HAL open science

Esquisse d'un profil théorique de la jouissance réelle

Michel Boudot

To cite this version:

Michel Boudot. Esquisse d'un profil théorique de la jouissance réelle. Michel Boudot; Marianne Faure-Abbad; Didier Veillon. Autour de l'usufruit, Actes des 17e journées Poitiers – Roma TRE, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, pp.49-67, 2022, 9782381940168. ⟨hal-03768329⟩

HAL Id: hal-03768329

https://hal.science/hal-03768329v1

Submitted on 1 Apr 2023

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

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

Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

Presses universitaires
juridiques de Poitiers

Université de Poitiers
Collection Actes et colloques
de la Faculté de Droit et des Sciences sociales

AUTOUR DE L'USUFRUIT

Journées d'études Jean Beauchard - Paolo M. Vecchi

Sous la direction de

Michel BOUDOT
Marianne FAURE-ABBAD
Didier VEILLON

DROIT & Sciences sociales
Faculté
UNIVERSITÉ DE POITIERS

ESQUISSE D'UN PROFIL THÉORIQUE DE LA JOUISSANCE RÉELLE

Michel BOUDOT
Professeur à l'Université de Poitiers

Prolégomènes – Ce texte ne représente qu'un rapport d'étape dans ma réflexion mal assurée. Pour dessiner le profil de la jouissance réelle, il importe de situer le propos dans un contexte plus large, celui des relations d'appartenance dans l'économie capitaliste depuis les querelles qui ont opposé les partisans d'une conception réaliste du droit du preneur à bail, à la conception personnaliste qui a fini par s'imposer. Faute de temps, je commencerai par renvoyer aux journées romano-poitevines de 2014 consacrées aux propriétés qui avaient mis en évidence et insisté sur la diversité des représentations de la propriété depuis le droit romain[1], journées au terme desquelles, en guise de communications prospectives dédiées aux nouveaux biens, Margherita Colangelo et Benoit Grimonprez avaient tracé les pistes d'une analyse questionnant l'utilisation des mécanismes propriétaires pour réguler le(s) marché(s) européen(s)[2] et la construction du droit de l'environnement[3]. Modèles propriétaires[4] v. modèles obligationnels : au fondement juridique de la régulation[5], une sorte de guerre civile à l'issue incertaine. La révolution industrielle et le capitalisme du 20e siècle ont eu recours de manière préférentielle au modèle obligationnel, faisant du contrat et des personnes morales les instruments les plus efficaces pour assurer la police du marché, en même temps qu'ils en faisaient des moyens politiques de promotion de l'autonomie de

1 L. Vacca (dir.), *Le proprietà*, Jovene, 2015 ; également, M. Boudot et D. Veillon, *Les propriétés,* Université d'été *facultatis iuris Pictaviensis,* PUJP, 2016.

2 M. Colangelo, « Nuove proprietà e nuovi beni: sistemi allocativi e mercato nel contesto europeo », L. Vacca (dir.), *Le proprietà*, Jovene, 2015, pp. 195-214 ; voir également, J.-P. Chazal, « Dossier : De quelques modes iconoclastes d'appropriation », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, novembre 2015, articles 47 à 52.

3 B. Grimonprez, « La fonction environnementale du droit de propriété », *RTD civ.* 2015, p. 539

4 Cecoji, *Les modèles propriétaires*, hommage à Henri-Jacques Lucas, PUJP – LGDJ, 2012 ; Y. Emerich et L. Smith (dir.), *Terminologie et modèles propriétaires au XXIe siècle, Revue Générale du Droit*, 38 RGD, 2008, 229.

5 F. Mezzanotte, « L'appartenenza come technica di regolazione (a proposito di 'Regulatory Property Rights') », *Riv. Crit. Dr. Priv.* 2016, p. 634 ; J.-P. Chazal, « Propriété versus régulation – La nécessaire balance des intérêts », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, 2015, article 48 ; du même auteur, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ.* 2014, p. 763 ; S. Van Erp, A. F. Salomons, B. Akkermans, *The future of European property law,* Sellier European Law Publishers, 2012.

la volonté et de l'économie libérale[6]. À partir des années 1960, la construction du marché européen s'est d'abord réalisée sur ce modèle, en lutte contre les planifications dirigistes ; mais au cours des années 1990, une fois réalisées les privatisations et dépecées les ressources communes[7], les investissements structurels nécessaires à la transition numérique[8] et à son fonctionnement ont été garantis *primo* par l'introduction de droits réels sur le domaine public et les choses communes dans le cadre de partenariats public-privé (télécommunications, transports, énergie, logements), *secundo* par la valorisation des positions contractuelles des opérateurs du marché (titrisation des créances, nantissement des portefeuilles d'abonnements, des fichiers clients et leurs datas)[9], *tertio* par le recours à des monopoles d'exploitation utilisant la symbolique propriétaire, pour empêcher tout retour en arrière, un peu comme si la propriété même temporaire, était le moyen de consolider une position rentable, un juriste pourrait dire **une position frugifère**.

Période de transitions – La perspective d'une transition écologique annonce un renouvellement des instruments juridiques de contrôle des moyens de production, de captation et de répartition des revenus. Innovations post-modernes ou retour à la prémodernité ? La privatisation des espaces fonciers a parfois les allures d'un retour à la féodalité où des droits privés de supériorité se surimposent à l'exploitation utile de la terre[10] ; mais j'hésite à parler de reféodalisation sans caricaturer les féodalités[11], et sans mettre en lumière des relations de sujétions interpersonnelles[12]. Si le droit aux fruits et aux revenus du capital (loyers, dividendes distribués) exprime une relation d'appartenance réelle entre les moyens de production et le résultat d'exploitation, il faut entrer dans le détail des régimes pour en saisir la géométrie : une géométrie capitaliste qui entremêle plusieurs niveaux d'obligations de longue durée ou de charges perpétuelles, dans les groupes de sociétés de construction d'immeubles comme dans les réseaux de distribution de marchandises, des montages[13] qui superposent différents domaines d'exploitation des ressources collectives, nécessaires aux révolutions technologiques et/ou écologiques à venir.

---

6 C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei,* Il Mulino, 2015.

7 U. Mattei, L. Nader, *Il saccheggio, regime di legalità e trasformazioni globali,* Ed. Bruno Mondadori, 2010 ; où l'expropriation au profit de la communauté se fait moyennant une procédure rigoureuse et une indemnité, alors que la privatisation se fait sans procédure et moyennant un prix déterminé par « le marché ».

8 Sur l'idéologie et la géopolitique du numérique, Ph. Gaudrat et F. Sardain, *Traité du droit civil du numérique*, Tome 1er, *Droit des biens*, Larcier, 2015, n° 114 *et sq*., n° 138 *et sq*.

9 V. Forti, *La titrisation des créances en droit comparé, contribution à l'étude de la propriété*, LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2012.

10 C. Salvi, « Diritto postmoderno o regressione premoderna ? », *in* G. Grisi e C. Salvi, *A proposito del diritto postmoderno*, RomaTrE-PRESS, 2018, p. 12.

11 J. Poly et E. Bournazel, *Les féodalités*, PUF, 1998.

12 En revanche, c'est bien de nouveaux types d'allégeance qui se dessinent ; pour aller en ce sens, écouter A. Supiot, *Les figures de l'allégeance* (La reféodalisation des institutions), Les cours du Collège de France, 2014, France Culture (Podcast, 2021).

13 D. Poracchia, *Recherche sur les montages conçus par les professionnels du droit*, Thèse Aix-Marseille, 1996.

Description terminologique – Avec l'examen du concept de « jouissance réelle », je voudrais débuter par le constat des ambiguïtés lexicales qui frappent les termes « *jouir/jouissance* ». Dans le système du Code civil dont les textes ont très peu évolué depuis 1804, la *jouissance* a la double extension de « droit aux fruits » et de « détention des choses », mal distinguée de la possession : le propriétaire a le droit de *jouir* librement des choses qui lui appartiennent (CC, art. 544, 537), les fruits lui appartiennent (CC, art. 547, 548) « par accession » (CC, art. 546) ce qui ajoute à l'ambiguïté[14]. Face à lui, il peut y avoir un possesseur de bonne foi qui, lui aussi a droit aux fruits lorsqu'il possède utilement (CC, art. 549), alors que sa *jouissance* est fondée sur un titre invalide, et donc sans droit (CC, art. 550). Dans le même temps, la définition alambiquée de la possession qualifie de possesseur, tout détenteur, ayant « la *jouissance* d'une chose ou d'un droit » pour lui-même, alors que le simple détenteur jouit pour le compte d'autrui (CC, art. 2255, anc. 2228)[15]. Cela signifie aussi que le possesseur de mauvaise foi, qui en droit français peut prescrire[16], a la *jouissance* de la chose, sans avoir droit aux fruits. Parallèlement, le locataire est un détenteur puisqu'il ne possède pas pour lui-même mais pour le compte de son bailleur, lequel doit *le faire jouir* paisiblement de la chose et ce qui est sous-entendu, de ses accessoires (CC, art. 1709, 1719). Après l'expiration du bail, le locataire d'un immeuble qui en continuerait la jouissance, aurait droit aux mêmes protections qu'antérieurement (CC, art. 1759).

Précisions conceptuelles – Pour y voir clair, il faut en permanence avoir à l'esprit, non pas la nature polymorphe de la jouissance – ce qui conduit à l'amalgame, mais la pluralité des usages linguistiques de ce concept mal dessiné – ce qui permet de faire des distinctions pertinentes. Essentiellement, la *jouissance* ne réfère pas aux mêmes objets lorsque l'on se place du point de vue du propriétaire, de l'usufruitier, de l'emphytéote, du bénéficiaire d'un bail à nourriture, voire du possesseur de bonne foi à qui le système du Code civil accorde des droits et/ou des actions réels (qui du reste n'ont rien d'homogène), et lorsque l'on se place du point de vue du créancier d'une obligation/garantie de mise à disposition d'un bien, débiteur à son tour d'une obligation de payer le prix de la détention (locataire, locataire-gérant, emprunteur d'une somme d'argent).

Pour les premiers, il y a une coïncidence entre le droit aux fruits naturels et civils, et la *jouissance* réelle. Pour les seconds, la *jouissance* n'exprime que le droit à la détention de la chose. Mais d'abord, tous les détenteurs n'ont pas droit à la détention (dépositaire, entrepreneur)[17] bien qu'ils puissent retenir la chose, c'est par le contrat que le détenteur peut personnellement bénéficier d'utilités spéciales : il peut exercer activement certains pouvoirs de fait sur la chose et en retirer certains revenus, ce qui évidemment brouille la césure entre jouissance réelle (droit aux fruits) et jouissance personnelle (droit aux revenus induits par l'activité du

14 W. Dross, *Droits des biens*, LDGJ, 4e éd., 2019, n° 13 *et sq*.

15 La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom (CC, anc. art. 2228 ; renuméroté art. 2255).

16 À la différence des droits allemand, suisse ou slovène par exemple.

17 Mais comment penser le contrat de *Cloud computing* ou le dépôt d'images sur les réseaux sociaux ? Sur le prestataire de nébulique, Ph. Gaudrat et F. Sardain, *Traité du droit civil du numérique*, Tome 1er, *Droit des biens*, Larcier, 2015, p. 58.

détenteur). Les choses pourraient être simples : l'usufruitier (ou le propriétaire) a droit aux premiers mais non aux seconds s'il ne fait société avec le détenteur. Le détenteur a droit aux seconds mais non aux premiers, s'ils ne lui sont accordés par un contrat à effets réels, *i.e.* constitutif de droits réels sur la chose détenue.

Accession – Dans le système du Code civil, le concept d'*accession* présente un double visage qui résulte si l'on ose le jeu de mots, d'un amalgame entre des mécanismes différents : incorporation, mélange, union, fusion, combinaison, commixtion, spécification voire affectation de choses d'une part, et d'autre part l'attraction d'un titre, qui concrètement se manifeste par une séparation de choses sous l'effet de la gravité ou d'une activité humaine[18]. *Les fruits appartiennent au propriétaire* (ou à l'usufruitier) *par accession* (CC, art. 547), entendons par un mécanisme acquisitif de la propriété qui fait entrer la chose qualifiée d'*accessoire* dans le domaine/titre qui gouverne la chose qualifiée de *principale*. L'un des nombreux profils ambigus de cette formule générale se situe à la lisière du droit contractuel à la détention de la chose. Lorsqu'une chose (potentiellement frugifère) est mise en location par son propriétaire ou son usufruitier, doit-on considérer que les fruits produits par l'activité du détenteur sont toujours accessoires de la chose, ou peuvent-ils être qualifiés d'accessoires de la détention ? Ceci revient à se demander si et dans quelle mesure le titulaire d'un droit personnel de jouissance aura droit aux revenus dont la détention est l'occasion. Aucune réponse claire n'a été fournie par le système du Code. Des arguments subtils font coïncider le droit du locataire aux fruits avec son obligation de conservation de la chose louée, obligation qui, qualifiée de mission, permet de l'associer à l'idée que le locataire est gérant du bien d'autrui. Si en effet, le fondement du droit du détenteur à percevoir les fruits résidait dans la contrepartie de la conservation du capital, autant pourrait-on le contester au dépositaire, autant le locataire exploitant pourrait-il y prétendre indépendamment de sa bonne ou mauvaise foi. Cette association d'idées permet *a minima* de justifier le traitement différencié des fruits naturels et industriels, encore faut-il pour cela considérer que le locataire ait peu ou prou une mission d'administrateur du bien d'autrui. C'est en ce sens que se prononcent F. Zenati-Castaing et T. Revet : « Les fruits ont une vocation naturelle à couvrir les charges d'entretien. De cette affectation, il résulte qu'ils sont soumis à un régime d'administration original. Leur aliénation et leur mode d'usage normal. Elle est donc toujours considérée comme un acte d'administration et peut être, de ce fait, décidée librement par l'administrateur du bien d'autrui »[19]. Les articles 549 et 550 organisant la restitution des fruits au propriétaire en l'absence d'une possession de bonne foi, feraient alors figure d'exceptions[20].

Supplément – Aux usages hétérogènes du concept de jouissance, s'ajoute la complexité de la catégorie des fruits civils (CC, art. 586) distincte de celle des fruits naturels ou industriels : 1° / Les fruits civils représentent les revenus

18 W. Dross, *Le mécanisme d'accession, Eléments pour une théorie de la revendication en valeur*, Université Nancy II, 2000, HAL Id: tel-00457621, p. 29 et s. ; G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 1969.

19 F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, PUF, 3e éd., 2008, n° 127, p. 194.

20 *Eod. loc.*, n° 505, p. 718 ; inversement, ce serait la bonne foi du possesseur qui ferait figure d'exception dans un sens technique barrant la revendication : W. Dross, 2000, *op. cit.* n° 301.

résultant de la valorisation juridique des biens au moyen d'actes juridiques/*negotialis* de fructification du capital : les dividendes distribués par la société, les intérêts du *mutuum*, les loyers du louage de choses, les redevances d'exploitation des œuvres de l'esprit, le croît des portefeuilles de valeurs mobilières, etc[21]… Le système du Code attribue les fruits civils à l'usufruitier – ou au propriétaire si les biens ne sont pas grevés d'usufruit.

2°/ Les fruits naturels ou industriels sont censés appartenir eux-aussi à l'usufruitier, – ou au propriétaire si les biens ne sont pas grevés d'usufruit –, mais ils reviennent communément aux locataires à qui la jouissance de la chose frugifère est promise (typiquement, par des baux à ferme)[22]. L'exploitation contractuelle[23] 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. Pas de subrogation réelle. Ce qui dû est un loyer, contrepartie de la détention du bien loué[24].

Les risques – La question de la charge des risques de perte de la chose est un profil crucial de la jouissance : les réparations n'obéissent pas aux mêmes règles selon qu'elles sont au propriétaire, à l'usufruitier ou au locataire. Dans les rapports entre le propriétaire et l'usufruitier, le Code civil français prévoit une répartition des charges qui distingue les grosses réparations pesant sur le propriétaire, des réparations d'entretien pesant sur l'usufruitier (CC, art. 605, 606). Ni le propriétaire, ni l'usufruitier n'ont d'obligation personnelle de réparation ou d'entretien et par voie de conséquence aucun d'eux ne peut obtenir l'exécution forcée des réparations, ni la résolution de l'usufruit en cas de manquement si leurs charges sont restées purement réelles, mais il s'induit que si l'usufruitier ne réalise pas l'entretien nécessaire à la conservation de la substance du bien, il s'expose à une action en déchéance de son droit. Cette déchéance est qualifiée d'*abus de jouissance* par l'article 618 du Code civil, et se produit soit lorsque l'usufruitier commet des dégradations, soit quand il laisse la chose dépérir faute d'entretien[25]. La jurisprudence et la doctrine voient dans la déchéance planant sur la tête de l'usufruitier, le moyen de le contraindre à rembourser les dépenses de conservation qui ont déjà été réalisées par le propriétaire[26] et par extension, une charge positive d'entretien. Cette situation regardée comme asymétrique, entre un usufruitier qui doit réparer, et un propriétaire qui peut laisser périr la chose,

21 L'ambiguïté frappe les contours de cette catégorie originale comprenant aussi curieusement les arrérages de rente, W. Dross, 2019, *op. cit.,* n° 15.

22 Sur l'insoumission rurale des fruits naturels au principe d'accession, B. Grimonprez, « Les accessoires naturels de l'immeuble », *JCP* éd. N 2018, 1336.

23 Plus ou moins consentie en matière agricole, C. rur., art. L331-2

24 Ambiguïté toujours, par comparaison le régime du bail à cheptel simple (CC, art. 1804), ou le bail à métayage (C. rur., art. L. 417-1) réservent une part des fruits au bailleur, lequel dispose d'un privilège mobilier sur ces fruits (CC, art. 2332). Du point de vue du droit des obligations, la part due au bailleur sont des loyers payables en nature, qui constituent alors des fruits civils ; mais du point de vue du droit des biens, c'est une universalité de fruits naturels ou industriels que les contractants se partagent.

25 J.-L. Bergel, S. Cimamonti, L. Tranchant, J.-M. Roux, *Traité de droit civil, Les biens,* LGDJ, 3e éd. 2019, p. 326.

26 Décision couramment citée, Cass. 1re civ., 21 mars 1962, *Bull. civ.* I, n°175.

est dénoncée en doctrine[27], comme nuisible aux performances de l'usufruit en tant qu'instrument juridique de gestion patrimoniale[28].

Dans les rapports avec leur locataire, le propriétaire ou l'usufruitier bailleurs, lui doivent la jouissance personnelle, à savoir qu'ils doivent réparer la chose pour exécuter l'obligation contractuelle de mise en détention du bien ; cette obligation – de *garantie de jouissance* (CC, art. 1721) – est une obligation actuelle qui s'exécute du début à la fin du contrat selon la destination qui est donnée à la chose louée. Mais le locataire ne doit que les réparations causées par le fait de sa détention non conforme au contrat (explicitement ou implicitement). C'est pourquoi les preneurs de baux ruraux, commerciaux ou d'habitation n'assument pas les charges de conservation du bien loué, seulement le petit entretien. Ils ont en outre droit aux remboursements de certaines dépenses qualifiées d'améliorations[29].

Le curseur se déplace quand le locataire a droit aux fruits civils. Plus son emprise sur le bien est grande, plus il assume les risques de perte de la chose et les réparations, moins il a droit à des indemnités d'amélioration. Le preneur d'un bail à effet réel doit généralement les réparations de toute nature sans être néanmoins obligé de reconstruire les bâtiments détruits par force majeure ou par un vice qui n'est pas imputable à son exploitation du bien[30]. La force majeure et le vice de la chose restent des risques de la propriété[31].

Revenus induits – Les revenus de l'activité du simple détenteur au moyen de la chose mise à sa disposition lui reviennent et ne sont pas considérés comme des fruits selon le droit des biens. À rebours, les fruits civils s'acquièrent par accession, ce qui signifie simplement que le système du Code les traite comme des accessoires de la chose frugifère. Autrement dit, mais c'est un préalable, pour qu'il y ait des fruits, il faut une chose corporelle ou incorporelle, exploitée. Dire que les revenus, honoraires, salaires, bénéfices s'acquièrent par accession au profit de l'exploitant n'a aucun sens technique si ces revenus sont induits par une activité et non une chose. C'est pourquoi, pour qu'une activité produise des fruits civils, il faut la réifier, *i.e.* la penser comme un bien appropriable et approprié. Ce sera le cas du fonds de commerce, dont l'exploitation en tant que bien et non activité, permettra à son propriétaire de le louer à un locataire gérant pour en retirer des accessoires.

---

27 J.-L. Bergel *et alii,* 2019, *op. cit.* n° 279.

28 F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, PUF, 3e éd., 2008, n° 245 ; Terré et Simler, Les biens, Dalloz, 10e éd., 2018, n° 836 ; des auteurs belges le regrettaient aussi jusqu'à la récente réforme du droit du Code civil belge, P. Lecocq et V. Sagaert, webinaire *La réforme du droit des biens belge*, B. Mallet-Bricout (dir.), Université Lyon 3, 11 janvier 2021.

29 Fermage, C. rur. Art. L411-69. Bail commercial, C. com., art. L145-6. Bail d'habitation, Loi du 6 juill. 1989, art. 7.

30 Avec des nuances, v. Bail emphytéotique (C. rur, art. L451-8), bail à construction (CCH, art. L251-4), bail à réhabilitation (CCH, art. L252-1), bail réel immobilier (CCH, art. L254-1), bail réel solidaire (CCH, art. L255-7).

31 Et non de l'usufruit, c'est aussi ce qui justifie que le consentement du propriétaire soit nécessaire lorsque l'usufruitier conclut un bail de longue durée (CC, art. 595).

Guest 4 étoiles – La question de la sous-location faisait déjà couler l'encre des commentateurs de l'arrêt Synd. Vollot v. Chaussergues du Bord[32], elle continue d'attirer l'attention des hôte(lier)s sur Airbnb. La Cour de Paris en 2018[33], et la Cour de cassation en 2019[34] ont vu dans les « sous-loyers perçus par le preneur (…) des fruits civils qui appartiennent par accession au propriétaire ». Il n'y a aucun doute sur les mobiles politiques de ces décisions : frapper au portefeuille les profiteurs semi-professionnels du système de plateforme de location de chambres et d'appartements, pour remettre de l'ordre dans l'anarchie hôtelière engendrée par Airbnb. Il ne s'agit pas de priver les propriétaires d'un complément de retraite, mais les locataires regardés comme spéculateurs, du bénéfice de leur spéculation. Cette série de décisions est censée produire un double effet dissuasif : directement, rendre impossible ou illusoire le financement du coût de la location par la sous-location ; indirectement, rétablir une concurrence loyale dans le marché de l'hôtellerie touristique. Mais passons les ambitions politiques de ces arrêts qui recherchent aussi un effet technique : en appliquant les règles du droit des biens, et non le droit de la location, la Cour de cassation évite l'épineuse détermination de l'étendue du dommage contractuel, et passe par-dessus le jeu des prescriptions extinctives en matière de restitution, apparemment plus contrariantes pour le bailleur, que pour le propriétaire[35]. Mais ce qui frappe surtout, c'est le fondement de cette position : en droit des obligations, les loyers de la location de la chose d'autrui appartiennent au bailleur, non pas au propriétaire. En droit des biens, les loyers de la location de la chose d'autrui appartiennent non pas au bailleur, mais au propriétaire, car effectivement, le possesseur mais seulement s'il est de mauvaise foi, qui conclut un bail de la chose possédée, doit restituer la *jouissance* à savoir les fruits civils, *i.e.* les loyers perçus. Pour autant, d'une part, le locataire/détenteur qui viole le contrat de location en sous-louant le bien[36] et tire un revenu – prohibé – de son activité locative, n'est pas un possesseur ; et d'autre part, il y a tout de même une circonstance discriminante entre les deux situations : dans le cas du bail de la chose d'autrui par un possesseur de mauvaise foi, le propriétaire ne recueille aucun revenu avant la restitution des fruits civils. Dans le cas de la sous-location, le propriétaire-bailleur recueille déjà les loyers de la location (pour lui, fruits civils) ; en qualifiant également de fruits civils,

32 Cass. req., 6 mars 1861, Synd. Vollot v. Chaussergues du Bord, *DP* 1861.1.417, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Sirey, tome 2, Dalloz, 13e éd., 2015, n° 271.

33 Paris, 5 juin 2018, n° 16/10684, *AJDI* 2018 p. 864, note De la Vaissière.

34 Cass. 3e civ., 12 sept. 2019, n° 18-20727.

35 La confrontation des vieux textes du livre II et de ceux rajeunis du nouveau titre IV du livre III du Code civil montre l'étendue des difficultés : CC, art. 1352-3, 1352-7 et 2224 (Restitutions des fruits par le détenteur ou possesseur contractuel) vs CC, art. 549 et 2227 (Restitutions des fruits en cas de mauvaise foi du possesseur). L'imprescriptible propriété (des fruits) donnerait-elle droit de poursuivre le locataire dans sa tombe, ou serait-elle une illusion en l'absence de théorie de la subrogation réelle et d'une pratique du traçage ? La restitution des fruits civils produits par la sous location est-elle soumise au droit des créances et de leurs prescriptions extinctives, ou au droit des biens et de ses prescriptions acquisitives ? Il est vrai que la disparition de l'ancienne prescription acquisitive trentenaire en matière de meubles, et son remplacement par rien, ajoute à l'obscurité.

36 L'interdiction est de principe pour le bail d'habitation soumis à la loi du 6 juill. 1989, art. 8.

les loyers de la sous-location, la Cour de cassation lui donne droit non pas à une extension de loyers, mais à un dédoublement de ses revenus. Et à rebours, que penser lorsque la sous-location est autorisée, faut-il analyser cette permission donnée par le bailleur comme un abandon des fruits civils, voire la taxer comme une libéralité ? Quoi que l'on pense de l'opportunité politique de cette décision, elle ajoute à la porosité du droit des biens et du droit des obligations : elle utilise les mécanismes indemnitaires du premier pour pallier l'absence d'indemnités punitives prévues par le second[37]. Les commentateurs des décisions en ont bien souligné les difficultés d'interprétation, mais cette position de la Cour de cassation n'a pourtant rien d'exotique ou d'absurde d'un point de vue historique. Elle exploite une virtualité de l'arrêt Synd. Vollot v. Chaussergues du Bord de 1861, qui jusque-là paraissait en sommeil et à laquelle je ne saurais promettre quelque avenir ; je voudrais tout de même revenir sur son passé.

Fiducie par interprétation ? – Rien n'est simple parce que le système du Code n'est pas apparu tout neuf. Sa langue est celle du XVIIIe siècle ; elle charrie des héritages prérévolutionnaires mêlés à des tropismes révolutionnaires. Pothier ne nous donne pas toutes les clés, et encore moins dans le traité du louage[38]. La Cour de cassation française aurait pu pousser plus loin la consécration du locataire dans une position de mandataire ou de *constructive trustee* en charge de gérer le bien d'autrui et de reverser les loyers de la sous-location à son mandant ou au bénéficiaire ; mais lorsqu'au milieu du 19e siècle, le droit français fera le choix du modèle obligationnel pour favoriser le développement des activités économiques, les mécanismes de subrogation réelle ou de *tracing* ne seront pas soutenus[39]. La voie choisie a utilisé le rapport aux fruits comme moyen de définir et discriminer les droits réels de jouissance, par opposition au droit personnel de jouissance. Incidemment, un processus de segmentation des objets a opéré, qui a donné naissance aux nouveaux biens que furent le droit au bail et le fonds de commerce, et dans les rapports entre propriétaires et titulaires de droits réels, la jouissance a servi à décrire un domaine sur la chose d'autrui dont la géométrie varie selon les conditions de la déchéance du droit à la possession (du bien et de ses fruits).

Révolution capitaliste – En s'appuyant sur le constat mis en lumière par Thomas Piketty reconstruisant l'évolution de la consistance des patrimoines des Français[40], on parvient à comprendre de quels instruments juridiques les pouvoirs économiques se sont servis au XIXe siècle pour assurer le financement de la transition industrielle : elle s'est faite – évidemment – grâce à une propriété capitaliste libéralisant la négociabilité des titres sociaux d'un côté, mais aussi de l'autre et de manière concomitante, les transitions urbaines ont été financées par des modèles locatifs où la propriété des bâtiments appartenait aux investisseurs[41]. Il s'ensuit que les questions récurrentes posées par les droits des preneurs à bail sous le Second Empire ne peuvent pas être détachées de l'économie de la location en tant qu'instrument au service de l'urbanisation hausmanienne, ce

37 Quelle punition du dol du locataire dans l'exécution de son contrat ?

38 Pothier, *Traité du contrat de louage*, Paris, Debure, 1764.

39 Passionnante contribution sur le sujet de l'auteur du *Traité des obligations en général (7 vol.), v.* R. Demogue, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1901, pp. 236, 295, 346 et s.

40 T. Piketty, *Le capital au 21e siècle^*, Seuil, 2013.

41 J.-L. Halperin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2012, p. 126.

d'autant que se dessinait aussi la nécessité de concevoir une propriété de l'activité commerciale, détachable du sol, qui conduisit à garantir au commerçant la maitrise de la valeur et du financement de son activité.

L'arrêt Syndic Vollot v. Chaussergues du Bord[42] rendu le 6 mars 1861, sonne au XXIe siècle comme un slogan manifestant le triomphe définitif de la thèse personnaliste du droit du preneur à bail, mais sa dimension théorique repose sur des faits qui concentrent un grand nombre de questions relatives aux politiques de développement économique et aux garanties de financement des activités commerciales. Vollot, un commerçant lyonnais, limonadier-restaurateur, s'était engagé à faire construire sur la place Bellecour (anciennement Place Louis le Grand) *un pavillon dont la ville de Lyon lui concédait la jouissance pendant 50 ans, à titre de bail à loyer, moyennant un prix de location de 3000 francs par an. À l'expiration du bail, Vollot ou ses héritiers devaient remettre ce pavillon à la ville, sans indemnité d'amélioration. Il était interdit au locataire de sous-louer sans l'autorisation de la ville*[43]. Pour en financer la construction, Vollot avait nanti son bail à loyer au bénéfice de l'entreprise de Chaussergues du Bord, qui une fois l'ouvrage achevé réclamait paiement, paiement que Vollot en déconfiture ne pouvait honorer. *La grosse de l'acte de bail avait été annexée à l'acte de nantissement, et les deux actes demeurèrent entre les mains du notaire. De plus, cet acte de nantissement fut signifié au préfet du Rhône, représentant de la ville de Lyon, bailleresse, puis publié dans le journal (…) désigné pour la publication des annonces judiciaires, civiles et commerciales.* Les créanciers nantis invoquaient leur sûreté mobilière dans la faillite de Vollot, les autres créanciers en contestaient la validité.

Premier moment – Le litige focalisait d'abord l'attention des juges sur l'acte constitutif et le formalisme du gage de bien incorporel. La Cour d'appel de Lyon qui constatait que Vollot était resté en possession des lieux loués ne pouvait souffrir que le nantissement innommé d'un droit au bail fût regardé comme valable sans que le gagiste ne soit substitué au locataire. *Un tel système blesse les principes évidents en matière de nantissement ; il ne peut y avoir création du privilège résultant du nantissement que par un dessaisissement du débiteur propre à avertir les tiers que la chose objet du nantissement a cessé d'être au nombre des biens faisant le gage commun des créanciers ; autrement la foi publique serait trompée et le crédit privé pourrait reposer sur une base fausse et frauduleuse*[44]. Il est aussi intéressant de relever les arguments à l'appui de cette position que l'on retrouvera sous la plume des défendeurs au pourvoi : *dans le gage des créances ordinaires, la délivrance du titre et la signification de l'acte de nantissement au débiteur de la créance donnée en gage suffisent, sans doute, pour constituer le privilège du créancier gagiste. Mais il n'en saurait être de même dans le nantissement d'un bail à loyer. C'est là un contrat innommé qui ne se comprendrait pas s'il avait simplement pour objet la créance de jouissance résultant du bail, car dans le cas où un locataire voudrait se faire prêter de l'argent, en donnant en gage son bail qu'il présenterait comme une créance contre son propriétaire, on lui répondrait à coup sûr, que le*

42 Cass. req., 6 mars 1861, Synd. Vollot v. Chaussergues du Bord, *DP* 1861.1.417 faisant suite à Cass. civ., 13 avril 1859, *DP* 1859.1.167 ; l'orthographe des noms est erratique, on trouve aussi Vallot et Chaussergue-Dubord ; H. Capitant, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Sirey, 1934, n° 120 [tome 2, Dalloz, 13e éd., 2015, n° 271].

43 *DP* 1859.1.167.

44 *DP* 1859.1.169 col. 1.

véritable créancier c'est le propriétaire et non pas le locataire. Pour que le contrat de bail puisse faire l'objet d'un contrat de nantissement, il faut donc qu'il se rattache à l'exploitation d'un commerce ; cette exploitation ou la fiction commerciale qu'on appelle achalandage, est la seule valeur qui soit en réalité donnée en gage. Le gage n'est dès lors régulièrement constitué que si l'exploitation du fonds de commerce établi dans les lieux loués est livrée au créancier gagiste pour empêcher que le débiteur continuant à servir sa clientèle comme par le passé ne garde une possession qui ne serait qu'une enseigne mensongère destinée à attirer le crédit et à le tromper.

Remarque – Pour éviter tout anachronisme, on notera qu'au moment de cette discussion le concept de *fonds de commerce* ne possède pas un sens technique achevé, détaché d'une affaire commerciale, d'une maison de commerce ou d'un fonds de boutique et se confondant avec matériel et marchandises[45]. Ce sera précisément l'un des effets induits de la controverse que d'en faire émerger la complète technicité[46]. Par ailleurs, les termes *nantissement* et *gage* sont employés de manière quasi-interchangeable, puisqu'est sur le point de se former la spécificité du gage sur les droits incorporels appelés finalement *nantissement*. En 1861, la controverse est encore située sur le terrain de la dépossession du droit au bail, elle se généralisera dans les années suivantes à la question du nantissement de fonds de commerce. Mais d'un point de vue sociologique, la possibilité pour les commerçants de financer leur activité au moyen de leur titre de locataire est le prélude à l'apparition du fonds de commerce comme universalité de biens et de crédit, laquelle sera consacrée par la jurisprudence dans les années 1880. La Cour de cassation posera dans un arrêt fondamental du 13 mars 1888[47] le principe de la validité de la constitution du nantissement sur le fonds de commerce. Il sera défini comme universalité de meubles comprenant *a minima* achalandage, clientèle et droit au bail ; lui seront appliqués les principes généraux du gage, tout en considérant que le gage de meuble incorporel ne puisse valoir *erga omnes* qu'à la double condition que soit signifié l'acte de nantissement au débiteur du droit au bail engagé, et que le constituant du gage ait remis au créancier gagiste le titre établissant son droit sur la chose engagée[48].

Cour de cassation (I) – Mais déjà en 1859 dans Synd. Vollot v. Chaussergues du Bord, en cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon, la Cour de cassation admettait le principe de la validité du nantissement de bail à loyer *comme tout autre droit incorporel*, pourvu que ce nantissement fût constaté et signifié selon les formes prescrites aux articles 2074 et 2075 du C. Nap. ; elle donnait ainsi effet sur ce point au privilège des créanciers nantis par Vollot.

---

45 C'est seulement en frappant d'une taxe les mutations de clientèle qu'une loi fiscale du 28 février 1872 assignera au fonds de commerce le sens technique de meuble incorporel, v. G. Cendrier, *Le fonds de commerce, Traité général théorique et pratique avec formulaire*, 1930.

46 Sur la jurisprudence des années 1860-1890, v. J.-B. Magnier, O. Pruvost, *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce*, 1895 ; E. Nantet, *Des fonds de commerce, leur mise en gage, leur vente*, thèse 1899.

47 *DP* 1888, 1, 351.

48 L. Renault, Ch. Lyon-Caen, *Traité de droit commercial*, tome 3, Larose, 2e éd., 1891, n° 285, p. 216.

Deuxième moment – Devant la Cour de renvoi[49], les autres créanciers donnaient à l'affaire un tour différent, ce pourquoi elle est encore connue et citée de nos jours : ils prétendaient que le droit au bail que Vollot tenait de la ville n'était pas une simple créance, mais un droit réel immobilier ; ils soutenaient d'abord que son droit devait être qualifié d'emphytéose, ensuite que s'il n'en était une, ce serait une superficie, mais enfin, que cela importait peu puisque *en thèse générale*, le bail simple régi par les articles 1709 et 1743 du C. Nap. conférait en toutes hypothèses au preneur, un droit réel immobilier par nature insusceptible de nantissement ou de gage mobilier.

Le droit réel du preneur – Plus en détails, 1°/ l'analyse du contrat fait dire aux créanciers non privilégiés que la contrepartie de la jouissance de Vollot consiste surtout dans des constructions à faire, et puisque la ville ne s'engageait personnellement pas à faire jouir son preneur, Vollot pouvait jouir comme il l'entendait, étant du reste chargé des grosses réparations, il assumait tous les risques. (…) *Il y a donc une concession temporaire de la jouissance ; il y a démembrement de la propriété. L'emphytéose qui autrefois était employée pour l'amélioration des terres a suivi le progrès du temps ; sous le nom de concession, elle permet d'exécuter les grands travaux publics, elle vient en aide aux crédits publics et privés. Dans cette mesure la clause interdisant la sous location n'est qu'une diminution des avantages du preneur qui ne change en rien la nature de son droit*[50].

2°/ Vollot ayant construit sur le bien d'autrui avec la permission de son bailleur, il disposait d'un droit de superficie lui conférant la propriété des constructions, ou *a minima*, une jouissance pendant 50 ans, et *cette jouissance constituerait un démembrement de propriété*. Mais la Cour de Grenoble n'est pas convaincue : elle ne voit dans le contrat conclu avec la ville qu'un bail à loyer. Point d'emphytéose, ni superficie, ni démembrement de la jouissance.

Démembrement – Chahutée en France[51], abandonnée en Italie depuis la fin du 19e siècle mais promulguée au Québec (1991) et en Belgique (2020), la théorie du démembrement a une histoire qui dure et une géographie variable. Le concept de démembrement a pourtant été introduit récemment dans le Code civil français[52], et une proposition doctrinale de réforme du Livre II lui consacre un titre entier[53]. En arrière-plan, cette théorie pose une question politique majeure, à savoir celle du *numerus clausus* des droits réels, et de leur libre création. L'actualité des droits réels lui est presque entièrement réservée depuis l'arrêt Maison de la poésie de 2012[54], et l'utilisation du concept de *jouissance* spéciale promu par les

49 Grenoble, 4 janv. 1860, *DP* 1860.2.190.

50 *DP* 60.2.191, col. 1.

51 F. Zenati, *Essai sur la nature juridique du droit de propriété*, Thèse Lyon 3, 1981 ; F. Vern, *Les objets juridiques*, Dalloz, 2020 ; M. Fabre, *L'usufruit atypique, Étude critique de la notion de démembrement de propriété*, LGDJ, 2020.

52 Pour la première fois en 2009, *in* Code civil, art. 815-5-1.

53 H. Périnet-Marquet et J.-L. Bergel (dir.), *Proposition de réforme du livre II du code civil relatif aux biens*, Ass. Henri Capitant, 2009.

54 [2012] Le 31 octobre 2012 (n°11-16304), la Cour de cassation a expressément consacré la possibilité pour le propriétaire de « consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ». Une fondation propriétaire d'un immeuble entier s'était réservée, dans l'acte de vente de son bien conclu en 1932, la jouissance d'une partie substantielle de l'immeuble, pour toute la durée de son existence. L'acquéreur s'engageait à supporter et à transmettre

proto-législateurs, excite la curiosité des commentateurs[55]. D'une certaine manière, tant que l'on peut fractionner le modèle absolutiste, tout est permis pourvu que l'on ne contrarie pas l'ordre public des types spéciaux. La voie est étroite mais la liberté existe pour concevoir des modes réels d'exploitation des toits, des murs, des jardins dissociés de la propriété de l'immeuble. En revanche, cette théorie du démembrement, caricaturée par le fractionnement latinophile des prérogatives de la propriété absolue, pleine et entière (*usus*, *fructus*, *abusus*) condamne l'idée que l'on puisse concevoir librement autre chose que des diminutifs de la

(perpétuellement) la charge de ne pas jouir de la partie réservée à l'usage de la fondation « Maison de la poésie », la perpétuité du droit réel valant pour l'éternité d'une personne morale. [2015] Un syndicat de copropriétaires avait accordé en 1981 à ERDF un droit réel d'usage exclusif d'un local (partie commune) situé au sein d'un immeuble, sans que ne soit évoquée dans l'acte la durée de cette jouissance. L'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2015 (n° 14-10013) impose la limite de trente ans au droit de jouissance spéciale constitué au profit de ERDF. Plus de perpétuité, en l'absence de terme fixé par l'acte constitutif, le régime des articles 619 et 625 s'applique. [2016] Dans un deuxième arrêt Maison de la poésie du 8 septembre 2016 (n° 14-26953), la Cour de cassation semble avoir abandonné la référence à l'archétype de l'usufruit, en relevant que « les parties avaient entendu instituer, par l'acte de vente des 7 avril et 30 juin 1932, un droit réel distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le code civil ». [2018] Dans une décision du 7 juin 2018 (n° 17-17240), la Cour de cassation admet que le droit de jouir d'une piscine construite dans l'enceinte d'une copropriété régie par la loi de 1965, est un droit réel perpétuel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot ; c'est un droit réel *sui generis* trouvant sa source dans le règlement de copropriété. Spécial veut dire alors finalisé *i.e.* affecté à un usage particulier et non à un usage indéterminé comme l'usufruit. [2019] Deux bâtiments situés sur deux parcelles distinctes sont imbriqués l'un dans l'autre. La partie du dessous supporte la présence d'une pièce construite en surplomb. Le propriétaire d'origine vend la partie du bas, et l'acte stipule que le bas supportera la charge réelle qualifiée de servitude mais sans division volumétrique, ni copropriété de sorte que le propriétaire du bas est propriétaire d'un bien auquel il n'a pas accès. Le litige survient entre acquéreurs successifs en nullité de la servitude, laquelle est admise par un arrêt du 6 juin 2019 (n° 18-14547 et 18-15386). [2020] Un arrêt du 22 octobre 2020 (n° 19-21732) abonde dans l'idée que le droit de jouissance spéciale puisse être acquis par usucapion : il s'agissait du droit de fixer une enseigne sur les arcades d'un immeuble soumis au régime de la copropriété. De ce point de vue, le droit d'habitation est lui aussi un droit de jouissance spéciale, et il est regardé comme « diminutif » de l'usufruit. Que veut dire alors diminutif ? Un droit de jouissance spéciale qui ne serait pas temporaire, ne serait pas un diminutif. Mais le droit de jouissance spéciale peut-il être un augmentatif de l'usufruit ? Le régime juridique du droit réel de jouissance spéciale n'est pas simple à déterminer pour des juges qui tâtonnent et un législateur qui s'abstient. Sans prise de risque, la Cour de cassation permet la constitution d'un tel droit de jouissance spéciale dans les limites de l'ordre public. Quel sens cela a-t-il ? Si l'on suit bien le processus d'élaboration prétorien de ce régime qui apparaît par morceaux, la théorie du démembrement reste le point d'ancrage. Et c'est elle qui fixe la limite de l'ordre public. Et donc, impossible de concevoir des augmentatifs qui seraient des propriétés temporaires ou dédoublées.

55 Sur la liberté d'inventer des droits réels : F. Mezzanotte , « Liberté contractuelle » e « droits réels » (a proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese, *Riv. Dir. Civ.* 2013, 857 ; à propos de Cass. 3e civ., 6 juin 2019, n° 18-14547 et 18-15386 : J. Dubarry, « Comment cantonner le domaine des droits réels de jouissance spéciale », *D.* 2019, p. 1689 ; W. Dross, « Droit réel de jouissance spéciale ou servitude : est-il toujours utile de choisir ? », *RTD civ.* 2019, p. 622 ; v. également, P. HOANG, « L'aménagement contractuel d'un droit réel de jouissance spéciale sur les droits sociaux : quelles sont les véritables limites ? », *D.* 2020, p. 663.

propriété privée. Elle ramène donc les droits fonciers d'usage collectifs au rang des servitudes légales typiques, et dès qu'il s'agit d'imaginer des propriétés temporaires ou à éclipse, des propriétés dédoublées, des propriétés obligées, la théorie du fractionnement devient prescriptive et fait obstacle. On peut inventer de nouveaux diminutifs de la propriété, mais on est censé ne pas pouvoir créer librement de nouvelles formes de propriété. Or pourtant, l'histoire révèle que des formes de propriétés nouvelles, de nouveaux biens, de nouveaux modes d'appropriation n'ont pas cessé d'être inventées en dépit du symbole absolutiste, dès lors que le titre crée et garantit l'exclusivité[56] : fonds de commerce et volumes bien sûr mais aussi logiciels, adresses électroniques[57], noms de domaine et identifiants numériques[58], datas et codes d'accès aux datas.

3°/ C'est enfin l'argument théorique qui vient en débat : en *admettant même qu'il n'y eut en faveur de Vollot qu'un simple bail, ce bail donnait naissance à un droit réel, conformément à la doctrine de M. Troplong.* La référence à l'autorité du savant auteur et magistrat est aussi elliptique[59] que la réponse de la Cour de Grenoble est

56 J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ.* 2014, p.763.

57 Cass. com., 29 avril 2014, n° 13-12145, *RDC* 2014, p.639, note J. Huet.

58 Pour en discuter, v. Ph. Gaudrat et F. Sardain, *Traité du droit civil du numérique,* Tome 1er, *Droit des biens*, Larcier, 2015, n° 192 *et sq.* (logiciels), n° 1325 *et sq.* (nom de domaine).

59 Pour aller plus loin, R. T. Troplong, *De l'échange et du louage*, tome II, Hingray, 3e éd., 1859, n° 473 *et sq.* « L'art. 1743 est peut-être le plus grave et le plus fécond de toute la matière du louage. C'est lui qui a transformé le caractère de ce contrat ; c'est lui qui a fait passer le droit du preneur de la classe des droits relatifs (*jus ad rem*) à la catégorie des droits absolus (*jus in re).* L'importance n'en a pas été saisie par tous les commentateurs du Code. Plusieurs se sont même attachés à la rapetisser et à l'étouffer. Je vais m'efforcer de lui rendre son véritable caractère ». Troplong soutenait avec style que la thèse personnaliste était un débris de l'ancienne jurisprudence, ses contemporains répliquaient en égrenant les incohérences substantielles et procédurales de la qualification de droit réel. Il voyait dans l'article 1743 du Code civil l'émergence d'un principe nouveau, rompant avec la tradition romaine, où la nature du droit sur la chose louée se mesurait à la résistance que le preneur pouvait opposer aux ayants cause du bailleur ; et parmi ses détracteurs, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, tome IV, Paris, 4e éd., 1871, § 365, p. 471, note 7, plaidaient que ce qui était « complètement décisif sur la question, [était] la disposition de l'article 1727 aux termes duquel le preneur, recherché par un tiers en délaissement de la chose louée, est tenu d'appeler le bailleur en garantie, il doit, s'il exige, être mis hors de cause. Il est, en effet, évident que si le droit de jouissance résultant du bail était un droit réel, le preneur aurait qualité pour le défendre, sans avoir besoin d'appeler le bailleur en garantie, et ne pourrait pas, d'un autre côté, demander son licenciement de la cause ». Selon eux, l'article 1743 confère certes une remarquable faveur au locataire, mais ne produit aucunement la métamorphose de son droit, si bien que le droit personnel du preneur n'étant qu'une créance de nature simplement mobilière, même lorsqu'il porte sur un immeuble, ne peut « former l'objet d'une action possessoire proprement dite. La détention de la chose louée ne peut donner ouverture, en faveur du preneur, qu'à une action en réintégrande, lorsqu'il en a été dépouillé par voie de fait ». Selon F. Laurent, *Principes de droit civil français*, tome XXV, Bruxelles, Bruylant, 1877, n° 10, p. 19 la conception romaine personnaliste du droit du preneur devait être conservée y compris en Belgique parce que le Code civil n'avait pas entendu l'écarter expressément à rebours de ce que les codificateurs avaient tissé en consacrant le principe du transfert *solo consensu* de la propriété à l'article 1138, et ce contre la tradition romaine. Il précisait ainsi que « la tradition qui est faite de l'héritage au locataire ou au fermier, non seulement ne confère pas la propriété mais ne lui transfère aucun droit dans la chose, pas même la possession ; celle-ci continue d'appartenir au bailleur.

détaillée : *Il n'est pas légal de dire que le droit de location soit aujourd'hui un droit réel, jus in re, puisqu'il n'emporte aucun démembrement des droits de propriété, puisque c'est le bailleur qui reste encore revêtu du droit de possession et même de jouissance proprement dit, le prix retiré étant la représentation de cette jouissance. Si aux termes de l'article 1743, le bail n'est pas comme il l'était anciennement, résolu par la vente du fonds, ce n'est pas que le preneur ait un droit réel en vertu duquel il puisse suivre la chose comme sienne sous le rapport du domaine utile et de la revendiquer, mais c'est parce que le législateur a voulu que l'aliénation ne fût censée consentie que sous l'obligation personnelle d'entretenir le bail ; ce qui donne bien au fermier un droit de rétention sur la jouissance mais non un droit réel sur le fonds.*

Le droit personnel du preneur – Pour combattre l'idée que le locataire a un droit réel de jouissance, la thèse personnaliste utilisée par la Cour de Grenoble explique le rejet de la théorie du démembrement par l'idée que le locataire possédant pour autrui en tant que détenteur, c'est juridiquement le bailleur qui profite de la jouissance du bien en recueillant les fruits civils que sont les loyers. Autrement dit, la « jouissance réelle » est bien ici représentée par le droit aux fruits, alors que la jouissance personnelle que le bailleur s'oblige à procurer, est représentée par la détention/possession pour autrui. Et subtilement en cas d'inexécution de la part du bailleur, le locataire a un droit (réel) de rétention de la jouissance c'est-à-dire des loyers.

La distinction du bail à loyer et de l'emphytéose est aussi précisée : *Il ne suffit pas qu'un bail soit à long terme pour qu'on puisse y voir un bail emphytéotique ; il faut qu'il emprunte tous les caractères de l'emphytéose ; l'emphytéose est un contrat par lequel le maître d'un héritage le donne à l'emphytéote pour en jouir et disposer à perpétuité moyennant une certaine redevance à la charge de le cultiver, de le réparer ou de l'améliorer. Par la nature de ce contrat, il se forme comme un partage des droits de propriété, le maître conservant le domaine direct pour jouir de la rente comme du produit de son propre fonds sans pouvoir néanmoins le recouvrer tant qu'on acquitte les charges imposées, et l'emphytéote acquérant le domaine utile pour le droit de transmettre l'immeuble à ses successeurs, de le vendre, de le donner, en conservant intacts les droits du maître, d'y planter, d'y bâtir et d'y faire tous les changements qui peuvent tendre à une amélioration ; l'emphytéose n'est à proprement parler ni un bail à ferme ou à loyer, ni un contrat de vente, bien qu'il tienne également de l'un et de l'autre ; le bail emphytéotique à long terme est aussi d'usage en France, même depuis le code Napoléon, par le fait seul que ce code ne l'a pas prohibé et qu'il offre les mêmes caractères que l'emphytéose à perpétuité.*

La théorie du démembrement sur laquelle s'appuie la cour d'appel de Grenoble n'est pas celle du fractionnement des prérogatives du propriétaire décrite par Demolombe[60] et parvenue jusqu'à nos jours, mais une résurrection de la distinction du double domaine. Il faut souligner ce qui suit : *Ce qui distingue [le*

Si le bailleur s'oblige à faire jouir le preneur (Art. 1709), il en résulte que le bailleur est un débiteur, et que le preneur est un créancier ». L. Guillouard, *Traité du contrat de louage*, tome 1er, Paris, Pédone, 2e éd. 1887, n° 26 ; G. Baudry-Lacantinerie & A. Wahl, *Traité du louage*, tome 1er, Larose, 1898, n° 684.

60 Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome IX, *Traité de la distinction des biens ; de la propriété ; de l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, Hachette, 2e éd., 1861, n° 472.

bail emphytéotique] notamment du bail à loyer aussi à long terme, c'est 1°/ qu'il doit être considéré comme un démembrement de la propriété, par la séparation du domaine utile d'avec le domaine direct ; c'est 2°/ que cette séparation donne à l'emphytéote le droit de donner, de vendre, de louer l'immeuble engagé et d'y faire tous les changements qui tendent à une amélioration sans que le maître puisse se plaindre ; au contraire, le louage ne comporte point de démembrement de la propriété, (…) et d'ailleurs le bail à loyer passé par Vollot renferme des conditions restrictives de jouissance notamment la défense de sous-location, lesquelles sont tout à fait exclusives de l'emphytéose ; les mêmes motifs démontrent à plus forte raison que l'acte intervenu entre la ville et Vollot n'est pas constitutif d'un droit d'usufruit et par conséquent, il y a lieu de décider que le droit de location à long terme dérivant de cet acte est un droit purement mobilier dont la ville de Lyon est débitrice pendant 50 ans puisque pendant tout ce temps, elle est tenue de maintenir sur la tête de Vollot le droit résultant du bail[61].

Le droit aux revenus – Le problème de la sous-location est, hier comme aujourd'hui, un enjeu majeur, à la fois d'un point de vue technique et politique. Pour sous-louer valablement, le locataire devra en cascade : 1° montrer que la sous-location *stricto sensu* n'est pas empêchée par la loi ou le contrat ; si elle l'est, 2° montrer que le contrat conclu avec le tiers sous-exploitant n'est pas de même nature que le contrat conclu avec le bailleur, mais cela suppose tout de même que la jouissance de la chose louée, réelle ou personnelle, soit disponible ; et si elle ne l'est, 3° montrer que le bien dont il est le preneur, n'est pas l'objet du contrat d'exploitation conclu avec le tiers. Au tournant du XXe siècle, moment où apparaissent les grands magasins racontés par Zola dans *Au bonheur des dames*, le besoin de concevoir des instruments contractuels capables de combiner l'exploitation du sol et de l'activité commerciale conduit à détacher le fonds de commerce « achalandage », bien meuble incorporel, de l'immeuble lui-même. Combiné plus tard au développement des sociétés de capitaux à partir de la loi de 1867, la gérance locative des fonds sera un puissant moyen de pérennisation et de développement des commerces de détail : elle est utile autant aux sociétés de capitaux qui s'implantent, qu'à la retraite des commerçants, sans compter qu'elle permet aux héritiers non commerçants de retirer les profits du fonds exploité par un autre[62].

Cour de cassation (II). Dès 1861, le principe est posé, répété depuis lors, selon lequel, qu'elle soit commerciale ou d'habitation, la location de droit commun ne confère pas au preneur de droit direct sur l'immeuble. *Attendu que le bail n'opère aucun démembrement de la propriété, qui reste entière entre les mains du bailleur, pour qui il n'est qu'un moyen de la rendre productive et d'en recueillir les fruits ; qu'à la différence de l'emphytéote et de l'usufruitier, le preneur n'a pas une possession qui lui soit propre et personnelle ; qu'il possède pour le propriétaire, dont il est, sous ce rapport, le représentant et le mandataire et auquel, seul, sa possession profite*[63].

61 *DP* 1860, 2, 191, 2e col.

62 Avec les discussions sur la nature de la location-gérance, contrat de travail ? v. A. Papp, *La nature juridique du fonds de commerce*, Pedone, 1935.

63 *DP* 1861, 1, 419, 1re col.

Mandataire ? On peut aussi être attentif aux mots utilisés : démembrement, possession, mandat. Le *démembrement* renvoie pêle-mêle dans l'arrêt de 1861 à la théorie du double domaine autant qu'à l'idée confuse d'un fractionnement des prérogatives, mais l'argument véritablement déterminant est que, si le preneur n'a pas de droit réel, c'est parce que sa possession est celle d'un détenteur précaire possédant pour autrui, cet autrui propriétaire dont il est mandataire. On penserait sans doute que cette décision fait un emploi anarchique de concepts incompatibles, mais le milieu du 19e siècle est la période où commencent à se dessiner des théories générales. Il me semble plus intéressant d'y voir autre chose que de la confusion : des concepts en devenir, des virtualités et des hypothèses abandonnées, des instruments juridiques en mutation. Le mandat et le louage (de services) ne seront finalement disjoints que par les effets doctrinaux de l'arrêt du 14 avril 1886[64] ; jusqu'alors les controverses jurisprudentielles et doctrinales[65]

64 *DP* 1886.1.220 ; il y aurait beaucoup à dire sur cette décision phare du 14 avril 1886 affirmant que le mandat est consubstantiel au pouvoir de représentation alors que les faits racontent l'histoire d'un employé de gare poignardé par un délinquant, et dont la veuve cherche à obtenir réparation auprès de son employeur. En assimilant les employés des chemins de fer à des mandataires, plusieurs décisions avaient fondé des solutions favorables à l'indemnisation des employés victimes de passagers ou de quidams sur l'article 2000 du Code civil (*Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable).* Mais la Cour de cassation (déjà 24 janvier 1882, Choulet v. Compagnie PLM) considérait que la responsabilité des compagnies ne pouvait être mise en jeu que si elles avaient commis une faute dûment établie et ayant contribué soit à provoquer, soit à aggraver les blessures reçues par leurs agents (Picard, *Traité des chemins de fer,* tome 3, 1887, p. 511). Sorti de son contexte l'arrêt du 14 avril 1886 est l'acte de naissance de la notion contemporaine de mandat (Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000) ; dans son contexte, il s'inscrit dans une chaîne de décisions qui rendent palpables les tensions politiques considérables relatives à la question ouvrière, au développement de l'industrie, à la responsabilité sans faute des patrons, E. Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, Cotillon, 1886, prélude à l'émergence du contrat de travail et à la législation sur les accidents du travail de 1898.

65 La célèbre controverse oppose les deux continuateurs de Toullier, selon J.-B. Duvergier *in* C. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, XIX, Renouard, 1837, p. 313 : « Le louage d'ouvrage consiste dans l'obligation de faire une chose, moyennant un prix. Il y a cela aussi dans le mandat salarié. Mais celui qui loue son travail, agit en son nom ; les actes qu'il fait émanent de sa volonté et de sa capacité personnelle. Au contraire, le mandataire agit au nom du mandant ; c'est la capacité et la volonté du mandant qui donnent force et effet à ses actes. Voilà ce qui distingue les deux contrats ; et la distinction est, je crois, trop nettement tranchée pour qu'on puisse jamais se méprendre et les confondre. Une chose est faite par une personne pour une autre ; on doute si c'est en exécution d'un louage, ou en vertu d'un mandat. Pour le savoir, il n'y a qu'à se demander si celui par qui la chose a été faite, a agi en son nom, a usé de sa capacité personnelle, ou bien s'il a agi au nom de l'autre et avec le pouvoir que celui-ci lui a conféré. Selon la réponse, on décidera qu'il y a louage d'ouvrage ou mandat. Au surplus, ces deux contrats qui diffèrent ainsi dans leur essence, diffèrent également dans leurs effets. Presque toujours les actes du mandataire obligent le mandant envers les tiers ou les tiers envers le mandant ; c'est même ordinairement dans ce but que le mandat est donné. On ne voit rien de semblable dans le louage d'ouvrage ». Opinion condamnée par R-T. Troplong, *De l'Échange et du louage*, Tome 2, Hingray, 3e éd. 1859, n° 791 et s., p. 225 et s. « Le louage, disons-nous, contient toujours un prix qui est un équivalent du travail fourni. […] Au contraire, le mandat est gratuit ; il ne cesse pas d'être tel lorsqu'un honoraire vient récompenser un office inestimable ; et de même qu'une donation rémunératoire ne laisse pas d'être une donation, de même un mandat avec rémunération reste toujours un mandat. Ceci posé, on aperçoit sur-le-champ la

n'ont pas encore fixé la représentation comme un critère permettant de détacher le mandat du louage, autant d'ouvrage que de chose, et cette proximité des profils théoriques du mandat et de la location ressortira plus tard dans les années 1930, quand sera discutée la nature juridique de la location-gérance de fonds de commerce[66]. En attendant, dans l'arrêt de 1861 du point de vue du droit des biens, le locataire de droit commun est pensé en administrateur du bien d'autrui dont il a la détention/possession pour compte. Cette position intermédiaire contredit l'existence d'un droit réel propre. Il ne jouit pas réellement puisqu'il ne possède pas. Il n'a pas droit aux fruits puisqu'il les doit au bailleur. Mais en contrepartie de son activité d'administrateur, il reçoit un avantage en nature (honoraire ?) puisqu'il peut retirer de la chose louée les utilités dans les limites de sa mission[67] : les récoltes pour le fermier, l'habitation paisible pour qui loue un logement, la valorisation de son activité commerciale pour qui exploite un commerce.

Le droit personnel du locataire – Sa situation diffère de celle d'un titulaire d'un droit réel (usufruitier, emphytéote) pour deux raisons : 1°/ le locataire n'a pas un plein domaine utile à savoir la libre disposition de la jouissance comprise comme droit aux loyers, et donc, il ne peut pas sous-louer (ou sous-exploiter) sans l'accord de son bailleur ; 2°/ le locataire n'assume pas les risques de perte de la chose, c'est au contraire le bailleur qui doit indemniser son locataire en cas de défaut de jouissance, comprise comme droit à la détention de la chose ; 3°/ la cessibilité ou la transmissibilité du droit au bail n'est pas un critère déterminant de sa nature juridique dès lors qu'est admise depuis 1859 la patrimonialité du droit au bail, à la fois propriété mobilière et droit personnel de créance ; le droit au maintien dans les lieux prévu par l'article 1743 du Code civil (puis plus tard le droit au renouvellement posé par le statut des baux commerciaux de 1953) assume une double fonction : 1/ la protection obligationnelle de la propriété commerciale détachée de l'immeuble et de ses risques ; 2/ une assiette automne et mobilière pour le financement de l'activité commerciale. Mais pour l'habitant bourgeois locataire ni commerçant, ni même professionnel, la patrimonialité de son droit au bail n'est que virtuelle[68] : la protection pertinente de ses investissements habitatifs est réglée par le contrat et à défaut, se fait par le droit des impenses. Quant à la valorisation de son droit au maintien dans les lieux auprès d'un financeur, il ne constitue l'assiette d'aucune sureté.

Portée de l'arrêt – L'arrêt Synd. Vollot v. Chaussergues du Bord est un signe de plus donné à la préférence pour les techniques obligationnelles en matière commerciale et au cantonnement des droits réels aux activités immobilières, un mouvement de fond qui dure toujours, qui a commencé avec l'essor du capitalisme

différence qui existe entre le travail promis par le contrat de louage et le travail promis par le mandat. Le premier est de ceux qu'on paye avec de l'argent. Le second est de ceux dont l'argent ne peut pas offrir l'équivalent ; car le mobile qui l'a produit est plus noble et plus haut placé que tout l'or des capitalistes » et au n° 805, p. 239 : « Je crains bien que M. Duvergier, quelle que soit l'habileté de ses déductions, n'ait fait que nous donner la qualification qui convient à sa critique. Je dois la réfuter avec quelque soin, parce qu'elle a trouvé des apologistes dans les judicieux annotateurs de M. Zachariae ».

66 A. Papp, *La nature juridique du fonds de commerce*, Pedone, 1935 ; L. Crémieu, « *De la gérance d'une entreprise commerciale* », *Ann. Dr. Comm.*, 1909, p. 465 ; H. Lalou, « La mise en gérance des fonds de commerce », *DH* 1928, chr. 25.

67 Comparer F. Zenati-Castaing et T. Revet, *op. cit.*, 2008, n° 127.

68 Toutefois, v. CC, art. 1744, 1745 et 1746.

industriel, a promu la théorie personnaliste du patrimoine d'Aubry et Rau, et s'est accompli avec la personnalisation des sociétés civiles. Il a induit des réactions théoriques et pratiques : 1°/ la protection des investissements de construction immobilière sur le fonds d'autrui passera par la dissociation juridique de l'immeuble paralysant l'accession immobilière, à savoir par la propriété superficiaire et les avatars du bail emphytéotique ; 2°/ l'investissement commercial sera séparé de l'investissement de construction immobilière, et garanti par un bien appartenant au locataire à savoir le droit au bail, bientôt compris dans l'universalité du fonds de commerce ; 3°/ les obligations du locataire de l'immeuble seront assumées par des personnes morales, sociétés commerciales librement constituées à partir de 1867 auxquelles les fonds de commerce seront apportés ; 4°/ les obligations du bailleur pourront être assumées par des sociétés civiles également dotées de la personnalité juridique [à partir de 1891[69]] ; et 5°/ les bailleurs pourront être des filiales des locataires, et leurs patrimoines respectifs seront juridiquement étanches. Du point de vue contractuel, se superposent en vue de l'activité commerciale potentiellement trois baux, sans compter les contrats de travail : un bail emphytéotique ou d'amélioration, un bail commercial qui deviendra un bail à loyer spécial[70], et une gérance locative du fonds de commerce.

Le preneur du sol, investisseur de construction, bénéficie d'un droit réel locatif pour interrompre temporairement le mécanisme d'accession immobilière, alors que le preneur d'habitation, le preneur d'un local commercial, et même le fermier rural n'ont qu'un droit personnel contre leur bailleur. Tous bénéficieront néanmoins de protections contre l'éviction[71], tant par la loi de 1948 qui limitera fortement les causes de résolution du bail d'habitation[72], que par le statut des baux commerciaux de 1953 qui protègera la pérennité de son activité par un droit du locataire au renouvellement[73], ou plutôt du point de vue du bailleur, par un droit de péage au non-renouvellement, en fonction de la valeur du fonds de commerce.

Droit au logement – Pour répondre aux défis de la reconstruction après les deux guerres mondiales et la décolonisation, le législateur a utilisé concurremment les modèles obligationnel et propriétaire en réglementant les sociétés de construction attribuant des lots d'appartement aux associés attributaires (1938/1965) et en favorisant la vente d'immeubles collectifs à construire (1967), tout en étendant le spectre des baux à effet réel pour financer la planification de l'expansion urbaine et la création de centres commerciaux en périphérie. Dans les années 1980, les politiques publiques promouvant la constitutionnalisation

69 Req. 23 février 1891, *in* H. Capitant, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Sirey, 1934, n° 67.

70 Sur la situation du fermier, J.-L. Halpérin, 2012, *op. cit.* p.120 ; Code rural, art. L411-1 *et sq*.

71 J. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse, Toulouse, 1952 ; « Souvenir et retour sur le droit réel du locataire », *in Mélanges Boyer*, PU Toulouse, 1996, p. 169 s.

72 Lyons, Rouquet, v° Bail d'habitation ou professionnel – Loi du 1er septembre 1948, *Répertoire de droit civil,* Dalloz, 2014, ; auparavant, dès avant la fin de la première guerre mondiale, la loi du 9 mars 1918.

73 Code de commerce, art. L145-1 et s.

du droit au logement[74] ont utilisé des instruments juridiques qui vont éroder *a minima* le modèle obligationnel ; droit de préemption du locataire d'habitation (1982 puis 1989), location-accession (1984), bail à réhabilitation (1990)[75].

Privatisations – Dans les années 1990, les privatisations massives seront l'occasion de réinterpréter la relation entre rapports fonciers et espace public à travers la thèse d'une reféodalisation des rentes foncières, une interprétation étayée notamment par l'utilisation de concessions pour la mise à disposition des fréquences de télécommunications et l'implantation des structures relais, et de baux à très long terme notamment dans les infrastructures de transport. Et depuis les années 2000, transition numérique et transition énergétique nous invitent à réfléchir sur les instruments juridiques utilisés pour l'aménagement du territoire, le financement de la rénovation des logements[76], autant que sur les conséquences d'une économie consumériste qui standardise les choses, programme leur obsolescence[77] et s'emploie à diffuser en permanence l'idéologie du renouvellement. Pour l'heure, ces transitions ne sont encore que des projets : on en parle plus de manière prospective qu'avec le recul de l'analyse historique, mais déjà la construction d'éoliennes, la production d'électricité solaire, la protection et la conservation des espaces naturels, la mutation des infrastructures de transport, la rénovation du parc immobilier, de même que le financement des réseaux numériques passe par la constitution de rapports réels sur le sol et ses accessoires.

Des garanties – En contrepoint, le modèle économique de l'accès aux nouvelles technologies se bâtit autour de la location[78] : location de smartphones, couplée ou non à des abonnements, location des box de téléphonie, location des batteries des véhicules électriques, location des réseaux de distribution d'énergie, etc... et pour ce qui concerne les biens meubles et les marchandises, la location est présentée comme une alternative commerciale à l'obsolescence technologique. En ce sens, pour aller plus loin, il y aura beaucoup à apprendre de l'observation des nouvelles *garanties de jouissance*, légales ou conventionnelles bénéficiant à l'utilisateur, acheteur ou locataire, consommateur ou professionnel.

74 Le droit au logement promu « droit fondamental » (par les Lois du 22 juin 1982, 6 juillet 1989, 31 mai 1990) obtient en 2000 de la part du Conseil constitutionnel le grade d'« objectif à valeur constitutionnelle » (DC, 7 décembre 2000, à propos de la loi « SRU » du 13 décembre 2000).

75 M. Faure-Abbad, G. Vermelle, v° Bail à réhabilitation, *Répertoire de droit civil,* Dalloz, 2019.

76 B. Mallet-Bricout, « Baux réels et solidarité », *RTD civ.* 2016. 943 ; L. Tranchant, « Bail à réhabilitation, usufruit locatif social, multipropriété », *RDI* 2014, p. 276.

77 S. Zolea, « Verso un diritto dell'obsolescenza programmata: ipotesi legislative, novità giurisprudenziali e spunti comparativi », *Giustizia Civile*, n° 1/2021.

78 Déjà au 20e siècle, J. Cayron, *La location de biens meubles*, PUAM, 1999.