



Michel Boudot

Professeur de droit privé
Vice - doyen chargé des relations internationales
Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers
Université de Poitiers

Adresse

Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers
2 rue Jean Carbonnier
Bâtiment A1, TSA 81100
86073 POITIERS Cedex 9
mboudot@univ-poitiers.fr

Notes de conférence, 25 avril 2023

Propriété et contrats

La réforme française des contrats spéciaux

J. Lete, M.-P. Garcia Rubio, A. Veiga, R. Pazos, (dir.)
Madrid
Université Pontificale de Comillas

En dépit des apparences, ce n'est pas Claude Bufnoir que je convoquerai pour parler de Propriété et de Contrat au singulier¹. Son célèbre ouvrage n'aborde pas la propriété à travers les différents types de contrats spéciaux, mais à travers une perspective unifiée du patrimoine et des droits patrimoniaux. Cette perspective était celle d'un Code civil à maturité, mis en examen à l'Est du Rhin par les projets de réforme du Code civil allemand, à la recherche d'un nouveau souffle dogmatique et d'une restructuration. En guise de restructuration, nous eûmes le livre du centenaire et quelques inflexions doctrinales concernant la théorie des sources des obligations. Et le Code civil français a vieilli : son deuxième livre consacré aux biens et à la propriété, les titres de son troisième livre consacrés aux contrats spéciaux ont été très peu révisés depuis 1804. Les types spéciaux de contrats se sont largement déployés hors du système du Code civil, dans des lois spéciales et des Codes spéciaux.

Aujourd'hui la réforme des contrats spéciaux a pour ambition de réformer le droit commun des types de contrat. Vente – Echange – Location et bail de chose - Contrat d'entreprise - Mandat – Dépôt. Par la bande, comme au billard, elle nous offre le loisir de parler de Propriété et de

¹ *Propriété et contrat*, éd. 1900. Rééd. par M. Boudot, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers - LGDJ, 2005. Cet ouvrage est repris d'un cours donné en 1883-1884.

Contrats au pluriel, ou comment se dessine l'influence du droit des contrats spéciaux sur le droit commun des biens et de la propriété.

Plusieurs projets ont déjà été proposés : les deux premiers par l'association Capitant, et le dernier par un groupe de travail présidé par le professeur Philippe Stoffel-Munck qui a remis son rapport au ministre de la Justice, soumis à une consultation publique désormais close. La balle est dans le camp du gouvernement, qui en fera peut-être quelque chose.

Avant de discuter [ce dernier av.-projet](#) (PSM) pour en souligner les potentiels effets induits sur le droit des biens, je me dois de dénoncer deux biais affectifs qui malgré moi peuvent toucher la teneur de mon discours critique. Certes, je ne suis ni consultant affidé à quelque multinationale du conseil, ni arbitre, ni avocat - enseignant-chercheur à plein temps donc - mais d'une part, le professeur Stoffel-Munck est un camarade de doctorat pour qui j'ai toujours eu une grande amitié même si nos routes ne se sont pas croisées depuis longtemps, et d'autre part, je dois au professeur Sériaux la plus grande reconnaissance pour m'avoir donné le goût de l'étude des textes bibliques. Ce n'était pas une mince affaire que d'éveiller l'incroyant que j'étais, et que grâce à Dieu, je suis toujours². En revanche, je ne connais les autres membres de la commission PSM qu'à travers leurs écrits.

Ceci justifie que pour cette communication, je ne serai pas un contradicteur de l'av.-projet sur le fond des débats politiques qu'il aborde ou qu'il évite, je tiendrai fictivement les textes proposés comme des normes juridiques, comme s'ils avaient été adoptés en l'état, et entrés en vigueur sans modification.

Etant donné que la réforme du droit des biens ne point pas à l'horizon, la question est assez simple. Le nouveau droit des contrats spéciaux refaçonnerait-il peu ou prou le droit des biens ? et si oui comment ? Je n'aurai pas le temps de faire une exégèse complète du texte projeté, je me contenterai de jeter des coups de projecteur sur des innovations ou des reformulations que nous pourrons discuter ensemble.

Dans les systèmes civilistes occidentaux modernes, l'idéologie dominante regarde la propriété comme un rapport juridique abstrait entre un individu pourvu d'une volonté, et une chose dénommée « bien » = un rapport abstrait ramené confusément au *dominium* romain³, naturalisé ou hypostasié en une force sur la chose revendiquée.

Mais dans la réalité vécue, le sentiment d'appartenance des choses est nourri par de multiples représentations du rapport d'avoir entre une chose, les autres et soi-même. Et vous ne m'en voudrez pas de laisser de côté les questions psychanalytiques pour m'en tenir au cadre normatif promu par le système juridique. Ainsi donc, lorsque je loue un appartement et que j'y habite, je me sens chez moi alors pourtant que je n'en suis pas par définition propriétaire. Mais ce sentiment de chez soi est fortement imprégné de la relation personnelle que je peux avoir avec le bailleur, qui lui n'est plus chez lui, quand il vient chez moi. Ce sentiment n'est pas le même si

² Si l'Eternel existe, en fin de compte, il voit

Qu'je m'a conduit guère plus mal que si j'avais la foi ([Georges Brassens, Le mécréant](#)).

³ Note sous 1582

nous vivons en colocation, ou pour un séjour de courte durée. Disons-nous que la jouissance exclusive d'une chose confère quelque chose de la propriété ?

Il est très vite clair que le droit des contrats (vente, location, dépôt, prêt, mais aussi société) induit des représentations différentes de la propriété des choses quelconques ou des moyens de production en raison de la surimpression de la relation contractuelle sur le droit de propriété transféré ou amputé, droit qui devient relatif. Je ne parle pas d'une propriété relative au sens d'une propriété abstraitement finalisée par les objectifs fonctionnels associés au type contractuel, mais d'une propriété en relation. L'exemple topique est celui de la vente immobilière dans un système qui est pourvu d'un registre immobilier déclaratif et non constitutif. Le contrat de vente transfère la propriété à l'acheteur qui devient propriétaire vis-à-vis du vendeur, mais qui ne l'est pas à l'égard de certains tiers (voire de tous). Jusqu'au moment de l'accomplissement des formalités de publicité, le vendeur n'est pas tout à fait un ancien-propriétaire, et l'acheteur n'est déjà plus un futur-propriétaire, parce qu'entre eux, s'est opéré un effet réel, à savoir une déconstruction soutenue simultanément par une reconstruction du rapport juridique d'appartenance. De manière analogue, les pactes de réserve de propriété produisent des surimpressions où le vendeur ne demeure propriétaire qu'à raison d'une créance de paiement du prix quand la chose a été intégrée, incorporée ou confondue à d'autres de mêmes sortes.

Autre exemple topique mais inverse, celui du contrat de prêt de chose consommable (appelé aussi simple prêt), qui transfère la propriété à l'emprunteur. Le prêteur ne peut plus revendiquer la chose prêtée. Mais puisque la consommation entraîne la perte de la chose, une obligation de restitution d'autre chose surimprime l'obligation personnelle et vise une réalité future à savoir un retransfert, non pas de la chose disparue, mais d'une autre chose que l'on dira de même espèce. Il me semble que l'important est de saisir que les contrats spéciaux, translatifs de propriété ou simplement attributifs de la jouissance d'une chose, dessinent des relations d'appartenance *relatives*.

Je ne suis pas en train de dire que les contrats et les obligations contractuelles engendrent des droits réels, bien sûr que non, mais néanmoins dans les systèmes causalistes (qui lient causalement les effets réels au consensus obligationnel, sans désigner un mode spécifique de constitution ou de transfert du droit réel), la chronologie et l'analyse diachronique des transferts entre deux états propriétaires « absolus » si tant est qu'ils soient paisibles, révèlent des relations d'appartenance atypiques comme en transition. Autrement dit, dans la réalité juridique française, la chose prêtée, la chose déposée, la chose louée, même la chose vendue sont normées selon des règles spéciales (légales ou contractuelles). Elles constituent ainsi des « biens » qui changent de nature lorsque le droit de propriété qui les affectent change lui-même de registre.

Nous reviendrons sur la distinction nécessaire entre chose et bien, ou faut-il utiliser un autre terme ?

Mais si comme je viens de le dire, les régimes des contrats spéciaux redessinent à leur manière le droit des biens, n'est-ce pas aussi parce que le droit commun des biens leur a laissé une place ? Il s'agit là d'une question éminemment politique. En France, le livre 2 vieilli mérite plus qu'une réforme de surface ou un toilettage : mais concevoir un droit commun de la transition écologique et des nouvelles technologies constitue l'enjeu d'une réflexion profonde sur le

capitalisme du 21^e siècle et sur une reconfiguration systématisée du droit de propriété et des droits réels. Malheureusement, c'est un enjeu si grand qu'aucun gouvernement faiblement majoritaire n'y pense vraiment. Le droit des contrats spéciaux s'offre donc comme un pis-aller ; mais il ne faut pas s'y tromper, c'est un puissant choix politique que d'inverser la logique du Code civil. Refaire le droit des obligations et des contrats avant de repenser politiquement l'organisation des rapports d'appartenance, c'est soumettre le droit des biens au droit des obligations pour faire émerger des figures non écrites.

J'ai identifié trois séries de questions

I. De la distinction des biens et leurs classifications

L'usage des termes « chose » et « bien ».

L'av. projet n'en fixe pas l'usage et renvoie la balle à une future réforme du livre 2⁴. Pourtant plusieurs propositions sont avancées pour justifier l'emploi de « bien » par les titres sur la vente⁵ et l'entreprise, et de « chose » par ceux sur la location⁶, le prêt⁷ ou le dépôt⁸. Selon les auteurs, « bien » désignerait ce qui est approprié (objet d'un droit de propriété), et non ce qui est seulement appropriable (Comp. CCB, art. 3.41)⁹, alors que « chose » aurait un usage plus général, et correspondrait à un objet quelconque de contrat, pourvu qu'il soit dans le commerce (1598, 1712, 1878¹⁰)

Il reste que l'av. projet nous livre certains hiatus ou quelques usages erratiques. Ex : 1721-22 (l'état du bien loué), 1725-2 (travaux sur le bien loué), 1735 (restitution du bien loué) ; 1739 (cession du bien loué) ; 1875 al. 2 (nature du bien prêté), 1894 (propriétaire de la chose prêtée), 1897 (valeur de la chose prêtée)

⁴ Note sous 1709 *De longs débats ont porté sur l'emploi du mot « bien » ou « chose » et la Commission a varié sur ce point, d'autant que la terminologie juridique n'est pas arrêtée nettement en la matière. La réforme du droit des biens pourrait être une heureuse occasion de fixer le sens des mots. Pour les raisons exposées dans le texte de présentation de ce titre, la Commission a finalement conservé l'emploi du mot « chose », qui est sans doute le plus général qu'on puisse trouver. Dans l'esprit de la Commission, il inclut notamment les droits*.

⁵ Note sous 1582 - *On souligne que le terme de bien a été préféré à celui de chose – qui est employé pour d'autres contrats spéciaux, tel le bail, car ce qui définit un bien est notamment son appropriation, ce qui inclut la titularité du droit si on adopte une conception large de la « propriété » (dominium), ainsi qu'une partie de la doctrine la soutient et comme la Cour européenne des droits de l'homme la conçoit. L'emploi de ce terme est alors en cohérence avec l'objet du contrat de vente.*

⁶ Présentation du titre sur la location, p.50 : *La [...] raison est que le terme de bien renvoie à l'univers de ce sur quoi un droit réel s'exerce ou, du moins, qui figure à l'actif d'un patrimoine. Or, autant la vente s'accorde à un tel concept car elle suppose une propriété, dont elle organise le transfert, autant le bail peut concerner des choses non appropriées car il ne fait naître qu'un droit personnel. Comparer avec ce qui est dit plus loin et la dimension réelle du bail.*

⁷ Présentation du titre sur les contrats de prêt, p.101 : *Le prêt à usage porte sur des biens mais, plus généralement encore, sur toute espèce de chose.*

⁸ Note sous art. 1915 : *À l'instar de ce qui a déjà été fait pour le bail et le prêt, l'emploi du mot « chose » supplante celui de « bien », car le dépôt peut porter sur une chose qui n'est pas appropriée.*

⁹ CCB, art. 3.41 : *Les biens, au sens le plus large, sont toutes les choses susceptibles d'appropriation, y compris les droits patrimoniaux.* CcQ, art. 914 : *Certaines autres choses qui, parce que sans maître, ne sont pas l'objet d'un droit peuvent néanmoins être appropriées par occupation, si celui qui les prend le fait avec l'intention de s'en rendre propriétaire.*

¹⁰ pas de précision pour le dépôt, serait-il licite de déposer des choses hors commerce, s'agirait-il d'un autre contrat que le dépôt ? L'animal peut-il être déposé par combinaison de l'article 515-14 du Code civil qui lui applique le régime des « biens » ?

La classification des biens et des non-biens

L'av.-projet reprend les Catégories classiques : meuble / immeuble (1712, 1787), corporel / incorporel (1582, 1712, 1878, 1918), consommable / non-consommable, fongible / non fongible. La classification des biens détermine à l'occasion la qualification contractuelle. Typiquement la chose déposée est meuble, alors que la chose séquestrée peut aussi être immeuble.

Mais le droit des contrats spéciaux appelle d'autres catégories :

« Le contrat d'entreprise est celui par lequel l'entrepreneur réalise, de façon indépendante, un ouvrage au profit de son client, maître de l'ouvrage. L'ouvrage peut être matériel ou intellectuel. Il consiste en un bien ou un service (1755)¹¹ ».

Il faut éclaircir ce point. Le terme ouvrage est métonymique : il désigne à la fois l'action de travailler, le travail en cours de réalisation, les étapes de la réalisation si elles sont confiées à des entrepreneurs différents (le tout et la partie sont le même ouvrage) et enfin le résultat de ce travail¹². L'av.-projet en a conservé les usages ambivalents tout en proposant une grille de répartition en catégories normées. D'un côté, ouvrage matériel et ouvrage intellectuel. Bien et service de l'autre (voir la communication de M. Faure-Abbad *dans ce colloque*).

Bien et Service

La distinction entre bien et service correspond à une dichotomie du contrat d'entreprise consistant dans la création d'un bien d'une part, et d'autre part dans un contrat consistant dans autre chose (le service ne crée pas un bien nouveau¹³). Le service ne crée pas de valeur appropriable¹⁴.

Les règles du droit commun prévues aux articles 1755-1780 visent autant les contrats ayant pour objet la réalisation d'un bien que la réalisation d'un service, mais ces derniers sont exemptés des règles spéciales relatives à l'entreprise mobilière (1787-1789) et celles concernant le contrat de construction d'un ouvrage immobilier (1790-1794).

Ouvrage matériel et ouvrage intellectuel

Cette distinction n'est pas clairement expliquée. Raisonons donc. Un travail matériel suppose de la matière, mais ce n'est pas nécessairement de la matière pour fabriquer un nouveau bien. On peut imaginer qu'une prestation de déneigement au sommet de la Sierra Nevada ou celle de désensablement dans le désert de Tabernas soit un service matériel.

¹¹ La comparaison avec le Code civil du Québec mérite d'être étayée. CcQ, art. 2098 - *Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer.*

¹² Note sous 1755 *Le centre de gravité du contrat d'entreprise se trouve ainsi dans la notion d'ouvrage, qui se conçoit à la fois comme l'activité de l'entrepreneur et son résultat.*

¹³ Note sous 1787

¹⁴ Note de présentation p.73 *Cette distinction traduit la summa divisio existant au sein des contrats d'entreprise. L'activité que fournit l'entrepreneur est dirigée vers une finalité à atteindre, l'ouvrage à réaliser. Selon que la valeur créée par son travail est ou non appropriable, constitue un bien ou au service, la finalité du contrat diffère : transfert d'un bien ou fourniture de service.*

En revanche, le travail du journaliste ou du concepteur d'algorithme est intellectuel qui consiste dans la production d'une valeur patrimoniale, un bien incorporel, soumise ainsi aux règles spécifiques du contrat d'entreprise mobilière (1787)¹⁵.

Le travail de l'architecte qui participe à la construction d'un ouvrage immobilier, et qui à ce titre est réputé constructeur (1792-1) tenu solidairement des garanties spéciales avec les autres entrepreneurs (bienno-décennale), est un travail difficile à qualifier. C'est un service intellectuel, mais il est soumis aux règles des contrats de construction immobilière¹⁶.

Nous aurons à y revenir

II. Les contours du droit de propriété

La propriété des choses fongibles.

D'un côté, la consomptibilité : c'est le critère de la distinction des contrats de prêt à usage et prêt de consommation, qui justifie le transfert de la propriété de la chose prêtée, et une restitution par équivalent. Comme dans le système actuel, le prêteur n'est titulaire que d'un droit personnel de créance de restitution d'un équivalent promis, non d'un droit réel (1896). Aucun mécanisme de subrogation réelle n'est prévu.

D'un autre côté, la fongibilité : l'av.-projet se veut innovant en prévoyant un régime spécial pour le prêt à usage de choses fongibles confondues dans le patrimoine de l'emprunteur avec des choses de même espèce (1883)¹⁷.

Si l'emprunteur y a été autorisé, cette autorisation entraîne l'application du régime du prêt de consommation, ce qui produit le transfert de la propriété des choses fongibles (et un droit personnel à la restitution par équivalent). Mais si la confusion n'a pas été autorisée par le prêteur, le droit de propriété n'est pas transféré ; il mute en un droit de propriété à assiette flottante, nous dit-on, qui permet de revendiquer une quantité de bien équivalente. Une revendication d'un bien indéterminé dans un ensemble de bien. La raison d'être de cette figure est essentiellement de conférer au prêteur une sûreté dans la faillite de l'emprunteur, comme le serait une réserve de propriété dans celle de l'acheteur. Cette innovation imposerait cependant une sérieuse relecture de la conception absolutiste dominante de la propriété, puisqu'il s'agit d'un droit réel à la propriété sous forme de garantie.

Mais déjà les réformes récentes des sûretés ont redessiné le profil de la propriété comme garantie :

¹⁵ Note sous 1787 *Le critère de la spécificité ne trouve à s'appliquer que lorsque le contrat d'entreprise a pour finalité de créer un bien nouveau corporel ou incorporel.*

¹⁶ Comp. CcQ : V. Karim, sous art. 2100, n°431, aussi v. art. 2120

¹⁷ 1883 - *L'emprunteur rend la chose même qui lui a été remise. Si la chose est fongible et que, sans y avoir été autorisé, l'emprunteur l'a confondue avec les siennes propres, le prêteur peut, à défaut de restitution, revendiquer toute chose de même espèce et de même qualité détenue par l'emprunteur. Si la chose est fongible et que la convention a autorisé l'emprunteur à la confondre avec les siennes, il y a prêt de consommation.* Note sous 1883 - *Le texte ouvre la possibilité pour le prêteur d'agir en revendication d'une chose semblable à celle qu'il a prêtée, par analogie avec l'actuel article 2369 du Code civil relatif à la réserve de propriété. C'est là une consécration de l'idée de propriété à assiette flottante. La confusion autorisée entraîne, en revanche, la qualification de prêt de consommation.*

1) d'une part, la propriété réservée : la réserve de propriété des choses fongibles est prévue à l'article 2369¹⁸ mais dans ce cas, c'est volontairement que le pacte de réserve de propriété retient une part abstraite des biens cédés en garantie (jusqu'à concurrence de la dette de prix qui diminue avec l'exécution de l'obligation de payer). C'est ici l'assiette de la sûreté qui est flottante (dérogatoire au principe de spécialité) pour s'ajuster au reste dû. Mais il est déjà clair que la propriété réservée d'une chose fongible est un modèle atypique.

2) d'autre part, la propriété peut être cédée en garantie sous forme d'une soi-disant « fiducie sûreté » conventionnelle, où le créancier – fiduciaire tient les biens transférés dans un patrimoine séparé. Mais précisément, ce ne sera pas le cas de l'emprunteur de chose fongible qui aura confondu les biens prêtés. La propriété flottante du prêteur évoque une autre figure de la gestion des biens d'autrui, qui nous est inconnue en France, et qui me paraît plus proche d'un « constructive trust » [On dit aussi fiducie par interprétation]. On imagine bien qu'une telle mécanique suppose *a minima* une conception fine de la subrogation réelle et quelques explications sur le traçage des choses confondues. Est-ce une propriété équitable que nous ont concocté les rédacteurs de l'av.-projet ?

Ce n'est pas tout. Une autre figure fiduciaire apparaît dans le dépôt de choses fongibles¹⁹ qui coïncide mal avec la propriété réservée ou la propriété flottante du prêteur et ce, contrairement à ce que nous disent les annotations²⁰.

L'av.-projet réitère son envie de créer une propriété flottante pour permettre au propriétaire-déposant (et non pas à n'importe quel déposant) de revendiquer des biens fongibles parmi ceux de même espèce appartenant au dépositaire, lequel a une obligation de conservation sans en avoir la jouissance, et une obligation de les tenir séparés de ses propres biens. La revendication s'exercerait, me semble-t-il, sur une part abstraite (non pas sur une assiette flottante comme pour la propriété réservée)²¹. C'est ce que paraît dire G. Lardeux à la revue des contrats, « *comme des indivisaires sont propriétaires d'une quote-part du bien indivis* »²². Ainsi donc une indivision mais de quoi ? d'une universalité ?

Mais aussi, lorsque la confusion est autorisée (1928), le dépositaire a même droit aux fruits (1932), ce qui signifie qu'il a la pleine administration des biens déposés et peut en tirer des bénéfices²³. Reste qu'en l'absence de mécanisme de subrogation réelle, le déposant qui a autorisé la confusion n'a qu'une créance personnelle en cas d'inexécution de l'obligation de

¹⁸ C. civ. Art. 2369 - La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte.

¹⁹ 1919 - *Le dépôt peut porter sur des choses fongibles. Sauf stipulation ou dispositions contraires, celui à qui ces choses sont remises doit les tenir séparées des siennes. En cas de confusion, le déposant peut agir en revendication.* 1931 – al. 1^{er} *Si la chose confiée est fongible, le dépositaire doit restituer une chose de même nature et de même qualité, nonobstant toute augmentation et diminution de sa valeur.*

²⁰ Note sous 1931 – (...) *Inspirée de l'actuel article 2369 du code civil sur la propriété réservée, cette extension de l'action en revendication, exercée alors sur une assiette flottante, ne vaut que si le déposant était propriétaire des choses de genre confiées en dépôt.*

²¹ 1931 – al. 2nd *En cas d'inexécution, le déposant peut, s'il est propriétaire de la chose remise, revendiquer toute chose de même nature et de même qualité, détenue par le dépositaire ou pour son compte.*

²² RDC201e9 à propos du dépôt, p.234

²³ Note sous 1932 - *Le transfert de propriété ayant été admis par le déposant, le dépositaire fait les fruits siens comme tout propriétaire.*

restitution. Je me répète, est-ce une propriété équitable (*beneficial interest*) que nous ont concocté les rédacteurs de l'av.-projet ?

La propriété des fruits

Par dérogation à l'article 547 qui attribue les fruits au propriétaire par accession, le l'av.-projet propose un article 1711 prévoyant « le locataire fait les fruits siens, sauf clause contraire ou sous-location interdite » et ajoute en annotation de l'article 1736 que « la règle se justifie au regard du fait que, contrairement au commodat, la location est un contrat conclu à titre onéreux qui confère au locataire la liberté d'exploiter le bien comme bon lui semble sous réserve des législations spéciales ».

Les fruits naturels et les fruits industriels résultent dans la réalité vécue soit d'un cycle biologique naturel, soit d'une activité humaine de production. Dans la réalité juridique française, ils sont censés appartenir par principe au propriétaire ou à l'usufruitier, mais ils reviennent communément aux locataires à qui la jouissance de la chose frugifère est promise, typiquement, par des baux à ferme. En effet, l'exploitation contractuelle de la chose frugifère (le sol) par le fermier le rend propriétaire des fruits/gains résultant de son activité indépendante : le prix obtenu pour la vente du croît de ses animaux ou des récoltes n'est pas dû au bailleur.

L'article 1711 généralise cette attribution à toutes les sortes de fruits naturels, industriels ou civils, ce qui pose une difficulté concernant les fruits civils.

Une confusion est possible : au sens strict, les fruits civils de la chose frugifère louée sont les loyers, et ces loyers sont dus par le locataire au bailleur. Dire qu'ils appartiennent au locataire n'a pas de sens. En revanche, et c'est ce que vise le texte, les sous-loyers tirés de la sous-location sont un objet de débat²⁴.

Clairement, supposons que je sois locataire d'un appartement comportant deux chambres : je m'en réserve une pour y dormir, l'autre, je la loue sur Airbnb. Précisément pour financer le loyer et les charges de l'appartement. La chambre sous-louée est la contrepartie de sous-loyers.

Ces sous-loyers sont-ils des fruits de l'appartement loué (en supplément des loyers dus au bailleur), ou des fruits de la chambre sous-louée ? Si l'on affirme qu'ils appartiennent au locataire, cela peut signifier :

1 – que le contrat de location lui attribue une partie des bénéfices de l'opération d'exploitation comme pourrait le faire un contrat de société où deux associés se distribuent des dividendes (une participation voire un compte à demi)²⁵.

2 - que l'activité de sous-location constitue un bien ou une valeur indépendante (comme un fonds de commerce) lequel peut à son tour engendrer des fruits civils en étant loué (comme

²⁴ Paris, 5 juin 2018, n° 16/10684, AJDI 2018 p. 864, note De la Vaissière ; Cass. 3^e civ., 12 sept. 2019, n° 18-20727 ; M. Boudot, Esquisse d'un profil théorique de la jouissance réelle, 2021, p.55 ([hal-03768329](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03768329))

²⁵ Question induite : selon l'av.-projet, le bailleur n'a pas besoin d'autoriser formellement la sous-location pour que le locataire perçoive les fruits civils. À contre-jour aujourd'hui, lorsque l'autorisation du bailleur, donnée en vue la perception des sous loyers par le locataire, procéderait-elle d'une intention libérale ? Quel en est le régime fiscal ? comp. Lovato et alii, Diritto privato romano, 2017, colonat partiaire p.518

dans le cas de la location gérance de fonds de commerce), mais il ne s'agirait cependant plus d'une sous-location, parce que le locataire des murs serait propriétaire d'un nouveau bien distinct des murs (et *quid iuris* d'un multilocataire sous-louant à titre professionnel, et disposant d'un portefeuille de chambres à louer ?).

3 - enfin que le locataire tire des fruits de la chambre louée *par accession* en raison d'un droit réel (droit de propriété – oui, mais laquelle ? un droit d'usufruit – oui, mais lequel ?), quoi qu'il en soit d'un droit réel lui conférant une jouissance réelle de cette chambre. Cet avatar des thèses soutenues en son temps par R. T. Troplong trouve un écho à la lecture des textes concernant la cession du bail²⁶ que les auteurs de l'av.-projet justifient par la « dimension réelle » du bail²⁷.

Finalement une question importante pourrait se poser : la perception des fruits de la sous-location par le locataire peut-elle constituer l'assiette d'un gage sans possession (nantissement) au profit d'un créancier du locataire (autre que le bailleur) ? (synd. Vollot, 1859/1861)

III. Les modes d'acquisition de la propriété

En droit commun, la liste des modes d'acquisition de la propriété est dressée à partir de l'interprétation des articles 711 et 712 du Code civil. La dogmatique distingue acquisition originaire et acquisition dérivée pour signifier soit l'acquisition par un titre nouveau ou substitué, soit l'acquisition par transfert d'un même titre. Cette distinction n'est pas toujours bien fixée. Par exemple, on considère que le titre acquis par usucapion est originaire, quoi que certains auteurs y voient un transfert d'un même titre. La succession *ab intestat* est généralement regardée comme dérivée quoique certains auteurs y voient une acquisition originaire²⁸.

Disons que traditionnellement, sont considérés comme originaires l'occupation, l'accession ou l'incorporation, la prescription acquisitive et la possession de bonne foi des meubles. On peut y ajouter les modes d'acquisition *ex lege* quand il en existe de spécifiques, dépôt d'un brevet, création d'une œuvre de l'esprit.

Les acquisitions dérivées se produisent par successions ou encore par l'effet des obligations.

L'enjeu de la distinction est essentiellement descriptif, je veux dire méta-juridique (non pas normatif), mais elle peut être un instrument rhétorique ; je m'explique : si j'affirme que l'accession immobilière est un mode d'acquisition originaire, c'est pour signifier que le propriétaire du sol dans lequel sont incorporés les biens meubles immobilisés, ne doit pas la propriété de ces mêmes biens au transfert du titre d'un auteur antérieur. La propriété ne découle pas d'un titre antérieur. Si titre il y a (vente ou autre) et que ce titre est anéanti pour produire

²⁶ Note sous 1738 - *en vertu du principe de liberté contractuelle, le locataire peut céder sa qualité de partie au contrat* (renvoi à l'article 1216 qui exige le consentement du contractant cédé).

²⁷ Annotation sous 1739 : Le texte a pour effet de généraliser à tous les baux une règle qui n'existe pour l'instant que pour les baux d'immeubles (C. civ., Article 1743) et qui sert de siège aux thèses selon lesquelles le bail a une dimension réelle ; mais il est affirmé auparavant « La seconde raison est que le terme de bien renvoie à l'univers de ce sur quoi un droit réel s'exerce ou, du moins, qui figure à l'actif d'un patrimoine. Or, autant la vente s'accorde à un tel concept car elle suppose une propriété, dont elle organise le transfert, autant le bail peut concerner des choses non appropriées car il ne fait naître qu'un droit personnel »

²⁸ P. Chauviré, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Bibl. dr. priv., t. 547, 2013

des effets rétroactifs, le propriétaire du sol dans lequel les biens ont été incorporés ne doit pas leur restitution, mais un équivalent indemnitaire (sauf aménagements conventionnels).

En revanche, si l'on affirme que l'accession est un mode d'acquisition dérivé, cela signifie que le titre d'un auteur antérieur a été transféré, et que son anéantissement produit causalement le re-transfert de la propriété des choses incorporées. Ce n'est donc pas innocent de lier accession et effet des obligations. Sur ce point précisément la réforme du contrat d'entreprise proposée par la commission constitue l'exécution du programme politique défendu par P. Puig depuis longtemps, et synthétisé récemment *in* Andreu et Mignot, 2017²⁹.

Les régimes des contrats spéciaux nous conduisent à travers l'archétype de la vente et de l'échange, à penser que le contrat produit ses effets réels dès l'échange des consentements, sous réserve que des aménagements contractuels n'aient prévu un autre mode (réitération, tradition, paiement du prix, ou survenance d'un évènement quelconque).

Le projet innove en mettant en avant des modes spéciaux d'acquisition pour les contrats qu'ils qualifient de translatifs :

- **l'individualisation** du bien pour la vente de biens fongibles (1610) qui généralise la pesée et la mesure des actuels articles 1585 et 1586 du Code civil.
- **L'existence** du bien pour la vente de chose future (1611) : préparation d'un gâteau dans un four = exemple pris par R. Dinca. Ou coup de filet du pêcheur (Kao)
- **La tradition** (non la consommation) pour le contrat de prêt de consommation (qui n'est pas un contrat réel)³⁰
- **La confusion** (non la tradition) des choses dans le prêt à usage de choses fongibles et dans le dépôt de choses fongibles.
- **le décès** de l'avant-dernier tontinier dans la tontine (1981).
- **La réception** (non la tradition) du service pour le contrat de service (1778) si tant est que des biens doivent être remis à titre accessoire.
- **La réception** (non la tradition) de l'ouvrage pour le contrat d'entreprise mobilière (1788)
- **l'incorporation** dans le sol dans les contrats de construction immobilière (1791)

Ce sont ces deux derniers points qui concluront mon exposé. Il y a beaucoup de choses à dire sur l'ensemble du contrat d'entreprise et de services³¹, mais je ne regarde ici que celles qui touchent au transfert de la propriété des ouvrages – biens.

1°. Une réflexion liminaire sur la réception en général et dans le contrat d'entreprise mobilière

CHAPITRE I - Dispositions communes à tous les contrats d'entreprise

²⁹ in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, « Le contrat d'entreprise », p.115

³⁰ 1894 al. 2 *Le transfert de propriété s'opère par la remise du bien*

³¹ 1787 – *Le contrat d'entreprise mobilière est celui par lequel l'entrepreneur fabrique ou produit un bien meuble conçu pour répondre aux besoins spécifiques du client.* 1790 - *Le contrat de construction est celui par lequel l'entrepreneur se charge de la construction d'un ouvrage immobilier.*

Section II - Des effets du contrat d'entreprise

1774 La réception est l'acte juridique par lequel le client déclare accepter l'ouvrage, avec ou sans réserves

1778 La réception (...) emporte transfert de propriété et des risques de l'ouvrage

CHAPITRE II - Dispositions propres à certains contrats d'entreprise

Section I - Le contrat d'entreprise mobilière

1788 Le transfert de propriété s'opère au jour de la réception de l'ouvrage

Les auteurs de l'av.-projet avaient-ils en tête le §929 du BGB qui met en œuvre le double principe de séparation et d'abstraction ? De deux choses l'une, si l'acte juridique de réception est celui qui transfère la propriété du bien fabriqué ou du bien construit, le transfert ne dérive pas du contrat d'entreprise mais de la réception. La réception est-elle un acte à effet réel ? On est tenté de l'affirmer puisque sans réception pas de transfert. Mais est-ce un acte abstrait, ou un simple mode d'acquérir ?

Si on applique le principe d'abstraction, en cas d'annulation ou de résolution du contrat d'entreprise, les effets de l'acte de réception ne sont pas remis en cause : le client reste propriétaire et il faut prévoir un système de restitutions basé sur des droits personnels en compensation d'un éventuel enrichissement injustifié (comp. BGB, §812)

Si on applique le principe de causalité, l'anéantissement du contrat d'entreprise implique la disparition de l'acte de réception, mais ceci aura des conséquences sur le point de départ des délais de prescriptions si la réception est regardée comme non avenue.

La réception ne pouvant être logiquement un acte et un non-acte, il faut bien admettre que les annotations qui accompagnent les trois textes sur l'entreprise mobilière ne nous éclairent pas.

2°. Concernant l'entreprise immobilière – contrat de construction, les auteurs de l'av.-projet affirment en annotation de l'article 1791 que l'accession immobilière pensée pour le contrat d'entreprise est désormais un mode d'appropriation dérivé par une incorporation spéciale³². En cas d'annulation ou de résolution du contrat d'entreprise, la propriété des choses incorporées au fur et à mesure sera retransférée à leur propriétaire antérieur (on peut ici imaginer que si l'entrepreneur a fourni la matière, il pourra revendiquer les biens qui lui appartiennent). Cela suppose de dessiner une propriété, soit sur un volume si l'entrepreneur a construit un ouvrage homogène, soit une copropriété si l'entrepreneur a participé avec d'autres à la réalisation d'un

³² Note sous 1791 : *La Commission a choisi de faire produire au contrat de construction un effet translatif de propriété, rompant avec la conception traditionnelle de l'accession conçue comme un mode d'acquisition originaire. Il s'agit de considérer que l'accession emporte, lorsqu'elle s'épanouit au sein du contrat d'entreprise, non une acquisition originaire de propriété, mais une acquisition dérivée de celle-ci. Cette accession contractualisée permet notamment d'expliquer l'action directe dans les chaînes hétérogènes de contrats (par ex. Cass. A. P., 7 févr. 1986, Résidence Brigitte, op. cit.) et de justifier l'abandon de la jurisprudence Besse. Le contrat d'entreprise devient ainsi translatif de propriété tant en matière mobilière qu'en matière immobilière. Le moment du transfert reste, en principe, celui de l'incorporation des matériaux dans le sol. La règle n'est donc pas modifiée. Mais une clause peut prévoir de différer le transfert au moment de la réception de l'ouvrage, voire à celui du complet paiement du prix afin d'offrir à l'entrepreneur une garantie de paiement. Celui-ci acquiert ainsi la propriété temporaire de la construction à titre de garantie. Cette propriété retenue est originale en ce qu'elle permet à l'entrepreneur de se réserver une propriété immobilière qu'il n'a jamais eue, au moyen d'un droit de superficie qui doit, pour son opposabilité aux tiers, être publié au Service de la publicité foncière.*

ouvrage hétérogène, soit une propriété *flottante* si les biens qu'il a fournis sont disséminés dans tout l'immeuble (ex : le maçon a fourni le ciment). Mais dans ces trois cas, on ne voit pas clairement de quel titre antérieur découle le transfert, puisque le droit de propriété sur les choses incorporées aurait un objet différent par subrogation, (la matière → la chose dans son volume après spécification) voire serait de nature totalement différente du titre d'origine (propriété d'un corps certain → propriété flottante dans une universalité de bien immobilisée). Outre que ce régime coïncide mal avec les textes sur les restitutions contractuelles³³, il y a là me semble-t-il des approximations notionnelles qui s'agglutinent à l'action en revendication et nous fait dériver vers une conception fonctionnaliste des sûretés (UCC, art. 9).

3°. C'est encore plus perceptible en réfléchissant sur la clause de réserve de propriété.

Plusieurs cas de figure :

Ayant récupéré diverses pièces provenant d'ordinateurs hors d'usage, je demande à un entrepreneur d'en reconstituer un qui fonctionne. Les pièces d'origine m'appartiennent à tel point que les pièces non utilisées continueront de m'appartenir. La réception fait naître un bien nouveau³⁴ dont l'entrepreneur est propriétaire mais dont la propriété est transférée par la réception, ou retenue par une clause de réserve de propriété. Admettons. Les auteurs de l'av.-projet affirment que les règles sur l'accession mobilière n'ont pas vocation à s'appliquer (puisque supplétives), mais comment décrire l'acquisition du bien nouveau par l'entrepreneur ? Je suis tenté d'y voir une spécification. Car pour que le client ait une acquisition dérivée, il faut bien que l'entrepreneur lui transfère son titre.

A présent je veux faire repeindre la coque de mon bateau et vernir le pont et les huisseries. L'entrepreneur fournit la peinture, le vernis et les produits d'apprêts. Puisque c'est la réception qui transfère la propriété de l'ouvrage, de quoi le peintre est-il propriétaire jusqu'à la réception (1778, 1788) ? Du bateau rénové ? De la surface peinte ? Des couches de peinture ? Et si nous concluons une clause de réserve de propriété, quelle est l'assiette de la propriété ainsi réservée ? J'ai déjà souligné que la propriété réservée de l'ouvrage constituait une figure dont l'assiette était flottante puisqu'elle diminue au fur et à mesure du paiement du prix, mais peut-on dire que cette assiette augmente par incorporation de la peinture au bateau ? Cela crée un hiatus. La propriété réservée est-elle ici une part abstraite de copropriété – à géométrie variable – acquise par l'incorporation dans la chose qui n'appartient pas à l'entrepreneur ?

Enfin, en matière immobilière, les auteurs affirment que la réserve de propriété implique que l'entrepreneur acquière la **propriété temporaire de la construction** à titre de garantie soumise à publicité foncière. Mais qu'en est-il du carreleur qui intervient pour poser un carrelage en fournissant les carreaux, la colle et les joints ? C'est peut-être plus clair qu'en matière mobilière : la réserve de propriété augmente au fur et à mesure de l'incorporation, puis diminue au fur et à

³³ Code civil, art. 1352-8 *La restitution d'une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie* ; Code civil, art. 1352-9 *Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme.*

³⁴ Note sous 1788 - *Le transfert de propriété s'opère en principe au jour de la réception de l'ouvrage (rapp. art. 1767), date à laquelle celui-ci accède à l'existence juridique et peut être identifié comme un bien nouveau.*

mesure des paiements, mais il faut bien distinguer les situations dans lesquelles l'entrepreneur acquiert logiquement l'ouvrage pour ensuite transférer le titre de propriété.

Et pour finir, dans mon usine, je veux faire installer un système de chauffage sur mesure ; la conception est l'ouvrage intellectuel d'un architecte industriel ; je fais fabriquer selon les plans ; je suis livré ; l'entrepreneur choisi effectue la pose mais veut une garantie réelle sur l'ouvrage réalisé ; je lui réserve la propriété alors qu'il n'est pas propriétaire : les auteurs affirment que « Celui-ci acquiert ainsi la propriété temporaire de la construction à titre de garantie » soumise à publicité foncière. Cela présuppose donc 1. soit que je lui cède tout ou une partie de l'immeuble à titre de garantie (d'où la formalité de publicité foncière), 2. soit que l'ouvrage soit regardé comme un bien spécifique, au sens où l'entrepreneur est devenu propriétaire par spécification (par son travail). Mais la spécification est un type d'accession mobilière, or l'ouvrage est ici immobilier par définition.

Pour la réforme du contrat d'entreprise, les rédacteurs de l'av.-projet ayant affirmé qu'ils s'étaient en partie inspirés du Code civil du Québec³⁵, j'ai récemment interrogé mes amis québécois³⁶. J'avoue qu'ils se sont montrés perplexes.

³⁵ Note sous 1786 – *Inspiré du Code civil québécois, le texte reprend, par une formulation plus condensée, l'état du droit positif sur la théorie des risques (C. civ., art. 1788, 1789 et 1790). La perte de la matière est supportée par celui qui l'a fournie.*

³⁶ Journée d'étude en droit des biens 2023 organisée par M. Devinat et A. Popovici. Sherbrooke, UdS, 24 mars 2023.