



HAL
open science

“ Vers une “ réification ” de l’engagement : l’obligation entre propriété et capital ”

Frédéric Charlin

► To cite this version:

Frédéric Charlin. “ Vers une “ réification ” de l’engagement : l’obligation entre propriété et capital ”. Devoirs, promesses et obligations, Yves Mausen, Pascal Pichonnaz, Jun 2016, Fribourg (Suisse), France. p. 271-290. hal-04799344

HAL Id: hal-04799344

<https://hal.science/hal-04799344v1>

Submitted on 22 Nov 2024

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.

Vers une « réification » de l'engagement : l'obligation entre propriété et capital

Frédéric CHARLIN

Maître de conférences en histoire du droit à l'Université Grenoble Alpes
Membre du CESICE, chercheur associé au CREDIMI, chercheur associé au GREHDIOM

En droit français, la propriété des biens corporels est considérée comme la seule forme de authentique propriété, conforme à l'opposition traditionnelle droits réels-droits personnels dans la culture juridique romano-germanique. À Rome, les jurisconsultes et magistrats avaient l'habitude de distinguer les choses des personnes et de classer les actions en justice selon qu'elles revendiquaient un droit direct sur une chose (droit réel, au sens de *res, rem, rei*), tel le droit de propriété ou l'usufruit, ou un droit personnel (droit de créance, contre une personne). Cette division des actions procédurales est antérieure à la loi des XII Tables et remonte sans doute au temps de la fondation de Rome. Cette classification rigoureuse puise son origine dans une vision éminemment réaliste, conservatrice du monde et de l'homme. Obtenir le paiement d'une somme de la part de son débiteur implique fondamentalement sa bonne volonté, sa solvabilité, en dernier lieu son honorabilité. Être créancier de cette somme n'équivaut donc nullement à en être déjà propriétaire, le devenir de la créance reposant essentiellement sur la capacité du débiteur à honorer sa parole. Or, la dématérialisation croissante des échanges économiques pousse les juristes actuels à rapprocher de plus en plus les notions d'obligation et de propriété. Telle qu'elle est encore définie dans les amphithéâtres des facultés de droit, *l'obligation repose sur un lien de droit d'origine volontaire ou légale entre deux personnes*, le débiteur donnant sa parole au créancier. Cette vision traditionnelle est en grande partie héritée des droits savants médiévaux, inspirés du droit romain classique distinguant les créances et les biens (*res*). Le créancier dispose d'une action *ad personam*, alors que le propriétaire exerce l'action *ad rem* pour récupérer son bien. Le *sacramentum*, qui constituait selon Gaius l'action de droit commun, la plus ancienne des actions de la loi imprégnées de formalisme et de rituel, se subdivisait en deux sous-actions, le *sacramentum in rem* (pour la revendication ou la restitution d'une chose) et le *sacramentum in personam* (en vue du paiement d'une somme d'argent par une personne débitrice du demandeur). Il est donc sociologiquement difficile de considérer les créances et les dettes indépendamment du rôle et de la participation des personnes à l'action. Techniquement, la créance n'est pas un bien même si l'obligation a un rapport étroit aux biens, d'où le mécanisme de l'exécution forcée entraînant la saisie et la vente d'une chose corporelle. S'agissant des incorporels, cette catégorie de biens d'origine grecque, moins juridique que philosophique¹, englobe la créance, sous la plume de Cicéron et plus tard de Gaius qui la mentionne parmi les *res incorporales*². Les *res* ne correspondent pas précisément aux « choses » ou biens matériels du droit civil moderne, mais à tout ce qui revêt un intérêt dans la société romaine³.

Ontologiquement, une créance ne vaut ainsi que par la capacité du débiteur à honorer sa parole, tributaire de la valeur des biens qu'il possède. La valeur des créances du débiteur est elle-même suspendue à la capacité de ses propres débiteurs. De nos jours, le marché mondialisé des banques et des assurances est parvenu, dans une phase de surproduction de

¹ M. VILLEY, *Le droit romain*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1987, p. 71-72, considérant que la distinction des corporels et des incorporels relève avant tout de l'épistémologie.

² CICÉRON, *Topiques*, 26-27 ; GAIUS, *Institutes*, II, 12-14 ; JUSTINIEN, *Institutes*, 2.2.pr.

³ Pour certains romanistes italiens, les *res incorporales* étaient autant d'objets de propriété que les *res corporales* (BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. 2, 1968, p. 206-207 ; CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei « jura praediorum » nell'eta repubblicana*, I, Milan, 1969, *passim*). Cette distinction exprimait aussi la différence entre le pouvoir et son objet.

créances, à constituer des fonds monétaires « dynamiques »⁴. Les créances peuvent être générées à outrance, (sur)évaluées, assurées, vendues, apportées en société ou encore « titrisées », leur démultiplication permettant de lever des fonds par l'emprunt et l'investissement. Ces créances, parfois dites « pourries » dans le cadre de crises systémiques⁵, échappent en réalité à la personne du débiteur pour mieux circuler et voir leur valeur fluctuer au gré du marché économique et de la Bourse, avant de devenir l'objet même des « produits dérivés » qui ont mené à la crise bancaire et financière de 2007-2008⁶. La distinction classique entre droits personnels et droits réels recoupant la *summa divisio* obligation-propriété⁷ serait donc en cours d'abandon, comme certains le pensent⁸ ou le souhaitent⁹, alors qu'elle reste omniprésente dans l'esprit et la conscience des civilistes, universitaires ou praticiens. Les catégories fondamentales du droit civil relèvent d'équilibres historiques profonds et ne peuvent être maniées qu'avec prudence. Or, l'influence de l'économie sur le droit est perceptible dans la tendance à considérer ces catégories comme de pures abstractions, coupées de leurs racines historiques, politiques et philosophiques. L'étude de l'histoire économique et financière montre un lien étroit entre le développement du capitalisme moderne et ce rapprochement des créances et des biens. Actuellement, dans les économies libérales, une jonction apparaît entre une requalification doctrinale des créances comme biens et les techniques financières conduisant à réifier ces créances comme de simples instruments comptables. Aussi l'abandon de la distinction pluriséculaire entre obligation et propriété marquerait-il la disparition du lien rattachant l'obligation à la personne du débiteur. Un retour aux sources de la définition classique de l'obligation comme lien de droit personnel nous invite à problématiser ces velléités de redéfinition induites par les pratiques juridiques et financières modernes. La circulation des effets de commerce, billets au porteur et lettres de change endossables, l'escompte, le prêt à intérêt et la cession de créance seraient *a priori*

⁴ Les fonds monétaires dynamiques sont les OPCVM investis sur des produits monétaires, dont l'objectif est de « surperformer » l'indice de référence. La surperformance attendue d'un fonds monétaire dynamique par rapport à un fonds monétaire classique est obtenue par l'investissement dans d'autres actifs financiers. Cette classification des fonds n'existe d'ailleurs plus depuis 2011.

⁵ Le terme s'est répandu après la crise des *subprime* aux États-Unis. Le *prime lending rate* est le taux d'intérêt accordé aux emprunteurs jugés les plus fiables, à l'avantage du prêteur dont le risque est minime pour un rendement faible. Un crédit hypothécaire *subprime* est accordé à des emprunteurs moins fiables, dont il est exigé un taux plus élevé ; le risque est plus fort pour le prêteur mais son rendement plus intéressant. Plus risquée mais de meilleur rendement est la catégorie *junk* (« pourrie »). En 2006, les prêts *subprime* représentaient aux États-Unis 23% du total des prêts immobiliers souscrits. Dès le début de la crise en 2007, près de trois millions de foyers américains étaient en situation de défaut de paiement. En France le marché du *subprime* s'est peu développé.

⁶ Il a suffi que des emprunteurs d'abord attirés par la conjonction de la hausse de l'immobilier et la modicité des taux d'intérêt (2003-2004) ne puissent plus, après la hausse brutale de ces derniers (dès 2006), rembourser pour qu'enfin (en 2007), leurs biens ne trouvant plus acquéreur, la situation provoque le gigantesque krach financier de 2008 dont les effets (tendance à la baisse des prix immobiliers dans beaucoup de villes, généralement à l'exception des capitales) sont encore présents.

⁷ Cicéron est l'un des premiers à formuler la distinction : *multum enim differt in arcane positum sit argentum an in tabulis debeat* (« il y a une grande différence, entre, dans les comptes, l'argent et les créances ») (*Topiques*, 16). L'obligation se distingue de la propriété, dans la mesure où le créancier dispose, pour être payé, d'une action *ad personam*, tandis que pour récupérer son bien le propriétaire peut agir *ad rem*.

⁸ T. LAKSSIMI, *La summa divisio des droits réels et des droits personnels*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2016. Comme l'indique la préface, une grande partie de l'ouvrage est consacrée à la « déconstruction » de la distinction droits réels-droits personnels. L'auteur, qui s'attache avant tout au droit positif, part de l'idée que la différence de régime entre les deux droits, pourtant toujours enseignée, n'est pas aussi tranchée. Il conteste la « surpuissance » du droit réel comparé au droit personnel, toute violation d'un droit, réel ou personnel, pouvant entraîner des réactions juridiques similaires.

⁹ L'avant-projet de réforme du droit des biens en 2008 proposant de reconnaître la propriété sur les créances avait été préparé par un groupe de travail constitué par l'Association Capitant. Le Code civil ne reconnaît toujours pas les obligations comme des droits réels, malgré le projet qui poussait dans ce sens par la proposition d'un nouvel article 520 du Code civil disposant que « sont des biens [...] les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels ».

privés de leur efficacité par la distinction entre obligation et propriété, qu'il faudrait dès lors assouplir¹⁰ dans le même temps qu'est reconnue la cession de dettes¹¹.

En considérant un « ordre naturel » des choses, un bien meuble ou immeuble a toujours une existence objective et il ne semble pas avoir vocation à englober l'obligation, qui relève du contrat et est tributaire du rôle de la personne. Au demeurant, d'un point de vue pratique, une approche objective et comptable des créances apparaît plutôt conforme aux besoins d'une économie financiarisée fondée sur le principe de libre circulation des biens, des services, des hommes et des capitaux. Sur les marchés financiers, les obligations devraient *a priori* suivre le régime des actions comme autant de titres de propriété¹². Les romanistes médiévaux, glossateurs et postglossateurs, parfois au prix d'une déformation relative du droit antique, s'intéressaient à la propriété comme un droit ou un pouvoir exercé exclusivement sur les choses matérielles, alors que le *droit de propriété* était plutôt pensé en tant que tel comme un incorporel. L'obligation restait, dans cette vision personnelle, l'instrument de la puissance des hommes sur la réalité matérielle. Dès le XII^e siècle, l'influence de la comptabilité moderne et des techniques financières ont contribué à réifier économiquement la notion d'obligation, sans incidence immédiate sur le droit civil.

C'est à la tradition civiliste romano-canonique que reste attachée la distinction entre créance et propriété, qui revient à considérer, certes dans une vision à dépasser mais sans la rejeter, l'obligation conçue comme un lien de droit personnel (§1). Une partie de la doctrine civiliste affirme, dans une argumentation rationalisée qui n'est pas sans rappeler parfois celle des savants médiévaux, la nécessité de « dépersonnaliser » et d'objectiver l'obligation et la créance pour mieux les assimiler aux biens appropriables et librement circulables, au prix de l'abandon d'une distinction enracinée dans l'histoire du droit civil et la conscience profonde des juristes (§2).

§1. Une vision à dépasser : l'obligation comme un lien de droit personnel

La vision classique de l'obligation définie comme un engagement ou un lien de droit personnel a subi l'influence des progrès de la comptabilité privée opérant une réification discrète de l'obligation, sans portée historique immédiate sur les canons du droit civil (A). Au détour de ce regard comptable, la dimension classique et personnelle du droit des obligations apparaît bien comme le fruit de l'interprétation déformée du droit romain par les savants médiévaux croyant fonder sur ce dernier la dimension matérielle des obligations (B).

A. La vision classique de l'obligation altérée dans la comptabilité en partie double

Dans les villes d'Italie du Nord entre les XII^e et XIV^e siècles, la pratique de la comptabilité change profondément, passant d'une comptabilité simple à une comptabilité en partie double

¹⁰ P. Raynaud parle de « barbarisme juridique » à propos de la conception romaine du lien entre l'obligation et la personne, qui aurait vocation à disparaître devant le progrès des idées (*Les successions*, Paris, Sirey, 1983, p. 188).

¹¹ La cession de dette à titre autonome n'existait pas avant la réforme du droit des obligations en 2016. Seuls permettaient de s'en approcher des mécanismes comme la délégation novatoire, sans opérer transfert de la dette : la dette du délégant est éteinte et une nouvelle dette est créée à la charge du délégué. La cession de dette, reconnue par l'ordonnance du 10 février 2016, nécessite l'accord du créancier (art. 1327 et 1327-1 C.c.), alors qu'elle n'a pas pour effet de libérer le débiteur, tenu solidairement avec le nouveau débiteur (G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Hors collection, 2016 (v. art. 1327 à 1328-1)).

¹² L'approche sociologique de Max Weber laissait penser que cette évolution était l'une des conditions de la nouvelle économie, là où l'historien Fernand Braudel réfutait l'idée qu'une innovation comptable puisse avoir une portée juridique aussi vaste.

(*partita doppia*)¹³. Rappelons d'abord que la comptabilité simple reposait sur un compte tenu comme un registre permettant de noter l'appartenance d'un bien à une personne par l'indication de sa valeur. L'ensemble des biens enregistrés formait alors un patrimoine au sens économique. Un bien entrant dans le patrimoine était ajouté dans le compte, dès lors qu'il était approprié ; lorsqu'il sortait il en était soustrait. Plutôt que d'effacer la trace de l'enregistrement en rayant l'inscription, on opérait la soustraction en enregistrant la même valeur une seconde fois afin d'annuler la première, d'où la notion de « passif ». L'obligation, considérée dans un second temps, apparaissait dans une relation de loyauté, celui qui reçoit le premier s'obligeant à donner à celui qui lui a fait confiance, le paiement éteignant l'obligation. Celui qui donne s'en tient donc à l'enregistrement de la sortie du bien par l'inscription à son passif ; celui qui reçoit fait de même à son actif. La comptabilité est dite « simple » tant que l'obligation n'est pas considérée autrement que comme un engagement personnel. Dans un contexte de renaissance des villes et du commerce sur de grands axes, la comptabilité en partie double est porteuse d'une nouvelle approche de l'obligation, traitée à l'actif dans le compte de bilan. Plus tard, cette nouvelle technique ne cessera d'accompagner l'expansion de l'économie capitaliste, au-delà de l'Europe. Cette méthode, qui permet d'inscrire l'obligation dans les mêmes colonnes que les biens en positif et en négatif, postule que la créance, simple parole donnée, a autant de valeur que la chose détenue. Si l'étude des rapports entre le droit et la comptabilité n'a pas toujours suscité l'intérêt des juristes, deux auteurs ont le mérite d'avoir réfléchi à l'influence de la comptabilité en partie double sur le droit des obligations¹⁴.

Dès lors que la personne et le patrimoine sont clairement distingués, la nature de leur relation peut être reconsidérée. La comptabilité donne une image fidèle du patrimoine comme un ensemble de biens appropriés par une personne à la fois créancière et débitrice d'autres personnes. Cette conception réaliste du patrimoine offre une représentation globale des biens et obligations de la personne durant sa vie économique¹⁵. La comptabilité en partie double donne ainsi de la situation financière de la personne une image assez fidèle, qui permet de comprendre le processus de l'engagement au prix d'une distorsion de la réalité. Cette rupture dans la manière de comptabiliser l'activité économique génère une image complète et synthétique de la situation des personnes, comme pleinement actrices du monde marchand. La comptabilisation des obligations revient à fondre tous les comptes d'une même personne pour donner une image fidèle de son patrimoine au sens *juridique* du terme. Au moment de s'engager, le débiteur ne fait pas qu'inscrire à son actif la valeur du bien reçu, il enregistre également à son passif la valeur de la dette. Par le jeu d'une fiction, il fait comme si une valeur sortait de son patrimoine, alors qu'en réalité rien n'en sort, sauf sa parole d'engagement – qui n'a pas vocation à être enregistrée. L'inscription d'une même somme pour un même flux à deux comptes distincts résume en substance la comptabilité moderne. De manière inaperçue, la colonne du passif conduit à réifier l'obligation, pourtant sans incidence immédiate en droit civil, alors que les créances deviennent autant de biens à l'actif. Le fonctionnement du bilan comptable est ainsi animé par un vocabulaire civiliste qui permet de concevoir un lien étroit entre le patrimoine et la personne. L'influence historique de la comptabilité sur le droit civil des obligations soulève des débats relevant autant de la pensée

¹³ La comptabilité en partie double a été codifiée par Luca Pacioli à la fin du XV^e siècle (*Tractatus XI particularis de computibus et scripturis*, traité publié à Venise en 1494). Toutefois, ce système semble avoir été d'un emploi fréquent dans les banques italiennes depuis la fin du XIII^e siècle. D'autres découvertes situent même cette invention dans l'Égypte antique il y a environ 3700 ans : le papyrus Boulaq XVIII, retrouvé en 1860 dans le tombeau de Nefherhotep (XIII^e dynastie) et se trouvant au Musée égyptien du Caire, montrerait ainsi l'utilisation de la technique de comptabilité en partie double.

¹⁴ BOISTEL, *Théorie juridique du compte courant*, Thoirin, 1883 ; SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz, 1969, notam. p. 214, l'auteur traitant les créances comme des « biens au potentiel ».

¹⁵ *Contra*, les propositions théoriques inspirées des doctrines allemandes qui font des personnes les représentants de leur patrimoine (PILON, *Essai d'une théorie de la représentation dans les obligations*, thèse en droit Caen, 1898 ; GOUGET, *Théorie du contrat avec soi-même. Étude de droit comparé*, thèse en droit Caen, 1903).

juridique que de la technique. La vision comptable offre ainsi un angle de dépassement de la définition classique de l'obligation comme lien de droit personnel, elle-même le fruit de l'interprétation rationalisée du droit romain par les savants médiévaux.

B. La distinction entre créance et propriété, sclérosée dans le droit savant médiéval

Dans le contexte de la redécouverte du droit romain, les juristes médiévaux, témoins du féodalisme et des liens de vassalité au sein desquels se logent l'honneur et l'hommage, assimilent aisément la distinction des jurisconsultes antiques. Avec l'École des glossateurs de Bartole, ils parviennent même à un degré d'abstraction plus élevé et divisent les droits eux-mêmes entre les droits réels portant sur la chose (*jus in rem*) et les droits personnels basés sur l'action d'une personne, telle la livraison d'un bien (*jus in personam* ou *jus ad rem*). Dans une telle optique, une créance ne vaut que ce que vaut la parole de celui qui la doit : ainsi est-on soit propriétaire de son bien corporel (*res corporales*) ou titulaire d'un droit réel sur le bien corporel d'autrui (usufruit, emphytéose), soit titulaire d'une créance contre une personne, en vue de se faire remettre une somme d'argent ou un bien corporel.

Au demeurant, dès le XII^e siècle les juristes disposent des éléments leur permettant, en théorie, de considérer les créances comme des biens¹⁶. De manière fictive, la soustraction comptable permet d'ériger la colonne du passif dans laquelle doivent être inscrits les dettes et le capital. Un rapprochement peut s'opérer alors entre cette soustraction, dans les comptes de biens, et la compensation, dans les comptes de tiers, entre les dettes et les créances. La comptabilité en partie double métamorphose ainsi l'image de la personne, de sa propriété et de ses obligations¹⁷ : le créancier et le débiteur « se fondent » en quelque sorte dans le bilan comptable, au même titre que la propriété qui apparaît sous une forme dépersonnalisée¹⁸. Les biens appropriés par la personne se trouvant à l'actif, la correspondance avec le passif identifie en tant qu'attributaire dans la rubrique des fonds propres, après le créancier, le propriétaire lui-même (qui n'a pas de correspondance active). Créancier et propriétaire sont en relation directe avec le patrimoine, le premier pour une quantité, le second pour une quotité¹⁹. Par ailleurs, toute comptabilité en partie double ne correspond pas toujours à un patrimoine et ne renvoie pas forcément à une personne juridique. Le droit romain antique connaissait déjà, à l'intérieur de la *familia* (sorte de patrimoine au sens économique) des sous-ensembles de biens affectés à la gestion des fils de famille et des esclaves. Le pécule y jouait le rôle d'une technique de droit commercial – en amont d'un règlement domestique des comptes – permettant de limiter le gage des tiers ayant contracté par exemple avec un esclave préposé par le maître. Le pécule exigeait de tenir non seulement un inventaire précis de son contenu, mais aussi un compte de ce qui lui était dû. Or, à défaut de capacité juridique, le fils de

¹⁶ D. VIGUIER, « Aux sources de la réification des créances et des dettes : capitalisme et comptabilité en partie double », *Revue de la recherche juridique*, 2014-2, p. 865-877.

¹⁷ Initialement à Rome, la propriété et la capacité à nouer des rapports d'obligation relevaient d'abord du clan, dont le chef (*paterfamilias*) avait la pleine personnalité. Or, le patrimoine pris comme un ensemble de biens renvoyait aux biens de famille. L'étymologie du terme « patrimoine » contient l'idée d'un héritage des ancêtres en vue de sa transmission (A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801 et s.). Pour les jurisconsultes, la dévolution successorale coïncidait avec l'accès à la personnalité juridique : au décès du *paterfamilias*, les *aliene iuris* accédaient à la pleine puissance pour reprendre les dettes et les créances de leur auteur et devenir propriétaires des biens familiaux. Cette succession de générations à la tête de la *familia* donnait un caractère collectif à la personnalité juridique : l'homme jouissait de la personnalité dans l'espace (relativement aux membres vivants de sa famille) et dans le temps (par rapport aux membres passés et à venir de sa lignée).

¹⁸ M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, coll. Fondements de la politique, 2004, p. 264 et s.

¹⁹ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2^e éd. par L. Trotabas, 1924, t. 2, n°181, p. 33, qui concevait les droits des membres de la personne morale sur son patrimoine ni comme des droits de propriété ni comme des droits réels sur la chose d'autrui, mais comme des droits *sui generis*.

famille et l'esclave ne pouvaient en principe contracter des obligations. Le pécule se résumait donc à des comptes dus aux tiers créanciers, desquels se dégageaient des rapports quasi-obligatoires ou les prémisses de l'obligation naturelle²⁰. En résumé, si l'on perd de vue le caractère économique ou représentatif du patrimoine comptable et qu'on le ramène à la personne, il devient difficile de distinguer les comptes internes à la personne et les obligations entre personnes – les comptes d'actif et de passif n'étant pas ceux de personnes physiques capables.

L'évolution du droit romain classique en matière de transmission d'obligations a montré son adaptation au besoin de considérer la créance comme une valeur économique²¹. Plus tard, cette approche réaliste du *ius civile* est renversée dans l'interprétation des savants médiévaux, qui prétendent l'adapter à leur temps. Il est vrai que la société féodale ne connaît, ou du moins ne pratique pas de forme de propriété exclusive comme à Rome, la terre étant généralement soumise au pouvoir de plusieurs personnes. Faute d'être propriétaire au sens du *dominium*, l'individu exerce un simple droit dans la chose. Les titulaires de droits sont alors progressivement qualifiés de « propriétaires », au prix d'une certaine confusion de la propriété et du droit. Ce glissement engendre non seulement la théorie féodale du domaine divisé, mais aussi une nouvelle vision des biens fondée sur le droit individuel subjectif. La propriété n'est plus attachée à la personne et commence à être assimilée à un bien ; parallèlement le concept de *ius* est conçu et se développe comme un pouvoir portant sur des choses matérielles²². La notion de propriété, absente des *res corporales* du droit romain, est intégrée à cette catégorie par les savants médiévaux comme Irnerius, Accurse ou Azon, qui font naître l'idée d'une matérialité ou « corporéité » de l'obligation qui remonterait à Rome. Imprégnée de cette vision matérielle, la conscience des juristes modernes oppose structurellement les personnes aux choses jusqu'à nos jours (d'où la difficulté à penser le statut juridique des esclaves). L'approche matérielle des biens et créances sera considérée au XX^e siècle comme une fausse perception²³, la distinction de Gaius entre choses corporelles et choses incorporelles ne pouvant expliquer la nature matérielle de la propriété. Les *Institutes* montrent seulement l'aptitude des Romains à comprendre la propriété incorporelle, même s'ils n'en avaient pas besoin dans une société essentiellement agricole. Le *dominium* n'était pas un droit au sens romain mais plutôt une puissance attachée à l'individu, qui s'exerçait sur les choses corporelles ou incorporelles. À Rome, un bien ou un intérêt (*res*) était caractérisé par un corps (*corpus*) ou un droit (*ius*) : il désignait une chose matérielle ou un rapport juridique, jamais les deux à la fois. Le *dominium* était théoriquement distinct du *ius* sans en être séparé, jusqu'à l'assimilation intellectuelle plus tardive de la propriété au droit, qui commence à être perçu comme une puissance²⁴.

L'approche rationalisée du droit romain dans les universités médiévales s'éloigne progressivement de la notion de *dominium* pour se concentrer sur les *iura*, les juristes ne voyant plus que des droits sur les choses corporelles. La réflexion théorique sur les biens s'en

²⁰ Ph. DIDIER, *Évolution des notions de liens naturels dans la jurisprudence romaine classique*, thèse en droit Paris, 1967.

²¹ P. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, t. 1, Librairie du Recueil Fournier, 3^e éd., 1928, p. 489.

²² F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, 1999, p. 85-86.

²³ En ce sens, M. VILLEY, « Préface historique », *Archives de philosophie du droit*, t. 24, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 2.

²⁴ En droit romain classique, la notion de *dominium* se définit comme la maîtrise sur une chose qui est reconnue par le droit de la cité. Il s'agit d'une maîtrise absolue, opposable *erga omnes*. Sous l'empire, on assiste à un rapprochement des notions de *ius* et de *dominium*, qui vont même se confondre à propos d'une concession de terre. Un *dominium* est dès lors qualifié de *ius* : la maîtrise individuelle sur une chose fait que la propriété est considérée peu à peu comme un droit, théoriquement absolu (v. A. LAQUERRIERE-LACROIX, *L'évolution du concept romain de propriété à l'époque post-classique*, thèse en histoire du droit, Paris II, 2004).

trouve annihilée au profit d'une approche subjectiviste des droits de l'individu²⁵. Les droits personnels tendant exclusivement à l'appropriation de choses matérielles, ils finissent par capter l'intégralité du potentiel économique des obligations. Au XIV^e siècle, Bartole considère la propriété romaine comme le droit de disposer pleinement d'une chose corporelle sous réserve des limites légales (définition qui rappelle celle de l'article 544 du Code Napoléon)²⁶. Beaucoup de constructions juridiques à Rome relevaient pour ainsi dire de l'incorporel : les obligations, les successions, l'usufruit ou encore la tutelle. « Avec l'interprétation scolastique, cette catégorie [prend] une tout autre nature. [...] l'incorporel [devient] le siège de l'invisible en tant qu'il [est] présent. [...] On ne [peut] par un artifice du droit assurer la visibilité de l'invisible et la tangibilité de l'intangible. »²⁷. Les romanistes de l'époque moderne sont restés, comme la plupart des écoles, attachés à cette vision, jusqu'à la nécessité d'en repenser les fondements pour l'adapter aux impératifs de la libre circulation des obligations dans l'économie libérale.

Au-delà cette dimension purement savante du débat, qui en son temps échappe en grande partie aux praticiens du droit, l'héritage de la vision classique des créances comme liens de droit personnels, en connaissance de cause des qualités et défauts de l'homme comme débiteur, se diffuse à partir du bas Moyen Âge dans les pays de droit écrit et finit par être considéré comme une évidence sous l'Ancien Régime, avant d'être entériné par le Code civil en 1804. L'approche civiliste traditionnelle survit ainsi au rationalisme des Lumières et à la Révolution française, à travers lesquels on pense pourtant reconstruire le subjectivisme juridique à partir du droit romain alors qu'il n'en suit que les interprétations médiévales. La sacralisation de la propriété foncière²⁸ freine alors l'intérêt porté à la question de savoir si certaines choses peuvent être de nature immatérielle. Au cours du premier XIX^e siècle, la doctrine répète que les droits sont réels ou personnels, mais la distinction est à nouveau interrogée à la lecture des auteurs de la seconde moitié du siècle qui la généralisent mais à l'aide de nouvelles prérogatives et de droits *sui generis*²⁹. Apparemment fidèles à la tradition, les juristes appellent les nouveaux biens immatériels « monopoles d'exploitation », « droits de clientèle » ou « droits intellectuels », qualifications suscitant un malaise conceptuel. La doctrine civiliste au XX^e siècle, refusant de classer les attributs de la personne parmi les droits réels, est conduite à forger les notions de droits « extrapatrimoniaux » et, enfin, de « droits de la personnalité », dans l'idée que la personne peut être « titulaire » de certains attributs... La dernière étape d'une longue évolution historique, économique, comptable et juridique pourrait être franchie pour trancher définitivement le débat – mais à quel prix ? –, en faisant sauter la dernière digue séparant l'obligation et la propriété, la créance et les biens.

§2. Une évolution à redouter : l'obligation intégrée au droit de propriété ?

Se poursuivant depuis la seconde moitié du XIX^e siècle, la réflexion critique de la doctrine sur la distinction entre créances et biens s'est muée en une volonté affichée d'assimiler l'obligation à un droit réel de propriété, prolongeant l'argumentation de certaines thèses

²⁵ Les postglossateurs comme Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche rapprochent le *ius in re*, devenu pouvoir sur la chose corporelle, du *ius ad rem* (droit personnel), ce qui annihile la réflexion sur la valeur intrinsèque des *res*, peu avant la Querelle des universaux (M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2013, p. 220-268).

²⁶ BARTOLE, *Digeste*, 41, 2, 17, 1, n°4 ; LE CARON, *Pandectes ou digestes du droit français*, E. Richer, 1637, p. 260.

²⁷ Y. THOMAS, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme*, n°175-176, 2005, p. 121.

²⁸ Citons par exemple Demolombe : « Place au droit réel ! Et que tous les rangs s'ouvrent pour lui faire passage, lorsqu'il s'avance tout puissant et absolu, par sa propre force, sans l'intermédiaire d'aucun débiteur, vers la chose même sur laquelle il porte directement. » (*Cours de Code Napoléon*, t. 9, 4^e éd., Durand-Hachette, 1870, n°473).

²⁹ H. COING, « Signification de la notion de droit subjectif », *Archives de philosophie du droit*, 1964, 1, p. 15-16.

traitant du sujet (A). Le droit civil des obligations actuel, derrière lequel s'efface peu à peu ce qui auparavant permettait de distinguer nettement les créances des biens, apparaît ainsi en cours d'alignement sur les techniques et pratiques financières internationales (B).

A. Les faveurs de la doctrine pour reconnaître la propriété des créances

Inspirés de la doctrine allemande, Aubry et Rau laissaient déjà penser que le support des dettes était le patrimoine en tant qu'universalité distincte de la personne³⁰. Une génération de civilistes a adhéré à cette idée³¹, croyant pouvoir se passer de la personne pour concevoir l'obligation. Cette patrimonialisation de la dette marquait un pas important, franchi au-delà de la distinction classique entre créances et biens. À la fin du XIX^e siècle, Eugène Gaudemet analyse la créance comme un droit réel portant sur le patrimoine du débiteur, déterminé dans son *quantum* (quantité) et non dans son assiette (quotité)³². La manière d'user du terme « bien » dans le Code Napoléon révélerait même parfois sa conception non exclusivement matérielle dans l'esprit des codificateurs³³. Selon Dominique Martin s'interrogeant sur la manière de penser l'obligation par rapport au débiteur, le droit « flotte » sur le patrimoine de ce dernier jusqu'à sa matérialisation finale par le paiement. La dette ne serait dès lors que la propriété du créancier détenue par le débiteur, qui doit la lui rendre une fois réalisée sur son patrimoine³⁴, devenu lui-même une entité autonome ou sujet de droit³⁵.

La distinction entre obligation et propriété a d'autant plus survécu aux critiques doctrinales³⁶ qu'elle est enracinée dans la tradition civiliste et dans la conscience profonde des juristes. Pourtant, elle ne fait plus vraiment consensus depuis des thèses défendues à partir de la fin du XIX^e siècle³⁷. Une critique récurrente portait sur la pertinence de la distinction quant à

³⁰ AUBRY & RAU, *Cours de droit civil français*, 1867-1879, t. 6, § 573, p. 231. Empruntant leur théorie du patrimoine au professeur allemand Zachariae (la première édition s'intitulait *Cours de droit civil : d'après la méthode de Zachariae*), Aubry et Rau affirment, dans le contexte d'hyperinflation allemande suivant la Première Guerre mondiale, que le support des dettes est le patrimoine entendu comme universalité juridique... au moment où les juges allemands tendent à écarter l'application de la règle du remboursement de la somme nominale en s'appuyant sur l'exigence générale de bonne foi (§ 242 du B.G.B.), contre l'iniquité pour les créanciers d'une exécution à la lettre des contrats de prêt d'argent.

³¹ CAZELLES, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse en droit Paris, Rousseau, 1905, p. 357-366 ; JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, thèse en droit Paris, 1902, p. 69-70 ; GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse en droit Dijon, 1910, p. 454-455.

³² E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse en droit Dijon, 1898, p. 30-32. Planiol finalisait la réflexion en affirmant que la propriété elle-même est une créance, tout comme les dettes sont des droits patrimoniaux (*Droit civil*, t. 3, LGDJ, 1905, n°2152, p. 677).

³³ G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, LGDJ, 1956, p. 762, soutenant que dans l'esprit des rédacteurs les biens du Code civil comprendraient les créances.

³⁴ D. MARTIN, « De la revendication des sommes d'argent », *Dalloz*, 19 déc. 2002 (n°44), p. 3279.

³⁵ Cette évolution vers un patrimoine d'affectation (admis en droit allemand et depuis 2010 en droit français à travers l'E.I.R.L.) se fait indépendamment de la personne physique. Le patrimoine offre une réalité juridique, civile et fiscale, mais aussi financière, car étant composé d'actifs (épargne et avoirs) et de passifs (crédits et dettes). La réflexion s'étend aux modes d'acquisition des éléments patrimoniaux. Alors que le patrimoine est considéré sur la base du droit de propriété, le développement de modes de détention alternatifs à la propriété (ou à ses dérivés) ouvre un horizon à l'approche juridique et financière du patrimoine (v. B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2003).

³⁶ SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* (1814), trad. A. Dufour, rééd. PUF, 2006, p. 98 ; BATTIFOL, note sous Civ., 11 janv. 1937, Sirey 1938, 1, p. 379 ; J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.*, 1962, p. 20 ; MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1994, p. 18 et 114.

³⁷ MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse en droit Paris, 1900, éd. A. Pedone ; SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*, thèse en droit Paris, F. Pichon, 1890. On ne peut en citer qu'une partie, en sachant que la plupart des thèses consacrées au droit des obligations dans cette période se faisaient l'écho de la même critique. L'approche des auteurs sollicitait d'ailleurs assez peu la comptabilité.

l'objet véritable du droit, la qualification de droit réel ou de droit personnel n'étant tributaire que de l'entité grevée, une chose ou un patrimoine³⁸. Ce ne serait donc plus (seulement) la personne, mais son patrimoine qui serait devenu débiteur, par une sorte de personnalisation des biens. Globalement, trois thèses se sont affrontées : l'approche personnaliste de Planiol³⁹, la théorie objectiviste de Saleilles⁴⁰ et, plus tard, la thèse dite « réaliste » de Ginossar⁴¹. D'après Planiol, tout droit réel est un droit personnel, car il constitue une « obligation passive universelle » : tout droit est un rapport entre deux personnes (sujet actif et sujet passif). Dans cette vision du droit réel, le sujet passif est représenté par l'ensemble de la société tenu de respecter cette propriété⁴². Le rapport entre une personne et une chose ne relève donc plus du droit mais du fait, comme la possession ou la détention. Le droit réel consiste ici en un rapport juridique entre deux personnes (comme le droit personnel) et non comme un droit direct et immédiat sur une chose sans l'intermédiaire d'autrui. Le droit réel signifierait donc, selon Planiol, un rapport interpersonnel s'exerçant contre un sujet passif. En réalité, cette conception sociale du droit était assez fragile, la notion d'obligation passive universelle restant trop abstraite. La fiction utilisée par Planiol revenait, au demeurant, à confondre la personnalité et l'opposabilité aux tiers... Dans l'approche objectiviste de Saleilles, le droit personnel désigne à la fois un lien entre des personnes et un rapport patrimonial, précisément une valeur transmissible. Le droit réel et le droit personnel s'appliquant à une chose, l'auteur en concluait que tout droit personnel devait être regardé comme un droit réel. Sur le fondement des doctrines germanistes, cette velléité d'abandon de la distinction entre créance et propriété tendait à réifier l'obligation⁴³. Cette thèse a été sévèrement critiquée, car un droit personnel tributaire de la solvabilité du débiteur est difficilement compatible avec l'autonomie d'un droit réel reconnu comme droit absolu. Enfin, la théorie « réaliste » de Ginossar, considérée dans les années 1960 comme un renouvellement de la thèse de Saleilles, prétend que *tout est droit réel* : l'individu titulaire d'un droit de créance en serait aussi le *propriétaire*. Ce droit serait donc opposable à tous et librement cessible. La même personne serait donc titulaire d'un droit de créance et propriétaire de cette créance assimilée à une chose. Cette volonté de reconceptualiser l'obligation et la propriété ouvre les portes à l'« école moderne » du droit des biens : ainsi la propriété n'est-elle plus considérée comme un droit réel, mais comme *un mode d'appartenance de la créance à son titulaire...* ce qui paraît néanmoins compliqué. La propriété ne serait « autre chose que la relation par laquelle une chose appartient à une personne, par laquelle elle est à lui, elle est

³⁸ LESENNE, *La propriété avec ses démembrements*, 1858, n°396, p. 200.

³⁹ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1896, t. I, n°2158. Ce courant, représenté en France, a été précédé par Thon en Allemagne et par Roguin en Suisse. Beaucoup d'auteurs ont suivi Planiol, comme Michas (*op. cit.*), Queru (*Synthèse du droit réel et du droit personnel. Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, thèse en droit, Caen, 1905), Prodan (*Essai d'une théorie générale des droits réels et de créance*, thèse en droit, Paris, 1909), Minei (*Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse en droit, Paris, 1912) et Basque (*De la distinction des droits réels et des obligations*, thèse en droit, Montpellier, 1914).

⁴⁰ SALEILLES, *op. cit.*

⁴¹ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960.

⁴² Georges Ripert concevait la propriété comme un pouvoir d'agir et Léon Duguit plutôt comme créatrice de devoirs.

⁴³ Ce qui fait dire plus tard à Ourliac et Malafosse : « Le droit allemand tend à “dépersonnaliser” l'obligation et à mettre l'accent sur la valeur patrimoniale de la dette (B.G.B., art. 241). Le droit anglais répugne à une théorie générale de l'obligation ; il traite séparément des contrats et des délits, insiste sur l'aspect concret de l'obligation ; pour lui tout rapport obligatoire se traduit par une prestation et il met l'accent sur le caractère matériel de celle-ci. » (*Histoire du droit privé*, t. 1. *Les obligations*, PUF, 1969, p. 13). Dans le *common law*, les droits réels (*real property*) englobent les immeubles alors que les droits personnels (*personal property*) renvoient aux biens meubles : l'esprit économique du droit anglo-saxon semble être mieux adapté (et moins perturbé) par l'idée d'assimiler les obligations à une forme de propriété, ne serait-ce que dans son vocabulaire.

sienne »⁴⁴. Les droits réels sur la chose d'autrui auraient une structure obligationnelle similaire à celles des droits de créance : les droits réels comme les droits personnels tourneraient ainsi autour du créancier (titulaire du droit) et du débiteur (propriétaire de la chose). Opposant le droit absolu de la propriété aux droits relatifs s'exerçant contre les personnes, Ginossar rejette radicalement la pertinence de la distinction obligation-propriété.

En résumé, les premiers travaux civilistes ayant relativisé l'importance théorique de la distinction droits réels-droits personnels ne l'ont pas formellement remise en cause. Mais peu à peu, l'étude interactive du droit, de l'économie et de la comptabilité a engendré un regard nouveau sur la question, révélant l'influence sur le droit d'autres disciplines⁴⁵. Du point de vue économique, le créancier comme le propriétaire sont considérés comme les sujets d'un droit particulier qui ne se distinguent plus que par l'objet de ce dernier, réel ou personnel. Un mouvement doctrinal s'esquisse ainsi après la Seconde Guerre mondiale, défendant une théorie de la propriété des créances. Ses promoteurs se concentrent sur la signification des biens, qui ne peuvent être que corporels ou incorporels et sur lesquels s'exercerait la seule « puissance » de la volonté du propriétaire. Présentée à ce stade, la théorie serait restée indolore si elle avait circonscrit les biens incorporels aux œuvres de l'esprit, comme les droits d'auteur ; or, ses tenants y intègrent les droits de créance comme nouvel objet de propriété. Si l'on fait abstraction de l'honnêteté et de la solvabilité du débiteur, ne compte plus alors que l'étendue de ses actifs évalués à leur seule valeur vénale. La théorie de la propriété des créances développée au sein de la doctrine universitaire a contribué à faire accepter avec le temps l'idée de la « titrisation » des créances, sans que l'on en prenne toute la mesure. La circulation facilitée des créances a fait ainsi émerger des produits financiers « dynamiques » sur la base de cette fiction juridique.

Appelant à nuancer une approche trop systémique, une critique renouvelée s'est greffée sur les thèses précédentes, Frédéric Zénati affirmant en effet qu'il faut tenir la propriété non pour un bien mais d'abord comme une puissance attachée à la personne⁴⁶. À l'appui du droit romain, il s'agirait ici d'asseoir la légitimité de la distinction entre créances et biens sur toute la dimension économique et sociale des relations entre personnes afin de dépasser une lecture comptable trop abstraite. Notre collègue tend à justifier l'utilité de la distinction obligation-propriété en « libéralisant » en quelque sorte sa portée : la puissance pourrait s'exercer sur les biens comme un droit incorporel, alors que le droit réel aurait pour assiette un droit personnel... Mentionnant parfois une « catégorie indifférenciée »⁴⁷ des droits de créance, la réflexion doctrinale renoue ici avec les travaux de Ginossar appelant à reconnaître la propriété des créances⁴⁸. Rémy Libchaber, tout en défendant l'idée de la propriété des créances,

⁴⁴ S. GINOSSAR, *op. cit.*, p. 33. Par la confrontation du *common law* et du droit civil, Ginossar a porté un coup décisif au dogme de la matérialité des biens. En matière de droits patrimoniaux, il n'existerait que des propriétés d'un côté, des créances de l'autre (qui constitueraient des cas de propriété). Le droit de propriété porterait indifféremment sur des éléments corporels ou incorporels. Cependant, le droit réel disparaîtrait à son tour pour se fondre en une obligation passive universelle... L'auteur reclasse ainsi les droits réels sur la chose d'autrui (usufruit, servitude, droit d'usage) dans la catégorie des obligations *propter rem*, le titulaire d'un de ces droits étant considéré comme le bénéficiaire de l'obligation à la charge du propriétaire, ce qui renverse les repères habituels du droit des obligations.

⁴⁵ L'enseignement de l'économie s'est d'ailleurs émancipé des facultés de droit en France au milieu du XX^e siècle.

⁴⁶ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse en droit, Lyon III, 1981 ; « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, avr.-juin 1993, p. 305-323, sp. p. 315. L'auteur approfondit l'idée que l'origine romaine de la « corporéité » serait un contresens historique, hérité des romanistes médiévaux. La distinction de Gaius montrerait l'universalisme de l'objet de la propriété dans le *ius civile* ainsi que l'aptitude des Romains à conceptualiser la propriété incorporelle grâce aux apports de la philosophie.

⁴⁷ R. LIBCHABER, « *L'usufruit des créances existe-t-il ?* », *RTD civ.* 1997, p. 615.

⁴⁸ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281-286.

reconnaît qu'il existe « quelque monstruosité à construire un droit réel sur la base d'un rapport personnel »⁴⁹, ce qui constitue une faille importante dans ce courant doctrinal.

La force du capitalisme moderne a été décuplée par le jeu de la comptabilité en partie double permettant, au contraire de la comptabilité en partie simple, d'inclure les créances et les dettes (et non seulement les encaissements et décaissements) comme si elles étaient des actifs positifs ou négatifs. Cette fiction comptable, doublée d'une fiction juridique, a été prise à la lettre par les défenseurs de l'idée de la propriété des créances. Aubry et Rau avaient ainsi ouvert la voie en définissant le patrimoine non plus au sens profane (comme l'ensemble des actifs mobiliers et immobiliers d'une personne) mais comme un contenant virtuel – ou une enveloppe juridique – de l'intégralité de l'actif et du passif d'une personne. Cette approche juridique abstraite revenait à projeter l'image de la personne dans le domaine des biens. Dès lors pouvait-on reprocher à la distinction droits réels-droits personnels son manque d'exhaustivité : elle ne constituait plus une *summa divisio*, car inadaptée à l'ordre économique actuel dont les composantes ne relèvent parfois ni des droits réels ni des droits personnels, à l'instar des droits intellectuels. Ces derniers ne sont pas des droits réels car leur titulaire n'est investi que d'un droit d'exploitation limité dans le temps : la Cour de cassation affirme depuis plus d'un siècle que le monopole conféré par ces droits est désigné « à tort, soit dans le langage usuel, soit dans le langage juridique, sous le nom de propriété », alors que « loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens meubles et immeubles, ils donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire »⁵⁰. Les droits intellectuels, certes, conservent un lien avec la personnalité de l'auteur, mais, encadrés par des lois spéciales, ce ne sont pas des droits personnels dès lors qu'ils sont opposables à tous. D'autres catégories de droits peuvent être assimilées à la fois aux droits réels et aux droits personnels, comme le droit du preneur à bail de faire valoir son droit contre l'acquéreur de l'immeuble loué, ou le droit du créancier hypothécaire de poursuivre le tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué. Le droit de suite et le droit de préférence, principaux caractères du droit réel, ne suffisent pas à le distinguer absolument du droit personnel⁵¹.

Consacrée par la doctrine et entérinée par le législateur⁵², la propriété des droits incorporels a été timidement reconnue par la jurisprudence. Le Conseil constitutionnel l'a d'abord reconnue à l'occasion de recours en matière de nationalisation d'entreprises⁵³. L'idée s'impose progressivement, par ailleurs, à travers l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a consacré la propriété des créances⁵⁴. Les juges de Montpensier ont aussi

⁴⁹ R. LIBCHABER, *art. cit.*, p. 616.

⁵⁰ Civ. 25 juin 1902, D. 1903, 1, p. 5, note A. Colin. Selon Roubier, le droit d'auteur était « un droit en mouvement, de la fortune en formation et non de la fortune acquise » (« Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.* 1935, p. 285).

⁵¹ Le droit de suite n'est pas propre aux droits réels : lorsqu'une chose louée est aliénée, le locataire peut faire valoir son droit à l'encontre de l'acquéreur, suivant la chose en quelque patrimoine qu'elle se trouve. Le droit de suite n'existe véritablement qu'à travers les droits réels sur la chose d'autrui ; il est difficile et inutile de parler d'un droit de suite du propriétaire. Le droit de préférence est attaché à la qualité de la créance, s'agissant d'un droit personnel permettant à son titulaire d'être payé par préférence aux autres créanciers du débiteur (C. LARROUMET, *Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 1998, 3^e éd., p. 314, estimant qu'il est évident que le droit réel n'a rien à voir avec le droit de préférence).

⁵² Il s'agit notamment de la propriété comme garantie, la loi du 2 janvier 1981 ayant reconnu la propriété des créances professionnelles (cession « Dailly »), avant que la loi du 30 décembre 1981 dématérialise les titres sociaux qui sont devenus des droits incorporels.

⁵³ CC, 16 janv. 1982, D. 1983, 169, note L. Hamon.

⁵⁴ CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis andreadis c/ Grèce*, *RTD civ.* 1995, p. 652, obs. F. Zénati. L'État grec avait confié à une entreprise la construction d'une raffinerie. Alors que celle-ci avait effectué des investissements pour honorer son marché, l'État avait renoncé à l'opération car l'estimant non conforme à l'intérêt national. L'entreprise avait sollicité et obtenu réparation du préjudice causé par cette résiliation. L'État grec attaquait cette sentence, en obtenant l'annulation par la Cour de cassation grecque sur le fondement d'une loi votée entretemps et invalidant les sentences relatives à ce type de contrat. Saisie par l'entreprise, la CEDH avait condamné la Grèce à verser l'indemnité accordée à celle-ci sur le fondement de l'article 6 §1. Mais la

admis cette évolution quant au statut de l'E.I.R.L. (entrepreneur individuel à responsabilité limitée), mais cette reconnaissance reste fragile à défaut d'être fondée sur l'article 17 de la Déclaration de 1789⁵⁵. Parallèlement, la Cour européenne estime qu'en droit des sociétés les porteurs de droits sociaux sont des propriétaires justiciables des garanties fondamentales qui les protègent contre l'expropriation⁵⁶. Quant à la Cour de cassation, fidèle à la lettre du Code civil, elle demeure plutôt réservée sur la question⁵⁷. La dématérialisation croissante, notamment par la voie numérique, des échanges économiques n'en pousse pas moins la doctrine civiliste à vouloir aligner le droit des obligations sur les techniques et pratiques financières internationales.

B. L'alignement progressif du droit des obligations sur l'économie financière

Reprise sous le Consulat dans les travaux préparatoires du Code civil, la théorie générale des obligations était adaptée à la mentalité foncière et aux besoins d'une société agricole encore peu portée sur les questions de cessibilité du contrat. La révolution industrielle a fortement accru l'importance des valeurs mobilières dans le circuit des échanges, par un transfert progressif de la richesse de la terre vers les titres négociables⁵⁸. Depuis la seconde moitié du XX^e siècle, il est plus difficile en pratique de limiter l'objet des relations entre personnes aux choses corporelles. Sont ainsi apparus de nouveaux biens qui ne sont ni des choses corporelles ni des droits : le constat s'impose que l'objet des droits peut être aussi bien immatériel que matériel. La remise en cause de la théorie classique des droits réels depuis la fin du XIX^e siècle prolonge ainsi une critique de la matérialité. Une partie de la doctrine en appelle aujourd'hui à l'abandon de la distinction entre créances et propriété afin d'assimiler les obligations aux

censure était aussi prononcée sur le fondement de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel (disposant que toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens et que nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international), en ce que le législateur avait rompu, au détriment des requérants, l'équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général. L'atteinte au droit de propriété résultait de ce que les intéressés se trouvaient dans l'impossibilité d'obtenir l'exécution d'une sentence arbitrale définitive enjoignant à l'État de leur rembourser les frais engagés dans le contrat. La Cour utilise ce principe pour sanctionner toute forme d'atteinte au droit de propriété.

⁵⁵ DC, 20 janv. 2011 ; 16 juin 2010 ; 29 déc. 1999 (les deux dernières citées par T. REVET, « La consécration de la propriété des créances par le Conseil constitutionnel », *RTD civ.* juill.-sept. 2010, p. 584 et s.). Dans la décision du 16 juin 2010, le juge constitutionnel avait décidé que l'E.I.R.L. ne pouvait créer un sous-patrimoine affecté à la garantie des créances nées à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle « qu'à la condition que les créanciers (dont les droits sont nés antérieurement au dépôt de la déclaration d'affectation du patrimoine) soient personnellement informés de la déclaration d'affectation et de leur droit de former opposition ». Cette condition se fondait sur la subordination de l'absence d'« atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété des créanciers, garanti par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». En matière de créances, le régime constitutionnel du droit de propriété se distingue du droit de propriété ordinaire (J.-L. MESTRE, « La Déclaration des droits de 1789 et la propriété mobilière », *in Revue française de droit constitutionnel*, 1996, p. 233-234 et 241).

⁵⁶ CEDH, 9 juill. 1986, JCP E 1987, 2, 14894.

⁵⁷ S. MILLEVILLE, « Propriété des créances : le point sur l'argument supralégal », *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2013, chron. n°22 (www.revuedlf.com), notant qu'« au niveau légal, user du concept de propriété des créances n'a rien d'une commodité de langage : cela relève d'un parti pris pour une construction doctrinale donnée, parti pris dont la Cour de cassation s'abstient le plus souvent. ». La Cour n'y fait référence qu'indirectement, par exemple s'agissant de la propriété de bons de capitalisation qualifiés de créances (Civ. 2^{ème}, 18 juill. 2008, *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 984) ou de « la propriété des créances de loyers cédées » (Com., 16 nov. 2010). La Cour de cassation n'intègre le droit de propriété des créanciers qu'en tant que construction constitutionnelle, non comme la sienne en tant que juge du droit civil des biens (v. QPC excluant « toute privation du droit de propriété du créancier au sens de l'article 17 », Com., 22 mai 2013, pourvoi n°13-40008).

⁵⁸ Avant la Révolution, la terre constituait la principale source de richesse et une grande valeur de placement. En prescrivant le partage égal de la terre entre les enfants, l'article 1^{er} du décret des 8-15 avril 1791 entraîne une dévalorisation progressive des biens immobiliers. Le nombre des cotes foncières passe de 9 millions en 1815 à 13 millions en 1881, d'où un déplacement du centre d'intérêt des biens immobiliers vers les valeurs mobilières.

biens⁵⁹. Cette « rançon de la dématérialisation »⁶⁰ s'inscrit en dépassement de l'héritage de la tradition civiliste européenne. L'intensification et l'accélération des échanges de biens immatériels sur le marché donnent à penser que « ce ne sont pas tant les corps eux-mêmes que les droits qui se révèlent être les véritables biens »⁶¹. Les choses sont devenues indissociables des droits qui les encadrent et les portent, alors que depuis Savatier⁶² la plupart des juristes s'attachent à la réalité et à la mobilité des droits subjectifs. De cette dématérialisation des biens s'induit une nouvelle philosophie du droit de l'incorporel, dans l'esprit typique d'une transition du subjectivisme vers l'objectivisme économique⁶³. L'accroissement de l'économie tertiaire, dans laquelle de nombreux services s'appuient sur des contrats de longue durée, facilite par ailleurs le recours à la cession de contrat. Cette technique légalisée par la réforme du droit des obligations en 2016⁶⁴ est censée favoriser une meilleure exploitation des richesses et la stabilité recherchée par les parties. La cession de contrat est pratiquée avant tout parce qu'elle permet d'attribuer un contrat à celui qui est le plus apte à l'exécuter, déployant d'autant mieux le potentiel économique des obligations. Le contrat est ainsi amené à jouer pleinement son rôle d'instrument d'organisation de relations durables afin d'intégrer la stratégie de l'entreprise au sens large. L'environnement contractuel doit favoriser en même temps la souplesse et la sécurité, impératifs qui justifient la reconnaissance de l'imprévision⁶⁵. La patrimonialisation du contrat ne signifie pas sa « dépersonnalisation », la « loi des parties » continuant de reposer sur le dogme de la volonté individuelle... elle-même peu à peu réifiée. Au demeurant, la personnalité des contractants ne peut et ne doit s'effacer complètement derrière le *negocium*, au nom de leur aptitude à donner naissance à des obligations futures.

En droit des sociétés, la différence entre l'action (part sociale) et l'obligation (titre de créance) tient encore au risque de perte supporté par l'investisseur en cas d'échec. L'entrée d'une part sociale à l'actif de la société et la sortie du même montant du passif ne restent valables que dans un compte provisoire. Cette proximité du créancier et de l'investisseur est lourde de sens : par sa dualité, la société de capitaux relève autant de la commandite⁶⁶ que de

⁵⁹ J. LAURENT, *La propriété des droits*, LGDJ, 2012, n°22 (v. n°227 et s. pour les illustrations légales du concept) ; Y. ÉMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, thèse en droit, Lyon III-Montréal, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2007. L'auteur compare le droit français et la doctrine à la réforme du Code civil du Québec (v. les art. 899 et 947) admettant la propriété des créances. Cette reconnaissance devrait rendre possible l'usufruit et le gage des créances. La propriété des créances s'acquerrait selon les modes traditionnels, de manière dérivée (lorsqu'elle est transmise entre vifs ou à cause de mort), volontairement ou de manière forcée. Les créances pourraient également s'acquérir par usucapion ou par accession (pour une version synthétisée, du même auteur : « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexions autour de la propriété des créances », *Les Cahiers de droit*, 464, 2005, p. 905-939).

⁶⁰ F. ZENATI, art. cit., p. 88 : « Monarque déchu, le droit réel n'a cessé, depuis lors, malgré le discrédit de l'école personaliste, d'être remis en cause, notamment avec la thèse, qualifiée de néo-personnaliste, analysant le droit réel comme une obligation réelle et le différenciant de la propriété ».

⁶¹ *Ibid.*, p. 89. Le point de savoir comment distinguer historiquement la cause et l'effet est une équation difficile à résoudre...

⁶² *Théorie des obligations, vision juridique et économique*, 2^e éd., Dalloz, 1969, n°16 à 19 ; *Les métamorphoses du droit privé d'aujourd'hui*, 2^e et 3^e série, 1959, n°68 et n°467.

⁶³ J.-L. VUILLERME, « La chose (le bien) et la métaphysique », *Archives de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 31 ; F. DAGOGNET, *Philosophie de la propriété. L'avoir*, 1992. F. Zénati note avec raison que « les excès du corporalisme se paient, sous un effet de balancier, par un immatérialisme exacerbé et sans nuance ».

⁶⁴ L. FIRLEY, « La cession conventionnelle de contrat », in C. FORTIER, M. MIGNOT (dir.), *Analyse comparée du droit français réformé des contrats et des règles matérielles du commerce international*, ouvr. coll. CREDIMI, LexisNexis, Litec, 2016, p. 481-515.

⁶⁵ A. BENCHENEB, « L'imprévision dans le nouveau droit des contrats : remarques et questionnements », in *op. cit.*, p. 281-302.

⁶⁶ La société en commandite, matrice des entreprises capitalistes, a d'abord été expérimentée dans le commerce maritime, l'armateur commanditaire tenant son patrimoine de mer (capital) séparé de son patrimoine de terre et surtout dans la mesure où le commandité rend compte au commanditaire. C'est aussi le cas du bénéfice d'inventaire par lequel l'héritier n'assume pas les dettes contractées par le défunt au-delà de l'hérédité. Le même modèle se retrouve dans toute situation exigeant un compte, un partage de société ou d'indivision, une tutelle, une dot ou une communauté.

la faillite. Dans les procédures collectives, cette dualité perdure entre les créanciers postérieurs qui ont droit à une quantité (valeur absolue) et les investisseurs qui revendiquent une quotité (fraction de l'actif). La propriété n'est plus seulement un droit sur ce qui compose l'actif du patrimoine, elle apparaît aussi au passif comme un capital plus ou moins fictif. Tout actif n'a pas sa source dans un apport (en numéraire ou en nature) ou un engagement envers un tiers ; il entre dans la catégorie des fonds propres, le propriétaire devenant son propre créancier. La distinction entre propriétaires et actionnaires est en quelque sorte « suspendue à une conscience particulièrement claire de la distinction de la propriété et de l'obligation »⁶⁷. La lecture comptable et un certain degré de réalisme économique et juridique autorisent encore la distinction entre créances et biens, indispensable à l'unité du capital.

Conclusion

La propriété est à sa manière un droit personnel : sur son île Crusoé n'est propriétaire de rien en particulier⁶⁸, tant qu'il n'y a pas Vendredi et à condition qu'il ne soit pas une chose... Les Romains n'abordaient pas la question sous cet angle, les *iura* restant dissimulés dans les choses tels des diabolins processifs – au point que la *res* pouvait désigner l'enjeu du procès. Le droit romain avait plus explicitement reconnu les droits démembrés de la propriété que le droit de propriété en tant que tel, mal distingué de la chose. Au Moyen Âge la réalisation des droits personnels est en marche depuis l'apparition de la lettre de change et plus tard des billets à ordre, dont dérivent nos billets de banque. Plus récemment, l'affaire des *subprime* a alimenté un débat sur les ultimes raffinements de la théorie de la cause (condition de fond du contrat supprimée par la réforme du Code civil de 2016), source de controverses et d'incertitudes qui ont fait reculer les obligations au profit de titres dont le caractère réel et quelque peu sommaire écarte *a priori* toute contestation. L'impératif de la solvabilité et de l'honorabilité du débiteur semble avoir théoriquement disparu avec la cause. Malgré tout, la distinction obligation-propriété reste présente à l'esprit des juristes, universitaires ou praticiens, car à défaut la différence entre les créanciers et les propriétaires s'effacerait⁶⁹. Dans la comptabilité en partie double, les obligations se présentent comme des objets de propriété englobés dans l'actif au même titre que les biens dans le bilan de l'entreprise. La distinction entre créances et biens est amenée à s'effacer derrière cette vision chiffrée et sous le poids de la propriété, précisément sous la puissance du propriétaire. Admettre la propriété des créances en droit positif relève avant tout de cas spécifiques, d'exceptions à un droit commun qui garde sa cohésion. Le droit civil des obligations gagnerait, certes modestement, à conserver la distinction classique plutôt qu'à emprunter un chemin aventureux. La réification intégrale des créances semblerait pourtant aller dans le sens de l'histoire économique et financière européenne et son aboutissement libéral de la neutralité « axiologique ». Le cœur du problème ne se situe pas dans la fiction propre au capital en tant que telle, mais dans sa substitution à la réalité économique du patrimoine qui est moins le fait des comptables que celui des financiers et des juristes, emportés par la force d'une abstraction sans limites, au risque de confondre le rationnel et le raisonnable. Une fiction est pertinente et utile tant qu'on la tient pour ce qu'elle est, mais non comme une fin en soi : sa vertu n'est-elle pas justement de conserver une certaine « vérité des choses »⁷⁰ ? Dans le silence relatif du Code civil après

⁶⁷ D. VIGUIER, art. cit., p. 876.

⁶⁸ Il n'a personne à qui les opposer (J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 94).

⁶⁹ Y. ÉMERICH, art. cit., p. 908 : « La question se pose alors de savoir si cet usage réitéré du concept constitue un simple accident du verbe, dérapage linguistique sans portée réelle, ou si c'est au contraire l'expression d'une certaine réalité qui se serait d'abord manifestée par le vecteur privilégié du langage. »

⁷⁰ Une définition très élaborée de Cynus de Pistoie, inlassablement recopiée par les juristes des XIV^e et XV^e siècles, condense un siècle de doctrine canonique et civile en disant que « la fiction prend pour vrai ce qui est certainement contraire au vrai » (*CJ.* 4, 19, 16 : *In re certa contrariae veritatis pro veritate assumptio*, formule reprise par Bartole (*D.* 41, 3, 15, n. 21 ; Y. THOMAS, art. cit., p. 126 et s.)).

la disparition de la cause, une raison pragmatique inviterait à tenir pour des *biens fictifs* un type de créances comme celui des « produits dérivés ». À défaut de pouvoir mieux réguler les pratiques actuelles (ce qui relève d'un débat politique), cette simple qualification légale ou contractuelle marquerait, au moins symboliquement, l'attachement du droit civil à servir l'économie réelle, dans le respect de cet objectif à valeur constitutionnelle qu'est la sécurité juridique. L'art continu des juristes de questionner et parfois de dépasser les catégories et les limites de leurs disciplines, n'aboutit pas toujours à les abandonner. Bien qu'imparfaite, la distinction droits réels-droits personnels qui explique la différence entre créances et biens, semble avoir vocation à perdurer, les thèses personnaliste et objectiviste s'étant brisées sur la « tête » du sujet passif, la première quant à son identité (la société perçue comme débitrice), la seconde quant à son importance (la personne du débiteur et son attitude). Malgré ses avancées incontestables, la doctrine civiliste s'est en l'occurrence aventurée en eaux troubles, à défaut de parvenir à proposer une nouvelle classification satisfaisante des droits patrimoniaux. La distinction entre obligation et propriété, qui a bien vécu, n'appartient pas encore complètement au passé.