

Petites affiches

La Loi

ARCHIVES COMMERCIALES DE LA FRANCE

Le Quotidien Juridique

390^e année

17 OCTOBRE 2001

N° 207 7,87 F 1,20

Rédaction (24 pages)

ACTUALITÉ

- 2
Brèves et calendriers

DOCTRINE

- 4
Le clin d'œil du fiscaliste
Frédéric Douet
**LES CONSÉQUENCES FISCALES DE LA CONCLUSION D'UN PACS
PAR LE GÉRANT D'UNE S.A.R.L. (suite)**
- 5
Droit des biens
Yvette Kalieu
DE LA FONGIBILITÉ DES IMMEUBLES

JURISPRUDENCE

- 14
Droit des biens
Antoine Beguin
BAGARRE DE CHIFFONNIERS AUTOUR D'UN TRÉSOR
(Trib. gr. inst. Sarreguemines, 13 mars 2001)

CULTURE

- 20
Histoires de l'Histoire
Jean-Pierre Thomas
DE LA MORALITÉ

VENTES PUBLIQUES

- 21
Bertrand Galimard Flavigny
LA MAÎTRESSE D'ÉCOLE



www.petites-affiches.presse.fr

Annonces pour les
départements 75, 92, 93, 94
(32 pages)

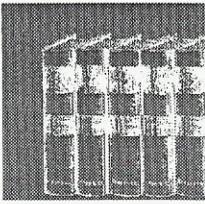
Petites affiches
2, rue Montesquieu 75041 Paris Cedex 01
Tél. : 01 42 61 56 14 Fax : 01 47 03 92 02

Le Quotidien Juridique
2, rue Séguier 75006 Paris
Tél. : 01 43 29 80 60 Fax : 01 46 34 21 76

La Loi
Archives Commerciales de la France
60, quai des Orfèvres 75001 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34 Fax : 01 46 34 19 70

EDITION QUOTIDIENNE DES JOURNAUX JUDICIAIRES ASSOCIES

JOURNAL AGREE POUR PUBLIER LES ANNONCES LEGALES DANS LES DEPARTEMENTS DE PARIS, HAUTS-DE-SEINE, SEINE-SAINT-DENIS, VAL-DE-MARNE



DE LA FONGIBILITÉ DES IMMEUBLES

DROIT DES BIENS

(1) J.-R. de La Grasserie, *De la fongibilité juridique*, Rev. gén. dr. 1911 : « La fongibilité est la direction d'avenir », cité par P. Jaubert, *Deux notions du droit des biens : la fongibilité et la consomptibilité*, R.T.D. Civ. 1945, p. 75 et s.

(2) F. Zénati, R.T.D. Civ. 1994, p. 382 : *La caractéristique des choses contenues dans une universalité est d'être fongibles*, R.T.D. Civ. 1992, p. 793 ; P. Le Floch, *Le fonds de commerce*.

Essai sur le caractère artificiel de la notion... L.G.D.J., 1986, n° 100. Plus généralement sur le patrimoine, voir A. Sériaux, *La notion juridique de patrimoine*, R.T.D. Civ. 1994, p. 801.

(3) Les précurseurs de cette thèse sont Aubry et Rau pour qui c'est la fongibilité qui fonde la subrogation réelle des biens du patrimoine (cités par S. Guinchard, *L'affection des biens en droit privé français*, L.G.D.J. 1976, n° 362).

(4) D. Mélédo-Briand, *Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée*, Mélanges C. Champaud, Dalloz, 1997, p. 467 et s., not. 472 : « on reconnaît dans le cadre des procédures collectives la fongibilité des sûretés réelles au nom de la conservation d'un bien indispensable dans le patrimoine de l'entreprise débitrice ». Voir infra, n° 24.

(5) P. Jaubert, op. cit.

(6) Voir par ex. F. Terré et P. Simler, *Les biens*, Dalloz, 5^e éd., 1998, n° 15 ; J. Carbonnier, *Les biens*, P.U.F., 19^e, 2000, n° 53.

(7) Voir par exemple, F. Terré et P. Simler, op. cit., loc. cit.

(8) Il n'utilise expressément ce terme qu'à deux reprises. En matière de compensation, l'article 1291 dispose que « La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles ». S'agissant de la preuve, l'article 1326, dans la rédaction postérieure à 1980, dispose : « L'acte juridique par lequel une partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un écrit qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement, ainsi que la mention, écrite de sa main... ».

(9) C'est le cas du B.G.B. allemand dont l'article 91 dispose que les choses fongibles sont « les choses mobilières qu'il est d'usage de déterminer dans les rapports commerciaux d'après leur nombre, leur mesure ou leur poids ». Voir aussi, A. Dufour, *Les choses en droit germanique*, Arch. ph. droit, 1979, T. 24, *Les biens et les choses*, p. 116 et s.

(10) J. Carbonnier, *Les biens*, préc., n° 53.

(11) F. Terré et P. Simler, op. cit., loc. cit.

Les biens fongibles sont les biens qui, déterminés essentiellement par leur nombre, leur poids ou leur mesure peuvent être remplacés les uns par les autres. Ainsi définie, la fongibilité est un critère de classification des biens et assez souvent on ne reconnaît ce caractère qu'aux choses mobilières, les biens immobiliers étant considérés comme des biens non fongibles. Pourtant, la fongibilité d'un bien ne tient pas à sa nature et ne résulte que d'un ensemble de conditions qu'il doit présenter. Rien n'empêche, dès lors, de vérifier si dans certaines hypothèses ces conditions ne sont pas réunies s'agissant des biens immeubles, auquel cas il ne resterait alors qu'à tirer les conséquences de cette fongibilité.

1. Il y a quelques années, on avait prédit à la fongibilité un grand avenir (1). Sans nécessairement vouloir rechercher si ces prédictions optimistes se sont réalisées, on peut dire aujourd'hui que la fongibilité est de plus en plus « présente ». On a parlé de la fongibilité s'agissant des biens d'une universalité (2) et en particulier pour les éléments du patrimoine (3). On parle aujourd'hui de la revendication des biens fongibles et de la fongibilité des sûretés (4). On pourrait aussi ajouter que la notion reçoit application dans d'autres matières tout à fait étrangères au droit (5). Mais surtout, la doctrine trouve en cette notion l'un des critères qui permet de classer les biens (6), qui les appréhende sous leur aspect économique c'est-à-dire eu égard à l'utilisation susceptible d'en être faite (7).

2. Pourtant, le Code civil (8) ne définit pas la fongibilité, contrairement à certaines législations étrangères (9). On s'en tient donc aux définitions doctrinales. Plusieurs ont été proposées. Selon un auteur (10), les biens fongibles sont « les biens interchangeables, ceux qui peuvent se remplacer indifféremment les uns les autres, faire fonction les uns des autres ». Pour d'autres (11), « les choses fongibles sont celles qui sont envisagées dans leur genre ou espèce et non dans leur identité et qui peuvent donc être remplacées indifféremment par d'autres choses

semblables, ressortissant au même genre ». Enfin, on a défini aussi les choses fongibles comme des choses qui « n'étant déterminées que par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être employées indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement » (12).

3. La fongibilité n'est pas pour autant considérée comme un critère principal et autonome de classification. La distinction choses fongibles et choses non fongibles apparaît en effet comme une distinction secondaire voire implicite (13), et surtout comme une sous-distinction dans la catégorie des biens meubles et plus particulièrement des meubles corporels.

S'ils sont rares les auteurs qui affirment directement que la fongibilité ne s'applique pas aux immeubles, beaucoup admettent implicitement qu'il n'y a fongibilité que s'il s'agit de meubles. Au fil des ouvrages, les exemples donnés de choses fongibles ne concernent que les biens meubles. Seuls quelques auteurs admettent la fongibilité possible mais exceptionnelle des immeubles (14) ou optent pour une conception large de la fongibilité qui aurait pour résultat son application aux immeubles (15).

4. On devrait donc s'en tenir à cela et admettre que les meubles sont fongibles et les immeubles non fongibles sauf exception. Ceci permettrait, entre autres, d'éviter de re-

mettre en cause la distinction principale entre les meubles et les immeubles. Cette distinction, sans être rejetée, suscite de plus en plus d'interrogations (16) et envisager la fongibilité des immeubles serait dès lors rajouter à la complexité de la matière.

Nous pensons avec quelques auteurs (17) que les deux situations sont totalement indépendantes. La reconnaissance de la fongibilité des immeubles ne viendrait nullement affecter la distinction des meubles et des immeubles (18) et « la question de la nature fongible ou non fongible d'un bien est très éloignée de la nature mobilière ou immobilière d'un bien... » (19).

5. L'affirmation de la fongibilité des seuls meubles ne peut d'ailleurs être solidelement soutenue. Leur nature explique qu'ils soient fongibles entre eux c'est-à-dire qu'ils puissent être remplacés les uns par les autres dans les paiements ou les restitutions ou permettent le mécanisme de la compensation (20). Pourtant, la fongibilité n'est pas un caractère essentiel des meubles et elle est nécessairement relative. Elle l'est d'abord du fait du rôle de la volonté dans ce mécanisme (21). Autant celle-ci peut considérer comme fongible des biens qui naturellement ne le sont pas, autant elle peut traiter comme non fongibles et donc corps certains, des choses qui par nature le seraient. Parfois, une

DROIT DES BIENS

(12) *Vocabulaire juridique sous la direction de G. Cornu.*

(13) J. Carbonnier, *Les biens*, précité : « Il s'agit de deux distinctions (avec celle fondée sur la consomptibilité) qui sont supposées, plutôt que faites par le Code civil ».

(14) Ibid., n° 53 : « Les immeubles apparaissent quelquefois — très exceptionnellement, il est vrai comme choses de genre » ; S. Storck, *La revendication des choses fongibles*, *Rev. Rech. jur.* n° 2/1996, p. 483 et s., note 485 : « Certes, il est possible que deux immeubles revêtent un caractère fongible (...) mais cette catégorie est trop résiduelle pour qu'elle puisse retenir l'attention... ».

(15) C'est ainsi par exemple qu'on a soutenu que la revendication des choses fongibles ne serait pas limitée aux meubles. En ce sens, B. Soinne, *Le nouveau droit de la revendication issu de la loi du 10 juin 1994, Petites Affiches du 14 septembre 1994*, p. 75 : « La notion énoncée au nouveau texte de bien de même espèce et de même qualité peut être appliquée d'une manière générale, en dehors même des biens que l'on qualifie juridiquement et strictement de biens fongibles » ; F. Péronchon, *Les créanciers revendiquants, Petites Affiches du 20 mai 1992*, p. 19 : « A priori, la revendication est ouverte à tous les propriétaires de biens, meubles, ou immeubles, détenus par le débiteur » ; F. Zénati, *R.T.D. Civ. 1990*, p. 110 qui commentant un arrêt du 7 février 1989 qui avait admis la revendication des choses fongibles, affirme de manière plus précise : « Bien plus, rien n'interdisait de poser le problème plus largement en termes d'aptitude de toute chose, et pas seulement un meuble à faire l'objet d'une revendication lorsqu'elle a un caractère fongible. La doctrine tend à n'envisager ce caractère qu'en matière mobilière, mais rien ne semble s'opposer à ce qu'il soit conféré à un immeuble... ».

(16) Voir par ex. sur cette distinction, M. Mestrot, *Le rôle de la volonté dans la distinction des biens meubles et immeubles*, *Rev. Rech. jur.* n° 3/1995, p. 136 et s. ; Cass. civ. 3^e, 26 juin 1991, *R.T.D. Civ. 1992*, p. 145, note F. Zénati, *D. 1993, jur. 93*, note Freij-Daloz.

(17) Voir par ex. A.-M. Toledo, *La compensation conventionnelle*, *R.T.D. Civ. 2000*, p. 265 et s., note 272 : « L'impossibilité pour les parties d'agir sur le caractère fongible d'un bien ne peut être justifiée par l'impossibilité d'agir sur le caractère mobilier ou immobilier d'un bien ».

(18) P. Jaubert, article précité, p. 101 : « Sans doute, les classifications qui en résultent (de la fongibilité et de la consomptibilité) ne sauraient-elles avoir des conséquences juridiques aussi précises que celles qui découlent de la classification des meubles et des

immeubles, et de toutes façons ne sauraient la supplanter, ainsi qu'on l'a prétendu parfois ».

(19) A.-M. Toledo, *La compensation conventionnelle*, op. cit., loc. cit.

(20) R. Mendegrís, *La nature juridique de la compensation*, *L.G.D.J.*, 1976, passim, note. n° 60 et s.

(21) A. Laude, *La fongibilité*, *R.T.D. Com.* 1995, n° 17 et s. ; P. Jaubert, art. préc., p. 97. La volonté et partant la convention des parties aurait d'ailleurs un rôle à jouer pas seulement en matière de fongibilité, mais aussi relativement à d'autres distinctions. En ce sens, F. Zénati, *R.T.D. Civ.* 1992, p. 145 : « Les choses consomptibles, les choses fongibles, les fruits, les choses hors du commerce sont peu ou prou susceptibles d'être le produit d'une convention ».

(22) A. Laude, op. cit., n° 20 : « Certaines choses qui en elles-mêmes, comme des meubles anciens ne sont pas fongibles, peuvent le devenir à certains moments de leur existence, en vue de certaines opérations. Un meuble ancien est par exemple, une chose fongible chez l'antiquaire qui le vend, au moment où va le vendre ».

(23) R. Savatier (repris par F. Zénati, *Le droit des biens dans l'œuvre du Doyen Savatier*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Dalloz, 1990, p. 18) a qualifié ces meubles de « macro-meubles ». Il s'agit par exemple des navires et des matériels industriels. Méme sur un plan historique, on a, à certains moments, considéré certains meubles du fait de leur valeur comme des immeubles, A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *P.U.F.*, 1989, n° 70 et s.

(24) F. Terré, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, in *Destins du droit de propriété*, *Droits*, n° 1, 1985, p. 34 et s., note 40. Ce auteur ajoute que « Les circonstances économiques ont mis en lumière l'importance de certains meubles sinon alterables, du moins peu vulnérables et plus appréciés ».

(25) Comme l'a soutenu un auteur (P. Jaubert, article précité, p. 99, note 2), « Il n'est pas jusqu'aux immeubles essentiellement différents qui seraient fongibles par la volonté des parties ». Adde : S. Storck, *La revendication des choses fongibles*, *Rev. rech. jur.* n° 2/1996, p. 483 et s., note 486 : « Il est également possible que des choses qui a priori ne sont pas fongibles le deviennent par la volonté des parties, et dans cette optique, rien n'empêche alors d'envisager contractuellement des immeubles comme des choses fongibles ». D'autres auteurs vont plus loin en affirmant qu'il n'est de fongibilité que celle qui résulte de la volonté ou de l'intention des parties. Voir en ce sens, Baudry-Lacantinier, *Précis de droit civil*, T. 2, cité par S. Storck, *La revendication des choses fongibles*, op. cit., loc. cit.

chose même mobilière est fongible ou non fongible suivant le rapport sous lequel on l'envisage (22). Elle l'est aussi parce que certains biens mobiliers « sont trop imposants pour se diluer dans le commerce juridique et méritent le statut fragile de meubles » (23). Ils sont traités comme des immeubles et il y a lieu de constater comme l'a fait un éminent auteur (24) que « parmi les meubles par nature ou meubles corporels, le nombre de ceux qui sont soumis (...) à un régime juridique proche de celui des immeubles, a augmenté ». Cette catégorie particulière de meubles serait donc non fongible comme les immeubles.

6. Pour en revenir aux immeubles, le raisonnement semble être le suivant. Par ses caractères, l'immeuble ne se prête pas à la fongibilité ; mais puisque la volonté des parties est suffisamment puissante pour considérer comme fongible ce qui ne le serait pas par nature, les immeubles sont fongibles chaque fois que les parties les ont voulu comme tels (25). Le raisonnement est logique, pourtant la question de la fongibilité des immeubles ne saurait être réduite au rôle de la volonté dans le mécanisme de la fongibilité.

À une époque où on admet de plus en plus que les biens ne comptent que par leur valeur, une reconnaissance de la fongibilité des immeubles semble opportune en ce qu'elle peut contribuer à faciliter la circulation de ces biens, leur échange économique. L'immeuble est parfois, sous certains rapports, considéré comme un bien de consommation (26) au même titre que certains biens essentiellement mobiliers et fongibles. Il faut tirer les conséquences de ces réalités économiques (27).

7. Il est nécessaire d'envisager la fongibilité des immeubles à partir des critères applicables aux meubles car il ne saurait y avoir un « régime spécial pour les immeubles ». On se rend compte que l'interchangeabilité est une condition nécessaire de la fongibilité que l'on doit retrouver pour les immeubles (I). Si l'immeuble est reconnu comme un bien fongible, cela entraîne des conséquences sur son régime juridique. L'une au moins et qui semble suffisamment importante est l'exigence d'individualisation dans les contrats translatifs de propriété (II).

I. L'interchangeabilité, condition de la fongibilité de l'immeuble

8. On a tantôt défini les biens fongibles comme « les biens interchangeables, ceux qui peuvent se remplacer indifféremment les uns les autres... » (28) ou encore comme ceux qui ne sont déterminés que par leur nombre, leur poids ou leur mesure et pourront indifféremment se remplacer dans un paiement (29). La condition d'interchangeabilité qui implique l'idée de remplacement est donc essentielle pour la reconnaissance de la fongibilité d'un bien. Cette condition renvoie à une appréciation matérielle de la chose c'est-à-dire à une prise en compte de sa nature. Mais l'interchangeabilité apparaît en même temps comme un critère « ouvert » qui permet d'appréhender la valeur des biens pour considérer comme fongibles ceux dont les valeurs sont équivalentes.

L'interchangeabilité doit ainsi être envisagée eu égard à la nature de l'immeuble d'une part et à sa valeur d'autre part. On constate alors que l'immeuble est interchangeable en dépit de sa nature (A)

et qu'il l'est tout aussi en raison de sa valeur (B).

A. L'interchangeabilité de l'immeuble en dépit de sa nature

9. L'interchangeabilité qui caractérise les biens fongibles recèle deux idées. Les biens fongibles appartiennent à la même espèce ; les biens fongibles peuvent se substituer les uns aux autres. Contrairement à ce qui est souvent affirmé, il n'y a pas d'incompatibilité entre la nature de l'immeuble et la notion d'espèce d'une part (1.) et entre les caractères de l'immeuble et l'idée de substitution d'autre part (2.).

1. Nature de l'immeuble et notion d'espèce

10. Il ressort de l'article 1291 du Code civil que la compensation a lieu entre « choses fongibles de la même espèce ». L'article 121, alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, à propos de la revendication des biens fongibles, parle de « biens de même espèce et de même qualité ». Pour être interchangeables et donc fongibles, les choses considérées doivent appartenir à la même espèce. L'espèce, c'est aussi parfois le genre (30) ou la catégorie. Toutefois, il semble que l'espèce soit plus précise en ce sens qu'elle suppose des biens de même origine présentant des caractéristiques déterminées telles des denrées de même qualité et provenance, des valeurs mobilières de la même émission ou des billets de banque. Par contre, n'est pas interchangeable, une bouteille de vin d'un cru unique ou un tableau déterminé de tel maître.

11. Les exemples ne manquent pas lorsqu'il s'agit

d'énumérer les choses mobilières interchangeables. Quant aux immeubles, on se demande s'ils constituent une seule et même espèce ou si on peut en compter d'espèces différentes. Des hésitations réelles ou supposées sont perceptibles. Les immeubles ne seraient pas interchangeables parce qu'ils ne peuvent constituer des espèces et que chaque immeuble est toujours un corps certain dont les caractéristiques le rendent différent de tous les autres. C'est plus une affirmation qu'une démonstration. Sans justifier pourquoi les immeubles ne constituent pas une ou plusieurs espèces, on conclut simplement qu'ils ne sauraient être fongibles (31).

12. Si ce qui particularise les éléments d'une espèce c'est d'avoir une origine commune et présenter des caractéristiques définies, l'immeuble est, sous ce rapport, une chose d'espèce. En effet, aux termes de l'article 518 du Code civil, l'immeuble par nature (32), c'est le fonds de terre encore appelé le sol, le terrain ou l'héritage (33). À ce fonds de terre, s'ajoute tout ce qui est incorporé au sol c'est-à-dire les bâtiments, les plantations, les arbres, les récoltes, etc. Que l'on s'intéresse au sol ou aux incorporations, on peut constater objectivement l'existence de plusieurs espèces d'immeubles. S'agissant de l'immeuble non bâti, on peut dire par exemple qu'un hectare de vignes présente des caractéristiques suffisantes pour être distingué d'une carrière ou d'un bois. Les ouvrages quant à eux c'est-à-dire les immeubles bâties, non seulement se distinguent déjà des immeubles non bâties, mais existent en espèces différentes : immeubles d'habitation, locaux commerciaux, ponts, barrages, etc.

Une transaction immobilière porte nécessairement sur une espèce précise comme l'est une vente de meuble. Seulement, plus fréquemment qu'en matière mobilière, les parties vont au-delà de l'espèce, pour porter la vente sur une chose plus précise. Par exemple, la vente d'un immeuble bâti situé dans telle commune ou dans telle rue ou la vente d'une quantité d'arbres provenant de telle forêt. C'est également une raison d'opportunité qui justifie que la vente de meuble porte sur l'espèce ou le genre et non sur un corps certain dès lors que l'acheteur obtient satisfaction en recevant toute chose appartenant à l'espèce désignée. Mais, chaque fois que l'acquéreur porte son choix sur un bien précis d'une espèce donnée, celui-ci devient non fongible et la vente portera sur un corps certain. Ce choix peut être simplement implicite. Et les hypothèses sont aujourd'hui plus courantes qu'on ne le pense de conclure de tels contrats. Pensons par exemple au développement de la vente d'objets mobiliers dits d'occasion ou de « seconde main » qui concerne aujourd'hui de nombreux meubles tels les automobiles, l'électroménager voire le linge de maison. Il sera rare que de telles transactions portent sur une chose fongible bien qu'elle soit mobilière. Ce ne sont finalement que les ventes de denrées alimentaires qui échappent encore le plus souvent aux ventes de corps certains. De l'autre côté, les transactions immobilières portent couramment sur des immeubles qui constituent des espèces en ce qu'ils ont une origine commune et les mêmes caractéristiques ; par exemple, la vente des logements d'un ensemble immobilier.

Il n'y a d'ailleurs pas d'étranchedéité entre les biens qui peu-

(26) F. Terré, *Variations de sociologie juridique sur les biens*, Arch. phil. droit, T. 24, *Les biens et les choses*, préc., p. 17 et s., not. p. 23. : « Un appartement est considéré comme un bien de consommation au même titre que le bien d'équipement personnel... ».

(27) Certains auteurs avaient pressenti que le développement économique emporterait nécessairement une plus grande fongibilité des biens. Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, Paris, 1911 (cité par P. Jaubert, *Deux notions du droit des biens : la fongibilité et la consomptibilité*, op. cit., p. 76, note 2) qui disait : « Bien des choses sont plus facilement de genre, sont plus aisément remplaçables dans une civilisation riche que dans une civilisation pauvre ».

(28) J. Carbonnier, *Les biens*, préc., n° 53.

(29) *Vocabulaire juridique sous la direction de G. Cornu*, préc.

(30) Voir par ex. la définition proposée par F. Terré et P. Simler, op. cit., n° 15 selon laquelle « les choses fongibles sont celles qui sont envisagées dans leur genre ou espèce et non dans leur identité et qui peuvent donc être remplacées indifféremment par d'autres choses semblables, ressortissant au même genre ». La confusion est aussi entretenu par l'article 1246 du Code civil qui, bien que parlant d'espèce, renvoie en réalité aux choses de genre.

(31) Voir par ex. T. Revet et F. Zénati, *Les biens*, 2^e éd., P.U.F., 1997, n° 68 : « Chose non fongible ni consomptible naturellement (...), l'immeuble est d'une irréductible originalité ».

(32) Par opposition aux immeubles par destination et aux immeubles par détermination de la loi qui ne seront pas concernés ici. Pour les immeubles par destination, voir : C. Atias, *Les biens*, Litec, 4^e, 1999, n° 31 et s. ; T. Revet et F. Zénati, préc., n° 54 et s. Cette catégorie pose quelques difficultés dans sa détermination en ce que l'on considère que son existence même a pour effet de remettre en cause la distinction des meubles et des immeubles. C'est pourquoi certains pensent qu'il s'agit d'une fiction juridique (G. Wicker, *Les fictions juridiques*, L.G.D.J., 1997, n° 317 et s. ; S. Guinchard, *L'affection des biens en droit privé français*, L.G.D.J., 1976, n° 77 et s.).

(33) F. Terré et P. Simler, *Les biens*, préc., n° 19 et s. ; J. Carbonnier, *Les biens*, préc., n° 49 ; J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble*, thèse, L.G.D.J., 1978, n° 9 et s., not. 11 : « L'immeuble par nature, c'est la terre ». Cet auteur cite également Demolombe pour qui « les fonds de terre sont en réalité les seuls biens véritablement immeubles par leur nature originelle et permanente, par leurs éléments propres et constitutifs... ».

(34) R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, L.G.D.J., 1992, n° 124.

(35) *Idem.*

(36) La jurisprudence s'est très tôt montrée favorable à l'admission de la vente d'immeuble considérée comme chose d'espèce, *Cass. Rév. 24 avril 1929, D.H. 1929, p. 283.*

(37) R. Mendegris, *La nature juridique de la compensation*, L.G.D.J., 1969, p. 85.

(38) C. Atias, *Les biens*, préc., n° 23.

(39) A. Laude, *La fongibilité*, préc., n° 12.

(40) Pour une conception suffisamment large des choses de genre, voir R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., loc. cit. : « Le plus souvent, on parle de choses de genre à propos des choses qui se mesurent ou se pèsent : produits naturels, tissus. Mais la catégorie des choses de genre est en fait plus vaste puisqu'elle rassemble non pas un certain nombre de choses, mais l'ensemble des types de choses qui sont suffisamment déterminables par leurs caractéristiques générales ». Cet auteur est également contre une assimilation des choses de genre aux choses fongibles tout en admettant toutefois que la fongibilité s'applique presque toujours aux choses de genre.

(41) F. Terré et P. Simler, op. cit., loc. cit. Voir également le vocabulaire juridique précité qui assimile les choses fongibles aux choses de genre.

(42) A. Laude, op. cit., n° 13.

(43) P. Sirinelli, *Le quasi-usufruit*, Petites Affiches du 21 juillet 1993, p. 36 et s., not. n° 22 ; P. Jaubert, Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité, *R.T.D. Civ. 1945*, p. 75 et s. ; A. Laude, art. préc., n° 6.

(44) *Vocabulaire juridique publié sous la direction de G. Cornu*, préc. Le B.G.B. allemand quant à lui dispose en son article 92 que « Les choses consomptibles sont les choses mobilières dont l'usage tel qu'il résulte de leur destination, consiste dans le fait de les consommer ou de les aliéner ».

(45) P. Jaubert, op. cit., p. 80. Sur les limites de la consomptibilité de la monnaie, voir R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, L.G.D.J. 1992, n° 130 et s.

(46) En faveur de la distinction, F. Terré et P. Simler, op. cit., loc. cit. ; P. Sirinelli, op. cit., loc. cit. ; P. Jaubert, op. cit., loc. cit. ; A. Laude, op. cit., loc. cit.

(47) R. Savatier, *La prolétarisation du droit civil*, D. 1947, chr. 161 qui qualifie les immeubles de fortune solide, durable et stable.

vent constituer des espèces et ceux qui sont des corps certains. Il ne s'agit que d'une différence de degré car l'espèce a « vocation à devenir (...) corps certain après individualisation » (34). Un immeuble appartient toujours à une espèce mais l'acquéreur par rapport à l'utilité qu'il en attend désire assez souvent acheter un immeuble qui a en plus d'autres caractéristiques qui le font passer « du genre abstrait à l'objet concret » (35). Il pourrait donc tout aussi se limiter à l'achat d'un immeuble appartenant à une espèce (36) étant entendu que cette espèce se différencie déjà d'autres biens de même catégorie.

13. La difficulté d'admettre, pour certains, la fongibilité de l'immeuble se trouve ailleurs et peut-être dans l'idée de substitution.

2. Caractères de l'immeuble et idée de substitution

14. Parce que les biens de l'espèce existent en grand nombre, ils peuvent se remplacer les uns les autres. La fongibilité est alors, non pas un caractère d'une chose appréciée en soi, mais un caractère d'une chose par rapport à d'autres. Autrement dit, une chose n'est fongible qu'avec d'autres et « il ne suffirait pas que deux choses soient fongibles, chacune séparément » (37). Tous les biens de l'espèce existent « en plusieurs exemplaires objectivement équivalents » (38). L'idée d'interchangeabilité implique donc celle de remplacement, de substitution. Ce qui domine dans la fongibilité, « c'est l'indifférence qu'elle crée entre les biens, le pouvoir qu'elle confère au bien substitué de ne faire qu'un avec le bien original » (39). La substitution n'est elle-même possible que parce que les choses fongibles peuvent

être mesurées, pesées ou comptées, l'unité de compte établissant ainsi une équivalence entre les biens de la même espèce. De ce point de vue, les choses fongibles sont assimilées aux choses de genre (40) et certains auteurs utilisent indifféremment l'une ou l'autre expression (41). Il y a des nuances (42) même si finalement elles sont sans grandes conséquences dans la mesure où les choses de genre sont en général fongibles.

L'idée de substitution contribue aussi à entretenir une confusion entre biens fongibles et biens consomptibles. L'absence de définition de la consomptibilité, à l'instar de la fongibilité renforce cette confusion. Historiquement aussi (43), la distinction n'est pas clairement établie. Les choses consomptibles sont celles « dont on ne peut faire usage sans les détruire » (44) matériellement ou juridiquement telles les denrées alimentaires ou l'argent (45). Les conséquences juridiques qui découlent de cette qualification sont par exemple qu'en cas de prêt à usage, l'emprunteur doit restituer une chose semblable à celle empruntée, de même en cas de dépôt. S'il peut se libérer en remettant une chose autre que celle objet du contrat, cela signifie que la chose prêtée ou déposée existait non pas en un exemplaire unique mais en de nombreux exemplaires ce qui permet qu'une autre soit substituée à celle prêtée ou déposée. Il n'y aurait donc pas lieu de distinguer entre les choses consomptibles et les choses fongibles.

Si pour certains la différence existe (46), pour d'autres, elle n'est pas explicite. Les deux notions doivent être distinguées même si les deux qualités se trouvent assez souvent réunies dans la même chose qui peut être à la fois fongible et consomptible.

15. L'immeuble, admis comme bien d'espèce peut-il être substituable comme le sont assez aisément les choses mobilières ?

L'immeuble dit-on, se caractérise par sa stabilité (47), sa fixité (48) ou sa situation (49). Historiquement, la valeur de l'immeuble serait liée à cette fixité (50). C'est aussi ce caractère qui aurait justifié tout l'intérêt accordé par le Code civil à la fortune immobilière (51). On s'accorde aujourd'hui pour admettre le recul de l'intérêt accordé aux immeubles. L'importance prise par certains meubles corporels et surtout incorporels est indéniable.

16. On a également voulu justifier par ce caractère de l'immeuble par nature sa non fongibilité. Ce qui constitue un élément essentiel de l'immeuble (52) apparaît également comme un obstacle à sa fongibilité. La substitution, la faculté de remplacement qui doit exister entre les éléments d'une espèce ne serait pas possible pour les immeubles « puisque deux terres, même d'égale superficie, ont toujours entre elles cette différence essentielle qu'elles ne peuvent occuper le même point de l'espace » (53). Cette déduction est excessive et le critère de fixité ne semble pas dirimant pour rejeter la fongibilité des immeubles par nature, pour plus d'une raison.

La fixité de l'immeuble est aujourd'hui considérée comme passagère ou éphémère. « Les techniques modernes ne permettent-elles pas, en y mettant la somme suffisante, de transporter intacts même les monuments » (54) ? En plus, « tout ce qui couvre et recouvre la surface immobile du sol, par dessus et par dessous, ce n'est que de la matière, virtuellement faite de meubles par anticipation » (55). Ceci est vrai par exem-

ple pour les récoltes pendant que le Code civil qualifie d'immeubles (56). Étant dans la quasi-totalité des cas appelés à être détachés du sol, on ne peut pas dire, s'agissant de cette catégorie d'immeubles, que la fixité soit leur caractère essentiel. Le mécanisme de la mobilisation par anticipation aboutit en réalité à prendre en compte juridiquement cette réalité physique de l'instabilité de certains immeubles qui acquièrent assez rapidement le statut (définitif ?) de meubles. Pour certains immeubles, la fixité semble bien plus artificielle et passagère encore comme les arbres d'une pépinière destinés à être déplacés ou les bâtiments d'une exposition voués à la démolition. La fixité des immeubles par nature doit donc être entendue de manière restrictive (57) et être limitée surtout à celle des fonds de terre.

17. La non-fongibilité des immeubles, justifiée par leur nature, est largement relativisée dans d'autres domaines. Le droit fiscal par exemple, à travers la notion de stock, traite les immeubles comme des choses fongibles. En effet, au regard des biens de l'entreprise, il opère une distinction importante entre les immobilisations et les stocks. Les premières comprennent « tous les éléments corporels et incorporels destinés à servir de façon durable à l'activité de l'entreprise qui ne se consomment pas par le premier usage » (58). Les seconds regroupent « l'ensemble des biens ou services qui interviennent dans le cycle d'exploitation de l'entreprise pour être soit vendus en l'état où au terme d'un processus de production à venir ou en cours, soit consommés au premier usage » (59). Cette classification présente de nombreux intérêts sur le plan fiscal.

Les immeubles, en principe, font partie des actifs immobilisés de par leur nature. Il s'agit des bâtiments de l'entreprise, des magasins, entrepôts, etc. Mais, ils peuvent, dans certains cas, faire partie du stock. Par exemple, « chez un marchand de biens dont l'activité consiste à acheter et à vendre des immeubles, les terrains et constructions, objets mêmes de cette activité, ne sont pas destinés à rester durablement dans l'entreprise. En conséquence, ils constituent des éléments de stock et non des immobilisations » (60). Contrairement au droit civil où la notion de stock renvoie surtout aux marchandises (61) entendues comme des choses de nature mobilière, le droit fiscal considère suivant les cas que le stock peut être constitué exclusivement ou non de choses immobilières. Or, les éléments d'un stock sont fongibles (62). Sans remettre en cause son caractère de bien fixe et immobile, le droit fiscal arrive ainsi à reconnaître que l'immeuble peut être fongible et en tire certaines conséquences.

Au-delà du droit fiscal, l'idée de fongibilité de l'immeuble ne reflète-t-elle pas tout simplement une nouvelle conception que l'on doit se faire de ce bien ? Les immeubles comme d'ailleurs tous les biens « sont résolument entrés dans l'orbite économique (ils) n'ont d'autre signification que celle que leur confère le marché, celle de marchandises, de moyens de production » (63). Plus directement, on peut dire que « L'immeuble devient un objet de commerce et tend de ce fait, à acquérir une certaine fongibilité. Ce qui intéresse son acquéreur, c'est souvent plus une quantité de mètres carrés qu'un emplacement déterminé... » (64). Cette nouvelle conception de l'immeuble s'est accompa-

(48) Sur l'historique du critère de fixité des immeubles, voir A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989, n° 82. ; A. Sériaux, *La notion juridique de patrimoine*, R.T.D. Civ. 1994, p. 801 et s., not. 811 : « L'immobilité de l'immeuble ne tient pas seulement à son rattachement au sol, plus profondément, c'est d'une immobilité juridique qu'il s'agit, l'immeuble est appelé à demeurer dans le patrimoine de son propriétaire ».

(49) J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 53 : « Il est des terrains à bâtir qui se débinent au mètre Carré, chaque mètre Carré étant fongible avec les autres malgré la différence de situation ».

(50) « Cette terre, dans sa couche horizontale, avait paru aux Anciens, le seul bien essentiel, immeuble et perpétuel » (R. Savatier, *La propriété de l'espace*, D. 1965, chr., 213).

(51) R. Savatier, *La prolétarisation du droit civil*, *op. cit.*

(52) C. Atias, *op. cit.*, n° 28 : « Le critère de l'immeuble par nature, c'est l'attache matérielle actuelle à la terre ».

(53) J. Carbonnier, *op. cit.*, loc. cit.

(54) R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959, p. 107 et s., not. 116 ; M. Mestrot, *Le rôle de la volonté dans la distinction des biens meubles et immeubles*, *Rev. rech. jur.* 3^e 1995, p. 140 : « Les techniques actuelles permettent facilement de surmonter cet obstacle puisque l'on peut aujourd'hui décoller des fresques, déplacer des maisons, des temples, des châteaux, ... ».

(55) R. Savatier, *Les métamorphoses*, *op. cit.*, p. 118.

(56) Article 520 : « Les récoltes des arbres (...) et les fruits pendans (...), sont pareillement immeubles ».

(57) Même si certains (F. Zénati et T. Revet, *op. cit.*, n° 50) continuent d'affirmer que « les biens immobiliers requièrent un traitement particulier car leur transport, et par conséquent leur commerce est plus difficile que ceux des biens mobiles ».

(58) M. Cozian et A. Lechenet, *La distinction des immobilisations, des stocks et des frais généraux*, Petites Affiches des 5 et 7 janvier 1994, p. 4, p. 4 ; *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Fiscal*, 1998, n° 4708 et s.

(59) *Idem*.

(60) *Idem*.

(61) Voir en matière de fonds de commerce ou de sûreté.

(62) C'est ainsi que l'on parlera par exemple du naissance d'un stock de choses fongibles (M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 1990, n° 725 et s.).

(63) F. Zénati, *Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 1990, p. 13 et s.

(64) F. Zénati, *op. cit.*, p. 19. Dans le même sens, R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales*,

préc., not. p. 115 : « Dans les villes, le sol sur lequel on spécule, et sur lequel on bâtit, se vend au mètre Carré, indépendamment de sa configuration ». Adde, p. 118 : « On pourra, si des lois ne s'y opposent pas, acquérir l'habitude de traiter l'espace comme une sorte de chose susceptible d'être appropriée et vendue au cubage ».

(65) Sur cette notion, voir P. Capoulade et C. Giverton, note sous Cass. civ. 3^e, 15 novembre 1989, D. 1990, jur. 216.

(66) R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales*, p. 106 et s. ; *La propriété de l'espace*, D. 1965, chr. 231 ; D. Tomasin, *L'évolution de la propriété immobilière*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens précités*, p. 47 et s. ; J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble*, thèse, L.G.D.J., 1978, n° 12 et s.

DROIT DES BIENS

(67) A. Sériaux, *La notion juridique de patrimoine*, R.T.D. Civ. 1994, p. 801 et s., not. 810.

(68) A. Laude, *La fongibilité*, R.T.D. Com. 1995, p. 307 et s.

(69) C. Verbaere, *Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention*, Rev. rech.jur., n° 3/1999, p. 685 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques*, L.G.D.J., 1997, *passim*, not. n° 390 et s. ; A. Piedelièvre, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, *Etudes en l'honneur de M. de Juglart*, 1986, p. 55 et s. : « Ne peut-on alors considérer que la seule valeur économique est fondamentale... », p. 62 : « La notion de valeur est donc essentielle, toute valeur doit être considérée comme un bien. À partir de ce moment, la qualification de matériel ou d'immatériel devient totalement indifférente ».

(70) A. Laude, *op. cit.*, loc. cit.

(71) Un auteur a justement affirmé qu'avec la technique des sociétés immobilières « on s'éloigne de l'appréhension matérielle du bien ». D. Mélédo-Brand, *Les multiples, utilités économiques des biens...*, *Mélanges C. Champaud*, Dalloz, 1997, p. 467 et s.

(72) M. Cozian, *Du bon usage des sociétés civiles immobilières*, D. 1994, chr. 199.

(73) J. Carbonnier, *Les biens*, préc., n° 58.

(74) D. Sizaire, *Les quasi-copropriétaires*, Gaz. Pal. 1988. I. 314. Dans ce cas, l'état descriptif de division de l'immeuble n'est pas nécessaire.

(75) Voir par ex. n° spécial, 96^e congrès des notaires de France, *Petites Affiches*, n° 100 du 19 mai 2000 ; *Rapport de synthèse par M. Grimaldi*, *Petites Affiches* du 21 juillet 2000, p. 4. V. aussi P. Malinvaud, *La distinction des meubles et des immeubles à l'épreuve des sociétés d'attribution*, *Mélanges Houin*, p. 201.

(76) N. Doyon, *La propriété spacio-temporelle*, J.C.P. 1974. I, n° 2599.

(77) M. Cozian, *Du bon usage des sociétés civiles immobilières*, préc., n° 29.

(78) J. Carbonnier, *Les biens*, op. cit. n° 51 ; M. Cozian et A. Viandier, *Droit des sociétés*, Litec, 11^e éd., 1998, n° 1065 et 1066.

(79) Y. Paclot, *Remarques sur le démembrément des droits sociaux*, J.C.P. éd. E. 1997. I. 674 ; D. Fiorina, *L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières*, R.T.D. Civ. 1995, p. 43 et s.

(80) *Idem*.

(81) P. Malinvaud, *La distinction des meubles et des immeubles à l'épreuve des sociétés d'attribution*, *Mélanges Houin*, p. 201. Cet auteur qualifie la situation de « bien curieuse ».

gnée, volontairement ou non, d'un langage nouveau. On parle moins d'héritage et de fonds de terre et plus souvent de parcelle, de lot (65) ou de surface (66). L'immeuble est parfois aussi considéré comme un bien de consommation. Or, l'on accorde peu de valeur aux biens de consommation en ce sens par exemple qu'ils seraient « plus transitoires que d'autres » (67) dans le patrimoine de leur propriétaire.

18. Il serait donc nécessaire de reconnaître que l'intérêt de la fongibilité des immeubles ne se trouve pas seulement dans une simple taxinomie des biens, mais qu'elle s'impose par divers arguments surtout économiques. Ceci justifie que l'immeuble soit aussi interchangeable si on prend en compte non plus sa nature, mais sa valeur.

B. L'interchangeabilité de l'immeuble en raison de sa valeur

19. Plus que la matière, c'est la valeur du bien qui fait aujourd'hui son importance. « La valeur que représente le bien dans le patrimoine est plus importante que l'entreprise matérielle proprement dite » (68). Les applications contemporaines de cette notion de valeur deviennent nombreuses (69). L'évolution en ce sens est inéluctable et il ne s'agit que des conséquences de la nécessaire circulation des biens à laquelle n'échappent pas les biens immeubles. On est conduit à admettre que « les biens deviennent alors sinon matériellement du moins économiquement fongibles » (70).

La fongibilité des immeubles à travers la valeur qu'ils représentent doit être envisagée de deux manières. De plus en plus, la valeur de l'immeuble s'incorpore à des titres qui la représentent (1.) ; mais indépendamment de sa

dématerialisation, l'interchangeabilité de l'immeuble par sa valeur se présente comme un rapport d'équivalence (2.).

1. La valeur de l'immeuble représentée par les titres sociaux : la dématerialisation de l'immeuble

20. La physionomie de l'immeuble s'est modifiée. On a assisté à ce qu'on a appelé sa dématerialisation (71). À travers cette dématerialisation, ce qui est pris en compte c'est la valeur de l'immeuble.

« L'immeuble (est) désormais représenté par des droits sociaux ; et l'on va jouer avec les droits sociaux comme d'autres jouent aux cartes, on pourra sans peine les battre, les combiner, les faire circuler. À l'avenir, on ne jouera plus avec les immeubles, on jouera avec les parts sociales dont elles sont la représentation juridique » (72). Ces propos, assez schématiques, traduisent une réalité. La dématerialisation de l'immeuble est aujourd'hui acquise. L'une des définitions proposées (73) en fait « un mécanisme par lequel des propriétaires reçoivent en échange des lots d'une société civile ou d'un groupement agricole, des parts sociales ». La dématerialisation est elle-même susceptible de degré. Dans certains cas, notamment en cas de multipropriété ou de propriété spacio-temporelle, les lots ne correspondent qu'à des périodes de jouissance (74).

21. Il reste seulement à rechercher toutes les conséquences qui en découlent. La dématerialisation de l'immeuble n'est pas sans produire des effets juridiques notables ; par exemple, au regard de la protection du vendeur, des régimes matrimoniaux ou sur le plan fiscal (75). Ce qu'il faut surtout noter, eu égard

à nos développements, c'est que les différents lots sont parfaitement fongibles entre eux (76). « Il est plus facile de céder des parts sociales que les immeubles » (77) parce que celles-ci peuvent facilement se remplacer, parce qu'elles ont le même pouvoir libératoire. Ce qui intéresse dans ce cas l'acquéreur, ce n'est pas nécessairement un emplacement précis, un immeuble ayant une situation déterminée et immuable, mais un ensemble de titres.

Cette fongibilité des titres représentatifs de l'immeuble est elle-même renforcée par la dématerialisation des valeurs mobilières consacrée par une loi du 30 décembre 1981. Les valeurs mobilières dématérialisées sont fongibles (78) par catégories c'est-à-dire qu'il y a fongibilité des titres de même émission et de même groupe (79). Quelques particularités subsistent au regard de leur mode de transmission (80) mais qui n'ont toutefois pas pour conséquence de remettre en cause le caractère fongible des titres.

22. La dématerialisation de l'immeuble présente toutefois des limites. Il en est ainsi en cas de cession des droits sociaux, c'est-à-dire des parts ou actions représentant des droits sur la société. Des exigences en principe incompatibles avec la dématerialisation et avec le caractère fongible des titres sont exigées. On peut se limiter pour le démontrer à deux exemples. D'une part, l'acte de cession doit comporter la mention « non seulement (du) nombre de parts ou actions cédées, mais aussi la désignation du ou des lots correspondants » (81). D'autre part, la jurisprudence fait obligation à la société de remplir son obligation de délivrance en mettant à la dispo-

sition de l'acquéreur les lots correspondants aux droits sociaux cédés (82).

2. La valeur de l'immeuble entendue comme rapport d'équivalence.

23. Si les choses sont considérées comme interchangeables, c'est précisément parce qu'elles peuvent « être utilisées indifféremment les unes pour les autres dans un paiement ». L'interchangeabilité induit nécessairement un rapport d'équivalence. Pour certains auteurs, plus que l'interchangeabilité, c'est l'équivalence, qui est le critère essentiel (83). Il y aurait même équivalence non seulement des choses mais aussi des biens et des services (84). Elle doit être entendue ici surtout comme une équivalence en valeur.

Il revient en général aux parties de décider de ne considérer le bien que par rapport à sa valeur. C'est pourquoi certains considèrent qu'il n'y a fongibilité dans cette hypothèse que par la volonté des parties (85). Parfois aussi, c'est l'État qui impose la prise en compte de la seule valeur afin d'établir un rapport d'équivalence entre plusieurs biens mobiliers ou immobiliers (86). Il est donc plus juste de dire qu'il s'agit d'une fongibilité par destination (87).

24. Cette interchangeabilité de l'immeuble considérée comme rapport d'équivalence entre valeurs peut recevoir de larges applications dont certaines vont au-delà des effets connus de la fongibilité (88). Elle permet que l'immeuble soit considéré comme équivalent à un autre immeuble ou à tout autre bien ou ensemble de biens.

La fongibilité des immeubles justifierait à notre avis l'application de l'article 2133 du

Code civil, c'est-à-dire le report de l'hypothèque sur les nouvelles constructions en cas de destruction des bâtiments précédemment édifiés. La subrogation, souvent avancée comme fondement nous semble insuffisante (89). C'est également la fongibilité qui permet le report des droits en cas de remembrement rural ; technique par laquelle, « en remplacement des terrains qu'il possédait antérieurement, chacun des propriétaires intéressés se voit attribuer une parcelle provenant de biens appartenant à d'autres » (90). Dans l'une et l'autre hypothèse, c'est la valeur de l'immeuble qui est prise en compte.

La fongibilité est également présente dans l'article 34 de la loi de 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires dont l'alinéa 3 dispose que « le débiteur ou l'administrateur peut proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu'ils détiennent

de garanties équivalentes ». L'idée de substitution et la notion d'équivalence ne sont pas sans rappeler les critères de la fongibilité. Les garanties substituées sont jugées, à l'égard des créanciers et du débiteur, comme ayant le même pouvoir libératoire et surtout la même valeur que les garanties jusqu'alors existantes. L'équivalence des garanties n'est en fait qu'une conséquence de ce que ces garanties sont admises comme fongibles entre elles malgré leurs caractères et leur nature différents. L'intérêt de l'entreprise en difficulté justifie cette conception extensive de la fongibilité (91).

25. On a admis, il y a longtemps, que la compensation pouvait être réalisée entre les immeubles en raison de leur fongibilité (92). Cela resterait vrai aujourd'hui et il devrait s'agir aussi bien de la

compensation légale que de la compensation judiciaire, car avec la condition de réciprocité, l'exigence de fongibilité des dettes semble indifféremment exigée dans l'un et l'autre cas (93). L'obstacle tenant à la fixité des immeubles peut être juridiquement surmonté. La réponse à cet argument se trouve en effet à l'article 1296 du Code civil. Il ressort de cette disposition que peu importe que les choses fongibles soient payables en des lieux différents, « sauf à faire raison des frais de la remise », c'est-à-dire allouer une indemnité à la partie qui éprouve un dommage en ne recevant pas le paiement dans un lieu où il pourrait être fait (94). Il ne s'agit que l'une des conséquences, et, peut-être pas, la plus essentielle de la fongibilité des immeubles.

Une autre conséquence plus importante de la reconnaissance du caractère fongible de l'immeuble se réalise dans les contrats translatifs de propriété. S'agissant particulièrement du contrat de vente, si celui-ci porte sur un immeuble fongible, le transfert de propriété ne sera possible qu'après l'individualisation. Elle se présente dès lors comme une conséquence de la fongibilité de l'immeuble.

II. L'exigence d'individualisation, conséquence de la fongibilité de l'immeuble

26. Bien que l'individualisation soit présentée comme une conséquence de la fongibilité des immeubles, elle ne conditionne pas la validité des contrats translatifs de propriété immobilière (A) dont elle permet par contre de parfaire la conclusion (B).

(82) *Idem.*

(83) En ce sens, A.-M. Toledo, *La compensation conventionnelle*, R.T.D. Civ. 2000, p. 265 et s., not. 273 : « la fongibilité est précisément un rapport d'équivalence entre les choses » ; R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, L.G.D.J. 1992, n° 134.

(84) P. Jaubert, *Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité*, préc., p. 84.

(85) A. Laude, op. cit., n° 25.

(86) Dans certains mécanismes tels le remembrement, la valeur de l'immeuble est déterminée par l'État. Voir P. Benoiteau, Rep. civ. V^e Remembrement, n° 33 : « Chaque propriétaire doit recevoir une superficie équivalente en valeur de productivité à celle des terrains qu'il possédait avant » ; F. Terrié, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, in *Droits*, n° 1, 1985, p. 39 : « La détermination de l'assiette même de la propriété immobilière est assez souvent soustraite à l'initiative des intéressés qui se voient obligés, par l'effet de la réglementation des lotissements et du remembrement, de se conformer à un certain plan ».

(87) P. Jaubert, art. préc., p. 96.

(88) Pour une présentation de ces effets de la fongibilité, voir not. A. Laude, article préc., n° 29 et s.

(89) En faveur de l'idée de subrogation : G. Wicker, *Les fictions juridiques*, préc., n° 392 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle*, thèse, L.G.D.J., 1985, passim. Contre l'idée de subrogation réelle, M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 1990, n° 944 ; F. Alt-Maes, *Une évolution vers l'abstraction : de nouvelles applications de la détention*, R.T.D. Civ. 1987, p. 21 et s., not. 30.

(90) G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, R.T.D. Civ. 1968, p. 613 et s. ; Benoiteau, Rep. civ., préc.

(91) F. Alt-Maes, op. cit., loc. cit.

(92) P. Jaubert, article précité, p. 96, note 1 citant un arrêt de cassation du 17 août 1829.

(93) R. Mendegrès, *La nature juridique de la compensation*, L.G.D.J. 1969, n° 60 et s. ; N.-C. Ndoko, *Les mystères de la compensation*, R.T.D. Civ. 1991, p. 661 et s., not. n° 10. Voir aussi, Reims, 25 mars 1987, Gaz. Pal. des 6-7 novembre 1987 ; Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993, D. 1994, som. com., p. 19.

(94) F. Grua, Rep. Civ. V^e Compensation ; Jurisclasseur, articles 1289 à 1293.

A. L'individualisation ne conditionne pas la validité des contrats translatifs de propriété immobilière

(27) L'article 1616 du Code civil dispose que « le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat ». L'article 1617 ajoute que « Si la vente a été faite avec l'indication de la contenance à raison de tant la mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la quantité indiquée au contrat » (95). Ces dispositions ne sont destinées en réalité qu'à régler les problèmes liés à l'obligation de délivrance du vendeur, s'agissant notamment de la contenance de l'immeuble (96), c'est-à-dire de la quantité vendue.

Interprétées autrement (97), elles renforcent l'idée que l'immeuble peut être vendu non pas uniquement comme un corps certain, mais également comme chose d'espèce ou de genre. C'est dans cette seconde hypothèse que la vente est dite à la mesure. Cette vente à la mesure s'entend elle-même dans deux sens.

La vente « à tant la mesure » et la vente en bloc, avec cette différence que dans le second cas, le prix de vente est fixé forfaitairement (98). Dans l'un et l'autre cas, la détermination de la quantité exacte doit se faire après les opérations de mesurage (99) sans que la validité de la vente soit pour autant remise en cause.

La jurisprudence a très tôt fait application de ces dispositions à la vente d'immeuble (100).

(28) La vente d'immeuble, considérée comme vente de chose fongible, ne déroge point aux règles générales du contrat de vente relatives notamment à l'objet du contrat. En effet, aux termes de l'article 1129 du Code civil, l'objet du contrat doit être déter-

miné dans son espèce et déterminé ou tout au moins déterminable dans sa quotité. On peut déterminer la chose objet du contrat, même s'il s'agit d'un immeuble seulement par son espèce (101), étant entendu que l'espèce renvoie aux caractéristiques essentielles et pas nécessairement à la situation (102). S'agissant de la quotité c'est-à-dire de la quantité de la chose vendue, il se peut bien qu'elle soit pour l'immeuble comme pour les meubles (103) et conformément aux textes, seulement déterminable. Il revient aux juges suivant les cas de décider si la quantité de l'immeuble était déterminée (104) ou ne l'était pas (105).

Si habituellement dans les contrats de vente d'immeubles les parties précisent en plus de l'espèce et de la quotité la qualité de la chose vendue notamment l'indication de la situation (106), il ne s'agit que d'éléments supplémentaires (107). Leur absence ne rend pas nul le contrat car « la vente d'un immeuble de genre (...) se forme valablement dès avant l'individualisation de son objet » (108). L'indication du lieu, de la situation de l'immeuble qu'il soit bâti ou non bâti ne sert qu'à individualiser l'objet du contrat. Les parties peuvent se limiter à spécifier uniquement l'espèce et la quotité, soit qu'elles laissent le soin à l'une d'elles de définir les qualités soit que celles-ci ne sont pas considérées comme déterminantes.

(29) La convention étant valable, le transfert de propriété répondra aux conditions applicables aux ventes de choses de genre et l'immeuble devra être au préalable individualisé (109). Appréciée du côté des parties, l'individualisation est l'acte qui permet de parfaire la conclusion du contrat.

B. L'individualisation permet de parfaire la conclusion des contrats translatifs de propriété immobilière

(30) L'individualisation suppose que la vente porte sur des choses qui se comptent, se mesurent ou se pèsent, c'est-à-dire des choses de genre car « dans les ventes de choses de genre, le transfert de propriété dépend de l'individualisation » (110). Certes, dans l'acception courante, le mesurage (111) est réservé aux marchandises considérées comme choses mobilières (112), mais il peut concerner aussi les immeubles. D'ailleurs, les termes de l'article 1585 du Code civil qui dispose que « lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont au risque du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées... » (113) sont suffisamment larges pour s'appliquer aux choses autres que mobilières.

La jurisprudence veille au respect de l'exigence d'individualisation s'agissant spécialement de la vente de choses immobilières. Ainsi a-t-il été jugé que « n'est pas valable la vente d'une parcelle dont est seulement indiquée la superficie alors, d'une part, que la superficie mentionnée émane d'une écriture manifestement rapportée sinon étrangère à celle du rédacteur, et d'autre part, qu'aucun élément ne permet de connaître l'assiette de l'entreprise envisagée, et alors qu'il n'apparaît pas non plus qu'elle ait été laissée à l'appréciation de l'acheteur » (114).

(31) Si le principe posé par l'article 1583 du Code civil veut que le transfert de pro-

(95) *On peut y ajouter l'article 1619 dont il ressort que dans tous les autres cas notamment lorsque la vente est faite « d'un corps certain et limité », la différence de mesure ne donne lieu à aucun supplément de prix.*

L'interprétation a contrario de ce texte signifie que dans les cas prévus par les articles 1616 et 1617, la vente ne porte pas sur un corps certain mais sur une chose de genre, c'est-à-dire uniquement déterminée par son espèce et qui est fongible.

(96) *Sur le problème particulier de la garantie de contenance, voir P. Malaurie et L. Aynès, Les contrats spéciaux, éd. Cujas, 94/95, n° 360.*

(97) *Voir par exemple, O. Barret, Rep. Civ. V^e Vente.*

(98) *Idem.*

(99) *Entendu largement, c'est-à-dire aussi bien le mesurage proprement dit que le comptage ou le pesage.*

(100) *Cass. Req., 24 avril 1929, D.H. 1929, p. 283. Plus récemment Cass. civ. 3^e, 15 février 1984, D. 1984, inf. rap. 272, Bull. civ. III, n° 41 ; Cass. civ. 1^e, 11 mai 1965, D. 1965, p. 629 (vente de parties d'immeubles construits).*

(101) *Sur la nuance entre l'espèce et le genre, voir supra, n° 10 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Droit civil. Les obligations, 2. Le contrat, Litec, 6^e éd., 1998, n° 591.*

(102) *Voir supra, n° 15.*

(103) *Ex : la vente d'une partie de récolte à prélever dans les greniers du vendeur.*

(104) *Il en est ainsi de la vente de mètres carrés de terrains à prendre dans une superficie plus grande. Cass. civ. 3^e, 17 juillet 1968, Bull. civ. III, n° 354 ; 15 février 1984, préc.*

(105) *Cass. Req., 24 avril 1929, préc. ; Versailles, 19 avril 1991, D. 1991, inf. rap. 74.*

(106) *Qualité objective par rapport à d'autres considérées comme subjectives (confort intérieur, sonorisation).*

(107) *Voir pour un raisonnement en sens contraire, mais nuancé : J. Carbonnier, Les biens, P.U.F., 19^e éd., 2000, n° 53 : « La fongibilité paraît devoir manquer constamment aux immeubles (...) puisque deux terres, même d'égale superficie et de composition homogène, ont toujours entre elles cette différence essentielle qu'elles ne peuvent occuper le même point de l'espace ».*

priété ait lieu dès la conclusion de la vente, cela n'est vrai et possible qu'autant que l'objet du contrat est un corps certain. Dès que la vente porte sur une chose de genre, même immobilière, la propriété ne peut être transférée avant l'individualisation. Ainsi, l'acquéreur de l'immeuble vendu à la mesure ne sera propriétaire qu'après que celui-ci ait été individualisé par l'indication de la situation ou par l'affectation d'un numéro (115) lorsqu'il s'agit l'un lot faisant partie d'un ensemble. Cette règle ne présente aucun inconvénient majeur dans la mesure où, aujourd'hui, on constate assez souvent que « la vente immobilière n'accomplit plus par elle-même le transfert de la propriété » (116). Sans parler des clauses de réserve de propriété, les entraves, notamment administratives, au transfert immédiat de la propriété de l'immeuble vendu sont nombreuses. Les transactions immobilières s'accordent donc du transfert de propriété conditionné par l'individualisation de la chose vendue.

32. L'individualisation qui est une opération matérielle traduit aussi sur le plan juridique l'obligation de délivrance mise à la charge du vendeur. L'article 1604 du Code civil définit la délivrance comme « le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur », ce qui la distingue de la livraison qui consiste en une remise matérielle en particulier pour les choses mobilières. Il est admis que l'obligation de délivrance pèse sur tout vendeur dont le vendeur d'immeuble (117) conformément à l'article 1605 du Code civil.

À défaut d'indication contraire (118) et s'agissant de choses de genre, la délivrance doit porter sur une qualité moyenne conformément

à l'article 1246 (119). On pourrait objecter qu'en matière immobilière la qualité moyenne sera difficile à définir, mais il s'agit uniquement d'une question de fait qu'il revient au juge de trancher. Toutefois, il faudra, autant que possible, « pour l'appréciation de l'étendue de l'obligation de délivrance pesant sur le vendeur d'une chose de genre (tenir) compte des caractéristiques de cette chose en considération desquelles la vente a été conclue » (120). Dans certains cas, l'obligation de délivrance peut porter sur des choses précises (121).

33. Les modalités du transfert de propriété liées à l'individualisation lorsque la vente porte sur un immeuble de genre conditionnent à leur tour le transfert des risques. L'article 1624 du Code civil qui se situe juste après les articles 1616 à 1623 relatives à la délivrance des immeubles, semble renvoyer, pour la question des risques, à l'application des dispositions générales.

Si la propriété n'a pas encore été transférée, les obligations du vendeur seront appréciées différemment suivant que l'on considère que la vente portait sur des choses de genre ou sur des corps certains. Les règles relatives au transfert des risques (122) prévoient que, dans le premier cas, le vendeur est libéré s'il y a force majeure ; dans le second cas, il faut faire application de la règle *genera non pereunt* (123). Mais, dès que les choses de genre qui sont fongibles seront individualisées, l'individualisation fera peser les risques sur l'acheteur.

Yvette KALIEU

Docteur en droit
Enseignant à la faculté des sciences juridiques
Université de Dschang (Cameroun)

(108) G. Cornu, note sous Cass. civ. 3^e, 17 juillet 1968, R.T.D. Civ. 1969, p. 138. Voir pour un raisonnement en sens contraire, mais nuancé : J. Carbonnier, *Les biens*, préc., n° 53 : « La fongibilité paraît devoir manquer constamment aux immeubles (...), puisque deux terres, même d'égale superficie et de composition homogène, ont toujours entre elles cette différence essentielle qu'elles ne peuvent occuper le même point de l'espace ».

(109) Sur l'individualisation permettant de réaliser le transfert de propriété, voir A. Laude, *La fongibilité*, R.T.D. Com. 1995, p. 307, not. n° 55 et s. L'individualisation peut dans certains cas donner lieu à des difficultés. Pour le cas de la monnaie : R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, L.G.D.J., 1992, n° 124 et s.

(110) P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, éd. Cujas, 94/95, n° 252. Adde, P. Jaubert, *Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité*, préc., p. 88 : « Le droit de propriété ayant pour objet une chose semblable à d'autres ne prend naissance qu'au moment de la livraison... ».

(111) Qui peut être remplacé par le marquage ou l'entreposage.

(112) A. Laude, article préc., n° 55 et s. ; P. Jaubert, article préc., p. 86.

(113) Qui fait partie d'un ensemble de dispositions générales sur la vente.

(114) Versailles, 19 avril 1991, D. 1991, inf. rap., 74, préc.

(115) Trib. gr. inst. Nice, 24 octobre 1970, J.C.P. 1971 II. 16866.

(116) P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, 1995, n° 252.

(117) C. Atias, *L'obligation de délivrance conforme*, D. 1991, chr. 1.

(118) Car, en principe, même pour les choses de genre, la chose livrée doit être conforme par son type et ses caractéristiques à celle prévue au contrat. Par ex., dans la vente d'un terrain suite à un lotissement, le lotisseur ne remplit pas son obligation de délivrance conforme si le terrain ne remplit pas les normes de constructibilité. V. en ce sens : Cass. civ. 3^e, 17 janvier 1990, Bull. civ. III, n° 26, D. 1991, som. 166, obs. Tournafond.

(119) B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Les obligations*, 2. *Le contrat*, op. cit., loc. cit.

(120) C. Atias, *L'obligation de délivrance conforme*, op. cit., citant un arrêt de la première chambre civile du 1^{er} décembre 1987 (R.T.D. Civ. 1988, p. 368, n° 1, obs. P. Rémy ; Défrenois, 1988, article 34157, rap. Sargos).

(121) Par exemple, Cass. civ. 3^e, 8 février 1983, Bull. civ. III, n° 37 : « L'obligation de délivrance à la charge du lotisseur ne se limite pas à la simple remise du titre de propriété, et du plan de lotissement, mais implique l'obligation de fixer nettement sur le terrain les limites des lots vendus ».

(122) Voir par ex. A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 7^e éd., 1999,

n° 343 et s. ; J. Carbonnier, *Les obligations*, P.U.F., 21^e éd., 1998, n° 191 et s.

(123) J. Carbonnier, *Les biens*, préc., n° 54 : « Il faut attendre que le vendeur ait individualisé les biens qu'il destine à son cocontractant. Jusqu'à l'individualisation, il en reste propriétaire et supporte la perte si elles viennent à périr par force majeure ».