnels qui subissent la limitation de responsabilité perdraient le bien affecté en garantie de l'engagement du débiteur. Il en est de même pour le droit de rétention. Aménagé de ces quelques particularités, il est possible de reconnaître le nantissement du bien universel. Le droit commun s'accommode parfaitement de la nature universelle du bien et semble même avoir consacré l'idée de nantissement de bien universel à l'article 2355 du Code civil.

Conclusion section.

632. Le droit commun, s'il doit par endroit s'accommoder de la nature universelle du bien, ne pose aucune difficulté quant à la mise en œuvre de la conception moniste de l'universalité. Elle est un objet de propriété, susceptible de faire l'objet de droit réel. L'universalité peut ainsi être l'objet d'un usufruit et la qualité d'EIRL ne devrait pas faire obstacle à cette reconnaissance par législateur ; elle peut également faire l'objet d'une sûreté, le droit commun du nantissement l'autorise. À côté des droits réels, il apparaît même qu'en tant que bien, elle peut faire l'objet d'une situation d'indivision.

SECTION III. L'INDIVISION DE L'UNIVERSALITE

633. **La consécration de l'indivision du bien universel.** L'indivision de l'universalité n'est pas expressément prévue par le Code civil. Ce silence n'est pas signe de l'impossibilité d'une telle situation, tant s'en faut. En réalité, l'indivision du bien universel est indirectement prévue par le Code civil en vertu de la logique propre au droit successoral français. La jurisprudence reconnaît en effet l'indivision du fonds de commerce et sa coexploitation. C'est ainsi qu'à partir du décès du propriétaire du fonds, celui-ci devient un bien indivis entre les héritiers¹³⁷⁴ et les règles du droit commun de l'indivision s'appliquent. L'article 815-3 du

¹³⁷³ Art. 2336 et 2337 C. civ.

¹³⁷⁴ V. par ex. Cass. Civ. 3^e, 17 mai 1961 ; Cass. Civ. 3^e, 17 juill. 1991, n° 90-10.102.

Code civil, relatif aux actes d'administration, s'accommode de la nature universelle du bien. Les actes d'administration d'un fonds de commerce peuvent par exemple être décidés à la majorité d'au moins deux tiers des droits des indivisaires. S'agissant des actes de disposition, l'aliénation d'un composant de l'universalité pour payer les dettes et charges de l'indivision et sans que cela porte atteinte à l'affectation universelle — l'existence du bien universel — peut-être décidé à la majorité des deux tiers¹³⁷⁵. Toutefois, la vente de l'universalité suppose le consentement de tous les indivisaires¹³⁷⁶. Un indivisaire peut également prendre en main la gestion de l'universalité indivise, au su des autres et sans opposition de leur part. Il est, dans cette hypothèse, censé avoir reçu un mandat tacite. Conformément à l'article 815-3 du Code civil, le mandat tacite ne porte que sur les actes d'administration, non les actes de disposition, ni la conclusion ou le renouvellement des baux. Toutefois, l'article 815-2, 2^o, du Code civil reconnaît la possibilité à la majorité des deux tiers des indivisaires d'accorder à l'un d'eux un mandat général d'administration. L'indivisaire bénéficiant de ce mandant devra néanmoins réaliser une exploitation normale de l'universalité¹³⁷⁷. En cas d'empêchement d'obtenir le concours d'un indivisaire pour passer un acte nécessaire à la gestion de l'universalité, il est possible de recourir, en vertu de l'article 815-5, alinéa 1^{er}, du Code civil, à une autorisation judiciaire. Ultimement, l'indivisaire a droit à une rémunération pour son activité¹³⁷⁸. Les règles du droit commun de l'indivision s'appliquent également en cas d'indivision postcommunautaire.

634. À l'indivision légale, soumise aux articles 815 et suivant du Code civil, il devrait également être possible de convenir d'une indivision conventionnelle sur un bien universel. Cela peut permettre d'éviter le morcellement de l'universalité comprise dans une succession puisque, de la sorte, un partage anticipé entre héritiers est écarté. L'indivision conventionnelle devra obéir aux articles 1873-1 et suivant du Code civil. L'hypothèse est d'ailleurs expressément prévue par le Code de commerce à l'article L. 145-1, qui définit les conditions d'application du statut des baux commerciaux, puisqu'il dispose que « *si le bail est consenti à plusieurs preneurs ou indivisaires, l'exploitant du fonds de commerce ou du fonds artisanal bénéficie du statut, même en l'absence d'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés ou au Répertoire des métiers de ses copreneurs ou co-indivisaires non exploitants du fonds* ».

¹³⁷⁵ Art. 815-3, 3^o, C. civ.

¹³⁷⁶ Art. 815-3, alinéa 7, C. civ.

¹³⁷⁷ Art. 815-3, alinéa 7, C. civ.

¹³⁷⁸ Art. 815-12 C. civ.

635. **La situation d'indivision de l'universalité de l'EIRL.** Il est loisible de douter de la probabilité d'une situation d'indivision portant sur le bien universel de l'EIRL. Cas échéant, la théorie générale de l'universalité que nous proposons pourrait souffrir d'une lacune. Toutefois, en vertu de l'article L. 526-16 du Code de commerce, le bien universel de l'entrepreneur peut se maintenir comme universalité si, après son décès, l'héritier manifeste la volonté de poursuivre l'activité du *de cuius*. La manifestation de cette volonté témoigne de son intérêt à poursuivre la communauté d'affectation et l'utilité fédératrice qui en résulte¹³⁷⁹. Or, durant le processus de reprise, le bien universel tombe logiquement dans l'indivision successorale en cas de pluralité d'héritier¹³⁸⁰. D'ailleurs, une autre hypothèse légale peut d'ores et déjà être concernée. Il s'agit de la situation où un bien universel se retrouve dans l'indivision postcommunautaire des époux communs en bien et dans le cas où l'universalité est un bien commun¹³⁸¹. Dans ces situations, les règles du droit commun de l'indivision devraient s'appliquer sans trop de difficultés. L'héritier qui manifeste son intention de reprendre n'a aucun droit particulier sur l'universalité. Il serait donc judicieux que les co-indivisaires aient recours à l'article 815-3, 2° du Code civil relatif au mandat d'administration. Cela permet d'assurer immédiatement la gestion de l'entreprise. Bien évidemment, le repreneur est tributaire de l'avis favorable des indivisaires titulaires d'au moins les deux tiers des droits indivis. Le cas échéant, il appert que la gestion de l'entreprise se réalise au profit de l'indivision : elle est donc appelée à recueillir les fruits de l'exploitation¹³⁸², le gérant a seulement droit à une rémunération de son activité¹³⁸³. Le gérant devra être vigilant quant à la tenue des comptes, car il doit tenir informés les co-indivisaires de l'évolution de l'activité et de la gestion de l'entreprise.

636. En ce qui concerne le passif, les principes issus de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée appellent à quelques aménagements. Les prévisions de

¹³⁷⁹ Le Code de commerce ne qualifie pas cette manifestation de volonté. S'agit-il d'un acte juridique unilatéral qui contraint l'héritier à la reprise du patrimoine. Nous pouvons en douter, mais en l'espèce le silence est d'or. Une réponse à cette question devrait être apportée. La reprise de l'universalité de l'EIRL intéresse les héritiers et les tiers puisqu'une telle manifestation écarte la cessation de l'affectation, normalement prévue en cas de décès. En l'état actuel des dispositions, l'héritier ayant exprimé sa volonté de reprendre n'est pas juridiquement engagé. Au final, il lui est loisible de ne pas donner suite à son intention de reprendre l'entreprise. Ça sera le cas lorsque, par suite, il découvrira que l'entreprise est défaillante et que l'universalité a une valeur inférieure au passif repris.

¹³⁸⁰ V. sur ce point M.-H. MONSERIE-BON et M. NICOD, « Le décès de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », in Mél. P. SERLOOTEN, Dalloz 2015 ; TH. REVET, « L'entreprise indivise », in *La disparition du chef d'entreprise, anticiper et transmettre*, actes du colloque de la FNDE, coll. « Actualité droit de l'entreprise », Lexisnexis, 2012, p. 53 ; V. également N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. préc., p. 276, n° 280.

¹³⁸¹ V. pour les hypothèses où l'universalité de l'EIRL est un bien commun, S. ANIEL-BARRAU, *Le patrimoine affecté de l'EIRL : étude de droit civil*, th. préc., n° 567, p. 434.

¹³⁸² Art. 815-10 C. civ.

¹³⁸³ Art. 815-12 C. civ.

l'article 815-17 du Code civil ne sont pas applicables ; les créanciers du défunt ne peuvent saisir l'ensemble des biens indivis. L'universalité affectée à l'activité professionnelle n'est pas saisissable par les créanciers personnels du défunt, mais seulement par ses créanciers professionnels. Les premiers, les créanciers personnels, pourront se désintéresser sur son patrimoine personnel. En revanche, les créanciers professionnels vont venir en concours avec les créanciers issus de la gestion de l'indivision. Toutefois, ceux-ci seront généralement ceux qui permettent la poursuite de l'exploitation, ce qui permet d'augurer d'une amélioration de leur situation.

Conclusion section.

637. Les différentes situations d'indivision, légales ou conventionnelles, saisissent l'universalité. Cela confirme la réité de cet ensemble et surtout l'identité de fonctionnement du bien. Seuls quelques aménagements doivent être prévus concernant la situation du passif. Mais le droit commun s'accommode parfaitement de la situation. En effet, les dispositions relatives à la situation d'indivision précédemment exposée s'appliquent sans ambages au bien universel de l'EIRL.

Conclusion chapitre.

638. L'insertion de l'universalité dans le droit des biens est corroborée par le fait qu'elle puisse faire l'objet de droits. Ceux-ci embrassent l'utilité de la fédération, c'est-à-dire l'utilité qui advient de la communauté d'affectation, donc le bien universel. L'universalité peut ainsi être l'objet d'une cession, de droits réels, ou encore, de manière très symptomatique de sa réité et de la présence du bien dans l'avoir général de la personne, d'une indivision.

La particularité de la structure du bien, c'est-à-dire son caractère universel, affecte néanmoins la manifestation de ces différents actes. Ainsi un régime juridique propre au bien universel trouve application.

Chapitre II. La possession de l'universalité

639. L'insertion de l'universalité dans la théorie générale des biens conduit à se poser la question de la possession de l'universalité. Il s'agit de savoir si la structure singulière du bien universel n'est pas un obstacle à sa possession et si les principes de la possession ne sont pas incompatibles avec son particularisme. Nous allons voir que le bien universel peut être possédé sans difficulté (**Section I.**), ce qui permet de l'acquérir par prescription (**Section II.**).

SECTION I. L'UNIVERSALITE OBJET DE POSSESSION

640. **La possession du bien universel.** En théorie, la possession est un pouvoir de fait. Elle est une maîtrise effective exercée sur le *corpus*¹³⁸⁴. Il peut donc être considéré en doctrine que l'incorporité du bien universel le rend rétif à la possession¹³⁸⁵. Le débat est en réalité mal posé. Les auteurs confondent la possession de l'universalité et l'acquisition par prescription de celle-ci. L'incorporité d'un bien n'a jamais été un obstacle à sa possession. En effet, la possession des droits fut par exemple inventée par les Romains. Elle est par la suite largement admise en droit contemporain¹³⁸⁶. Dès lors, la possibilité de posséder n'importe quelle chose incorporelle semble ouverte et elle trouve un soutien décisif dans l'article 2255 du Code civil, lequel définit la possession comme « *la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou l'exerce en notre nom* ».

Fondamentalement, la possession ne résulte pas de l'appréhension *quæ tangit possunt* d'une chose, mais elle réside dans l'exercice des prérogatives de propriétaire, d'un point de vue strictement factuel¹³⁸⁷ : le possesseur se comporte avec la chose comme le propriétaire.

¹³⁸⁴ V. par ex., R.-J. POTHIER, *Traité de la possession et de la prescription*, Debure, Rouzeau, 1772, p. 3. Pour une redéfinition de la possession, pour une redéfinition audacieuse de la possession, V. F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris I, 2006.

¹³⁸⁵ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 217 ; G. CORNU, *Droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 129 ; CH. LARROUMET et B. MALLEY-BRICOUT, *Les biens, droits réels principaux, op.cit.*, n° 923 ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD.Civ.* 1997, p. 583 ; J. DJOUDI, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Possession », fév. 2017 (*actua*. Juill. 2019), n° 12.

¹³⁸⁶ Ch. Req., 6 févr. 1844, S. 1844, p. 465 ; Cass. Civ., 19 juin 1928, *DH.* 1928, p. 448 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, *Bull. civ. I*, n° 71 ; *Defr.* 1997, p. 36703, n° 176, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD.Civ.* 1998, p. 439, obs. PATARIN ; *RTD.Civ.* 1999, p. 655, obs. F. ZENATI ; *RTD.Civ.* 1997, p. 636, obs. J. HAUSER.

¹³⁸⁷ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., p. 297 et suiv. ; aujourd'hui nombreux sont ceux qui estiment que l'incorporalité n'est pas un obstacle à la possession. V. notamment, F. ZENATI-CASTAING et

Naturellement, lorsque la chose est corporelle, le comportement va se matérialiser, comme l'explique l'article 2255 du Code civil, par le fait de « tenir » la chose, donc par une emprise physique. Toutefois, l'article 2255 du Code civil explicite également que la possession se réalise par la « jouissance » ou l'« exercice » des prérogatives de propriétaire, ce qui est applicable aux choses incorporelles. Ainsi, « *tout acte factuel ressortissant aux pouvoirs de propriétaire établit donc le corpus de la possession d'une chose incorporelle* »¹³⁸⁸.

La possession du bien universel peut donc se réaliser sans ambages¹³⁸⁹. Comment la caractériser ? Il suffit que le possesseur réalise des actes sur le bien qui témoignent de l'exercice des prérogatives de propriétaire. Très simplement, elle est donc constituée par des actes matériels d'exploitation effectués par le possesseur conformément à la destination du bien¹³⁹⁰. S'agissant par exemple du fonds de commerce, l'attraction et les actes de conservation de la clientèle participent de son exploitation¹³⁹¹. De même, le fait de réaliser annuellement le pacage d'un troupeau est un acte d'exploitation¹³⁹². Aux yeux des tiers, la personne qui maintient et entretient la communauté d'affectation est le maître d'exploitation du bien, donc le probable propriétaire.

641. La possession de l'universalité est d'ailleurs consacrée par le droit spécial. En effet, la loi du 17 mars 1909 permet à certains créanciers de saisir le fonds de commerce. Ils peuvent

TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.* ; CH. ATIAS, *Les biens, op.cit.*, n° 321 ; L. AYNES et PH. MALAURIE, *Les biens, op.cit.*, n° 488 ; v. *contra*. G. CORNU, *Droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 129.

¹³⁸⁸ TH. REVET, note sous Cass. Com., 7 mars 2006, *RTD.Civ.* 2006, p. 348.

¹³⁸⁹ La jurisprudence admet d'ailleurs la possession du troupeau : V. par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1972, *Bull. civ.* I, n° 4 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1961, n° 57-12.249.

¹³⁹⁰ Ihering livre une conception objective de la possession (H.-J. SONNENBERGER, « La possession en droit des biens du BGB Allemand : pouvoir de fait matériel ou notion juridique fonctionnelle ? », in *Le droit entre autonomie et ouverture* Mélanges J.-L. BERGEL, LGDJ, 2013, p. 731.). Il ne se fonde plus sur une étude subjective du possesseur et de la chose, mais sur une analyse objective, c'est-à-dire une « *observation de la chose pour essayer de déterminer ce qui donne la conviction qu'elle est possédée* » (B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, préf. L. AYNES, avant-propos F. TERRE, LGDJ, Bibliothèque de l'institut André Tunc, 2008, p. 75). Ainsi, pour l'auteur allemand, la possession renvoie à un état, non du possesseur, mais de la chose possédée (A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, préf. M. CABRILLAC, Dalloz, 2001, n° 221). L'état de la chose possédée n'est pas une pure intériorité, tant s'en faut, il renvoie à l'état normalement attendu de la chose, c'est-à-dire sa destination économique, les services et besoins qu'elle peut accomplir pour le possesseur. Selon cette théorie, le *corpus* d'une possession sera effectif lorsqu'une chose manifestera, par l'utilisation qui en est faite, sa destination économique. La chose doit être « *utilisée suivant sa destination économique* » (*Ibid.*, p. 76). Madame Parance donne l'exemple de bijoux enfermés dans un coffre à cause de la valeur précieuse qu'ils représentent. Pour les biens incorporels, l'utilisation concrète de la chose passe par l'exploitation. En ce sens, « *le possesseur montre son intérêt pour le bien en assurant sa valorisation économique puisque l'exploitation de la chose permet d'accroître sa valeur* » (P. SCHWAB, *La théorie possessoire objective, Étude comparée sur la possession des choses en droit français et en droit allemand*, thèse Paris, 1908, p. 40). Saleilles appelait l'exercice de ce pouvoir de fait « *l'appropriation économique* » (R. SALEILLES, « La théorie possessoire du Code civil allemand », *Rev. Critique* 1905, p. 598.) du bien.

¹³⁹¹ W. DROSS, *Droit civil, les choses, op.cit.*, n° 238-1, p. 447.

¹³⁹² Cass. Civ. 3^e, 9 déc. 1970, n° 69-10.918.

agir en exécution forcée sur le fonds et procéder à sa vente. À cet égard, plus importante encore a été la loi du 12 novembre 1955 créant le nantissement judiciaire des fonds de commerce¹³⁹³. En effet, cette loi offre la possibilité d'une nouvelle voie d'exécution sur le fonds qui consiste en une inscription conservatoire. Cette inscription est délivrée sous autorisation du président du tribunal, mais elle offre l'avantage de réaliser une mainmise immédiate sur le fonds, à l'inverse de la vente forcée¹³⁹⁴.

Une précision est toutefois de mise : la volonté de posséder le bien universel doit s'exprimer *ut universi*, non *ut singuli*. Il faut donc distinguer la personne qui possède un composant de l'universalité et celle qui possède le contenant. Dans le cas du fonds de commerce, est possesseur celui qui exploite le fonds, c'est-à-dire celui qui attire et conserve la clientèle. À l'inverse, le possesseur d'un élément corporel du contenu ne pourra posséder qu'*ut singuli*. La possession d'un élément ne suffit pas à caractériser la possession de l'ensemble. Réciproquement, la possession de l'ensemble ne pallie pas l'absence de possession — ou de la dépossession — d'un élément du fonds¹³⁹⁵. L'exercice du *corpus*, même intellectualisé et défini comme l'acte d'exploitation d'un bien conformément à sa destination, suppose une maîtrise effective du bien. Le bien universel étant constitué par l'utilité résultant de la réunion de plusieurs biens, sa possession ne peut pas se passer de la présence du contenu.

Conclusion section.

642. L'incorporéité du bien universel n'est pas un obstacle à sa possession, ce qui confirme son insertion dans la théorie générale des biens. Cela devrait également postuler qu'il puisse faire l'objet d'une acquisition originaire.

SECTION II. L'USUCAPION DE L'UNIVERSALITE

643. **L'acquisition du bien universel par prescription.** Susceptible de possession, il ne fait pas de doute que le bien universel, même incorporel, peut faire l'objet d'une acquisition par prescription. L'article 2258 du Code civil complète d'ailleurs le principe issu de l'article 2255 du même Code puisqu'il définit la prescription acquisitive comme le « *moyen*

¹³⁹³ Art. L. 531-1 et suivants CPC.

¹³⁹⁴ J. DERRUPPE et TH. DE RAVAEEL D'ESCLAPON, *Rep. Dr. Com.*, Dalloz, « Nantissement de fonds de commerce », oct. 2016, n° 75 et suiv.

¹³⁹⁵ V. en ce sens A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 217, p. 217.

d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ». Il est alors nécessaire que les actes qui représentent l'exercice des prérogatives de propriétaire sur l'universalité respectent les conditions de la prescription acquisitive¹³⁹⁶. Une possession inscrite dans le temps permet d'acquérir la propriété d'une universalité par prescription.

644. Il est en revanche plus complexe de savoir s'il est possible d'acquérir un bien universel par prescription instantanée telle qu'elle résulte de l'article 2276 du Code civil. Selon la maxime, « la possession vaut titre ». L'article 2276 est porteur de deux fonctions : l'une probatoire, le possesseur est présumé en être le propriétaire ; l'autre acquisitive, le possesseur de bonne foi en acquiert la propriété instantanément¹³⁹⁷.

Le premier obstacle quant à l'entrée du bien universel dans le domaine de l'article 2276 du Code civil concerne le doute, ou plus précisément l'artificialité de sa qualification de « meuble ». Nous avons précisé ci-avant que nous penchions en faveur de cette qualification, car les différentes universalités, si elles peuvent être composées de biens meubles et immeubles, présentent une valeur différente et généralement supérieure à celle de l'immeuble. En outre, la jurisprudence qualifie très clairement le fonds de comme d'« *universalité mobilière* »¹³⁹⁸. La qualification que nous retenons est toutefois factice et incongrue, tant la distinction meuble/immeuble s'applique mal aux biens incorporels¹³⁹⁹. Cet obstacle passé, ce qui empêche réellement l'entrée du bien universel dans le domaine de l'article 2276 du Code civil c'est son incorporité. En effet, la jurisprudence restreint le domaine de l'article aux choses corporelles¹⁴⁰⁰. Les juges du droit estiment que l'instantanéité

¹³⁹⁶ Art. 2260 à 2271 C. civ.

¹³⁹⁷ V. notamment, W. DROSS, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTD.Civ.* 2006, p. 27 ; du même auteur, « Jacques Brel et l'article 2279 du Code civil », *D.* 2007, p. 706.

¹³⁹⁸ V. par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mars 1960, *Bull. civ.* I, n° 140.

¹³⁹⁹ V. TH. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », art. préc., p. 20.

¹⁴⁰⁰ Cass. Civ., 26 janv. 1914, *D.* 1914, I, 112 : l'article 2279 « ne s'applique qu'aux meubles corporels susceptibles d'une tradition manuelle et ne s'étend pas aux meubles incorporels, et par suite aux fonds de commerce » ; Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mars 1960, *Bull. civ.* I, n° 140 : « un fonds de commerce est une universalité mobilière de nature incorporelle (...) il en résulte que les dispositions de l'art. 2279 C. civ. ne sont pas applicables aux ventes successives d'un fonds et (...) l'action en revendication peut toujours être exercée par le véritable propriétaire contre le soi-disant acquéreur » ; la jurisprudence est définitivement fixée par un arrêt de la chambre commerciale du 7 mars 2006, Cass. Com., 7 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 297 : « Mais attendu que l'article 2279 du Code civil ne s'applique qu'aux seuls meubles corporels individualisés ; que la licence d'exploitation d'un débit de boissons ayant la même nature de meuble incorporel que le fonds de commerce dont elle est l'un des éléments et ne se transmettant pas par simple tradition manuelle, c'est à bon droit que la Cour d'appel a écarté pour ladite licence d'exploitation la présomption prévue par ce texte », *RTD.Civ.* 2006, p. 348, note TH. REVET ; *JCP G.* 2006, II, 10143, note G. LOISEAU ; *JCP G.* 2006, I, 178, n° 3, note

de l'acquisition ne peut se réaliser que sur les choses qui se prêtent à la « prise de possession », autrement dit à la « détention ». C'est en ce sens que la Haute juridiction précise que l'article 2276 du Code civil ne s'applique qu'aux meubles corporels individualisés sur le simple fait qu'ils peuvent être transmis par tradition manuelle. La condition de l'instantanéité de l'acquisition est l'observabilité de sa possession et de la détention : le principe de 2276 se déduit, non pas de la vacuité de l'intellect, mais des innombrables formes d'une donnée largement et directement observable. Ainsi, les biens meubles incorporels peuvent s'acquérir par prescription, mais la possession doit nécessairement s'inscrire dans la durée.

Cette condition est *a priori* en adéquation avec la nature du bien universel. Il est structuré par une communauté d'affectation laquelle détermine l'existence du bien. L'affectation doit s'inscrire dans la durée. Le possesseur d'universalité peut en acquérir la propriété parce qu'il permet la perpétuation et le maintien de l'affectation dans le temps. Il est évident que le laps de temps suffisant pour en acquérir la propriété est arbitraire, mais elle reste plus juste que l'absence de durée. En outre, la *ratio legis* de l'article 2276 du Code civil est de reconnaître au possesseur de bonne foi qui détient la chose d'un aliénaire non-propriétaire de suppléer l'impuissance du contrat translatif à conférer la propriété. Or, la mutation de nombre de bien universel donne lieu à l'accomplissement de formalité¹⁴⁰¹. Il en est par exemple ainsi de la fiducie¹⁴⁰², de l'EIRL¹⁴⁰³ et du fonds de commerce¹⁴⁰⁴. Cela permet soit de douter de la propriété du vendeur, si aucune publicité n'a été accomplie, soit, au contraire, de la présumer. Le principe de 2276 ne concerne donc que très relativement le bien universel et son écart, à son endroit, nous semble justifié.

Conclusion section.

645. L'acquisition originaire du bien universel est reconnue, mais elle doit s'effectuer par l'écoulement du temps. Cette condition de l'usucapion permet, à l'endroit du bien universel, de matérialiser sa possession, car seul l'écoulement du temps permet de matérialiser le fait que le possesseur exploite la communauté d'affectation. Cela signifie que les principes issus de l'article 2276 du Code civil sont écartés à propos du bien universel.

H. PERINET-MARQUET ; *Dr. et patr. nov.* 2006, p. 103, note J.-B. SEUBE ; *D.* 2006, p. 2897, note C. KUHN ; *Defr.* 2007, art. 38514, n° 2, note J. HONORAT.

¹⁴⁰¹ L'argument n'est cependant pas décisif. Les règles de publicités auxquelles donne lieu la mutation des universalités peuvent justement fonder l'application des principes de l'article 2276, car, *in fine*, ils ne concerneraient qu'un domaine restreint.

¹⁴⁰² Art. 2019 C. civ.

¹⁴⁰³ Art. L. 526-7 C. com.

¹⁴⁰⁴ Art. L. 141-12 C. com.

Conclusion chapitre.

646. La possession du bien universel ne souffre d'aucune difficulté. Le Code civil reconnaît la possibilité de posséder des biens incorporels, rien ne s'oppose à ce que toutes les choses incorporelles soient concernées. La possession ne se matérialisera pas par la « détention » du bien, mais par la « jouissance » et le fait de l'utiliser selon les prérogatives du propriétaire.

Toutefois, l'incorporéité du bien répugne à ce qu'il puisse bénéficier des principes de l'article 2276 du Code civil. Selon la jurisprudence, les dispositions favorables de cet article ne concernent que le possesseur d'un bien meuble corporel. Bien que l'exclusion de toutes les choses incorporelles de cet article puisse donner lieu à discussion, la solution nous semble opportune à l'endroit du bien universel. Ce dernier se structure autour d'une communauté d'affectation, laquelle détermine l'existence du bien. Il s'inscrit donc dans une temporalité ce qui justifie que son acquisition soit, elle aussi, inscrite dans la durée. La théorie générale des biens intègre parfaitement l'universalité dans son domaine. Les solutions peuvent en revanche être plus complexes lorsque l'universalité est administrée par autrui.

Chapitre III. L'administration du bien universel

647. L'administration du bien universel par son détenteur appelle un régime spécial. Le détenteur précaire d'un bien doit le conserver. Il n'en va pas autrement du détenteur précaire d'un bien universel. *A priori*, cette obligation de conservation de la substance n'est en rien originale. Ce qui est particulier dans le bien universel, c'est que la détention porte sur un contenant et un contenu. Cela rend plus délicate l'identification de ce que le détenteur doit conserver (**Section I.**). Une fois cette identification réalisée, il convient d'expliquer les modalités de la conservation pour que le détenteur d'universalité puisse pleinement accomplir sa mission¹⁴⁰⁵ (**Section II.**).

SECTION I. L'OBJET DE LA CONSERVATION

648. Le bien universel se caractérise par une dualité contenant/contenu. Ce trait singulier de la nature de la notion contraint à identifier précisément l'objet de la conservation du détenteur d'universalité : s'agit-il du contenant, du contenu ou des deux ?

649. **La nécessité de conservation du contenant.** L'identification de l'objet de la conservation suppose l'identification de la substance de l'universalité. Le terme « substance » est associé à l'usufruit, mais il nous semble qu'il s'applique à d'autres situations, surtout lorsqu'une personne est tenue de conserver la chose¹⁴⁰⁶. Cette chose, objet d'une administration, est fondamentalement une substance.

La substance peut être définie comme « *ce qui est permanent dans un sujet susceptible de changer* »¹⁴⁰⁷. Elle peut se caractériser de deux manières : soit à l'aide de la matière, soit à l'aide de la destination¹⁴⁰⁸. Généralement, le Code civil privilégie une définition de la substance proche de l'idée de destination. Il se réfère en effet à l'exploitation du bien et à

¹⁴⁰⁵ Cet élément d'identité de l'universalité a été mis en exergue par M. Zenati-Castaing (F. ZENATI, obs. *RTD.Civ.* 1994, p. 381). Par la suite la doctrine a réaffirmé ce principe (V. A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 543, p. 384).

¹⁴⁰⁶ V. en ce sens, v. B. BALIVET, *Les techniques de gestion du bien d'autrui*, th. Lyon, 2004 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 544.

¹⁴⁰⁷ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 544.

¹⁴⁰⁸ CH. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, *op.cit.*, n° 21 ; E. DOCKES, « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD.Civ.* 1995, p. 491 ; E. TREPPOZ, « La substance dans le Code civil », *RRJ* 2006-3, p. 1275.

l'obligation de conserver la fonction du bien¹⁴⁰⁹. C'est ainsi que lorsqu'un administrateur doit gérer un bien, il doit, selon le mode de gestion des biens d'autrui utilisé¹⁴¹⁰, respecter la destination du bien. Mais cette définition peut s'effectuer tant sur un bien envisagé *ut singuli* que sur un bien envisagé *ut universi*. L'interprétation de la substance d'un bien retenue par le Code civil s'adapte de toute évidence très facilement au bien universel — l'utilité qui advient de la fédération d'éléments autour d'une finalité commune —, mais elle n'aiguille pas sur l'objet de l'administration, l'objet de la conservation : le contenant, le contenu, les deux. Il faut, pour comprendre l'objet de la conservation, relever l'objet de l'obligation de conservation de l'administrateur. Autrement dit, quelle substance se doit-il de garder et restituer à son propriétaire ? Dans le cas d'un portefeuille de valeurs mobilières, par exemple, l'administrateur doit conserver et restituer la stratégie patrimoniale définie par son propriétaire ainsi que les différents profils de risque qu'il contenait¹⁴¹¹. Le locataire gérant d'un fonds de commerce est tenu de maintenir et perpétuer l'exploitation du fonds initialement décidée par le propriétaire¹⁴¹². Dès lors, à l'analyse, l'objet de la conservation du détenteur d'universalité est l'utilité fédératrice qui advient de l'affectation universelle¹⁴¹³. Il doit conserver le projet global qui a été déterminé par le propriétaire et qui, à ses yeux, revêt une utilité certaine. C'est donc essentiellement sur le contenant que porte l'obligation de conservation. Est-ce dire qu'il ne doit pas conserver les éléments qui composent l'universalité ?

650. Nécessité de conserver les éléments ? Le bien universel, en tant qu'entité autonome, est, nous l'avons vu, dépendant de la réunion d'un contenu. De ce fait, il ne se réduit pas à un simple ensemble, dépourvu du contenu. Précisément, le bien universel résulte de l'utilité qui advient de l'affectation de plusieurs biens à un intérêt commun. Dès lors, *a priori*, si la conservation de l'ensemble est nécessaire pour le détenteur du bien universel, il est tout aussi

¹⁴⁰⁹ V. en ce sens, E. DOCKES, « Essai sur la notion d'usufruit », art. préc. ; E. TREPPOZ, « La substance dans le Code civil », art. préc.

¹⁴¹⁰ V. sur les différentes techniques, B. BALIVET, *Les techniques de gestion du bien d'autrui*, th préc.

¹⁴¹¹ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 544.

¹⁴¹² Cass. Civ. 1^{ère}, 27 avr. 1948, *JCP G.* 1948. II. 4594, note E. BECQUE.

¹⁴¹³ À propos du fonds, il faut faire le départ entre la sous-location et la location-gérance. Les deux contrats sont soumis à des régimes distincts, car il ne porte pas sur le même objet. Aussi, la location-gérance n'emporte pas sous-location du bail (V. par ex. Cass. Civ. 3^e, 15 sept. 2010, n° 09-68.521). Cela suppose, corrélativement, l'existence d'un fonds, faute de quoi l'opération juridique concernera la location d'un local, donc la sous-location d'un bail commercial (Cass. Civ. 3^e, 7 juill. 2016, n° 15-16.101 ; *RTD.Com.* 2016, p. 680, obs. B. SAINTOURENS). Ce principe peut néanmoins être tempéré dans la mesure où l'universalité fédère des biens, et dans une certaine mesure, altère leur régime juridique, mais elle n'efface pas absolument les règles propres à chaque composant. La communauté d'affectation instaure un lien fonctionnel entre les biens qui leur autorise à conserver une certaine autonomie juridique (V. en ce sens, Cass. Civ. 3^e, 15 sept. 2010, n° 09-68.521, *LPA.* 2010, n° 239, p. 14, obs. A. DENIZOT). Nous retrouvons ce principe lors, par exemple, d'une cession d'une EIRL ou d'une fiducie : les parties doivent respecter des règles de publicité propre à certains biens.

primordial pour lui de conserver la substance des éléments¹⁴¹⁴. Toutefois, il ne faut pas s'y méprendre, la conservation des éléments ne se justifie que tant que leur perte peut affecter l'existence de l'universalité. L'obligation de conservation de l'utilité qui advient de l'affectation universelle, commande à ce que l'administrateur conserve les éléments qui ont un rôle primordial dans cette affectation. Autrement dit, l'administrateur doit conserver l'intégrité des composants sans qu'une atteinte à l'intégrité de l'universalité serait réalisée. L'interdépendance du contenu et du contenant rejaille logiquement sur l'obligation de conservation du détenteur de l'universalité. Si un composant qui initialement concourait à la réalisation de l'intérêt global perd en efficacité du fait de son altération, cela peut, à terme, conduire à la disparition du contenant : la perte d'un bail commercial peut entraîner la perte du fonds de commerce. Le détenteur du bien universel, obligé à la conservation de l'ensemble doit remédier à cette difficulté s'il ne veut pas être déchu de son droit. Il doit donc procéder au remplacement des biens qu'il juge vétustes ou inaptes à remplir la fonction d'ensemble. Le remplacement des composants de l'universalité est donc fondé par l'interdépendance entre le contenu et le contenant et l'obligation de conservation. Mais, il doit corrélativement conserver les éléments qui permettent la communauté d'affectation, sans les aliéner. Cela commande donc une analyse vigilante, au cas par cas, en fonction de l'universalité objet du litige.

Conclusion section.

651. La destination des composants de l'universalité est de servir l'intérêt global : exploitation d'une clientèle pour le fonds de commerce, stratégie patrimoniale pour le portefeuille de valeurs mobilières. Aussi, le détenteur du bien universel doit logiquement conserver la substance des biens qui composent l'universalité dans la mesure de leur implication dans le projet global auquel ils sont soumis : activité économique, activité de gestion, par exemple. Toutefois, cette obligation qui incombe au détenteur est compliquée par le fait que tous les biens ne concourent pas de la même manière à la réalisation de l'affectation commune. Selon le bien universel étudié, certains biens sont plus importants que d'autres. Aussi, l'appréciation de l'obligation de conservation de la substance des éléments du bien universel doit s'effectuer *in concreto*, non *in abstracto*. Elle doit être effectuée élément par élément et en fonction de son rôle dans la réalisation de la finalité d'ensemble.

¹⁴¹⁴ *Contra*. L. CHAKIRIAN, « Le pouvoir de disposer de l'usufruit d'une universalité de fait », *RRJ* 2002-4, n° 18, p. 1821.

SECTION II. LES MODALITES DE LA CONSERVATION

652. L'obligation de conservation du bien universel oblige son détenteur à remplacer certains composants pour assurer la conservation de la valeur de l'universalité. Elle lui donne, pour ce faire, jusqu'au pouvoir d'aliéner les biens qui composent l'universalité **(I.)**. L'aliénation n'est pas la même que celle que consent le propriétaire, elle a une finalité conservatoire. De là découle, l'existence de diverses obligations qui accompagnent et succèdent à l'aliénation conservatoire **(II.)**.

I) Le pouvoir d'aliénation du détenteur d'universalité

653. Le détenteur du bien universel peut aliéner des composants, si cela est dicté par la conservation de l'universalité. En théorie, son pouvoir d'aliénation s'explique par l'administration de l'universalité. Toutefois, il y a une contradiction apparente entre le pouvoir et la nécessité d'aliéner, car seul le propriétaire peut vendre sa chose¹⁴¹⁵. Il est donc nécessaire d'élucider ce qui explique techniquement ce pouvoir d'aliéner des biens dont on n'est pas propriétaire **(A.)**. Ce travail effectué, il est opportun de savoir si tous les biens de l'universalité sont sujets au remplacement **(B.)**.

A) Le fondement technique du pouvoir

654. L'explication technique du pouvoir du détenteur de disposer des composants de l'universalité a été donnée par la jurisprudence à propos de l'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières¹⁴¹⁶. Ce n'est pas la subrogation réelle qui permet de fonder ce pouvoir. Une autre voie aurait pu consister à le faire reposer sur la nature des biens ou sur la volonté des parties, dans le cadre de l'application des règles du quasi-usufruit¹⁴¹⁷. La Cour de cassation l'a

¹⁴¹⁵ « *La vente de la chose d'autrui est nulle* », Art. 1599 C. civ.

¹⁴¹⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *D.* 1999, p. 167, note L. AYNES et note FIORINA ; *RTD.Com.* 1999, p. 459, obs. M. STORCK ; *JCP E.* 1999. II.426, note ROUXEL.

¹⁴¹⁷ L'article 587 du Code civil devrait être réservé aux choses consommables, mais la Cour de cassation est également sensible à la nature fongible des biens. V. Ch. Req., 30 mars 1926, *DJ.* 1926, p. 217 : « *Que les choses qui ne sont pas fongibles par leur nature peuvent devenir telles par la convention des parties, auquel cas les dispositions de l'article 587 du Code civil leur sont applicables* ».

également rejeté. C'est en réalité le fonctionnement de l'universalité qui permet de fonder techniquement ce pouvoir.

655. **L'inadéquation de la subrogation réelle.** Le recours au mécanisme de la subrogation réelle dans les universalités doit ses origines à l'adage *in iudicis universalibus*. Historiquement, la maxime provient du Sénatus-consulte Juventien¹⁴¹⁸, qui a légiféré sur l'hérédité. Les postglossateurs ont étendu le mécanisme à toutes les universalités, en cantonnant néanmoins son exercice aux *universitas juris*. Rapidement des auteurs ont démontré que cette restriction était arbitraire¹⁴¹⁹, et qu'en vérité, l'adage devait s'appliquer à toutes les universalités. La subrogation réelle est ainsi devenue un élément caractéristique de régime, spécifique à l'universalité : l'appréhension *ut universi* des biens suppose que le *pretium succedit loco rei et res loco pretii*¹⁴²⁰.

656. La pertinence de cette construction a été vivement combattue. Non seulement son adéquation au droit romain est mise en doute¹⁴²¹, mais elle ne correspond plus du tout au droit d'aujourd'hui¹⁴²². En effet, la subrogation réelle ne permet pas de rendre compte de la liberté d'affecter des biens nouveaux à l'universalité¹⁴²³. De même, elle est impuissante à fonder les droits du détenteur d'universalité à aliéner un de ses composants : ce n'est pas parce que le prix d'une chose vendue vient en remplacement que, pour autant, l'on est fondé à l'aliéner cette chose. En vérité la subrogation réelle a un mérite très réduit en matière d'universalité : elle décrit le fait que le bien acquis en remplacement ou en réemploi d'un composant aliéné

¹⁴¹⁸ Pour une critique de la présence du mécanisme de la subrogation réelle dans le sénatus-consulte Juventien, v. A. MAGNILLAT, *De la subrogation réelle*, th. Lyon, p. 18 et suiv.

¹⁴¹⁹ V. par exemple V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, préf. PH. MALAURIE, LGDJ, 1985, p. 136 ; E. SAVAUX ET B. GRIMONPREZ, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Subrogation réelle », 2014, n° 37.

¹⁴²⁰ À l'inverse, *in iudiciis singularibus, pretium non succedit loco rei*.

¹⁴²¹ CH. STORA, *De la subrogation réelle*, Paris 1901, p. 29 ; A. HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, th. préc., p. 37.

¹⁴²² R. DEMOGUE, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Rev. Crit. Lég. Juris.p.*, 1901, p. 53 et 54 ; H. CAPITANT, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD.Civ.* 1919, p. 392 ; M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Sirey, 1954, T. II, p. 58, n° 446, p. 214, n° 557.

¹⁴²³ À propos du patrimoine Capitant précise, « ... toutes les choses qui entrent dans le patrimoine, aussi bien que celles qui y entrent à titre gratuit ou par l'effet de l'occupation que les valeurs de remplacement, deviennent le gage des créanciers, ce qui prouve que la subrogation réelle n'a rien à faire ici » H. CAPITANT, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD.Civ.* 1919, p. 391. S'agissant du fonds de commerce, le nantissement s'étend au matériel ajouté à celui existant jusqu'alors (Cass. Civ. 21 juill. 1937, *DP.* 1940. 1. 17, note P. VOIRIN ; S. 1938. 337, note LAGARDE).

va être considéré comme faisant partie de l'universalité¹⁴²⁴ dont dépendait l'élément remplacé¹⁴²⁵.

657. L'intégration du bien remplaçant dans l'universalité peut s'expliquer autrement que par la subrogation réelle, notamment par l'affectation du nouveau composant à la finalité commune qui structure le bien universel¹⁴²⁶. En ce sens, comme l'explique M. Meiller¹⁴²⁷, il est évident que si le propriétaire d'un troupeau aliène une bête pour acquérir un tableau, ce dernier n'intégrera pas l'universalité par l'effet de la subrogation, pour la simple raison qu'il ne peut être affecté à la finalité commune du troupeau. Tout au plus la subrogation réelle peut-elle avoir pour effet, au sein de l'universalité, de faire présumer l'affectation du bien remplaçant à la fonction qui structure le bien. C'est dans cet esprit que le nouvel article L. 526-8-1 du Code de commerce considère que « *sont de plein droit affectées, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens affectés ainsi que les biens acquis en emploi ou réemploi des biens affectés* ». Mais il ne s'agit que d'une présomption, qui peut, du reste, être renversée par le propriétaire. Il suffit pour cela qu'il démontre une volonté contraire lors de l'aliénation du bien remplacé¹⁴²⁸.

658. Le rôle de la subrogation réelle dans l'universalité est donc très faible, et surtout inapte à expliquer pour le détenteur d'un bien universel la faculté d'aliéner l'un de ses composants.

659. **L'inadaptation de la fongibilité.** La fongibilité, à l'inverse de la subrogation réelle, peut suffire à fonder techniquement le droit pour le détenteur précaire d'aliéner un bien : le débiteur se libère en restituant dans l'universalité un objet semblable¹⁴²⁹, de même quantité et de même qualité. Toutefois, l'universalité n'est pas nécessairement composée d'un ensemble

¹⁴²⁴ E. SAVAUX, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Subrogation réelle », n° 54 ; V. en ce sens G. WICKER, *Les fictions juridiques, contributions à l'analyse de l'acte juridique*, th. préc., n° 354 et s. ; R. SALEILLES, note sous CA Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, 2, 185.

¹⁴²⁵ V. sur ce point F. ZENATI, *RTD.Civ.* 1999, p. 382.

¹⁴²⁶ Fonder la technique subrogatoire sur l'affectation n'a rien de nouveau, même si l'on peut douter de l'utilité d'un tel fondement. V. R. SALEILLES, note sous Dijon 30 juin 1893, S. 1894, 2, 185 et note sous Cass. Civ., 29 avr. 1901, S. 1903, 321 ; A. HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, th. préc., p. 379 ; M. PLANIOL, note sous Cass. Civ., 29 avril 1901, D. 1902, 1, 33 ; R. DEMOGUE, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », art. préc., p. 55 ; H. CAPITANT, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD.Civ.* 1919, p. 392 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. préc., n° 388 à 484.

¹⁴²⁷ E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., n° 11.

¹⁴²⁸ Ce que la volonté fait, la volonté peut le défaire. Le propriétaire, créateur du bien universel, peut décider que la somme perçue en contrepartie d'un composant aliéné ne fera plus partie de l'universalité. Le législateur récent a d'ailleurs compris cette réalité naturelle en considérant que « *postérieurement à la constitution du patrimoine affecté, l'inscription ou le retrait en comptabilité d'un bien, droit, obligation ou sureté emporte affectation à l'activité professionnelle ou retrait du patrimoine affecté* » (Art. L. 526-8-1 C. com.).

¹⁴²⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, « choses fongibles ».

de biens fongibles¹⁴³⁰. S'agissant du portefeuille de valeurs mobilières, les valeurs contenues ne sont pas fongibles entre elles, sauf à admettre l'idée de fongibilité économique¹⁴³¹. De même, s'agissant du fonds de commerce, une licence de débit de boisson intègre l'universalité et n'est pas fongible avec les machines qui permettent l'exploitation¹⁴³².

En outre, la fongibilité encourt les mêmes critiques que la subrogation réelle. L'équivalence objective entre deux biens ne permet pas à elle seule d'expliquer l'ajout d'un nouvel élément dans l'universalité : un mouton appartenant en propre à l'époux ira-t-il se fondre dans le troupeau de l'autre époux par cela seul qu'il est un mouton ? Sans une volonté de l'affecter à l'ensemble, il ne semble pas. Le véhicule personnel de l'entrepreneur individuel à responsabilité n'ira pas se fondre dans l'universalité qu'il a affectée à son activité professionnelle, même si elle comprend des véhicules de même marque et de même modèle.

660. Les parties peuvent cependant décider d'appliquer les règles relatives au quasi-usufruit ; le quasi-usufruitier pourra librement gérer le portefeuille, à charge d'en restituer la valeur. La portée de la solution est néanmoins limitée puisqu'elle nécessite l'accord des parties. Cela explique que le droit positif s'est orienté vers une autre voie : l'universalité.

661. **L'universalité comme fondement.** Le détenteur d'universalité, tel un usufruitier doit conserver la substance de l'universalité ce qui, nous l'avons vu, le contraint à se conformer au principe directeur de la communauté d'affectation fixée par le propriétaire et révélée dans l'acte constitutif du droit. Son obligation est de conserver cette substance, ce qui signifie qu'aux yeux du propriétaire et du détenteur, c'est cette substance qui a valeur et qui forme l'objet de la détention. S'agissant par exemple du portefeuille de valeurs mobilières, c'est la stratégie patrimoniale que le propriétaire a initialement déterminée qui est pour lui primordiale. Les biens qui composent l'universalité ne sont plus considérés individuellement, mais comme un ensemble constituant un bien unique. La jouissance du détenteur ne porte pas sur chaque bien pris individuellement, mais sur l'ensemble nouvellement constitué et cela le

¹⁴³⁰ *Contra*. R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit, Contribution à l'étude de la science du droit civil dans son état actuel*, th. Bordeaux, 1931, p. 304 et suiv. ; D.R. MARTIN, « Du gage d'actifs scripturaux », *DA* 1996, p. 986.

¹⁴³¹ A. LAUDE, « La fongibilité », *RTD.Com.* 1995, p. 309 ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, op.cit.*, p. 43 ; J. CARBONNIER, *Les biens, op.cit.*, n° 58, p. 106.

¹⁴³² L'idée d'ensemble fongible se trouve affirmée avec acuité dans la thèse de Gary (R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit. Contribution à l'étude de la science du droit civil dans son état actuel*, th. préc., p. 304). Selon l'auteur, c'est l'idée de valeur pécuniaire qui permet d'établir ce rapport d'équivalence. Nous rejetons cette analyse qui n'est pas en adéquation avec la réalité. Mme Denizot a précisé que l'individualité des éléments est importante dans l'universalité (A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 280). Les composants ne sont pas envisagés selon une valeur pécuniaire abstraite, mais à l'aune de leur utilité dans l'affectation commune.

contraint, comme nous l'avons vu, à maintenir l'exploitation. Cette lourde tâche qui lui incombe peut le conduire à aliéner un composant. Cette opération n'est pas attentatoire au droit du propriétaire dans la mesure où elle est la condition de la conservation d'un autre bien plus important pour le propriétaire, l'universalité. L'acte d'aliénation est donc fondé en raison de sa fonction : conserver l'universalité¹⁴³³. Le détenteur ne dispose pas de l'universalité¹⁴³⁴, il ne fait que l'administrer, car, derrière l'acte d'aliénation¹⁴³⁵, ce qu'il cherche avant toute chose, c'est préserver la communauté d'affectation¹⁴³⁶. Le dédoublement du bien universel en un contenant et un contenu permet de comprendre que le contenant est le bien détenu. Le contenu concourt seulement à la réalisation de la communauté de destin que matérialise le contenant. L'individualité des composants s'efface derrière l'intérêt commun.

662. L'aliénation du composant évite le dépérissement du bien universel. Aussi, à travers l'acte d'aliénation, le détenteur, en réalité, administre l'universalité. En théorie, l'acte de disposition est une « *opération grave qui entame ou engage un patrimoine...* »¹⁴³⁷, il a donc un caractère irréversible qui matérialise son sérieux et les conséquences juridiques et patrimoniales qu'il peut avoir. Toutefois, avec le bien universel, l'acte d'aliénation permet la

¹⁴³³ M. Zenati-Castaing explique que la technique de l'universalité ne fait pas double emploi avec la fongibilité intrinsèque des droits sociaux. Dans les deux cas l'usufruitier a le pouvoir d'aliéner les valeurs mobilières, mais le fondement technique de ce pouvoir n'est pas le même : dans le premier cas c'est le mécanisme de l'universalité qui postule que le droit de l'usufruitier porte sur l'ensemble. Dans le second cas c'est le quasi-usufruitier. L'auteur justifie le quasi-usufruit des droits sociaux malgré leur non-consomptibilité en expliquant que cela concerne également les choses fongibles, à condition de restituer une chose de même qualité et quantité. Cela ne rend pas le quasi-usufruitier propriétaire de la chose, son droit de disposer s'inscrit dans son devoir d'administrer (F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit », art. préc., p. 606 et s.). V. F. ZENATI, « Usufruit des droits sociaux », *Rep. Dr. Soc.*, Dalloz, Janv. 2003 (actu. Janv. 2017), n° 37 et suiv., et 54 et suiv.

¹⁴³⁴ Contrairement à ce que soutenait la Cour d'appel, ce n'est pas l'universalité qui est fongible, mais ses composants. La fongibilité de l'universalité est une idée surannée (MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd. 1815, t. 14, « Usufruit », § IV, VIII, p. 381) qui n'est plus permis de soutenir dès lors qu'elle est envisagée comme un corps universel (*universum jus*) qui continue de subsister dans son renouvellement successif (S. 1843, 1, 22. *Jurisp. Gén.* Dalloz, « Usufruit », n° 209).

¹⁴³⁵ V. sur ce point F. ZENATI, *RTD.Civ.* 1994, p. 382, l'auteur parle de « *d'inversion de la perspective* » ; D. FIORINA, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, *D.* 1999, 633, § 8, l'auteur parle de « *déplacement* » ; M. GRIMALDI, B SAVOURE, « L'usufruit et le quasi-usufruit : question de droit civil », *Dr. et patr. nov.* 1999, n° 76, p. 55, l'auteur parle d'un « *passage* » ; V. également D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th. préc., p. 205, n° 316, l'auteur affirme que « tout acte portant sur un élément de l'universalité qui serait normalement qualifié d'acte de disposition deviendra par le fait de l'universalité un acte d'administration » ; V. à propos de la faculté d'aliéner les biens fongibles, A. LAUDE, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », art. préc., p. 307.

¹⁴³⁶ Ce qui est dit à propos de l'usufruitier s'applique également au locataire-gérant d'un fonds de commerce. Le détenteur doit respecter l'objet de l'exploitation, peu important que le propriétaire subisse ou non un préjudice, suivant l'interprétation de l'article 1728 du Code civil (Cass. Civ., 27 avr. 1948, *JCP G.* 1948. II. 4594, note E. BECQUE). Il peut à ce titre aliéner des éléments et en acquérir de nouveaux en remplacement, la propriété des éléments acquis par le locataire revient au bailleur de par leur affectation au fonds (F. DERRIDA, « Location-gérance de fonds de commerce », *Rep. Dr. Com.*, Dalloz, 1973, n° 380 ; V. les *jurisp. Cass. Com.*, 11 janv. 1960, *D.* 1960, p. 383 ; V. déjà CA Lyon, 29 janv. 1951, *D.* 1951, p. 191, *RTD.Com.* 1951, p. 750, *JCP G.* 1953. II. 7526, réformant T. com. Lyon, 19 déc. 1950, *D.* 1950. 275, *RTD.Com.* 1950, p. 400, obs. A. JAUFFRET ; CA Fort-de-France, 12 mars 1981, *RTD.Com.* 1982, p. 90, obs. J. DERRUPPE).

¹⁴³⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, « Disposition ».

conservation d'un bien d'une plus grande importance, et surtout, il s'accompagne, comme nous le verrons ci-après, d'une acquisition corrélative. Aussi, la gravité et l'irréversibilité de l'acte sont à relativiser. Au vrai, l'acte ne revêt plus une quelconque gravité, sauf à ce que le détenteur dudit bien ne respecte pas son obligation de réemploi.

Non seulement l'aliénation permet de conserver l'universalité, mais dans bien des cas, elle va également permettre de préserver la valeur du composant aliéné. Lorsque le remplacement est dû à la vétusté du composant, il est effet économiquement judicieux de procéder à l'aliénation du bien pour qu'il conserve une valeur. Le cas inverse conduirait à la dépréciation du bien et à la disparition totale de sa valeur économique. Une telle situation n'est pas concevable. L'acte d'aliénation du détenteur est donc doublement justifié : il permet de conserver le bien universel détenu, mais également de préserver tant que possible la valeur de l'élément aliéné.

663. Si le pouvoir du détenteur se trouve étendu par l'existence d'une universalité, il n'en est pas moins limité. Ces limites adviennent du fait que le détenteur doit conserver la substance de l'universalité comme le ferait avant lui le propriétaire, ce qui implique, comme déjà mentionné, de conserver la destination du bien et l'interdépendance fonctionnelle des composants. En résumé, la dissociation du contenu et du contenant permet de prendre conscience de ce que les droits du détenteur portent sur le contenant et non pas sur le contenu. Elle permet de comprendre que l'obligation de conservation du contenant puisse passer par l'aliénation du contenu dans la mesure où cette aliénation tend à un remplacement. En procédant de la sorte, le détenteur de l'universalité assure une bonne gestion de l'universalité¹⁴³⁸. Toutefois, la grande variété des universalités dans la conception moniste que nous proposons invite à cibler les biens sujets à remplacement. En effet, il existe des universalités où certains composants ne peuvent être aliénés par le détenteur du bien universel.

B) Les biens sujets à remplacement

664. L'aliénation des composants de l'universalité par son administrateur ne résulte pas d'une indifférenciation objective, mais elle est la marque de leur fédération vers un but précis. C'est cette finalité qui intéresse le propriétaire auteur de la remise du bien à un tiers. Il s'agit

¹⁴³⁸ B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, th. Paris XI, 1999, p. 39.

donc de remplacer les biens remplaçables, c'est-à-dire ceux qui ne permettent plus de concourir à la finalité d'ensemble.

665. **Les biens remplaçables.** Le remplacement des éléments du bien universel a pour fonction d'assurer la permanence et la préservation de l'ensemble. Aussi, les biens concernés par le remplacement sont les biens dont l'usage est primordial dans la réalisation de la fonction d'ensemble.

Toutefois, il est loisible d'objecter que la plupart des biens, en raison de leur affectation, ont un rôle primordial dans la réalisation de la finalité d'ensemble. Aussi, il convient de faire une distinction entre les biens au cas par cas, en fonction de l'universalité observée. En effet, il y a des universalités où certains éléments n'ont besoin que d'un simple entretien. Aussi, la conservation de l'universalité peut résulter de soins, de réparations ou formalités des composants¹⁴³⁹. Logiquement, ces biens ne devraient pas être sujets à remplacement. Le détenteur précaire est essentiellement tenu à une obligation d'entretien. Il doit, par exemple, veiller au règlement de la redevance de l'INPI pour le maintien des brevets¹⁴⁴⁰. En aucun cas, le détenteur du bien universel n'est tenu de l'aliéner. En procédant de la sorte, il porterait atteinte à l'ensemble, donc à la survie de l'universalité. Il commettrait, ce faisant, s'il est usufruitier ou locataire, un abus de jouissance¹⁴⁴¹. En résumé, la simple obligation d'entretien de ces biens est suffisante pour satisfaire l'obligation de conservation de l'universalité.

À l'inverse, l'entretien de certains biens est insuffisant à respecter l'obligation de conservation de la substance de l'universalité. Plus précisément, son entretien est un préalable qui permet de préserver l'identité du bien, mais il ne permet pas à lui seul de préserver la substance de l'universalité. Il doit donc être remplacé. Il en est ainsi des biens qui se déprécient sur le marché tel que les valeurs mobilières. La stratégie patrimoniale du portefeuille seule importe au propriétaire et au détenteur. L'identité de chaque valeur lui est totalement indifférente. Il est donc nécessaire de procéder à leur remplacement dès lors qu'elles se sont dépréciées et que la stratégie globale est en péril.

Il existe également des biens qui se détériorent rapidement par l'usage qui en est effectué. Cela recouvre une grande variété de biens tels que les machines, les outils informatiques, etc. Le simple entretien de ces biens, même s'il est nécessaire, est souvent

¹⁴³⁹ Sur cette distinction, V. A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 567, p. 398.

¹⁴⁴⁰ Art. L. 714-5 CPI.

¹⁴⁴¹ Art. 618, alinéa 1^{er}, C. civ.

insuffisant ou il peut devenir trop onéreux. De même, des biens peuvent au bout d'un certain temps être techniquement dépassés, ce qui nuit à la réalisation de la fonction d'ensemble à laquelle ils sont dédiés. Partant, il est nécessaire de les remplacer. La prépondérance de la communauté d'affectation dans la nature du bien universel justifie que le bien, incapable de servir ce but, perde son attrait et vienne à être remplacé. Autrement dit, « *son individualité s'efface au profit de sa capacité à servir un but* »¹⁴⁴². Son remplacement devient une nécessité dans la mesure où son inadaptation peut être nuisible à la réalisation du projet global, donc au bien universel lui-même : la vache d'un troupeau qui ne peut plus croître ou être source de profit devient obsolète.

666. En définitive, le remplacement d'un composant se détermine, que ça soit à cause de sa vétusté, de sa dépréciation, de son obsolescence, ou de sa perte d'efficacité, par la distanciation de sa capacité à répondre à la finalité d'ensemble. Selon ce principe, l'usufruitier d'un bien universel est tenu de remplacer les machines ou outillages détériorés. Ce trait de régime le distingue nettement de la situation où une personne est usufruitière d'un bien envisagé *ut singuli*. En pareille hypothèse, l'usufruit est tenu de se servir normalement du bien et de le rendre en l'état au propriétaire¹⁴⁴³. L'appréhension *ut universi* des biens est plus complexe, elle suppose de conserver l'ensemble, donc de remplacer les éléments qui risquent de porter atteinte à l'ensemble. L'idée est que la communauté d'affectation transcende l'individualité des composants et, que, dès lors que l'un d'eux offre un usage insuffisant pour remplir le projet global, il doit être remplacé.

667. **L'équivalence du bien acquis en remplacement et du bien remplacé.** Le remplacement d'un composant a pour finalité de conserver le bien universel et de pérenniser sa bonne exploitation. Aussi, l'élément acquis en remplacement doit remplir une fonction similaire à celui remplacé. Il doit non seulement s'inscrire dans la communauté d'affectation qui gouverne l'ensemble des biens coalisés, mais il doit surtout avoir un usage semblable au bien remplacé¹⁴⁴⁴. La similarité d'usage ne signifie pas, pour autant, une identité de nature. Le bien acquis en remplacement doit remplir la même fonction dans le bien universel que le bien remplacé, même s'ils ne sont pas identiques : « *si le profil de ce portefeuille est, avant la constitution de l'usufruit, la recherche de profits en capital, de plus-values, l'usufruit devra*

¹⁴⁴² A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 570, p. 400.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, n° 571.

¹⁴⁴⁴ Le principe issu de l'article 1342-4 du Code civil ne devrait trouver application, car le propriétaire – créancier de l'obligation de restitution – récupère son bien, l'universalité, la modification de ses composants est indifférente.

remployer le prix de cession de ses arbitrages en titres également à potentiel de plus-values »¹⁴⁴⁵. De même, dans un fonds de commerce, l'exploitant doit pouvoir choisir une machine distincte, mais plus adaptée. Aussi, l'équivalence entre les deux biens est une équivalence de fonction qui s'apprécie au regard de la communauté d'affectation. Elle est fondée sur leur capacité à remplir une fonction similaire. Il s'agit donc d'une fongibilité fonctionnelle. Généralement, l'équivalence entre deux biens permet de les considérer comme fongibles, car ils représentent une valeur pécuniaire similaire¹⁴⁴⁶. Or, dans le bien universel, la valeur pécuniaire du bien remplaçant peut-être supérieure ou inférieure, l'essentiel étant qu'il remplisse le même usage et permette de conserver la substance dudit bien¹⁴⁴⁷.

668. Les pouvoirs accordés à l'administrateur doivent cependant être contrebalancés par des devoirs qui garantissent la conservation du bien et qui encadrent le détenteur du bien dans l'exercice de ses prérogatives. Le pouvoir d'aliéner du détenteur d'universalité est incompréhensible s'il n'est pas inscrit dans un processus conservatoire dont l'aliénation n'est qu'un moment.

II) Les suites de l'aliénation conservatoire

669. L'administrateur ne dispose pas d'une liberté absolue d'aliénation des composants. Outre que ce pouvoir ne concerne pas tous les biens, il exerce un droit-fonction¹⁴⁴⁸ qui vise à reconstituer une partie de l'universalité. En aliénant, il s'oblige à réemployer les fonds pour acquérir un bien qui permet de maintenir l'unité fonctionnelle de l'universalité. L'aliénation s'accompagne toujours d'une acquisition corrélative (A.). Elle se fait par ailleurs sous le

¹⁴⁴⁵ T. CATHOU et R. GENTILHOMME, « Usufuit et quasi-usufuit de valeurs mobilières : vrais ou faux jumeaux ? », *JCP N.* 2000, n° 10, p. 1773.

¹⁴⁴⁶ *Contra*. R. DEMOGUE, *Traité de la distinction des biens*, *op.cit.*, n° 47 ; P. JAUBERT, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », art. préc., p. 99 ; A. LAUDE, « La fongibilité », art. préc., p. 307 et suiv., spéc. n° 20 ; P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc., n° 81 et suiv.

¹⁴⁴⁷ La jurisprudence a, ces dernières années, tendance à refuser le caractère fongible d'un bien du seul fait qu'il revêt une équivalence fonctionnelle. CA Paris, 26 juin 1998, *D.* 2000, p. 69, obs. D. MAINGUY ; *RTD.Com.* 2000, p. 180, obs. A. MARTIN-SERF ; CA Paris, 12 mai 2000, *JCP E.* 2001, p. 173, obs. P. PETEL ; *DA.* 2000, p. 329, obs. A. LAUDE.

¹⁴⁴⁸ Josserand distinguait les droits-fonctions des droits-pouvoirs. Les premiers se réalisent selon un esprit altruiste et les seconds plus individualistes (L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Dalloz, 2^e éd., 1939, n° 237, p. 305). Ce qui les différencie réellement est plus une différence de degré que de nature : l'un, le droit-pouvoir, est exercé dans l'intérêt du titulaire du droit ; l'autre, le droit-fonction, est exercé dans l'intérêt d'autrui. L'aliénation réalisée par l'administrateur du bien universel est un droit-fonction en ce qu'il est réalisé pour restituer le bien universel au propriétaire, sans altération de sa substance.

contrôle du propriétaire, qui est en droit d'obtenir des informations sur le processus conservatoire (B.).

A) L'obligation de réemploi

670. **L'obligation de réemploi des fonds.** L'obligation de réemploi qui pèse sur l'administrateur trouve sa cause dans la singularité de la situation d'administrateur du bien universel d'autrui. La conservation d'un tel bien ne consiste pas à conserver nécessairement ses composants, mais seulement dans la mesure où de leur conservation dépend la conservation de l'ensemble. Lorsque tel est le cas, la solution est le remplacement. Pour assurer la pérennité de l'ensemble, il suffit de substituer un nouvel élément à l'élément qui fait défaut. Pour cela, lorsque l'élément défectueux peut être vendu, le produit de cette vente doit être utilisé pour l'acquisition d'un nouvel élément, approprié à l'ensemble. L'acte d'aliénation du composant ne revêt donc pas de gravité particulière, car il doit conduire au remplacement du composant concerné, donc au réemploi des fonds. Encore faut-il que le bien acquis en réemploi corresponde à l'utilité que celui qui le remplace ne parvenait plus à satisfaire¹⁴⁴⁹. Fort logiquement, cela implique que le détenteur du bien universel connaisse le projet du bien universel, car c'est la finalité d'ensemble vers laquelle tendent tous les composants qui commande leur remplacement. La connaissance du projet global du bien universel permet à son détenteur de pleinement saisir quel bien peut être remplacé et quel bien peut faire office de remplaçant. En pratique, cela suppose que l'utilité de la fédération soit révélée dans l'acte constitutif des droits de l'administrateur.

L'obligation de réemploi des fonds a pour conséquence logique que l'administrateur ne peut pas remplacer la chose aliénée par l'équivalent monétaire obtenu¹⁴⁵⁰ et il doit réutiliser les fonds. Il faut cependant nuancer ce principe. S'il est évident que l'administrateur doit faire réemploi des fonds, il est possible que le produit de l'aliénation permette la conservation de l'universalité. Il peut en être ainsi lorsque le fiduciaire utilise les deniers issus d'une vente pour désintéresser un créancier qui détient une créance issue de la gestion de la

¹⁴⁴⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, n° 96-18.041, *D.* 1999, p. 167, note L. AYNES ; *ibid.*, p. 633, note D. FIORINA ; GAJC, 12^e éd. 2007, n° 77 ; *RTD.Civ.* 1999, p. 422, obs. F. ZENATI ; *ibid.*, p. 427, obs. F. ZENATI ; *ibid.*, p. 430, obs. F. ZENATI ; *ibid.*, p. 432, obs. F. ZENATI ; *ibid.*, p. 674, obs. J. PATARIN ; *RTD.Com.* 1999, p. 459, obs. M. STORCK, *Bull. civ.* I, n° 315 ; *JCP G.* 1999, II. 10027, note S. PIEDELIEVRE, I. 120, n° 29, obs. H. PERINET-MARQUET, n° 351, note H. HOVASSE.

¹⁴⁵⁰ En ce sens, A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 585, p. 410.

fiducie. Il en est également ainsi lorsqu'un élément de l'universalité risque de perdre sa valeur — dépréciation monétaire — et que l'aliénation est le seul moyen de la conserver.

671. **La sanction du non-réemploi des fonds.** Le non-respect de l'obligation de réemploi porte atteinte à la substance du bien universel. Le créancier de cette obligation — le propriétaire — peut, en ce cas, agir en justice pour demander raison de ce que le détenteur n'a pas réemployé les fonds afin de conserver la substance du bien universel. L'administrateur s'expose, outre des réparations, à devoir restituer le bien universel¹⁴⁵¹. Ainsi, lorsque l'usufruitier du bien universel se voit déchu de son droit en raison du détournement des fonds provenant de l'aliénation d'un composant, il doit restituer le bien. La Cour de cassation, dans un arrêt du 16 juin 2011¹⁴⁵², rendu à propos du portefeuille de valeurs mobilières, suggère que la restitution se fasse en équivalant. L'intérêt de cette restitution est qu'elle peut avoir l'effet d'une sanction incluant le remboursement des sommes détournées et non réemployées.

672. Il devrait également être possible de contraindre le détenteur à restituer l'équivalence théorique du bien universel s'il avait fait un réemploi conforme à la communauté de destination d'un composant de l'universalité¹⁴⁵³. Cette sanction permettrait de neutraliser, lors de la restitution du bien universel, les conséquences du manquement à l'obligation de réemploi. Bien évidemment, la valeur du bien universel si le réemploi avait été effectué n'est pas connue, elle est hypothétique¹⁴⁵⁴. La sanction serait cependant opportune, elle soulignerait l'importance de l'obligation de réemploi comme contrepartie du pouvoir d'aliénation de l'administrateur. L'équivalence du bien restitué doit être calculée compte tenu du but de l'universalité.

Il convient cependant de relever que la déchéance comme sanction du non-respect de l'obligation de réemploi des fonds a un fondement jurisprudentiel et concerne spécifiquement l'usufruit d'une universalité. Or, en pareille hypothèse, ce n'est pas tant la spécificité du bien

¹⁴⁵¹ V. à propos de l'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières, Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n° 10-17.288. *RTD.Civ.* 2011, p. 568, obs. TH. REVET ; *ibid.* p. 570, obs. TH. REVET.

¹⁴⁵² *Ibid.*

¹⁴⁵³ C'est ce qui semble ressortir de l'arrêt du 16 juin 2011. Les juges du droit précisent que ce n'est pas le montant des sommes détournées par l'usufruitier qui réintègre l'universalité, mais le montant des valeurs mobilières si le réemploi avait eu lieu. V. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n° 10-17.288., *RTD.Civ.* 2011, p. 568, obs. TH. REVET ; *ibid.*, p. 570, obs. TH. REVET.

¹⁴⁵⁴ Nous devons ici relever que la sanction se fait au prix d'une fiction, car le montant alloué « *ne correspond à aucune réalité, précisément parce que le réemploi considéré n'a pas eu lieu et qu'il s'agit d'ailleurs, notamment à travers la somme considérée, de tirer les conséquences de ce défaut. Le fait que le portefeuille ait atteint telle valeur sans les sommes qui, alors qu'elles en procédaient, n'ont pas été retransformés en valeurs mobilières, contrairement à ce qui aurait dû être, n'est pas nécessairement révélateur de la valeur qu'il aurait eue si cette opération avait été réalisée. Cette dernière valeur ne pourra jamais être connue* », *RTD.Civ.* p. 570, obs. TH. REVET.

universel qui autorise cette sanction, que le régime juridique de l'usufruit en cas d'abus de jouissance de l'usufruitier. Ce sont donc les différents actes juridiques ou situations juridiques qui prennent le bien universel comme objet qui vont offrir les sanctions adéquates à l'inexécution de l'obligation de remplacement de l'usufruitier. Par exemple, la Cour de cassation a décidé que le délit de détournement de gage¹⁴⁵⁵ est caractérisé lorsqu'un élément du fonds est distrait sans être corrélativement remplacé¹⁴⁵⁶. En outre, en cas de mise en péril de l'universalité objet de l'opération de fiducie, la responsabilité du fiduciaire peut être recherchée¹⁴⁵⁷. Il faut donc composer avec les sanctions de droit commun. En vérité, il faudrait que les parties au contrat prévoient, lorsqu'il précise la finalité de l'universalité, une clause de déchéance de droit en cas de manquement à cette finalité. Les conséquences potentiellement néfastes de l'acte d'aliénation justifient que le propriétaire du bien puisse être informé des agissements du détenteur.

B) L'exécution de l'obligation d'information

673. **Existence d'une obligation d'information.** Les agissements du détenteur du bien universel doivent correspondre au projet global qui anime ce bien. En théorie, son propriétaire ne peut contrôler cette gestion que si les flux et reflux qui affectent l'universalité sont portés à sa connaissance. La jurisprudence, consciente de cette réalité, lui a octroyé un droit d'être informé¹⁴⁵⁸. De la sorte, il peut s'assurer que le débiteur exécute convenablement ses obligations et qu'il respecte la substance du bien universel. À partir des informations qui lui sont communiquées, il peut contrôler que le débiteur procède au remplacement de certains composants, tout en le faisant de manière appropriée, sans outrepasser ses pouvoirs.

L'obligation d'information a essentiellement une origine jurisprudentielle. Toutefois, l'opportunité de la mesure justifierait qu'on en fit une obligation légale¹⁴⁵⁹, en tout cas, un élément du régime propre du bien universel. La Cour de cassation n'exclut pas cette idée puisqu'elle semble lier l'obligation de conservation de la substance du bien universel à celle d'information : il est nécessaire de fournir « *tous les éléments nécessaires* » pour déterminer si

¹⁴⁵⁵ Art. 314-5 Code pénal.

¹⁴⁵⁶ Cass. Crim., 13 mars 1909, *D.* 1911, 1, 159 ; Cass. Crim., 6 janvier 1966, *Gaz. Pal.* 1966. 1. 244.

¹⁴⁵⁷ Art. 2026 C. civ.

¹⁴⁵⁸ Subsidiairement, la loi peut astreindre le propriétaire d'un bien universel à une information, mais les exemples sont trop épisodiques pour faire lit de Procuste. Il en est par exemple ainsi en matière de nantissement de fonds (Art. L. 143-1 C. com.).

¹⁴⁵⁹ V. En ce sens M. GRIMALDI, « Le patrimoine au XXI^e siècle », *Mél. DAUBLON, Deffr.* 2001, p. 133.

le bien restitué représente « *toute la substance de l'universalité qu'elle était chargée de conserver* »¹⁴⁶⁰. C'est donc l'interdépendance entre les règles de fonctionnement du bien universel qui autorise l'extension de l'obligation d'information à tous les biens-universalités : le risque d'atteinte à la substance de l'universalité du fait du droit d'aliénation des composants qui est reconnu à l'administrateur est trop important pour qu'il ne soit pas octroyé au propriétaire un droit à l'information de la modification des composants¹⁴⁶¹.

674. Objet de l'obligation d'information. L'information permet au propriétaire du bien universel d'entreprendre des investigations sur la substance de la chose conservée pour lui par un tiers. Il ne s'agit pas seulement de vérifier les mouvements de valeurs affectant le bien universel, mais aussi d'analyser la conformité des actes avec la communauté d'affectation qu'il a lui-même choisie. Le détenteur du bien universel est tenu de maintenir et poursuivre cette destination, c'est elle qui fixe la direction que le détenteur doit suivre dans son administration.

675. La manière d'exécuter l'obligation d'information appelle des approfondissements. Il est opportun de préciser le temps de l'obligation d'information (1), c'est-à-dire à quel moment elle doit intervenir, puis la forme qu'elle doit prendre dans sa réalisation (2).

1) *Le temps de l'information*

676. La réception de l'information par le propriétaire du bien universel lui permet d'exercer un contrôle de la gestion de son bien. L'importance de ce contrôle nécessite de déterminer avec précision la période durant laquelle il peut être exercé. À cet égard, il existe deux manières d'appréhender la situation¹⁴⁶² : soit le contrôle a lieu à la fin de la détention, donc lors de la restitution de l'universalité, soit elle a lieu tout au long de la détention du bien.

677. L'information concomitante à la restitution. Le contrôle concomitant à la restitution invite les parties à entreprendre une descente aux archives. En effet, il a une vocation

¹⁴⁶⁰ « *il est nécessaire que l'usufruitière puisse donner tous les éléments nécessaires pour déterminer si les seules valeurs subsistantes au jour du partage représentent bien toute la substance de l'universalité qu'elle était chargée de conserver* », D. FIORINA, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », *RTD.Civ.* 1995, n° 30, p. 58 ; du même auteur « Les droits du nu-propriétaire : de l'information au contrôle », *D.* 2003, p. 2495. *Contra.* A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 648, p. 444. L'auteur estime que la jurisprudence *Baylet* a lié l'obligation d'information à l'opération de partage.

¹⁴⁶¹ En ce sens, Cass. Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2002, n° 00-17.870, *RTD.Civ.* 2003, p. 120, obs. TH. REVET.

¹⁴⁶² V. D. FIORINA, « Les droits du nu-propriétaire : de l'information au contrôle », art. préc., l'auteur distingue entre le « contrôle historique » et le « contrôle opérationnel » ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 646, p. 443, l'auteur distingue le « contrôle périodique » et le « contrôle final ».

essentiellement documentaire, car il porte sur tous les actes accomplis et reculés dans le temps¹⁴⁶³. Il consiste essentiellement en une reddition des comptes, c'est-à-dire des mouvements affectant le bien géré. Cette obligation apparaît expressément à la charge du mandataire¹⁴⁶⁴ et du fiduciaire¹⁴⁶⁵.

Mme Balivet explique que l'obligation de reddition des comptes est à la charge de l'administrateur, même en l'absence de dispositions légales expresses. Cette obligation découle de la gestion des biens d'autrui qui instaure un réseau d'obligations réciproques¹⁴⁶⁶. Et pour cause, « *quiconque gère l'affaire d'autrui est comptable ; c'est un principe de droit naturel et une nécessité du bon ordre du commerce... Quiconque gère l'affaire d'autrui devient donc comptable, c'est une obligation qui atteint tout gérant* »¹⁴⁶⁷.

Le compte devrait logiquement se combiner à un inventaire. Il permet au propriétaire de mesurer l'écart entre l'universalité au moment de son attribution en jouissance et au moment de sa restitution. Il offre ainsi la possibilité de vérifier la manière dont l'administrateur a procédé au remplacement des éléments. Dans cette hypothèse, l'administrateur est tenu de faire un compte-rendu.

678. L'inconvénient de l'information concomitante à sa restitution est que les actes passés ne peuvent pas être contrecarrés ou discutés. Dès lors, à travers un tel contrôle, le propriétaire peut seulement apprécier l'opportunité de la gestion, car tous ses effets ont déjà été réalisés. Le contrôle est donc tardif, et de ce fait, peu efficace. L'obligation d'information n'a aucun caractère préventif, tant s'en faut.

En outre, l'obligation imposée au détenteur du bien universel de rendre compte de sa gestion depuis ses débuts « *n'aurait de signification qu'en vue de mettre en œuvre sa responsabilité* »¹⁴⁶⁸, or il appert qu'« *aucun des éléments de cet inventaire rétrospectif n'est, en soi, susceptible d'engager la responsabilité de l'usufruitier en l'absence d'un dommage certain, c'est-à-dire d'une atteinte irrémédiable à la substance de la chose* »¹⁴⁶⁹. Mais, en pareille hypothèse, la substance est déjà atteinte, le mal déjà consommé. On peut donc douter

¹⁴⁶³ « *Le droit ne voit plus, seulement, dans les comptes, un moyen de constater la propriété juridique des biens représentés par les valeurs comptables, mais un moyen de suivre et d'analyser l'origine même de ces valeurs, dans leur production* », R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme, op.cit.*, n° 146, p. 236.

¹⁴⁶⁴ Art. 1993 C. civ.

¹⁴⁶⁵ Art. 2022 et 2017 C. civ.

¹⁴⁶⁶ B. BALIVET, *Les techniques de gestion du bien d'autrui*, th. préc., n° 636.

¹⁴⁶⁷ E. DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité du contrat de commission*, t. II, Paris, Joubert, 1841, n° 801.

¹⁴⁶⁸ D. FIORINA, « Les droits du nu-propriétaire : de l'information au contrôle », art. préc., n° 12.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*

de la suffisance d'un contrôle *a posteriori*, c'est-à-dire lors de la restitution du bien. Il serait judicieux que le propriétaire puisse opérer un contrôle régulier, donc être créancier d'une information « *périodique* »¹⁴⁷⁰.

679. **L'information périodique.** L'information périodique est celle qui peut être requise durant toute la détention du bien universel. À l'inverse du contrôle historique, le contrôle périodique présente l'avantage de prévenir la survenance d'un acte d'administration qui risque de porter atteinte à la substance du bien universel. Précisément, il permet de « *vérifier qu'un acte de gestion accompli ou projeté est compatible avec la conservation de la substance de la chose, et, le cas échéant, de le contester* »¹⁴⁷¹. De la sorte, le propriétaire a la possibilité de régulièrement vérifier l'opportunité des actes d'administration accomplis par le détenteur du bien universel.

680. L'information périodique implique un comportement diligent de la part du détenteur du bien universel. En effet, celui-ci doit s'astreindre, au jour le jour, ou remplacement après remplacement, à inventorier ses actes pour pouvoir faire face à l'éventualité d'une demande d'information émanant du propriétaire. L'information périodique participe aussi du contrôle historique¹⁴⁷², car elle peut consister en une analyse rétrospective ayant lieu lors de la restitution du bien, mais portant sur tous les actes d'administration accomplis par le détenteur jusqu'alors.

Dans le cadre de l'administration du bien universel, le gérant bénéficie de pouvoirs étendus et le risque est qu'il ne respecte pas son obligation de remplacer les éléments le composant. Il est donc légitime qu'il soit tenu de communiquer les informations au propriétaire, informations qu'il ne pourrait obtenir par lui-même. L'obligation de communiquer les informations s'inscrit dans le prolongement de l'obligation de procéder au remplacement des composants¹⁴⁷³.

681. Le pouvoir de remplacement est lié à l'obligation de conservation de la substance du bien universel. Il est donc possible de soumettre l'acquisition du bien remplaçant à l'autorisation du propriétaire. De la sorte, le détenteur ne bénéficie pas d'une entière liberté dans l'aliénation des composants. Son pouvoir est limité, non seulement par son obligation de conservation de la substance du bien, mais aussi par l'accessoire de cette obligation de

¹⁴⁷⁰ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 646 et suiv., pp. 443 à 445.

¹⁴⁷¹ D. FIORINA, « Les droits du nu-propriétaire : de l'information au contrôle », art. préc., n° 11.

¹⁴⁷² *Ibid.*

¹⁴⁷³ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 déc. 2002, n° 00-17.870, *RTD.Civ.* 2003, p. 120, obs. TH. REVET.

conservation, le devoir d'information. Un tel principe permet de garantir les droits du propriétaire, tout en autorisant une jouissance paisible au détenteur de l'universalité.

2) *La réalisation de l'obligation d'information*

682. La mise en œuvre de l'obligation d'information fait émerger deux interrogations principales. La première concerne le support de l'information. Autrement dit, quelle forme doit-elle revêtir ? Ensuite, une fois l'information reçue et analysée par le propriétaire du bien universel, il faut apprécier les critères d'atteinte au bien universel.

683. **Le support de l'information.** Pour être efficace, l'information doit reposer sur un support durable et pertinent. Nous avons suggéré plus haut que le bien universel fasse l'objet d'un inventaire¹⁴⁷⁴. Cette formalité permet d'identifier ses contours puisqu'elle consiste à décrire les éléments affectés au projet global. Dresser un inventaire est une obligation qui devrait avoir lieu à l'entrée en mission de l'administrateur, et par suite, il devrait être restitué en fin de mission¹⁴⁷⁵. Ainsi, pour poursuivre sa réalisation, le détenteur du bien universel devrait déterminer les biens qu'il a choisis de remplacer. De la sorte, le propriétaire pourra aisément comparer l'état actuel — lorsqu'il exerce son droit à l'information — à l'état initial du bien universel¹⁴⁷⁶.

684. *De lege lata*, l'inventaire n'est pas requis. Toutefois, comme le précise Mme Denizot, il est possible de demander en justice la confection d'un inventaire *pendante*. Une telle mesure est possible lorsque les juges considèrent que les circonstances le rendent nécessaire¹⁴⁷⁷. Il est aussi possible de prévoir sa confection de manière conventionnelle¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷⁴ V. supra, n° 404.

¹⁴⁷⁵ Madame Balivet explique que même si aucune obligation générale n'existe, les différentes réglementations spécifiques — pour notre espèce : mandat de gestion de portefeuille, fiducie, EIRL — déterminent des obligations de l'administrateur semblables à celles que nous proposons. B. BALIVET, *Les techniques de gestion du bien d'autrui*, th. préc., n° 611.

¹⁴⁷⁶ L'inventaire est un outil qui satisfait tout le monde : « Essentielle pour le géré, elle lui permet de rapporter la preuve de l'assiette des biens confiés au gérant et ainsi d'apprécier sa mission en fin d'exercice et, en cas de défaillance, d'engager sa responsabilité. Le gérant y a également intérêt, car elle fixe l'étendue de sa responsabilité qui ne peut être recherchée pour des éléments qui ne lui sont pas imputables. Quant aux tiers, ils peuvent en toute transparence connaître l'assiette des biens gérés et se manifester si cette situation porte atteinte à leurs intérêts », B. BALIVET, *Les techniques de gestion du bien d'autrui*, th. préc., n° 611.

¹⁴⁷⁷ Cass. Req., 22 mai 1883, S. 1883, 1, 296, cité par A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 653, p. 446.

¹⁴⁷⁸ G. HUBLLOT, « Quasi-usufruit : limites et perspectives d'avenir », *Dr. et patr.* 2003, n° 121, p. 48.

685. Lorsque l'administrateur a le statut de commerçant, à l'instar du locataire gérant du fonds de commerce¹⁴⁷⁹, il est aussi possible d'avoir recours à des documents comptables. Ces documents remplissent une fonction semblable à l'inventaire. Ainsi, ils permettent de contrôler l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs qui composent le bien universel¹⁴⁸⁰. L'avantage est donc d'exercer un contrôle à la fois en nature et en valeur.

Toutefois, les documents comptables sont généralement annuels. Aussi, le propriétaire ne pourrait exercer son droit à l'information qu'au regard d'une situation s'étendant rétrospectivement sur une année.

686. L'inventaire et les documents comptables sont des supports parfaitement adaptés à la singularité du bien universel, qui repose sur l'articulation d'un contenant avec un contenu. Ils appréhendent leur objet comme un ensemble composé d'éléments, où chacun d'eux est pris en compte dans la réalisation d'un projet global. De la sorte, le propriétaire est en mesure d'analyser en détail les flux et les reflux qui ont affecté l'ensemble. Le droit à l'information peut porter autant sur la substance de l'ensemble que sur la substance des éléments¹⁴⁸¹.

687. En réalité, le support de l'information peut être varié. Surtout, il doit être adapté au bien universel en cause. S'agissant d'un fonds, de commerce ou agricole, des visites régulières peuvent suffire à alerter son propriétaire. Ces visites, conjuguées à l'inventaire ou aux documents comptables annuels, peuvent donner une idée précise de la gestion du bien universel opérée par son détenteur. Ainsi éclairé, le propriétaire pourra apprécier si la substance du bien universel est atteinte.

688. **L'appréciation de l'atteinte au bien universel.** La surveillance du propriétaire ne doit évidemment pas aboutir à une situation de cogestion du bien universel. Elle ne tend qu'à s'assurer que des limites ne sont pas dépassées. Aussi, il est nécessaire d'établir des critères d'appréciation de l'atteinte à la substance des choses. L'atteinte à la substance du bien universel doit être appréciée au regard des impératifs de gestion auxquels se soumet son détenteur. Ce dernier est inféodé à la destination que le propriétaire a assignée à son universalité. Cette destination encadre le mode de gestion et d'exploitation du bien universel et limite les hypothèses dans lesquelles le détenteur peut influencer sur sa substance¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁹ Le preneur doit demander son immatriculation dans les quinze jours à compter de la date de début de son activité (C. com., art. L. 144-2, et Décr. n° 84-406 du 30 mai 1984, relatif au registre du commerce et des sociétés, art. 7).

¹⁴⁸⁰ Concernant les commerçants, voir art. L. 123-12 C. com.

¹⁴⁸¹ V. nos développements sur la conservation de la substance de l'ensemble et des composants, n° 648.

¹⁴⁸² E. DOCKES, « Essai sur la notion d'usufruit », art. préc., n° 10.

L'atteinte à la substance de la chose sera manifeste lorsque le détenteur d'un fonds de commerce, par exemple, exploitant une activité X, modifie des composants de sorte qu'il en vienne à une activité Y. Une exception à ce principe peut néanmoins être apportée lorsque l'usage normal de l'universalité risque de conduire à sa disparition. Il s'agit d'une situation, certainement rare en pratique, où le détenteur est contraint de modifier la destination de l'universalité pour l'adapter aux exigences de l'activité économique déployée. La modification de l'affectation entraîne une atteinte à la substance, mais elle est réalisée dans le but de conserver la chose¹⁴⁸³.

689. Par ailleurs, sans nécessairement conduire à une modification de l'affectation, l'administrateur d'une universalité, à l'image de l'usufruitier, peut également refuser de la maintenir. Cela conduit logiquement au morcellement de l'universalité, donc à la disparition du bien. De même, il semble logique qu'il doive se conformer à l'usage des biens — conformément à la finalité d'ensemble — par exemple, l'utilisation d'une camionnette pour une activité économique de livraison –, car cet usage est lié à la destination et au mode d'exploitation déterminés par le propriétaire lors de la création du bien universel. À défaut, le bien risque le dépérissement, et, par suite, une atteinte vitale à sa substance.

Conclusion section.

690. La destination du bien universel dessine un lien admissible, ou tolérable, entre son exploitation et la conservation attendue et exigée par le propriétaire. En effet, lorsque le propriétaire a imprimé une communauté de destin à certains de ses biens, celle-ci s'est cristallisée dans l'universalité. La conservation et l'exploitation du bien universel doivent être conformes à cette destination que le propriétaire a déterminée et qui forme la structure de l'universalité. Cela autorise le détenteur d'universalité à aliéner certains composants, à charge pour lui de les remplacer, mais également de tenir informé le propriétaire, à sa demande, des flux et reflux qui affectent le bien.

Muni de ces critères, le juge doit, en cas de litige, apprécier l'opportunité de l'acte critiqué au regard de la gestion attendue pour le type de destination initialement déterminée par le propriétaire : exploitation d'une clientèle commerciale ou libérale ou agricole, etc. Ce n'est donc pas tant l'archétype du propriétaire qui permet de vérifier l'atteinte à la substance

¹⁴⁸³ Dans ce sens, CH. ATIAS, *Droit civil, Les biens, op. cit.* n° 228 : pour répondre à ce risque « même un changement de destination peut donc être autorisé [...] lorsqu'à la suite d'un changement des circonstances économiques et techniques, la fixité de la destination du bien serait illusoire ».

du bien universel¹⁴⁸⁴, que la destination du bien universel, c'est-à-dire sa structure. En ce sens, le critère d'atteinte à la substance du bien universel est objectif, car il se réfère à la chose et la conservation que l'on peut légitimement attendre de cette chose au regard de sa finalité d'ensemble.

Conclusion chapitre.

691. La structure du bien universel appelle un certain dynamisme. L'existence du bien est conditionnée par le maintien et la perpétuation de la communauté d'affectation qui lie ses composants. Partant, le contenu peut être sujet à variations, de manière à ce qu'une telle destinée soit accomplie. Ce trait de régime fondamental s'explique par le dédoublement de l'universalité en un contenant et un contenu. En outre, il a une conséquence remarquable dans le régime commun de l'universalité, car le détenteur du bien universel, pour conserver la substance de ce contenant, peut être conduit à aliéner des éléments du contenu. Cette faculté d'aliénation s'explique par la technique de l'universalité qui induit une certaine fongibilité du contenu. Cette fongibilité n'est que fonctionnelle, dans le sens où elle est inféodée à la communauté d'intérêts qui unit les composants. Cela explique d'ailleurs que tous les biens ne soient pas aliénables par le détenteur. Certains ont une importance telle que leur disparition entraînerait, *de facto*, la disparition de l'universalité.

692. Le pouvoir d'aliéner les composants est justifié par l'obligation de conservation de la substance, obligation qui justifie que le détenteur soit obligé à un réemploi des fonds, de manière à remplacer les biens aliénés. La jurisprudence reconnaît un droit pour le propriétaire de vérifier la bonne administration de l'universalité afin de prévenir la survenance d'éventuelles difficultés. Le but recherché est d'éviter que le détenteur du bien universel porte atteinte à la destination d'ensemble, donc à la substance de l'universalité.

693. Le dynamisme du bien universel est dû à sa structure qui établit une interdépendance fonctionnelle entre plusieurs biens voués à la poursuite d'un intérêt qui leur est commun. Si cela conduit à la mise en place de règles spéciales dans le cas où un détenteur administre l'universalité, c'est pour garantir l'existence de cette dernière en tant que bien.

694. Le pluralisme de l'universalité, s'il est une source de dynamisme lorsqu'il s'agit de son administration, peut également être une faiblesse, car le morcellement qui menace ses composants est de nature à entraîner sa disparition. D'où ce trait original du régime du bien universel, qui consiste dans des mesures tendant à préserver sa cohésion.

¹⁴⁸⁴ D. FIORINA, « Les droits du nu-propiétaire : de l'information au contrôle », art. préc., n° 17.

Chapitre IV. La protection du bien universel

695. Le bien universel a cela de particulier qu'il a besoin d'une protection. Du fait qu'aucun lien matériel n'unit les biens entre eux, il est structurellement tributaire des changements et des variations de son contenu. Ces modifications peuvent lui être néfastes et conduire à son morcellement. Il est donc nécessaire de préserver le résultat de l'affectation commune des biens. De toute évidence, rien n'interdit au propriétaire de désaffecter tout ou partie des composants, provoquant ainsi le démantèlement de son bien et sa disparition. Ce sont les atteintes subies à la cohésion et à l'ensemble des composants de l'universalité qui appellent un traitement particulier, traitement qui fait toute l'originalité du bien universel. Le législateur a, dans un souci économique, protégé ce type de bien. Cette protection particulière concerne autant le contenu (**Section I.**) que le contenant (**Section II.**). Un objectif commun l'anime : la préservation de la communauté d'affectation.

SECTION I. LA PROTECTION DU CONTENU

696. La question de la revendication d'un élément du contenu n'est pas anecdotique. Nous avons vu précédemment que la nature réelle de l'universalité postule qu'elle puisse être détenue par un autre chargé d'administrer le bien selon la finalité assignée par son propriétaire, ce qui peut le conduire à aliéner des composants, procéder à leur remplacement, mais également, à acquérir de nouveaux matériels d'exploitation¹⁴⁸⁵. Cette dernière occurrence pose la question de savoir si, après avoir restitué l'universalité, le détenteur d'universalité pourrait prétendre reprendre le bien qu'il avait lui-même affecté¹⁴⁸⁶. Il s'agit de savoir si l'action en revendication lui est ouverte.

¹⁴⁸⁵ L'intérêt pour le détenteur d'effectuer de tels actes est facilement perceptible : en apportant de nouveaux matériels d'exploitation, il cherche à accroître le rendement économique du fonds de commerce, par exemple, et ainsi augmenter les dividendes.

¹⁴⁸⁶ Une autre problématique pourrait porter sur la propriété du contenant, notamment lorsqu'un administrateur se prétend propriétaire de l'universalité. Cette problématique se résout à l'aide de la détermination, complexe en pratique, du propriétaire de la clientèle – entendons là celui qui fixe la communauté d'affectation et dès lors l'utilité de la fédération. V. sur ce point Cass. Civ. 3^e, 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-15.534, FS-P+B ; *D.* 2008, p. 2074 ; *LPA.* 2018, n° 253, p. 10, obs. A. DENIZOT ; *RTD.Com.* 2009, p. 279, obs. B. SAINTOURENS. Dans cet arrêt la partie reconnue comme propriétaire de l'universalité avait précisé dans le contrat de mandat, de manière peu claire nous en convenons, le droit pour le mandataire de développer une activité de restauration. Toutefois, la fédération des biens et l'utilité qui en résulte – activité économique de restauration – a été réalisées par le mandataire. Il serait donc plus logique que ce dernier soit reconnu comme propriétaire du fonds. Le contrat de

697. **L'autorisation de la revendication en nature d'un composant du bien universel justifiée par le refus de l'accession.** À de nombreuses reprises, la Cour de cassation a affirmé que les règles de l'accession ne s'appliquent pas en matière d'universalité, faute de mélange des éléments entre eux¹⁴⁸⁷. La revendication en nature d'un composant est donc possible. Les auteurs s'accordent également à écarter le jeu de l'accession dans le bien universel, justifiant leur opinion par la considération que « *l'accession mobilière, comme l'immobilière, concerne nécessairement un bien corporel et doit être écartée pour les biens incorporels* »¹⁴⁸⁸. M. Colomer, en particulier, est d'avis que les textes n'ont pas été conçus pour être appliqués aux fonds de commerce¹⁴⁸⁹, donc aux universalités.

698. Il n'est pas certain qu'il faille recourir à l'incorporel pour autoriser la revendication séparée des composants. Les jurisconsultes romains croyaient possible « *de revendiquer son bélier au milieu du troupeau d'un tiers, car les parties formant le tout restent disjointes (...)* »¹⁴⁹⁰. La revendication d'un élément en nature est fondée par le fait que c'est un lien fonctionnel qui forme la structure du bien universel¹⁴⁹¹.

699. **Nuance du principe.** L'assise historique du principe est néanmoins contestable. Si le droit romain semble affirmer l'individualité du contenu, certains auteurs estiment que les jurisconsultes n'ont jamais catégoriquement affirmé le rejet du jeu de l'accession dans le cas d'un troupeau. Pothier expose dans sa reprise des pandectes de Justinien qu'« *un troupeau dans lequel se trouvent des animaux étrangers ne nous appartient cependant en entier qu'autant que la majeure partie nous en appartient, et forme une quantité suffisante pour être*

mandat a fait échec à ce principe, car les juges ont considéré que le mandataire agissait pour le compte du mandant : l'objet du contrat devait recouper celui de créer un fonds.

¹⁴⁸⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 avr. 1928, *D.* 1928, p. 317. Il en va de même avec l'immobilisation par destination. V. sur ce point Cass. Com., 10 mars 2015, n° 13.23-424 ; *RTD.Civ.* 2015, p. 648, note W. DROSS ; P. CROCQ, « Les règles relatives à l'immobilisation par destination ne s'appliquent pas à la revendication d'un bien faisant l'objet d'une réserve de propriété », *RTD.Civ.* 2015, p. 443 ; PH. ROUSSEL GALLE, « Revendication et incorporation », *Rev. Soc.* 2015, p. 410. ; CA Paris, 13 janv. 1993 ; *D.* 1993, *IR*, p. 90. ; CA Paris, 13 janv. 1993 ; *D.* 1993, *IR*, p. 90 ; CA Paris, 5 mars 1992 : *LPA.* 1993, p. 21, D.-R. MARTIN.

¹⁴⁸⁸ CH. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Les biens, droits réels principaux, op.cit.*, n° 968, note 2 ; v. également, C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, préf. CH. ATIAS, PUAM, 2000, n° 304.

¹⁴⁸⁹ A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. 1, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, préf. J. FLOUR, *Defr.* 1977, n° 191.

¹⁴⁹⁰ Paul au livre 21 sur l'édit (D. 6, 1, 23, 5) cité par E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc., n° 16.

¹⁴⁹¹ Le raisonnement exposé est applicable à tous les biens universels. Ainsi, l'article L. 624-10 du Code de commerce, applicable à l'EIRL, dispense un tiers d'exercer son action en revendication dès lors que le contrat fondant la détention fait l'objet d'une publicité. À défaut de publicité, il peut exercer une action en revendication en nature. Cela signifie donc que le composant de l'universalité ne se fond pas en elle au point de perdre son individualité juridique et que le tiers évincé doit exercer son action en revendication.

appelé troupeau »¹⁴⁹². De cette opinion on pourrait déduire que les composants externes du troupeau deviennent la propriété de celui auquel celui-ci appartient en vertu de la règle *major pars ad se trahit minorem*.

En outre, les réticences doctrinales à reconnaître la théorie de l'accession dans l'universalité, fondées sur la considération que l'article 565 du Code civil se réfère aux seules choses corporelles, doivent à notre sens être critiquées. Comme l'a relevé M. Zenati-Castaing, « *cette objection procède de l'a priori que la propriété repose sur la possession* »¹⁴⁹³ et que « *si le postulat est historiquement fondé, toute l'évolution de la propriété lui apporte un démenti. La propriété n'a eu de cesse de se dissocier de la possession* »¹⁴⁹⁴. Dès lors, les biens incorporels sont des objets de propriété au même titre que les biens corporels. Ce courant doctrinal est « *encore plus admissible s'agissant des biens incorporels non informationnels, biens localisables dans l'espace et susceptibles d'une appréhension sans partage* »¹⁴⁹⁵. Il convient d'ailleurs d'ajouter que l'article 565 du Code civil fait référence aux « choses mobilières » et non pas aux choses corporelles.

700. Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence ait admis le jeu de l'accession au sein d'une universalité. Elle a eu l'occasion de le faire dans le domaine des régimes matrimoniaux¹⁴⁹⁶. C'est ainsi que l'accession a été reconnue comme possible lorsque, par exemple, un véhicule a été acquis à l'aide de deniers communs pour servir à l'exploitation d'un cabinet d'assurance propre¹⁴⁹⁷, ou lorsque du matériel agricole a été acquis avec des deniers communs et qu'il est utilisé sur un fonds rural propre¹⁴⁹⁸, ou encore lorsque le matériel et les marchandises sont acquis avec des fonds communs et affectés à l'exploitation d'un fonds de commerce propre¹⁴⁹⁹. Dans ces hypothèses, la communauté dépossédée par

¹⁴⁹² R.-J. POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae (Pandectes de Justinien)*, Paris, 1820, vol. 4, p. 11.

¹⁴⁹³ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », art. préc., p. 310.

¹⁴⁹⁴ *Ibidi*.

¹⁴⁹⁵ S. BECQUET, *Le bien industriel*, th. préc., n° 151, p. 369.

¹⁴⁹⁶ La jurisprudence admet le déclenchement de l'accession en cas de simple affectation d'un bien commun à un bien propre. V. sur ce point W. DROSS, *Droit civil, Les choses*, *op.cit.*, n° 398-1.

¹⁴⁹⁷ Cass. Civ., 8 nov. 1989 : *JCP G.* 1991, II, 21750, PH. SIMLER ; *Bull. civ.* 1989, I, n° 340.

¹⁴⁹⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1995 : *Bull. civ.* 1995, I, n° 4 ; *D.* 1995, p. 328, obs. M. GRIMALDI ; *Defr.* 1996, art. 36358, p. 818, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD.Civ.* 1996, p. 969, obs. P. VAREILLE.

¹⁴⁹⁹ Cass. Req., 25 oct. 1909, *DP.* 1910, 1, p. 257 ; CA Rennes, 9 juin 1928, *DP.* 1929, 2, p. 129 ; CA Caen, 28 mars 1930, *DH.* 1930, p. 322 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 1979 : *Bull. civ.* 1979, I, n° 32 ; *Defr.* 1979, art. 31954, p. 624, obs. A. COLOMER.

l'effet de l'accession a droit à récompense contre l'universalité dans laquelle se retrouve la chose accessoire¹⁵⁰⁰.

L'accession joue aussi dans les universalités hors des régimes matrimoniaux, avec le fonds de commerce, notamment en cas d'incorporation dans le fonds d'éléments nouveaux appartenant à autrui¹⁵⁰¹ et en cas d'extension du domaine d'activité¹⁵⁰². De même, à propos de l'utilisation d'une enseigne apposée par un gérant de fonds de commerce, la cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 29 janvier 1951¹⁵⁰³, que l'enseigne n'appartient pas au gérant, car, servant à regrouper la clientèle et à la retenir, elle fait partie du fonds. Elle y pose le principe selon lequel, si « *le gérant peut conserver les éléments qu'il a ajoutés au fonds et qui demeurent sa propriété personnelle, il en est autrement de ceux qui ne peuvent être détachés du fonds sans porter atteinte à son intégrité* »¹⁵⁰⁴¹⁵⁰⁵.

Toutefois, cette jurisprudence présente l'inconvénient d'assimiler les spécificités de fonctionnement du bien universel à celles de la chose composite. Le risque est donc de rattacher le bien universel à la catégorie des choses composites¹⁵⁰⁶, et d'altérer ses spécificités de fonctionnements. Surtout, elle occasionne une grande insécurité juridique. Il est donc nécessaire de renouveler l'analyse.

701. **Proposition.** Le bien universel se caractérise substantiellement par l'idée de communauté d'affectation. Partant, il invite à une approche *ut universi* des biens. Cette approche se caractérise par l'absence de mélange ou de confusion des biens entre eux et par l'asservissement de leur usage à une fin commune. Dans les principes, le propriétaire évincé devrait être autorisé à exercer une action en revendication pour pouvoir reprendre un élément du bien universel qui lui appartient.

Toutefois, il convient de rappeler que la communauté d'affectation forme la structure du bien universel et qu'elle conditionne son existence. Aussi, la solution qui précède devrait

¹⁵⁰⁰ W. DROSS, *Le mécanisme de l'accession : éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, th. préc., n° 69 et 458.

¹⁵⁰¹ Il a ainsi été refusé au propriétaire de machines installées dans un fonds de commerce de les reprendre en nature en raison de l'application du mécanisme d'accession des machines au fonds. V. Cass. Civ. 3^e, 6 nov. 1950 : *JCP G.* 1952, II, 6702, A. COHEN.

¹⁵⁰² Cass. Com., 5 févr. 2013, n° 11-28.829.

¹⁵⁰³ CA Paris, 29 janv. 1951. *JCP G.* 1953, II, 7526 ; *D.* 1951, jurispr. p. 191.

¹⁵⁰⁴ N. BINCTIN, *Juris.-Cl. Civ.*, n° 85, « Propriété. – Droit d'accession relativement aux choses mobilières ».

¹⁵⁰⁵ Cette position jurisprudentielle a été confirmée par la suite, toujours à propos d'une enseigne. Les juges affirment que le propriétaire du fonds de commerce peut utiliser l'enseigne du gérant bien qu'elle diffère de celle qui existait à l'origine par suite de modifications apportées par le locataire-gérant. V. CA Fort-de-France, 12 mars 1981, Crico c/Marie-Claire. *JCP G.* 1981, IV, 386 ; *RTD.Com.* 1982, p. 90, n° 9, obs. J. DERRUPPE.

¹⁵⁰⁶ V. sur ce point E. MEILLER, « L'universalité de fait », art. préc.

souffrir une exception lorsque la revendication risque d'altérer le bien nouveau qui procède de la communauté d'affectation, autrement dit lorsque l'action en revendication risque de porter atteinte à l'existence du bien universel. En ce sens, l'on peut dire que la préservation de la valeur économique créée par la réunion des biens à une fin commune autorise le jeu de l'accession.

702. Le jeu de l'accession est intéressant, car il permet de sauvegarder les intérêts du propriétaire de l'universalité, et de préserver les intérêts pécuniaires du tiers qui souhaite agir en revendication : le propriétaire qui recueille le produit de l'union est tenu de pourvoir à une indemnisation. La théorie générale des biens n'aurait pas réellement à souffrir de la proposition que nous faisons, même si quelques éclaircissements sont nécessaires.

Les règles de l'accession par adjonction peuvent en effet parfaitement convenir à la structure du bien universel¹⁵⁰⁷. L'adjonction est la réunion de deux choses, appartenant à des propriétaires différents, en une seule, formant un bien nouveau. La particularité du procédé est qu'il opère un rapprochement des deux biens, mais ils restent l'un pour l'autre distinct et reconnaissable¹⁵⁰⁸. Ainsi, « *chacune des choses met au service de la chose nouvelle sa substance, c'est-à-dire, la configuration propre qui était la sienne avant la composition de l'ensemble* »¹⁵⁰⁹. Dès lors, le bien entrant dans la composition de l'universalité — telle une machine achetée par le détenteur d'universalité — va se mettre au service de l'affectation universelle, laquelle tire toutes les utilités qui adviennent de la machine pour répondre à l'affectation universelle. Une chose corporelle est au service d'une chose incorporelle, l'universalité.

Par la suite, la solution de principe est posée à l'article 566 du Code civil¹⁵¹⁰. Or, il nous semble que la *ratio legis* du texte s'applique sans ambages au bien universel : l'union de deux objets dans un but d'utilité ne peut être détruite sans anéantir cette utilité. Autrement dit, le bien adjoint à l'universalité ne peut être retiré sans détruire l'universalité, c'est-à-dire empêcher la poursuite de l'affectation universelle. Une logique économique commande ainsi

¹⁵⁰⁷ Art. 566 à 569 C. civ.

¹⁵⁰⁸ « *La séparation de ces deux choses est toujours physiquement concevable, encore qu'elle puisse s'accompagner de dommages* », F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 140 a).

¹⁵⁰⁹ N. BINCTIN, *Juris.-Cl. Civ.*, n° 85, « Propriété. – Droit d'accession relativement aux choses mobilières », n° 37.

¹⁵¹⁰ Art. 566 : « *Lorsque deux choses appartenant à différents maîtres, qui ont été unies de manière à former un tout, sont néanmoins séparables, en sorte que l'une puisse subsister sans l'autre, le tout appartient au maître de la chose qui forme la partie principale, à la charge de payer à l'autre la valeur, estimée à la date du paiement, de la chose qui a été unie* ».

le maintien de l'union et la conservation de l'universalité. Toutefois, le principe de l'article 566 du Code civil impose de distinguer entre le principal et l'accessoire ce qui, nous l'avons dit, est impossible dans l'universalité. Il est du reste loisible de considérer que l'universalité, bien incorporel, est le principal et que l'élément apporté est l'accessoire. À défaut, le problème peut être résolu par le fait que le Code civil fournit deux règles de conflit de propriété : le principal/accessoire qui nous l'avons précisé, est compliqué à l'endroit de l'universalité et une autre règle issue de l'article 569 du Code civil : lorsque « *de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut point être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volume si les valeurs sont à peu près égales* »¹⁵¹¹. La règle de conflit est ici largement applicable au propriétaire du bien universel. La première hypothèse prévue par l'article — la plus grande valeur — est naturelle et elle s'inscrit parfaitement dans l'esprit de l'accession et de l'universalité, bien valeur idoine. La seconde solution — le plus grand volume — est curieuse. Elle semble supposer que le propriétaire du plus gros volume l'emporte. Rapporté à la notion d'universalité, le propriétaire du plus grand nombre de biens l'emporte sur le second. Le principe rappelle celui énoncé par Planiol à propos du troupeau que nous avons explicité plus haut¹⁵¹². Aussi étrange qu'elle soit, cette solution est subsidiaire et satisfait également la structure du bien universel. Ainsi, en résumé, le propriétaire de l'universalité devrait acquérir la propriété d'un composant adjoint par un détenteur, chaque fois que la séparation risque d'altérer le bien universel, c'est-à-dire détruire l'utilité qui advient de la fédération des biens autour d'une finalité commune. Un tel résultat doit avoir lieu lorsque le composant adjoint est déterminant dans la réalisation de la finalité commune. C'est d'ailleurs généralement à partir d'une telle considération que les juges considèrent que l'usufruitier ou le locataire-gérant perd la propriété du bien qu'il a ajouté à l'universalité¹⁵¹³. En outre, l'approche proposée permet de fonder juridiquement la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, qui dans un arrêt 19 janvier 1951, a jugé que la revendication est toujours possible, sauf lorsqu'elle risque d'altérer le fonds. Notre proposition est adaptée à la spécificité du bien universel, c'est-à-dire l'analyse *ut universi* des biens qu'il livre et l'éminente importance de la communauté d'affectation.

¹⁵¹¹ Art. 569 C. civ.

¹⁵¹² R.-J. POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae (Pandectes de Justinien)*, op.cit., p. 11.

¹⁵¹³ V. à propos du locataire-gérant, F. DERRIDA, *Rep. Dr. Com.*, Dalloz, « Location-gérance de fonds de commerce », 1973, n° 380 ; V. les jurisprud. Cass. Com., 11 janv. 1960, *D.* 1960. 383 ; V. déjà CA Lyon, 29 janv. 1951, *D.* 1951. 191, *RTD.Com.* 1951, p. 750, *JCP G.* 1953. II. 7526, réformant T. com. Lyon, 19 déc. 1950, *D.* 1950. 275, *RTD.Com.* 1950, p. 400, obs. A. JAUFFRET ; CA Fort-de-France, 12 mars 1981, *RTD.Com.* 1982, p. 90, obs. J. DERRUPPE.

703. La proposition que nous effectuons peut également avoir le mérite d'expliciter la *ratio legis* de l'article L. 624-16 du Code de commerce¹⁵¹⁴, source de nombreux conflits¹⁵¹⁵. Selon cet article, pour que la revendication du bien vendu et non payé, intégré dans une universalité, puisse se réaliser, il est nécessaire qu'il existe en nature au moment de l'exercice de l'action. En pratique, cela concerne généralement les situations où un commerçant ou un fiduciaire acquiert un bien, l'intègre à l'universalité, mais il n'en est pas encore propriétaire du fait de la clause de réserve de propriété. Or, l'article fait échec à la clause lorsque le bien n'est plus en « nature » dans l'universalité au moment de l'action. L'hypothèse visée est celle où le bien incorporé, du fait de l'immobilisation par incorporation, va perdre sa nature de meuble au profit de celle d'immeuble¹⁵¹⁶. Toutefois, l'article invoque l'immobilisation moins pour se référer à la dimension technique de l'institution, que pour faire référence à la protection juridique de l'activité économique¹⁵¹⁷ — du fonds de commerce par exemple. Le concept est mal choisi. S'agissant des exemples visés par l'article L. 624-16 du Code de commerce, ils reposent généralement sur la technique de l'universalité, non de l'immobilisation. En outre, la technique de l'immobilisation suppose une identité de propriétaire entre le bien meuble et le bien immeuble, ce qui ne sera pas le cas lorsque le bien fait l'objet d'une clause de réserve de propriété. L'alinéa 2 de l'article L. 624-16 du Code de commerce est donc privé d'effet¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁴ Art. L. 624-16 C. com. : « *Peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur ou ceux transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant.*

Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété. Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties.

La revendication en nature peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien lorsque la séparation de ces biens peut être effectuée sans qu'ils en subissent un dommage. La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur ou de toute personne les détenant pour son compte.

Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut également, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement. Le paiement du prix est alors assimilé à celui des créances mentionnées au I de l'article L. 622-17 ».

¹⁵¹⁵ V. par ex. Cass. Com., 10 mars 2015, n° 13-23.424 ; *D.* 2015, p. 677, obs. A. LIENHARD ; *Rev. Soc.* 2015, p. 410, obs. PH. ROUSSEL GALLE ; *RTD.Civ.* 2015, p. 443, obs. P. CROCQ ; *RTD.Com.* 2015, p. 375, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E.* 2015, n° 25, p. 33, obs. J.-B. SEUBE ; *Dr. et patr.* juin 2015, p. 87, obs. TH. REVET et J.-B. SEUBE ; *Gaz. Pal.* 1^{er} mai 2015, p. 40, note E. LE CORRE-BROLY ; *RTDI.* avr. 2015. 50, obs. J. SENECHAL ; *RTD.Civ.* 2015, p. 648, note W. DROSS.

¹⁵¹⁶ Avant la réforme de 1994, l'article prévoyait que « *la revendication en nature peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien mobilier lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage pour les biens eux-mêmes et le bien dans lequel ils sont incorporés* ».

¹⁵¹⁷ En ce sens, W. Dross, note ss. Cass. Com., 10 mars 2015, n° 13-23.424, *RTD.Civ.* 2015, p. 648.

¹⁵¹⁸ L'alinéa 2 de l'article L. 625-16 du Code de commerce précise que « *Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété. Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties* ».

L'article ne devrait donc pas viser le cas où un bien meuble est incorporé à un immeuble — accession par incorporation —, mais le cas où un bien meuble est adjoind à un autre bien meuble incorporel — l'accession par adjonction —, dont nous défendons le jeu dans l'universalité. En effet, cela permettrait de considérer que dès lors que le meuble adjoind est nécessaire à l'activité économique, le propriétaire de l'universalité acquiert la propriété du bien meuble. La solution proposée est conforme à la *ratio legis* du texte : la raison n'est pas tant de préserver la communauté d'affectation et l'existence de l'universalité que, s'agissant de dispositions relatives aux procédures collectives, d'offrir une entité économique opérationnelle et en tirer un meilleur prix.

Conclusion section.

704. La protection du contenu concerne donc exclusivement la protection des composants contre leur revendication. Le mécanisme de l'accession par adjonction offre ainsi une solution opportune. S'il est nécessaire d'explicitier la règle du fait de la nature universelle du bien, le droit civil s'accommode néanmoins parfaitement du recours du mécanisme de l'accession dans la technique de l'universalité.

SECTION II. LA PROTECTION DU CONTENANT

705. Le bien universel est l'utilité fédératrice qui advient de la communauté d'affectation de plusieurs biens. Il est un bien d'étoffe idéale, dépendant de l'interdépendance fonctionnelle qui est établie entre les composants. Nous avons vu que ces composants sont sujets à des changements dans l'intérêt commun qui gouverne l'universalité. Mais d'autres changements, inamicaux, ceux-là menacent l'universalité. La structure universelle en elle-même peut être néfaste. Certaines situations, en provoquant la fragmentation de l'universalité, peuvent lui être fatales. Des interventions législatives ont été nécessaires pour sauvegarder les ensembles économiques. Il en est notamment ainsi en cas de décès du propriétaire de l'universalité, pour éviter un morcellement de celle-ci sous l'effet du partage (I.), mais également dans l'hypothèse où il est défailant et où les créanciers souhaitent saisir les éléments du fonds (II.).

I) La protection de l'universalité lors du décès du propriétaire

706. L'utilité de la fédération provient de l'affectation décidée par le propriétaire de l'universalité lors de sa création. Cette volonté, cristallisée dans un ensemble de biens, n'existe qu'autant que le propriétaire de l'universalité la matérialise, soit intérieurement, soit extérieurement à l'aide d'un acte juridique. Partant, le décès du propriétaire entraîne corrélativement l'évanouissement de la destinée qu'il avait imprimée dans l'ensemble de biens, donc la disparition de l'universalité en tant que bien autonome¹⁵¹⁹. La disparition du lien intellectuel d'affectation choisi par le propriétaire décédé a pour conséquence de démanteler l'universalité, et partant, de la dévaloriser. Les héritiers ont ainsi généralement intérêt à préserver la communauté d'affectation. Le cas échéant, il sera dès lors nécessaire d'éviter que le bien soit morcelé du fait du partage. Conscient de cette réalité économique, le législateur a trouvé des palliatifs pour protéger l'existence du bien. Il en est ainsi de l'article 830 du Code civil qui dispose que « *dans la formation et composition des lots, on s'efforce d'éviter de diviser les unités économiques et autres ensembles de biens dont le fractionnement entraînerait la dépréciation* ». De même, les articles 831 et suivants du Code civil, organisent le mécanisme de l'attribution préférentielle¹⁵²⁰. L'intérêt de ces dispositions est de rendre juridiquement indivisible ce qui est naturellement séparable¹⁵²¹. En somme, la logique de non-morcellement de l'universalité est un souhait législatif de protéger l'ensemble contre le « *“hachoir” du partage* »¹⁵²².

707. **L'attribution préférentielle.** Le domaine de l'attribution préférentielle n'a eu de cesse de s'étendre¹⁵²³, même si son domaine de prédilection reste celui de la famille¹⁵²⁴. Du reste, initialement cantonnée aux exploitations agricoles, l'attribution préférentielle concerne aujourd'hui les entreprises commerciales, industrielles, artisanales et libérales¹⁵²⁵ et les locaux d'habitation. L'article 831 du Code civil vise les entreprises ce qui, très opportunément,

¹⁵¹⁹ Le meilleur exemple de ce que nous affirmons figure à l'article L. 526-15 du Code de commerce : le décès de l'entrepreneur entraîne cessation de l'affectation.

¹⁵²⁰ Sur l'évolution de l'attribution préférentielle : F. ZÉNATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 428.

¹⁵²¹ L'article 1476 du Code civil renvoie à l'article 832 du même Code.

¹⁵²² F. ZÉNATI-CASTAING et TH. REVET, *Cours de droit civil, Les biens, op.cit.*, n° 428.

¹⁵²³ Sur l'attribution préférentielle de l'universalité de fait : A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., n° 316 à 320, p. 210.

¹⁵²⁴ À cet égard le concubin ne peut demander l'attribution préférentielle d'une exploitation indivise avec sa concubine : Cass. Civ. 1^{ère}, 9 déc. 2003, n° 02-12.884, *Bull. civ. I*, n° 253.

¹⁵²⁵ L'article 831 du Code civil ne distingue pas entre les différentes unités économiques, tant s'en faut. V. sur ce point : C. BRENNER, *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « partage mode d'attribution spécifique », janv. 2009 (actua. Avr. 2018), n° 168 à 173.

permet d'inclure les immeubles et les contrats dans l'assiette de l'attribution¹⁵²⁶. La condition qui préside à l'attribution préférentielle est calquée sur la structure du bien universel. Elle suppose une unité économique gouvernée par un lien fonctionnel. Partant, elle tend à assurer la poursuite de l'activité et de l'exploitation. Par exemple, « *un espace forestier d'intérêt cynégétique, dépourvu de la vocation rurale qu'implique la possibilité d'appropriation des produits du sol* » ne peut être qualifié d'exploitation à caractère agricole et ne peut donc pas faire l'objet d'une attribution préférentielle¹⁵²⁷. Le contenu du bien universel objet de l'attribution se détermine selon l'interdépendance fonctionnelle du contenant et du contenu : quels sont les éléments nécessaires à la poursuite de l'affectation et de l'exploitation du bien ? L'analyse de la communauté d'affectation est à cet instant pertinent, car, en cas de difficulté dans le partage¹⁵²⁸, elle permet d'apprécier l'importance relative des éléments au regard de la finalité d'ensemble à laquelle ils sont consacrés, donc la possible vente des moins importants d'entre eux pour désintéresser les héritiers.

708. L'article 832-2 du Code civil témoigne également de cette volonté du législateur de protéger les biens universels envisagés comme des unités économiques. En cas de demandes concurrentes d'attribution préférentielle, il prévoit que « *le tribunal tient compte de l'aptitude des différents postulants à gérer les biens en cause et à s'y maintenir* », et « *pour l'entreprise, le tribunal tient compte en particulier de la durée de la participation personnelle à l'activité* ».

709. Le domaine de l'attribution préférentielle n'a cessé de s'élargir. Il comprend aujourd'hui, les indivisions postcommunautaires (art. 1476 C. civ), les indivisions entre époux séparés de biens (art. 1542 C. civ.), les indivisions postsociales (art. 1844-9 C. civ), pour les partenaires d'un PACS (art. 515-6 C. civ.).

710. **La protection des unités économiques.** L'article 830 du Code civil cherche à préserver les unités économiques : « *Dans la formation et la composition des lots, on s'efforce d'éviter de diviser les unités économiques et autres ensembles de biens dont le fractionnement entraînerait la dépréciation* ». Son domaine d'application est donc plus large que l'article 831 du même Code qui concerne l'attribution préférentielle, mais il conduit, peu ou prou, à un résultat similaire. Le texte envisage, non seulement les unités économiques, mais plus

¹⁵²⁶ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 211, n° 318.

¹⁵²⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 févr. 1987, *RTD.Civ.* 1988, p. 557, note J. PATARIN. Dans un sens similaire : Cass. Civ. 1^{ère}, 11 mars 1970, *Bull. civ.*, I, n° 95, p. 76, *RTD.Civ.* 1970, p. 598, obs. R. SAVATIER ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 sept. 2005, n° 04-13.852, *AJ fam.* 2005. 454 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 20 sept. 2006, *RDR.* 2006, p. 25.

¹⁵²⁸ Depuis la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, l'article 826 prévoit l'égalité en valeur dans le partage.

généralement les « *ensembles de biens* ». Le texte vise donc expressément les universalités qui, par nature, sont un ensemble de biens. Nous pouvons même ajouter que le texte vise exclusivement l'universalité puisqu'il s'agit des ensembles de biens dont le fractionnement entraînerait dépréciation ce qui postule qu'une valeur nouvelle advienne de l'ensemble et qui résulte de la communauté d'affectation : l'utilité de la fédération¹⁵²⁹.

711. Le fonctionnement du mécanisme de l'article 830 est facilité par le fait que l'égalité dans le partage des biens issus de toute indivision a lieu en valeur¹⁵³⁰. Il est ainsi plus aisé de préserver l'unité de l'universalité dès lors que la valeur qui lui est attribuée peut être répartie entre les co-indivisaires, indépendamment du fait que l'un d'eux récupère plus en nature.

712. **Le cas de l'EIRL.** En marge du droit commun des successions, la loi organise la reprise du bien universel de l'entrepreneur à responsabilité limitée décédé. À l'instar de l'attribution préférentielle, elle permet à un héritier de continuer l'activité professionnelle du défunt EIRL, en manifestant « *son intention de poursuivre l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine était affecté* »¹⁵³¹ et en « *faire porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de déclaration* » d'affectation initiale « *dans un délai de trois mois à compter de la date du décès* »¹⁵³². Sitôt sa volonté de poursuivre manifestée, l'héritier doit déposer une déclaration de reprise au même registre¹⁵³³. La reprise de l'universalité de l'EIRL ne pourra avoir lieu qu'après partage et vente de certains biens pour les besoins de la succession¹⁵³⁴. En l'absence de litige entre les héritiers, la reprise sera amiable et l'héritier repreneur pourra demander que l'entreprise lui soit intégralement attribuée, ce qui évitera le fractionnement de l'unité économique. En pratique, si la valeur de l'entreprise reprise dépasse sa part successorale, il sera tenu au paiement d'une soulte au profit de ses cohéritiers.

713. À l'analyse, ces dispositions font double emploi avec l'article 830 du Code civil. Il est donc légitime de douter de leur pertinence. D'autant qu'elles ne précisent pas ce qu'il advient du bien, passé le délai de trois mois dans lequel l'héritier continuateur doit se manifester. Tout au plus, elles restreignent le domaine d'application de l'attribution préférentielle puisqu'elle ne s'applique qu'à des héritiers. En théorie, l'article 830 du Code civil devrait donc prendre le relais, et de la sorte, offrir la possibilité de sauvegarder l'unité économique à un public plus

¹⁵²⁹ L'utilisation du singulier « la dépréciation » fait référence à « l'ensemble », non « aux biens ». Cela postule que la valeur de l'ensemble ne soit pas égale à l'addition des biens. L'article vise donc le bien universel.

¹⁵³⁰ Art. 826 C. civ.

¹⁵³¹ Art. L. 526-16 C. com.

¹⁵³² Les délais dérogent à ceux de droit commun concernant le droit d'option.

¹⁵³³ Art. R. 526-16 C. com.

¹⁵³⁴ Art. L. 526-16, al. 2, C. com.

large¹⁵³⁵. D'ailleurs, il semble même que l'article 830 suffise à lui seul. Malgré une maladresse d'expression – unité économique et ensemble de biens –, l'article vise, nous l'avons dit, expressément l'universalité¹⁵³⁶, à tout le moins tel que l'on s'attache à la révéler¹⁵³⁷, aussi, nul besoin d'une disposition supplémentaire. Logiquement, la présence d'un bien universel devrait même, *de jure*, imposer l'application de l'article 830 du Code civil. Cela permettrait de protéger le bien contre le caractère universel qui peut lui faire défaut. Cette protection est également nécessaire lorsque le propriétaire du bien universel éprouve des difficultés financières.

II) La protection en cas de défaillance financière du propriétaire

714. **Vente sur conversion de saisie-vente.** La défaillance du débiteur devrait entraîner la saisie de ses biens. S'il est commerçant, ses créanciers pourraient saisir son fonds de commerce pour se désintéresser sur sa vente forcée. Mais ils pourraient également saisir les biens qui composent l'universalité. La vente séparée des éléments d'une universalité est matériellement permise par le fait que les biens sont liés entre eux par un simple lien intellectuel d'affectation. Toutefois, elle entraîne logiquement le démembrement du fonds et donc sa dépréciation. Une telle situation est néfaste pour le commerçant, mais également pour ses créanciers qui perdent un bien d'une valeur économique potentiellement importante. Pour éviter une telle situation, le législateur a prévu que « *tout créancier qui exerce des poursuites de saisie-exécution, et le débiteur contre lequel elles sont exercées, peuvent demander, devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds, la vente du fonds de commerce du saisi avec le matériel et les marchandises qui en dépendent* »¹⁵³⁸. C'est ainsi qu'un créancier nanti peut requérir la vente en bloc du fonds de commerce de son débiteur¹⁵³⁹.

715. La vente globale sur conversion de la saisie-vente peut être demandée par les créanciers saisissants, mais également par le débiteur, qu'il s'agisse d'une créance civile ou commerciale. L'avantage pour ce dernier est obtenir une valeur économique plus importante

¹⁵³⁵ Les articles 831 et 833 réservent l'action préférentielle au conjoint survivant, aux héritiers copropriétaires et aux associés.

¹⁵³⁶ Même si l'article 831 du Code civil vise les entreprises agricoles, commerciales, libérales et artisanales, la combinaison des articles 826 et 830 du même Code laisse place à une interprétation plus large.

¹⁵³⁷ À l'instar de nos développements relatifs à la nature du bien universel, l'article 830 du Code civil intègre tous les éléments affectés à la finalité d'ensemble. Cela comprend logiquement les biens mobiliers, immobiliers, les contrats et les créances.

¹⁵³⁸ Art. L. 143-3, al. 1^{er} C. com.

¹⁵³⁹ Cass. Com., 3 nov. 1970, n° 68-11.793 ; *RTD.Com.* 1971, p. 654, obs. A. JAUFFRET.

que si le fonds était vendu élément par élément, et dès lors, cela lui assurerait une meilleure réalisation de son gage¹⁵⁴⁰. **Vente à la requête d'un créancier inscrit.** À côté de la saisie, le législateur est intervenu, dans un esprit similaire (art. L. 143-10 du Code de commerce) pour éviter une dépréciation de la valeur du fonds résultant de l'aliénation d'éléments isolés. Les créanciers peuvent aussi demander la vente globale du fonds. S'ils sont inscrits, ils peuvent, en cas de « *vente séparée d'un ou plusieurs éléments d'un fonds de commerce grevé d'inscriptions* » poursuivi soit sur saisie-vente, soit selon les règles propres au droit du fonds de commerce, demander à ce qu'il soit procédé à la vente de tous les éléments du fonds.

716. **Vente à la requête d'un créancier chirographaire.** Saisi d'une demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation du fonds, le tribunal peut, si le créancier le requiert, ordonner par le même jugement la vente du fonds¹⁵⁴¹. L'intérêt de cette procédure, pour le créancier, est d'éviter de procéder à une saisie-vente puis de requérir la vente globale du fonds en application de l'article L. 143-3 du Code de commerce. Des conditions particulières président néanmoins à son application. Il faut que le créancier démontre que sa créance se rattache à l'exploitation et qu'elle existe contre son propriétaire¹⁵⁴².

717. **Principe général de saisie du bien universel.** Nous avons vu, lors de la vente d'universalité et des garanties offertes au vendeur, qu'il est également possible, en vertu des principes matriciels du droit des procédures civiles et voies d'exécution, de forcer indirectement le créancier à saisir le bien universel plutôt que ses composants¹⁵⁴³. La saisie d'un élément isolé conduit à déprécier le bien universel ce qui justifie que le débiteur puisse, sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 22 de la loi du 9 juillet 1991, montrer le caractère abusif de la saisie du créancier — lorsqu'elle porte sur un composant — et privilégier la saisie de l'ensemble.

Conclusion section.

718. La protection du contenant procède d'une prise de conscience du législateur de la nécessité de préserver l'universalité contre les vicissitudes juridiques dont elle est susceptible de faire l'objet. Ainsi, les différentes situations d'indivisions prévues par le Code civil ne doivent pas conduire, tant que possible, au démantèlement de l'universalité. Par ce fait, il peut être préférable d'attribuer le bien à une personne en particulier. Ce qu'il y a d'admirable dans

¹⁵⁴⁰ CA Paris, 21 nov. 1961, *D.* 1962. Somm. 30 ; CA Lyon, 28 oct. 1913, préc.

¹⁵⁴¹ Art. L. 143-8 C. com.

¹⁵⁴² La procédure de l'article L. 143-8 du Code de commerce ne peut donc être utilisée par les fournisseurs contre un locataire-gérant pour obtenir la cession du fonds. V. Ch. Req., 22 févr. 1939 *DP.* 1940. 1. 5, note G. RIPERT.

¹⁵⁴³ V. *supra*, n° 585 et suiv.

ces dispositions, c'est que le législateur s'est donné les moyens de préserver en nature l'universalité. Il l'a fait en privilégiant l'égalité en valeur plutôt qu'en nature lors du partage et en tentant de préserver l'unité économique. De même, le législateur a tenté de privilégier la vente de l'universalité qu'est le fonds de commerce plutôt que la saisie, par les créanciers, d'un des composants.

Conclusion chapitre.

719. La structure universelle du bien d'universalité appelle à la mise en œuvre de règles juridiques qui lui sont propres. Comme ce bien est constitué de l'utilité de la fédération de plusieurs biens, il est exposé à leurs changements et variations. Sa structure dynamique peut lui être néfaste. En effet, il est possible qu'un tiers, anciennement administrateur du bien universel par exemple, souhaite revendiquer un composant. En théorie, rien n'empêche ce tiers d'exercer son action en revendication puisque l'universalité à cette vertu particulière de lier les biens entre eux de manière intellectuelle grâce à l'affectation. En pratique, l'action en revendication, si elle aboutit, peut conduire à la disparition de l'universalité. Il peut en être ainsi lorsque le bien revendiqué est primordial pour le maintien de la communauté d'affectation. En pareille hypothèse, nous avons proposé l'application des règles de l'accession par adjonction. Cela suppose néanmoins de reconnaître l'accession entre biens incorporels.

Le législateur a également considéré qu'il était nécessaire de préserver l'utilité de la fédération, autrement dit, l'universalité. C'est ainsi qu'il évite, lors d'une situation d'indivision, que le partage conduise à un morcellement du bien. C'est dans une démarche similaire que le législateur a, par souci économique, proposé des solutions assurant la protection du contenant, en imposant la conservation de la cohérence unificatrice et, avec elle, la survie du bien universel. Il s'agit donc de règles adaptées à la structure de ce type de bien.

Conclusion Titre.

720. La mise en œuvre de la conception moniste de l'universalité permet de dégager un régime juridique du bien universel. Ce régime, applicable à tous les ensembles de biens que nous avons qualifiés d'universalités, résulte de la combinaison de différentes dispositions législatives et de solutions jurisprudentielles. Il est complété et enrichi par des propositions que nous avons faites pour prendre acte de la réité de l'universalité et en tirer toutes les conséquences.

721. Le statut de l'universalité ressemble beaucoup à celui des autres biens. L'universalité peut faire l'objet d'un droit, non seulement d'un droit de propriété, mais aussi d'un droit réel sur la chose d'autrui. Comme tout propriétaire, celui d'un bien universel peut en concéder la jouissance à un tiers. Ce qui est particulier dans la situation qui en résulte, c'est que, lorsque, ce qui est le cas le plus fréquent, le détenteur précaire est tenu de conserver la chose, cette obligation se traduit, dans le cas de l'universalité par un devoir de préserver l'utilité de la fédération et la communauté d'affectation. Ce qui est aussi original, c'est qu'il appartient au détenteur de faire face au changement et à la variation des composants qui sont inhérents à l'universalité, au besoin, s'il en va de la conservation de la substance de l'ensemble, en remplaçant certains d'entre eux. Cet acte d'aliénation du contenu s'analyse comme un acte de gestion et d'administration du contenant, assiette réelle de son droit. Le détenteur qui aliène un composant de l'universalité n'accomplit cet acte que dans le but de conserver la communauté d'affectation ainsi que l'utilité de la fédération et, avec elles, le bien universel. Plus qu'un droit, il s'agit d'un devoir.

722. La mise en œuvre de la conception moniste a permis de vérifier la réalité de l'universalité. On a pu observer que le bien universel est très proche des autres biens, qu'il est concerné par les mêmes actes de détention, de possession et d'aliénation qu'un bien classique, même si sa structure universelle impose la mise en place d'un régime singulier. Ce régime à part n'enlève rien au fait que l'universalité constitue une chose. Bien au contraire, cela confirme que le droit commence à intérioriser sa véritable nature juridique. Nous n'avons fait que révéler le sens de ce *corpus* de règles et en proposer de nouvelles pour remédier aux insuffisances du régime existant.

Conclusion Partie II.

723. L'esquisse d'une nouvelle approche de l'universalité a permis de révéler son unité. Cette unité résulte de plusieurs facteurs. Elle découle d'abord de ce que l'universalité est, avant tout, un ensemble de biens. Ensuite, elle résulte du fait que l'universalité est toujours un bien. Ce bien résulte de l'utilité qui s'attache à la collection de plusieurs biens. Nous avons constaté que tous les ensembles de biens se caractérisent par une dualité, ils sont à la fois un contenu et un contenant. Précisément, une interdépendance nécessaire existe entre l'un et l'autre : le contenant est l'utilité qui résulte de la fédération des contenus. Cette utilité procède du fait même de l'affectation universelle des contenus. L'universalité est fondamentalement le résultat d'une affectation.

L'affectation universelle est un acte de volonté ; elle a donc un caractère subjectif. C'est le propriétaire des biens qui décide d'affecter plusieurs de ses biens à une finalité commune. Il est nécessaire, pour la sécurité du commerce juridique, que cette volonté ait une certaine extériorité. L'acte juridique constituant l'universalité est la manifestation élémentaire de cette extériorisation. Il permet, outre la création de l'universalité, de révéler l'utilité de la fédération des biens et la volonté que le propriétaire a imprimée à leur ensemble. Pour plus de sécurité, il est soumis à une formalité de publicité dans les nouvelles universalités.

724. La conception moniste affirme donc la réité de l'universalité. Cette nature a la conséquence remarquable de mettre en dehors d'elle le passif. La dette n'est pas un bien, et par conséquent, ne peut faire partie, fût-il universel. Elle est très précisément un comportement, celui du débiteur, comportement qu'attend le créancier. Il est cependant possible, lors de sa transmission, de lier le sort du bien universel à des dettes. Ce lien peut être établi de manière conventionnelle ou même, dans certains cas, de manière légale. Il trouve sa cause dans l'idée de poursuite de l'affectation. En pareille hypothèse, la norme comportementale est reprise par un cessionnaire pour les besoins de la poursuite de l'affectation.

La réité de l'universalité, caractéristique de la conception moniste que nous proposons, peut se vérifier à travers le régime général que le présent ouvrage a tenté de dégager. L'universalité s'intègre sans difficulté dans la théorie générale des biens. À ce titre, elle est un objet de droit. Le bien universel peut faire l'objet d'une vente, ce qui matérialise le fait qu'il soit un objet de propriété. Mais il peut également faire l'objet d'un droit réel et d'une

acquisition originaire grâce à la possession. Bien évidemment, la nature universelle du bien commande que des ajustements soient effectués. Ils restent néanmoins minimes et nécessitent, bien souvent, une évolution jurisprudentielle davantage que la modification d'une disposition législative. À cet égard, l'étude des législations étrangères a infailliblement offert de remarquables perspectives.

725. Ce qui fait l'originalité du bien universel, c'est la complexité de sa structure. Il est constitué d'un ensemble de biens liés entre eux par une communauté d'affectation. Son contenu doit être en mesure de répondre à la fonction d'ensemble pour qu'il puisse continuer d'exister. Cette singularité de l'universalité a pour conséquence que son détenteur est autorisé à aliéner des composants. Sa détention précaire porte sur l'universalité, le contenant et non pas le contenu, ce qui confirme un peu plus sa réité, et c'est ce contenant qu'il doit administrer.

726. La conception moniste de l'universalité tend à reconnaître une identité de nature et une identité de régime de toutes les universalités. Cette identité se dégage de la loi et de la jurisprudence. Elle s'accroîtra probablement sous l'effet de l'évolution future du droit.

Conclusion générale

727. Nous avons commencé notre étude en constatant que la tradition confère aux notions qu'elle transmet une autorité telle que les juristes ne s'autorisent pas à les mettre en question¹⁵⁴⁴. Tel est le cas de la notion d'universalité, que l'on conceptualise de manière immémoriale, après la théorie achevée qu'en ont donné les postglossateurs, en distinguant les universalités de fait et les universalités de droit. Les docteurs médiévaux opposaient l'*universitas corporum* à l'*universitas incorporum*. La première serait composée de choses corporelles et la seconde de choses corporelles et incorporelles. Ils reconnaîtraient à l'*universitas corporum* la qualité de bien puisqu'ils auraient accepté qu'elle puisse être revendiquée à la manière des choses ordinaires. À l'inverse, l'*universitas incorporum* ne pourrait être revendiquée et elle devrait bénéficier d'une action spéciale. Cette distinction dessine deux oppositions. La première était affirmée et reconnue par les postglossateurs ; elle consiste à opposer l'universalité composée de choses corporelles et celle composée de choses incorporelles. La seconde se déduit de leur texte ; elle réside dans le fait que l'une correspond à l'idée de bien — l'*universitas corporum* — alors que l'autre y est étrangère — l'*universitas incorporum*.

La distinction a été reformulée en termes de « fait » et de « droit ». L'universalité de droit a permis de construire la théorie du patrimoine, tandis que l'universalité de fait a servi à conceptualiser le fonds de commerce, mais en se transformant, au passage, en un ensemble de choses corporelles et incorporelles. Ce glissement était de nature à amenuiser l'opposition entre les deux ensembles. Toutefois, une thèse s'intéressant à la distinction des deux ensembles a renouvelé l'analyse. Selon son auteur, Robert Gary, l'opposition entre les deux formes d'universalité procède, principalement, de la présence d'une affectation d'un actif à un passif dans l'universalité de droit et de son absence dans l'universalité de fait.

Cette thèse, qui a fait école et constitue aujourd'hui la doxa, appelle des réserves. L'idée de corrélation actif/passif trouve son origine dans la notion de patrimoine telle qu'elle a été théorisée par Aubry et Rau et a été étendue par suite à d'autres ensembles, qualifiés de « petits patrimoines ». La corrélation actif/passif suppose ce qu'on appelle l'autonomie patrimoniale du groupement, c'est-à-dire que les biens qui composent l'universalité répondent exclusivement des dettes qui en font partie. La limite de cette théorie réside dans le fait que,

¹⁵⁴⁴ V. *supra*, n° 1.

sous couvert de construire une notion générique, elle n'est, en réalité, présente dans aucun ensemble autre que le patrimoine d'Aubry et Rau. Le critère de l'affectation d'un actif à un passif est donc insuffisant pour expliquer la distinction des deux universalités. Surtout, il masque la compréhension de leur véritable opposition.

728. La théorie des universalités, édiflée par les postglossateurs, a pour terreau le droit romain, sans lequel elle n'aurait pu exister. À Rome, l'universalité sert à identifier une entité autonome particulière, la cité ou l'hérédité. Ces deux institutions, pour des raisons différentes, ont une fonction commune : penser une entité virtuelle d'appropriation et d'obligation. Cela est particulièrement vrai de la cité, qui est une entité entrant en relation avec autrui. De même, l'*hereditas* sert à traduire la continuation de la personne du défunt, par l'idée d'une succession à l'ensemble de ses rapports juridiques. Elle est une transsubstantiation de la personne du défunt dans une autre personne qui s'en trouve investie de l'ensemble des rapports juridiques de propriété et d'obligation qu'avait le défunt de son vivant. L'héritier n'acquiert pas les biens du défunt, il continue sa personne. L'hérédité n'est donc rien d'autre, en langage moderne, que la personnalité juridique du défunt. Le mécanisme de l'*hereditas jacent* est, à cet égard, topique, car il traduit l'idée que la capacité du défunt survit à sa disparition même quand il n'y a pas d'héritier pour l'accueillir dans sa personne.

La conception subjective de l'universalité n'a pas été comprise par les postglossateurs lorsqu'ils ont théorisé la notion d'universalité. Ils ont rangé l'hérédité dans les *universitas rerum*, alors qu'elle aurait pu, au contraire, servir, à l'image des *universitas personarum* pour les personnes morales, à conceptualiser la personnalité juridique des personnes physiques. Surtout, ils ont utilisé la théorie des *corpora ex distantibus*, qui servait, à Rome, à nommer le troupeau ou le haras, un ensemble limité d'objets pour désigner une entité abstraite apte à la propriété et à l'obligation.

729. La conception subjective de l'universalité a, en revanche, été parfaitement comprise par Zachariae et ses épigones, Aubry et Rau. À partir d'une lecture systémique des dispositions du Code civil relatives aux successions reprenant le principe romain de la continuation de la personne du défunt —, ces auteurs ont fondé le patrimoine sur la notion d'universalité pour théoriser la personnalité juridique. Celle-ci n'est pas fondée sur l'idée d'ensemble de biens, mais sur celle d'aptitude à acquérir et à répondre de ses engagements. Ils ont ainsi dessiné une corrélation entre la propriété — entendons là aptitude à la propriété — et l'obligation — entendons là aptitude à répondre de ses actes.

730. Il apparaît, au vu de ce raccourci de l'histoire, que la conception première de l'universalité, la conception subjective, correspond étonnamment au concept moderne de personnalité juridique. C'est là une raison suffisante pour renoncer à y chercher l'universalité, qui ne peut prétendre aujourd'hui rivaliser avec les notions de sujet de droit et de personne comprise comme aptitude qu'ignoraient les Romains. Il faut, pour découvrir le siège propre de l'universalité, renouveler l'étude des romanistes médiévaux. Fondamentalement, à travers l'idée d'*universitas rerum*, les postglossateurs nous ont légué une conception objective de l'universalité qui correspond à l'idée d'un ensemble de biens agencés d'une certaine manière par leur propriétaire. Le droit d'aujourd'hui est peuplé de ces ensembles, de la fiducie réinventée à l'antique troupeau, en passant par la très contemporaine EIRL. Ces ensembles, à l'encontre de ce que soutenait Robert Gary, correspondent tous à l'idée de bien. En effet, ils sont tous cessibles sans difficulté, ce qui justifie de les considérer comme des objets de réservation. Cette conception de l'universalité, que nous avons qualifiée d'objective en raison de ses liaisons avec les choses — corporelles et incorporelles — est le siège contemporain de l'*universitas rerum*. Elle se situe dans l'avoir général de la personne et elle est l'objet d'une réservation exclusive. Ce constat conduit à une conclusion radicale : l'universalité n'est plus, comme au Moyen Âge, dualiste, elle est devenue unitaire.

731. C'est à partir de l'universalité objective que nous avons donc proposé d'esquisser une théorie moniste de l'universalité. L'unicité de l'universalité n'est pas une création, elle est le reflet du droit positif, que nous nous sommes bornés à révéler. Son analyse rigoureuse impose le constat que tous les ensembles de biens, qualifiés d'universalités, ont une identité de nature et une identité de régime.

L'universalité est à la fois un ensemble de biens et un bien unique. À partir de ce point de départ se déroulent plusieurs conséquences. La première est que l'universalité ne contient que des choses qui, *ut singuli*, sont utiles à l'appropriation. La deuxième est que, de la réunion de ces biens, il advient une nouvelle utilité. Celle-ci, nous l'avons vu, peut être une valeur d'usage et/ou d'échange. La troisième conséquence est que l'universalité, contrairement à une idée reçue, fonctionne à l'aide d'une interdépendance du contenant et du contenu. Plus précisément, l'utilité du contenant résulte de la fédération du contenu, de sorte que l'un ne peut exister sans l'autre.

Les biens composants sont liés entre eux parce qu'ils concourent tous à l'affectation universelle. C'est leur participation à une finalité commune qui leur permet de donner une cohérence unificatrice à leur groupement. L'universalité peut, au besoin, être révélée par un

acte juridique, qui vient la consolider, mais cela suppose que l'universalité préexiste à l'acte qui la prend comme objet. Autrement dit, c'est l'universalité qui justifie l'acte, non l'acte qui crée l'universalité.

732. La définition de l'universalité proposée a pour conséquence d'écarter de sa composition la dimension passive, autrement dit la dette, qui caractérisait jusqu'à présent une variété d'universalité, l'universalité de droit. L'universalité est un ensemble de biens qui se réifie. Or, la dette n'est pas un bien. Elle est un comportement, un agir du débiteur attendu par le créancier. Il s'agit donc d'une norme comportementale qui contraint le débiteur à s'exécuter. Elle est fondamentalement subjective et c'est un défi à la logique que de la faire entrer dans la composition de l'universalité.

Ce n'est pas à dire qu'il soit impossible de lier un bien et des dettes. Une technique efficace admise par la loi consiste dans la poursuite par le cessionnaire de l'affectation de certaines dettes à l'universalité. Cela est logique, pour les besoins d'une activité juridique ou économique : le cessionnaire peut avoir intérêt à reprendre les dettes.

733. La mise en œuvre de la conception moniste permet de constater non seulement que les universalités ont une nature commune, mais aussi qu'elles se caractérisent par un régime commun. En effet, qu'il s'agisse de l'EIRL, de la fiducie, du fonds de commerce ou du troupeau, l'universalité est objet de droit. À ce titre, elle peut être transmise et elle peut faire l'objet du plus fameux des contrats spéciaux : la vente. La nature universelle du bien commande néanmoins d'être vigilant, notamment dans la mise en œuvre des garanties du droit de la vente. En effet, le vice caché, par exemple, peut affecter un élément du contenu, mais affecte-t-il pour autant l'utilité du contenant ? Il faut donc analyser l'atteinte à la communauté d'affectation pour déterminer l'existence d'une atteinte à l'universalité.

L'analyse de la communauté d'affectation est primordiale, car elle permet de comprendre l'utilité de la fédération des biens qui composent l'universalité, ferment du bien universel. Cela revêt une importance toute particulière quand l'universalité est administrée par un autre que son propriétaire. Le droit du détenteur porte sur l'universalité même, non pas sur ses composants ; c'est cette substance qu'il doit conserver et administrer. S'agissant du fonds de commerce, par exemple, le locataire-gérant doit préserver et maintenir l'exploitation du fonds. Cette obligation, l'autorise et même lui impose d'aliéner des composants de l'universalité. En effet, l'un d'eux, du fait de sa vétusté, peut devenir inapte à contribuer à la finalité d'ensemble, ce qui rend souhaitable son remplacement. L'administrateur, bien que

non-propritaire, peut aliéner cet élément, à condition de remployer les fonds pour en acquérir un nouveau qui remplira une fonction similaire.

Autre trait commun de toutes les universalités, qui explique le particularisme de leur régime, la précarité. La structure universelle d'un bien peut lui être préjudiciable. Des composants sont exposés à la revendication ou à la saisie, autant d'évènements qui menacent son intégrité. De même, l'universalité est exposée au morcellement, notamment à l'occasion d'opérations de partage. Conscient de ces réalités, le législateur est ponctuellement intervenu pour protéger l'universalité et préserver l'utilité de la fédération qui en fonde le principe. Il a, par exemple, permis d'imposer au créancier qui souhaite saisir un élément du fonds de commerce de procéder à la vente globale du fonds.

734. La prise de conscience de la réité de l'universalité peut provoquer de nouveaux développements qui permettront à ce concept de remplir plus efficacement sa fonction conceptuelle dans la pratique. La possession de l'universalité gagnerait à être affirmée sans complexe, en surmontant les réticences de l'École. Pour cela, il convient d'adopter une définition de la possession qui se détache de la référence au *corpus*, de réhabiliter la possession des biens incorporels que des siècles d'intégrisme doctrinal ont freinée. Le Code civil décide clairement que le fait de détenir un bien n'est pas le seul acte de possession envisageable et que la possession peut aussi prendre la forme de la jouissance d'un droit, et donc de l'usage d'un bien incorporel.

Autre développement possible, rien ne s'oppose à la reconnaissance du rôle l'accession dans les universalités. Chaque fois qu'un bien sert objectivement l'universalité, et qu'il en conditionne l'existence, l'accession par adjonction devrait pouvoir jouer, sans s'arrêter au fait qu'elle unit un bien incorporel à un corps ou deux biens incorporels entre eux. Le propriétaire évincé du bien adjoint recevrait une indemnité et le propriétaire de l'universalité pourrait ainsi préserver l'unité économique qu'il a créée.

735. Comprendre que les dettes ne sont pas de l'essence de l'universalité devrait conduire la jurisprudence à reconnaître sans complexe la validité la vente à l'euro symbolique lorsque l'universalité a une valeur inférieure au passif repris par le cessionnaire. Les dettes ne sont pas vendues et, comme le montrent les espèces, leur assumption est un fait extérieur à l'universalité qui peut être contrebalancé par d'autres engagements tout aussi indépendants de la masse cédée.

La jurisprudence devrait également affirmer plus avant le droit du propriétaire de l'universalité à être informé par son détenteur, de la manière dont son bien est administré. Il est souhaitable que le propriétaire de l'universalité puisse obtenir des précisions sur l'évolution de la composition de son bien, car l'universalité est fluctuante du fait des aliénations que l'administrateur est conduit à faire pour conserver la substance. Le caractère périlleux de la gestion de ce type de bien commande de tolérer une ingérence inhabituelle du propriétaire.

736. L'étude de la notion d'universalité nous a conduits à proposer quelques évolutions législatives localisées pour offrir davantage de cohérence et de sécurité juridique.

La première concerne les dettes contractées par l'EIRL et transmises à l'occasion de l'aliénation de l'entreprise. La dette est une norme comportementale attendue par le créancier du débiteur qu'il a choisi. Elle revêt donc un caractère subjectif. Il devrait, pour cette raison, s'instaurer entre le cédant et le cessionnaire une solidarité des dettes de l'exploitation. Cette solidarité est reconnue par les législations étrangères, qui la reconnaissent lors de la transmission d'entreprise. Le droit français n'y est pas étranger, puisqu'il l'admet dans les cessions de branche d'activité. Cette évolution législative apporterait, en outre, davantage de cohérence et d'unité dans le régime commun des universalités.

Une évolution serait aussi souhaitable dans la transmission de l'universalité fiduciaire à la fin du contrat de fiducie. La loi devrait préciser que l'acquéreur de l'universalité bénéficie d'une option entre la liquidation de l'universalité ou la reprise de l'affectation, c'est-à-dire la transmission de l'universalité avec les dettes y afférentes. Ensuite, elle devrait préciser, à la manière de la transmission de l'EIRL, qu'une solidarité s'instaure entre le bénéficiaire et le constituant ou le fiduciaire selon les stipulations du contrat de fiducie.

737. Faut-il aller plus loin et souhaiter un aménagement législatif du droit commun pour mieux accueillir l'universalité, dont la place est croissante dans le droit contemporain ? Les dispositions du Code civil relatives aux biens sont souvent présentées comme poussiéreuses et inaptées à saisir les nouveaux biens et les nouveaux enjeux économiques¹⁵⁴⁵. Un tel constat est un peu sévère. Sans doute la *summa divisio* meuble/immeuble ne s'impose-t-elle plus avec la

¹⁵⁴⁵ C'est à partir de ce constat que l'association Henri Capitant, présidée par Monsieur Périnet-Marquet, a proposé, le 5 juillet 2006, un avant-projet de réforme du droit des biens. La doctrine avait déjà appelé des ses vœux à constater le décalage entre l'évolution contemporaine du droit des biens et les dispositions du Code civil. V. TH. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : question pour un bicentenaire », *Dr. et patr.* Mars 2004, p. 20 et s. ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *op.cit.*, p. 297.

même fraîcheur qu'à l'époque féodale¹⁵⁴⁶. Sans doute aussi, la seule figure de l'exploitation que connaisse le Code civil se réduit à l'immobilisation par destination, ce qui paraît éloigné des réalités économiques contemporaines. Les récentes réformes législatives, comme le montre, par exemple le nouvel article 830 du Code civil¹⁵⁴⁷, recourent volontiers aux notions d'ensemble de biens ou d'unité économique pour rendre compte des unités d'exploitation abstraites et non limitées à la terre. Mis à part les doutes que trahissent ces dérives, le droit des biens issu de la tradition s'accommode assez bien du renouveau de l'universalité. L'incorporéité des biens n'a jamais été un obstacle à leur possession, ni à la constitution d'un droit réel, ni à l'exercice d'une revendication. C'est plus le classicisme des auteurs, largement influencé par le corporalisme de la théorie médiévale de l'universalité, que le Code civil qui est un frein à la pleine réception de l'universalité dans le droit commun. Ce classicisme incite la jurisprudence à n'appliquer qu'avec réticence aux choses incorporelles l'ensemble du statut des biens. Rien n'empêche d'offrir à ces biens toute la place qu'ils méritent. Les difficultés qui s'y opposent en ce qui concerne l'universalité résultent plus de la nature universelle de la chose que de sa nature incorporelle. Ce sont ces difficultés que nous nous sommes attachés à surmonter dans cet essai afin d'aider le bien universel à intégrer pleinement la théorie des biens.

¹⁵⁴⁶ V. en ce sens, TH. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », art. préc. ; H. PERINET-MARQUET, « L'immeuble et le Code civil », *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, 1804-2004, Dalloz, 2004, p. 395.

¹⁵⁴⁷ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

Annexes

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, traités et manuels

A. Histoire du droit

- ACCURSIUS (F.), *Corpus iuris civilis cum glossa ordinaria Accursii*, Lyon, 1604.
- ARNDTS, *Pandekten*, 13^e éd., 1886.
- BALDE DE UBALDI, *Commentaria ad quatuor Institutionem libros*, Lyon, 1585.
- BARTOLE, *Commentaria in primam digesti novi*, Lyon 1555.
- BEITONE (A.), GILLES (P.) et PARODI (M.), *Histoire des faits économiques et sociaux de 1945 à nos jours*, Dalloz, 3^e éd., 2006.
- BONFANTE (P.), *Corso diritto romano, La proprietà*, 1926-1928, vol. 2 (rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milan, 1963).
 - o *Histoire du droit romain*, t. I, trad. J. Varrère et F. Fournier, 3^e éd., Sirey, 1928.
 - o *Instituzioni di diritto romano*, 7^e éd., 1920.
- BOURJON, *Droit commun de la France*, t. II, « Des testaments ».
- CARBASSE (J.-M.), *Introduction historique au droit*, PUF, 8^e éd., 2019.
- COLLINET (P.), *répétitions écrites de droit romain approfondi, Le patrimoine*, D.E.S. de droit romain et d'histoire du droit, 1931-1932, Les cours du droit, Paris.
- CUQ (E.), *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 1^{er} éd., Paris, 1904.
 - o *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., Paris, 1928.
- DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007.
- DOMAT (J.), *les lois civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle éd. Savoye, 1756, t. I.
- EISELE (F.), *Beiträge zur Erkenntniss der digesteninterpolationen*, II, in « ZSS », XI, 1890.
- ESMEIN (A.), *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Sirey, 14^e éd., 1921.
- FADDA (C.) et BENZA (P.-E.), *Diritto delle Pandette*, Turin, UTET, 1906.
- FENET (P.A), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, éd. 1836, t. XII.
- GAIUS, *Gai Institutionum Commentarii Quattuor*, Leipzig, éd. E. SECKEL et B. KUEBLER, 1913.
 - o *Institutes*, trad. et annot. par REINACH (J), Les Belles Lettres, 4^e éd., 1991.

- GAUDEMET (J.), *Droit privé romain*, 3^e éd., Montchrestien, 2009.
 - o *Les institutions de l'Antiquité*, 7^e éd., Montchrestien, 2002.
- GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992.
- GIFFARD (A.E.) et VILLERS (R.), *Droit romain et Ancien droit français, Obligation*, Précis Dalloz, 4^e éd., 1976.
- GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8^e éd., Réimpr., 2003.
- GIRARD (P.-F.) et SENN (F.), *Textes de droit romain*, 6^e éd., Paris, A. Rousseau, 1937.
- GOTDEFROI (J.), *Commentaire sur le Code Théodosien*, Leipzig, 1736.
- HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008.
- HANARD (G.), *Droit romain*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- HULOT (M.), *Les cinquantes livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, 7 tomes, Paris, 1804.
- HUVELIN (P.), *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, Sirey, t. II, 1929.
- IHERING VON (R.), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. d'O. DE MEULENAERE, Librairie Marescq Aîné, t. III, 1877.
- KANT (E.), *Métaphysique des mœurs première partie, doctrine du droit*, Vrin, 2011, trad. A. PHILONENKO.
- KANTOROWICZ (E. H.), *Les deux corps du roi*, Broché, 1989.
- KELLER (D.), *Pandekten, « die oekonomische Personlichkeit »*, Leipzig, Kellmann, 1861.
- LEVY (J.-PH.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, 1^{er} éd., Dalloz, Précis, 2002.
- LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVI, Bruxelles, 1836.
- MONIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, Paris, 6^e éd., 1947, réimpression Aalen 1970.
- NORTHOFF, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeszordnung Neue Folge*, Band, XX.
- ORTOLAN (J.-L.-E.), *Généralisation du droit romain*, 12^e éd., par Labbé, Paris, 1894.
 - o *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, t. I, Paris, 3^e éd., 1844.
- OURLIAC (P) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé*, t. II *Les biens*, Paris, PUF, 1968-1971.
- PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989.
- PAUL CASTRENS, *In primam Digesti veteris partem, in Corpus iuris civilis Patauinae*, t. I, Lyon, Pierre Fradin, 1553.

- PAUL DE CASTRO, *Super prima parte Codicis*, Lyon, Nicolas de Benedictis, 1511.
- PELLAT (C.-A.), *Texte sur la dot*, 2^e éd., Paris, 1853.
- PENA (M.), *Le stoïcisme et l'Empire romain, historicité et permanence*, Marseille, PUAM, 2002.
- PETIT (E.), *Traité élémentaire de droit romain : contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la législation romaine, depuis l'origine de Rome jusqu'à l'empereur Justinien*, Rousseau, 4^e éd., Paris, 1903.
- POTHIER (R.-J.), *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae (Pandectes de Justinien)*, vol. 4, Paris, 1820.
 - *Traité de la possession et de la prescription*, Debure, Rouzeau, 1772.
- PUCHTA, *Cursus der institutionen*, vol. 3, 4^e éd., Leipzig, 1857.
- RIVIER (A.), *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*, Bruxelles, 1878.
- RIVIERE (M.), *Pandectes françaises. Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*, t. XI, 1891, Rousseau, 1929.
- SAVIGNY VON (F.C.), *Histoire du droit romain au Moyen Âge*, t. IV, trad. C. Guenoux, éd. Hingray, Paris, 1839.
 - *Traité de droit romain*, t. I, trad. C. Guenoux, Paris, F. Didot frères, 1855.
 - *Traité de la possession en droit romain*, 1^{er} éd., 1803, 7^e éd., trad. H. Staedtler, 1866.
 - *Le droit des obligations*, trad. G. GIRARDIN et P. JOZON, t. II, Paris, Durand, 1863.
- SCHEURL (A.), *Beiträge zum Bearbeitung des römischen Recht*, Erlangen, 1853.
- SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano, Lezioni ordinate curate edite da Pietro Bonfante*, Copertina flessibile, 1933.
- THIBAUT, *System des pandectenrechts*, vol. 2, Jena, 1834.
- THIREAU (J.-L.), *Introduction historique au droit*, Flammarion, 3^e éd., 2009.
- VANGEROW (K. A.), *Lehrbuch der Pandekten*, Marburg, 7^e éd., 1863.

B. Droit Français

- ACCOLAS (E.), *Manuel de droit civil*, t. II, Paris, Thorin, 2^e éd.,
- ALLIX (E.), *Traité élémentaire de science des finances et de la législation financière française*, Rousseau, 2^e éd., Paris, 1909.

- ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002.
- ATIAS (C.), *Droit civil : les biens*, LexisNexis, 12^e éd., 2014.
 - *Droit civil : les personnes, les incapacités*, Coll. Droit fondamental, PUF, 1985.
- AUBRY (C.) et RAU (CH.), *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. von Zachariae*, Cosse, 4^{ème} éd., 1869, t. II.
 - *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. von Zachariae*, t. II, Cosse, 2^e éd., 1843.
 - *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. von Zachariae*, t. V., Cosse, 4^e éd., 1869.
 - *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. von Zachariae*, t. IX, par P. Esmein, Paris, Librairies techniques, 6^e éd., 1953.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) ET CHAUVEAU (M.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. VI, *Des biens*, Paris, Larose et Tenin, 3^e éd., 1905.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de droit civil*, t. III, Larose et Forcel, Paris, 1883.
- BENABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ, 17^e éd., 2018.
- BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.), *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2^e éd., 2010.
- BERLIOZ (P.), *Droit des biens*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2014.
- BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. XI, Paris, 2^e éd., 1948.
 - *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, Rousseau, 2^e éd. Par P. Voirin, 1938.
- BONNECASE (J.), *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil*, par BAUDRY-LACANTINERIE et divers collaborateurs, Paris, Sirey, 1928.
 - *Traité de droit commercial maritime*, Paris, Sirey, 1922.
- BROS (S.) et LARROUMET (C.), *Les obligations – Le contrat, Conditions de formation*, Economica, 9^e éd., 2018.
- CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, Pédone, 2^e éd., 1904.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens*, t. 2, PUF, 22^e éd., 2000.
 - *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001.
- CASIMIR (J.-P.), CASPAR (B.) et COZIAN (M.), *Comptabilité générale de l'entreprise*, Litec, 1986.

- CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.
- COHEN (J.), *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 2^e éd., 1948.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil*, t. 2, Dalloz, 6^e éd., 1931.
- COLOMER (A.), *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. 1, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, préf. J. FLOUR, *Deffr.*, 1977.
- CORNU (G.), *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13^e éd., 2007.
- DE MALEVILLE (J.), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. II, Ganery Laporte, 1807.
- DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Rousseau, 1911, rééd., La Mémoire du droit, 2001.
- DEMOLOMBE (CH.), *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens*, Livre II, t. I, Paris, 3^e éd., 1866.
- DISSAUX (N.), *Le fonds d'entreprise*, LexisNexis, 2015.
- DROSS (W.), *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012.
- DURANTON (A.), *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. I, Paris, 2^e éd., 1828.
- FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2^e éd., 2010.
- FLOUR (J.) et SOULEAU (H.), *Droit civil : Les libéralités*, A. Colin, 1982.
- FLOUR (J.), L. AUBERT (J.), SAVAUX (E.), *Les obligations*, vol. 1, *l'acte juridique*, Sirey, 16^e éd., 2014.
- GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, Sirey, 1965.
- GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, LGDJ, 2^e éd., 1919.
- GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Le régime des créances et des dettes*, 2005, LGDJ.
- GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994.
- GHESTIN (J.), JAMIN (CH.) et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001.
- GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960.

- GUEVEL (D.), *L'entreprise, bien juridique*, Juris-service, 1994.
- HAMEL (J.), LAGARDE (G.), JAUFFRET (A.), *Droit commercial*, t. I, vol. 1 et 2, Dalloz, 1981.
- HAURIOU (M.), *Leçons sur le mouvement social, donnée à Toulouse en 1898*, Paris, Larose, 1898.
 - o *Principes de droit public*, 1910, rééd. Paris, 2010.
- HOUTCIEFF (D.), *Droit commercial*, Sirey, 4^e éd., 2016.
- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. I, *Théorie générale du droit et des Droits les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, Sirey, 3^e éd., 1938.
 - o *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Dalloz, 2^e éd., 1939.
- JULIENNE (M.), *Régime général des obligation*, LGDJ, 2^e éd., 2018.
- LAFERRIERE (J.) et WALINE (M.), *Traité élémentaire de Science et de législation financières*, LGDJ, 1952.
- LARROUMET (C.) et MALLET-BRICOUT (B.), *Les biens, droits réels principaux*, Economica, 6^e éd., 2019.
- LARROUMET (C.) et AYNES (A.), *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, t. I, Economica, 6^e éd., 2013.
- LEBRE (G.), LEBRE (A.) et HARTMANN (G.), *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, Paris, 1887.
- LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996.
- LEVI (A.), GARBIT (P.), AZEMA (J.) et VALLENS (J.-L.), *Le Lamy droit commercial*, 2015.
- MALAURIE (PH.) ET AYNES (L.), *Droit des personnes, Defr.*, 10^e éd., 2018.
 - o *Les biens, Defr.*, 7^e éd., 2017.
- MALAURIE (PH.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations, Defr.* 10^e éd., 2018.
- MALINVAUD (PH.), *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 14^e éd., 2013.
- MARCADE (V.), *Explication du Code Napoléon*, Cotillon, 2^e éd., 1844.
- MARTINEZ (J.-C.) et DI MALTA (P.), *Droit budgétaire*, Litec, 3^e éd., 1999.
- MARTY (G.), RAYNAUD (P.), JESTAZ (PH.), *Les obligations*, t. II, *le régime*, Sirey, 2^e éd., 1989.

- MASSE (G.) ET VERGE (CH.), *Le droit civil français par Zachariae* (C. S.), t. II, Paris, 1857.
- MATHIEU (M.-L.), *Droit civil, Les biens*, Sirey, 3^e éd., 2013.
- MAYAUX (L.), *Droit civil, les personnes*, Ellipses, 1997.
- MAZEAUD (H., L. et J.), CHABAS (F.), *Leçon de droit civil, Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, Montchrestien, 8^e éd., 1994.
 - *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998.
 - *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, vol. 2, Montchrestien, 6^e éd., 1983.
- MAZEAUD (H., L. ET J.), *Leçon de droit civil*, t. I, vol. 1 : *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 8^e éd., 1986.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français, Les biens*, t. 3, par M. PICARD, Paris, LGDJ, 1926.
- PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, t. 3, 1824,.
- RIPERT (G.) et BOULANGER (G.), *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol*, t. 3, Paris, LGDJ, 1958.
- ROGUIN (E), *La règle de droit*, Lausanne, Rouge, 1889.
- SALEILLES (R.), *Essai sur la théorie générale de l'obligation : d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, 1890.
 - *De la personnalité juridique : histoire et théorie, vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé*, Rousseau, 2^e éd., 1922
- SAVATIER (R.), *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, Dalloz, 2^e éd., 1969.
 - *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz, 1969.
 - *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^e série, approfondissement renouvelé, Dalloz, 1959.
- SERIAUX (A.), *Les successions, les libéralités*, Ellipses, 2^e éd., 2018.
- STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, Litec, 5^e éd., 2000.
 - *Obligations, Responsabilité délictuelle*, Litec, 3^e éd., 1989.
- STRICKLER (Y.), *Les biens*, PUF, 2006.
- TAORMINA (G.), *Introduction à l'étude du droit*, PUAM, 2005.
- TERRE (F.) et SIMLER (PH.), *Droit civil, les biens*, Dalloz, 8^e éd., Précis, 2010.

- TERRE (F.), SIMLER (PH.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2018.
- VILLEY (M.), *Leçon d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, rééd. 2002.
- ZACHARIAE (C.-S.), *Handbuch des Französischen Civilrechts*, vierte Auflage, J.-C.-B. Mohr, Heidelberg, 1837.
- ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (TH.), *Cours de droit civil, les biens*, PUF, 3^e éd., 2008.
 - o *Cours de droit civil, obligations, Régime*, PUF, 2013.
 - o *Cours de droit civil, successions*, PUF, 2012.
 - o *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006.

C. Droits Étrangers

- BEAULNE (J.), *Droit des fiducies*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2^e éd., 2005.
- BERAUDO (J.-P.) et TIRARD (J.-M.), *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy et Finance, 2006.
- CAPELLE (K.H.), *Handelsrecht*, 17^e éd., Munich, 1975.
- DE PAGE (H.) et DEKKERS (R.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1952,
- FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Précis, Dalloz, 1997.
- FERRI (G.), *Manuale di diritto commerciale*, 3^e éd., Turin, 1972.
- FROMONT (M.), KNETSCH (J.), *Droit privé Allemand*, LGDJ, 2^e éd., 2017.
- GHIRON (M.), *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, Unione Tipografico, 21^e éd., Turin.
- GIORDANO (A.), *Se possa esistere azienda senza avviamento*, Foro Italiano, 1950.
- LAMONTAGNE (D.-C.), *Biens et propriété*, Cowansville, Québec, Yvon Blais, 5e éd., 2005.
- OOSTERHOFF (A.H.), CHAMBERS (R.), MCINNES (M.) et SMITH (L.), *Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials*, Thomson Carswell, 6^e éd., 2004.
- PAPA (C.), *La garanzie nelle concessioni di credito bancario*, Milan, 1976.
- PIOTET (D.), *Traité de droit privé suisse*, vol. 5, t. II, *les droits réels limités en général, Les servitudes et les charges foncières*, Helbing Lichtenhahn Verlag Basel, 2^e éd., 2016.

II. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

A. Histoire du droit

- ANTOINE (C.-V.), *Du pécule castrense et du pécule quasi-castrense en droit romain*, thèse Nancy, 1870.
- BLOCH (R.), *Droit romain, de la venditio bonorum ; Droit français, des conflits de lois en matière de faillite internationale*, thèse Paris, 1892.
- BRUGNON (E.), *Droit romain : de peculio castrensi ; droit français : de l'usufruit légal*, thèse Paris, 1863.
- CAUWES (P.-L.), *La pétition d'hérédité en droit romain et droit français*, thèse Paris, 1865.
- GILLET (P.), *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le Code de droit canonique*, Malines, 1927.
- GIRAULT (E.), *De la pétition d'hérédité en droit romain et en droit français*, thèse Poitiers, 1865.
- HANQUET (G.), *De la venditio bonorum*, thèse Paris, 1881.
- MICHAUD-QUENTIN (P.), *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Âge latin*, Paris, 1970.
- QUEREL (J.), *De la vente d'hérédité en droit romain*, thèse Lyon, 1881.
- SAIGNAT (L.), *De la cession de droits successifs et de ses effets en droit romain et en droit français*, thèse Bordeaux, 1859.

B. Droit Français

- ABERKANE (E.), *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, 1957, LGDJ.
- ANDREU (L.), *Du changement de débiteur*, thèse Paris XI, préf. D.R. MARTIN, Dalloz, 2010.
- ANIEL-BARRAU (S.), *Le patrimoine affecté de l'EIRL : étude de droit civil*, thèse Montpellier, 2015.
- AUBRY (M.-C.), *Le patrimoine d'affectation*, thèse Paris, 2010.
- AYMERIC (N.-H.), *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, préf. A. GHOZI, éd. Panthéon-Assas, 2008.

- AYNES (L.), *La cession de contrat et les opérations à trois personnes*, thèse, Paris, Economica, 1984.
- BALIVET (B.), *Les techniques de gestion du bien d'autrui*, thèse Lyon 3, 2004.
- BARTHOU (L.), *De la distinction des biens en meubles et immeubles*, thèse Paris, 1886.
- BASTIDE (R.), *Etude critique du bénéfice d'inventaire*, thèse Paris, 1911.
- BECQUET (S.), *La spécification : essai sur le bien industriel*, thèse Lyon 3, préf. TH. REVET, LGDJ, 2005.
- BELLIVIER (F.), *Patrimoine génétique humain : étude juridique*, thèse Paris I, 1997.
- BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, préf. L. AYNES, LGDJ, 2007.
- BLANDIN (Y.), *Sûretés et bien circulant – Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, préf. A. GHOZI, Bibl. de droit privé, LGDJ., t. 567, 2016.
- BLANLUET (G.), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. CATALA et M. COZIAN, LGDJ, 1999.
- BLONDEL (P.), *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, thèse Dijon, 1969.
- BOFFA (R.), *La destination de la chose*, préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Deffr.* 2008.
- CABRILLAC (M.), *La protection du créancier dans le sûretés mobilières sans dépossession*, thèse Montpellier, 1954.
- CAZELLES (P.), *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse Paris, A. Rousseau, 1905.
- CERBAN (A.), *Étude critique sur les conditions de constitution en gage de choses incorporelles*, thèse Paris, 1897.
- CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et de biens privés, contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. UNTERMAIER, Dalloz, 2004.
- CHATAIN-AUTAJON (L.), *La notion de fonds en droit privé*, Litec, 2006.
- CLAUX (P.-J.), *La continuation de la personne du défunt par l'héritier*, thèse Paris, 1969.
- COHET (F.), *Patrimoine et entreprise*, thèse Grenoble, 1993.
- COMPARATO (F.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse Paris, Dalloz, 1963.
- CORLAY (P.), *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, préf. J.-D. BREDIN, LGDJ, 1978.
- DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Collection « Philosophie du droit », Dalloz, Paris, 1952.

- DANOS (F.), *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris, Economica, 2006.
- DE JUGLART (J.), *Obligation réelle et servitude*, thèse Bordeaux, 1937.
- DE LA GRASSERIE (M.), *La distinction des biens en meubles et immeubles*, Paris, 1896.
- DE LA MOUTTE (M.), *L'acte juridique unilatéral – Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préf. RAYNAUD, Sirey, 1951.
- DE SOLA (E.), *La notion d'agrès et apparaux*, LGDJ, 1974.
- DELALANDE (A.-L.), *L'usufruit d'un fonds de commerce*, thèse Bordeaux, 1922.
- DERRUPE (J.), *La nature juridique du droit du preneur à bail, et la distinction droit réel et droit créance*, Dalloz 1952.
- DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, préf. G. MARTY, thèse Toulouse, 1956.
- DEVREAU (C.), *L'affectation de l'immeuble, étude de droit des biens et droit des contrats*, thèse Nantes, 2008.
- DROSS (W.), *Le mécanisme de l'accession, essai d'une théorie de la revendication en valeur*, thèse Nancy, 2000.
- DUPEYROUX (J.-J.), *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse Toulouse, LGDJ, 1955.
- ELIACHEVITCH (B.), *La personnalité juridique en droit privé romain*, thèse Paris, 1942.
- ELIAS, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, thèse, Paris, 1909.
- FAMILY (R.), *L'acte de fiducie (étude de droit interne et de droit international privé)*, thèse Paris, 2000.
- FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, vol. 116, 2012.
- FROMION-HEBRARD (B.), *Essai sur le patrimoine en droit privé*, thèse Paris, 1998.
- GAILLARD (A.), *Les fondements du droit des sépultures*, thèse Lyon, 2015.
- GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica, 1985.
- GARY (R.), *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, thèse Bordeaux, 1931.
- GAUDEMET (M.), *Essai sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898.
- GAZIN (H.), *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910.
- GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, 2007, vol. 484, LGDJ.
- GHANEM (I.), *Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien*, thèse Paris, 1951.
- GUIJBERS (CH.), *Sûreté réelle et droit des biens*, préf. M. GRIMALDI, Economica, 2016.

- GILLES (W.), *Les transformations du principe de l'unité budgétaire dans le système financier public contemporain*, Dalloz, 2007.
- GILLET (C.), *De la constitution de la dot*, thèse Paris, 1889.
- GOMBEAUX (E.), *La notion juridique du fonds de commerce*, thèse Caen, 1901.
- GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 1969.
- GOURET (C.), *L'administration fiduciaire – Contribution à l'étude de la fiducie*, thèse Montpellier, 2017.
- GOURY (G.), *Origine et développement historique de la distinction des biens en meubles et immeubles*, thèse Nancy, 1897.
- GRUNZWEIG (S.-F.), *Le fonds de commerce et son passif propre, étude de législation et de jurisprudence françaises et belges*, Préf. M. PHILONENKO, Bruylant, 1938.
- GUINCHARD (S.), *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, LGDJ, 1976.
- HENRY (A.), *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, thèse Paris, 1913.
- HIEZ (D.), *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. P. JESTAZ, LGDJ, 2003.
- JALLU (O.), *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel*, thèse Paris, 1902.
- JAOUËL (M.), *La notion de fruit, étude de droit privé*, préf. M.-L. MATHIEU, *Defr.* t. 57, 2018.
- JOBBE-DUVAL (E.), *Étude historique sur la revendication des meubles en droit français*, thèse Paris, 1880.
- JULLIAN (N.), *La cession de patrimoine*, Dalloz, 2018, vol. 174.
- KILGUS (N.), *L'usufruit des biens incorporels, contribution à la nature juridique de l'usufruit*, *Defr.*, t. 62, 2018.
- KORNPROBST, *Étude sur la notion de servitude en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1936.
- KUHN (C.), *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, thèse Paris, 2003.
- LABORDE-LACOSTE (M.), *Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier*, thèse Bordeaux, 1916.
- LACROIX-DE SOUSA (S.), *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, LGDJ, 2010.

- LAMBERT (E.), *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, thèse Paris, 1895.
- LASSERRE-KESOW (V.), *La doctrine du patrimoine chez Zachariae*, Mémoire de DEA, Paris, 1995.
- LAURENT (J.), *La propriété des droits*, LGDJ, t. 537, 2012.
- LAURIOL (M.), *La subrogation réelle*, préf. A. BRETON, Paris, Sirey, 1954.
- LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. MAYER, LGDJ, 1992.
- LOTTI (B.), *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, thèse Paris, 1999.
- LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, t. 441, 2005.
- MAGNILLAT (A.), *De la subrogation réelle*, thèse Lyon, 1912.
- MARLY (P.-G.), *Fongibilité et volonté individuelle*, étude sur la qualification juridique des biens, préf. PH. DELBECQUE, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, t. 4, 2004.
- MEILLER (E.), *La notion de servitude*, LGDJ, t. 553, 2012.
- MERCIER (V.), *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005.
- MICHON (L.), *Des obligations propter rem en droit civil*, thèse Nancy, 1891.
- MORELL (H.), *Les aspects patrimoniaux de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, thèse Toulouse, 2014.
- MOZAS (P.), *La notion de dette en droit privé*, thèse Bordeaux, 1996.
- PARANCE (B.), *La possession des biens incorporels*, préf. L. AYNES, avant-propos F. TERRE, LGDJ, Bibliothèque de l'institut André Tunc, 2008.
- PELISSIER (A.), *Possession et meubles incorporels*, préf. M. CABRILLAC, Dalloz, 2001.
- PILLET (A.), *Essai sur la nature de la pétition d'hérédité*, thèse Paris, 1884.
- PLASTARA (G.), *La nature juridique du patrimoine*, thèse Paris, 1903.
- PAPP (A.), *La nature juridique du fonds de commerce d'après les lois et la jurisprudence récente*, thèse Paris, 1935.
- POPA (E.A.), *Les notions de debitum (schuld) et obligatio (haftung) et leur application en droit français moderne*, thèse Paris, 1935.
- POPINEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Etude comparative*, préf. M. GORE, LGDJ, t. 498, 2008.

- POURQUIER (C.), *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, préf. CH. ATIAS, PUAM, 2000.
- RAIMON (M.), *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé, étude des nationalisations, des faillites et des successions internationales*, LGDJ, t. 359, 2002.
- RANOUIL (V.), *La subrogation réelle en droit civil français*, préf. PH. MALAURIE, LGDJ, t. 187, 1985.
- RENOUF (M.), *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur : essai sur les biens à valeur négative*, thèse Caen, 2012.
- RIGAUD (L.), *Le droit réel, histoire et théories*, thèse Toulouse, 1912.
- RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et des autres droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990.
- RIPERT (L.), *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse Paris, 1933.
- ROBINE (D.), *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, préf. P. LE CANNU, LGDJ, 2003.
- ROMEYER DHERBEY (G.), *Les choses mêmes. La pensée du réel chez Aristote*, Dialectica, l'âge d'homme, Lausanne, 1983.
- SCAPEL (J.), *La notion d'obligation réelle*, Thèse PUAM, 2002.
- SCHWAB (P.), *La théorie possessoire objective, Etude comparée sur la possession des choses en droit français et en droit allemand*, thèse Paris, 1908.
- SILLARD, *le commerçant propriétaire de l'immeuble où il exploite le fonds de commerce*, thèse Rennes, 1933.
- STORA (CH.), *De la subrogation réelle*, thèse Paris, 1901.
- STORCK (J.-P.), *Recherches sur le rôle de la destination des biens en droit positif français*, thèse Strasbourg, 1979.
- TARLET (F.), *Les biens publics mobiliers*, Dalloz, 2017.
- TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris, 1957.
- THOMAS-RAYNAUD (A.-L.), *L'unité du patrimoine : essai critique*, préf. D. TOMASIN, Paris, *Deffr.* t. 25, 2007.
- VACHER-LAPOUGE (M.), *La notion juridique de patrimoine*, thèse Poitiers, 1879.
- VALERY (J.), *Des contrats par correspondance*, thèse Paris, 1895.
- VALLIER (E.), *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse Paris, 1902.

- VERSCHAVE (J.-P.), *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, thèse Lille, 1984.
- VIRALLY (M.), *la pensée juridique moderne*, Paris, LGDJ, 1960.
- WERY (P.), *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, éd. Kluwer, préf. I. MOREAU-MARGREVE, 1993.
- WESTENDORF (H.), *Le transfert des sûretés*, préf. P. CROCQ et A. PRIÛM, *Deffr.* t. 54, 2015.
- WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. AMIEL-DONAT, LGDJ, t. 253, 1997.
- WITZ (C.), *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCHMIDT, *Economica*, 1981.
- XIFARAS (M.), *La Propriété : Étude de philosophie du droit*, PUF, Paris, 2004.
- YOLKA (PH.), *La propriété publique, éléments pour une théorie*, LGDJ, t. 191, 1997.
- ZENATI (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981.

C. Droits Étrangers

- LASSALLE (F.), *Théorie systématique des droits acquis : conciliation du droit positif et de la philosophie du droit*, trad. J. BERNARD, J. MOLITOR, G. MOUILLET, A. WEIL, t. II, Paris, 1904.
- VAN GYSEL (A.-C.), *Les masses de liquidation en droit privé*, préf. HANOTIAU, Bruylant, 1994.

III. Articles, chroniques et actes de colloques

A. Histoire du droit

- RAMADIER (P.), « La représentation judiciaire des cités d'après l'édit du préteur », in *Mél. P. F. GIRARD*, Paris, 1913.
- BONFANTE (P.), « Il concetto dell'eredita nel diritto romani e moderno », in *Scritti Giuridici Varii, Famiglia e successione*, Bull. Dell'hist. di. Dir. Rom., vol. 1, *Scritti giuridici varii, familia e successione*, Turin 1916.
 - « La « *successio in universum ius* » e l'« *universitas* » », in *Scritti Giuridici Varii, Famiglia e successione*, Turin 1916.

- « *La formazione scolastica della dottrina dell' « universitas »* », in *Scritti Giuridici Varii, Famiglia e successione*, Turin 1916.
- BIONDI (B.), « La dottrina giuridica della *universitas* nelle fonti romane », in *Congresso giuridico C. Fadda*, Milano, 1968, p. 25.
- SALEILLES (R.), « Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », in *Mél. O. GIERKE (Festschrift für Gierke)*, Weimar, 1911.
 - « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la société d'études législatives*, vol. 9, p. 296-325.
 - « étude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit commercial* 1895, p. 10.
- CUQ (E.), « Etude sur le testament *per aes et libram* », *RHDFE*. 1886.
- SIRACUSA (R.), « La nozione di « *universitas* » in diritto romano », in *Collana della rivista di diritto romano*, Milano, 2016.
- CORNIL (G.), « *Debitum et obligatio*, recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », in *Mél. P.-F. GIRARD*, t. I, 1912.
- LAFFERIERE (F.), « De l'influence du Stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains », *Séances et travaux de l'académie des sciences morales et politiques*, t. I, Paris, A. Durand, 1860.
- LAMARCHE (TH.), « La notion d'entreprise », *RTD.Com.* 2006, p. 709.
- VILLEY (M.), « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *RHD*, 1946, p. 215.
- COLLINET (P.), « *iusta cause et bona fides* dans l'usucapion d'après les institutes de Gaius » in *Mél. P. FOURNIER*, 1929.
- NAQUET (A.), « Caractères des actions mixtes en droit romain et dans l'Ancien droit Français », in *Rev. de lég. ancienne et moderne, française et étrangère*, vol. 3, 1873.
- LUCCI (A.), « *La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale* », *Archivio giuridico*, 1904.
- RIGAUDIERE (A.), « *Universitas, corpus, communitas et consulatus* dans les chartes des villes et bourgs d'Auvergne aux XIIe et XIIIe siècles », in *Actes des congrès de la Société des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur public*, 16^e congrès, Rouen, 1985.
- MÜHLENBRUCH, « *Über universitas facti und universitas juris* », *Archiv für die civilesche Praxis*, 1834, t. XVII.

- FRANCISCI, « *L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano* », *Archivio giuridico*, t. XCIII, 1925.
- HASSE, « *Über Universitas juris und rerum, und über Universal und Singular Successio* », *Archiv für die civ. Praxis*, vol. 5, 1830.
- THOMAS (Y.), « L'institution civile de la cité », *Le Débat* 1993/2 (n° 74), p. 21-40.
 - « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme* 2005/3-4, n° 175-176.
 - « Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain », *in APD*. n° 25, 1980.
 - « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *in Les opérations du droit*, EHESS, Gallimard, Seuil, 2011.

B. Droit Français

- ALBIGES (C.), « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD.Civ.* 2014, p. 795.
- ALBIGES (CH.), « La constitution de la fiducie », *Dr. et patr.* juin 2008, n° 46.
- BACCARA (B.), « La concession immobilière », *JCP G.* 1969, n° 2245.
 - « Le renouvellement des concepts (en marge du droit des franchises) », *D.* 2001, p. 16.
- BARRIERE (F.), « La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 févr. 2007 », *BJS*, 2007.
- BEAUSSONIE (G.), « Bien(s) et utilité(s) », *in* Mél. G. FOREST, Dalloz, 2014, p. 40.
- BERLIOZ (P.), « Article 1338 : la cession de dette », *RDC.* 2015, p. 803.
 - « Patrimoine d'affectation : esquisse d'un régime général », *in* Mél. P. LE CANNU, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 499.
- BERNARD (A.), « Les quotas laitiers, meubles ou immeubles ? » *RDR.* 1987, p. 49.
- BERTREL (J.-P.), « L'accession artificielle immobilière », *RTD.Civ.* 1995, p. 742.
- BINCTIN (N.), « De nouveaux pas vers l'idée de patrimoine affecté », *in Les modèles propriétaires au XXIe siècles : actes du colloque international organisé par le Centre d'études sur la coopération juridique internationale en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Paris, LGDJ, 2012.
 - « L'immatériel et l'universalité : vers la théorie de la valeur ». *in Le patrimoine au XXIe siècle : regards croisés Franco-Japonais*, Collection Droits Étrangers, vol. 12.

- BIOY (X.), « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques. Journée d'étude de la promotion d'agrégation de droit public*, G. TUSSEAU (dir.), 2006, Paris, Economica, p. 21.
- BLAISE (J.-B.), « Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité », *RTD.Com.* 1966, p. 827.
- BOFFA (R.), « Quelle place pour le passif ? », in *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique*, E. BLARY-CLEMENT et F. PLANCKEEL (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 199.
 - o « L'ensemble de biens objet de sûreté », in *Mél. M.-L. MATHIEU*, Bruylant, 2019, p. 75.
- BOURASSIN (M.), « Réforme du gage des stocks : de l'attraction à l'attractivité », *Gaz. Pal.* 8 mars 2016, p. 53.
- BOUTEILLER (P.), « Loi n° 2007-211 du 19 févr. 2007 instituant la fiducie », *JCP. E* 2007, 1404.
- BRUSCHI (M.), « Pas de patrimoine affecté sans personne physique titulaire : le cas de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », in *Le droit entre autonomie et ouverture* *Mél. J.-L. BERGEL*, LGDJ, 2013 p. 587.
- BRUGUIERE (J.-M.), « L'immatériel à la trappe ? », *D.* 2006, n° 41, p. 2804.
- CAPITANT (H.), « de l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux », *Rev. Crit. Dr. Jur.*, 1929, p. 65.
 - o « Essai sur la subrogation réelle », *RTD.Civ.* 1919, p. 391.
- CASSAGNABERE (C.), « De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité : étude du concept de patrimoine d'affectation à partir de l'exemple québécois », *RLDC.* 2012, n° 92, p. 63.
 - o « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », *RJO.* 2013, p. 159.
- CERBAN (A.), « Nature et domaine d'application de la subrogation réelle », *RTD.Civ.* 1939, p. 47.
- CHAKIRIAN (L.), « Le pouvoir de disposer de l'usufruit d'une universalité de fait », *RRJ.* 2002-4, p. 1821.
- CHARVILLAT-CARREZ (A.N.), « Introduction de la fiducie à la française », *RLDA.* n° 15, avr. 2007, p. 31.
- CHAZAL (J.-P.), « L'usufruit du fonds de commerce », *Defr.* 2001n° 2, p. 167.

- « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *APD*. n° 45, 2001, p. 303.
- CHENEDE (F.), « La mutation du patrimoine », in Colloque annuel de l'Association Droit et Commerce, Deauville, Avril 2011.
- CHILSTEIN (D.), « Les biens à valeur vénale négative », *RTD.Civ.* 2006, p. 663.
- CLAVEL-THORAVAL (J.), « Ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage des stocks : le régime spécial assure-t-il le financement par le stock sans compromettre la survie de l'entreprise ? », *RLDA*. mars 2016, p. 8.
- COHET-CORDEY (F.), « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD.Civ.* 1996, p. 819.
- CORNIL (G.), « Discussion sur le problème des fictions en droit civil », in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 3, 1948, p. 294.
- CREMIEU (L.), « Le fonds de commerce, universalité juridique », *Revue des fonds de commerce*, 1935, p. 389.
- CROCQ (P.), « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », in *Mél. PH. MALAURIE, Deifr.* 2005, p. 171.
 - « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. Et patr.* 2001, n° 92, p. 58.
 - « Rebondissement législatif : le choix entre droit spécial et droit commun redevient possible ! », *RTD.Civ.* 2016, p. 419.
- CROZE (H.) et CROZE (C.), « L'adaptation du droit des entreprises en difficultés à l'entreprise individuel à responsabilité limitée : petite leçon de schizophrénie juridique », *Rev. Dr. Soc.* n° 2, Févr. 2011, p. 12.
- DAGOT (M.), « Succession : acceptation à concurrence de l'actif net et conservation d'un bien par l'héritier », *Deifr.* 2007, n°5, p. 337.
- DAIGRE (J.-J.), « du fonds libéral en général », in *Mél. A. SAYAG, Litec*, 1997, p. 191.
- DAURIAC (I.) et GRARE-DIDIER (C.), « Projet d'EIRL : enjeu pour la famille », *Deifr.* 2010, n° 7, p. 819.
- DE GAUDEMAR (H.), « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre », *RFDA*. 2009, p. 25.
- DELFOSSE (A.) et PENIGUEL (J.-F.), « Première vue sur la fiducie », *Deifr.* 2007, p. 581.
- DEMOGUE (R.), « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Rev. Crit.*, 1901, p. 365.
 - « La notion de sujet de droit », *RTD.Civ.* 1909, p. 785.

- DENIZOT (A.), « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », *RTD.Civ.* 2014, p. 547.
 - o « Qu'est-ce qu'un stock ? », *RTD.Civ.* 2016, p. 476.
 - o « Quelle place pour le fonds de commerce », *in* Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique, E. BLARY-CLEMENT et F. PLANCKEEL (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 177.
- DEPAMBOUR-TARRIDE, « Les origines du fonds de commerce et l'apparition de la clientèle », *RHD*, 1985, p. 329.
- DIDIER (P.), « A quoi sert le concept de clientèle ? », *in Liber amicorum J. Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz 2004, p. 339.
- DINH (E.), « L'EIRL, un hybride en droit français », *JCP E.* 2010, n° 46, p. 1979.
- DOCKES (E.), « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD.Civ.* 1995, p. 479.
- DROSS (W.) et MALLET-BRICOUT (B.), « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *D.* 2009, p. 508.
- DROSS (W.), « Jacques Brel et l'article 2279 du Code civil », *D.* 2007, p. 706.
 - o « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ.* 2012.
 - o « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTD.Civ.* 2006, p. 27.
- DUBARRY (J.) et FLUME (W.), « Patrimoine + Publicité = Responsabilité limitée. Une démythification de l'EIRL », *RLDC.* 2011, p. 85.
- DUBUISSON (E.), GERMAIN (M.), « L'affectation d'un patrimoine : transmission », *in EIRL, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, F. TERRE (dir.), Litec, 2011, p. 66.
- DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « La cession à titre onéreux du patrimoine affecté », *BJS*, 2011, p. 85.
- FABRE-MAGNAN (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD.Civ.* 1996, p. 85.
 - o « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD.Civ.* 1997, p. 583.
- FIORINA (D.), « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », *RTD.Civ.* 1995, p. 58.
 - o « Les droits du nu-propiétaire : de l'information au contrôle », *D.* 2003, p. 2495.
- FLACH (J.), « De la subrogation réelle », *RHDFE*, vol. 14, pp. 448-487.
- FRANÇOIS (J.), « Les opérations sur la dette », *RDC.* 2016, p. 46.

- FRISON ROCHE (M.-A), « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », *in* Mél. P. CATALA, Litec, 2001, p. 764.
 - o « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD.Civ.* 1995, p. 573.
- G. LOISEAU, « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », *Rev. Dr. McGill*, juin 1997, p. 328.
- GALLOUX (J.-C.), « *De corpore jus* », *LPA*. 14 déc. 1994, p. 18.
- GARAPON (A.), « La sujet de droit », *RIEJ*. 1993, p. 69.
- GAUTIER (P.-Y.), « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculiens et des Sabinien », *D.* 1988, p. 152.
 - o « Simplifions la loi ensemble » *D.* 2007, p. 2592.
- GENINET (M.), « Du droit de planter la vigne », *RDR*. 1991, p. 1.
- GOUBEAUX (G.), « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », *in* Mél. R. ROBLOT, LGDJ, 1984.
- GOYARD-FABRE (S.), « *La chose dans la prose de la vie selon Hegel* », *in Les biens et les choses*, *APD*. n° 24, Sirey, 1979, p. 177.
- GRIMALDI (M.) et SAVOURE (B.), « L'usufruit et le quasi-usufruit : question de droit civil », *Dr. et patr.* novembre 1999, n° 76.
- GRIMALDI (M.), « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre [1^{er} partie] », *Deffr.* 1991, p. 897.
 - o « Le patrimoine au XXI^e siècle », Mél. DAUBLON, *Deffr.* 2001, p. 133.
- GRIMALDI (M.), MAZEAUD (D.), DUPICHOT (PH.), « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.* 2017, p. 1717.
- GRZEGORCZYK (CH.), « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », *APD*. n° 24, 1979, p. 259.
 - o « Le sujet de droit : trois hypostases », *APD*. n° 34, 1989, p. 705.
- GUTMANN (D.), « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », *APD*. n° 43, 1999, p. 68.
- HILAIRE (J.), « Les contingences historiques du fonds de commerce », *in L'entreprise personnelle, critique et prospective*, CREDA, éd. Litec, 1981, p. 125.
- HOVASSE (H.), « Actualité des valeurs mobilières et des marchés financiers », *JCP N.* 1999, p. 1126.
- HUBLOT (G.), « Quasi-usufruit : limites et perspectives d'avenir », *Dr. et patr.* 2003, p. 48.

- JAUBERT (P.), « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD.Civ.* 1945, p. 99.
- JAUFFRET (A.), « Des garanties du vendeur impayé d'un fonds de commerce », *Rev. Crit.*, 1929.
- JOURDAIN (P.), « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *in* la date de naissance des créances, *LPA*. 9 nov. 2004, p. 49.
- JULIENNE (M.), « La cession de dette : une théorie inachevée », *Dr. et patr.* juill. 2016, p. 56.
- KARM (A.), « Le patrimoine affecté de l'EIRL et les régimes matrimoniaux », *Defr.* 2011, p. 576.
- KUHN (C.), « Le droit commun du gage », *LPA*. 27 mars 2008, p. 37.
 - o « Une fiducie française », *Dr. et patr.*, avril 2007, p. 32.
- LACROIX-DE SOUSA (S.), « La cession du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) », *D.* 2012, p. 620.
- LAITHIER (Y.-M.) et MAZEAU (D.), « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages et intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature », *RDC* 2012, p. 681.
- LARRIEU (J.), « Le fonds de commerce. Une notion en évolution » *in*, *Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? États des lieux et projections.* C. SAINT-ALARY-HOUIN (Dir.), Toulouse, 2008, p. 231.
- LASSERRE (V.), « La cession de dette consacrée par le code civil à la lumière du droit allemand », *D.* 2016, p. 1578.
- LAUDE (A.), « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », *RTD.Com.* 1995, p. 307.
- LAURENT-BONNE (N.), « Observations sur la fonction de l'histoire dans la doctrine contemporaine », *in* D. MAZEAUD et T. BONNEAU (dir.), *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, Paris, éd. Panthéon-Assas II, 2016.
- LECUYER (H.), « La Cour de cassation au chevet de l'EIRL : nouveau ou dernier souffle ? », *RLDC*. n° 159, 2018, p. 21.
- LEGEAS (D.), « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.* 2001, p. 68.
- LEGRAND (V.), « EIRL : nouvelle réforme par la loi PACTE », *LPA*. 28 mai 2018, p. 8.

- LEROYER (A.-M.), « Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit », *RTD.Civ.* 2008, p. 182.
- LIBCHABER (R.), « Feu la théorie du patrimoine », *BJS*, 2010, p. 316.
 - « La recodification du droit des biens », *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297.
 - « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », *Defr.* 1997, n° 2, p. 65.
 - « Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », *RTD.Civ.* 2003, p. 166.
- LIENARD (A.), « Dispense de revendication d'un fonds de commerce en location gérance », *D.* 2005, p. 890.
- LISANTI (C.), « Le nantissement du patrimoine affecté ? », *cahier de droit de l'entreprise*, mai 2011, p. 17.
- MALLET-BRICOUT (B.), « Bien et immatériel en France », *in L'immatériel*, journées espagnoles de l'Association Henri Capitant des 19-23 mai 2014, Bruxelles, Bruylant, 2015, t. 64, p. 149.
 - « L'unité et l'indivisibilité du patrimoine à l'épreuve du droit des affaires », *Dr. et patr.* 2018, pp. 31-36.
 - « Patrimoine d'affectation : fonctionnement et cessation », *in Entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, F. TERRE (dir.), éd. Lexisnexis, coll. Droit 360°, 2011, p. 41.
 - « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *Dr. et patr.* oct. 2009, p. 52.
 - « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E.* 2010., p. 1191.
 - « Propriété, affectation, destination. Réflexions sur le lien entre propriété, usage et finalité », *RJTUM Québec*, 2014.
- MARTIN (D.-R.), « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », *La vie judiciaire*, 1992, p. 3.
- MEILLER (E.), « L'universalité de fait », *RTD.Civ.* 2012, p. 651.
- MEVORACH (N.), « Le patrimoine », *RTD.Civ.* 1936, p. 811.
- MIGNOT (M.), « De la difficile qualification de la délégation », *RLDC.* 2013, p. 63.
 - « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006/4, p. 1805.

- MOLFESSIS (N.), « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC*. 2005, p. 37.
- MONSERIE-BON (M.-H.) et NICOD (M.), « Le décès de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *in* Mél. P. SERLOOTEN, Dalloz 2015, p. 243.
- MORTIER (R.), « Les mutations de l'EIRL in L'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur », *Dr. et patr.* 2011, p. 72.
- MOULIERE (M.), « Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire », *RTD.Com.* 2012, p. 677.
- MOUSSERON (J.-M.), « Valeur, biens, droits », Mél. A. BRETON et F. DERRIDA, Dalloz, Paris, 1991, p. 277.
- NOTTE (G.), « Adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL », *JCP E.* 2010, p. 8.
- PAN CRAZI (M.- E.), « Repenser l'exclusion traditionnelle des contrats et des obligations en cas de vente d'un fonds de commerce », *Gaz. Pal.* 4 juin 2009, p. 93.
- PELLIER (J.-D.), « La nature juridique du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD.Com.* 2013, p. 45.
- PERCEROU (J.), *La liquidation du passif héréditaire en droit français*, *RTD.Civ.* 1905, p. 557.
- PEROCHON (F.), « L'insaisissabilité après la loi Macron », *Defr.* Mai 2016, p. 532.
 - o « Les patrimoines de l'EIRL », *Rev. Proc. Coll.* 2011, n° 16.
- PIEDELIEVRE (S.), « La réforme du gage des stocks », *Gaz. Pal.* 16 févr. 2016, p. 11.
- PIERI (G.), « obligation », *in APD.* n° 44, 2000, p. 221.
- PRIGEANT (S.), « Le dualisme dans l'obligation », *RTD.Civ.* 2008, p. 401.
- RAYNOUARD (A.) et JOURDAIN-THOMAS (F.), « La fiducie, nouvel instrument de gestion et de sûreté », *JCP N.* 2010, p. 1063.
- RAYNOUARD (A.), « Ultimes modifications de la fiducie par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 », *JCP N.* 10 avril 2009, p. 3.
- REGNAUT-MOUTIER (C.), « L'article 115 de la loi du 25 janvier 1995, relatif à la revendication de meubles dans les procédures collectives, s'applique à toute revendication de meubles, corporels ou incorporels, et spécialement à la location-gérance d'un fonds de commerce », *D.* 1994, p. 192.
- REMERY (J.P.), « Location financière et ouverture d'une procédure dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2013, p. 1634.
- REVET (TH.), « Introduction », *Dr. et patr.* avr. 2010, n° 191.

- « L'entreprise indivise », in *La disparition du chef d'entreprise, anticiper et transmettre*, actes du colloque de la FNDE, coll. « Actualité droit de l'entreprise », Lexisnexis, 2012.
- « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et patr.* mars 2004, n° 124, p. 20.
- « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTD.Civ.* 2017, p. 587.
- « Bénéfices et dividendes : « néo fruits industriels » », *RTD.Civ.* 2007, p. 149.
- « Notion de bien », *RTD.Civ.* 2003, p. 730.
- ROMAN (B.), « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *Defr.* 15 mars. 2009, p. 504.
- ROUVIERE (F.), « L'obligation comme garantie », *RTD.Civ.* 2011, p. 1.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) et MERCIER (J.-L.), « L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL », in *Colloque Entreprise et patrimoine : destins croisés*, *Gaz. Pal.* 18-19 mai 2011, p. 33.
- SAINTOURENS (B.), « La dispense de revendication d'un fonds de commerce en location-gérance ayant fait l'objet d'une publicité », *RTD.Com.* 2006, p. 291.
- SALEILLES (R.), « De la cession de dettes », *Ann. dr. com.*, 1890, p. 1.
- SAVARY (O.) et DUBUISSON (E.), « Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de propersonnalité », *Dr. et patr.* 2009, n° 180, p. 38.
- SAVATIER (R.), « Essai d'une présentation nouvelles des biens incorporels », *RTD.Civ.* 1958, p. 331.
- SEILLER (B.), « Les limites de la simplification », in *La simplification du droit*, colloque des 6 et 7 avril 2006, *LPA.* 2007, n° 104, p. 28.
- SENECHAL (J.-P.), « L'affectation de biens communs ou indivis », *BJS*, 2011, p. 62.
- SERIAUX (A.), « La notion juridique de patrimoine, Brèves notions civilistes sur le verbe avoir », *RTD.Civ.* 1994, p. 801.
- SERLOOTEN (P.), « La personnalisation de l'entreprise : réflexion à propos du rapport Grandguillaume », *BJS*, 1^{er} fév. 2014, n°2, p. 126.
- SEVE (R.), « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique ; la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD.* n° 24, 1979, p. 247.
- SIMLER (PH.), « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *RDI.* 2009, p. 505.
 - « Proposition de modification des articles 1327 et 1327-1 du Code civil : la cession de dette », *Rev. Contrat*, 1^{er} mars 2017, p. 202.

- « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », in Mél. G. GOUBEAUX, Dalloz, LGDJ-Lextenso, 2009.
- « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », CCC 2016, n° 8.
- SIRINELLI (P.), « Le quasi-usufruit », *LPA*. 1993, p. 30.
- SONNENBERGER (H.-J.), « La possession en droit des biens du BGB Allemand : pouvoir de fait matériel ou notion juridique fonctionnelle ? », in *Le droit entre autonomie et ouverture* Mél. J.-L. BERGEL, LGDJ, 2013, p. 731.
- STORCK (M.), « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », Mél. P. CATALA, Litec, Paris, 2001, p. 695.
- THERY (PH.), « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter », *Deifr.* 2011, p. 569.
 - « Le passif », *Dr. et patr.* 1^{er} avril 2010, p. 85.
- THOMAS (V.), « EIRL : transmission entre vif du patrimoine affecté », *Rev. Sociétés* 2013, p. 673.
- THOMAS (Y.), « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat* 1998/3 (n° 100), pp. 85-107.
- THOMAS-RAYNAUD (A.-L.), « La cohérence théorique de l'« EI2P » ou l'entrepreneur individuel à deux personnalités et deux patrimoines », *Deifr.* 30 mai 2016, p. 566.
 - « Patrimoine ou patrimoines », in *Les patrimoines affectés*, J. JULIEN et M. REBOURG (dir.), acte du colloque, LGDJ, 2013, p. 13.
- TISSEYRE (S.), « EIRL : du nécessaire contenu du patrimoine affecté à l'activité professionnelle », *D.* 2018, p. 594.
- TORCK (S.), « Les alternatives à l'EIRL », in Dossier « La théorie du patrimoine : unité ou affectation ? », *RLDC.* 1^{er} décembre 2010, p. 90.
- TORCK (S.), « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *RD bancaire et financier* juillet-août 2006, p. 39.
- TOURNAFOND (O.), « Les cessions de clientèles civiles depuis le revirement de la cour de cassation du 7 novembre 2000, regard d'un civiliste », Mél. J.-P. SORTAIS, Bruylant, 2002, p. 577.
- TREPPOZ (E.), « La substance dans le Code civil », *RRJ* 2006-3, p. 1275.
- TRIGEAUD (J.-M.), « La personne », *APD.* n° 34, 1989, p. 102.
 - « La personne humaine, sujet de droit », in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrième journées René Savatier, t. 24, PUF, 1994

- TUSSEAU (G.), « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA*. 2009, p. 641.
- VALERY (J.), « Maison de commerce et fonds de commerce », *in Ann. Dr. Com.*, 1902.
- VEAUX-FOURNERIE (P.), « Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », *in Le gage commercial*, J. HAMEL (dir.), Dalloz, 1953.
- VIANDIER (A.), « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », *in Mél. CH. MOULY*, LexisNexis Litec, 1998, t. 2, p. 193.
- VINEY (G.), « La responsabilité en question », *in Mél. J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 921.
- VOIRIN (P.), « Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation, spécialement dans le bail du fonds de commerce », *RTD.Civ.* 1931, p. 285.
- WESTER OUISSÉ (V.), « Aubry et Rau et la division du patrimoine », *LPA*. 14 déc. 2009, p. 4.
- WITZ (C.), « La fiducie française face aux expériences étrangères et la Convention de La Haye relative au « trust » », *D.* 2007, p. 1369.
- ZENATI-CASTAING (F.), « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD.Civ.* 2006, p. 445.
 - « Mise en perspective et perspective de la théorie du patrimoine », *RTD.Civ.* 2003, p. 667.
 - « Universalités », *RTD.Civ.* 1999, p. 422.
 - « L'immatériel et les choses », *APD*. n° 43, 1999, p. 80.
 - « La nature juridique du quasi-usufruit », *in Mél. P. CATALA*, Litec, Paris, 2001, p. 631.

C. Droits Étrangers

- BRINZ (A.), « Der begriff obligatio » (La notion d'obligation), *in Grünhuts zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, t. 1, 1874, Vienne.
- CANTIN CUMYN (M.), « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? », *in Mél. E. CAPARROS*, dir. J. BEAULNE, Montréal, Wilson et Lafleur, 2002.
- DESCHAMPS (M.), « Le droit des sûretés au Québec », *in Repenser le droit des sûretés mobilières ss. Dir. M.-E. ANCEL*, LGDJ, t. VII, p. 73.
- FRENETTE (F.), « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », *Les Cahiers de Droit*, 1979, p. 439.

- GRUNEWALD (M.), « Le fonds de commerce en droit allemand », in *Le statut juridique du fonds de commerce*, 60^e Congrès des notaires de France, Toulouse, 1962, p. 728.
- JESTAZ (PH.), « L'engagement par volonté unilatérale », in *Les obligations en droit français et en droit belge – Convergences et divergences*, 1994, Bruylant-Dalloz.
- NORMAN (S.), « L'affectation en droit des biens au Québec », *RJTUM*. 2014, p. 599.
- RITTER (P.), « La vente de fonds de commerce en droit allemand (première partie) », *JCP N* 2002, p. 1359.
- ROY (B.), « L'affectation des biens en droit civil Québécois », *Revue du Notariat*, 2001, p. 383.
- SALEILLES (R.), « La théorie possessoire du Code civil allemand », *Rev. Crit. Leg. Jur.* 1905, p. 598.
- ZENATI-CASTAING (F.), « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir. Réflexions de synthèses », in colloque du centre Paul-André Crépeau de McGill portant réflexions sur l'affectation, *RJTUM*. 2014.

IV. Articles d'encyclopédies juridiques

- AUBERT (J.-L.), GAUDEMET (S.), *Rép. Dr. civ.*, Dalloz, « l'engagement unilatéral », 2016.
- BARRIERE (F.), *Rép. Dr. Civ.*, Dalloz, « Fiducie », 2017.
- BRENNER (C.), *Rép. Dr. Civ.*, Dalloz, « partage mode d'attribution spécifique », 2018.
- CREVEL (S.), *Rép. Proc. Civ.*, Dalloz, « Inventaire », 2006.
- CROCQ (P.), *Rép. Dr. civ.*, Dalloz, « Nantissement », 2017.
- DERRUPE (J.), DE RAVEL D'ESCLAPON (TH.), *Rép. Dr. Com.*, Dalloz, « Le fonds de commerce », 2016.
- DROSS (W.), *Juris-cl. Civ.*, art. 2276 et 2277, *Prescription et possession. – Prescription des choses mobilières*, Fasc. unique, 2018.
- GODE (P.), *Juris-Cl. Civ.*, art 1689 à 1695, Fasc. 20 : *cession de créance*.
- GUEVEL (D.) et BOISSON (J.), *Rép. Dr. Civ.*, Dalloz, « Cession de droits successifs », 2016.
- HOUTCIEFF (D.), *Rép. Dr. com.*, Dalloz, « Entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) », 2019.
- JEANTIN (M.), *Juris-Cl. E.*, « Fonds de commerce », Fasc. 1950.
- LE GUIDEC (R.) et CHABOT (G.), *Rép. Dr. civ.*, Dalloz, « Succession », 2016.

- LEVILLAIN (N), *Juris.-Cl. Not.*, « Acceptation successorale. - Acceptation à concurrence de l'actif net. – Effets », Fasc. 110.
- LIBCHABER (R.), *Rép. Dr. Civ.*, Dalloz, « Biens », 2016.
- MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd. 1815, t. 14, « Usufruit ».
- QUIEVY (J.-F.), *Rép. Dr. Soc.*, Dalloz, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée », 2019.
- ROUVIERE (F.), *Juris-Cl. civ.*, art. 637 à 639, « Obligations réelles », 2016.
 - *Rep. Dr. civ.*, Dalloz, « Cession de dette », juill. 2018.
- SAVAUX (E.) ET GRIMONPREZ (B.), *Rép. Dr. Civ.*, Dalloz, « Subrogation réelle », 2014.
- SERIAUX (A.), *Rep. Dr. Civ.*, Dalloz, « Patrimoine », 2016.
 - SERIAUX (A.), *Rép. Dr. civ.*, Dalloz, « Propriété », 2016.
- SIMLER (PH.), *Juris.-Cl. Com.*, « Actualité : Réforme du droit des obligations », Fasc. 27.
- WITZ (C.), *Juris-Cl. Civ.*, art. 2284 et 2285, « Droit de gage général », 2016.
- ZENATI (F.), *Rép. Dr. Soc.*, Dalloz, « Usufruit des droits sociaux », 2017.

V. Table de jurisprudences

JURIDICTIONS DE PREMIER DEGRE

T. com., Paris, 14 sept. 1983, n° 136

- *RJ. Com.* 1984, 297, note DE FONTBRESSIN (P.)
- *RTD.Civ.* 1985, 370, note MESTRE (J.)

TGI Aix-en-Provence 1^{ère} chambre, 24 novembre 1988, n° 365

- *RTD.Civ.* 1990, obs. PATARIN (J.)

TGI Bourges, 7 févr. 1989, n° 610

- *BJS*, 1989, p. 901, obs. STREIFF (Y.)

COUR D'APPEL

CA Dijon, 30 juin 1893, n° 657

- *S.* 1894, 2, note SALEILLES (R.)

CA Pau, 6 nov. 1911, n° 477

- *S.* 1913, II, p. 193, note WAHL (A.)

CA Paris, 19 juin 1924, n° 589, 619

- *D.* 1924. 2. 129, note LALOU (H.)

CA ROUEN, 28 nov. 1925, n° 242, 515

- *S.* 1925, 2.125, NOTE LEPARGNEUR (J.)
- *D.* 1927, p. 172, NOTE LEPARGNEUR (J.)

CA PARIS, 12 juin 1928, n° 425

- *DP.* 1929, II, 33, NOTE MAZEAUD (L.)

CA Paris, 19 nov. 1928, n° 425

- *D.* 1932, II, p. 20, note CHERON (A.)

CA Lyon, 29 janv. 1951, n° 661, 700, 702

- *RTD.Com.* 1950. 400, obs. JAUFFRET (A.)

CA Grenoble, 5 mars 1956, n° 477

- *RTD.Com.* 1956, p. 415, obs. JAUFFRET (A.)

CA Chambéry, 26 nov. 1962, n° 242

- *RTD.Com.* 1964. 63, note JAUFFRET (A.)

CA Fort-de-France, 12 mars 1981, n° 661, 700, 702

- *RTD.Com.* 1982. 90, obs. DERRUPE (J.)

CA Paris, 29 juin 1981, n° 246

- *D.* 1981, p. 34, obs. VASSEUR (M.)

CA Poitiers, 21 janvier 1987, n° 477

- *Defr.* 1987, p. 1317, note HONORAT (J.)

CA Paris, 19 juin 1991, n° 243

- *RTD.Com.* 1991, p. 566, obs. DERRUPPE (J.)
- *D.* 1992, p. 388, obs. FERRIER (N.)

CA Paris, 5 mars 1992, n° 697

- *LPA.* 1993, p. 21, obs. MARTIN (D.-R.)

CA 1^{ère} ch., Caen, 16 sept. 1993, n° 597

- *D.* 1994, p. 192, obs. REGNAUT-MOUTIERS (C.)
- *Rev. Proc. Coll.* 1993, 552, obs. SOINNE (B.)
- *RTD.Civ.* 1994, p. 384, obs. ZENATI (F.)

CA Paris, 14 juin 1993, n° 242

- *Dr. sociétés* 1994, n° 45, note BONNEAU (T.)

CA Paris, 26 juin 1998, n° 236, 667

- *D.* 2000, 69, note MAINGUY (D.)
- *RTD.Com.* 2000. 180, obs. MARTIN-SERF (A.)

CA Caen, 1^{ère} ch., 28 mars 2002, ABC Ambulances c/ Laroppe, n° 473

- *RTD.Com.* 2002, p. 651, obs. SAINTOURENS (B.)

COUR DE CASSATION ET CONSEIL D'ÉTAT

Cass. Civ., 29 avr. 1901, n° 218

- *S.* 1903, note SALEILLES (R.)

Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} août, n° 218

- *S.* 1913, 361, note. HUGUENEY (L.)

Cass. Req., 20 janv. 1913, n° 314

- *S.* 1920, 33, note WAHL (A.)

Cass. Req., 10 mars 1915, n° 232, 234

- *S.* 1916. 1. 5, LYON-CAEN (CH.)

Cass. Req., 15 févr. 1937, n° 420

- *D.* 1938, I, p. 13, note CORDONNIER (P.)

Cass. Civ. 1^{ère}, 21 juillet 1937, n° 477

- *D.* 1940, p. 17, note VOIRIN (P.)

Ch. Req., 22 févr. 1939, n° 717

- *D.* 1940. 1. 5, note RIPERT (G.)

Cass. Civ. 1^{ère}, 11 févr. 1946, n° 495

- *D.* 1946, p. 389, note CHERON (A.)
- *RTD.Civ.* 1946, p. 308, obs. MAZEAUD (J.)

Ch. Req. 18 nov. 1946, n° 242, 515

- *JCP G.* 1947, 3854, BASTIAN (D.)

Cass. Civ. 1^{ère}, 6 nov. 1950, n° 435

- *JCP G.* 1952, II, 6702, note COHEN (A.)

Cass. Soc., 12 mai 1960, n° 700

- *JCP G.* 1960, II, 11760, note OURLIAC (P.) et DE JUGLART (M.)

Cass. Com., 24 mars 1965, n° 64-10.044, n° 576

- *RTD.Civ.* 1965, p. 821, obs. CORNU (G.)

Cass. Com., 10 mars 1970, n° 67-13.697, n° 425

- *Defr.* 1971, art. 49897, note VIATTE (J.)

- Cass. Com., 3 nov. 1970, n° 68-11.793, n° 714**
- *RTD.Com.* 1971, p. 654, obs. JAUFFRET (A.)
- Cass. Civ., 3^e, 11 juill. 1972, n° 71-11.196, n° 425**
- *DP.* 1929, II, 33, note MAZEAUD (L.)
- Cass. Civ. 1^{ère}, 3 déc. 1974, n° 73-14.188, n° 581**
- *RTD.Com.* 1975, p. 802, obs. JAUFFRET (A.)
 - *JCP G.* 1975, II, 18176, note RANDOUX (D.)
- Cass. Civ. 1^{ère}, 23 janv. 1979, n° 700**
- *Defr.* 1979, p. 624, obs. COLOMER (A.)
- Cass. Com., 11 juin 1981, n° 80-10.423, n° 7, 246**
- *D.* 1982, p. 527, obs. LARROUMET (CH.)
- Cass. Soc., 14 oct. 1982**
- *D.* 1983, p. 46, note DERRIDA (F.)
- Cass. Com., 1^{er} févr. 1984, n° 82-13.151, n° 425**
- *RTD.Com.* 1984, p. 655, obs. DERRUPPE (J.)
- Cass. Com., 15 juill. 1987, n° 86-11.272, n° 242**
- *D.* 1988, p. 360, note ATIAS (CH.)
 - *D.* 1989, p. 351, note MOULY (J.)
 - *RTD.Civ.* 1989, p. 351, obs. ZENATI (F.)
- Cass. Civ. 3^e, 16 nov. 1988, n° 88-11.298, n° 510**
- *D.* 1989, p. 157, note MALAURIE (P.)
- Cass. Civ. 3^e, 8 nov. 1989, n°700**
- *JCP G.* 1991, II, 21750, obs. SIMLER (PH.)
- Cass. Ass. plén., 16 mars 1990, 89-45.730, n° 241**
- *D.* 1990, 305, LYON-CAEN (A.)
- Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mai 1990, n°87-18.040, n° 434**
- *JCP N.* 1991, II, 61, note SIMLER (PH.)
- Cass. Civ. 1^{ère}, 4 avr. 1991, n° 89-20.351, n° 623**
- *Defr.* 1991, p. 868, obs. CHAMPENOIS (G.)
 - *Rev. Soc.* 1991, note DIDIER (P.)
 - *RTD.Civ.* 1992, p. 429, obs. PATARIN (J.)
 - *RTD.Civ.* 1992, p. 791, obs. ZENATI (F.)
- Cass. Com., 16 févr. 1993, n° 91-13.277, n° 461, 462**
- *RTD.Com.* 1993, p. 285, obs. DERRUPPE (J.)

Cass. Civ. 3^e, 24 mars 1993, n° 91-11.690, n° 242

- *D.* 1993, p. 306, obs. ROBERT (A.)
- *RTD.Civ.* 1993, p. 853, obs. ZENATI (F.)

Cass. Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, n° 93-10.175, n° 271

- *Defr.* 1995, p. 747, obs. DELEBECQUE (PH.)
- *D.* 1995, p. 328, obs. GRIMALDI (M.)
- *JCP N.* 1995, II, 1468, obs. GRIMALDI (M.)
- *JCP G.* 1996, I, 3921, note SIMLER (PH.)
- *RTD.Civ.* 1996, p. 932, obs. ZENATI (F.)

Cass. Com., 21 nov., 1995, n° 93-13.063, n° 596

- *JCP G.* n° 3935, 20, obs. CABRILLAC (M.)
- *LPA.* 1996, p. 9, obs. COURTIER (J.-L.)
- *D.* 1996, p. 214, obs. PEROCHON (F.)
- *JCP E.* 1996, I, n° 554, obs. REGNAUT-MOUTIERS (C.)

Cass. Civ. 3^e, 17 avr. 1996, n° 94-13.521, n° 425

- *D.* 1997, p. 318, note AGOSTINI (E.)
- *RDR.* 1996, 225, note GENINET (M.)
- *JCP G.* 1997, II, n° 22783, note ROUSSEL (F.)

Cass. Com., 1^{er} avr. 1997, n° 92-12.025, n° 515, 242

- *RTD.Com.* 1998, p. 135, obs. DERRUPE (J.)

Cass. Civ. 3^e, 7 janv. 1998, n° 95-20.785, n° 425

- *Dr. et patr.*, 1998, 103, note AGOSTINI (E.)

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, n° 96-18.041, n° 183, 606, 654

- *RTD.Com.* 1999, 459, note AYNÈS (L.)
- *D.* 1999, 167, note FIORINA (D.)
- *JCP E.* 1999, II, 426, note STORCK (M.)
- *RTD.Civ.* 1994, p. 382, obs. ZENATI (F.)

Cass. Civ. 3^e, 18 nov. 1998, n° 96-18.438, n° 425

- *RTD.Civ.* 1999, p. 649, obs. ZENATI (F.)

- Cass. Com., 4 juill. 2000, n° 97-22.414, n° 574**
- *BJS*, 2000, p. 60, note COURET (A.)
- Cass. Civ. 3^e, 4 juill. 2001, n° 99-14.784, n° 515**
- *RTD.Civ.* 2002, p. 125, obs. REVET (TH.)
 - *D.* 2002, p. 433, note LIBCHABER (R.)
- Cass. Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, 98-17.731, n° 182, 308**
- *Defr.* 2001, p. 431, note LIBCHABER (R.)
 - *D.* 2001, 2295, note SERRA (Y.)
 - *RTD.Civ.* 2001, p. 167, note REVET (TH.)
- Cass. Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2003, n° 02-14.958, n° 4**
- *RTD.Civ.* 2003, p. 730, note REVET (TH.)
- Cass. Civ. 3^e, 6 oct. 2004, n° 02-20.744, n° 582**
- *CCC* 2005, n° 24, obs. LEVENEUR (L.)
- Cass. Com., 13 déc. 2005, n° 03-16.878, n° 551**
- *JCP E.* 2006, 782, note HOVASSE (H.)
 - *RTD.Com.* 2006, p. 429, obs. LE CANNU (P.)
 - *D.* 2006, p. 149, obs. LIENHARD (A.)
 - *RTD.Civ.* 2006, p. 310, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.)
- Cass. Com., 7 mars 2006, n° 98-00.015, n° 640, 644**
- *JCP G.* 2006, II, 10143, obs. LOISEAU (G.)
 - *RTD.Civ.* 2006, p. 348, obs. REVET (TH.)
- Cass. Com., 22 mai 2007, n° 06-12.196, n° 498**
- *RTD.Civ.* 2008, p. 333, obs. CROCQ (P.)
 - *D.* 2007, p. 1999, obs. DESHAYES (O.)
 - *JCP G.* 2007, I, 212, obs. SIMLER (PH.)
- Cass. Com., 3 juin 2008, n° 08-18.619, n° 551**
- *Rev. Sociétés* 2009, p. 339, note AMIEL-COSME (L.)
 - *RTD.Civ.* 2008, p. 478, obs. FAGES (B.)
 - *JCP E.* 2008, 2210, note HOVASSE (H.)
 - *RTD.Com.* 2009, p. 385, obs. LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)
 - *D.* 2008, p. 1623, obs. LIENHARD (A.)
 - *BJS*, 2008, p. 904, note SAINTOURENS (B.)

- Cass. Civ. 3^e, 9 juill. 2008, n° 07-15.534, n° 696**
- *LPA*. 2008, p. 10, obs. DENIZOT (A.)
 - *RTD.Com.* 2009, p. 279, obs. SAINTOURENS (B.)
- Cass. Civ. 1^{ère}, 30 avr. 2009, n° 08-11.093, n° 504**
- *D.* 2009, p. 2400, note ANDREU (L.)
 - *RTD.Civ.* 2009, p. 531, note FAGES (B.)
 - *Defr.* 2009, p. 1289, obs. LIBCHABER (R.)
- Cass. Civ. 3^e, 10 nov. 2009, n° 08-70.110, n° 462**
- *RTD.Com.* 2010, p. 273, obs. SAINTOURENS (B.)
- Cass. Crim., 1^{er} sept. 2010, n°09-87.624, n° 359**
- *D. actu*, 11 oct. 2010, obs. LÉNA (M.)
- Cass. Civ. 3^e, 15 sept. 2010, n° 09-68.521, n° 462, 649**
- *JCP E.* 2011, p. 2065, obs. BRAULT (P.-H.)
 - *LPA*. 2010, p. 14, obs. DENIZOT (A.)
 - *RTD.Com.* 2011, p. 311, obs. SAINTOURENS (B.)
- Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n° 10-17.898, n° 671, 672**
- *RTD.Civ.* 2011, p. 568, obs. REVET (TH.)
- Cass. Civ. 1^{ère}, 19 déc. 2012, n° 11-25.264, n° 315**
- *Defr.* 2013, p. 305, obs. BARABÉ-BOUCHARD (V.)
 - *RTD.Civ.* 2013, p. 404, obs. DROSS (W.)
 - *AJ fam.* 2013, p. 139, obs. HILT (P.)
 - *RLDC* mars 2013, 56, obs. PAULIN (A.)
 - *RTD.Civ.* 2013, p. 428, obs. VAREILLE (B.)
- Cass. Com., 29 janv. 2013, n° 11-28.690, n° 462**
- *RTD.Com.* 2013, p. 225, obs. SAINTOURENS (B.)
- Cass. Com., 3 déc. 2013, n° 12-20.991, n° 462, 473, 581**
- *JCP E.* 2014, 1178, note LEVENEUR (L.)
 - *CCC*, 2014, n° 61, obs. LEVENEUR (L.)
- Cass. Com., 11 juin 2014, n° 13-13.643, n° 629**
- *Defr.* 15 mai 2015, n° 1193, p. 492, obs. CABRILLAC (S.)
 - *Defr.* 15 mars 2015, n° 1194, p. 247, obs. VAUVILLE (F.)
- Cass. Com., 17 févr. 2015, n° 13-27.080, n° 623**
- *AJCA*, 2015, p. 176, obs. ALBIGES (C.)
 - *Rev. Soc.*, 2015, p. 663, note ANSAULT (J.-J.)

- *D.* 2015, p. 785, note BORGA (N.)
- *RTD.Com.* 2015, p. 350, obs. BOULOC (B.)
- *D.* 2015, p. 1810, obs. CROCQ (P.)
- *RTD.Civ.* 2015, p. 437, obs. CROCQ (P.)
- *LPA.* 2015, n° 250, p. 4, note DAUCHEZ (C.)
- *RTD.Com.* 2015, p. 342, obs. LEGEAIS (D.)

Cass. Com., 10 mars 2015, n° 13-23.424, n° 697, 703

- *RTD.Civ.* 2015, p. 443, note CROCQ (P.)
- *RTD.Civ.* 2015, p. 648, note DROSS (W.)
- *Rev. Soc.* 2015, p. 410, note ROUSSEL GALLE (PH.A.)

Cass. Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2016, n° 15-12.805, n° 409

- *D.* 2016, p. 479, obs. KNETSCH (J.)
- *JCP G.* 2016, 396, obs. PERINET-MARQUET (H.)

Cass. Com., 22 mars 2016, n° 14-14.219, n° 573

- *RTD.Civ.* 2016, p. 343, obs. BARBIER (H.)
- *RTD.Com.* 2016, p. 317, obs. BOULOC (B.)

Cass. Com., 7 juill. 2016, n° 15-16.101, n° 7, 649

- *RTD.Com.* 2016, p. 680, obs. SAINTOURENS (B.)

Cass. Com., 29 nov. 2016, n° 14-23.658, n° 582

- *RTD.Com.* 2017, p. 158, obs. BOULOS (B.)
- *AJCA*, 2017, p. 93, obs. DISSAUX (N.)

Cass. Com., 8 juin 2017, n° 17-28.438, n° 506

- *RDC.* 2017, p. 630, note AUBRY DE MAROMONT (C.)
- *D.* 2017, p. 1689, note FRANÇOIS (J.)
- *JCP E.* 2017, 1539, obs. HOUTCIEFF (D.)
- *D.* 2017, p. 2176, obs. MARTIN (D.-R.)

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. Const., 22 oct. 1982, décision n° 82-144, n° 351

- *Gaz. Pal.* 1983, I, p. 60, obs. CHABAS (F.)
- *D.* 1983, p. 189, note LUCHAIRE (F.)

Cons. Const., 29 juillet 1998, décision n°98-403, n° 129

- *LPA.* 1999, p. 29, note MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.)
- *RTD Civ.* 1999, n°1, p. 132, note ZENATI (F.)

Cour EDH 13 juin 1979, Marckx c./ Belgique, affaire n° 6833/74, n° 409

- *AFDI*, 1980, 317, obs. PELLOUX (R.)
- *JDI*, 1982, 183, obs. ROLLAND (P.)

Cour EDH, 24 oct. 1986, Agosi c./Royaume-Uni, affaire n° 9118/80, n° 409

- *Cah. dr. eur.* 1988. 485, obs. COHEN-JONATHAN (G.)
- *JDI*, 1987. 801, obs. ROLLAND (P.) et TAVERNIER (P.)

Cour EDH, 28 oct. 1987, Inze c./Autriche, affaire n° 8695/79, n° 409

- *JDI*, 1988, p. 882, obs. TAVERNIER (P.)

Cour EDH, 23 fév. 1995, Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c./Pays-bas, affaire n° 15375/89, n° 409

- *ADJA*, 1995. 719, chron. FLAUSS (J.-F.)

VI. Dictionnaires

- CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., 2018.
- DE GRUYTER, *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, 1939.
- ERNOUT (A.) et MEILLET (A.), *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, réimpr. Klincksieck, 2001.
- GAFFIOT (F.), *Dictionnaire latin français*, Paris, Hachette, 1934.

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Accession

- Bien universel : 697 suiv.
 - Accession par adjonction : 701 suiv.

Accessoire (Théorie de l')

- Immobilisation par destination : 422 suiv.
- Universalité : 419 suiv.

Administration

- Aliénation : 654 suiv.
 - Obligation d'information : 673 suiv.
 - Objet : 676
 - Réalisation : 682 suiv.
 - Réemploi
 - Principe : 670
 - Sanction : 671
- Objet 648 suiv.

Affectation : 441 suiv.

- Communauté d'affectation 453
- Définition : 442
 - Affectation objective : 449 suiv.
 - Extinction : 462 suiv.
 - Valeur
 - Échange (d') : 451
 - Usage (d') : 447
 - Volonté
 - Définition : 447
 - Encadrement légal : 451
- Destination : 442
- Forme
 - Acte juridique
 - Acte unilatéral : 469
 - Contrat : 471 suiv.
 - Publication : 475 suiv.
 - Intrinsèque : 476
 - Mesures de publicité 478

Apport partiel d'actif

- Affectation (poursuite) : 535
- Droit d'opposition : 537
- Notion : 531
- Personnalité juridique : 533
- Solidarité : 536
- Universalité de droit : 536

Attribution préférentielle

- Bien universel : 707-709

B

Bien

- Bien composé
 - Essaim d'abeilles : 396
 - Incorporation : 432
 - Navire : 431
 - Sucre : 396
 - Universalité : 429 suiv.
- Bien incorporel : 460 suiv.
- Bien universel : 480
 - Accession : 697 suiv.
 - Accession par adjonction : 701 suiv.
 - Procédures collectives : 703
 - Protection : 695 suiv.
 - Attribution préférentielle : 707-709
 - EIRL : 712
 - Unités économiques : 710-711
 - Vente
 - Saisie-vente : 714
 - Créancier chirographaire 717
 - Créancier inscrit 716
- Dette : 504
- Fongibilité 657
- Patrimonial/extrapatrimonial : 360 suiv.

- Valeur
 - Échange : 409 suiv.
 - Affectation : 451
 - Usage : 409 suiv.
 - Affectation : 447

C

Cession

- Dette : 504
- Universalité : 375 suiv.

Conservation

- Universalité : 649

Destination

- Affectation
 - Définition : 442

Dette

- Bien : 504
- Cession : 504
- EIRL
 - Affectation (poursuite) : 542
- Fiducie
 - Affectation (poursuite) : 544
 - Solidarité : 548
- Transmission : 508 suiv.
 - Affectation universelle : 525 suiv.
 - Convention : 510 suiv.
 - Fusion : 518
 - Obligation propter rem : 513 suiv.
 - Scission : 518
 - Solidarité : 526 suiv.

Donation

- Universalité
 - Acquisition : 592

E

Engagement

- Définition
 - Rome : 43
- Responsabilité : 353 suiv.

Entreprise

- Apport partiel d'actif
 - Notion : 531 suiv.
 - Affectation (poursuite) : 535
 - Personnalité juridique : 533
 - Solidarité : 536
 - Universalité : 536
 - Universalité de droit : 536
- Dette
 - Transmission
 - Solidarité : 526 suiv.
- EIRL
 - Affectation (poursuite) : 542
 - Bien universel
 - Protection : 712
 - Indivision : 635
 - Nantissement : 626
 - Notion : 372
 - Transmission
 - Dette : 542
 - Opposition (droit d') : 552
 - Régime : 550 suiv.
 - Solidarité : 553
 - Usufruit
 - Objet : 608
- Entreprise individuelle
 - Droit allemand : 526
 - Droit italien : 527
 - Droit suisse : 529

F

Fiducie

- Acquisition : 591
- Affectation (poursuite) : 544
- Notion : 373
- Transmission
 - Dette
 - Affectation (poursuite) : 544
 - Solidarité : 548
 - Régime : 548 suiv.

Fonds de commerce

- Indivision : 633-634
- Universalité de droit : 166-168

- Universalité de fait : 163 suiv.
- Universalité juridique : 180-181

Fusion

- Dette
 - Transmission : 518

G

Gage général des créanciers

- Responsabilité : 353

H

***Hereditas*/hérité**

- Cession : 59
- Jacente : 52 suiv.
- Personnalité juridique : 34 suiv.
- Pétition : 64
- *Res* : 56 suiv.
- *Successio* (continuation du défunt) : 47 suiv.
- Usucapion : 62

I

Immobilisation par destination

- Critique : 423
- Définition : 422

Indivision

- EIRL : 635
- Fonds de commerce : 633-634
- Universalité : 633 suiv.

O

Obligation

- Dette
 - Comportement : 497
 - Définition : 498
 - Valeur patrimoniale : 487 suiv.
 - Critique : 492
- *Propter rem* : 513 suiv.

Opposition (droit d')

- Apport partiel d'actif : 537
- Transmission
 - EIRL : 552

P

Patrimoine

- Bien
 - Patrimonial/extrapatrimonial : 360 suiv.
- Patrimoine d'affection
 - Universalité juridique : 145-152
- Théorie
 - Personnalité juridique : 125
 - Universalité de droit (subjectivité juridique)
 - Définition : 121-130
 - Signification réelle : 321 suiv.
 - Conséquences 131 – 138
 - Universalité juridique (dimension objective) : 139 -144

Personnalité juridique

- Apport partiel d'actif : 533
- *Hereditas*/hérité : 34 suiv.
- Patrimoine (Théorie du) : 125
- Personnalité morale
 - Continuation : 518
- Propriété : 325 suiv.
- Responsabilité : 351 suiv.
- Universalité : 321 suiv.
- *Universitas personarum* : 77 suiv.

Pétition

- *Hereditas*/hérité : 64

Possession

- Universalité
 - Objet : 640
 - Usucapion : 643 suiv.

Procédures collectives

- Accession par adjonction : 703
- Revendication : 597

Propriété

- Approche subjective : 339 suiv.
- Personnalité juridique : 325 suiv.
- Universalité subjective : 328 suiv.

R

Responsabilité

- Engagement : 353 suiv.
- Personnalité juridique : 351 suiv.
- Universalité subjective : 351 suiv.
 - Créance de compensation : 359
 - Gage général des créanciers : 353

S

Scission

- Dette
 - Transmission : 518

Solidarité

- Apport partiel d'actif : 536
- Dette
 - Transmission : 526 suiv.
- EIRL : 553

Successio

- *Hereditas*/hérédité : 47 suiv.

Sûreté

- Gage
 - Gage sur stock : 623
 - Universalité : 622
- Nantissement : 619 suiv.
 - Compte-titres : 620
 - EIRL : 626
 - Fonds de commerce : 619

U

Universalité

- Acquisition
 - Acte translatif : 569 suiv.
 - Donation : 592
 - Fiducie : 591
 - Vente : 571 suiv.
 - Garanties : 580 suiv.
 - Prix : 573 suiv.
 - Revendication : 595 suiv.
 - Procédures collectives : 597
 - Usucapion immédiate : 596
- Administration
 - Aliénation : 654 suiv.

- Objet : 648 suiv.
- Affectation : 441 suiv.
 - Affectation objective : 449 suiv.
 - Communauté d'affectation : 453 suiv.
 - Azienda : 457
 - Définition : 442
 - Extinction : 462 suiv.
 - Volonté : 447
 - Encadrement légal : 451
 - Forme
 - Acte juridique : 467 suiv.
 - Acte unilatéral : 469
 - Contrat : 471 suiv.
 - Publication : 475 suiv.
- Cession : 375 suiv.
- Conservation : 649
- Définition
 - Bien
 - Bien incorporel : 460 suiv.
 - Bien universel : 480
 - Définition négative : 396 suiv.
 - Définition positive : 399 suiv.
 - Recours à l'inventaire : 404 suiv.
 - Nature
 - Bien : 407
 - Notions voisines : 417 suiv.
 - Accessoire : 419 suiv.
 - Bien composé : 429 suiv.
- Dette
 - Comportement
 - Conséquence : 502
 - Valeur patrimoniale
 - Conséquence : 490
 - Critique : 492
- Droits réels
 - Sûreté
 - Gage : 622
 - Nantissement : 619 suiv.
 - Usufruit : 601 suiv.
 - Amélioration : 616
 - Charges : 612
 - Fruits : 610 suiv.
 - Objet 603 suiv.; 619
 - Restitution 615
- Fongibilité : 234 ; 657

- Incorporation : 435
- Indivision : 633 suiv.
- Personnalité juridique : 34 suiv. ; 77 suiv. ; 125 ; 321 suiv.
- Possession
 - Objet : 640
 - Usucapion : 643 suiv.
- Subrogation réelle : 217-22 ; 230 ; 655
- Transmission
 - Affectation universelle : 525 suiv.
- Union d'universalités : 434
- Universalité de droit
 - Apport partiel d'actif : 536
 - Assimilation entre patrimoine subjectif et objectif : 195-210
 - Conception classique
 - Critique : 289 suiv.
 - Commerce juridique : 294 suiv.
 - Critères d'identification : 193 suiv.
 - Ensemble actif/passif : 212-216
 - Critique
 - Universalité de droit : 276 suiv.
 - Patrimoine 267 suiv.
 - Fonds de commerce : 166-168
 - Permanence : 217-222
- Universalité de fait
 - Absence de passif : 240-248
 - Code civil : 156-162
 - Conception classique
 - Critique
 - Cohérence : 312-316
 - Consistance : 308 suiv.
 - Critères d'identification : 223 suiv.
 - Expansion de la notion : 182-184
 - Fonds de commerce : 163 suiv.
 - Permanence : 229-239
 - Unité : 224-228
- Universalité juridique
 - Fonds de commerce : 180-181
- Universalité objective
 - Objet de propriété : 375 suiv.

- Universalité subjective
 - Composante
 - Propriété : 328 suiv.
 - Responsabilité : 351 suiv.
 - Créance de compensation : 357 suiv.
 - Gage général des créanciers : 353
- Valeur : 410
 - Échange : 411
 - Usage : 411

Universitas

- Définition à Rome
 - Cité : 28 suiv.
 - Absence de personnification : 30-34
 - *Hereditas* :
 - Définition : 37 suiv.
 - Dimension subjective : 41 suiv.
- *Personarum* :
 - Personnalité juridique : 77 suiv.
- *Rerum* : 93 suiv.
 - Corporae : 93 suiv.
 - Incorporae : 93 suiv.

Usucapion

- *Hereditas*/hérité : 62
- Universalité : 643 suiv.
- Usucapion immédiate : 596

Usufruit

- EIRL
 - Objet : 608 suiv.
- Universalité : 601 suiv.

V

Vente

- Saisie-vente
 - Bien universel : 714
 - Créancier inscrit : 716
 - Créancier chirographaire : 717

- Universalité : 571 suiv.
- Garanties
 - Acheteur
 - Vices cachés : 580
 - Délivrance conforme : 582
 - Vendeur
 - Privilège du vendeur de meubles : 587
 - Saisie : 587 suiv.
- Prix : 573 suiv

Table des matières

Introduction	1
Partie I. Analyse critique de la notion classique d'universalité	15
Titre I. La conception dualiste de l'universalité.....	17
Chapitre I. La tradition	19
Section I. La naissance du concept à Rome	20
I) L'entité collective regroupant plusieurs personnes.....	21
II) L'entité collective regroupant plusieurs biens	25
A) L' <i>hereditas</i> , expression de l'idée de succession	26
1) Dimension statique de l'hérédité, le réseau de tous les droits et obligations du défunt ..	28
2) Dimension dynamique de l'hérédité, le processus de continuation de la personne du de cujus par l'héritier.....	32
B) L'expérimentation de l'idée d'hérédité comme idée de succession dans la place juridique du défunt	34
1) L'hérédité jacente.....	34
2) L'hérédité saisie par des situations juridiques.....	36
Conclusion section.	42
Section II. La reconstruction médiévale de la notion d'universalité	43
I) L' <i>universitas personarum</i>	45
II) L' <i>universitas rerum</i>	49
A) La rationalisation des <i>universitas rerum</i>	50
B) Appréciation critique de la construction médiévale.....	56
Conclusion section.	61
Conclusion chapitre.....	62
Chapitre II. L'interprétation du Code civil	63
Section I. La redécouverte de l'universalité de droit dans le Code civil	64
I) La doctrine d'Aubry et Rau	64
A) La subjectivité juridique de l'universalité de droit dans la doctrine d'Aubry et Rau.....	65
1) Le recours à l'universalité de droit pour définir la personnalité juridique	65
2) Les conséquences de la subjectivité de l'universalité de droit	69
B) Les autres universalités dans la théorie d'Aubry et Rau	74
II) Les autres doctrines	76
Conclusion section.	80

Section II. L'interprétation de l'universalité de fait sous le Code civil	81
I) Les applications de l'universalité de fait dans le Code civil.....	81
II) La conceptualisation de la notion d'universalité de fait à la faveur de l'émergence du fonds de commerce.....	83
A) L'analyse du fonds de commerce comme une universalité de droit	85
B) L'analyse du fonds de commerce comme une universalité de fait.....	86
1) L'évolution du fonds de commerce antérieurement à la loi de 1909	86
2) Le fonds de commerce selon la loi du 17 mars 1909	88
C) Le fonds de commerce comme universalité juridique	90
III) La reproduction légale et jurisprudentielle de la notion d'universalité de fait à d'autres ensembles de biens.....	91
Conclusion section.	92
Conclusion chapitre.....	92
Chapitre III. Le parachèvement de la théorie dualiste de l'universalité	95
Section I. Les critères d'identification de l'universalité de droit	96
I) L'identification de l'universalité de droit par les différentes théories du patrimoine	96
A) La conception de l'universalité de droit commune aux théories objectives et subjectives du patrimoine	96
B) La multiplication des patrimoines.....	98
1) Les anciens patrimoines spécialisés qualifiés d'« universalités de droit »	99
2) Les récents patrimoines d'affectation qualifiés d'« universalités de droit ».....	100
II) Les caractéristiques de l'universalité de droit.....	101
A) L'ensemble actif/passif.....	101
1) La prise en compte de l'actif au sein de la notion d'universalité de droit	102
2) La prise en compte du passif au sein de la notion d'universalité de droit.....	103
B) La permanence de l'ensemble actif/passif	104
Conclusion section.	106
Section II. Les critères d'identification de l'universalité de fait	106
I) L'unité dans la pluralité.....	106
A) Le fondement et la nature juridique de l'universalité de fait	107
B) La permanence de l'universalité de fait	109
II) L'absence de dimension passive dans l'universalité de fait	113
A) Le passif de l'universalité de fait	113
B) L'absence d'affectation de l'actif au passif	115
Conclusion section.	117
Conclusion chapitre.....	118
Conclusion titre.	119
Titre II. Critique de la conception dualiste de l'universalité	121
Chapitre I. Les faiblesses de l'opposition entre les deux universalités.....	123
Section I. La faiblesse de l'opposition quant aux fondements	124

I) La différenciation de la source de l'universalité.....	124
II) La différenciation du fondement de la cohésion de l'universalité	126
Conclusion section.....	127
Section II. La faiblesse de l'opposition quant au régime	128
I) Critique de la corrélation actif/passif dans le patrimoine	129
II) Critique de la corrélation actif/passif dans l'universalité de droit	133
Conclusion section	137
Conclusion chapitre.....	138
Chapitre II. Les inconvénients de l'opposition entre les deux universalités.....	140
Section I. Les inconvénients propres à l'universalité de droit	140
I) L'universalité de droit, une écriture comptable et budgétaire	140
II) La difficile insertion de la conception classique de l'universalité de droit dans le commerce juridique	142
A) L'origine de la difficulté	143
B) La poursuite de la difficulté	144
Conclusion section	146
Section II. Les inconvénients propres à l'universalité de fait	147
I) Le manque de consistance de l'universalité de fait	147
II) Le manque de cohérence de l'universalité de fait.....	149
Conclusion section	151
Conclusion chapitre.....	151
Chapitre III. La signification réelle de l'opposition des deux universalités	153
Section I. L'universalité comme ancêtre de la personnalité juridique	154
I) La propriété composante de l'universalité.....	156
A) La dimension statique	157
1) La concentration des rapports juridiques d'une personne	158
2) L'intégralité des rapports juridiques d'une personne	160
B) La dimension dynamique.....	162
1) La propriété en tant qu'aptitude	163
2) La propriété en tant que pouvoir d'agir.....	166
II) La responsabilité, composante fondamentale de l'universalité subjective	168
A) La responsabilité comme pôle passif	169
B) Le dépassement de la distinction bien patrimonial et extrapatrimonial	174
Conclusion section	176
Section II. L'inévitable cantonnement de l'universalité au domaine des choses	176
I) L'appartenance de l'universalité objective dans le commerce juridique	177
A) L'universalité objective comme groupement de biens.....	178
B) L'universalité objective objet d'appropriation.....	181
II) L'utilité technique du recours à l'universalité	184
Conclusion section	185

Conclusion chapitre.....	186
Conclusion titre	186
Conclusion de la partie I.....	188
Partie II. Essai d'une nouvelle théorie de l'universalité	189
Titre I. La conception moniste de l'universalité.....	191
Chapitre I. La conception objective de l'universalité	193
Section I. La réité de l'universalité	193
I) La nécessité d'une pluralité de biens	194
II) Le dédoublement de la chose en contenant et contenu	195
III) L'utilité de l'universalité, source du bien universel.....	198
A) La valeur	199
B) L'utilité de la fédération	202
Conclusion section	204
Section II. La différenciation de l'universalité et des notions voisines.....	204
I) Le bien universel et l'accessoire.....	205
A) La confusion entre l'accessoire et l'universalité.....	205
B) La spécificité de l'universalité.....	208
II) Le bien universel et le bien composé.....	210
Conclusion section	214
Section III. L'affectation universelle	215
I) L'engendrement du bien universel par l'affectation.....	216
A) La naissance du bien universel par l'affectation	216
1) La détermination de l'usage des biens	217
2) Le but de l'usage des biens	222
3) La classification du bien universel.....	226
B) L'effet extinctif de la cessation de l'affectation.....	227
II) La forme de l'affectation universelle.....	229
A) L'acte juridique.....	229
1) L'affectation universelle par l'acte unilatéral	230
2) L'affectation universelle par contrat	231
B) La publication	233
1) La publication intrinsèque de l'universalisation	233
2) La publicité de l'universalisation	235
Conclusion section	237
Conclusion chapitre.....	237
Chapitre II. La contingence du passif	239
Section I. Le principe de la personnalité de l'obligation.....	239
I) Analyse critique de l'approche objective de l'obligation	240
A) L'obligation comme valeur.....	240

B)	Les insuffisances de l'analyse objective de l'obligation.....	243
II)	La structure subjective de l'obligation et l'universalité.....	246
A)	La dette, une prestation.....	248
B)	L'impossible réification de la cession de dettes.....	251
	Conclusion section.....	253
	Section II. Les techniques de transmission des dettes.....	254
I)	Les techniques inopérantes.....	254
A)	La convention.....	254
B)	L'obligation <i>propter rem</i>	255
II)	Les techniques à expliciter.....	257
A)	La transmission des biens et des dettes justifiée par la continuité de la personnalité juridique 257	
B)	La transmission du bien universel et des dettes justifiée par la poursuite de l'affectation universelle.....	261
1)	L'exemple des droits étrangers.....	261
2)	L'apport partiel d'actifs.....	265
3)	Le lien entre le bien universel et les dettes dans les mécanismes de la fiducie et l'EIRL 271	
	Conclusion section.....	280
	Conclusion chapitre.....	281
	Conclusion titre.....	281
	Titre II. La vérification de la conception moniste de la notion d'universalité.....	283
	Chapitre I. La propriété de l'universalité.....	285
	Section I. L'acquisition de l'universalité.....	285
I)	Les actes translatifs de propriété portant sur l'universalité.....	285
A)	La vente d'universalité.....	286
1)	Le prix.....	286
2)	Les protections légales applicables aux parties.....	290
B)	Les autres actes translatifs de propriété.....	296
II)	La revendication de l'universalité.....	298
	Conclusion section.....	300
	Section II. Les droits réels sur le bien universel d'autrui.....	300
A)	L'usufruit d'une universalité.....	300
1)	L'objet de l'usufruit d'universalité.....	301
2)	La jouissance de l'universalité grevée d'usufruit.....	305
3)	La restitution de l'universalité grevée d'usufruit.....	307
B)	La constitution d'une sûreté sur l'universalité.....	309
	Conclusion section.....	318
	Section III. L'indivision de l'universalité.....	318
	Conclusion section.....	321

Conclusion chapitre.....	321
Chapitre II. La possession de l'universalité.....	323
Section I. L'universalité objet de possession	323
Conclusion section	325
Section II. L'usucapion de l'universalité	325
Conclusion section.....	327
Conclusion chapitre.....	328
Chapitre III. L'administration du bien universel	329
Section I. L'objet de la conservation	329
Conclusion section	331
Section II. Les modalités de la conservation.....	332
I) Le pouvoir d'aliénation du détenteur d'universalité	332
A) Le fondement technique du pouvoir	332
B) Les biens sujets à remplacement.....	337
II) Les suites de l'aliénation conservatoire	340
A) L'obligation de réemploi	341
B) L'exécution de l'obligation d'information.....	343
1) Le temps de l'information.....	344
2) La réalisation de l'obligation d'information	347
Conclusion section	349
Conclusion chapitre.....	350
Chapitre IV. La protection du bien universel	351
Section I. La protection du contenu	351
Conclusion section	358
Section II. La protection du contenant	358
I) La protection de l'universalité lors du décès du propriétaire.....	359
II) La protection en cas de défaillance financière du propriétaire	362
Conclusion section	363
Conclusion chapitre.....	364
Conclusion Titre.....	364
Conclusion Partie II.	366
Conclusion générale	369
Annexes	377
Bibliographie	379
Index alphabétique.....	417

