

# Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité

Blandine MALLET-BRICOUT\*

1. Multiplicité des concepts, multiplicité des liens, la propriété observée sous le prisme de l'affectation et de la destination pourrait présenter un nouveau visage. On pourrait d'ailleurs être pris de vertige tant le sujet semble redoutable, car conceptuel, comparatif et d'une ampleur remarquable, puisqu'il mène a priori sur les sentiers de la propriété privée, de la propriété publique, de la propriété des biens corporels et incorporels, de celle des meubles et des immeubles, et sur le sentier aussi peut-être de biens spéciaux en raison de leur caractère primordial, essentiel.

Pour aborder un tel sujet, on trouve toutefois quelques guides : la doctrine française s'est en effet beaucoup intéressée à la propriété, beaucoup aussi à l'affectation et beaucoup encore à la destination. On pourrait alors avoir le sentiment de planter sur un terrain déjà bien labouré, mais en réalité, la doctrine s'est souvent intéressée, pour ce qui concerne l'affectation et la destination, non aux concepts envisagés dans leur généralité, mais plutôt à une grande variété de terrains d'études, qu'il s'agisse de l'urbanisme, de la copropriété des immeubles bâtis, de l'immobilisation par destination<sup>1</sup>. Et lorsque destination ou affectation sont étudiées de manière

---

\* Professeur à l'Université de Lyon Jean Moulin (Lyon 3).

<sup>1</sup> Voir notamment : François-Xavier TESTU, *L'influence de la destination des biens sur leur transmission successorale*, thèse de doctorat, Nanterre, École doctorale Droit et Science politique, Université de Paris X-Nanterre, 1983 ; Jacques FORESTIER, *La vente de l'immeuble loué ou le rôle de la destination en droit privé*, thèse de doctorat, Poitiers, École doctorale Pierre Couvrat, Université de Poitiers, 1994 ; Lionnel BOUERI, *La notion de destination en droit immobilier*, thèse de doctorat, Toulon, École doctorale Droit et Science politique, Université du Sud Toulon-Var, 1999 ; Serge RIDEL, *Essai sur la destination de l'immeuble en copropriété*, thèse de doctorat, Paris, École doctorale de droit privé, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1998 ; Ludovic BELFANTI, *La notion de destination de l'immeuble en copropriété*, thèse de doctorat, Montpellier, École doctorale Droit et Science politique, Université Montpellier I, 1999 ; Jocelyne SÉCHIER-

plus globale et conceptuelle, elles sont toujours rattachées aux biens<sup>2</sup> ou aux choses<sup>3</sup>. Ces mécanismes ne sont pas, ou plus rarement, rapprochés de la propriété.

Certes, évoquer l'affectation ou la destination des *biens*, c'est indirectement renvoyer aux *liens* qui peuvent naître à l'initiative des sujets de droit, donc au lien d'appropriation, ce lien primordial entre personne et chose dans nos sociétés occidentales. Les deux approches ne sont donc pas sans relations, mais confronter la propriété à l'affectation et à la destination, c'est aussi confronter ces concepts à un *droit*, celui d'exercer sur une chose un pouvoir dans la durée, total et exclusif.

2. Un tel sujet nécessite au préalable de s'entendre sur les concepts. L'écueil est évident s'agissant de la propriété, tant le débat doctrinal est riche à ce propos<sup>4</sup>. On ne saurait s'engager sur un tel terrain dans cette étude, dont l'objet est davantage de s'intéresser aux liens unissant propriété, affectation et destination qu'à la détermination abstraite de ce que recouvrent les trois concepts. Mais la démarche n'est pas neutre pour

---

DECHEVRENS, *Essai sur la notion d'immobilisation par destination*, thèse de doctorat, Lyon, École doctorale de droit, Université Jean Moulin Lyon III, 2005.

<sup>2</sup> Voir notamment les thèses de: Serge GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, t. 145, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1976; Jean-Patrice STORCK, *Recherches sur le rôle de la destination des biens en droit positif français*, thèse de doctorat, Strasbourg, École doctorale Droit, Science politique et histoire, Université de Strasbourg, 1979; Camille DREVEAU, *L'affectation de l'immeuble. Étude de droit des biens et de droit des contrats*, thèse de doctorat, Nantes, École doctorale Degest, Université de Nantes, 2008.

<sup>3</sup> Voir notamment: Romain BOFFA, *La destination de la chose*, t. 32, coll. « Doctorat & Notariat », Paris, Éditions Defrénois, 2008; Grégoire LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.*2000.47 (l'auteur s'intéresse à l'affectation en tant que critère et mesure de l'extracommercialité).

<sup>4</sup> Parmi de nombreux articles, voir: Marquis DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.*1905.443; Louis JOSSEMAN, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », dans *Mélanges juridiques, dédiés à M. le professeur Sugiyama*, Paris, Recueil Sirey, 1940, p. 95; André ROUAST, « Rapport provisoire de M. le professeur Rouast sur l'évolution du droit de propriété », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 1, Paris, Librairie Dalloz, 1945, p. 45; Frédéric ZÉNATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*1993.305; Frédéric ZÉNATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*2006.445; William DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.*2012.419; Gwendoline LARDEUX, « Qu'est-ce que la propriété? », *RTD civ.*2013.741.

autant, elle pourrait renouveler la réflexion sur ce qui constitue, en ce début de <sup>xxi</sup><sup>e</sup> siècle, les piliers de la propriété privée civiliste. Afin de mener cette étude, la propriété sera entendue dans un sens classiquement admis, comme le droit réel le plus complet exercé directement sur une chose, attribuant au propriétaire l'usage, la jouissance et la disposition de celle-ci, à titre exclusif et dans une perspective perpétuelle<sup>5</sup>.

3. Il reste cependant nécessaire de prendre position dans le débat qui concerne les notions d'affectation et de destination, moins connues et tout aussi controversées que celle de propriété.

L'étymologie respectivement de l'affectation et de la destination renvoie l'une à l'autre. L'affectation viendrait du radical du latin médiéval *affectatus* (<sup>xv</sup><sup>e</sup> s.), qui correspond à la « destination à un usage déterminé ». La destination viendrait quant à elle du latin médiéval *destinatio* (<sup>xii</sup><sup>e</sup> s.), qui renverrait d'une part à la finalité « ce pour quoi une personne ou une chose est faite », d'autre part à « l'affectation » au sens d' « emploi, d'usage et d'utilisation »<sup>6</sup>. Dans le langage courant, les deux termes semblent donc pour une large part se confondre, reposant tous deux sur le socle commun d'un « usage particulier » conféré à une chose ou à une personne.

La langue juridique n'est ni plus précise ni davantage et clairement distinctive.

---

<sup>5</sup> Voir: Jean-Louis BERGEL avec la collab. de Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI, *Les biens*, 2<sup>e</sup> éd., coll. « Traité de droit civil » sous la direction de Jacques GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 2010, n° 79 et suiv., p. 88 et suiv.; François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, n° 102 et suiv., p. 111 et suiv. Comparer avec Christian LARROUMET, *Droit civil*, 5<sup>e</sup> éd., t. 2 « Les biens, droits réels principaux », Paris, Éditions Economica, 2006, n° 195 et suiv., p. 103 et suiv.; Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3<sup>e</sup> éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2008, n° 163 et suiv., p. 259 et suiv.

<sup>6</sup> *Le Nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 2012, p. 713, <sup>1</sup><sup>o</sup> « destination ». Le *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., voit dans la destination « l'emploi auquel une chose doit être affectée » et dans l'affectation la « désignation de l'usage qui doit être fait [...] d'un bien ». Les définitions retenues plus spécialement pour la matière juridique sont très proches, renvoyant à un « usage déterminé ». Voir également: S. GUINCHARD, préc., note 2.

Quant à l'affectation, soit le mot est ignoré dans un sens générique<sup>7</sup>, soit il jaillit dans toutes ses dimensions<sup>8</sup> avec, en bonne place – au titre du « sens général » – la « détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé ». L'affectation semble alors se situer au cœur du droit des biens, attachée aux biens et seulement « par extension »<sup>9</sup> aux personnes.

Quant à la destination, il s'agirait de « l'utilisation d'un bien à un usage particulier qui permet de déterminer sa nature juridique »<sup>10</sup>, ou encore de « la norme d'usage d'une chose déclenchant le régime juridique approprié »<sup>11</sup>. La destination, selon ces ouvrages, commanderait la nature ou le régime juridique des biens. Le *Vocabulaire juridique* publié par l'association Henri Capitant établit, quant à lui, d'intéressantes distinctions : la destination peut renvoyer au « but poursuivi » dans un acte juridique : il s'agit alors de la « finalité imprimée à un accord », tout comme elle peut correspondre, « plus concrètement », à un « usage auquel une chose est affectée ». Il y aurait dès lors une destination concrète, qui renverrait à l'usage, et une destination plus abstraite, qui renverrait à la finalité. Ces deux acceptions n'auraient pas le même domaine, la première concernerait la destination des choses, la seconde viserait la destination imprimée à un accord juridique. Il reste qu'une chose peut constituer l'objet d'un accord, et qu'ainsi les deux acceptions pourraient se rencontrer.

Ces lectures laissent l'impression mitigée d'un certain flou des concepts. Affectation et destination sont soit confondues<sup>12</sup>, soit distin-

<sup>7</sup> Et ainsi seulement appliqué au domaine des finances publiques (affectation des recettes) : Rémy CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2014, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions LexisNexis, 2013, p. 20, *vo* « affectation ».

<sup>8</sup> Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2011, p. 40 et 41, *vo* « affectation ». Sont envisagés le droit administratif des biens, le droit de la fonction publique, le droit des finances publiques, le droit des libéralités, le droit des sûretés, la procédure civile, le droit fiscal ou encore le droit de la concurrence.

<sup>9</sup> *Id.* Le *Lexique des termes juridiques* retient quant à lui, au titre du droit civil, un « procédé technique original d'utilisation des biens qui consiste à soumettre ceux-ci à un usage précis » [Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 40], et distingue l'affectation personnelle de l'affectation réelle, selon qu'il s'agit de protéger les intérêts d'une ou plusieurs personnes ou d'exploiter des biens indépendamment des intérêts d'une personne déterminée.

<sup>10</sup> R. CABRILLAC (dir.), *préc.*, note 7, *vo* « destination ».

<sup>11</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *préc.*, note 9, p. 316, *vo* « destination ».

<sup>12</sup> Par exemple, S. GUINCHARD, *préc.*, note 2, les tient pour synonymes.

guées<sup>13</sup>, mais sans que l'on puisse percevoir une unité des sens respectivement accordés à ces deux notions. Il apparaît toutefois que les définitions proposées tournent autour de deux idées principales : l'usage et la finalité, deux perspectives bien différentes, l'usage étant ancré dans la réalité, la finalité plongeant ses racines dans l'esprit (de celui qui la détermine). Ainsi, on peut considérer que la destination renvoie à *l'usage déterminé d'une chose* et que l'affectation renvoie à *la finalité qui est donnée à cet usage*. L'autonomie des deux concepts est donc relative, ils ont clairement à voir l'un avec l'autre. Mais les deux ne se confondent pas : l'usage d'une même chose peut avoir plusieurs finalités et la finalité conférée à une chose peut se concrétiser par divers usages. C'est en ce sens que nous tranchons le débat sémantique, ce qui permettra d'éclairer les propos qui vont suivre de la distinction essentielle entre l'usage et la finalité de l'usage.

4. Derrière l'affectation et la destination se profile en effet *l'usage*, au cœur de ces concepts. Or, derrière l'usage apparaît *la propriété* appréhendée dans l'une de ses utilités. Derrière l'affectation se dessine aussi *la finalité*, et derrière la finalité se révèle l'intention, *la volonté*<sup>14</sup>, et derrière la volonté, toute la problématique de *la liberté*<sup>15</sup>. Cette liberté qu'une partie de la doctrine place au cœur même du concept de propriété<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Par exemple pour Robert GARRON, « Influence de la destination sur le régime juridique des droits », D.S. 1965.32.191, 192 (n° 5), il convient de distinguer destination spécifique des droits et destination spécifique des choses. La première s'entend de la finalité particulière des droits, la seconde de l'affectation matérielle des choses. Pour une critique de cette position, voir : S. GUINCHARD, préc., note 2.

<sup>14</sup> Voir cependant Raymond SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoires et théories*, 1910, rééd. en 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions La mémoire du droit, 2003, dix-neuvième leçon, p. 470 et suiv., qui expose la théorie anti-volontariste de Ihering selon lequel « Être un sujet de droit, c'est être le sujet d'intérêts protégés par le droit. Le droit n'est pas une dépendance de la volonté ; c'est la volonté qui est une dépendance du droit, en ce sens que c'est elle qui est au service du droit » (*id.*, p. 470). Saleilles en déduit que pour Ihering, « le droit n'appartient jamais qu'à ses destinataires », voire dans certains cas à leur « destination », à leur « affectation idéale » (*id.*, p. 471). La destination est alors totalement détachée de la volonté. Additionnellement, sur les relations entre affectation et volonté : Caroline CASSAGNABÈRE, « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », (2013) 2 *Rev. jur. de l'Ouest* 159.

<sup>15</sup> R. BOFFA, préc., note 3, p. 35 : « La liberté d'user du bien et de fixer sa destination est donc une composante essentielle du droit de propriété ».

<sup>16</sup> Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 9 « Traité de la distinction des biens », vol. 1, Paris, Éditions Lahure, 1881, n° 555, p. 471 (qui évoque « le régime commun et normal du droit de propriété considéré dans la plénitude de sa liberté ») ; F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 5, n° 165, p. 261 ; Yves STRICKLER, *Les biens*, coll.

« Propriété, affectation, destination » renvoie donc inévitablement aux liens qui existent, en droit positif, entre la propriété, l'usage et la finalité.

Ce sujet a ainsi cela de riche qu'il mène tout aussi bien à la réalité de l'usage des biens qu'à l'abstraction des concepts, mais toujours à partir du constat du rôle nécessaire et essentiel de la volonté du titulaire du droit de propriété. L'usage essentiel des choses marque le lien nécessaire entre le droit de propriété et ses manifestations concrètes. La volonté du propriétaire constitue traditionnellement le vecteur de ce lien ancré dans la réalité entre propriété, affectation et destination, par la détermination d'une finalité associée à l'usage.

Dès lors que la finalité se détache de l'usage, dès lors que ce lien s'étioule ou disparaît, peut-on encore caractériser la propriété? La volonté du propriétaire serait alors source d'une propriété intrinsèquement « affectée », potentiellement privée d'usage, marquée d'une utilité économique plus abstraite. L'affectation détachée de l'usage a-t-elle encore un sens?

L'étude des liens entre propriété, affectation et destination, intéresse ainsi tant la propriété tournée vers l'usage, que la propriété centrée sur elle-même, cette « propriété affectée » dont on n'est pas certain qu'elle puisse facilement se rattacher à la propriété telle qu'entendue classiquement.

L'usage finalisé agit ainsi tel un révélateur du lien propriété-affectation-destination (I), tandis que la finalité sans usage perturbe sans aucun doute ce même lien (II), ce qui peut conduire le juriste à s'interroger sur le rôle que l'affectation tient désormais dans la propriété moderne.

---

« Thémis Droit », Paris, P.U.F., 2006, n° 223, p. 303 et 304 (la propriété est « la manifestation dans l'ordre des biens de la liberté du propriétaire »); Christian ATIAS, *Droit civil. Les biens*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Litec, 2011, n° 106, p. 90 et 91 et n° 115, p. 98; Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, coll. « Thémis Droit », Paris, P.U.F., 2013, p. 274 (qui présente la propriété comme « élevée au rang de droit de l'homme » et composant « la face patrimoniale de la liberté », en référence à Jean Carbonnier); Rémy LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1<sup>re</sup> partie) », *Rép. Defrénois*.2007.15.1094, 1112 et 1113 (n° 22) (« c'est précisément par la liberté que la propriété se définit »).

## I. L'usage finalisé, révélation du lien propriété-affectation-destination

5. Le lien propriété-affectation-destination est éminemment marqué de la volonté du propriétaire : c'est elle qui permet à l'usage d'une chose de se manifester, c'est elle qui imprime à l'usage la finalité souhaitée. La volonté apparaît ainsi comme le vecteur du lien propriété-affectation-destination.

Est-ce à dire qu'elle soit omnipotente ? Cette question liminaire doit être résolue. En d'autres termes, affectation et destination sont-elles des mécanismes totalement subjectifs, ou empreints également de caractères objectifs ? Plusieurs auteurs se sont intéressés à cette question importante ; ils ne lui ont pas tous donné la même réponse<sup>17</sup>.

Il semble difficile d'écarter tout élément objectif des mécanismes d'affectation ou de destination, du moins dans le contexte spécifique du droit des biens. En effet, chaque chose a une utilité « naturelle », qui découle de la nécessité même de sa création : l'Homme s'est attaché à imaginer et à fabriquer des choses utiles, aptes à répondre à un besoin prédéterminé<sup>18</sup>. Toute chose porte ainsi en elle-même *la nécessité de son existence*, cette « utilité originelle » qui peut certes, par la suite, être détournée<sup>19</sup>, mais que l'on ne peut totalement ignorer dans bien des hypothèses : les tapis ne

<sup>17</sup> Comparer J. SÉCHIER-DECHEVRENS, préc., note 1, n° 156 et suiv., p. 122 et suiv. (qui défend une conception totalement subjective de la destination) ; R. BOFFA, préc., note 3, n° 14, p. 14 et n° 16 et suiv., p. 17 et suiv. qui voit dans les « forces créatrices de la destination » une interaction entre subjectivisme et objectivisme, de même que S. GUINCHARD, préc., note 2.

<sup>18</sup> L'utilité des choses doit ici être entendue dans un sens large, qui inclut les œuvres d'art : objets magnifiquement « inutiles » ou dont l'utilité se révèle par le reflet qu'elles autorisent des sentiments de l'artiste ou de sa perception du monde.

<sup>19</sup> C'est, par exemple, toute la problématique du *ready made* dans l'art contemporain, objets utilitaires marqués de la personnalité de l'auteur tel l'urinoir renversé de Marcel Duchamp qui constitue son œuvre « fountain ». Voir notamment : Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 8<sup>e</sup> éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2012, n° 94, p. 108 ; Édouard TREPPOZ, « La réception des formes modernes de l'art par le droit d'auteur », dans Alexandra BENSAMOUN et Françoise LABARTHE (dir.), *L'art en mouvement : regards de droit privé*, Paris, Éditions Mare et Martin, 2013, p. 156, à la p. 159 (l'auteur souligne alors le « déplacement du centre de gravité de la création de la main vers l'esprit, de la composition vers l'idée ») ; Bernard EDELMAN, « La main et l'esprit », D. 1980.643.

volent pas, les boulets de canon ne flottent pas<sup>20</sup>. Chaque objet porte ainsi en lui les limites de son usage et, conséquemment, les limites objectives de son affectation.

Cernée de telles limites, quels sont alors les sources et caractères de la volonté «propriétaire»<sup>21</sup>(A)? Et quelles vertus peut-on reconnaître au lien entre propriété, affectation et destination (B)?

## A. Sources et caractères de la volonté «propriétaire»

6. Bien que parfois contrainte par la loi, la volonté de destiner et d'affecter émane toujours du titulaire du droit de propriété (1). La question de la distanciation du lien propriété-affectation-destination peut en outre se poser lorsque cette volonté rejette l'usage au point d'abandonner le bien (2); celle du renouvellement du lien peut être envisagée lorsque la volonté «propriétaire», confrontée au temps, tend à perdre son souffle au risque de disparaître (3).

### 1. Légitimité de la volonté «propriétaire»

7. Le droit de propriété privée, protégé par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>22</sup> et reconnu comme droit fondamental par le Conseil constitutionnel<sup>23</sup>, confère à son titulaire

<sup>20</sup> C'est ainsi qu'un auteur souligne que «[l]'être fondamental d'une maison est d'être un abri» et que «c'est par cette fin-là – être un abri – que la maison intéresse celui qui l'utilise pour l'habiter», afin d'éclairer la pensée d'Aristote, fondamentalement attaché à la valeur d'usage des choses : Gilbert ROMEYER-DHERBEY, «Chose, cause et œuvre chez Aristote», dans Michel VILLEY (dir.), *Les biens et les choses en droit*, t. 24, coll. «Archives de philosophie du droit», Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 127, à la page 136, tel que cité dans William DROSS, *Droit civil. Les choses*, Paris, L.G.D.J., 2012, n° 9-1, p. 13.

<sup>21</sup> Le terme est entendu ici comme renvoyant à la propriété, au propriétaire. On le trouve employé dans divers sens au Québec tandis que, dans la langue française, il s'agit plutôt d'un néologisme.

<sup>22</sup> *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, tel qu'amendé par le Protocole n° 11*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 9, art. 1, en ligne : <<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/009.htm>> (site consulté le 10 juin 2014).

<sup>23</sup> Voir notamment la décision emblématique du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982 : Cons. const., Affaire n° 81-132 DC (16 janvier 1982), en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1982/81-132-dc/decision-n-81-132-dc-du-16-janvier->

la légitimité de décider de l'affectation et de la destination des biens qui lui appartiennent. Du moins est-ce là l'approche occidentale classique de la propriété privée, dont il faut mesurer la relativité sous un prisme élargi<sup>24</sup>.

Dans cette perspective, le propriétaire est en effet titulaire de prérogatives sur le bien, qui s'avèrent être l'écho de l'affectation et de la destination: *maître idéalement absolu sur sa chose*<sup>25</sup>, il peut choisir les usages conférés à celle-ci, accorder cet usage à un tiers et déterminer le but dans lequel l'usage sera exercé. C'est sans doute la raison pour laquelle le droit public a lui aussi, très tôt, établi un lien puissant entre propriété et affectation, pour conceptualiser la propriété publique<sup>26</sup>.

De ce point de vue, affectation et destination semblent faire écho aux attributs traditionnellement attachés au droit de propriété dans les systèmes de droit civil: décider ce que l'on va faire de son bien, à quoi il peut servir, qui peut en user et pour quelle finalité objective ou subjective, constitue l'une des actions essentielles que le propriétaire peut exercer sur

---

1982.7986.html> (site consulté le 10 juin 2014); Pierre BON, « Le statut constitutionnel du droit de propriété », (1989) 5 *R.F.D.A.* 1009 (à propos de la décision du Cons. const. n° 89-256 DC, 25 juill. 1989, sur l'expropriation d'extrême urgence).

<sup>24</sup> Voir: *infra*, n° 12.

<sup>25</sup> Voir: C. civ., art. 544.

<sup>26</sup> La notion de propriété publique fait elle-même débat dans la doctrine publiciste. Il est certain que l'affectation est un élément central de ce débat, dans la mesure où celle-ci est un élément de la définition du domaine public, lui-même étant constitué des biens « appartenant » à une personne publique (voir: Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2111-1: « le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public »). Hauriou avait réconcilié au début du *xx<sup>e</sup>* siècle la propriété publique et l'affectation dans son *Précis de droit administratif*, puisqu'il définissait la première à l'aide de deux éléments cumulatifs, l'affectation à l'usage public et l'appartenance aux personnes publiques. Mais la discussion s'est poursuivie depuis autour de la question de savoir si l'affectation constitue véritablement un critère de la propriété publique ou bien plutôt un critère de la domanialité publique, les deux étant néanmoins fortement liés. Sur les diverses théories qui ont été défendues à ce propos (M. Hauriou, R. Capitant, A. de Laubadère, M. Waline), voir en particulier: Philippe YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, t. 191, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, L.G.D.J., 1997, p. 23 et suiv.; Jacqueline MORAND-DEVILLER, « Domaine public, affectation, copropriété », (1995) 17 *R.D.I.* 457.

le bien qui lui appartient, aux côtés de celle de disposer de son bien<sup>27</sup>. La volonté «propriétaire» confère ainsi à la propriété privée *le sens* qui lui ferait défaut si la chose ne restait qu'un objet dépourvu de toute finalité. C'est alors que se révèle et se concrétise le lien qui fait passer l'objet du statut de chose à celui de bien approprié.

8. Est-ce à dire que nul autre que le propriétaire ne serait légitime à destiner et affecter ?

C'est sans doute la conclusion à laquelle il convient d'aboutir pour ce qui concerne l'affectation : ceux qui ont simplement l'usage du bien, que cet usage résulte d'un droit personnel qui leur a été conféré (locataire, emprunteur...) ou qu'il découle d'un droit réel (usufruit, servitude...), doivent respecter la finalité donnée à cet usage<sup>28</sup>, telle qu'elle résulte de la convention passée avec le propriétaire<sup>29</sup>. Et l'on peut supposer que la volonté du propriétaire prime celle de l'usager lors de la négociation de la convention conclue entre eux, car le propriétaire reste maître de sa chose. Il reste qu'une fois déterminée par convention, et sur le fondement

<sup>27</sup> Voir : Mikhaïl XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, coll. « Fondements de la politique », Paris, P.U.F., 2004, qui évoque « la puissance de gouverner du propriétaire » (*id.*, p. 93), et relève que le titulaire du droit de propriété est « un sujet, c'est-à-dire une personne dotée de volonté et de la faculté de gouverner ses biens [...] : la volonté du sujet propriétaire n'est pas seulement subjective, elle est objective ou, plus exactement, elle doit s'objectiver dans ses actes » (*id.*, p. 134).

<sup>28</sup> Bien que l'article 544 du Code civil tende à assimiler jouissance et usage d'un bien, la préservation de l'autonomie conceptuelle des deux termes présente un intérêt particulier dans cette étude. Il n'est question ici que de l'usage des biens (s'en servir), non de la jouissance au sens de la perception de leurs fruits (sur la distinction, voir notamment : J.-L. BERGEL avec la collab. de M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 5, n° 81 et suiv., p. 91 et suiv. Comparer C. LARROUMET, préc., note 5, n° 221 et suiv., p. 119 et suiv., qui inclut *usus* et *fructus* sous le terme de « jouissance »).

<sup>29</sup> Le cas particulier de l'usucapion sera envisagé : *Infra*, n° 12. Sur l'usufruit, voir les observations de Mme G. LARDEUX, préc., note 4, 755 et suiv. (n° 15 et suiv.). À propos des servitudes, le caractère réel du droit d'usage exercé par le propriétaire du fonds dominant – droit attaché au fonds lui-même – permet de justifier qu'une convention ancienne, voire ancestrale, puisse fonder l'usage. Il reste que cet usage repose effectivement sur la volonté exprimée du propriétaire du fonds servant qui a conclu la convention originelle, sous réserve d'éventuelles évolutions de l'exercice ou de l'assiette de la servitude par l'effet d'une nouvelle convention qui serait conclue par l'un des propriétaires successifs, ou par l'action de la jurisprudence, qui tient compte, dans une certaine mesure, des évolutions techniques ; voir : Christian ATIAS, « La mutabilité des servitudes conventionnelles », *RTD civ.*1979.245.

de l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, le propriétaire doit lui aussi respecter l'affectation conférée au bien dont un autre à l'usage. La jurisprudence a ainsi reconnu, très logiquement, que le nu-propriétaire ne pouvait modifier unilatéralement l'affectation du bien objet de l'usufruit<sup>30</sup>.

L'affectation peut, parfois, être déterminée par la loi, mais elle est en tout état de cause imposée à l'usager direct du bien par le vecteur de la convention qu'il conclut avec le propriétaire<sup>31</sup>. Quant à ce dernier, on peut considérer qu'il a fait acte de volonté en acquérant un bien dont il sait qu'il va devoir respecter l'affectation légalement déterminée<sup>32</sup>.

La destination, en revanche, c'est-à-dire l'usage déterminé d'un bien dans ses diverses fonctionnalités, ne relève pas forcément et exclusivement de la volonté du propriétaire. Elle peut en relever, si la convention conférant le droit d'usage précise de manière détaillée les contours de l'usage (dans l'hypothèse d'un prêt); elle peut au contraire laisser à l'usager une relative latitude dans l'exercice de son droit: dans ce cas, la destination trouve ses limites dans l'affectation. Ainsi d'une maison indépendante affectée à un usage d'habitation, donnée à bail à un preneur qui pourra déterminer l'usage précis des pièces, du jardin etc., mais toujours dans le respect de l'habitation des lieux. Avec un auteur, on soulignera que le preneur est, dans bien des hypothèses, le seul usager direct de la chose, il « connaît la chose dans son originalité concrète, il y mêle sa vie, y applique son activité, l'associe à ses projets. C'est entre ses mains que la propriété a toute sa signification humaine »<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, pourvoi n° 71-14664, 28 nov. 1972, *Bull. civ.* I, n° 264 (« affectation traditionnelle de ces biens à la chasse », défrichement et pose d'une clôture par les nu-propriétaires empêchant le passage des animaux). Voir aussi: C. civ., art. 599 al. 1.

<sup>31</sup> On peut prendre pour exemple les servitudes d'utilité publique, qui apportent des limitations à l'exploitation d'une propriété privée pour des raisons d'intérêt général, tel l'article L. 160-6 du Code de l'urbanisme (C. urb.), qui grève les propriétés privées riveraines du domaine public maritime d'une servitude de passage piétonnier sur une bande de trois mètres de largeur.

<sup>32</sup> Voir: *infra*, n° 14. L'intervention du législateur sur l'affectation même du bien, qui serait imposée au propriétaire *actuel* du bien, reste exceptionnelle. Le cas topique est le P.L.U. (Plan local d'urbanisme), qui peut être modifié par une décision des pouvoirs publics et s'impose alors aux propriétaires actuels et futurs de l'immeuble.

<sup>33</sup> René THÉRY, « De l'utilisation à la propriété des choses », dans *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. 2 « La propriété, Contrats et obligations, La vie économique », Paris, L.G.D.J., 1950, p. 17, à la page 29.

Le propriétaire est donc la seule source légitime de volonté d'affectation, que cette volonté soit directe (volonté déterminante) ou indirecte (volonté acceptante des termes de la loi). Il est aussi la première source légitime de volonté de la destination du bien, bien qu'il puisse décider d'exprimer cette volonté plus ou moins strictement dans ses rapports avec la personne qui en aura l'usage effectif, s'il y a lieu. Il reste que la volonté « propriétaire » n'est pas toujours unique, elle peut parfois être duale, voire multiple.

9. La propriété dite collective multiplie en effet les sources, démultiplie les volontés. On peut prendre pour exemple la copropriété des immeubles bâtis, dont le régime est issu de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965. Le statut de la copropriété des immeubles bâtis s'intéresse en effet à un double titre à la « destination », celle de l'immeuble en copropriété et celle des parties privatives<sup>34</sup>. La destination des parties privatives résulte de la volonté de chaque copropriétaire sur ses propres parties privatives, mais dans le respect de la destination de l'immeuble. La destination de l'immeuble<sup>35</sup>, quant à elle, est déterminée par l'ensemble des copropriétaires fondateurs de la copropriété ou accueillis par la suite, et en cela, elle résulte bien de leur volonté cette fois collective<sup>36</sup>.

On a ainsi pu dire que la destination des parties privatives va « se répercuter en écho dans la destination de l'immeuble »<sup>37</sup>. Certains y voient un cercle vicieux, car la volonté de chaque copropriétaire sur ses parties privatives vient alimenter la source de la volonté collective<sup>38</sup>, mais dans le même temps, la destination de l'immeuble vient limiter la liberté du copropriétaire quant à la détermination de la destination de ses parties privatives, ainsi que ses pouvoirs lorsqu'il entend faire des travaux ou

<sup>34</sup> Voir : *Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis*, J.O. 11 juillet 1965, p. 5950, art. 8, 9, 24-26, 28, 30 et 34.

<sup>35</sup> Sur les origines du concept, voir : Constantin MICHALOPOULOS, « Origines de la copropriété et évolution de la notion de destination de l'immeuble », (1995) 17 *R.D.I.* 409.

<sup>36</sup> Le règlement de copropriété est l'un des éléments de détermination de la destination de l'immeuble. Voir : Claude LOMBOIS, *Statut de la copropriété des immeubles bâtis. Textes et commentaire de la loi n° 65-577 du 10 Juillet 1965 et du décret d'application n° 67-223 du 17 mars 1967*, Paris, Éditions Dalloz, 1967, n° 4, p. 17 ; Daniel SIZAIRE, « La détermination contractuelle de la destination de l'immeuble », (1995) 17 *R.D.I.* 415.

<sup>37</sup> Voir : Jean-Luc AUBERT, « Essai de synthèse sur la destination de l'immeuble », (1995) 17 *R.D.I.* 469.

<sup>38</sup> Voir : J.-L. BERGEL avec la collab. de M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 5, n° 588, p. 589 ; D. SIZAIRE, préc., note 36.

diviser son lot. Selon Jean-Luc Aubert, il s'agirait d'une idée fausse : en réalité, « l'individuel doit s'incliner devant le collectif »<sup>39</sup>. Il faut sans doute adhérer à cette analyse, en considérant qu'un faisceau de volontés distinctes va se fédérer dans la notion de destination de l'immeuble. On perçoit ici une confrontation de volontés « propriétales », celle du copropriétaire et celle de la copropriété, la seconde primant la première en cas de conflit<sup>40</sup>. L'exemple est très riche, nous y reviendrons<sup>41</sup>.

S'agit-il toutefois véritablement de *destination* dans l'un et l'autre cas (destination de l'immeuble et destination des parties privatives)? On perçoit, avec cet exemple, les limites des tentatives de définitions que l'on a faites précédemment, à un double point de vue. D'une part, on peut considérer que ce que le statut de la copropriété des immeubles bâtis appelle la destination de l'immeuble se rattache plutôt au concept d'affectation, car le but du syndicat des copropriétaires, lors de la définition de la destination de l'immeuble, est bien plus de préciser la finalité de l'usage de l'immeuble (habiter, faire du commerce, exercer une profession libérale, imposer une clause d'habitation bourgeoise...), que son usage proprement dit. Le copropriétaire, quant à lui, imprime sur ses parties privatives un usage déterminé respectueux de l'affectation collective de l'immeuble<sup>42</sup>. Il est dès lors logique que l'affectation collective prime la destination personnelle, que la finalité de la propriété de tous prime l'usage découlant d'une propriété privative<sup>43</sup>. Il faut souligner, d'autre part, que la « destination de l'immeuble » (son affectation plutôt) présente un « caractère composite »<sup>44</sup>, en ce sens qu'elle résulte aussi d'éléments objectifs, d'ordres

<sup>39</sup> Voir : J.-L. AUBERT, préc., note 37, 471.

<sup>40</sup> Voir : *Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965*, préc., note 34, art. 9, qui énonce que chaque copropriétaire peut user et jouir librement de ses parties privatives et des parties communes dans le respect de la destination de l'immeuble.

<sup>41</sup> *Infra*, n° 14.

<sup>42</sup> Par exemple, si l'immeuble est destiné à l'habitation, tel copropriétaire peut librement décider que sa partie privative comportera trois pièces, tel autre que sa partie privative en comportera seulement deux, etc. En revanche, le changement d'affectation des parties privatives est contrôlé par les juges (voir : Edith KISCHINEWSKY-BROQUISSE, « Destination de l'immeuble et affectation des parties privatives », (1995) 17 *R.D.I.* 421, 425 et suiv.).

<sup>43</sup> Et cela vaut aussi à l'égard du droit du copropriétaire de disposer de son lot : en ce sens, Henri SOULEAU, « Le droit de disposer d'un lot dans un immeuble en copropriété », dans *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Éditions Defrénois, 1979, p. 409, aux pages 409 et suiv.

<sup>44</sup> Voir : J.-L. AUBERT, préc., note 37, 470. Voir aussi : *supra*, note 37.

physique, sociologique, réglementaire. La volonté collective est donc bien présente, mais elle est en quelque sorte encadrée par des éléments qui lui sont extérieurs<sup>45</sup>.

Cet exemple vérifie donc pleinement l'idée selon laquelle la volonté du titulaire d'un droit de propriété privée constitue le vecteur principal du lien propriété-affectation-destination, y compris lorsque la volonté d'un titulaire se double de celle, exprimée collectivement, des co-titulaires.

## 2. La volonté négative ou l'éclatement du lien propriété-affectation-destination

10. La volonté « propriétaire » d'affecter ou de destiner peut sans doute s'exprimer de différentes manières, selon que le bien est un meuble ou un immeuble.

Pour certains meubles, une difficulté de preuve peut parfois surgir, par exemple dans l'hypothèse des biens affectés à la catégorie des souvenirs de famille, au demeurant soumis à un régime juridique particulier de propriété, voire de copropriété familiale<sup>46</sup>. La doctrine insiste tout particulièrement sur « l'affectation familiale » réservée à ces objets<sup>47</sup>. Pour ce qui concerne les immeubles, la question du changement de destination en droit de l'urbanisme donne lieu à une jurisprudence et à une littérature

<sup>45</sup> Ainsi que nous l'avons envisagé (*supra* n° 5).

<sup>46</sup> La nature juridique des droits du membre de la famille qui se voit attribuer la conservation de ces objets est très discutée : s'agit-il d'une propriété ordinaire ou d'une propriété dépourvue de son caractère exclusif (C. LARROUMET, préc., note 5, n° 210, p. 111-113), d'une copropriété indivise familiale échappant au droit commun de l'indivision (F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 5, n° 771, p. 688 et 689), d'une propriété de la famille envisagée en tant que personne morale (René DEMOGUE, « Les souvenirs de famille et leur condition juridique », *RTD civ.* 1928.27 ; René SAVATIER, « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *D.H.* 1939.49). La jurisprudence retient plutôt que l'attributaire des souvenirs de famille est un dépositaire (Civ. 1<sup>re</sup>, pourvoi n° 76-10561, 21 février 1978, *Bull. civ.* I, p. 60 ; Civ. 1<sup>re</sup>, pourvoi n° 92-21993, 29 nov. 1994, *Bull. civ.* I, p. 255), ce qui exclut toute appropriation individuelle : René SAVATIER, « Observations sous Req. 30 juin 1942 », *J.C.P. éd. G.* 1943.II.2254, n° II(B).

<sup>47</sup> Voir notamment : S. GUINCHARD, préc., note 2, n° 173, p. 148 ; Jean-François BARBIÉRI, « Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique ? », *J.C.P. éd. G.* 1984.I.3156, n° 23 ; C. LARROUMET, préc., note 5, n° 210, p. 111-113 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 5, n° 771, p. 688.

abondantes<sup>48</sup>, tant il a été difficile, pendant longtemps, de déterminer les critères d'un tel changement, soumis au permis de construire ou à la déclaration préalable<sup>49</sup>. La volonté « propriétaire » d'affecter le bien à l'habitation, le commerce etc., s'exprime seulement à la source du changement, par la décision d'effectuer des travaux qui auront pour effet de transformer l'usage de l'immeuble. Le changement est ensuite caractérisé par la loi à l'aide d'éléments objectifs, physiques.

Mais la question sans doute la plus intéressante est celle de savoir s'il faut considérer comme l'expression de la volonté d'affecter ou de destiner la seule volonté positive, ou bien si l'on peut aussi prendre en considération une volonté négative, au sens de celle qui nierait au bien toute affectation et toute destination. C'est aborder là des problématiques sensibles, d'une part celle de l'absolutisme du droit de propriété, qui va jusqu'à accorder au propriétaire le pouvoir de détruire sa chose ou de n'en rien faire, d'autre part, celle de la perpétuité du droit de propriété.

Doit-on considérer que ne rien faire de sa chose pourrait constituer une forme d'affectation? Une finalité vide de tout usage désiré est-elle encore une affectation? Cette question n'est pas sans implications pratiques, par exemple dans l'hypothèse de la vacance d'un immeuble. Selon la réponse apportée à cette question, le lien est préservé, ou au contraire distendu, entre propriété, affectation et destination. Il n'y aurait peut-être plus systématisme du lien, certaines formes de propriétés n'auraient aucune affectation, aucune destination. À moins de considérer que la simple conservation d'un bien serait en elle-même une forme d'affectation, mais alors sans destination, sans usage déterminé. Ou encore pourrait-on considérer que dès lors que le lien se rompt, la propriété n'est plus<sup>50</sup>? On aborde là les frontières des concepts d'affectation et de destination en regard du droit de propriété, et les limites des liens entre la notion même de propriété et l'utilité économique du bien approprié.

<sup>48</sup> Voir: Jean-Bernard AUBY, Hugues PÉRINET-MARQUET et Rozen NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 9<sup>e</sup> éd., coll. « Domat Droit Public/Privé », Paris, Éditions Montchrestien, 2012, n° 846; Sylvain PÉRIGNON, « Changement de destination et changement d'affectation », dans *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, Éditions du Moniteur, 2003, p. 33.

<sup>49</sup> À présent, le Code de l'urbanisme définit le changement de destination par renvoi aux diverses destinations qui figurent à l'article R. 123-9 telles que « bureaux, commerce, habitation, entrepôt, etc. ». Voir: C. urb., art. R. 421-15 et suiv.

<sup>50</sup> Cette question doit être confrontée à nos conclusions: *infra*, n° 26.

11. La question de l'abandon d'un bien permet d'illustrer ces limites : paroxysme de l'affectation ou ... de la désaffectation ? La question paraît subtile. En premier lieu, se désintéresser d'un bien ne constitue pas forcément un abandon, car la propriété a vocation à la perpétuité et ne suppose pas un usage effectif de la chose. L'abandon serait donc plus que le désintérêt<sup>51</sup>, il faut y percevoir l'intention, un acte volontaire du propriétaire. En second lieu, il arrive qu'un propriétaire décide d'abdiquer la propriété au profit d'une personne déterminée, par exemple dans le cas de l'abandon de mitoyenneté<sup>52</sup>. L'intention est ici encore davantage caractérisée.

La finalité d'abandon, cette finalité de perte volontaire du droit de propriété et de libération de toutes charges afférentes à la chose, est ainsi bien présente dans l'acte unilatéral d'abandon<sup>53</sup>, qui révèle en outre la volonté négative du propriétaire de ne pas transférer la propriété du bien, de laisser simplement autrui s'approprier la chose abandonnée.

Le lien propriété-affectation-destination explose alors, car la question de l'usage du bien n'a plus lieu d'être, seule compte l'intention d'abdiquer du propriétaire, plus ou moins précise sur le sort du bien abandonné. Seule subsiste alors l'affectation, toujours attachée au droit de propriété, mais dans une acception dérivée, négative, comme finalité d'un non-usage du bien confinant à la possible extinction du droit de propriété lui-même<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Il arrive que le législateur s'insurge contre un tel désintérêt et décide l'expropriation. Voir : *Code général des collectivités territoriales*, art. L. 2243-1 et suiv., qui autorise l'expropriation au motif de « l'abandon manifeste » de l'immeuble (absence d'entretien et d'occupation), au profit de la commune du lieu de situation de l'immeuble.

<sup>52</sup> Voir : C. civ., art. 656. La mitoyenneté s'analyse généralement en une forme de copropriété, une propriété indivise perpétuelle. J.-L. BERGEL avec la collab. de M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 5, n° 508, p. 582.

<sup>53</sup> Voir : Civ. 3<sup>e</sup>, pourvoi n° 86-13500, 10 nov. 1987 ; Civ. 3<sup>e</sup>, pourvoi n° 90-14066, 1<sup>er</sup> avril 1992, *Bull. civ.* III, p. 70 ; Élodie MAISON, *L'abandon de la propriété*, thèse de doctorat, Paris, École doctorale de droit privé, Université Paris 1, 2009, p. 15 et suiv. Pour une réflexion sur le « mésusage » de la chose dans ses diverses formes, notamment celle de l'abandon, voir : M. XIFARAS, préc. note 27, p. 114 et suiv.

<sup>54</sup> Il faut, à ce propos, distinguer le sort des meubles et des immeubles. Pour ce qui concerne les immeubles, la volonté du propriétaire d'abandonner le bien ne peut mener à une extinction du droit de propriété, la commune ou l'État devenant le nouveau propriétaire de l'immeuble (C. civ., art. 713). Il en va de même, plus largement, pour les successions abandonnées, qui reviennent à l'État (C. civ., art. 539). Pour ce qui concerne les meubles, en revanche, la volonté d'abandon peut mener à l'extinction du

Il y a là un nouvel élément qui permet de considérer qu'affectation et propriété sont unies par des liens indissolubles, que l'affectation serait de l'essence de la propriété, au contraire de la destination, qui renverrait seulement à l'un des attributs du propriétaire.

### 3. Volonté et temporalité ou le renouvellement du lien propriété-affectation-destination

12. Quels sont les rapports au temps de la volonté d'affecter ou de destiner ?

Un auteur considère que la temporalité se situe au cœur de la distinction entre affectation et destination. Selon M. Boffa, en effet, la destination serait le résultat permanent vers lequel l'usage de la chose doit tendre, alors que l'affectation serait la soumission actuelle d'une chose à un usage déterminé<sup>55</sup>. Cette approche marque en tout état de cause l'intérêt d'observer les effets du temps sur le lien propriété-affectation-destination.

**Anticipation de l'affectation** – La volonté du propriétaire d'affecter une chose à une finalité particulière peut en effet se manifester de manière anticipée, alors même que la chose n'existe pas encore. La chose future peut ainsi recevoir une affectation précise<sup>56</sup>, par exemple dans l'hypothèse d'une vente d'immeuble à construire, soumise à la réglementation protectrice du « secteur protégé » si le futur bien est affecté à un usage d'habitation ou à un usage mixte – d'habitation et professionnel<sup>57</sup>.

---

droit de propriété, jusqu'à ce qu'un tiers acquière la propriété de la chose abandonnée par l'effet de l'occupation. Les choses mobilières abandonnées *res derelictae* sont ainsi traitées comme les *res nullius*, ces choses qui n'ont jamais appartenu à quiconque.

<sup>55</sup> R. BOFFA, préc., note 3, n° 11, p. 12 : « l'affectation est un acte de volonté, alors que la destination exprime une durée, et procède d'une sédimentation. L'affectation est ainsi l'acte par lequel un bien est soumis à un usage déterminé ; la destination renvoie à la finalité durable et permanente du bien », et plus loin : « l'affectation exprime ce qui *est*, la destination ce qui *doit être*. »

<sup>56</sup> Voir : Christian ATIAS, « La chose dans le contrat : un bien en général ou des biens spéciaux ? », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La relativité du contrat. Actes du colloque*, Nantes, 1999, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 67, à la page 85 : « c'est la souplesse de la convention qui met la propriété immobilière à l'abri des incertitudes du futur, de l'impalpable, du non encore advenu. ».

<sup>57</sup> Voir : J.-B. AUBY, H. PÉRINET-MARQUET et R. NOGUELLOU, préc., note 48, n° 1490, p. 944.

**Contrariété de l'affectation originelle** – Sur un tout autre plan, la pérennité de la volonté du propriétaire peut susciter des observations. Le droit de propriété privée peut en effet entrer en contradiction avec un usage contraire du bien dans le cadre de l'usucapion : on touche à nouveau là aux limites de l'affectation, lorsqu'elle est en sommeil, lorsqu'elle ne fait plus l'objet d'aucune expression positive. Un tiers peut s'approprier le bien, à certaines conditions bien connues, en lui conférant un usage économiquement utile. Il y a bien, dans cette hypothèse, la création d'un nouveau lien propriété-affectation-destination, dans la mesure où le tiers use de la chose de manière déterminée (pâturage, enclos, logement...), tout en agissant dans une finalité particulière, celle d'être reconnu comme le propriétaire du bien. Dans le mécanisme de l'usucapion, la destination se révèle dans le *corpus*, l'affectation dans l'*animus*<sup>58</sup>. Dans la célèbre controverse qui l'oppose à Savigny, Jhering, qui fonde les effets de droit tirés de la possession essentiellement sur la maîtrise de la chose conformément à sa destination, se contente du *corpus* pour caractériser la possession et rejette l'*animus*:

« cette doctrine téléologique de la possession repose sur une vision objectiviste du droit dans laquelle les choses dictent les solutions par leur vocation intrinsèque, que cette vocation soit envisagée comme un élément de leur nature ou de la manière dont elles ont été hominisées, c'est-à-dire de l'utilité qu'elles peuvent avoir pour les hommes. »<sup>59</sup>

L'exemple de l'usucapion, tel qu'il est envisagé en droit français dans la ligne de la doctrine savignienne, est en tout état de cause intéressant, en ce qu'il permet d'ores et déjà de souligner que l'affectation et la destination d'une chose peuvent présider à l'*acquisition* du droit de propriété, pas seulement à son exercice.

**Conflits d'usages et d'affectations** – Les conflits d'usages et d'affectations peuvent se révéler, dans la durée, de manière encore plus problématique, lorsque la propriété privée se trouve confrontée à la « propriété originaire ». On entend par là les droits fonciers originaires des peuples

<sup>58</sup> Du moins lorsque le possesseur a conscience de sa qualité, ce qui ne vaut pas pour celui qui se croirait véritablement propriétaire tout en ne l'étant pas, et qui en prend conscience seulement lorsqu'un conflit surgit avec le véritable propriétaire. Quel est alors, dans ce dernier cas, l'*animus* du possesseur ? C'est un autre débat.

<sup>59</sup> Frédéric ZÉNATI-CASTAING, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir », (2014) 48 RJTUM 623, spéc. la section 5, 648.

autochtones sur certains territoires, droits préexistants que les autochtones estiment tenir de l'ordre juridique d'origine précoloniale. La situation juridique des Kanaks, en Nouvelle-Calédonie, en constitue une illustration ; d'autres peuples autochtones, liés à des Etats européens ou en dehors de l'Europe<sup>60</sup>, relèvent de cette même problématique des propriétés coutumières confrontées à la propriété privée issue de l'ordre juridique des États colonisateurs<sup>61</sup>. Ces États ont en effet considéré que les terres occupées par les autochtones, dépourvus de titres de propriété, étaient des terres sans maître, ce qui autorisait à les « concéder ou [les] affecter sans procédure d'expropriation »<sup>62</sup>.

Le droit positif français, d'autres droits nationaux, ainsi que le droit international, tendent à se préoccuper davantage de cette problématique délicate. Il s'agit, non pas d'octroyer des droits fonciers aux peuples autochtones, mais de leur reconnaître des droits préexistants, ceux dont ils ont été dépouillés, droits fondés sur une occupation ancestrale<sup>63</sup> et qui vont parfois au-delà de ce que l'État concède traditionnellement aux premiers occupants. Le concept même de propriété coutumière peut être discuté dans certains cas, comme en Afrique où « la terre appartenait plutôt à la divinité, aux fétiches ou aux ancêtres : insusceptible d'appropriation

<sup>60</sup> Les peuples Nisga'a en Colombie-Britannique, Inuit au Groënland, Endorois en Afrique, Saramaka au Suriname, etc.

<sup>61</sup> Voir notamment : Ghislain OTIS et Aurélie LAURENT, « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété? », (2012) *R.T.D.H.* 43 ; Alexis TIOUKA et Philippe KARPE, « Droits des peuples autochtones à la terre et au patrimoine », (2008) *JATBA Revue d'ethnobiologie* 611 ; Andrée LAJOIE, *Conceptions autochtones des droits ancestraux au Québec*, Paris, L.G.D.J., 2008 ; Olivier BARRIÈRE et Alain ROCHEGUDE (dir.), *Foncier et environnement en Afrique. Des acteurs au(x) droit(s)*, coll. « Cahiers d'Anthropologie du droit », Paris, Éditions Karthala, 2009.

<sup>62</sup> G. OTIS et A. LAURENT, préc., note 61, 45.

<sup>63</sup> *Id.*, 46 : « Il ne s'agit plus de s'en remettre au droit interne pour déterminer l'existence et la portée des droits des peuples premiers sur leurs terres traditionnelles, mais d'amener l'Etat à reconnaître des tenures foncières préexistantes forgées par les ordres juridiques autochtones et dont la source est par conséquent à la fois antérieure et extérieure au droit étatique ». Pour un exemple de conflit, voir : *Wezyui-Ma-Nezyui (Gowe) c. Clavel*, (2012) 10/00493, 22 mars 2012 (C.A. Nouméa) (affaire dans laquelle le clan Gowe a revendiqué la terre en litige au motif de l'antériorité du « lien à la terre » et des prérogatives conférées par la coutume au détenteur de cette « terre coutumière »).

privée, elle était généralement affectée à la communauté»<sup>64</sup>. L'affectation est alors envisagée comme transcendant la propriété privée, telle qu'elle est entendue dans les systèmes civilistes: non appropriée par les hommes, la terre est affectée à une finalité primordiale, pâturages et cultures, par un dieu ou par l'esprit des ancêtres.

De l'ensemble de ces développements, on peut conclure que l'affectation se situe bien au cœur de la propriété, propriété civiliste classique, propriété originaire ou coutumière telle qu'elle est entendue dans plusieurs États ou régions du monde. Révélée par la volonté exprimée du titulaire du droit, par la divinité ou les ancêtres, l'affectation est en réalité la *source* du lien qui unit l'Homme aux choses: c'est en effet la finalité donnée à l'usage ou au non-usage d'une chose qui renforce ou au contraire détruit le lien à la chose.

## B. Vertus du lien propriété-affectation-destination

13. Quelles sont les vertus du lien propriété-affectation-destination ainsi mis au jour?

Certains effets de l'affectation et de la destination, d'ordre conceptuel, ont pu être soulignés en doctrine. Des auteurs voient en effet dans l'affectation «un critère pertinent de distinction des biens»<sup>65</sup>, qui renvoie à l'éventualité d'une théorie des «biens spéciaux»<sup>66</sup>. Si l'on s'en tient aux effets de l'affectation et de la destination en relation avec le droit de propriété, il faut souligner d'une part, la modulation des attributs du proprié-

<sup>64</sup> Voir: J.-L. BERGEL avec la collab. de M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 5, n° 71, p. 81 et 82; Virginie PEZZELLA, *L'occupation immobilière. Étude de droit privé*, thèse de doctorat, Lyon, École doctorale de droit, Université Lyon 3, 2012, qui évoque le droit réel *sui generis*, forme de droit d'usage, reconnu par la Couronne à plusieurs tribus au Canada, ainsi que la réforme foncière intervenue en 2005 à Madagascar [*Loi 2005-019 du 17 octobre 2005 fixant les principes régissant les statuts des terres*, J.O. n° 3007 du 2 janvier 2006, p. 4, en ligne: <[http://www.justice.gov.mg/?page\\_id=684](http://www.justice.gov.mg/?page_id=684)> (site consulté le 10 juin 2014)], qui reconnaît «des droits d'occupation et de jouissance comme des droits de propriété» au profit d'usagers de terres dépourvus de titres.

<sup>65</sup> Voir: C. DREVEAU, préc., note 2, p. 22 et suiv.

<sup>66</sup> *Id.*, p. 25 et suiv.; Comparer C. ATIAS, préc., note 56, aux pages 77 et 84: l'auteur, assez pessimiste, relève que ni la valeur des biens, ni leur pérennité, ni leur affectation, ne sont pris en compte dans la détermination de leur statut, et qu'il existe «*un espace laissé libre entre concepts et réalités*», qui entrave la communication entre la théorie générale la plus abstraite et les pratiques relatives à chaque bien particulier.

taire (1), d'autre part, l'utilité sociale du lien (2), voire son utilité primordiale (3).

## 1. La modulation des attributs du propriétaire

14. La propriété, considérée dans la « plénitude de sa liberté »<sup>67</sup>, est-elle affectée par l'action d'affecter ou de destiner ? Au-delà du jeu de mots se dégage une véritable question : attribuer une finalité à l'exercice du droit de propriété, est-ce contraindre ou libérer ?

On peut considérer que lorsque l'affectation ou la destination d'un bien sont déterminées par la loi, la liberté du propriétaire s'en trouve bridée. Sa volonté subsiste certes<sup>68</sup>, mais elle n'est plus alors que le reflet accepté de celle du législateur.

En revanche, si aucune intervention législative ne vient fixer les contours de la volonté « propriétaire », le titulaire du droit de propriété dispose de la plénitude de sa liberté, en décidant d'affecter le bien qui lui appartient à un usage déterminé, dans une finalité qu'il maîtrise<sup>69</sup> aussi bien dans sa détermination que dans ses effets à l'égard des tiers.

Ainsi, le propriétaire peut librement décider d'user lui-même du bien dans telle ou telle finalité et de telle ou telle manière, et imposer sa décision aux autres usagers éventuels du bien<sup>70</sup>. Par exemple, l'acquéreur d'un local commercial, par l'acte même d'acquisition, décidera de la finalité du bien (volonté acceptante), et pourra par la suite l'imposer au preneur qui conclurait avec lui un contrat de bail.

<sup>67</sup> C. DEMOLOMBE, préc., note 16, n° 555, p. 471.

<sup>68</sup> *Supra*, n° 8.

<sup>69</sup> F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 5, n° 236, p. 383 : « on peut voir dans l'affectation une manifestation caractéristique du droit de propriété. Affecter un bien, c'est [...] exercer l'un des [...] attributs de la propriété ».

<sup>70</sup> Voir notamment : J.-P. STORCK, préc., note 2, n° 280.

Ainsi, selon que la source primordiale de l'affectation est légale<sup>71</sup>, collective<sup>72</sup> ou purement individuelle<sup>73</sup>, la volonté du propriétaire est auto-contrainte ou totalement libérée. L'auto-contrainte peut non seulement intéresser les droits d'usage et de jouissance tirés de la propriété privée, mais aussi le droit de disposition, dans la mesure où le propriétaire ne pourra céder son bien qu'à un tiers qui serait intéressé par la même affectation – ce qui restreint sa liberté de choix.

À un second niveau, celui des rapports juridiques avec les éventuels usagers du bien, l'affectation et la destination agissent telle une contrainte, qui permet au titulaire du droit de propriété de protéger sa chose, en limitant l'usage de celui-ci par les tiers. L'idée d'une telle protection des biens à l'égard d'autrui est particulièrement prégnante dans le statut de la copropriété des immeubles bâtis, l'affectation de l'immeuble d'une part, la destination des parties privatives d'autre part, ayant justement pour objet d'assurer la protection des biens à l'égard des tiers et des copropriétaires « dont les initiatives iraient à l'encontre des intérêts de la collectivité »<sup>74</sup>.

Finalement, en dépit d'une première impression qui pourrait aller dans le sens que l'affectation et la destination viennent contraindre, restreindre les attributs attachés au droit de propriété, il faut souligner que la contrainte est relative. Surtout, elle a parfois aussi pour effet recherché de

<sup>71</sup> Un exemple topique est certainement le plan local d'urbanisme, évoqué précédemment (*supra*, note 31), et réglementé (C. urb., art. L. 123-1 et suiv.). Les plans locaux d'urbanisme peuvent en effet « préciser l'affectation des sols selon les usages principaux qui peuvent en être faits ou la nature des activités qui peuvent y être exercées » (C. urb., art. L. 123-1-5), sans que le propriétaire des lieux puisse y déroger. Sur l'intervention coercitive ou incitative du législateur, voir : R. BOFFA, préc., note 3, n° 64 et suiv., p. 49 et suiv.

<sup>72</sup> Nous renvoyons ici à l'hypothèse particulière de la copropriété des immeubles bâtis, pour laquelle on a vu que l'affectation et la destination étaient œuvre collective ou œuvre individuelle, selon leur objet (*supra*, n° 9).

<sup>73</sup> C'est le cas, surtout, pour la plupart des biens meubles, telle une chaise que son propriétaire pourrait affecter à l'usage d'assise ou à celui d'œuvre d'art accrochée au mur de son salon. Rien n'empêche le titulaire du droit de propriété de détourner le meuble de sa destination naturelle, dans les limites de ce qu'autorisent les caractéristiques physiques de la chose. Voir : *supra*, n° 5.

<sup>74</sup> Cyrille DUVERT, « La propriété collective », PA.2002.90.4, 9 (n° 24). *Adde* : Frédéric ZÉNATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle? », dans Olivier CACHARD et Xavier HENRY (dir.), *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux. Liber Amicorum*, Paris, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 589 et suiv.

protéger le bien lui-même, donc de favoriser la pérennité du droit de propriété qui s'exprime sur ce bien. De ce point de vue, la modulation des attributs du propriétaire figure sans doute parmi les vertus du lien propriété-affectation-destination.

## 2. L'utilité sociale du lien

15. Dans une approche fonctionnelle, le lien propriété-affectation-destination présente une autre vertu, son utilité sociale, dont il est certain qu'elle joue un rôle majeur en droit positif. La propriété privée détachée de toute affectation constitue en effet le paroxysme de l'individualisme, voire de l'égoïsme : une propriété sans aucune finalité pour quiconque ne se résume-t-elle pas à un droit sans justification ? Le débat relatif à la fonction sociale de la propriété privée est ancien<sup>75</sup>, le prisme d'un lien

<sup>75</sup> Voir notamment : Léon DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, Éditions La mémoire du droit, 1912, p. 147 et suiv. ; Léon DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État. Conférences faites à l'École des hautes études sociales*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Félix Alcan, 1911, p. 17 et suiv. ; Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., t. 1 « La règle de droit. Le problème de l'État », Paris, Ancienne librairie Fontemoing & Cie, 1927, p. 445 et suiv. Selon Duguit, la propriété ne serait pas un droit subjectif ; elle serait plutôt une « *situation de droit objectif* » (la détention de richesses), qui « se traduit juridiquement dans la possibilité de mettre en mouvement des voies de droit pour écarter tout acte émanant de qui que ce soit et venant entraver ou troubler l'affectation à un certain but de l'utilité totale d'une chose », but individuel ou collectif (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, préc., note 75, p. 445). Chez Duguit, le lien entre propriété et affectation est ainsi très puissant : « Dans la réalité, on n'aperçoit qu'une situation de fait : l'affectation de l'utilité totale d'une chose à un but déterminé », et plus loin : la loi « adresse à tous cet impératif prohibitif : ne pas porter atteinte à l'affectation d'une chose à un certain but » (*id.*, p. 446). Pour une critique de cette conception de la propriété, voir : Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1955, n° 92, p. 237 : « le droit n'est pas une fonction sociale ; il est donné pour permettre de la remplir. » Pour cet auteur, la fonction sociale de la propriété interdit de maintenir l'unité du concept de propriété, est en contradiction avec la notion de droit subjectif et n'a pas reçu de contenu technique en droit ; également : R. SALEILLES, préc., note 14, p. 480 et 481, qui rejette l'idée d'une « propriété d'affectation » objective, qui trouverait sa source dans l'action de la « société juridiquement constituée, autrement dit l'État », plutôt que dans la volonté des individus, ce qui mènerait alors « aux théories si dangereuses de l'école positiviste, si magistralement représentée chez nous par M. Duguit ». Plus récemment, voir l'article de Mme Muriel FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997.583. Pour des éléments de droit comparé, voir : J. ROCHFELD, préc., note 16, p. 274 à 330, à propos notamment des États-Unis et de l'Allemagne.

nécessaire entre la propriété, l'affectation et la destination ne fait que le renouveler.

Ainsi, on souligne « un retour à la tradition médiévale de la propriété, évincée par l'idéalisme révolutionnaire »<sup>76</sup>. Les utilités de la chose redeviennent l'élément dominant, y compris à l'égard d'autres personnes que le propriétaire, dans le prolongement de la propriété coutumière médiévale « dont le principe de base n'est pas la liberté mais la solidarité »<sup>77</sup>. En droit contemporain, c'est l'action de la loi qui domine, « [le propriétaire] est en quelque sorte condamné à l'altruisme, sous la pression croissante d'un législateur qui entend promouvoir, par le gouvernement des biens, certains intérêts collectifs. »<sup>78</sup>

Les interférences du droit public sont ainsi nombreuses, le législateur considérant parfois que « certaines affectations se révèlent plus utiles à la société que d'autres »<sup>79</sup>. Le droit de l'urbanisme<sup>80</sup> ou encore le droit fiscal<sup>81</sup> en sont des manifestations évidentes, qui viennent orienter la politique de la ville par l'affectation des terrains, l'attribution d'avantages fiscaux en faveur du logement ou encore le contrôle du changement d'usage des locaux d'habitation.

<sup>76</sup> R. BOFFA, préc., note 3, n° 46, p. 38.

<sup>77</sup> Anne-Marie PATAULT, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens : histoire de l'immeuble corporel », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens. Troisièmes Journées René Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990)*, Paris, P.U.F., 1991, p. 3, à la page 12. L'auteure présente la propriété coutumière médiévale comme une « propriété jouissance d'utilité [...] enserrée dans un lacs d'obligations et de contraintes » (*id.*, à la page 5).

<sup>78</sup> R. BOFFA, préc., note 3, n° 46, p. 38. Voir aussi : R. BOFFA, préc., note 3, n° 61, p. 47 et 48.

<sup>79</sup> C. DREVEAU, préc., note 2, p. 12.

<sup>80</sup> Voir : Daniel TOMASIN, « L'évolution de la propriété immobilière », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens. Troisièmes Journées René Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990)*, préc., note 77, p. 47, qui insiste sur l'aspect théorique du pouvoir du propriétaire « de construire, de démolir, d'aménager un immeuble suivant la destination qui lui plaît », « [c]ar la liberté d'usage de l'immeuble urbain est directement limitée par les règles posées dans les documents d'urbanisme opposables à tous les propriétaires de biens immobiliers. » (*id.*, à la page 54).

<sup>81</sup> Voir : Jean-Pierre MAUBLANC, « La fiscalité de l'immeuble à usage professionnel, solutions récentes », *A.J.D.I.* 1999.23 ; Bernard PLAGNET, « La politique fiscale en faveur du logement », dans Benjamin IPPOLITO et Jacques FOYER (dir.), *L'immeuble et le droit. Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2006, p. 437.

Ce dernier exemple est particulièrement significatif, l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation imposant une autorisation préalable à tout changement d'usage de locaux destinés à l'habitation, d'une part dans les communes de plus de 200.000 habitants, d'autre part, dans toutes les communes relevant de trois départements<sup>82</sup>. Le propriétaire privé se voit ici dépouillé de son idéal d'un droit de propriété absolu sur son bien, au profit d'un renforcement du contrôle de l'affectation des immeubles par les collectivités territoriales. De plus, l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation «aboutit à cristalliser les choix faits ou autorisés à un moment donné»<sup>83</sup>, en figeant, pour les immeubles antérieurs à 1970, l'affectation en vigueur à cette époque.

L'affectation constitue donc éminemment, dans ces hypothèses, un outil de politique économique ou sociale<sup>84</sup> des biens, qui participe sans doute de l'utilité sociale de la propriété privée. Certains y voient une «*érosion* spectaculaire de l'absolutisme légendaire des droits individuels»<sup>85</sup>, d'autres y voient, au contraire, l'occasion pour le propriétaire administré

<sup>82</sup> *Code de la construction et de l'habitation*, art. L. 631-7 : « La présente section est applicable aux communes de plus de 200.000 habitants et à celles des départements des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne. Dans ces communes, le changement d'usage des locaux destinés à l'habitation est, dans les conditions fixées par l'article L. 631-7-1, soumis à autorisation préalable. » L'article R. 421-17 du Code de l'urbanisme s'intéresse, quant à lui, aux changements de destination de constructions existantes, qu'il soumet cette fois à déclaration préalable, lorsqu'ils ne sont pas soumis à permis de construire. La doctrine s'interroge sur cette distinction subtile de vocabulaire, alors même que le changement de destination, tout comme le changement d'usage de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation, vise aussi des cas dans lesquels aucuns travaux ne sont réalisés.

<sup>83</sup> Voir : Hugues PÉRINET-MARQUET, « Préface », dans Guillaume DAUDRÉ et Patrick WALLUT, *Changements d'usage des locaux d'habitation : de l'affectation à l'usage, réforme de l'article L. 631-7 CCH*, Paris, Éditions Litec, 2010, p. 1, à la page 11 ; Christine CARBONNEL, « L'affectation de l'immeuble : mesure désuète à remettre en cause? », dans *L'immeuble et le droit. Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, préc., note 81, p. 157, aux pages 157 et suiv.

<sup>84</sup> Plus généralement sur ce thème, voir : Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, « Une nouvelle fonction de l'immeuble : "la cohésion sociale" », dans *L'immeuble et le droit : Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, préc., note 81, p. 499.

<sup>85</sup> Jean-Louis BERGEL, « Paradoxes du droit immobilier français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle », dans *Le droit français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Éditions Litec, 2001, p. 641, à la page 641 (nos italiques). Voir aussi : F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 5, n° 370 et suiv., p. 305 et suiv. : « le droit d'user et de jouir de la chose peut ainsi être concerné par les exigences de l'urbanisme interdisant certaines affectations, par

de participer à l'action de l'administration, alors sollicité pour passer « de la condition de sujet à celle d'acteur »<sup>86</sup>.

### 3. L'utilité primordiale du lien

16. Le débat se renouvelle encore si l'on envisage le lien propriété-affectation-destination dans une autre dimension que celle-là seule qui préside aux relations interindividuelles.

On a vu que le législateur se préoccupe déjà de l'intérêt général, ou d'intérêts collectifs, au travers – par exemple – du droit de l'urbanisme, du droit de la copropriété. Faut-il aller plus loin et trouver dans le concept d'affectation le fondement utile pour protéger certains biens essentiels de l'appropriation privative de l'Homme, avec son cortège d'excès potentiels?

Le régime juridique de l'eau peut permettre d'illustrer l'idée selon laquelle certains biens, *vitaux*<sup>87</sup>, justifient qu'une volonté supérieure à celle du propriétaire individuel vienne orienter ou limiter leur affectation et leur destination. Il s'agit donc, dans cette perspective, de considérer que la finalité donnée à l'usage d'un bien essentiel à la survie de l'humanité puisse être déterminée, non pas par le seul propriétaire de cette chose, mais par une instance dotée des pouvoirs de fixer et faire respecter cette « affectation primordiale », au-delà des frontières, au-delà des conceptions diverses de la propriété que l'on rencontre à travers le monde.

---

exemple industrielles, limitant le droit de planter, de construire ou de détruire» (*id.*, n° 370, p. 305).

<sup>86</sup> André DE LAUBADÈRE, « L'urbanisme », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La croissance des villes et son influence sur le régime juridique de la propriété immobilière. Journées de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, colloque international tenu à Liège du 25 au 28 mai 1965*, t. XVI, Paris, Dalloz, 1966, p. 21 et suiv.

<sup>87</sup> À rapprocher de la notion de « besoins fondamentaux », voir: François COLLART DUTILLEUL (dir.), *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, v° « besoins fondamentaux ». Ce dictionnaire a été élaboré dans le cadre du projet de recherche Lascaux « Droit, aliments, terre », soutenu par l'Union européenne, en ligne: <[www.droit-aliments-terre.eu](http://www.droit-aliments-terre.eu)> (site consulté le 10 juin 2014).

L'eau fait partie de ces biens nécessaires à la survie de l'humanité, dont on réglemente l'usage et l'appropriation de diverses manières à l'intérieur des frontières, rarement trans-frontières<sup>88</sup>.

En droit français, par exemple, l'appropriation n'est possible que pour certaines eaux et avec des restrictions<sup>89</sup>. L'eau envisagée dans sa globalité « fait partie du patrimoine commun de la nation »<sup>90</sup>, et il est précisé par ailleurs que « [l]'usage de l'eau appartient à tous dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis »<sup>91</sup>, ce qui lie clairement les concepts de destination (usage déterminé), et de propriété (appartenance). C'est bien sous le prisme du lien propriété-affectation-destination qu'est envisagée la protection de l'eau en droit français, dans la mesure où l'on se préoccupe de sa finalité d'intérêt général et de son usage, tout en proclamant la propriété « de tous ». L'appartenance semble toutefois porter sur l'usage même de l'eau ( « [l]'usage de l'eau appartient à tous »), ce qui tend à déformer l'appréhension classique de l'usage, attribut de la propriété.

D'autres systèmes juridiques ont ainsi tenté de détacher l'eau de toute idée d'appartenance, par exemple au Québec, dans la récente *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, adoptée en 2009<sup>92</sup>. Ce texte tend à reconnaître à l'eau de surface et à l'eau souterraine le statut de *res communis*, insusceptible d'appropriation par des particuliers ou par l'État. Le « caractère collectif » de l'eau est affirmé dès l'intitulé de la loi, son appartenance au patrimoine commun de la nation également (art. 1<sup>er</sup> de la loi), l'usage partagé est ainsi placé au cœur du régime juridique de l'eau. Toutefois, l'article 913 du Code civil du Québec reste assez ambigu, dans la mesure où il semble bien considérer

<sup>88</sup> Sur les normes internationales relatives à l'eau et leur efficacité relative, voir : *id.*, 1<sup>re</sup> « droit à l'eau ».

<sup>89</sup> Pour le détail de la réglementation, voir : Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, *Droit civil. Les biens*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Sirey, 2013, n° 239 et suiv. ; CONSEIL D'ÉTAT DE FRANCE, *L'eau et son droit*, Rapport adopté par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 18 février 2010, en ligne : <<http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=2067>> (site consulté le 10 juin 2014).

<sup>90</sup> C. envir., art. L. 210-1 al. 1 : « L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général ».

<sup>91</sup> C. envir., art. L. 210-1(2).

<sup>92</sup> *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, RLRQ, c. C-6.2.

l'eau comme une *res communis* (al. 1<sup>er</sup>)<sup>93</sup>, pour ensuite atténuer les conséquences de cette nature juridique, en disposant (al. 2) que « [l']air et l'eau qui ne sont pas destinés à l'utilité publique sont toutefois susceptibles d'appropriation s'ils sont recueillis et mis en récipient ». Ce second alinéa doit cependant être lu en perspective d'une importante controverse qui s'est tenue au Québec concernant la mise en bouteille des eaux souterraines à des fins commerciales<sup>94</sup>. Par cet exemple, on voit bien que l'éviction totale de la propriété fait débat, qu'elle n'est pas une priorité absolue pour le législateur, qui préfère composer avec les concepts. Certes, « la Loi sur l'eau respecte ce caractère [collectif] en s'abstenant de toute référence au concept de droit subjectif, de droit de propriété ou de droit d'usage exclusif. Pour ce qui est des individus, un droit d'accès à une eau saine pour satisfaire les besoins essentiels est reconnu. Ce droit ne porte pas directement sur une masse d'eau déterminée et il est indépendant de la propriété du sol »<sup>95</sup>, mais une dérogation est admise pour les eaux qui ne sont pas destinées à l'utilité publique.

Il apparaît, en tout état de cause, qu'une réflexion nécessaire et encore embryonnaire doit être menée sur la protection des biens nécessaires à la survie de l'humanité. L'« affectation primordiale » de la propriété de ces biens, qu'il s'agisse de l'eau, de terres arables<sup>96</sup>, de produits de l'agriculture, de brevets et obtentions végétales<sup>97</sup>, pourrait être reconnue, non seulement à un niveau national mais aussi à un niveau international étant donné les

<sup>93</sup> C.c.Q., art. 913 al. 1 : « Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation ; leur usage, commun à tous, est régi par des lois d'intérêt général et, à certains égards, par le présent code ».

<sup>94</sup> Sur toutes ces questions, voir : Madeleine CANTIN-CUMYN, « L'eau, une ressource collective : portée de cette désignation dans la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* », (2010) 51 C. de D. 595.

<sup>95</sup> *Id.*

<sup>96</sup> Voir : Abdoulaye HARISSOU, *La terre, un droit humain. Micropropriété, paix sociale et développement*, Paris, Éditions Dunod, 2011 ; F. COLLART DUTILLEUL, préc., note 87, v<sup>o</sup> « droit à la terre » ; Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, *Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaires nationale*, (11 mai 2012), en ligne : <[http://www.fao.org/fileadmin/templates/cfs/Docs1112/VG/VG\\_Final\\_FR\\_May\\_2012.pdf](http://www.fao.org/fileadmin/templates/cfs/Docs1112/VG/VG_Final_FR_May_2012.pdf)> (site consulté le 10 juin 2014).

<sup>97</sup> Sur ces questions, voir : Nicolas BOUCHE, « Nouveaux enjeux et défis de l'innovation variétale », dans William DROSS (dir.), *Le végétal saisi par le droit*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2012, p. 219 ; Jean-Christophe GALLOUX, « Le végétal et le brevet : le croisement de la nature et de la technique », dans William DROSS (dir.), *Le végétal saisi par le*

enjeux mondialisés et à caractère universel attachés à ces biens. Comme le souligne un auteur,

« [l]a propriété peut être privée ou publique, individuelle ou collective, relative ou absolue, exclusive d'usages concurrents ou ouverte à des usages co-existants. Il est donc parfaitement possible d'optimiser un droit de la propriété qui borne les pouvoirs du propriétaire avec l'intérêt général et l'intérêt d'autrui, un droit qui définit un mode de gouvernance de la propriété adapté à la spécificité et à la rareté des ressources naturelles concernées ou encore un droit qui assigne à la propriété une fonction sociale. »<sup>98</sup>

Certes, la protection des biens essentiels pourrait aussi être pensée par la médiation de concepts classiques tels que les *res communis* et les biens communs<sup>99</sup>, ou encore de l'idée selon laquelle il existerait des biens spéciaux méritant une protection particulière<sup>100</sup>. Mais l'une et les autres hypothèses n'excluent pas (biens communs, biens spéciaux) ou difficilement (*res communis*, voir l'exemple récent de la loi québécoise sur l'eau) l'appropriation. Dès lors, la propriété – sous ces diverses manifestations étatiques ou coutumières – constituant un modèle prégnant dans l'ordre

---

*droit*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2012, p. 201 ; F. COLLART DUTILLEUL, préc., note 87, 1<sup>re</sup> « semences » (avec une approche internationale).

<sup>98</sup> François COLLART-DUTILLEUL, « La première étape d'une longue marche vers un droit spécial de la sécurité alimentaire », dans *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2013, p. 131 et suiv. ; François COLLART-DUTILLEUL, « Le végétal et la sécurité alimentaire : approche juridique internationale », dans W. DROSS (dir.), *Le végétal saisi par le droit*, préc., note 97, p. 47.

<sup>99</sup> La littérature est abondante et la notion controversée. Pour un regard et des références sur les *res communis* et les biens communs (ou *Commons*), voir : J. ROCHFELD, préc., note 16, p. 231-233, 253, 254 et 260-262. L'auteur relève toutefois un certain scepticisme sur un possible recul de l'appropriation privée des biens. Voir sur un possible modèle alternatif du « droit d'accès » : Judith ROCHFELD, « Entre propriété et accès : la résurgence du commun (bien commun, patrimoine commun, droit à l'accès) », dans Florence BELLIVIER et Christine NOIVILLE (dir.), *La bioéquité*, Paris, Éditions Autrement, 2009, p. 69.

<sup>100</sup> Tels les biens environnementaux, les biens culturels, ou encore les biens d'humanité. Voir : F. COLLART-DUTILLEUL, dans *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, préc., note 98 ; J. ROCHFELD, préc., note 16, p. 245 et 246 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », dans Michel VIVANT (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Paris, Éditions Dalloz, 2004, p. 165.

juridique<sup>101</sup>, ne serait-il pas réaliste, plutôt que de vouloir l'évincer, de moduler son affectation de telle manière qu'elle servirait, lorsque cela est nécessaire, certains besoins vitaux ?

17. *Conclusion de la partie I* – Dans l'étude des rapports entre propriété, affectation et destination, la volonté du propriétaire apparaît comme le principal vecteur du lien existant entre ces trois concepts, que cette volonté soit directe ou simplement acceptante de celle exprimée en amont par le législateur, qu'elle soit positive ou négative. L'affectation, ou la finalité conférée à l'usage d'un bien approprié, semble bien être de l'essence du droit de propriété, tant elle révèle l'intention du titulaire du droit sur son bien et tant elle manifeste la fonction primaire de l'appropriation, y compris dans le contexte de l'usucapion. L'utilité sociale du lien, voire son utilité primordiale, peuvent toutefois venir limiter la volonté « propriétaire » individuelle pour des raisons d'intérêt général qui viendraient la dépasser. La propriété, loin d'être écartée, serait au contraire mise au service d'un intérêt supérieur à celui strictement individualiste du titulaire du droit, par une affectation modelée selon la gravité de l'intérêt à défendre. Dans cette perspective, l'affectation et dans sa suite la destination, présentent un lien fort, conceptuel, avec l'usage des biens. Peut-on aller plus loin, et considérer que l'affectation puisse se détacher de l'usage pour mieux s'ancrer dans une abstraction juridique assez couramment reconnue en doctrine sous le vocable de « propriété affectée » ?

<sup>101</sup> Comparer avec : Frédéric ZÉNATI-CASTAING, « Le crépuscule de la propriété moderne. Essai de synthèse des modèles propriétaires », dans *Les modèles propriétaires au XXI<sup>e</sup> siècle : actes du colloque international organisé par le Centre d'études sur la coopération juridique internationale en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Paris, Presses universitaires juridiques de Poitiers/Paris, LGDJ, 2012, p. 225 et suiv., qui considère que « L'idée même que la propriété puisse constituer un modèle est révolue » l'auteur percevant l'avènement d'une propriété post-moderne, marquée du pluralisme de ses formes et qui, davantage ancrée dans la réalité, pourrait redevenir « le reflet du monde bigarré des choses » (*id.*, à la page 238) ; W. DROSS, préc., note 4, n° 2 pour qui « la propriété est évidemment le modèle » de la manière dont le droit asservit les choses aux besoins des hommes.

## II. La finalité sans usage, perturbation du lien propriété-affectation-destination

18. Ce que l'on nomme désormais, dans plusieurs ouvrages de référence, la « propriété affectée », est « une appartenance [...] [mise] au service d'un but déterminé »<sup>102</sup>, qui peut ne procurer au propriétaire aucune jouissance ou aucun usage du bien, pis, qui n'a pas *vocation* à procurer au titulaire du droit de propriété l'usage ou la jouissance de son bien, voire à lui laisser le droit d'en disposer. Les exemples topiques sont la propriété fiduciaire et la propriété-garantie.

Cette perspective renouvelée de la propriété explique que dans cette seconde partie, il sera surtout question d'affectation et peu de destination, l'usage effectif du bien par son propriétaire étant secondaire voire inexistant dans les hypothèses abordées. La propriété est alors entendue davantage comme une *technique* patrimoniale que comme un *lien concret* entre l'homme et la chose. Ce lien est relégué au second plan, seul compte le lien juridique<sup>103</sup>.

La « propriété affectée », ainsi entendue, viderait alors le droit de propriété de sa substance, au point que la doctrine s'interroge sur le rattachement de la propriété dite « affectée » à la propriété classique, en particulier à propos de la propriété fiduciaire. Certains y voient une « propriété diminuée », d'autres une « propriété conditionnelle », d'autres encore une forme d'objectif conféré à l'appartenance d'une chose, en vue de produire une certaine utilité ... Les qualificatifs foisonnent<sup>104</sup>, l'incertitude demeure.

<sup>102</sup> Voir : F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 5, n° 237, p. 384, qui ont d'ailleurs intitulé un chapitre entier de leur ouvrage « la propriété affectée » ; Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2 « Les biens, les obligations », Paris, P.U.F., 2004, n° 748, p. 1665-1668.

<sup>103</sup> Saleilles, discutant les théories de Ihering et de Brinz, pressentait déjà au début du <sup>xx</sup>e siècle la possibilité d'imaginer des « propriétaires fiduciaires, à la façon des *trustees* du droit anglais », pour gérer les « patrimoines de souscriptions » provenant de collectes pour une œuvre déterminée (érection d'une statue...), en soulignant qu'il s'agirait alors de « constituer toute une nouvelle catégorie de propriété qui se sépare de leur propriété personnelle ». Allant au bout de ces théories, il aboutit à l'idée selon laquelle le droit appartiendrait alors non plus à ses destinataires, mais à sa destination, et en déduit l'existence d'une véritable « propriété d'affectation »... pour ensuite exposer les insuffisances et les dangers d'une telle conclusion : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histories et théories*, préc. note 14, p. 477 et suiv.

<sup>104</sup> Pour un aperçu des efforts déployés en doctrine pour qualifier cette propriété, voir notre article : Blandine MALLET-BRICOUT, « Propriété et fiducie », dans Sarah BROS et

La « propriété affectée » présente en effet une utilité abstraite, perturbatrice du lien qu'elle entretient en principe avec l'usage du bien, une utilité tournée vers la *sécurisation* du patrimoine ou des intérêts du titulaire du droit, précédent ou actuel<sup>105</sup>, de diverses manières<sup>106</sup>.

On peut alors se demander si, dans ces hypothèses, l'affectation ne devrait pas être attachée au patrimoine plutôt qu'à la propriété. En effet, en parallèle du concept de « propriété affectée » se développe, y compris dans la loi, celui de « patrimoine affecté » ou de « patrimoine d'affectation ». Dès lors, le patrimoine serait-il le vecteur nécessaire de la « propriété affectée » ? (A) Ou bien l'affectation, attachée à la propriété, présente-t-elle une autonomie conceptuelle ? (B)

## A. Le patrimoine d'affectation, vecteur de la « propriété affectée »

19. Le patrimoine est une abstraction, il relève de la catégorie juridique plus large des universalités. Ensemble juridiquement reconnu, l'universalité de fait ou de droit est composée de biens affectés à une même finalité<sup>107</sup>. Le patrimoine, quant à lui, constitue le gage commun des créanciers et il est envisagé, dans la théorie classique d'Aubry et Rau, de manière unitaire et unique, comme rassemblant tous les biens et droits patrimo-

---

Blandine MALLET-BRICOURT (dir.), *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, Éditions Économica, 2009, p. 297, aux pages 315 et 316 (n° 21).

<sup>105</sup> Selon que la fiducie (par exemple) a pour objet de garantir la créance du fiduciaire (le propriétaire actuel) à l'encontre du constituant, ou d'assurer la gestion des biens mis en fiducie dans l'intérêt d'un tiers bénéficiaire, selon le vœu du constituant (soit le précédent propriétaire).

<sup>106</sup> Jean Carbonnier relevait « l'inspiration altruiste » de la propriété affectée, tout en reconnaissant qu'elle puisse aussi correspondre à « une espèce de repli sur soi » dans l'hypothèse de l'affectation en garantie : J. CARBONNIER, préc., note 102, n° 748, p. 1665-1668. L'inspiration altruiste nous semble toutefois faire largement défaut en droit français, dans la mesure où la fiducie-libéralité n'est pas admise ; le constituant retire toujours un intérêt personnel de la constitution d'une fiducie. La même observation peut être faite pour l'EIRL ou la clause de réserve de propriété. Mais le Doyen Carbonnier fondait sans doute sa remarque sur le cas des fondations, dont il pensait qu'elles incarnaient « le plus exactement » l'idée de propriété affectée à un but.

<sup>107</sup> Sur les universalités, voir : W. DROSS, préc., note 4, 433 et 434 (n° 30) ; Aude DENIZOT, *L'universalité de fait*, Paris, L.G.D.J., 2008.

niaux attachés à une personne<sup>108</sup>. Cette théorie a marqué de son empreinte le droit français au point qu'elle a rendu très difficile, durant des décennies, l'émergence de patrimoines d'affectation, qui remettent en question le principe selon lequel une personne juridique ne saurait être titulaire que d'un seul patrimoine<sup>109</sup>.

Assez récemment a néanmoins été admise la possibilité, pour une personne juridique, d'avoir deux patrimoines, l'un personnel, l'autre affecté à une activité ou à un but déterminés<sup>110</sup>. C'est le cas de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), depuis une loi n° 210-658 du 15 juin 2010, et celui du fiduciaire, depuis la loi n° 2007-211 du 19 février 2007.

L'affectation se situe donc au cœur de ce nouveau concept, de ce nouveau type de patrimoine<sup>111</sup>, qui n'englobe pas l'ensemble des biens d'une personne juridique, mais seulement une partie de ses biens, ceux affectés à telle activité professionnelle (EIRL), voire des biens qui ont été la propriété d'autrui et qui ne lui sont pas forcément destinés (fiducie).

<sup>108</sup> Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 9, 5<sup>e</sup> éd. par É. BARTIN, Paris, Éditions Marchal et Billard, 1917, n° 573 et suiv., p. 333 et suiv.; Alain SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.*1994.801; Frédérique COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ.*1996.819; « Dossier: La théorie du patrimoine: unité ou affectation? », *R.L.D.C.* 2010.77.63 et suiv.; François CHÉNEDE, « La mutation du patrimoine », *Gaz. Pal.* 2011.138-139.19; voir aussi les articles publiés dans la *Revue de Droit Henri Capitant*.2011.2.

<sup>109</sup> Voir les études critiques à l'égard du patrimoine et des théories du patrimoine de Benoît FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2003; David HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Paris, L.G.D.J., 2003; Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine: essai critique*, Paris, Éditions Defrénois, 2007; F. CHÉNEDE, préc., note 108 qui conclut, après avoir démontré que « le lien logique entre l'unité de l'être et l'indivisibilité de son avoir n'est nullement établi par Aubry et Rau » (*id.*, 25, n° 15): « *Abandonnons sans regret ni remord, la théorie d'Aubry et Rau* » (*id.*, 27, n° 19) (nos italiques); *contra*: Mustapha MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », *JCP* 2011.51.1327, qui conclut: « *Sauvons le principe d'unité du patrimoine* » (*id.*, 1327, n° 28) (nos italiques).

<sup>110</sup> Voir notamment: Nicolas BINCTIN, « De nouveaux pas vers l'idée de patrimoine affecté », dans *Les modèles propriétaires au xx<sup>e</sup> siècle*, préc., note 101, p. 211.

<sup>111</sup> Voir: J. ROCHFELD, préc., note 16, p. 357 et suiv. qui présente ses diverses manifestations « positives » et « par retrait » en droit positif français. Également: Pierre BERLIOZ, « L'affectation au cœur du patrimoine », *RTD civ.*2011.635.

Et du fait des liens indispensables que le droit français crée entre le patrimoine et la propriété<sup>112</sup>, on perçoit immédiatement l'ambiguïté de la discussion née autour du concept de « propriété affectée » : n'y aurait-il pas confusion, entre ce que l'on présente comme un droit affecté (la « propriété affectée ») et l'affectation de l'objet sur lequel porte ce droit à un patrimoine bien déterminé (le « patrimoine d'affectation ») ?

S'intéresser successivement à l'EIRL (1), à la fiducie (2), puis à la propriété-garantie (3), permet d'éclairer la discussion.

### 1. L'affectation sous le prisme de l'EIRL

20. Dans l'hypothèse de l'EIRL<sup>113</sup>, le patrimoine affecté de l'entrepreneur, dissocié de son patrimoine personnel, se contente d'accueillir en son sein un ensemble de biens affectés à l'exercice d'une activité économique particulière.

On retrouve ici le lien propriété-affectation-destination mis en valeur précédemment : les biens placés dans le « patrimoine affecté » visent en effet un usage spécifique, dans une finalité déterminée. La finalité rencontre l'usage, la relation de la personne du propriétaire (l'entrepreneur individuel) au bien objet de son droit reste ancrée dans le concret.

<sup>112</sup> Le droit français ne connaît pas, en effet, une quelconque forme de « patrimoine à but », qui ne présenterait aucun rattachement avec une personne juridique ni avec le droit de propriété. Sur cette théorie allemande, voir : Florence BELLIVIER, « Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France », dans Olivier BEAUD et Patrick WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 165. Voir également : C.c.Q., art. 1261 ; Yaëll EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droit des biens », (2009) 1 *R.I.D.C.* 49 ; F. ZÉNATI-CASTAING, préc., note 59. En droit français, au contraire, un patrimoine ne saurait se concevoir sans un propriétaire à sa tête. Voir notamment : Michel GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre », *Rép. Defrénois* 1991.17.897, 905 (n° 21) ; R. LIBCHABER, préc., note 16, 1113 et 1114 (n° 23) ; Nicolas BOLLON, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit des régimes matrimoniaux et des successions*, thèse de doctorat, Lyon, École doctorale de droit, Université Lyon 3, 2008, n° 455 et suiv.

<sup>113</sup> Le statut de l'EIRL est réglementé aux articles L. 526-1 et suiv. du *Code de commerce*. Pour une présentation complète de l'institution, voir : François TERRÉ, *EIRL. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, coll. « Droit 360 », Paris, Éditions Litec, 2011. Pour une première vue, voir : Thierry REVET, « Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) », *Dr. et pat.* 2010.190.56.

L'existence d'un patrimoine affecté n'est donc pas forcément le signe d'une « propriété affectée », d'une propriété tendant vers l'abstraction, vers la dissociation entre la titularité du droit et l'usage du bien, selon le sens qui est couramment retenu en doctrine. On relève ici une dissociation de patrimoines, mais bien une unité du droit de propriété sur les biens, rattachés à un seul et même individu, et une finalité d'usage effectif de ces biens par l'entrepreneur lui-même. En définitive, le droit de propriété dont est titulaire l'entrepreneur individuel ne présente aucune particularité par rapport à la propriété classique ; c'est bien le « patrimoine affecté » qui doit être mis en avant dans l'institution EIRL, cet ensemble de biens que l'on va détacher du patrimoine personnel de l'entrepreneur pour les placer dans un autre patrimoine, affectés à un but précis, telle activité professionnelle.

La question de la détermination des biens qui doivent obligatoirement entrer dans le patrimoine affecté peut poser difficulté<sup>114</sup>, mais celle du droit exercé par l'entrepreneur sur ces biens n'en pose aucune : il s'agit d'un droit de propriété au sens de l'article 544 du Code civil.

## 2. L'affectation sous le prisme de la fiducie

21. La fiducie, en revanche, renforce singulièrement l'autonomie de l'affectation par rapport à l'usage. Le lien propriété-affectation-destination explose, pour laisser place à une intéressante abstraction ; et ce, par le vecteur du patrimoine d'affectation<sup>115</sup>, dont la fonction évolue néanmoins.

C'est en effet souvent à propos du contrat de fiducie, introduit dans le Code civil français en 2007, que la doctrine contemporaine évoque la « propriété affectée », dans le sens d'un droit de propriété auquel son titulaire donne une finalité qui peut se détacher totalement de l'usage, de la jouissance ou même de la disposition du bien. En quelque sorte, dans cette situation juridique, le fiduciaire propriétaire peut n'avoir aucun des attributs classiquement attachés à la propriété : *usus, fructus, abusus*, puisque

<sup>114</sup> Voir : *Code de commerce*, art. L 526-6. Il s'agit de tous les biens nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle. Certains biens à usage mixte (professionnel et personnel) peuvent aussi être intégrés dans le patrimoine affecté. Voir aussi : F. TERRÉ, préc., note 113, n° 61.

<sup>115</sup> Sur celui-ci, voir : Céline KHUN, *Le patrimoine fiduciaire. Contribution à l'étude de l'universalité*, thèse de doctorat, Paris, École doctorale de droit privé, Université Paris 1, 2003.

le constituant peut décider de conserver l'usage du bien<sup>116</sup> (ce qui sera *a priori* le cas pour certains biens tel un fonds de commerce), ou bien interdire au fiduciaire toute action positive sur les biens placés en fiducie, en exigeant simplement qu'il les conserve.

Le constituant est en effet le seul maître de la « mission »<sup>117</sup> confiée au fiduciaire, le seul maître de l'affectation, du « but déterminé »<sup>118</sup> dans lequel le fiduciaire qu'il a choisi va s'engager à agir<sup>119</sup>. C'est lui qui imprime aux biens placés en fiducie leur affectation et leur destination, et corrélativement au droit de propriété sa finalité, son « affectation ». Celle-ci peut être de garantir les dettes que le constituant aurait à l'égard du fiduciaire ou d'un tiers créancier ; elle peut être aussi de préserver les biens mis en fiducie de l'éventuelle action de créanciers du constituant ; en revanche, le droit français refuse pour l'heure que la finalité puisse être « une intention libérale au profit du bénéficiaire »<sup>120</sup>.

C'est donc bien le droit de propriété, transféré au fiduciaire, qui semble ici affublé d'une affectation spécifique, propriété fonctionnelle<sup>121</sup>. Le patrimoine, pure abstraction juridique, ne fait que recueillir les biens qui font l'objet de cette affectation « propriétaire », pour garantir une créance grâce au droit de propriété exercé sur les biens, gérer puis transférer la propriété des biens à un tiers bénéficiaire, ou pour tout autre but déterminé qui ne constituerait pas une libéralité.

<sup>116</sup> Grâce à une convention d'usage et de jouissance conclue avec le fiduciaire prévue au Code civil. Voir : C. civ. fr., art. 2018-1.

<sup>117</sup> Voir : C. civ. fr., art. 2018 al. 6.

<sup>118</sup> Voir : C. civ. fr., art. 2011.

<sup>119</sup> Sur les relations entre constituant et fiduciaire, voir notre article : Blandine MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l'opération de fiducie ? », (2013) 58 *R.D. McGill* 905.

<sup>120</sup> Voir : C. civ. fr., art. 2013.

<sup>121</sup> M. Larroumet souligne ainsi que, dans l'opération de fiducie, on « [utilise] un droit dans une finalité autre que celle qui est normalement la sienne. » C. LARROUMET, préc., note 5, n° 32, p. 23. Certains auteurs vont jusqu'à considérer que la propriété serait en réalité dissociée, le constituant disposant, « au-delà du titre "formel" de propriété », de la « propriété économique » des biens placés en fiducie. Voir : J. ROCHFELD, préc., note 16, p. 310 ; Gauthier BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1999.

Le patrimoine, nécessairement lié à la propriété dans le système juridique français, constitue ainsi le vecteur de cette affectation du droit de propriété et de l'éventuelle destination des biens qui le composent, mais derrière lui, c'est bien le droit de propriété lui-même qui répond à une finalité déterminée. Le lien se distend entre patrimoine et affectation pour mieux se renforcer entre propriété et affectation, la propriété constituant, en elle-même, une utilité particulière, indépendante des utilités des biens composant le patrimoine<sup>122</sup>.

Le simple transfert d'un patrimoine, composé d'une partie des biens du constituant, entre les mains du fiduciaire, rend celui-ci nouveau « propriétaire », au sens de cette « propriété affectée » par un autre que lui. Le patrimoine fiduciaire, né de la fiducie, n'est ainsi que le réceptacle nécessaire d'une opération qui le dépasse : le transfert du droit de propriété dans un but fixé par le propriétaire originaire (constituant) et pour une durée limitée<sup>123</sup>. Et le fiduciaire, qui accueille ce droit dans le cadre strict de la mission qui lui est confiée, apparaît ainsi comme un propriétaire fonctionnel.

### 3. L'affectation sous le prisme de la propriété-garantie

22. Enfin, dans l'hypothèse de la « propriété-garantie »<sup>124</sup>, autre forme classique de « propriété affectée » au sens que lui donne la doctrine, la théorie du patrimoine d'affectation ne s'invite plus forcément au débat.

<sup>122</sup> Sans toutefois confronter « patrimoine affecté » et « propriété affectée », des auteurs soulignent ainsi que « celui à qui la chose appartient peut décider de mettre la seule appartenance de son bien au service d'un but déterminé, opération qui peut avoir, elle aussi, la vertu de procurer une utilité. » F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 5, n° 237, p. 384.

<sup>123</sup> *Contra* : William Dross considère que « [l]a séparation des biens fiduciaires du patrimoine personnel du fiduciaire est la clé de leur régime » (W. DROSS, préc., note 20, n° 113, p. 223) ; voir aussi : P. BERLIOZ, préc., note 111, qui semble opposer nettement et de manière générale propriété et affectation (*id.*, 637). Au contraire, M. Grimaldi conteste l'analyse selon laquelle le fiduciaire serait véritablement titulaire de deux patrimoines, les actifs fiduciaires restant la richesse du constituant : Michel GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *R.L.D.C.* 2010.77.73. Comparer Anne-Sophie COURTIER, « La fiducie et le principe d'unité du patrimoine », *Gaz. Pal.* 2007.45.234.

<sup>124</sup> Voir en particulier : Pierre CROCO, *Propriété et garantie*, Paris, L.G.D.J., 1995.

Dans l'hypothèse de la clause de réserve de propriété<sup>125</sup>, le propriétaire du bien vendu s'en réserve la propriété jusqu'au complet paiement du prix par l'acquéreur, alors même que la livraison a eu lieu.

La finalité particulière conférée au droit de propriété, celle d'une sûreté attachée à la créance de prix, ne nécessite pas le support d'un patrimoine spécifique pour exister. Elle s'inscrit sans difficulté dans la situation juridique ordinaire du propriétaire, titulaire d'un unique patrimoine relégué dans l'ombre de son droit.

La clause de réserve de propriété constitue ainsi une forme aboutie de « propriété affectée », indépendante de l'usage des biens, droit abstrait dont l'utilité est de constituer la meilleure des sûretés pour le vendeur. Le patrimoine revient au premier plan, car il permet, enclos sécurisé, d'éviter au propriétaire impayé toute concurrence avec les autres créanciers de l'acquéreur : si le débiteur n'exécute pas son obligation, le vendeur pourra agir en restitution de son bien, afin d'en retrouver toutes les utilités concrètes<sup>126</sup>, ou reporter son droit sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur, ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien<sup>127</sup>.

La propriété est ainsi « affectée » à un but précis, garantir la créance de prix ; le patrimoine, quant à lui, n'est empreint d'aucune affectation : il s'agit du patrimoine tel qu'Aubry et Rau l'entendaient, unique et attaché à la personne du vendeur.

Pour autant, toutes les formes de « propriété-garantie » ne répondent pas à ces caractéristiques. La fiducie-sûreté<sup>128</sup>, réglementée aux articles 2273 et suivants et 2488-1 et suivants du Code civil français, repose sur la même fonctionnalité attachée à la propriété, mais cette fois entre les mains d'un

<sup>125</sup> Voir : C. civ. fr., art. 2367 et suiv. (pour la définition et la réglementation).

<sup>126</sup> Voir : C. civ. fr., art. 2371.

<sup>127</sup> Voir : C. civ. fr., art. 2372.

<sup>128</sup> Voir notamment : Laurent AYNES et Pierre CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Defrénois, 2012, n° 774 ; Christophe ALBIGES et Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2011, n° 690, p. 401 et 402 ; François BARRIÈRE, « La fiducie-sûreté », JCP éd. Entreprise et Affaires 2009.36.1808 ; Philippe DUPICHOT, « La fiducie-sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », JCP éd. G. 2009.14.132 ; Michel GRIMALDI et Reinhard DAMMANN, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009.10.670 ; Stéphane PRIGENT, « Constitution d'une fiducie-sûreté », *Rép. Defrénois* 2010.14.15555 ; Blandine MALLET-BRICOUT, « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *Dr. et pat.* 2009.185.79.

tiers, le fiduciaire. C'est à lui que revient la mission de conserver les biens mobiliers ou immobiliers en garantie de la créance qui lui est due, ou qui est due à un tiers, par le constituant. Cette « propriété affectée » passe cette fois par le vecteur du patrimoine d'affectation, la technique fiduciaire reposant éminemment sur un transfert de la propriété des biens « fiduciaires » au fiduciaire, qui va les tenir « séparés de [son] patrimoine propre »<sup>129</sup>.

L'on perçoit bien, au travers de ces deux techniques de « propriété-garantie », clause de réserve de propriété et fiducie-sûreté, que ce qui les réunit est bien l'affectation de la propriété à un objectif juridique déterminé, non le sous-jacent que constitue le patrimoine.

## B. L'autonomie de la « propriété affectée »

23. La « propriété affectée », forte de son particularisme, révèle ainsi le double visage de l'affectation : affectation du bien objet de propriété, affectation du droit de propriété lui-même (1). Détachée de l'usage, elle préserve toutefois le rôle fondamental attaché à la volonté « propriétaire » (2).

### 1. Le double visage de l'affectation

24. La fiducie et la clause de réserve de propriété marquent sans aucun doute une dissociation de la finalité et de l'usage, de l'affectation et de la destination. La propriété se tourne singulièrement vers des utilités abstraites, tirées du droit sur les choses (*dominium*), non des choses elles-mêmes (*proprietas*) sur lesquelles porte le droit.

Cette dissociation de l'usage et de la finalité transforme le concept même d'affectation appliqué à la propriété, puisqu'il n'y a plus alors de finalité conférée par son propriétaire à l'usage de son bien, mais seulement une finalité donnée au droit lui-même. Cela peut venir renforcer la réticence qu'éprouve une partie de la doctrine à admettre l'idée selon laquelle la « propriété affectée » se rattacherait à la propriété classiquement entendue, tant cette propriété perd tout ancrage dans la réalité des rapports entre les personnes et les biens<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> C. civ., art. 2011.

<sup>130</sup> Voir notamment : M. GRIMALDI, préc., note 112, n° 13 (proposant que « la formule selon laquelle la fiducie serait un contrat translatif de propriété est à manier avec prudence puisqu'elle n'opère aucun transfert de richesse »).

Reste alors, dans cette hypothèse, une propriété fiduciaire potentiellement dénuée d'usage, souvent aussi dénuée du pouvoir de disposer du bien, une propriété qui perd ses traditionnelles attaches avec l'appréhension matérielle des choses, qui transforme désormais le lien propriété-affectation-destination. Il y a rupture d'un équilibre logique, qui veut que celui qui s'approprie une chose puisse déterminer l'usage qu'il compte faire du bien et la finalité de cet usage<sup>131</sup>.

Prenons l'hypothèse d'un fonds de commerce placé en fiducie à titre de garantie d'une créance professionnelle. Le fonds intègre alors le patrimoine fiduciaire, sur lequel le fiduciaire (avocat, établissement bancaire ou d'assurance<sup>132</sup>) exerce un droit de propriété si abstrait qu'il sera nécessaire de consentir à l'égard du constituant une convention de mise à disposition du fonds de commerce entre ses mains, car seul le constituant peut avoir intérêt à user concrètement du fonds de commerce. La *propriété* du fonds est affectée à une finalité de garantie; le *bien* objet de cette propriété est affecté à la réalisation d'un tout autre objectif, poursuivre une activité commerciale. Où l'on voit que l'affectation conférée au bien par son propriétaire originel, toujours intéressé par le bien, ne rencontre pas l'affectation conférée au droit de propriété par le fiduciaire.

Le patrimoine fiduciaire n'est plus ici le *vecteur* du lien propriété-affectation-destination, mais seulement le réceptacle d'une forme de propriété qui a perdu sa raison d'être originelle pour devenir une simple technique juridique instrumentalisée, marquant ainsi tout le pouvoir d'attraction de l'abstraction en droit des biens. Jean Carbonnier n'a pas été entendu, lui qui considérait que « [c]e pourrait être un progrès, que de réintroduire dans le droit des biens une vision concrète des choses »<sup>133</sup>.

On dérive alors, d'une affectation entendue au sens de la finalité donnée à l'usage déterminé d'un bien, à une affectation conférée au droit de propriété lui-même, détachée de l'usage du bien. La cible de l'affectation n'est plus l'objet approprié, mais le droit qui porte sur l'objet. Il y a là un glissement sémantique remarquable, qui démontre que l'affectation, dans ses rapports avec la propriété, présente un double visage.

<sup>131</sup> Et ce, y compris dans les hypothèses où le législateur bride sa volonté (*id.*, n° 8).

<sup>132</sup> Voir: C. civ., art. 2015. Le droit français a fait le choix de restreindre la qualité de fiduciaire à quelques professionnels visés expressément dans cette disposition.

<sup>133</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3 « Les biens », 19<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2000, n° 45, p. 80.

## 2. La volonté « **propriétale** », source primordiale de la « **propriété affectée** »

25. La volonté du propriétaire permet pourtant de réconcilier ces diverses hypothèses. Elle est en effet à la source de l'ensemble des mécanismes d'affectation en droit des biens, bien plus que le patrimoine d'affectation qui n'est qu'un outil facultatif au service des opérations juridiques mises en œuvre.

*Cas de l'EIRL* – Dans l'hypothèse de l'EIRL, l'unicité de la personne juridique titulaire des deux patrimoines, personnel et affecté, préserve le lien entre finalité et usage, par le vecteur d'une unique source de volonté et d'action.

*Cas de la fiducie* – Dans l'hypothèse de la fiducie, on retrouve l'unicité de la personne juridique (le fiduciaire), titulaire de son patrimoine personnel et du patrimoine fiduciaire. Cependant, il n'y a plus cette fois une source de volonté, mais deux : la volonté du constituant, propriétaire originel et parfois propriétaire final<sup>134</sup>, qui imprime le destin des biens mis en fiducie, et la volonté du fiduciaire sur ses biens personnels. Les sources d'affectation sont ainsi dissociées, selon qu'il s'agit des biens personnels du fiduciaire ou des biens mis en fiducie.

Dans ce dernier cas, l'affectation des biens relevant de la volonté d'un autre que le propriétaire fiduciaire explique que finalité (imprimée par le constituant) et usage (exercé par le fiduciaire) soient eux aussi dissociés. L'incohérence fondamentale d'un tel mécanisme, qui explose le lien propriété-affectation-destination, pousse alors à l'artifice : la possible réunion de l'affectation à l'usage, par l'effet d'une convention de mise à disposition des biens placés en fiducie au profit du constituant<sup>135</sup>. Cette convention n'a finalement pour seul objectif que de restaurer le lien, somme toute primordial, entre affectation et destination du *bien* mis en fiducie, mais elle n'agit pas sur le lien effectivement distendu entre *propriété*, affectation et destination. En définitive, la « propriété affectée » se distingue de l'affectation des biens sur lesquels elle porte pourtant.

Toutefois, la volonté du propriétaire joue un rôle tout aussi essentiel dans l'un et l'autre cas, et cela est en soi remarquable : certes, le droit de propriété n'est pas absolu (l'a-t-il d'ailleurs jamais été ?), mais l'affectation

<sup>134</sup> S'il est aussi bénéficiaire de la fiducie.

<sup>135</sup> Voir : C. civ., art. 2018 al. 1.

du bien, l'affectation du droit, démontrent que le propriétaire conserve la *maîtrise* de son bien, matérielle ou intellectuelle, par l'expression libre de sa *volonté*. Cela vaut pour l'entrepreneur individuel et pour le vendeur réservataire. Dans la fiducie, la situation est plus complexe: c'est d'ailleurs le propriétaire originel (constituant) qui imprime sa volonté sur le bien, et sur le droit de propriété conféré au fiduciaire, ce dernier étant relégué, au mieux, au rang de propriétaire temporaire<sup>136</sup>.



26. L'affectation est ainsi complice du lien d'appropriation. Serait-elle même, dans ses manifestations classiques ou plus modernes, l'un des piliers du lien d'appropriation, aux côtés de l'exclusivité et de la vocation à la perpétuité?

Reposant fondamentalement sur la volonté « propriétaire », que celle-ci se manifeste pour déterminer la finalité donnée à l'usage d'une chose<sup>137</sup> ou la finalité donnée au droit exercé sur la chose<sup>138</sup>, l'affectation révèle ses potentialités en droit des biens.

Sous son double visage, elle est à la fois de l'essence de la propriété privée et publique et source d'une transformation du droit de propriété, qui se présente désormais sous des formes plurielles<sup>139</sup>. Contrainte par l'utilité sociale du lien qui unit l'Homme aux choses, et peut-être dans l'avenir par son utilité primordiale, ainsi modelée par la réalité des nécessités, la propriété s'éloigne, sous d'autres formes, d'un droit des biens ancré dans la matérialité des choses pour mieux se tourner vers un droit des biens marqué d'abstraction, laissant ainsi exploser toutes ses virtualités. C'est là, probablement, que gît le paradoxe des liens pourtant étroits entre propriété, usage et finalité.

<sup>136</sup> La majorité des auteurs considère que la propriété fiduciaire est une propriété temporaire. Quelques auteurs contestent toutefois cette analyse. Voir notamment: Pierre CROCOQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La fiducie dans tous ses états*, t. XV, Paris, Éditions Dalloz, 2010, p. 9, aux pages 10 et 11; W. DROSS, préc., note 20, n° 112-1, p. 221.

<sup>137</sup> Voir: *supra*, n° 6 et suiv.

<sup>138</sup> Voir: *supra*, n° 25.

<sup>139</sup> Voir en particulier les actes du colloque international du CECOJI, *Les modèles propriétaires au XXI<sup>e</sup> siècle*, préc., note 101.