

## Droits réels et démembrements de propriété

*Fondé sur le mythe de la propriété romaine unifiée, le Code civil retient paradoxalement une définition de la propriété par ses attributs. Cette double influence romaine et féodale est à l'origine d'une querelle doctrinale remettant en cause la théorie classique de la propriété en vertu de laquelle chaque droit réel est conçu comme un démembrement. Cette conception classique mérite, selon nous, d'être défendue car elle est désormais consacrée dans le Code civil et reconnue, d'une manière générale par le droit positif. Elle doit néanmoins être nuancée car elle propose un système très global dans lequel les servitudes sont analysées sous le prisme du droit subjectif alors qu'il conviendrait de les envisager comme des charges réelles. Par ailleurs, le démembrement traduit l'idée d'un détachement d'une prérogative, ce qui ne correspond pas à l'ensemble des droits réels issus de la propriété. Trop générale, la conception du démembrement alimente la critique.*

En 1804, le Code civil a voulu unifier la propriété en éradiquant les vestiges du droit féodal. Cette idée n'était pas nouvelle car la doctrine du XVIII<sup>ème</sup> siècle influencée par le droit romain et le droit naturel<sup>1</sup> avait déjà tracé les contours de cette nouvelle conception de la propriété. Avec le développement du droit coutumier, les pouvoirs du vassal s'étaient, en effet, largement consolidés, c'est pourquoi la doctrine avait déjà abandonné progressivement la théorie du double domaine, reconnaissant au propriétaire utile une propriété quasi exclusive. Souhaitant rompre définitivement avec l'Ancien Régime<sup>2</sup>, le Code civil envisage paradoxalement la propriété comme un droit unifié et composite<sup>3</sup>. Cette double influence romaine et féodale est sans doute la source des divergences doctrinales actuelles. Qu'elle mette l'accent sur la tradition romaine à travers le dominium<sup>4</sup> ou sur les prérogatives du propriétaire, la doctrine ne parvient plus à s'entendre sur la notion de propriété<sup>5</sup>.

Depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle, le droit des biens a démontré qu'il était sans doute l'une des matières les plus propices à l'élaboration de théories générales. A cette époque, les auteurs ont pensé la propriété en érigeant un système global très homogène dans lequel tous les droits réels principaux devaient être envisagés comme des démembrements de la propriété. À l'origine de la théorie classique, Pothier considère que le droit de propriété "*lorsqu'il est parfait renferme éminemment tous les autres (droits réels) qui n'en sont que des émanations*"<sup>6</sup>. La théorie du démembrement de propriété était née. Si cette conception classique présente le mérite de proposer un système simple, elle pêche

---

1 GERAUD-LLORCA (E.), La doctrine et la propriété à la fin de l'Ancien Régime 1750-1789, CURAPP-CHRDIP, Paris : PUF, p.53.

2 FRISON-ROCHE (M.-A.) et TERRE-FORNACCIARI (D.), Quelques remarques sur le droit de propriété, A.P.D., 1990, t. 35, p. 233

3 "Mais la propriété elle-même ne se compose-t-elle pas du droit d'user et du droit d'abuser ?" Recueil des lois composant le Code civil avec les discours des orateurs du gouvernement, les rapports de la commission, Tome 2, p. 294, n° 17

4 ZENATI (F.), Essai sur le concept juridique de propriété, contribution à la théorie du droit subjectif, Thèse Lyon, 1981, n°249.

5 LARDEUX (G.), Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire, RTD civ. 2013, p. 741.

6 POTHIER, Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, 1<sup>er</sup> janvier 1776, Volume 1, p. 75.

toutefois par sa trop grande généralité<sup>7</sup> et peine à s'adapter aux évolutions du droit des biens. Le courant personnaliste sous l'impulsion de Planiol puis néopersonnaliste influencé par Ginossar l'ont sévèrement critiquée. Ils ne se sont pas contentés d'écarter la théorie classique, ils ont à leur tour proposé leur théorie générale. Parmi les partisans de la thèse personnaliste, Michas est le premier à avoir émis l'idée que la théorie du démembrement, par sa généralité, n'était pas convaincante car tous les droits réels ne sont pas détachés de la propriété. Loin de condamner l'idée même du démembrement qu'il s'efforce de définir<sup>8</sup>, il considère que toutes les limitations de la propriété ne constituent pas des démembrements<sup>9</sup>. C'est ainsi qu'il souligne le problème posé par les servitudes auxquelles il dénie la qualité de droit réel. Par sa simplicité et sa logique, l'argument est décisif à ses yeux : "l'acte permis au propriétaire dominant sur le fonds servant reste permis au propriétaire de ce dernier fonds"<sup>10</sup>. En d'autres termes, la servitude n'enlève rien au propriétaire du fonds servant. Elle ne saurait donc démembrer son droit. Deux ans plus tard et à partir du même constat posé sur les servitudes, Ripert appuiera cette analyse. Reprenant la critique émise par Ahrens selon laquelle "*le droit de propriété ne peut perdre aucun des éléments qui y sont contenus ; sinon il cesserait d'être ce qu'il est et deviendrait un autre droit*"<sup>11</sup>, l'auteur s'attaque cette fois-ci à la notion même de démembrement avouant qu'elle ne lui plaît pas beaucoup<sup>12</sup>. Cette objection majeure dénonçant l'absence de concordance parfaite entre l'utilité ôtée au propriétaire et celle dont jouit le titulaire du droit réel, sera reprise plus tard par les partisans d'une conception dite "moderne" ou "renouvelée" du droit de propriété.

Ce courant doctrinal prolifique<sup>13</sup> remet en cause la "*funeste*"<sup>14</sup> et "*sinistre*"<sup>15</sup> théorie du démembrement qui "*ne remplit aucune fonction technique*"<sup>16</sup>. Les auteurs fondent leurs thèses sur une analyse critique de la conception classique de la propriété. Les arguments sont bien connus. Ils reposent sur l'idée que l'on ne peut pas définir la propriété par ses attributs car comment expliquer

---

7 GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2ème édition, Paris, LGDJ, 1932, tome 1.

8 MICHAS, Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle, Thèse Paris 1900, A Pedone Editeur, Librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, p. 230

9 MICHAS, th. préc, p. 210.

10 MICHAS, th. préc. p. 241.

11 AHRENS, Droit naturel, t. II, p. 160.

12 RIPERT, De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, Thèse Aix, 1902; p. 306.

13 ZENATI (F.), Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, th. dactyl., Lyon, 1981. Plus récemment : ZENATI-CASTAING (F), REVET (T.), Les biens, 3<sup>e</sup> éd., Puf, 2008 ; EMERICH (Y.), La propriété des créances : approche comparative, préf. F. Zénati-Castaing, LGDJ, 2007; LAURENT (J.), La propriété des droits, préf. Th. Revet, LGDJ, 2012.

14 ZENATI (F.), Usufruit des parts sociales, RTD civ. 1994, p. 644.

15 REVET (T.), L'usufruitier n'est pas associé (Civ. 3, 29 novembre 2006, n° 05-17009), RTD civ 2007, p. 153

16 ZENATI (F.), thèse précitée, p. 56.

qu'en cédant l'un des attributs, elle demeure la propriété<sup>17</sup>. Ainsi, la doctrine moderne dénonce-t-elle l'absence de symétrie entre l'utilité perdue par le propriétaire et celle acquise par le titulaire du droit réel. La propriété est distinguée des droits réels sur la chose d'autrui, ces derniers consistant en une répartition des utilités de la chose et non pas en un partage des droits issus de la pleine propriété. Cette critique se fonde également sur l'évolution du droit positif. La propriété des créances serait un argument décisif plaçant pour une différence de nature entre la propriété et les "autres droits réels". Par ailleurs, l'évolution du contrat de bail viendrait confirmer cette analyse. Comment le droit réel pourrait-il être un droit direct sur la chose, sans aucun intermédiaire (débiteur) alors que certains baux confèrent un droit réel à leur locataire ?

En définissant la propriété par ses attributs, la doctrine dite "classique" serait dans une impasse et la logique voudrait alors que l'on qualifie de propriété les deux fragments du droit démembré. En effet, pourquoi la nue-propriété serait-elle toujours la propriété tandis que l'usufruit n'en serait qu'un démembrement ? Cette logique, certains auteurs l'ont adoptée faisant de l'usufruit une forme de propriété imparfaite. La propriété définie par ses attributs se disloquerait au moment du démembrement, provoquant un dédoublement temporaire du droit de propriété. Convaincue que l'usufruitier jouit d'un droit plus étendu que le simple démembrement de propriété, cette doctrine évoque ainsi l'idée d'une propriété usufructuaire<sup>18</sup> où l'usufruitier accapare toutes les utilités de la chose.

Si l'on met en perspective ces deux analyses renouvelées du droit de propriété, on remarque que l'expression "comme le propriétaire" de l'article 578 du Code civil a été interprétée dans deux sens opposés. Si pour les uns, la comparaison introduite dans le Code confirme la proximité des droits du propriétaire et de l'usufruitier, pour les autres, elle ne fait que traduire leur différence. Aussi cohérentes soient-elles, ces théories n'ont pas été consacrées par le droit positif. Ni le projet Capitant ni la récente loi ALUR n'ont, en effet, reçu les critiques adressées. En 2009<sup>19</sup>, pour la première fois, une disposition du Code civil fait même expressément référence au "*démembrement de propriété*". Quelles que soient les incohérences soulevées, la conception classique du droit réel est retenue par le droit positif (I) ainsi que la technique du démembrement de propriété (II).

---

17 DE VAREILLES-SOMMIERES, Définition et notion juridique de la propriété, RTD civ. 1905, p. 443 à 488.

18 NICOD (M.), La quasi-propriété de l'usufruitier ou la propriété usufructuaire, in "Qu'en est-il de la propriété ?", Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2005, sous la direction de D. Tomasin, Les travaux de l'IFR, Mutation des normes juridiques, n°5, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, p. 197 ; DROSS (W.), Droit civil, Les choses, p. 152-159, p. 229 ; KOURALEVA (P.), L'usufruit, démembrement du droit de propriété ?, Petites Affiches, 19 juin 2009, n° 122, p. 6.

19 Article 815-5-1 du Code civil issu de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, article 6.

## I – Consécration de la conception classique du droit réel

Si l'on s'appuie sur les textes, la propriété est, au même titre que l'usufruit, un droit réel (A). Par conséquent, les droits réels "démembrés" ne sauraient être analysés sous un angle obligationnel (B).

### A – La propriété et les "autres droits réels"

À l'origine, seuls trois textes du Code civil évoquaient la notion de droit réel<sup>20</sup>. En 1960, lorsque Ginossar proposa sa définition des droits réels, il ne disposait que de 5 articles. Aujourd'hui, le Code civil s'est enrichi de 4 nouveaux textes. Curieusement, ce sont dans les dispositions applicables à Mayotte que l'on retrouve un texte consacrant assez clairement la théorie classique : l'article 2521 du Code civil. Le texte fait figurer dans la liste des droits réels immobiliers la propriété immobilière, l'usufruit, l'emphytéose, la superficie, les servitudes, etc. La théorie classique semble ici confirmée puisque la propriété est considérée, au même titre que l'usufruit ou les servitudes, comme un droit réel.

Cependant, tous les textes ne sont pas aussi clairs. Une disposition de la Constitution alimente la discussion : l'article 34 visant le "*régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales*". Interprété comme créant une distinction "inconsciente"<sup>21</sup> entre les droits réels d'un côté et la propriété de l'autre, le texte est bien souvent cité au soutien de la conception renouvelée du droit de propriété. À l'image de ce texte, l'article 2476 du Code civil évoque, quant à lui, les "contrats translatifs de la propriété d'immeubles ou droits réels immobiliers". Faut-il en déduire que le législateur distingue la propriété des droits réels ? Cette interprétation a été proposée mais elle ne saurait, selon nous, être retenue. Il faut, en effet, se rappeler qu'à l'origine, l'article 2476 figurait sous un chapitre intitulé "Du mode de purger les propriétés des privilèges et hypothèques". Il n'est donc pas étonnant que l'article cite la propriété dans un premier temps puis élargit la portée du texte aux autres droits réels dans un deuxième temps. Bien souvent, on observe que le législateur évoque "les droits réels" dans une perspective d'ouverture. Si l'on analyse les différents textes codifiés, la notion de "droit réel" apparaît toujours en second lieu. L'article L622-30 du Code de commerce procède, par exemple, en deux temps. Dans un premier temps, il vise des mécanismes précis : "*Les hypothèques, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture.*" Dans un second temps, il élargit le propos : "*Il en va de même des actes et des décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels, à moins que ces actes n'aient acquis*

---

20 Les anciens articles 512 (actuel article 2393) , 2177 (actuel article 2472) et 2181 (actuel article 2476)

21 ZENATI (F.), thèse préc., p. 377.

*date certaine ou que ces décisions ne soient devenues exécutoires avant le jugement d'ouverture.*" D'autres articles confirment l'interprétation "classique", comme les articles L5114-1 du Code des transports, R158-1 du Code du domaine de l'Etat ou encore D124-12 du Code rural et de la pêche maritime puisqu'ils font preuve d'une rédaction plus rigoureuse en évoquant la propriété et "*tout autre droit réel*" / "*les autres droits réels*". Enfin, le décret du 4 janvier 1955 relatif à la publicité foncière n'évoque-t-il pas des "*droits concurrents*" au droit de propriété ? Or puisque les droits sont concurrents, on peut supposer que la propriété est, au même titre que l'usufruit, un droit réel. Ainsi, depuis 1804, la propriété est-elle analysée comme un droit réel au même titre que l'usufruit. Il suffit, pour s'en convaincre, de relire les discours prononcés à cette époque par les orateurs du gouvernement s'évertuant à "*trouver les règles qui puissent le moins compromettre le droit réel de propriété*"<sup>22</sup>. Il nous semble donc difficile de concevoir une propriété qui se situerait sur un plan plus élevé que ses démembrements. Pourtant, certains textes laissent planer le doute.

L'analyse combinée des articles 526 et 543 du Code civil démontrerait les lacunes de l'analyse classique. En effet, l'article 526 vise, parmi les biens immobiliers, les "*services fonciers*" sur lesquels "*on peut avoir*" des "*services fonciers*" en vertu de l'article 543. En d'autres termes, comme le souligne le professeur Zenati, cela reviendrait à reconnaître "qu'il est possible d'avoir un bien sur un bien". La logique ne pouvant pas concevoir un tel montage, la contradiction est alors résolue en considérant que la propriété n'a pas la même nature que les droits réels puisqu'elle n'est pas citée parmi les biens. En réalité, la contradiction demeure si on a de ces textes une lecture littérale et que l'on s'efforce de les combiner. Que la propriété soit exclue de la catégorie des droits réels ne change rien à l'incohérence soulevée et on pourra prétendre que "*l'usufruit d'un usufruit est possible*"<sup>23</sup>, il ne fait en revanche aucun doute que la servitude sur une servitude n'existe pas. Dédire de l'article 526 posant une véritable fiction juridique des conséquences sur la nature même de la propriété nous semble donc difficile à admettre. L'incohérence n'a, selon nous, pas lieu d'être relevée car il faut avant tout se souvenir de la genèse de l'article 526 du Code civil. L'intérêt majeur du texte, tel qu'il était envisagé en 1804 par les orateurs du gouvernement, était de dissiper les incertitudes de la jurisprudence<sup>24</sup> afin de résoudre les questions de compétence territoriale. L'article 526 ne vise-t-il pas dans son dernier alinéa les "*actions qui tendent à revendiquer un immeuble*", démontrant par la même occasion que l'un des intérêts du texte porte sur les actions en justice. Nullement dicté par

---

22 Recueil des lois composant le Code civil, avec les discours des orateurs du gouvernement, les rapports de la commission du Tribunal et les opinions émises pendant le cours de la discussion, Livre 3ème, Tome 7, p. 262-263.

23 ZENATI (F.), thèse préc., p. 359, n°260.

24 Recueil de lois composant le Code civil, avec les discours des orateurs du gouvernement, les rapports de la commission. Tome 3, Par les rédacteurs des instructions décadaires sur l'enregistrement et les domaines, Paris : Moreaux, 1803-1804, p. 29, n° 35

une volonté dogmatique, le texte ne saurait, selon nous, traduire une différence de nature entre le droit de propriété et les droits réels portant sur la chose d'autrui.

L'article 526 a toutefois le mérite de soulever une question fondamentale : la question de la propriété des droits<sup>25</sup>. La propriété des créances<sup>26</sup>, des provisions<sup>27</sup>, des droits sociaux ou des valeurs mobilières<sup>28</sup> est parfois retenue par le législateur. Le Conseil Constitutionnel reconnaît lui-même le "*droit de propriété des titulaires de créance*"<sup>29</sup> pour les porteurs de titre et évoque le "*droit de propriété des créanciers*"<sup>30</sup>. Enfin, les décisions de la Cour EDH consacrent très clairement une vision élargie de la propriété. Tous ces indices semblent corroborer la thèse de Ginossar or si la propriété peut porter sur un droit, c'est qu' "*elle se meut sur un plan plus élevé*"<sup>31</sup>. Nous ne partageons pas cette conclusion car tous les droits ne peuvent pas être considérés comme des biens.

Les arguments<sup>32</sup> jurisprudentiels tirés de l'interprétation des décisions de la cour EDH et du Conseil Constitutionnel sur lesquels se fonde la théorie générale de la propriété des droits doivent être nuancés. D'une part, les décisions n'ont trait qu'à la propriété des créances. D'autre part, la propriété des servitudes a été écartée. Nous ne reviendrons pas sur la jurisprudence européenne<sup>33</sup> qui retient une interprétation extensive de l'article premier du protocole additionnel n°1. En effet, elle assimile la propriété au patrimoine<sup>34</sup> afin de protéger les droits patrimoniaux contre les atteintes portées par les pouvoirs publics<sup>35</sup>. Tout semble indiquer que la notion de propriété en droit européen se

---

25 LAURENT (J.), La propriété des droits, Paris : LGDJ, bibliothèque de droit privé, 2012.

26 Le Code monétaire et financier y fait, en effet, explicitement référence à propos du billet à ordre (article 313-46) ou de la cession Dailly (article 313-24)

27 Article L511-7 du Code de commerce, L131-20 du Code monétaire et financier.

28 Article 43 bis du Code général des impôts

29 99-425 DC, 29 décembre 1999; ZATTARA (A.-F.), La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété, LGDJ, 2001, n° 316. Comp. DEBET (A.), L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Dalloz, 2002, p. 697, note 4 ; MOLFESSIS (N.), Le Conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1998, n° 100.

30 2010-607 DC, 20 janvier 2011.

31 GINOSSAR (S.), Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, Paris : LGDJ, 1960, p. 112.

32 REVET (T.), La consécration de la propriété des créances par le Conseil Constitutionnel, RTD. civ., 2010, p. 584 s.; LAURENT (J.), Thèse précitée.

33 Cour EDH, 12 juillet 2001, Prince Hans Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne ; Cour EDH, 11 février 2010, Sud parisienne de construction c/ France ; Cour EDH, 9 dec. 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grece, req. 13 427/87.

34 DESRUMAUX (N.), Propriété et patrimoine européens, Thèse Lille, 2010.

35 GUILLAUME (M.), Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme, Nouv. Cah. Cons. Const. 2011. 67; SERIAUX (A.), Propriété, Répertoire de droit civil, septembre 2009, n°25; MOLFESSIS (N), Le droit privé, source de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Economica, 1999, p. 15 s., spéc. p. 24 ; ZATTARA (A.-F.), La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété, LGDJ, 2001.

distingue de celle retenue dans le Code civil<sup>36</sup>. Au niveau national, la consécration de la propriété des droits est surtout le fait de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Une telle conclusion doit, selon nous, être nuancée<sup>37</sup>. Certes, la décision du 29 décembre 1999 vise la propriété des titulaires de créances mais elle concerne des titres financiers, c'est-à-dire des créances particulières, par nature transmissibles et négociables. Quant à la décision du 20 janvier 2011, elle vise à apprécier la constitutionnalité de l'EIRL qui prive les créanciers d'une partie de leur droit de gage général. Si le Conseil Constitutionnel reconnaît la "*propriété des créanciers*", il n'évoque aucunement la propriété de la créance. À travers le droit de gage général, tout créancier est amené à devenir propriétaire en cas de non paiement par le biais d'une saisie. Cela ne signifie pas pour autant qu'il doive se voir reconnaître, d'une manière générale, une propriété sur sa créance. Si la propriété des créances est donc ponctuellement reconnue, le Conseil ne semble pas admettre la propriété des droits d'une manière générale. Dans une décision<sup>38</sup> postérieure de quelques mois, il a même refusé de reconnaître aux servitudes la protection du droit de propriété. Par cette seule décision, il semble placer sur le même plan la propriété et les charges réelles immobilières.

Quant au juge judiciaire, les solutions s'inscrivent plutôt dans une optique classique. Ainsi, la Cour de cassation assimile-t-elle la propriété à un droit réel<sup>39</sup>. Quant à la propriété des créances, elle n'est pas admise d'une manière générale. En matière de procédure collective, par exemple, "*une demande de restitution de fonds ne peut être formée par voie de revendication, la seule voie ouverte au créancier d'une somme d'argent étant de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur*"<sup>40</sup>. Par ailleurs, lorsqu'elle admet la propriété de certaines créances, la Cour de cassation peine à en tirer toutes les conséquences. Le régime juridique de la lettre de change illustre, par exemple, la difficulté puisque le tiré peut opposer au porteur la compensation entre la créance de provision et une créance qu'il possède contre le tireur dès lors qu'elle est liquide et exigible<sup>41</sup>. Enfin, dans un arrêt rendu le 29 avril 2014, la Cour de cassation reconnaît d'un côté la "propriété des créances" de l'affactureur tout en l'obligeant à déclarer sa créance à la procédure de liquidation judiciaire du débiteur.

---

36 RAYMOND (J.), L'article 1 du Protocole additionnel et les rapports entre particuliers, in Franz Matscher & Herbert Petzold, « Protection des droits de l'homme : la dimension européenne : mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda », Köln, C. Heymann, 1988, p. 533.

37 MILLEVILLE (S.), Propriété des créances, le point sur l'argument supralégal, RDLF, 2013, n°22 ; MAZEAUD (V.), Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, RTD civ. 2014, p. 29.

38 Cons. const. 10 nov. 2011, n° 2011-193 QPC, Mme Jeannette R., épouse D., RTD civ. 2012. 342, obs. T. Revet

39 Cass. civ. 1, 5 février 1962 ; Cass. civ. 1, 6 juin 1967 ; Cass. civ. 3, 3 juillet 1991, n° 89-12685 ; Cass. Civ. 3, 20 janvier 1993, n°90-14349.

40 Cass. Com. 4 février 2003, D. 2003, 1230, note LIEHNARD (A), Cass. Com, 22 mai 2013, n°11-23961

41 Req 1er juillet 1858, D. 1858, 1, 387 ; Cass. Civ 26 novembre 1872, D. 1872, 1, 436.

Certes, la propriété des créances est retenue mais elle n'en demeure pas moins limitée quant à son objet et son régime juridique. La propriété des droits n'étant pas entièrement consacrée par le droit positif, rien n'impose de distinguer la nature juridique de la propriété et de ses droits réels démembrés. Seules les créances auxquelles la pratique reconnaît une valeur et incorporées dans un titre susceptible de circuler bénéficient de la protection juridique du droit de propriété qu'il s'agisse d'une provision, d'un titre financier ou encore de droits sociaux<sup>42</sup>. Si le phénomène de titrisation au sens large a transformé l'objet du droit de propriété, la conception classique du droit de propriété est encore profondément ancrée dans le droit positif. Ainsi, l'usufruit et les servitudes sont-ils considérés comme des droits réels, au même titre que la propriété. Par ailleurs, ils se distinguent des droits personnels.

### *B – Les droits réels et les droits personnels*

En définissant les concepts, la doctrine classique a tracé une frontière entre le droit réel et le droit de créance. "Les chevaux de guerre naissant sur les frontières"<sup>43</sup>, les auteurs ont très vite fait remarquer que certains droits personnels conféraient des droits réels et que les droits réels s'accompagnaient parfois d'obligations.

La question de la nature juridique du contrat de bail a, dans un premier temps, passionné la doctrine<sup>44</sup>. Au début du XX<sup>ème</sup> siècle, Capitant estimait déjà que certains droits de créance semblaient participer par leurs effets à la nature des droits réels. Pourtant, la distinction est a priori assez claire et présente des vertus pédagogiques. Si l'usufruit opère sans intermédiaire, le bail ne donne accès à la chose que par l'intermédiaire du propriétaire. Le premier confère un droit réel, le second un droit personnel. La distinction n'est toutefois pas aussi évidente. Comme M. Meiller le fait remarquer dans sa thèse, l'évolution législative a brouillé les cartes en conférant parfois au preneur à bail un droit réel. Pour comprendre la distinction entre les droits réels et personnels, il nous semble donc utile de bien cerner la différence entre le bail classique et les baux conférant au preneur un droit réel.

---

42 Cons. const., 3 août 1994, n° 94-347 DC, D. 1995. 350, obs. TREMEAU (J.) ; Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, AJDA 1996. 371, note SCHRAMECK (O.) ; D. 1998. 156, obs. TREMEAU (J.) ; *ibid.* 145, obs. CAR (J.-C.) ; *ibid.* 147, obs. ROUX (A.) ; *ibid.* 153, obs. RENOUX (T.-S.) ; RFDA 1997. 1, étude MODERNE (F.)

43 Te Tsing

44 TROPLONG, Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De l'échange et du louage, 1840, p. 488 ; de VAREILLES-SOMMIERES (de), La définition de la notion juridique de la propriété, RTD civ. 1905, p. 456 ; DERRUPPE, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, 1952, préface Jacques Maury ; du même auteur, Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire, Mélanges Louis Boyer, 1996, Toulouse, p. 169.



Si lors de leur constitution, le bail emphytéotique et le bail d'habitation sont très semblables puisqu'il s'agit de baux, ils se distinguent très vite dans leurs effets puisque l'un permet au locataire d'accéder directement à la chose sans avoir à en référer constamment au bailleur tandis que l'autre place le locataire dans un rapport obligationnel durable. Lorsqu'un droit réel est conféré au locataire, ce droit doit pouvoir être cédé<sup>45</sup>, loué, donné en garantie et même parfois saisi<sup>46</sup>. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un droit personnel, l'accord du propriétaire est, en principe, requis pour que le contrat puisse être cédé ou sous-loué. Un locataire d'un bail d'habitation qui serait débiteur d'une dette ne pourrait pas voir son contrat de bail saisi contrairement à l'emphytéote. Par ailleurs, la clause d'agrément d'un bail à construction serait nulle<sup>47</sup>. Ainsi, selon le degré d'indépendance reconnu au locataire, le droit est-il tantôt réel tantôt personnel. Il ouvre alors droit à une action qui sera tantôt réelle<sup>48</sup> tantôt personnelle. Cette action en justice caractérise, plus que tout autre critère, l'indépendance du titulaire du droit puisqu'elle lui permet de garantir l'exercice de son droit en quelque main que le bien se trouve. L'aspect personnel du bail s'efface ainsi en fonction des pouvoirs qui sont conférés au locataire, c'est-à-dire de son indépendance vis-à-vis du propriétaire. De la même manière qu'un usufruit peut être constitué par un contrat, un bail peut alors conférer un droit réel. Reste alors à s'accommoder de la terminologie<sup>49</sup>. Le droit civil québécois en a tiré les conséquences en renonçant à la qualification de bail emphytéotique pour ne retenir que celle d'emphytéose. Ainsi, l'article 1195 du Code civil québécois le définit-il comme le "*droit qui permet à une personne, pendant un certain temps, d'utiliser pleinement un immeuble appartenant à autrui et d'en tirer tous ses avantages, à la condition de ne pas en compromettre l'existence et à charge d'y faire des constructions, ouvrages ou plantations qui augmentent sa valeur d'une façon durable.*" Cette définition souligne l'indépendance du locataire dans l'exercice de son droit et l'exclusivité des prérogatives qui lui sont conférées. Certes, ses pouvoirs connaissent des limites et s'accompagnent d'obligations mais ces mêmes limites caractérisent l'usufruit.

---

45 S'agissant du bail réel immobilier logement, les clauses anti-spéculatives apparaissent toutefois comme une limitation du droit de cession du locataire. Sur ce point, voir POUMAREDE (M), Le bail réel immobilier logement, RDI 2014, p. 265.

46 On notera que de telles prérogatives qui sont des signes évidents d'indépendance du locataire, ne sont pas permises au titulaire d'un droit d'usage dont le droit réel est strictement personnel.

47 Cass. civ. 3, 24 septembre 2014, n° 13-22357

48 Art. L. 451-1 s du Code rural pour le bail emphytéotique ; art. L. 251-1 s. du Code de la construction et de l'habitation pour le bail à construction ; art. L. 252-1 s. du Code de la construction et de l'habitation pour le bail à réhabilitation

49 La doctrine française tire les conséquences de la reconnaissance d'un droit réel au locataire en qualifiant ces contrats de "faux baux", cf BÉNABENT (A.), *op. cit.*, n°479 ; HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.) et LECUYER (H.), Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, 3<sup>e</sup> éd., 2012, LGDJ, n°21117

Si les contrats de bail peuvent conférer un droit réel, inversement les droits réels peuvent s'accompagner d'obligations<sup>50</sup>. Dans le Code civil, il n'existe rien qui ressemble plus au droit du propriétaire que le droit de l'usufruitier. Comme l'indiquait déjà Michas dans sa thèse, usufruit et nue-propiété constituent "deux monopoles privés relatifs à des actes parfaitement distincts", c'est pourquoi l'auteur refusait de considérer l'usufruit, l'usage et l'habitation comme des servitudes personnelles<sup>51</sup>. Pourtant une partie de la doctrine considère que le droit réel entraîne inévitablement un certain nombre d'obligations positives. S'il est vrai que l'usufruit ou la servitude portent directement sur la chose, il est difficile de considérer les droits réels en dehors du tissu social et vierges de toute obligation car, tout comme le propriétaire, le titulaire d'un tel droit n'est jamais seul à l'égard de la chose. Quelques obligations pèsent donc sur les titulaires de droits réels. Aussi vrai que propriétaire voit l'absolutisme de son droit largement tempéré par les obligations mises à sa charge, les titulaires de droits réels démembrés n'ont pas tous les pouvoirs.

S'il subit des contraintes, l'usufruitier se voit attribuer le droit d'user de la chose et d'en tirer les fruits en toute indépendance. Les attributs de la propriété sont si bien répartis entre l'usufruitier et le nu-propiétaire que les droits de chacun sont isolés. C'est justement cette scission des droits qui est critiquée car le bien fait, dès lors, l'objet d'une gestion qui s'avère profitable au seul usufruitier au détriment du nu-propiétaire. L'usufruitier recherchera des rendements immédiats au détriment d'un investissement plus lucratif mais à long terme. Envisager l'usufruit sous un angle obligationnel serait sans doute le meilleur moyen de résoudre la principale difficulté pratique de l'usufruit : l'entretien de la chose or l'usufruitier agit dans son propre intérêt. De son côté, le nu-propiétaire ne saurait être contraint à effectuer les grosses réparations. Il nous semble donc difficile de penser les droits réels démembrés en terme d'obligations puisque la Cour de cassation rappelle que l'usufruitier se voit attribuer "*non une créance mais l'usufruit de l'immeuble...*"<sup>52</sup> or s'il n'y a pas de créance de l'usufruitier, c'est qu'il n'y a pas d'obligation du propriétaire. Concernant les servitudes, les solutions sont assez proches. Classiquement, la jurisprudence rappelle que le "*propriétaire, dont le fonds est grevé d'une servitude de passage, n'est pas tenu, sauf convention contraire, d'améliorer ou d'entretenir l'assiette de la servitude mais seulement de ne rien faire qui tende à diminuer l'usage de la servitude ou à la rendre plus incommode*"<sup>53</sup>. Dans un arrêt rendu le 21 janvier 1998<sup>54</sup>, la Cour de

---

50 GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance, thèse préc., p. 12 à 18.

51 MICHAS, th. préc., p. 231.

52 Cass. Civ. 1, 18 décembre 2013, n°12-18537; commentaire DROSS (W), L'usufruitier peut-il contraindre le nu-propiétaire à effectuer les grosses réparations?, RTD civ. 2014, p.149; dans le même sens, Civ. 3e, 28 nov. 2006, n° 05-15.750 - Civ. 3e, 10 juill. 2002, n° 00-22.168, Rev. loyers 2002. 562, obs. Ph. Rémy - Civ. 3e, 30 janv. 1970, n° 68-12.197, Bull. civ. III, n° 83 - Req. 10 déc. 1900, DP 1901. 1. 209, note Guénée ; GAJC, 12e éd., n° 74-75

53 Cass. Civ. 3, 5 juin 2013, n° 11-25927, commentaire TADROS (A.), Le droit au respect de sa servitude, D. 2013, p.

cassation a estimé que l'exception d'inexécution ne pouvait pas être invoquée par un propriétaire pour s'affranchir d'une servitude conventionnelle. La jurisprudence retient donc une conception plutôt classique en refusant d'analyser les droits réels sous l'angle obligationnel.

L'idée que les droits réels ont une structure obligationnelle se heurte enfin à la nature des actions conférées aux titulaires de ces droits. L'identité de régime procédural entre le bail emphytéotique, l'usufruit et le droit de propriété traduit, selon nous, une identité de nature juridique. Cette appropriation commune à l'usufruitier, à l'emphytéote et au propriétaire révèle une relation commune aux choses<sup>55</sup>. Ainsi, le nu-propriétaire, l'usufruitier ou l'emphytéote peuvent-ils assurer le respect de leurs droits au pétitoire. Dès lors que la relation est purement obligationnelle, seule l'action personnelle est envisageable. En revanche, en matière d'usufruit, que l'usufruitier tiennne ses droits d'un contrat ou par l'effet de la loi, une action réelle est ouverte. Cette possibilité offerte à l'usufruitier souligne, selon nous, la concurrence de l'usufruit et de la propriété placés sur le même plan. Tous les droits réels semblent donc issus de la propriété mais s'en détachent-ils tous, pour autant ? Le droit positif semble l'admettre.

## **II : Consécration de la théorie du démembrement**

La théorie du "démembrement de propriété" a fait l'objet de nombreuses critiques auxquelles nous apporterons des explications à défaut de pouvoir donner des réponses car les réponses supposeraient que le droit soit logique, ce qui n'est pas le cas (A). Malgré les incohérences soulevées, la théorie du démembrement semble retenue par la Loi et la jurisprudence. Il conviendra donc de s'en accommoder (B).

### *A : Une théorie critiquée*

La définition classique de la propriété soulève une question bien connue : comment peut-on définir la propriété par ses attributs tout en considérant qu'elle demeure malgré le détachement d'une prérogative ? Défendre le démembrement de la propriété suppose de résoudre ce paradoxe. Trois solutions sont traditionnellement proposées. La première consiste à envisager la propriété comme

---

2252.

54 Cass. Civ 3, 21 janvier 1998, n°995-16630 ; ROBERT (A.), L'exception d'inexécution ne peut permettre de s'affranchir d'une servitude non aedificandi conventionnelle, D. 1998, 351 ; MALET-BRICOUT (B.), Exception d'inexécution et servitude : à propos des liens entre droit des obligations et droit des biens, D. 1999, 571 ; DROSS (W.), L'exception d'inexécution : essai de généralisation, RTD civ. 2014, 1.

55 DROSS (W.), La fonction ambiguë de l'action possessoire, Defrénois, 30 janvier 2006, n°2, p. 127.

un droit à géométrie variable<sup>56</sup> où seul l'abusus serait de l'essence de la propriété. La seconde vise à reconnaître l'existence de deux propriétés en faisant renaître la "propriété usufruituaire"<sup>57</sup> ou en envisageant une succession de deux propriétés<sup>58</sup>. Enfin, la troisième solution consiste à remettre en cause la définition classique de la propriété par ses attributs et la technique du démembrement en assimilant la propriété au droit subjectif.

Le droit subjectif est une notion dont la définition soulève des difficultés or la vigueur du débat actuel en droit des biens repose sur cette conception même du droit subjectif appliquée à la propriété<sup>59</sup>. Selon le professeur Sortais<sup>60</sup>, le droit subjectif serait composé d'un titre et d'un émolument. Alors que la conception classique définit la propriété par son l'émolument (usus, fructus, abusus), la doctrine moderne concentre son attention sur le titre jusqu'à assimiler titularité et propriété<sup>61</sup>. Si l'on retient la définition proposée du droit subjectif, on comprend, en réalité, pourquoi la propriété démembrée demeure la propriété : il s'agit d'un choix politique, législatif et historique. Le titre est attribué au nu-propriétaire parce que les rédacteurs du Code l'ont voulu ainsi. Historiquement, le Code civil apparaît comme une oeuvre de rupture abolissant "*jusqu'au moindre vestige de ce domaine de supériorité, jadis connu sous les noms de seigneurie féodale et censuelle*"<sup>62</sup>. En construisant le Code civil sur un rejet de la conception féodale sans construire une théorie globale de la propriété, les rédacteurs du Code n'ont pas mesuré les contradictions qu'une telle méthode allait produire. Il s'agissait d'en finir avec la théorie du double domaine tout en réservant au propriétaire la possibilité pratique de décomposer son droit. Les démembrements de propriété apparaissent donc comme autant de concessions faites à la propriété unifiée. L'article 578 du Code civil maintient l'unité de la propriété en refusant de reconnaître la propriété de l'usufruitier. Ce choix se retrouve également dans le décret du 4 janvier 1955. En réservant à l'acquéreur qui a dûment publié la qualité de propriétaire au détriment du premier acquéreur en date, le législateur choisit d'attribuer le titre à l'un des deux "propriétaires".

---

56 DE VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de la propriété, RTD civ. 1905, p. 443.

57 NICOD (M); La quasi-propriété de l'usufruitier ou la propriété usufruituaire. In: Qu'en est-il de la propriété ? : l'appropriation en débat (Dir. Daniel Tomasin). Les Travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques . Presses de l'Université des sciences sociales, Toulouse, 2007, p. 197

58 KOURALEVA (P.), L'usufruit : démembrement du droit de propriété ?, Petites affiches, 19 juin 2009 n° 122, p. 6.

59 HALPERIN (J.-L.), Propriétés et droit subjectif : deux destins liés?, conférence faite au Japon aux Universités Nanzan et Keio, 2010.<hal-00460386>

60 SORTAIS (J.-P.), Le titre et l'émolument, Th. LGDJ 1961

61 Pour une critique de la thèse de Ginossar : RIGAUD (L.), À propos d'une reconnaissance du jus ad rem, et d'un essai d'une classification nouvelle des droits patrimoniaux, Revue internationale de droit comparé, 1963, volume 15, n°3, p.

557 ; contra : LAURENT (J.), La propriété des droits, Paris : LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2012, p. 146 s.

62 Recueil de lois composant le Code civil, avec les discours des orateurs du gouvernement, les rapports de la commission. Tome 3 / ... Par les rédacteurs des instructions décadaires sur l'enregistrement et les domaines, Paris : Moreaux, 1803-1804, p. 19

Une deuxième objection majeure a été adressée à la théorie du démembrement : l'ensemble des droits réels ne pourraient pas être considérés comme détachés du droit de propriété. L'idée n'est pas nouvelle. Elle a été émise dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle par Michas, Ripert et Josserand. Ce dernier distingue, en effet, les droits réels qui impliquent un démembrement de propriété (l'emphytéose, l'usage, l'habitation, l'usufruit) des droits réels "*qui sans représenter un rameau, un fragment de la propriété, confèrent à ceux qui en sont investis le droit d'utiliser la chose dont le propriétaire conserve la jouissance et l'usage*". En d'autres termes, l'auteur distingue les "*servitudes qui sont des charges de la propriété plutôt qu'elles n'en constituent des démembrements*"<sup>63</sup>. Il est vrai que ces servitudes occupent une place très particulière dans le Code civil. Elles sont, selon nous, profondément différentes de l'usufruit et des droits de jouissance exclusifs retenus par la jurisprudence. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer la qualité juridique que revêt le propriétaire. Si en matière d'usufruit, on le qualifie de "nu-propriétaire", il n'a jamais été question de retenir une telle qualification pour le propriétaire du fonds servant. L'article 543 du Code civil traduit, selon nous, deux idées. D'une part, il recense des droits/charges présentant une caractéristique commune : celle de porter "*sur les biens*". D'autre part, les droits et charges énumérés sont gradués. Au premier rang vient le droit de propriété, puis le "*simple*" droit de jouissance, enfin on peut avoir sur les biens « *seulement des services fonciers à prétendre* ». L'utilisation de l'adverbe « *seulement* » incite à distinguer la servitude des autres droits réels or très imprégné par la théorie classique, le droit positif les y assimile. Ainsi, les servitudes sont-elles naturellement rangées parmi les démembrements de propriété puisqu'elles sont analysées comme des droits réels. Pourtant, seuls les droits réels de jouissance assurant une exclusivité devraient être considérés comme tels. Il y a quand même un paradoxe à admettre que la servitude constitue un démembrement de propriété, qu'elle puisse être perpétuelle et soutenir, en même temps, l'unité du droit de propriété. De deux choses l'une, soit la servitude est un démembrement de propriété, soit elle est une simple charge réelle perpétuelle. Si l'on définit le droit réel par l'absence de débiteur, la servitude constitue un droit réel mais ce n'est pas tant l'absence de débiteur qui caractérise la servitude que l'absence de créancier.

Historiquement, la servitude a été conçue comme une charge réelle et non pas comme un droit subjectif. Ne pouvant pas être consentie au profit d'une personne, elle profite à un fonds. Ainsi, pour comprendre la servitude, il faut se détacher de l'idée selon laquelle le droit subjectif serait la

---

63 JOSSERAND, Cours de droit civil français positif conforme aux programmes officiels des facultés de droit, t. 1, théorie générale du droit des des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux, 2<sup>ème</sup> édition, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 697.

"*particule élémentaire*" du droit. À l'exception de l'article 702, l'application des rédacteurs du Code à éviter le mot "droit" pour évoquer les servitudes en fait un mécanisme à part. L'article 637 du Code civil est assez éloquent sur ce point : il s'agit d'une charge réelle. Le rapport d'Albisson illustre très clairement cette interprétation : "*La servitude est une charge. Quelques jurisconsultes, même parmi les plus justement célèbres, l'ont définie (comme) un droit qui assujettit un fonds, etc, mais improprement. Le mot droit, dans son acception relative, ne peut se prendre que dans un sens actif, tandis que le mot servitude annonce, seul par lui même quelque chose de passif*<sup>64</sup>".

En intégrant les servitudes parmi les démembrements de la propriété, la doctrine classique a sans doute péché par une trop grande volonté de généralisation. Le meilleur angle d'attaque pour faire vasciller la monumentale architecture classique consistait alors à s'en prendre à ce point de faiblesse. C'est par cette faille que la doctrine personnaliste s'est engouffrée et notamment le doyen Ripert qui fut l'un des premiers à critiquer la technique du démembrement de propriété qu'il avoue ne pas apprécier<sup>65</sup>. La raison en est simple et se nourrit de l'analyse des servitudes. "*S'il y avait véritablement démembrement, nous indique-t-il, le propriétaire du fonds servant ne pourrait plus user du tout de sa chose.*" Sur ce point, l'analyse du doyen Ripert est parfaitement juste : le démembrement de propriété cadre mal avec les servitudes. Comprendre les servitudes supposait de ne pas les analyser sous l'angle du droit subjectif. L'individualisme empêchera toutefois une autre conception de la servitude. Le glissement conceptuel qui s'est opéré entre la notion de charge et celle de droit est assez simple à comprendre : lorsqu'il y a une charge, il y a toujours quelqu'un sur qui pèse la charge et bien souvent quelqu'un à qui elle profite. En méconnaissant les fondements du Code civil, une telle analyse a ouvert la porte aux dogmes dissidents. Les théories générales ont alors tenté de cerner la logique d'un droit des biens qui, bâti sur les ruines de l'Ancien Régime, en était dépourvu. Aucune de ces théories n'étant parvenue à convaincre définitivement le législateur ou le juge, la technique du démembrement de propriété a été intégralement consacrée par le droit positif.

#### *B : Une théorie retenue par le droit positif*

C'est sur le terrain de l'interprétation du droit positif que s'affrontent les différentes doctrines. Si pour les partisans de la théorie du démembrement, le droit positif ignorerait la théorie moderne de la

---

64 Recueil de lois composant le Code civil, avec les discours des orateurs du gouvernement, les rapports de la commission. Tome 3 / ... Par les rédacteurs des instructions décadaires sur l'enregistrement et les domaines, Paris : Moreaux, 1803-1804, p. 157.

65 RIPERT, thèse, p. 306.

propriété<sup>66</sup>, les partisans de cette théorie renouvelée invoquent, au contraire, ce même droit positif au soutien de leur démonstration<sup>67</sup>.

De nombreux textes de loi utilisent le terme "démembrement"<sup>68</sup>. Tout d'abord absente du Code civil en 1804, la notion apparaît, à plusieurs reprises, dans différentes sources. Le droit fiscal est sans doute le premier à l'avoir consacrée. Plus de vingt articles du Code général des impôts s'y réfèrent, notamment l'article 8 visant le "*démembrement de tout ou partie des parts sociales*". Le droit fiscal n'est pas le seul à évoquer ce terme. Le droit de la consommation y renvoie également puisque la loi du 4 août 2008 s'est explicitement référée à cette notion concernant le prêt viager hypothécaire<sup>69</sup>. Le Code de la construction et de l'habitation envisage également "*le fait qu'un logement fasse l'objet d'un démembrement de la propriété...*" à l'article R313-15. L'article L153-13 du Code minier ainsi que l'article L721-10 du Code de l'énergie visent de conserve les "*servitudes*" et les "*autres démembrements de droits réels*". Enfin, le Code civil mentionne, depuis 2009<sup>70</sup>, le démembrement dans le cadre de l'indivision à l'article 815-5-1. Il aura donc fallu attendre plus de 200 ans pour que le terme "démembrement" apparaisse enfin dans un Code qui pourtant n'était pas étranger à cette notion puisque Portalis considérait, lui-même, que l'usufruit pouvait être "*séparé à temps de la propriété par convention ou par quelque titre particulier*"<sup>71</sup>.

Au-delà des références terminologiques, les textes semblent avoir intégré la technique du démembrement. Le législateur fiscal envisage ainsi l'usufruit comme une fraction de la pleine propriété puisque l'addition de l'usufruit et de la nue-propriété correspond à la valeur de la pleine propriété<sup>72</sup>. Par exemple, l'article 669 du Code général des impôts prévoit pour la liquidation des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière, que la valeur de la nue-propriété et de

---

66 BRUGUIERE (J.-M.), note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 2001, LPA 27 août 2001, n° 167, p. 8.

67 ZENATI (F.), Essai sur le concept juridique de propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, Thèse dact. Lyon, 1981, p. 15 ; REVET (Th.), Natures juridiques respectives de la nue-propriété et de l'usufruit, RTD civ. 2008, p. 512 ; PLANCKEEL (F.), La combinaison de l'usufruit et du bail, Eléments pour une nouvelle théorie des biens, RTD civ., 1/10/2009, p. 639.

68 Loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014 ; loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové ; loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013.

69 Article L314-1 du Code de la consommation : "Le prêt viager hypothécaire est un contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques, garanti par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le remboursement-principal et intérêts capitalisés annuellement ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès..."

70 Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures .

71 Code civil contenant la série des lois qui le composent avec leurs motifs, et les discours prononcés au Tribunal et au corps législatif, Livre II, Paris : Garnery, Librairie rue de la Seine, 1804, p. 39.

72 AULAGNIER (J.), Aspects économiques du démembrement de propriété, Colloque au Sénat, Droit et patrimoine, HS n°1, janvier 1995, p. 10

l'usufruit soit déterminée par une quotité de la valeur de la propriété entière. L'article 1133 du même Code évoque, quant à lui, "*la réunion de l'usufruit à la nue-propriété...*". Tranchant un débat complexe, la loi du 25 février 1901 a pris soin de préciser qu'aucun droit de mutation ne serait perçu lorsque l'usufruit retournerait "*à la nue-propriété*". On peut en déduire que l'usufruit est bien issu de la propriété. Le droit des sociétés consacre également, selon nous, la technique du démembrement dans le mécanisme de l'usufruit des "droits sociaux". Cet usufruit soulève des difficultés, notamment la question de savoir qui de l'usufruitier ou du nu-propriétaire doit être considéré comme un associé ou un actionnaire. L'article 1844 du Code civil ainsi que l'article L 225-110 du Code de commerce prévoient un partage du droit de vote entre le nu-propriétaire et l'usufruitier. Parce que le texte précise que "*tout associé a le droit de participer aux décisions collectives*", le droit de vote apparaît comme une prérogative propre aux associés or ce partage du droit de vote consacre, selon nous, un partage des prérogatives de la propriété et non pas une répartition des utilités de la chose. En accordant le droit de vote à l'usufruitier pour défendre directement ses intérêts, il nous semble que la loi confère à l'usufruitier un "rameau" de propriété<sup>73</sup>. Cette conception rencontrerait toutefois un obstacle : l'indivision des actions. Il faut, selon nous, distinguer l'indivision et le démembrement de propriété car l'indivision permet à plusieurs personnes de se partager le bien en qualité de propriétaires indivis tandis que le démembrement répartit les prérogatives du droit de propriété. Coexistent dans un cas deux propriétaires associés, dans l'autre, deux titulaires de droits réels complémentaires.

De son côté, la jurisprudence a retenu la technique du démembrement de propriété dans son célèbre arrêt Caquelard rendu le 13 février 1934 puisqu'elle y évoque les "*décompositions*" du droit de propriété. D'une manière générale, la Cour de cassation retient la terminologie classique en se référant régulièrement au concept de démembrement<sup>74</sup>. Dans un arrêt rendu le 9 avril 2014, elle fait même expressément référence à la théorie de l'usufruit causal<sup>75</sup> en indiquant que "*l'usufruit des titres était demeuré dans le patrimoine*" des apporteurs lors d'un apport en nue-propriété. Moins explicite mais tout aussi favorable à la technique du démembrement est la décision rendue le 5 juin 2013 par la Cour de cassation permettant au titulaire d'une servitude d'exercer l'action prévue à l'article 673 du Code civil, en principe réservée au propriétaire. Si le propriétaire du fonds refuse de

---

73 Contra : TADROS (A.), La jouissance des titres sociaux d'autrui, Dalloz, nouvelle bibliothèque de Thèses, n° 130, 2013.

74 Quelques exemples : Cass. Civ. 1, 9 avril 2014, n°12-23022 ; Cass. Civ.2, 11 avril 2013, n° 12-14476 ; Cass. Com, 27 octobre 2009, n°08-11362 ; Cass. Com. 23 janvier 2007, n° 05-14403 ; Cass. Com. 24 juin 1997, n°95-14144 ; Cass. civ. 1, 13 février 1963 ; Cass. 19 décembre 1962.

75 TADROS (A.), Apport en société de la nue-propriété et usufruit causal : le divorce est-il consommé ?, Bull. Joly Sociétés, 1<sup>er</sup> juin 2014, n°6, p. 365.



demander à ses voisins d'élaguer leurs arbres, le titulaire de la servitude, parce qu'il détient d'une partie de la propriété, pourra assigner les voisins négligeants. Par cette jurisprudence, la Cour de cassation confère à tous les titulaires de droits réels des pouvoirs issus du droit de propriété<sup>76</sup>.

Enfin, parfois cité au soutien de la conception dite moderne de la propriété, un arrêt du 25 octobre 1978 illustre, selon nous, la décomposition du droit de propriété<sup>77</sup>. Les faits sont simples : un père transmet à sa fille un bien immobilier donné à bail dont il se réserve l'usufruit. La fille, nue-propriétaire, décède en laissant un mari et trois enfants. Elle transmet à son mari l'usufruit du bien dont elle n'a que la nue-propriété. L'année suivante, le père renonce à son usufruit. S'estimant usufruitier du bien, le mari donne congé au fermier qui occupe le bien. Toute la question posée à la Cour de cassation est de savoir si la nue-propriétaire pouvait disposer d'un bien dont elle n'avait pas l'usufruit. La Cour de cassation a estimé qu'elle pouvait concéder à son époux l'usufruit d'un bien dont elle n'avait que la nue-propriété et qu'elle ne posséda jamais en qualité de propriétaire. Ainsi, le nu-propriétaire n'a pas besoin de récupérer l'usus et le fructus pour pouvoir transmettre un usufruit<sup>78</sup> précisément parce qu'il lui reste une partie des prérogatives de la propriété : l'abusus. Si la Cour de cassation avait opté pour une solution contraire, elle aurait réduit la nue-propriété à une coquille vide. Or, le nu-propriétaire n'est pas dépourvu de pouvoir dans la mesure où il préside au destin de son droit. Comme l'indique le professeur Sériaux, l'abusus constitue le droit le plus abstrait sur la chose. Loin d'infirmier le démembrement de propriété, cette solution jurisprudentielle semble donner toute sa substance à la nue-propriété<sup>79</sup>. Elle confirme, selon nous, un véritable partage des prérogatives du droit de propriété. Au nu-propriétaire revient le titre de propriété auquel s'attache le droit de disposer, à l'usufruitier le droit d'user de la chose et d'en tirer les fruits.

## **Conclusion :**

Ce sont sur les ruines du système féodal que "les propriétés" en 1789 puis la "propriété" en 1791 ont été consacrées<sup>80</sup>. Fondée sur le mythe romain de la propriété absolue et unifiée, la propriété a dû résister à des vents contraires. Tout d'abord ébranlée par la question sociale, elle a ensuite été

---

76 Cass. Civ. 3, 5 juin 2013, précité.

77 DROSS (W.), L'usufruit consenti par un nu-propriétaire est-il pleinement efficace, D. 2004, 1253 ; LOSFELD (B.), La consolidation, RTD civ. 2007, 1.

78 Cass. com. 30 mai 1995, n°93-16978, Bull. civ. IV, no 161 ; JCP N 1995. 235, note D. F. Dans cet, la Cour de cassation tente de justifier les pouvoirs du nu-propriétaire. C'est parce qu'il "a vocation à la pleine propriété de ce bien...qu'il peut en léguer l'usufruit à un tiers, bien que n'étant pas encore titulaire de ce droit. "

79 GELOT (B.), La libre disposition de l'usufruit par le nu-propriétaire, Defrénois, 15 septembre 1997, n° 17, p. 961.

80 SUEL (M.), La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : l'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété, la grammaire et le pouvoir, Revue de droit public, Paris 1974, p. 1295 – 1318 ; RIALS (S.), La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Paris : Hachette, 1988.

considérablement bouleversée par l'évolution du capitalisme. L'appréhension de nouvelles richesses, les mécanismes contractuels de gestion du patrimoine, les montages complexes d'optimisation fiscale ont modifié le visage de la propriété. Outil nécessaire à ces nouveaux montages, le démembrement a toutes les faveurs des praticiens.

Transmises à travers l'usufruit ou partagées dans certaines servitudes, les prérogatives du droit de propriété constituent ces "autres droits réels" que l'on dénomme démembrement de propriété. Au regard des servitudes ou de certains droits réels d'usage, le terme n'est sans doute pas le mieux choisi mais il permet d'englober l'ensemble des droits et charges réels partageant une essence commune : la propriété qu'il est possible de décomposer, diviser, partager, restreindre au-delà des modèles traditionnels du Code civil sous réserve de l'ordre public<sup>81</sup>. Le futur du droit des biens consistera sans doute à explorer ces limites.

---

81 Cass. Civ. 3, 28 janvier 2015, n° 14-10013, JCP, éd. G, 2015, 250 et 251, Rapport FEYDEAU (M-Th) et Avis STURLESE (B.) ; REVET (Th.), Le droit réel dit "de jouissance spéciale" et le temps, JCP, éd. G, n° 9, 2 mars 2015, 252 ; MALLET-BRICOUT (B.), Droits réels de jouissance spéciale, premier signe de rejet de la perpétuité, D. 2015, 599.