

DOI: 10.33242/rbdc.2021.02.007

RÉFLEXIONS EN DROIT FRANÇAIS SUR «LE PATRIMOINE, GAGE DES CRÉANCIERS»

Julien Théron

Professeur. Agrégé des facultés de droit. Directeur scientifique
European School of Law. Université Toulouse-Capitole.

Je vous propose un voyage, non pas exotique, mais au sein des articles 2284 et 2285 du code civil, et au pays de la doctrine. Nous allons voir combien une théorie, celle d'Aubry et Rau a pu freiner le droit français à bien des endroits...

Résumé: Il est ici proposé de s'arrêter sur le paradoxe suscité par lecture des articles 2284 et 2285 du Code civil français indiquant que celui qui s'est personnellement engagé est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers. Comment un droit personnel engage-t-il les biens? Il ne devrait pouvoir que permettre au créancier de contraindre le débiteur à lui fournir la prestation attendue. Les créances ne devraient affecter que la personnalité du débiteur et non ses biens. Du moins, c'est ce que l'on retient de la théorie d'Aubry et Rau.

Mots-Clés: Théorie du patrimoine. Aubry. Rau. Droit réel. Droit personnel. Contrainte. Créance. Universalité de droit. Gage des créanciers.

Abstract: It is proposed here to explore the paradox created by the articles 2284 and 2285 of the French Civil Code indicating that anyone who has made a personal commitment is required to fulfill their commitment on all their movable and immovable property. How does a personal right bind property? It should only be able to allow the creditor to compel the debtor to provide him with the expected service. Claims should only affect the personality of the debtor and not his property. At least, that's what we learn from Aubry and Rau's theory.

Keywords: Theory of the patrimony. Aubry. Rau. Real right. Personal right. Constraint. Debt. Universality of law. Pledge of creditors.

Sommaire: **1** Introduction – **2** Le droit de gage: un droit sur les choses – **3** Le patrimoine, émanation de la personnalité: une théorie rejetée – **4** Le droit de gage, un droit indirect sur les choses – **5** Conclusion

1 Introduction

Classiquement en France il est indiqué que le patrimoine est le gage des créanciers. Cette assertion se base sur les articles 2284 et 2285 du Code civil. Aux termes du premier de ces articles, il est en effet indiqué que «*quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers*». À l'article 2285 il est indiqué que «*Les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers*».

Il est ici proposé de s'arrêter sur le paradoxe suscité par lecture de ce texte indiquant que celui qui s'est *personnellement* engagé est tenu de remplir son engagement *sur tous ses biens mobiliers et immobiliers*.

Comment un droit personnel engage-t-il les biens? N'y a-t-il pas là un révélateur de l'absence de différence fondamentale entre les droits personnels et les droits réels?

À en croire la littérature classique, les droits personnels, ou droits de créance n'ont rien en commun. Les droits réels constituent des pouvoirs exercés par des personnes sur des choses, qu'il s'agisse de droits réels principaux ou accessoires. Les droits personnels, ou droits de créance sont les droits qu'a une personne d'exiger un comportement d'une autre, une prestation, qu'il s'agisse d'une obligation de faire de ne pas faire ou de donner. En d'autres termes, les droits personnels ont cela de particulier qu'ils établissent un lien –*vinculum juris*– entre le créancier et le débiteur. Ce dernier se trouve alors sous la contrainte du premier.

Ainsi en théorie, l'obligation, droit personnel par essence, s'oppose selon une division présentée classiquement comme impérative, au droit réel. Par définition,¹ l'obligation n'a aucune incidence sur les biens. Elle ne procure au créancier aucun pouvoir direct sur les biens de son débiteur. Celui-ci n'a qu'un pouvoir de coercition à l'encontre de la personne du débiteur. Il ne devrait pouvoir que le contraindre à lui fournir la prestation attendue.

Tel est le cas à propos de l'obligation de donner. Ici, nul n'ignore que l'exécution en nature a toujours été le principe. Concrètement, l'obligation de donner en droit français est celle qui oblige le débiteur à transférer la propriété. Avant entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations en date du 10 février 2016,² en application de l'ancien article 1138 du Code civil cette obligation s'opérait théoriquement intellectuellement, et instantanément au moment de la

¹ Le droit réel est relatif à une chose, le droit de créance est, par opposition, défini comme «*le pouvoir juridique qui permet à une personne (le créancier) d'exiger d'une autre personne (le débiteur) une prestation, un service consistant à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*» (J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., n° 39).

² Ordonnance du 10 février 2016 n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations.

conclusion de la vente. Dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix le transfert de propriété intervient sans que le vendeur ait à accomplir quoi que ce soit. On parle de transfert *solo consensu*. Mais en pratique, en matière immobilière, le transfert de propriété n'intervient pas dès la conclusion du contrat. Il est différé au moment de la passation de l'acte authentique. Dans cette hypothèse si le vendeur ne veut pas participer à l'acte, empêchant alors le transfert d'intervenir, il suffit de saisir le juge pour qu'il constate le caractère parfait du contrat et que le transfert ait lieu. Autant dire que l'on a le sentiment que dès la naissance de l'obligation de donner, le créancier dispose non pas d'un droit à l'encontre du débiteur, mais d'un droit direct sur la chose transmise... S'agit-il alors réellement d'une obligation, d'un lien juridique entre un créancier et un débiteur? Pour une partie de la doctrine, il n'existe pas d'obligation de donner. Il n'y a là qu'un effet automatique du contrat...³ La réforme du droit des contrats fait d'ailleurs disparaître le recours à l'expression «obligation de donner» pour lui préférer celle d'«effet translatif»...

En matière d'obligation de faire, et de ne pas faire il devrait en aller différemment. Ici, il n'y a de prime abord aucun lien entre le créancier et les biens du débiteur. Le créancier attend une prestation de la part du débiteur. Et pourtant, jusqu'à la réforme du droit des contrats, le principe était celui selon lequel en cas d'inexécution des obligations de faire et de ne pas faire, le créancier ne pouvait pas contraindre la personne du débiteur, mais n'avait droit qu'à des dommages et intérêts.⁴ Aujourd'hui en revanche, le créancier peut demander l'exécution en nature. Ce principe n'est écarté que s'il existe une disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.⁵ Le cas échéant, seuls des dommages et intérêts pourront être réclamés.

Pour autant, en principe, cette obligation de verser des dommages-intérêts ne donne pas aux créanciers un droit direct sur les biens du débiteur. Le créancier –titulaire d'un droit personnel à l'encontre du débiteur– n'a naturellement aucun droit direct sur les biens du débiteur. Il doit normalement attendre le versement par le débiteur de cette somme d'argent. Mais s'il ne s'exécute pas volontairement, en application des articles 2284 et 2285 du Code civil, eu égard au «droit de gage général» des créanciers sur le patrimoine du débiteur on sait que ceux-ci peuvent réaliser un bien appartenant au débiteur pour être réglés de leur créance.

Il semble donc que les créanciers aient un droit sur les biens du débiteur. Le droit de gage général estompe la différence entre droit personnel et droit réel.

³ M. Fabre-Magnan, «Le mythe de l'obligation de donner», RTD civ. 1996, p. 85; C. Saint-Alary-Houin, «Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière», *Mélanges Pierre Raynaud* 1985, Dalloz, p. 733.

⁴ Ancien article 1142 du code civil.

⁵ Art. 1221 C. civ. «Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier.»

Entre le créancier chirographaire et le titulaire d'une sûreté réelle –ayant un droit direct à la valeur d'un bien du débiteur ou d'un de ses garants– il semble qu'il y ait moins une différence de nature que de degrés.

Pourtant en droit français, il est classiquement enseigné -depuis Aubry et Rau et leurs fameuses traductions du Code civil commenté de Zachariae⁶ que les créanciers n'ont de droit de gage que sur le patrimoine. Or, celui-ci ne serait pas une masse de biens. Il ne s'agit pas en effet d'une universalité de fait. Il s'agit d'une universalité de droit, entendue comme la manifestation de la personnalité juridique dans ses rapports avec les autres. Pour faire simple: les créances affectent la personnalité du débiteur et non ses biens.

À l'étude, il apparaît cependant qu'il y a là une déformation de la réalité, une fiction inutile. Les droits de créance confèrent indéniablement un droit aux biens du débiteur. Simplement, ce droit, à la différence du droit réel, n'est pas un droit direct sur les biens du débiteur, mais un droit indirect, car passant par le prisme du patrimoine.

En somme, pour appréhender la réalité que constitue le droit de gage des créanciers sur le patrimoine il faut dans un premier temps reconnaître qu'il confère un droit sur les biens (I), pour dans un second temps admettre qu'il n'y a là qu'un droit indirect (II).

2 Le droit de gage: un droit sur les choses

En premier lieu, il importe de souligner que les créanciers ont un droit sur les biens du débiteur et non sur sa personne.

Il est vrai que la conception du patrimoine, présentée par Aubry et Rau semble énoncer le contraire. Selon eux, ce ne sont pas les biens du débiteur qui sont affectés par le droit de gage, mais le pouvoir de volonté de ce dernier. La notion d'obligation est sauve en ce qu'elle est une contrainte sur la volonté –donc sur la personne du débiteur– et non sur ses biens.

Si cette théorie rassure en ce qu'elle permet d'opposer de manière franche droits personnels et droits réels, il n'en demeure pas moins qu'à l'étude elle ne convainc plus.

Pour le saisir, il convient tout d'abord d'étudier les tenants de cette théorie (A), avant de souligner les motifs qui poussent à la rejeter (B).

⁶ Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, par E. Bartin, 5ème éd. t. IX, 1897-1922.

2.1 Le patrimoine, émanation de la personne: une théorie séduisante

Compte tenu de la nature assignée par Aubry et Rau au patrimoine (1), les créanciers ne peuvent être considérés comme ayant un droit direct sur les biens du débiteur (2).

2.1.1 Nature du patrimoine

Selon cette thèse, le patrimoine n'est pas à proprement parler une masse de biens, mais plutôt la personne du débiteur considérée dans ses rapports avec les objets du monde extérieur,⁷ sur lesquels elle a ou pourra avoir des droits.⁸ Aubry et Rau ont ainsi affirmé que le patrimoine est «dans sa plus haute expression»,⁹ la personnalité même de l'homme, il en est l'«expression de la puissance juridique».¹⁰ Concrètement, cela signifie que le patrimoine est une universalité de droit, un ensemble indépendant de son contenu, inhérent à la personnalité. Le contenant est la volonté de la personne, tandis que le contenu est constitué par les droits patrimoniaux dont cette dernière est titulaire.¹¹ Par droits patrimoniaux, il faut entendre tout rapport juridique susceptible d'être évalué en argent, qu'il s'agisse de droits réels ou de droits de créance.

Le patrimoine étant la personne considérée dans ses rapports avec les tiers, on comprend alors la théorie originelle de l'unicité du patrimoine selon laquelle: toute personne a un patrimoine, seules les personnes ont un patrimoine, les personnes n'ont qu'un patrimoine, et ce patrimoine est intransmissible. On ne peut en effet avoir qu'une personnalité...

⁷ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, par E. BARTIN, 5e éd. MARCHAL et BILLARD 1917, §573, note 6: «Le patrimoine étant, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer, comprend, non seulement *in actu* les biens déjà acquis, mais encore *in potentia* les biens à acquérir. C'est ce qu'exprime...*Vermogen*, qui signifie tout à la fois *pouvoir* et *patrimoine*. Le patrimoine d'une personne est sa puissance juridique, considérée d'une manière absolue, et dégagée de toute limites de temps et d'espace».

⁸ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, *op. cit.*, §573: «Les objets extérieurs sur lesquels portent les droits d'une personne, ne forment point des parties intégrantes de son patrimoine, en eux-mêmes et sous le rapport de leur nature constitutive, mais à titre de biens, et sous le rapport de l'utilité qu'ils sont susceptibles de procurer».

⁹ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, par E. BARTIN, 5e éd., *op. cit.*, §573, note 6.

¹⁰ AUBRY et RAU, *id.*, §573, 4^e.

¹¹ Par droits patrimoniaux, il faut entendre tout rapport juridique susceptible d'être évalué en argent, qu'il s'agisse de droits réels ou de droits de créance.

2.1.2 La personnalité du débiteur affectée par le droit de gage

Dans ces conditions, dire des créanciers chirographaires que leur droit porte sur le patrimoine du débiteur, revient à dire que ce droit ne porte pas sur ses biens considérés en eux-mêmes, mais sur sa personne en tant qu'elle synthétise l'activité juridique et économique dont le débiteur est capable.¹² Le droit de gage reconnu aux créanciers sur le patrimoine du débiteur exprime alors le caractère personnel de l'obligation. Il porte sur le patrimoine «contenant» sur sa volonté et non sur le contenu de celui-ci.¹³

Contrairement à ce qui est affirmé par l'article 2285 du Code civil, le droit de gage ne porte pas, selon cette doctrine, sur les biens du débiteur, mais sur sa volonté.

En venant affecter la volonté du débiteur, le gage général restreint d'autant le rapport d'appropriation de ce dernier sur ses biens. Il fragilise la relation du débiteur avec ses biens. La volonté du débiteur, affectée par le gage général, a perdu de son caractère absolu. Le lien entre la personne du débiteur et ses biens est moins fort que ce qu'il serait en l'absence de dette. Ce phénomène permet aux créanciers de s'immiscer dans cette sphère afin d'en appréhender la valeur à concurrence de leurs droits.¹⁴ Selon ce schéma, ce ne sont donc pas les biens qui sont affectés par le droit de gage général, mais la volonté du débiteur. Si un créancier parvient à faire réaliser un bien de son débiteur, ce n'est pas en raison d'un droit direct sur la chose du débiteur, mais parce qu'il s'immisce dans sa relation avec ses biens.

Cette théorie peut être illustrée par l'action oblique. L'action oblique est en effet la voie de droit qui permet à un créancier d'exercer, au nom de son débiteur, les droits et actions de celui-ci (1341-1 du Code civil)...

Séduisante cette approche doit être rejetée.

¹² F. KONDER COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1963 spéc. p. 8 I.

¹³ F. COHET-CORDEY, «La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français», *RTD civ.* 1996, n° 33, p. 832 et n° 37 p. 835.

¹⁴ Cette théorie permet d'appréhender les raisons pour lesquelles le droit de gage ne s'exécute pas *stricto sensu* sur le patrimoine qui en est l'objet, mais sur les biens qui y sont contenus (AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, par E. BARTIN, *op. cit.*, §579). Le patrimoine n'étant qu'une émanation de la personnalité, cette universalité n'est pas plus susceptible d'aliénation que d'expropriation forcée. En affectant la volonté du débiteur, il permet seulement la saisie de ses droits patrimoniaux. En outre, dans la mesure où c'est la volonté qui est l'objet du gage, on comprend pourquoi ce dernier peut s'exercer sur les biens présents mais aussi à venir. Ce droit de gage est, en effet, indifférent à l'identité des biens présents lors de sa constitution, il n'affecte que la personne du débiteur dans ses rapports avec ses biens. La même raison préside à l'absence de droit de suite des créanciers: leur gage étant attaché à la personne du débiteur, et non aux biens entendus de manière objective.

3 Le patrimoine, émanation de la personnalité: une théorie rejetée

Plusieurs catégories d'arguments tendent à rejeter cette approche. Non seulement elle conduit à considérer que personne n'est jamais véritablement propriétaire (1). Surtout elle nie toute l'évolution du droit. Jusqu'à eux –fin du XIXème– les droits personnels ont été construits autour de l'idée qu'ils confèrent un droit indirect aux choses du débiteur (2).

3.1 Une théorie inconciliable avec le droit de propriété

La théorie d'Aubry et Rau conduit à dénier à la propriété son caractère absolu et donc sa nature.

En droit français -2 et 17 DDHC- le droit de propriété est un droit absolu, c'est le droit absolu d'exclure les autres de sa chose. Or, affirmer que le gage général permet de disposer des biens d'un propriétaire sans son consentement, parce qu'il affecte sa volonté et donc son pouvoir sur son bien, revient à considérer que l'on peut limiter ses prérogatives en agissant directement sur son pouvoir. Ce droit pouvant être restreint dans sa structure même, il n'est ni absolu ni exclusif. Il doit en pratique être considéré comme inexistant. En effet, l'existence d'une seule dette limitant ce pouvoir, nulle personne ou presque, n'exerce un pouvoir absolu et exclusif sur ses biens.¹⁵

Si l'on considère que la propriété existe et constitue un droit absolu, voir le plus absolu -comme l'énonce l'article 544 C. civ- alors il faut rejeter la théorie d'Aubry et Rau.

Surtout, à la réflexion la théorie d'Aubry et Rau, aussi séduisante soit-elle est une fiction, sophistiquée, mais une fiction. Eux-mêmes la qualifiaient d'abstraction pas nécessairement opérationnelle. *La construction est tellement abstraite qu'il est étonnant qu'elle ait eu autant de succès.*

Cette théorie n'explique pas la réalité. On ne peut pas affecter la volonté d'une personne. Par essence, la volonté est liberté. La technique juridique ne peut, en conséquence, la limiter qu'en posant des contraintes qui lui sont extérieures. Elle ne peut pas l'atteindre à sa source. Le droit ne peut limiter la volonté que par des objets qui lui sont extérieurs. Lorsque le droit interdit ou limite une liberté, il ne peut empêcher la volonté en tant que telle. Il ne peut que *limiter l'action*, la *mise*

¹⁵ Et si cela arrive, les caractères absolus et exclusifs sont suspendus à l'absence d'engagement du propriétaire.

en œuvre par des mécanismes extérieurs à la volonté. En d'autres termes, je peux toujours «vouloir» même secrètement s'il le faut. En revanche, on peut m'interdire de «pouvoir», ou limiter mon «action».

On ne peut donc affecter la volonté du débiteur, du propriétaire en tant que tel. En revanche on peut affecter les biens du débiteur au paiement des créanciers... On ne peut agir sur sa volonté, mais on peut agir sur ses biens. C'est ainsi que fonctionne le droit de gage et ce depuis le droit romain.

Outre le fait qu'elle est très –trop?- abstraite, cette théorie est contraire à l'évolution de la notion de droit personnel.

3.2 Une théorie en contradiction avec l'histoire

L'histoire démontre que le droit personnel au sens strict du terme a disparu au profit d'un droit indirect à la chose en cas d'inexécution de la prestation principale. Il n'y a que pour Aubry et Rau, que le patrimoine était une manifestation de la personnalité dans ses rapports avec le monde extérieur.

En droit romain,¹⁶ dès l'époque classique, la notion d'obligation faisait du créancier chirographaire un ayant-cause à titre particulier du débiteur, et cela, parce que l'obligation portait en définitive sur les biens du débiteur, considérés en eux-mêmes, dans une mesure déterminée par le quantum de l'obligation.

Cela résulte, en premier lieu, de l'apparition de l'action paulienne: le jour où le débiteur eut à rendre compte à ses créanciers de l'aliénation d'un bien déterminé, ce n'était plus sa personne qui était en jeu, mais ses biens considérés individuellement. Cette constatation, en vertu de laquelle l'action paulienne ouverte aux créanciers chirographaires portait sur les biens du débiteur, montre la proximité des notions de droit réel et de droit de créance. D'ailleurs, si une telle action est mentionnée au *Digeste*¹⁷ parmi les actions personnelles, aux *Institutes* de Justinien,¹⁸ elle figure dans la liste des actions réelles.¹⁹

En second lieu, la *distraction bonorum* qui vint permettre la liquidation du patrimoine du débiteur par le procédé de l'aliénation distincte des divers biens, ne peut que confirmer l'opinion en vertu de laquelle le droit de créance portait non pas sur la personne, mais sur les biens du débiteur. Il en fut de même en ancien

¹⁶ Sur ce thème, voir notamment M. LABORDE-LACOSTE, *Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier en droit privé français, Etude Synthétique et critique*, op. cit., p. 137.

¹⁷ 22, 1, 38, 4.

¹⁸ 4, 6, 6.

¹⁹ J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 630.

droit français. On sait que dès le XII^e siècle,²⁰ l'autorité publique pouvait vendre les biens du débiteur qui ne s'exécutait pas.²¹

En outre, il suffit de rappeler la genèse de l'expression *jus ad rem* qui commença par désigner une sorte de droit intermédiaire entre le droit réel et le droit de créance, entre le *jus in re* et le *jus in personam*.²² Puis, cette expression a fini par désigner le droit de créance. Elle marque très bien la conception que l'on se fit de l'obligation dans l'ancien droit: le droit de créance fut en effet considéré comme un droit portant indirectement sur une chose. Cette idée est tellement acquise à la veille de la Révolution, que Pothier affirme qu'il n'y a que deux espèces de droits: le *jus in re* et le *jus ad rem*.²³

Les codificateurs considéraient également que la créance portait indirectement sur une chose. Cela n'est pas douteux en présence de l'intitulé du livre III du Code civil: «Des différentes manières dont on acquiert la propriété». Autant dire que l'obligation qui rentre dans l'énumération de ces différentes manières d'acquérir est un moyen d'atteindre les choses. D'ailleurs, l'article 711 le dit formellement, puisqu'il y est énoncé que parmi d'autres techniques, la propriété peut s'acquérir par l'effet des obligations. Les articles 2284 et 2285 doivent alors être considérés comme s'insérant dans cette perspective, d'autant qu'ils indiquent que le gage porte non pas sur le patrimoine, mais sur les biens du débiteur...

Le gage des créanciers consiste ainsi en un droit à la valeur des biens du débiteur. Est-ce à dire qu'il s'agit d'une forme de droit réel accessoire? Sans doute pas, si les droits réels sont des droits portant sur les choses, les droits personnels confèrent grâce au gage général un droit indirect aux choses.

4 Le droit de gage, un droit indirect sur les choses

Si le droit de gage confère aux créanciers un droit sur les biens du débiteur, il ne leur confère qu'un droit indirect à ces choses, tout d'abord parce que cette relation ne s'établit que par l'intermédiaire du patrimoine (A), ensuite parce que ce droit n'existe que pour autant que l'obligation n'est pas exécutée volontairement (B).

²⁰ J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 699.

²¹ J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 699: «Beaumanoir, qui écrit précisément au moment où l'on s'oriente vers cette voie, indique que, lorsque les garnissaires ont séjourné quarante jours chez le débiteur, le seigneur peut sommer celui-ci de vendre, mais en lui donnant un nouveau délai de quarante jours pour cela. Faute pour le débiteur d'obéir, le seigneur vendra lui-même ou donnera le bien en dation au créancier».

²² L. RIGAUD, *Le droit réel*, Th. Toulouse 1912, p. 86 s.; B. MINEI, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, th. Paris, 1912, p. 116 s.; J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 210.

²³ Voir notamment t. V, p. 383; t. XV, p. 51-58.

4.1 Un droit subordonné à la présence du bien dans le patrimoine

Si les créanciers ont un droit sur les biens du débiteur, ce n'est qu'un droit indirect dans la mesure où il s'effectue dans la limite du patrimoine (1), et plus spécifiquement du patrimoine affecté au paiement de ses créanciers (2).

4.1.1 Un droit sur les biens limité au patrimoine

Ce n'est pas parce que le patrimoine n'est pas l'émanation de la personne qu'il faut en nier l'existence et le rôle.

La nature du patrimoine, même envisagée comme universalité de droit se rapproche de celle d'un bien. La lecture d'Aubry et Rau fait elle-même apparaître par endroit qu'ils n'excluaient pas cette analyse.

On peut ainsi lire: «*Le patrimoine qui, comme universalité de biens prend son fondement dans la personnalité, se distingue cependant de la personne elle-même*». ²⁴ Cette différence qu'ils opéraient entre le patrimoine et la personne est manifeste lorsqu'ils affirment qu'il est *une émanation de la personne*. ²⁵ Émaner, c'est en effet «*se détacher, s'échapper d'un corps... en provenir comme de sa source naturelle*». ²⁶ Ainsi, si la lumière émane du soleil, elle ne se confond pas pour autant avec lui, de même si l'eau coule d'une source, les deux n'en sont pas moins distinctes. Le patrimoine émanant de la personne, il ne peut se confondre avec elle. D'ailleurs, la personne ne constitue, par définition, pas un bien. Or, ils attribuaient au patrimoine le statut de bien, puisque le considérant comme objet d'un droit réel de propriété: «*on peut... concevoir l'existence d'un rapport entre la personne et le patrimoine. Ce rapport est celui qui s'établit entre une personne et tout objet à elle appartenant; c'est un droit de propriété. Le droit de propriété est le seul droit réel dont le patrimoine soit susceptible de former l'objet, durant la vie de celui auquel il appartient*». ²⁷

Un paradoxe naît alors de cette double affirmation, selon laquelle le patrimoine est, d'une part, personne du débiteur, et d'autre part, ensemble de biens s'en distinguant. Plusieurs éléments expliquent cela:

²⁴ AUBRY et RAU, *id.*, §576.

²⁵ Voir par exemple AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, par E. BARTIN, 5e éd., *op. cit.*, §573 1; 573 4^o; § 579.

²⁶ P. Robert, *Le grand Robert, Dictionnaire de la langue française*, 2e éd. par A. Rey., Robert 1996.

²⁷ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, par E. BARTIN, 5e éd., *op. cit.*, §576. Voir sur ce point, A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine, essai critique*, th. Toulouse 2004, n^o 79 s.

- d'abord, il convient de rappeler que Aubry et Rau à l'origine ne faisaient que traduire l'œuvre de Zacharie. Cet auteur allemand impressionné par le Code civil français avait fait un traité relatif au code et Aubry et Rau l'ont traduit en français. Or, en allemand dans le texte, pour Zachariae, le patrimoine ne constituait nullement un élément indissociable de la personne. C'est alors peut-être par erreur qu'Aubry et Rau l'ont –dans le tome relatif aux successions- assimilé à la personne.

- ensuite, il est nécessaire de comprendre le motif pour lequel Aubry et Rau rendaient nécessaire l'indissociabilité de la personne et de son patrimoine. C'est parce que *c'est la personne qui permet de désigner les biens rentrant dans l'universalité*: tout ce qui entre en la puissance juridique d'une personne fait automatiquement partie de l'universalité. Mais la puissance juridique n'est pas pour autant un contenant en soi. Elle permet seulement de désigner les biens qui font ou feront partie du patrimoine, c'est-à-dire ceux qui sont ou seront appropriés par un seul et même sujet de droit.

Le patrimoine n'est alors que l'ensemble des biens possédés par le débiteur. Le créancier aura ainsi droit à tout ce qui appartient au débiteur au moment où il agit. Il n'a pas un droit direct sur les biens du débiteur, puisque sauf fraude, dès que le bien quittera son patrimoine, les créanciers perdront la faculté de le réaliser.

Il importe par ailleurs de souligner que tous les biens appartenant au débiteur ne sont pas affectés au paiement des créanciers.

4.1.2 Un droit limité aux biens affectés au paiement du créancier

Parce que le patrimoine ne constitue qu'un ensemble de biens et ne peut être assimilé à la personnalité du débiteur, il est possible d'admettre qu'une personne ait plusieurs patrimoines. En outre, parce qu'il ne s'agit que d'un ensemble de bien rien n'interdit que certains biens du patrimoine des débiteurs soient exclus du droit de gage des créanciers.

Jusqu'en 2007, le dogme selon lequel le patrimoine constituait une émanation de la personne entraînait celui de l'unicité du patrimoine. Comme une personne ne peut avoir qu'une personnalité, elle ne peut avoir qu'un patrimoine.

Par conséquent, il était impossible d'importer la technique du trust en droit français ou encore celui du patrimoine d'affectation. Il en découlait des artifices assez étonnants à l'instar des fonds communs de créance ou des fonds communs de placement. Dans ces hypothèses plutôt que de reconnaître des formes de trust dont les trustee ont vocation à investir l'argent qu'on leur confie (en titrisation ou

en titres financiers), on considère que les épargnants placent leurs économies dans une sorte de copropriété qui ne ressemblait à nulle autre (et qui ne pouvait être partagée) et dont la gestion est confiée par un mandat à un organisme...

En 2007, le dogme de l'unicité du patrimoine a enfin été banni de notre droit. Désormais, il est possible d'avoir plusieurs patrimoines, que ce soit dans le cadre d'une fiducie ou encore d'un EIRL (Entrepreneur individuel à responsabilité limitée L. 526-5-1 et s. C. com.). Corrélativement les créanciers vont avoir en principe un seul patrimoine comme droit de gage, quand bien même le débiteur en possède plusieurs. L'exemple de l'EIRL est à ce titre extrêmement éloquent, puisqu'un seul débiteur pourra avoir un patrimoine personnel et plusieurs patrimoines professionnels affectés au seul paiement des créanciers de l'activité en cause...

Mais aujourd'hui non seulement le débiteur peut limiter le droit de gage des créanciers à une partie de ses biens regroupés en un patrimoine autonome; mais en outre, à l'intérieur même de son patrimoine, le législateur l'autorise à exclure certains biens de l'assiette du gage de ses créanciers. Tel est le cas de la déclaration notariée d'insaisissabilité pouvant porter sur un ou plusieurs immeubles des débiteurs.

Enfin, il importe de signaler que si les créanciers ne disposent pas d'un droit direct sur les choses du débiteur, cela résulte du fait que si le débiteur exécute normalement sa prestation ce droit ne se manifesterait jamais. Il n'apparaît qu'en cas d'inexécution du débiteur.

4.2 Un droit de gage subordonné à l'inexécution de l'obligation

Il importe de souligner que les droits de créances confèrent un droit indirect à la chose parce que ce n'est pas leur utilité première. La première utilité du droit de créance est d'obtenir une prestation de la part du débiteur. Et ce n'est qu'à défaut d'exécution de cette prestation que le droit de créance peut se transformer en droit à la chose. Le créancier a droit à une prestation. Simplement en cas d'inexécution –en cas d'insatisfaction– le créancier pourra recevoir une compensation en ayant droit à la valeur de son droit, valeur éventuellement prélevée sur ses biens.

L'obligation, droit personnel, ne devrait en principe que créer un lien de coercition du créancier sur son débiteur. Celui-ci devant faire ou lui donner quelque chose, le créancier ne devrait, en cas d'inexécution, que pouvoir contraindre la personne même du débiteur à exécuter son obligation. Elle seule permet de contraindre la personne du débiteur à faire ce à quoi elle s'est engagée. Cependant, une telle mesure peut être impossible dans certaines circonstances.²⁸ Aussi, on a

²⁸ Art. 1221 C. civ.

différé la contrainte exercée à l'encontre de la personne du débiteur sur ses biens. En cas d'inexécution, le débiteur doit à son créancier le montant de la valeur de l'obligation inexécutée.

Ses biens sont, par un droit de gage, affectés au paiement de cette créance. Un droit de gage spécial ne peut cependant pas être constitué simultanément à la naissance de chaque obligation.²⁹ C'est pour répondre à ce besoin que le patrimoine est créé. Il s'agit d'une entité abstraite dans laquelle est affectée la valeur de tous les biens dont le débiteur est propriétaire. Cette universalité constitue alors le gage des créanciers chirographaires. Ils ont un véritable droit de gage à son encontre. Seulement, à la différence du créancier gagiste d'un bien particulier, ils n'ont pas droit à un bien particulier.³⁰ Ils ont seulement droit à la valeur des biens contenus dans le patrimoine, c'est-à-dire ceux qui sont appropriés par leur débiteur.

Le droit de gage général a ainsi une importance primordiale dans la mesure où il est la manifestation de la caractéristique contraignante des obligations. Pour mémoire, une obligation juridique se distingue des obligations naturelles en ce qu'elle est à la fois le sentiment de devoir (shuld) et la contrainte en cas d'inexécution (haftung). Et c'est ici la menace qui pèse sur le patrimoine en cas d'inexécution qui joue ce rôle de contrainte.

5 Conclusion

La question a été posée en entame de déterminer comment, aux termes des articles 2284 et 2285 du Code civil, un droit personnel peut engager les biens du débiteur. On pourrait être tenté de considérer que les créances n'affectent que la personnalité du débiteur et non ses biens. Aubry et Rau n'ont-ils pas enseigné que le patrimoine constituait «dans sa plus haute expression», la personnalité même de l'homme?

L'étude fait apparaître qu'il y a là, dans cette approche, une déformation de la réalité, une fiction inutile. Les droits de créance confèrent indéniablement un droit aux biens du débiteur. Simplement ce droit, à la différence du droit réel, n'est pas un droit direct sur les biens du débiteur, mais un droit indirect, car passant par le prisme du patrimoine. Le droit personnel ne devrait en principe que créer

²⁹ Outre les complexités qui en résulteraient pour garantir les créances les plus communes, dans la majorité des cas, les biens du débiteur ne peuvent y suffire.

³⁰ Il faut alors considérer que le droit de gage général n'est qu'un accessoire de la créance. Voir sur ce thème J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Dalloz 1952, n° 333 s. *Contra* J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLAU, *Droit commun des sûretés réelles, Théorie générale*, ss la direction de J. GHESTIN, LGDJ 1996, n° 113 s.

un lien de coercition du créancier sur son débiteur. Celui-ci devant faire ou lui donner quelque chose, le créancier ne devrait, en cas d'inexécution, que pouvoir contraindre la personne même du débiteur à exécuter son obligation. Elle seule permet de contraindre la personne du débiteur à faire ce à quoi elle s'est engagée. Cependant, une telle mesure peut être impossible dans certaines circonstances.³¹ Aussi, on a différé la contrainte exercée à l'encontre de la personne du débiteur sur ses biens. En cas d'inexécution, le débiteur doit à son créancier le montant de la valeur de l'obligation inexécutée. Un autre rôle du droit de gage général des créanciers apparaît alors: il est la manifestation de la caractéristique contraignante des obligations. C'est ici la menace qui pèse sur le patrimoine du débiteur en cas d'inexécution qui joue ce rôle de contrainte.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

THÉRON, Julien. Réflexions en droit français sur «le patrimoine, gage des créanciers». *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 28, p. 159-172, abr./jun. 2021.

Recebido em: 31.05.2021
Publicação a convite.

³¹ Art. 1221 C. civ.