

## **I - Droit de gage général des créanciers et théories du patrimoine**

**5.** - Les rédacteurs du Code civil ont eu très peu recours au terme de patrimoine (V. art. 878 et 881). Ils lui ont préféré le vocable «les biens» ou «tous les biens» (O. Jallu, Essai critique sur l'idée de continuation de la personne. Thèse A. Rousseau 1902, p. 96). Depuis lors, la notion de patrimoine est devenue un concept central du droit privé dont use abondamment le législateur moderne, notamment dans le cadre du droit patrimonial de la famille et du droit de la consommation (C. civ., art. 272, 491-4, 1469, 1499, 1501, 1569, 1570, 1575 et 1844-4 : C. consom., art. L. 313-10, L. 331-3, al. 3 ; V. aussi C. com., art. 10 et 12). Ainsi activée par la doctrine et le législateur, la notion de patrimoine est, depuis des décennies, communément utilisée pour décrire l'assiette du droit de gage général des créanciers : celui-ci porte sur le patrimoine du débiteur.

D'utile, la notion est devenue centrale, mais également sujette à controverses en raison de sa théorisation sans doute excessive au XIXe siècle. La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau est l'une des plus célèbres constructions doctrinales françaises qui, malgré les critiques souvent véhémentes dont elle a fait l'objet, continue d'inspirer la doctrine française et sert encore de support aux définitions du patrimoine proposées par la doctrine contemporaine. La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, les débats doctrinaux auxquels elle a donné lieu et les présentations du patrimoine faites par la doctrine moderne rejaillissent nécessairement sur l'analyse du droit de gage général des créanciers en tant que celui-ci est généralement présenté comme ayant pour assiette le patrimoine du débiteur. La notion et la théorie du patrimoine trouvent donc leur place naturelle dans un commentaire des articles 2092 et suivants du Code civil.

### **A. - Origine de la théorie du patrimoine**

#### **1° Construction d'Aubry et Rau**

**6.** - On chercherait en vain dans le Code civil une théorie générale du patrimoine. Davantage praticiens que théoriciens, les rédacteurs du Code se sont plus intéressés aux biens et obligations qu'à leur réceptacle. Le terme patrimoine n'apparaît que rarement dans le Code civil.

C'est principalement à propos des successions que le concept de patrimoine émerge lors des travaux préparatoires, sous l'angle de l'un de ses traits fondamentaux, l'unité: «chaque succession ne formera plus qu'un seul patrimoine, et l'on ne distinguera plus diverses espèces de biens pour les distribuer suivant leur nature à diverses lignes ou branches d'héritiers : tous les biens resteront confondus, comme ils l'étaient dans la main du défunt qui pouvait disposer de tous» (Fenet, Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil, t. XH, 1827, p. 189).

**7.** - C'est Zachariae qui est à l'origine d'une systématisation de la notion de patrimoine. Aubry et Rau, dans leur célèbre cours de droit civil dont les premières éditions sont une traduction de l'ouvrage de l'éminent professeur de Heidelberg, diffusent en France la présentation du patrimoine que celui-ci en a faite, puis, dans les éditions ultérieures, la dépassent par une

abstraction plus poussée de la notion et une radicalisation des effets attachés au patrimoine. Dans leur quatrième édition -la première où l'apport personnel des deux auteurs transparait nettement-, le patrimoine est défini comme «l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit» (Aubry et Rau, Droit civil français, t. VI, LGDJ, 6e éd., 1951, t. VI, p. 229). Mais, en montrant plus loin que le patrimoine doit être envisagé en valeur et que, si le passif surpasse l'actif, «l'existence du patrimoine, qui comprend les dettes comme il comprend les biens» (p. 231) n'est pas mise en cause, Aubry et Rau intègrent les dettes dans le patrimoine. Le lien avec la personnalité est poussé à l'extrême : «l'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité» (p. 229)... «le patrimoine étant une émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle...» (p. 231). De ce nécessaire rattachement du patrimoine à la personnalité, les illustres auteurs en déduisent que «les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine ; que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien ; que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot» (p. 231).

De ces trois conséquences, c'est certainement celle de l'unité et de l'indivisibilité qui a le plus frappé les esprits et entravé jusqu'à nos jours la constitution de patrimoines d'affectation : «le patrimoine est, en principe, un et indivisible comme la personnalité même»... «le patrimoine d'une personne n'est pas, à raison de sa nature incorporelle, divisible en partie ; matérielles ou de quantité, et n'est même pas susceptible, à raison de l'unité de la personne, de se partager en plusieurs universalités juridiques, distinctes les unes des autres» (p. 232). C'est visiblement à contrecœur que les deux auteurs se voient obligés d'admettre que «bien que le patrimoine soit, en principe, un et indivisible, notre Droit reconnaît cependant certaines universalités juridiques qui s'en distinguent» et les auteurs citent en priorité le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoines (p. 234).

**8.** - L'essentiel de la théorie d'Aubry et Rau tient en ces axiomes qui forcent, a priori, l'adhésion du lecteur. En poussant l'analyse plus loin, les auteurs sont moins convaincants. A propos des éléments qui composent le patrimoine, Aubry et Rau soulignent leur caractère fongible en raison de la valeur pécuniaire qu'ils revêtent les uns à l'égard des autres et la technique de la subrogation réelle : «ces objets étant susceptibles de se remplacer les uns par les autres, il est rationnel que dans le cas où par l'effet d'un acte emportant respectivement aliénation et acquisition, un objet sort d'une universalité de droit, il soit, en tant que formant un élément de cette universalité, remplacé par l'objet acquis» (p. 235-216). Puis les auteurs envisagent le patrimoine successivement comme objet et comme sujet de droits. Bien que le patrimoine prenne «son fondement dans la personnalité», il «se distingue cependant de la personne elle-même : on peut donc concevoir l'existence d'un rapport entre la personne et le patrimoine. Ce rapport est celui qui s'établit entre une personne et tout objet à elle appartenant ; c'est un droit de propriété» (p. 240). Ainsi, tout sujet est nécessairement propriétaire de son patrimoine. L'on ne saurait pas concevoir qu'il n'ait qu'un simple droit d'usufruit ou d'usage. Ce droit de propriété n'en est pas moins particulier. Le patrimoine ne s'acquiert pas entre vifs, car inhérent à la personnalité (p. 241). De même, il est inaliénable, puisqu'il «ne saurait se comprendre détaché de la personne à laquelle il appartient» (p. 242). Le titulaire ne saurait être privé de son patrimoine contre son gré : «il ne le perd qu'en perdant, avec la vie, sa personnalité même » (p. 243). Enfin, en tant qu'objet de droit de propriété, «le patrimoine est absolument indivisible» (p. 244).

**9.** - En envisageant le patrimoine comme «sujet d'obligations», les auteurs traitent du droit de gage général des créanciers et du principe de l'égalité des créanciers. Ainsi, contrairement à une idée reçue, l'article 2092 n'est nullement au cœur de la théorie d'Aubry et Rau, mais n'apparaît, sous la plume des auteurs, que pour décrire l'un des traits du patrimoine, sa face passive. «Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, les obligations qui pèsent sur une personne, doivent naturellement aussi grever son patrimoine» (p. 247-248). Il est intéressant d'observer comment les auteurs décrivent l'assiette du droit de gage. L'article 2092 établit, «au profit des créanciers, un droit de gage portant sur le patrimoine même du débiteur, ainsi que sur tous et chacun des biens qui s'y trouvent compris» (p. 248). L'accent est toutefois mis sur les éléments qui composent le patrimoine. En effet, «comme le patrimoine est en soi inaliénable, et ne peut pas plus faire l'objet d'une expropriation forcée que d'une aliénation volontaire, ce droit de gage, quoique affectant le patrimoine même, n'est cependant susceptible de s'exercer que sur les éléments dont il se compose» (p. 248). Tout comme le patrimoine, le droit de gage est indivisible : «... les créanciers d'une personne qui a disposé d'une partie de ses biens, n'en conservent pas moins le droit de frapper de saisie, pour tout ce qui leur est dû, la totalité des biens qui se trouvent encore dans le patrimoine du débiteur» (p. 248). Pour finir, les auteurs observent que le gage établi par l'article 2092 ne constitue pas un droit réel : «Par cela même, en effet, qu'il ne s'exerce que sur les biens du débiteur comme tels, c'est-à-dire comme éléments de son patrimoine, il s'évanouit nécessairement, quant aux objets qui ont cessé de faire partie de ce patrimoine» (p. 248). Après avoir traité de l'égalité des créanciers, les auteurs développent la transmission du patrimoine d'une personne décédée (p. 253 s.).

## 2° Succès de la théorie d'Aubry et Rau et radicalisation

**10.** - La doctrine du XIXe siècle fait sienne la théorie d'Aubry et Rau. Rarement une analyse doctrinale n'aura eu autant de rayonnement. On assiste même sous la plume de plusieurs de ces auteurs, à une radicalisation de la pensée d'Aubry et Rau. Comme l'observe pertinemment Henri Gazin, il semble qu'à force de mettre en relief le système d'Aubry et Rau "dans des formules nouvelles toujours plus concises et plus nettes, on en ait effacé les nuances, le rendant toujours plus rigide et plus cassant» (H. Gazin, Essai critique en doctrine classique, Thèse Dijon, A. Rousseau 1910, p. 28).

Typiques de cette radicalisation sont les développements de Baudry-Lacantinerie et Chauveau (Traité théorique et pratique de droit civil, t. III, les Biens, 3e éd, 1905, p. 2) : constatant que toute personne a nécessairement un patrimoine alors même qu'elle ne posséderait rien, ces auteurs soulignent que «le patrimoine est en effet une abstraction et représente plutôt l'aptitude à posséder ; c'est une conséquence de la personnalité humaine. Si toute personne a un patrimoine, une personne déterminée n'a jamais qu'un patrimoine ; il y a bien certains cas exceptionnels où, par fiction, on dédouble le patrimoine d'une personne, par exemple dans l'hypothèse d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire. Mais ce n'est là qu'une fiction légale, temporaire, d'une application relative et d'une portée très restreinte. Le patrimoine forme ce que l'on appelle une universalité de droit, c'est un contenant distinct de son contenu actif et passif ; le contenu est variable en qualité et en quantité ; le patrimoine lui ne change jamais". Pour mieux faire ressortir que le patrimoine est un contenant, distinct du contenu, les auteurs utilisent diverses images : il s'agirait d'«un réceptacle idéal prêt à recevoir des valeurs positives ou négatives» (Josserand, Cours de droit civil positif français, 1.1, Sirey, 2e éd. 1932, n° 649), d'une bourse, celle-ci pouvant

être vide et ne rien contenir (Planiol et Ripert, op. cit., t. 111, n° 16). On a même comparé le patrimoine à un compte-courant sans cesse ouvert (O. Jallu, op. cit., p. 103 ; R Cazelles, De l'idée de continuation de la personne comme principes des transmissions universelles, Thèse Paris, A. Rousseau 1905, p. 394 s.).

## **B. - Critiques adressées à la théorie d'Aubry et Rau**

**11.** - La théorie d'Aubry et Rau a suscité des critiques d'origine diverse et d'intensité variable. Nombreux sont les auteurs, depuis la fin du XIXe siècle, qui dénoncent les excès de la théorie classique, tant dans son fondement que dans ses effets. A force de lier le patrimoine à la personnalité, les auteurs confondent les deux notions et ramènent en définitive le patrimoine à l'aptitude à posséder (V. notamment Planiol et Ripert op. cit., t. III, n° 17). En découle notamment une présentation contestable des cas de division du patrimoine, considérés à tort comme des anomalies qui gênent la construction d'ensemble et qui ne devraient pas se multiplier.

Ces critiques peuvent se recommander d'une objection plus fondamentale susceptible d'être adressée à la méthode juridique traditionnelle. Dans son fameux ouvrage «Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif», François Geny (LGDJ 1919) cite la théorie d'Aubry et Rau pour illustrer les failles de la méthode traditionnelle : «Non contente de décomposer les rapports de droit en leurs éléments simples, en vue d'en pénétrer la substance intime et profonde, elle isole ces éléments de la réalité et les jette dans le moule de la construction juridique, pour en tirer des entités, indépendantes des faits, et se mouvant dans l'abstraction pure» (op. cit., p. 144). La prétendue logique qui féconde ces constructions n'est qu'apparente. Se recommandant d'Ihering, François Geny montre que «les règles juridiques et les solutions qu'elles consacrent, sont essentiellement déterminées par le but pratique et la fin sociale des institutions» (p. 144-145). Voilà leur source et en même temps leur logique. Si tout le monde s'accorde, progressivement, à dénoncer les excès de la construction d'Aubry et Rau, les opinions divergent quant aux conséquences qu'il convient d'en tirer.

**12.** - Les uns souhaitent faire table rase de la théorie classique et lui substituer une théorie nouvelle, celle dite du patrimoine d'affectation, inspirée de la théorie allemande du «patrimoine-but» (Zweckvermögen), proposée par un courant doctrinal allemand à la fin du XIXe siècle (V. avant tout Brinz ; Sur la théorie de Brinz, V. F. Bellivier, Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France in La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Presses universitaires, Strasbourg 1997). Le patrimoine peut être conçu indépendamment de la personne. Le patrimoine n'est autre qu'une masse de biens affectés à une certaine destination, l'unité entre ses éléments étant réalisée par cette communauté d'affectation. Il en résulterait principalement deux conséquences. D'une part, le principe d'indivisibilité n'aurait plus lieu d'être. D'autre part, l'on pourrait concevoir des patrimoines dont personne ne serait titulaire : le patrimoine-but (Zweckvermögen) «n'appartient à personne, il appartient à sa destination, à son objet, à son but» (H. Gazin, op. cit., p. 428-429 ; en faveur de la réception de la théorie de Brinz en France, V. G. Plastara, La notion juridique de patrimoine, Thèse Paris, A. Rousseau 1903).

D'autres auteurs contestent la théorie classique, également dans ses assises, mais sans pour autant la remplacer par la théorie du patrimoine d'affectation. Ces voix dissidentes viennent d'horizons divers et se font entendre à des époques différentes. Ainsi, on a pu écrire, en 1936, que «le patrimoine n'est pas un bien... mais tout simplement une somme d'éléments actifs, grevés d'éléments passifs, le tout ayant une seule qualité commune : l'appartenance à un même sujet» (N. Mevorack, *Le patrimoine* : RTD civ. 1936, p. 811 s., spécialement p. 825). D'éminents auteurs belges plaident aussi en faveur d'une notion de patrimoine qui puisse «reprenne sa simplicité, sa pureté primitives. Le patrimoine n'est qu'un ensemble de biens. Les dettes ne sont qu'une charge extérieure, grevant ces biens... En droit positif, le patrimoine pourrait se définir : l'ensemble des biens saisissables d'une personne» (H. de Page et R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge, Les principaux contrats usuels, les biens*, t. IV, Bruylant 1975, p. 560).

Divers auteurs modernes français tentent aussi de démythifier la notion de patrimoine, mais en procédant en ordre dispersé, sans qu'on puisse y voir un courant unitaire. M. Jean- Pierre Verschave estime que le patrimoine n'a pas d'existence en tant que notion juridique distincte, qui puisse être dissociée de celle de la personnalité. Sans doute, l'emploi du terme «patrimoine» est «commode pour désigner soit l'ensemble des biens d'une personne à un moment donné, soit l'ensemble de ses biens présents et à venir. Il est légitime, à la seule condition de ne pas perdre de vue que ce patrimoine n'a pas d'existence, et donc pas de vertus propres» (Essai sur le principe de l'unité de patrimoine, Thèse Lille II, 1984, p. 270-271). A propos du droit de gage général, l'auteur souligne que la seule justification du droit qu'a le créancier de saisir un bien réside dans l'appartenance de ce bien au débiteur : or cette appartenance n'est qu'une conséquence de la personnalité juridique de celui-ci (p. 270). M. Zénati plaide aussi pour la marginalité du concept et démontre que la plupart des applications de la théorie d'Aubry et Rau peuvent se justifier sans elle ou sont contestables (Zénati et Revet, *Les biens*, PUF, 2e éd. 1997, p. 20-21). M. Sériaux propose une définition plus simple du patrimoine, qui rappelle celles données par Mevorack et par les auteurs belges de Page et Dekkers : «le patrimoine est constitué par l'ensemble des biens qui appartiennent à une personne et c'est avec ces biens que cette personne réglera les dettes qu'elle a pu contracter envers autrui ; ... le patrimoine n'apparaît ni plus ni moins que comme l'avoir légitime d'une personne, physique ou morale» (A. Sériaux : RTD civ. 1994, spécialement p. 803 ; du même auteur, *Les successions, les libéralités*, PUR 2e éd. 1993, n° 2).

Trop clairessemées pour être entendues, ces voix n'ébranlent pas la doctrine française largement dominante qui reprend les grandes lignes de la théorie d'Aubry et Rau, tout en écartant tel ou tel trait de la célèbre construction doctrinale.

### **C. - Théorie du patrimoine dans la doctrine contemporaine dominante**

**13.** - Une constante se dégage de la lecture des ouvrages d'introduction au droit, de droit des biens et de droit des obligations. Le patrimoine est généralement défini, par la doctrine contemporaine, qui reste fidèle pour l'essentiel à la théorie d'Aubry et Rau, comme l'ensemble des biens et obligations d'une personne, appréciables en argent (Atias, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Litec 1993, n° 30. - Carbonnier, *Droit civil, t. III, Les biens*, PUF, 16e éd., Coll. Thémis 1995, p. 13. - Cornu, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 8e éd. 1997, n° 860. - Flour et Aubert, *Les obligations, t. I, l'acte juridique*, A. Colin, 7e éd. 1997, n° 27. - Ghestin, *Gou-*

beaux et Fabre-Magnan, Traité de droit civil, introduction générale, LGDJ 1994, n° 207. - Larroumet, Droit civil, 1.1, Introduction à l'étude du droit privé, Economica, 2e éd. 1995, n° 411. - Malaurie et Aynès, Cours de droit civil, t. IV, Les biens, la publicité foncière, Cujas, 3e éd. 1994/1995, n° 7. - Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 3e éd. 1996, n° 332. - Terré, Simler, Droit civil, Les biens, Dalloz, 4e éd. 1996, n° 7. - MM. Maieaud et Chahas, Leçons de droit civil, t. I, 1er vol., Montchrestien, 11e éd. 1996, n° 282. - Marty et Raynaud, Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, Sirey, 2e éd. 1972, n° 287. - Pour un vif plaidoyer en faveur de la théorie d'Aubry et Rau, V. Fr. Cohet-Corday, La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français : RTD civ. 1996, p. 819 s. ; V. parmi les ouvrages plus anciens, Planiol et Ripert, op. cit., t. III, n° 15). Il s'agit d'un ensemble et la plupart des auteurs le qualifient d'universalité de droit, par opposition aux universalités de fait, qui ne constituent que des groupements de biens. A l'idée d'une universalité juridique sont attachés deux caractères essentiels du patrimoine. D'une part, le patrimoine constitue une unité abstraite, distincte des biens et des obligations qui le composent (Planiol et Ripert, op. cit., n° 15). Les biens peuvent changer, voire disparaître entièrement, les dettes peuvent s'accroître : l'universalité demeure, le patrimoine reste le même pendant toute la vie du titulaire. Le patrimoine apparaît ainsi plus comme un contenant que comme un contenu (H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., Les leçons de droit civil, n° 282. - Flour et Aubert, op. cit., n° 28), une bourse (Planiol et Ripert, op. cit., t. 111, n° 16), un réceptacle à contenu variable, une enveloppe qui peut être plus ou moins remplie, voire vide (G. Cornu, op. cit., n° 866). D'autre part, le patrimoine réunit à la fois des biens et des dettes, il se compose d'un actif et d'un passif inséparables l'un de l'autre, l'actif répondant du passif.

Un certain nombre d'auteurs rejettent toutefois, le recours à la subrogation réelle pour expliquer la cohésion entre les différents éléments du patrimoine (V. supra n° 11) : cette explication est fautive et inutile puisque seuls entreraient dans le patrimoine, en application de cette idée, ceux acquis en remplacement des biens antérieurs, ce qui serait un non-sens (H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil op. cit., n° 293. - Malaurie et Aynès, Les biens, op. cit., n° 8. - V. déjà P. Esmein in Aubry et Rau, t. IX, op. cit., § 576).

**14.** - L'ensemble que forme le patrimoine est lié à la personnalité, sans pour autant se confondre avec elle (V. les critiques supra n° 11, reprises par la doctrine moderne). De ce lien entre la personne et le patrimoine découlent plusieurs conséquences.

Seules les personnes peuvent avoir un patrimoine. Tout patrimoine doit nécessairement être rattaché à une personne, physique ou morale, qui lui sert de support. «Là où il y a une personne juridique, il y a nécessairement un patrimoine ; là où il y a un patrimoine, il y a nécessairement une personne juridique» (Malaurie et Aynès, Les biens, op. cit., n° 14).

Toute personne a nécessairement un patrimoine, même si elle n'a aucun bien, tel l'enfant qui vient de naître, ou si elle a plus de dettes que de biens. Le patrimoine peut être comme une bourse vide et ne rien contenir (Planiol et Ripert, op. cit., t. 111, n° 16).

Le patrimoine reste lié à la personne aussi longtemps que dure la personnalité. Il est donc intransmissible du vivant de son titulaire. Sans doute peut-on céder tous ses biens présents ; il ne

s'agit pas pour autant d'une transmission du patrimoine, la personne conservant son aptitude à acquérir, des biens nouveaux qu'elle ne peut abdiquer. En revanche, le patrimoine est transmissible à cause de mort, ce qui est aisément compréhensible puisque le décès met fin à la personnalité même.

En principe, toute personne n'a qu'un patrimoine. L'attention de la doctrine moderne se porte essentiellement sur cette conséquence attachée à la théorie classique. D'une part, tous les auteurs se plaisent à souligner que les atteintes au principe de l'indivisibilité se multiplient, de par la volonté du législateur. Même si, en dépit de ces exceptions, le principe de l'indivisibilité subsiste, il peut être aisément contourné par la constitution de personnes morales, notamment unipersonnelles : "Le principe de l'unité et de l'indivisibilité a volé en éclats» (Maurie et Aynès, Les biens, op. cit., n° 13. - Dans le même sens, parmi de nombreux auteurs, Grimaldi et Reynis, Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel : Defrénois 1987, art. 33947, p. 589). D'autre part, la doctrine s'interroge sur le bien-fondé de ce principe. Certains auteurs le jugent comme « la conséquence la plus fâcheuse de la notion classique », car il entrave la possibilité de créer, à l'intérieur du patrimoine d'une personne, des masses de biens distinctes (H., L et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 291). D'autres, tout en constatant les nombreuses exceptions qu'il comporte, défendent ce principe qui « traduit une donnée morale, à savoir que chacun doit répondre de toutes ses dettes sur tous ses biens » (Flour et Aubert, op. cit., n° 36 ; dans un sens comparable, Ghestin, Goubeaux et Fabre- Magnan, op. cit., n° 213. - Malaurie et Aynès, Les biens, op. cit., n° 12).