

1. 2016, un bon millésime. L'année 2016 est un très bon cru pour le droit des biens et des sûretés réelles. On y trouve des confirmations et des ruptures. Du côté des confirmations, la Cour de cassation poursuit sa politique jurisprudentielle de sanction des empiétements, même minimes, et sa volonté de favoriser la création de droits réels sans réelle limitation de durée. Du côté des ruptures, l'ordonnance du 29 janvier 2016 vient remettre de l'ordre dans le droit du gage, en permettant aux parties à un contrat relevant du gage des stocks du code de commerce de se placer sous l'empire du code civil.

I. Droit des biens

La période concernée par la présente chronique est riche d'enseignements en droit des biens, que ce soit sur le terrain du patrimoine (A), de la propriété (B), de l'indivision (C) ou des démembrements de la propriété (D).

A. Le patrimoine

2. Créanciers antérieurs de l'EIRL. On sait que le législateur contemporain ne cesse de développer les exceptions à la théorie de l'unicité du patrimoine, héritée d'Aubry et Rau. L'heure est à la reconnaissance de nouveaux patrimoines d'affectation : après la fiducie, instituée en 2007, la loi du 15 juin 2010 a créé l'EIRL. L'entrepreneur individuel peut ainsi constituer un ou plusieurs patrimoines professionnels distincts de son patrimoine personnel (C. com., art. L. 526-6). Le dispositif vise à limiter le champ d'action des créanciers : sous réserve de la fraude ou du manquement grave aux obligations attachées au statut (notamment la comptabilité séparée), le gage des créanciers professionnels ne comprend pas les biens affectés à la vie personnelle de l'entrepreneur, et réciproquement (art. L. 526-12). Une telle atteinte au droit de gage des créanciers avait conduit le Conseil constitutionnel à soumettre le nouveau dispositif à une condition fondamentale : les créanciers antérieurs disposaient d'une faculté d'opposition à la séparation patrimoniale, après avoir été personnellement informés de la déclaration (Cons. const., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC). La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi Sapin 2, est allée encore plus loin, en prévoyant que l'affectation est inopposable aux créanciers antérieurs. Ces derniers n'ont donc plus à se manifester pour bénéficier d'un droit de gage général sur tous les biens de leur débiteur.

B. La propriété

3. Empiètement. Même si cela ne ressort pas expressément de la définition de l'article 544 du code civil, la propriété se caractérise essentiellement par l'exclusivité qu'elle confère au propriétaire. Le caractère exclusif de la propriété se retrouve avec force dans la sanction de l'empiètement, que l'on peut définir comme le fait d'occuper sans droit une partie d'un immeuble contigu. Le propriétaire peut demander qu'il soit mis fin à cet empiètement, peu en importe la mesure. Il ne s'agit donc pas de réparer un préjudice, mais de sanctionner, de manière mécanique, une atteinte à l'exclusivité de la propriété. C'est pourquoi peu importe la mesure de l'empiètement. Alors même que la Cour régulatrice se livre désormais à un contrôle de proportionnalité, elle persiste dans cette volonté de sanctionner de manière mécanique et objective l'empiètement. Ainsi, cette solution classique a été rappelée récemment par un arrêt du 10 novembre 2016 (**Cass. 3e civ., 10 nov. 2016, n° 15-19561**). Il s'agissait en l'occurrence d'un toit qui empiétait de 20 centimètres sur le fonds voisin. Les juges du fond avaient refusé la démolition, considérant que l'empiètement ne causait aucun réel préjudice au propriétaire voisin et que la démolition serait disproportionnée. La cassation est prononcée au visa de l'article 545 du Code civil : les propriétaires étaient en droit d'obtenir la

démolition de la partie du toit empiétant sur leur bâtiment. Néanmoins, la démolition ne sera prononcée que si elle est la seule mesure de nature à faire cesser l'empiétement. Ainsi, par un arrêt du même jour (**Cass. 3e civ., 10 nov. 2016, n° 15-25113**), la Cour de cassation a censuré une cour d'appel pour ne pas avoir recherché, alors qu'elle y était invitée, si la cessation de l'empiétement ne pouvait pas être obtenue par un raboutage du mur.

C. L'indivision

4. Indivision sur un droit d'usage et d'habitation. L'indivision est traditionnellement décrite comme une copropriété. Plusieurs personnes, par exemple des héritiers, sont propriétaires d'un même bien ou bénéficient du transfert d'un patrimoine. Mais l'indivision peut porter sur un démembrement de propriété, dès lors que les indivisaires sont investis de droits de même nature. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation à propos du **droit d'usage et d'habitation** (Civ. 3e, 7 juill. 2016, n° 15-10278). Ce droit constitue un dérivé d'usufruit : il porte sur la jouissance d'une chose, mais, à la différence de l'usufruit, cette jouissance est limitée aux besoins personnels de son titulaire ou de sa famille, ce qui lui interdit de céder son droit ou de louer la chose. En l'espèce, deux époux achètent en indivision une maison d'habitation : l'indivision est alors une copropriété classique. Mais à l'occasion du divorce, l'un des époux cède par convention à l'autre ses droits indivis sur la maison, tout en conservant un droit d'usage et d'habitation. Or, dans le même temps, l'autre époux, cessionnaire des droits indivis, conserve également la jouissance de la maison. Si l'indivision sur la propriété a pris fin, subsiste-t-il une indivision portant sur le droit d'usage et d'habitation ? L'enjeu d'une telle question réside dans l'octroi d'un droit au partage, qui permet à chaque indivisaire de mettre fin à tout moment à l'indivision (C. civ., art. 815 et 817). La Cour de cassation énonce à cette occasion que « l'indivision s'entend de la coexistence de droits de même nature sur un même bien ; qu'elle peut ne porter que sur une partie des droits des intéressés ». Il peut donc parfaitement y avoir une indivision entre le propriétaire, qui a conservé la jouissance du bien, et son ex-conjoint, qui bénéficie d'un droit d'usage et d'habitation. Le partage de cette indivision peut être obtenu, ce qui permet d'éviter au cas d'espèce à des époux divorcés de cohabiter dans la même maison ...

D. Les démembrements de la propriété

5. Droit réel de jouissance spéciale. – Rappelons pour mémoire que la Cour de cassation a consacré le droit réel de jouissance spéciale dans son fameux arrêt *Maison de Poésie* du 31 octobre 2012 en énonçant, au visa des articles 544 et 1134 du Code civil, que « le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien » (Cass. 3e civ., 31 oct. 2012, n° 11-16304, Bull. civ. III, n° 159). Une telle solution a été critiquée à raison par la doctrine, qui a fait valoir qu'un tel droit réel sans réelle limitation de durée portait une atteinte excessive au droit de propriété. N'est-ce pas pour cette raison que l'article 619 du Code civil impose que l'usufruit des personnes morales s'éteigne après trente ans, afin de libérer la chose de toute charge ? Il doit en aller de même pour le droit de jouissance spéciale, qui n'est rien d'autre qu'un usufruit réduit. Sans doute sensible à ces critiques, la Cour de cassation, par un arrêt du 28 janvier 2015, a infléchi sa position (Cass. 3e civ., 28 janv. 2015, n° 14-10013). Il a ainsi été décidé que « lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du Code civil », c'est-à-dire après trente ans. Mais la solution a suscité une difficulté d'interprétation : la durée maximale de trente ans s'applique-t-elle dans tous les cas, ou seulement dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, les parties n'ont prévu aucun terme ? Par un arrêt du 8 septembre 2016, la Cour

de cassation a mis fin aux doutes (**Cass. 3e civ., 8 sept. 2016**, n° 14-26953). Elle s'est prononcée de nouveau dans le cadre de l'affaire Maison de poésie, à la suite du pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de renvoi qui s'était conformé à son arrêt de 2012. Dans cet arrêt Maison de poésie II, la Cour régulatrice persiste et signe. Elle énonce qu'« ayant relevé 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, la cour d'appel, qui a constaté que ce droit avait été concédé pour la durée de la Fondation, et non à perpétuité, en a exactement déduit, répondant aux conclusions dont elle était saisie, que ce droit, qui n'était pas régi par les dispositions des articles 619 et 625 du Code civil, n'était pas expiré et qu'aucune disposition légale ne prévoyait qu'il soit limité à une durée de trente ans ». En d'autres termes, il est parfaitement licite de stipuler un droit de jouissance spéciale pour toute la durée d'existence d'une personne morale. Par comparaison, l'avant-projet Périnet-Marquet publié sous l'égide de l'Association Capitant, s'il propose de consacrer le droit réel de jouissance spéciale, le limite à une durée impérative de trente ans dans tous les cas. On ne peut qu'approuver cette sage limitation.

6. Usufruit de droits sociaux. La constitution d'un démembrement de propriété sur des parties sociales provoque un contentieux assez nourri. Il est assez délicat de déterminer les droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire dans la société : qu'en est-il notamment des bénéfices mis en réserve par la société pour prévenir les coups de tempête ? S'agit-il encore de fruits auxquels peut prétendre l'usufruitier ? Par un arrêt du 22 juin 2016, la première chambre civile de la Cour de cassation considère que « si l'usufruitier a droit aux bénéfices distribués il n'en a aucun sur ceux qui ont été mis en réserve, lesquels constituent l'accroissement de l'actif social et reviennent, en tant que tels, au nu-propiétaire » (**Civ. 1^{re}, 22 juin 2016**, n° 15-19471 et 15-19516). Elle en déduit que les fonds provenant de la distribution des réserves constituées doivent bénéficier au seul nu-propiétaire et figurer à l'actif de l'indivision successorale. Cette solution s'inscrit en rupture avec celle posée par la chambre commerciale (Com., 27 mai 2015, n° 14-16246). Selon cette dernière, l'usufruit bénéficie d'un quasi-usufruit sur les sommes provenant de la distribution des réserves. Cela signifie que le droit d'usufruit sur les bénéfices se reporte, par l'effet de la subrogation, sur les sommes partagées lors de la distribution des réserves. Pour autant, l'usufruitier est redevable d'une dette de restitution exigible au terme de l'usufruit. Au fond, la divergence entre la première chambre civile et la chambre commerciale tient au moment de l'acquisition des fonds par le nu-propiétaire. Pour la première chambre civile, le nu-propiétaire acquiert de telles sommes dès leur distribution, parce que l'usufruit n'a aucun droit sur elles. Pour la chambre commerciale, ces sommes sont acquises par l'usufruitier lors de leur distribution, avant d'être restituées par équivalent monétaire au nu-propiétaire lors de l'extinction de l'usufruit. On peut espérer que cette discordance prenne fin et il nous apparaît que la solution retenue par la première chambre civile présente l'immense mérite de la simplicité. Dès lors que les réserves participent de l'actif social, c'est-à-dire de la substance de la chose, il ne s'agit pas de fruits. Mieux vaut, dès leur distribution, les affecter au nu-propiétaire, plutôt que les faire transiter par un quasi-usufruit qui laisse *in fine* planer un doute sur la solvabilité du patrimoine de l'usufruitier pour honorer la dette de restitution.

II. Droit des sûretés réelles

La période est également fructueuse pour le droit des sûretés réelles, que ce soit sur le terrain de l'hypothèque (A), du gage (B) ou encore des propriétés-sûretés (C).

A. L'hypothèque

7. De l'importance pour un notary australien de parler français ! En l'espèce, une personne s'est portée caution hypothécaire et a, pour souscrire un tel engagement, donné une procuration à son frère depuis l'Australie. Cette procuration a été reçue par un notary public australien qui ne parlait pas la langue de Molière, et qui n'a donc pu donner aucune explication à sa cliente sur la portée de son engagement. Afin de résister à la saisie immobilière entreprise par le créancier, la caution hypothécaire s'est prévaluée de ce que son engagement reposait sur une procuration qui n'était pas authentique au sens du droit français, faute pour l'officier public australien d'avoir lu l'acte de procuration. Par un arrêt du 14 avril 2016, la Cour de cassation lui a donné raison (**Civ. 1^{re}, 14 avr. 2016**, n° 15-18157). Pour ce faire, elle relève que « la cour d'appel, en considération de la traduction du certificat dressé par le notary public australien et après avoir constaté qu'il avait simplement apostillé la procuration à l'effet de constituer hypothèque, reçue du notaire français, en a exactement déduit que cet acte ne revêtait pas les solennités requises en France pour un acte authentique, dès lors que la forme suivie n'était pas équivalente à celle du droit français quant à la protection de la caution hypothécaire ». Il ne suffit donc pas que l'officier public étranger ait certifié l'authenticité de la procuration donnée, notamment au regard de la signature. Encore faut-il que l'acte réalise la protection de la caution hypothécaire, sans quoi il ne présente par une forme équivalente à celle du droit français qui était applicable. Voilà une excellente occasion pour les notaires étrangers de se mettre au français !

B. Le gage

8. Gage du code civil et gage des stocks du code de commerce. L'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés a institué, dans le code civil, le gage sans dépossession. Un tel gage, qui peut porter sur des choses fongibles, présentes et futures, permet à une entreprise d'affecter son stock en garantie de ses dettes. Mais dans le même temps, l'ordonnance a introduit dans le code de commerce un gage des stocks spécifique, réservé aux crédits consentis par les établissements de crédit et prohibant notamment le pacte comissoire, qui permet au créancier de devenir automatiquement propriétaire des biens gagés en cas de défaillance du débiteur, sans passer par la case judiciaire. Face à cette dualité de régimes, la question s'est posée de savoir si une banque pouvait utiliser le gage sans dépossession du code civil pour bénéficier d'un régime plus favorable. Par un arrêt du 19 février 2013, la Cour de cassation avait estimé que les dispositions spéciales du Code de commerce excluaient l'application du droit commun. La résistance de la cour de renvoi avait provoqué l'intervention de l'Assemblée plénière, qui, par un arrêt du 7 décembre 2015, avait confirmé cette solution (n° 14-18435, Bull. ass. plén., n° 10). Mais cette jurisprudence a été brisée par une **ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016**, qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016. Le nouvel alinéa 4 de l'article L. 527-1 du Code de commerce dispose expressément que « les parties demeurent libres de recourir au gage des stocks prévu au présent chapitre ou au gage de meubles corporels prévu aux articles 2333 et suivants du Code civil ». Si la liberté est reconnue aux parties, celle-ci est alternative : on le voit, c'est l'un ou l'autre des régimes. Les parties ne peuvent pas panacher les règles au gré de leurs intérêts. En outre, l'efficacité du gage des stocks du Code de commerce a été également améliorée, notamment par la possibilité de constituer un pacte comissoire. En définitive, la liberté qui est aujourd'hui reconnue aux parties de choisir l'un ou l'autre gage n'a plus grand intérêt, dès lors que les régimes se sont considérablement rapprochés.

C. Les propriétés-sûretés

9. Revendication des choses fongibles. Le grand intérêt des propriétés-sûretés est, on le sait, de reconnaître au créancier une exclusivité sur le bien grevé, ce qui lui permet notamment d'échapper la discipline des procédures collectives. Tel est l'attrait majeur de la clause de réserve de propriété, qui permet au vendeur de rester propriétaire du bien jusqu'au complet paiement du prix et de revendiquer les marchandises qui se trouvent dans les entrepôts de l'entreprise en faillite. Mais qu'advient-il lorsque plusieurs créanciers exercent une action en revendication sur des choses fongibles, c'est-à-dire interchangeables ? La question a été récemment posée à la Cour de cassation (**Com. 29 nov. 2016**, n° 15-12350). En l'espèce, une société a revendiqué auprès des organes de la procédure collective la propriété de 32.001 litres de carburant vendus sous réserve de propriété au débiteur failli. Alors qu'il restait 80.000 litres dans les cuves, les juges du fond n'ont fait droit à cette demande que dans la limite de 3740 litres, dès lors qu'un créancier avait auparavant, dans le délai légal, revendiqué 65.000 litres et qu'il existait par ailleurs un autre créancier avec lequel le reliquat devait être partagé. Cette approche, qui s'inscrit dans le prix de la course (le premier qui agit est le premier servi), a été censurée par la Cour de cassation. La Cour a relevé que « que lorsque plusieurs vendeurs avec réserve de propriété revendiquent, dans le délai de trois mois (...), les mêmes biens, ceux-ci doivent leur être restitués à proportion de la quantité livrée par chacun d'eux et restant impayée à la date de l'ouverture ». La règle *prior tempore, potior jure*, est écartée. Pour autant, la répartition ne s'effectue pas *au prorata* du montant de la créance, mais en fonction de la quantité de marchandises livrées. La solution nous semble parfaitement justifiée. Il ne s'agit pas de répartir des fonds entre créanciers chirographaires, mais de reconnaître un droit de propriété sur les marchandises aux revendiquants. Par suite, toute se passe comme si les créanciers vendeurs sous réserve de propriété étaient en indivision sur les biens fongibles : le partage des biens s'effectue en proportion de leur apport à la masse commune. Cet arrêt souligne, en creux, les rapports fructueux de complémentarité entre le droit des biens et le droit des sûretés réelles.