



NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING
NETHERLANDS COMPARATIVE LAW ASSOCIATION

La notion de biens*

Albina Candian

Readers are reminded that this work is protected by copyright. While they are free to use the ideas expressed in it, they may not copy, distribute or publish the work or part of it, in any form, printed, electronic or otherwise, except for reasonable quoting, clearly indicating the source. Readers are permitted to make copies, electronically or printed, for personal and classroom use.

1. Terminologie et notions générales

1. D'après les rapports nationaux examinés, rédigés en anglais ou en français, il apparaît que les termes les plus fréquemment utilisés sont: bien(s), chose, patrimoine, droit réel, propriété, droit, possession (thing(s), object, asset(s), property, ownership, estate).

Chacun de ces mots pose un problème de traduction de l'anglais vers le français et réciproquement. Les notions juridiques définies par chacun de ces termes ne trouvent jamais de correspondance exacte dans l'autre langue. Lorsqu'une correspondance existe, celle-ci n'est que grossière et dépend fortement du contexte du discours. Ceci peut sembler surprenant, d'autant plus qu'on estime généralement que le droit de propriété est l'un des fondements de la structure sociale. Pendant une grande partie du 20^e siècle, une distinction persiste entre d'un côté la famille des pays socialistes et de l'autre les autres familles juridiques. Cette distinction est alors essentiellement basée sur la différence d'organisation sociale découlant d'une différence de structure des droits de propriété. Selon le manuel de droit comparé le plus connu,¹ "l'État socialiste (est) caractérisé par la collectivisation des biens de production." Après la disparition de la famille des pays socialistes, on aurait pu

* Session II.A.3. The Boundaries of Property Rights. Rapports nationaux reçus des: Allemagne, A. Röthel & O. Krackhardt; Belgique, P. Lecocq & B. Vanbrabant; Canada (Québec), M. Cantin Cumyn; Etats Unis, A. A. Levasseur & H. Moyse; Grèce, Y. Karibali-Tsiptsiou; Italie, V. Zeno Zencovich; Macao (SAR, People's Rep. of China), Tong Io Cheng; Pays-Bas, L. P. W. van Vliet; Royaume-Uni, J. Ball; Serbie, M. D. Zivkovic; Suisse, B. Schönenberger & B. Leisinger.

Le rapporteur général a réceptionné également un article traitant du Canada rédigé par le professeur David Lametti, intitulé: *The Concept of Property: Relations through Objects of Social Wealth*, publié in 53 *University of Toronto Law Journal* (2003).

¹ R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains* 123 (10^e éd., par R. Davis & C. Jauffret-Spinosi, 1992).

penser que les notions juridiques impliquées dans la circulation et la protection des droits de propriété deviennent, du point de vue de leur substance, uniformes dans une grande partie du monde contemporain. Du point de vue des économistes ou des chercheurs en sciences politiques, cela est peut être vrai, et partiellement vrai pour ce qui est de la garantie constitutionnelle de la propriété privée. En revanche, cela ne l'est absolument pas en ce qui concerne le droit privé. Le préambule de nombreux rapports, souligne que les versions française et anglaise du titre même de la présente session présentent déjà des discordances de signification. Cela, même si, dans le contexte du bilinguisme traditionnel de l'Académie, on pouvait penser que l'une des versions éclaire la signification de l'autre. En particulier, au vu des commentaires et des observations des rapporteurs nationaux, spécialement des rapporteurs des Pays de *common law*, il faut admettre que les difficultés mentionnées dérivent spécifiquement de l'approche déontologique à la base du questionnaire (une approche identique est suivie dans ce Rapport Général). En effet, une reconstruction des catégories générales des systèmes nationaux était souhaitée, et non la formulation d'une observation inspirée d'une approche de droit positif orienté à décrire les règles spécifiques. On se rend bien compte que l'approche choisie présente une difficulté majeure, mais on reste convaincu que cette approche ontologique est la seule qui puisse conduire à des résultats destinés à durer dans le temps plutôt qu'à la formulation de règles temporaires.

2. Ceci oblige à réfléchir sur la raison des difficultés de traduction que le droit comparé souligne. Une hypothèse d'explication repose sur le fait que la terminologie de base avec laquelle on désigne les éléments conceptuels composant les propos inhérents au droit des biens est riche en ambiguïtés et en polysémies. Dans le rapport du Québec, il est souligné que le mot *bien* désigne, dans un premier temps, les droits patrimoniaux ou l'actif du patrimoine de la personne, et dans un deuxième temps, ce mot vise l'objet d'un droit réel. Une telle polysémie du mot *bien*, *bene*, etc., est commune à tous les systèmes juridiques qui, dans une mesure ou une autre, ont suivi le modèle français. Au niveau terminologique, cela donne naissance à la situation semi-paradoxe d'un secteur du droit privé, appelé justement le Droit des Biens, dont le terme clé (*bien(s)*) est commun au secteur qui, d'une certaine manière s'y oppose, à savoir le droit des obligations. Il convient également de souligner que, dans tous les systèmes de *civil law*, le droit de propriété est censé constituer l'archétype des droits réels. Toutefois, la notion de droit de propriété est axée sur l'idée que le propriétaire détient tous les droits qu'un particulier peut avoir sur une chose, de sorte que, lorsque la chose est un objet corporel, la propriété se confond avec la chose en question. En revanche, les autres droits réels ne peuvent pas se confondre avec la chose, tant et si bien que dans la classification de Gaius, qui est passée par la suite aux systèmes de *civil law* par le biais des *Istitutiones* de Justinien, seule la propriété était considérée en tant que *res corporalis*, alors que les autres

droits réels appartenait à la catégorie des *res incorporales*. Une telle discontinuité entre la notion de propriété et la notion de droit réel apparaît clairement dans les systèmes juridiques pour lesquels l'objet d'un *Sachenrecht* ne peut être qu'une chose corporelle. Tel est le cas du système juridique allemand et des autres systèmes qui ont suivi le modèle du BGB. C'est de là que naît l'une des rares contradictions logiques que l'on trouve dans le BGB, qui suppose que les *Sachenrechts* sont uniquement ceux qui se réfèrent aux biens corporels mais qui, dans le troisième tome, considère également les gages de crédits (§1279-1290) et l'usufruit sur les droits (§1068-1084). En ce qui concerne la terminologie inhérente à la tradition de la *common law*, le mot *thing* sert à désigner aussi bien l'objet de droits que les droits que l'on peut avoir, tout comme le mot *property* qui, au moins dans un usage moins rigoureux, peut désigner aussi bien l'objet de la *property* ("This car is my property"), que le type de droit subjectif que l'on a sur la chose. Le terme *property* peut même désigner un droit ayant un certain contenu patrimonial, séparé d'une chose au sens propre. Le rapport américain signale que certains tribunaux ont établi que le droit personnel au travail est un *property right* qui inclut le droit de toucher un salaire. Cette approche semble justement tirée de Locke et se réfère donc aux débats politiques et philosophiques menés sur la propriété. Cela semble toutefois impliquer la disparition de la distinction entre les droits personnels et les droits patrimoniaux, distinction qui est, en revanche, très nette dans les systèmes de *civil law* (voir les rapports du Québec et de la Belgique). Toujours dans les discours générés dans le cadre de la tradition de *common law*, le mot *estate* désigne aussi bien les *estates on (in) land*, que: "*the riches or fortune as well as debts and obligations which make up its aggregate monetary and economic value, acquiring the same meaning and scope as 'patrimony' in the civil law.*"²

3. On pourrait penser que les polysémies sont le résultat de la rencontre de différentes traditions de pensée et de recherche sur le thème de la propriété. Les juristes n'ont pas été les seuls à se pencher sur la question de la propriété. Cette question a en effet également suscité l'intérêt des philosophes, des économistes et des chercheurs spécialisés en sciences politiques et en éthique politique. Pour ces autres traditions de pensée, le problème de la propriété s'est posé au niveau de sa justification. L'école du droit naturel, en particulier, a analysé la légitimité de la propriété privée en aboutissant à deux conclusions opposées. La première conclusion dominante est liée au nom de John Locke.³ Elle a été reprise par la Constitution

² Voir le rapport des Etats-Unis.

³ Voir J. Locke, *Two Treatises on Government*, Vol.II, Ch. 94; sur les usages linguistiques du mot *property* dans Locke, K. Olivecrona, *Appropriation in the State of Nature: Locke on the Origin of Property*, 35 *Journal of the History of Ideas* 218 (1974).

fédérale américaine⁴ et par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.⁵ La deuxième conclusion, minoritaire et radicalement opposée, est liée au nom de J. J. Rousseau. Elle place cependant également la question de la propriété au cœur de toutes les formes de redistribution de la richesse sous le patronage du pouvoir politique. Ce caractère central découlait également du rapport étroit que les deux courants établissaient entre la propriété et la citoyenneté, dans la mesure où l'on estimait généralement que le concept de citoyenneté, en tant que forme de participation politique consciente et autonome, nécessitait que le citoyen puisse agir dans une situation d'indépendance économique par rapport au pouvoir politique. Cette idée, comme on sait, trouva l'un de ses plus fervents partisans en la personne de Madison.⁶ Elle allait cependant être renversée par la thèse qui démontrait que l'existence de la propriété privée individuelle, nécessairement source d'indépendance pour certains mais pas pour tous, constituait le principal obstacle à la participation politique de tous, c'est-à-dire à la citoyenneté universelle. Le problème est que, dans cette perspective, on ne donne guère d'importance ni à la distinction entre la propriété et la possession, ni à la nature de l'objet de la propriété (même si nombreux étaient ceux qui raisonnaient sur la base du paradigme de la propriété de la terre). De même, on n'accorde guère d'importance à la nature du sujet qui peut être, une personne physique individuelle, un groupe de personnes ou encore un groupe de personnes organisé par un ensemble de contrats. Si le problème est celui de la justification rationnelle de l'existence de la propriété privée en tant qu'institution, ces problèmes peuvent être jugés peu importants. En effet, lorsque l'on s'interroge sur la question de la propriété dans le droit constitutionnel, ces problèmes n'apparaissent pas et, par voie de conséquence, même les propos des constitutionalistes peuvent se référer au problème de la propriété sans entrer dans de tels détails. Seul aspect sensible: si la propriété individuelle devient le paradigme à la base de ces propos, il n'en demeure pas moins vrai que l'alternative à la propriété individuelle n'est pas seulement la communauté universelle, mais toute sorte d'attribution concurrente des utilités des biens, y compris les groupements des individus organisés au moyen de personnes morales. En vérité, cette précision était déjà contenue dans la distinction

⁴ Il est pourtant bien connu que la Constitution fédérale américaine présente deux visages: le texte constitutionnel proprement dit ne prévoit aucune garantie de la propriété privée, puisque les pères de la constitution et, surtout, Madison, pensaient qu'un système de gouvernement comme celui qu'ils avaient tracé évitait les dangers pour la propriété. En revanche, une garantie explicite a été introduite, aussitôt après, dans le V^e Amendement à travers la Taking clause ("No person shall [...] be deprived of life, liberty, or property without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation"), puis dans le XIV.

⁵ Je me réfère à l'art. 2 ("Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme: ces droits sont la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression.") et à l'art. 17 ("Les propriétés étant inviolables et sacrées, nul ne peut en être privé, si ce n'est quand la nécessité publique légalement constatée, l'exige évidemment, et sous condition d'une juste et préalable indemnité.")

⁶ Voir la vaste étude de J. Nedelsky, *Private property and the Limits of American Constitutionalism. The Madisonian Framework and Its Legacy* (1990).

introduite par Pufendorf entre la communauté positive et la communauté négative,⁷ concepts que l'on ignore par la suite. Dans la mesure où les propos des juristes subissent l'influence de la pensée jusnaturaliste et de la perspective du droit constitutionnel, les polysémies des mots clés semblent être une conséquence du manque d'intérêt pour les recherches faites dans le domaine du droit des biens en droit civil. En réalité, ces recherches ne concernent que le droit privé et, dans certains cas, le droit des biens publics qui, pour certains systèmes juridiques, appartient au domaine du droit administratif.

4. Il faut toutefois remarquer que les difficultés découlant des polysémies que nous venons de présenter sont bien visibles lorsqu'on est confronté à des problèmes de traduction, c'est-à-dire lorsqu'on se place dans la perspective du droit comparé. Dans le contexte interne à chaque système juridique, ces difficultés sont moins visibles, comme il ressort de tous les rapports nationaux. On peut invoquer comme possible explication de cette différence la donnée bien connue suivant laquelle l'attribution d'un sens à un mot qui est une polysémie en lui-même, se fait au moyen de la structure de la phrase dans laquelle il est inséré et à travers le contexte général du discours où la phrase apparaît. Au premier niveau, il faut remarquer que, dans la terminologie du droit des biens, le substantif s'accompagne souvent d'un adjectif qui a une fonction déterminante. Par exemple, le mot "bien", extrêmement ambigu, est déterminé par des adjectifs tels que: matériel ou immatériel, meuble ou immeuble. De même, tout aussi amphibologique, le mot "thing" peut être spécifié par *corporeal and incorporeal things* ou en référence à *corporeal and incorporeal heritament*. L'exemple le plus évident est donné par les locutions: *real and personal property*. Le niveau essentiel est toutefois le deuxième. Selon les rapports nationaux, il apparaît que, pour ce qui est du droit des biens, les systèmes nationaux sont munis d'une structure profonde qui conditionne le sens des propos, dans la mesure où ils supposent implicitement ce qui est à la base de chaque système.

5. D'après les rapports qui ont été présentés et la littérature juridique occidentale, il apparaît qu'il existe une nette opposition entre les différents systèmes qui marque leur structure profonde. Il est possible de concevoir le droit de propriété comme un droit sur une chose corporelle, droit qui attribue au propriétaire un ensemble ouvert de droits et de facultés. Il est également possible de concevoir la propriété comme un ensemble de droits et de facultés valables à l'encontre de tous les autres associés, sans qu'il soit nécessaire de référer immédiatement à une chose corporelle. La différence entre les deux points de vues provient du caractère corporel de la chose qui est l'objet du droit de propriété. Si la conception

⁷ Voir S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri octo*, Liv. IV, chap. IV, 2 "Deinde accurate expendendum, quid sit communio, quid proprietatis sive dominium. Communiois vocabulum accipitur vel negative, vel positive." qui est suivie de l'explication reprise au point IV,5, selon laquelle la communauté négative correspond à la catégorie des *res nullius*, tandis que la communauté positive est la propriété collective.

corporaliste est adoptée et ainsi, si le droit de propriété est directement fondé sur la chose, se justifie une liste de droits et de facultés indéfinie. Les caractères physiques de la chose corporelle spécifique définissent en effet ainsi l'horizon des utilisations possibles. Il y aura toutefois la place nécessaire pour en inventer de nouvelles. Si le principe est adopté selon lequel la propriété est un ensemble de droits et de facultés, ce caractère singulier est perdu au détriment de la catégorie générale, étant donné que l'on trouvera nécessairement aux côtés d'un droit à contenu indéfini, des droits qui ont, eux un contenu préétabli et guidé par l'ordre, ce qui leur donne une identité propre. John Austin, en critiquant la distinction entre *things corporeal and incorporeal*, souligne que "*Things incorporeal are rights and duties themselves*", et que, par voie de conséquence "*the distinction is utterly useless: inasmuch as rights and duties, having names of their own, need not to be styled incorporeal things.*"⁸ En réalité, la logique à la base de la perspective qui réduit la propriété à la titularité de droits, est tout à fait différente de celle qui attribue à la propriété une fonction unique au sein du système des droits des particuliers. Elle tend plutôt à élargir le cercle des droits qui sont valables *erga omnes* dans la mesure où, étant protégés de façon universelle, ils ne peuvent être soustraits à leur titulaire qu'avec son consentement.⁹ Ces droits deviennent donc nécessairement un objet d'échange parce que celui qui désire les obtenir doit les acheter à leur titulaire actuel. Les deux conceptions fondamentales que l'on vient de présenter se retrouvent dans les traditions juridiques européennes. Elles sont représentées d'un côté par la tradition romaniste, aujourd'hui codifiée dans le droit allemand et dans les systèmes qui suivent le modèle du BGB, et de l'autre par la tradition de la *common law* anglaise. Bien entendu chacun de ces deux systèmes, dans son expression positive, s'éloigne dans une certaine mesure du modèle tracé.

Par rapport à ces deux modèles opposés, le droit français occupe une position intermédiaire et complexe. D'autres modèles européens se sont encore davantage éloignés. L'opposition entre le modèle allemand et celui de la *common law* se perçoit également à un autre niveau. Dans les systèmes de la *common law*, la *law of property* et son jumeau *Equity* notamment la *law of trusts*, occupent une place très importante au sein des droits patrimoniaux. Au niveau statique, ce droit a tendance à se confondre avec l'ensemble des droits patrimoniaux. Dans le système allemand, la place du *Sachenrecht* est limitée et ne coïncide nullement avec l'ensemble des droits patrimoniaux. Les deux conceptions peuvent également apparaître opposées entre-elles, par le biais d'un troisième niveau. En effet, les systèmes de type allemand et le système français accordent une grande importance à la possession pour organiser la protection et la circulation de la propriété et des autres droits réels. Il en

⁸ V. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (1863, 5^e éd. 1885) p. 777.

⁹ V. G. Calabresi & D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972).

découle que l'on conçoit difficilement qu'une propriété puisse ne pas être accompagnée de la possession. Dans le système de la *common law*, la possession joue un rôle marginal et toute la structure de la *law of property* semble se fonder sur le "Title". En outre, l'adoption de la règle fondamentale: *nemo dat quod non habet*, écarte le rôle de la possession pour le transfert des *property rights*.

6. Les différences que nous venons de dessiner sont le résultat de divergences historiques. Il convient ici de rappeler que la conception de la *Real property* était à l'origine la conception de l'appartenance des seigneuries féodales. Ces seigneuries visaient un territoire et non un fonds. Le seigneur jouissait de certains avantages, vis à vis d'un territoire peuplé par d'autres hommes, comme le droit de toucher un péage ou de présenter le curé à l'évêque. C'est de là que vient le caractère fortement dématérialisé de l'appartenance qui concerne des droits qui généraient des avantages précis. Il faut toutefois remarquer que, dans un tel contexte, le concept d'appartenance ne peut pas coïncider avec le contexte romaniste, et qu'il devient plutôt le synonyme du concept de titularité sur ce qui peut être identifié et être utile. Il convient de remarquer également que les liens existant entre l'avantage et le territoire et entre l'avantage et le fonds restent toujours des liens identifiant un droit dans l'espace géographique. Dans le long terme, la conception générale qui s'est forgée a généré deux applications différentes du concept d'appartenance au moment de sa traduction en dogmatique juridique.

L'application la plus simple consisterait à transformer en droits réels tous les droits seigneuriaux. Telle a été, dans les grandes lignes, la solution adoptée par la *common law* anglaise, transmise ensuite à tous les systèmes de *common law*. Une autre solution consisterait à suivre une orientation selon laquelle le *dominium* consiste en un droit d'utiliser et de disposer directement d'une *res corporalis* en faisant coïncider les limites du droit avec celles de la chose. Cette solution avait l'avantage de faire coïncider la propriété avec la possession, et ainsi de permettre l'action de la revendication, que l'on ne parvenait à concevoir qu'en définissant un possesseur de la chose à citer en justice. Le fait de faire converger sur le même objet la propriété et la possession créait un lien entre le système juridique hérité du droit romain et le sentiment répandu dans la société. Ce lien pouvait également être créé en élargissant la notion de possession et en configurant ainsi une possession de droits. Des confusions linguistiques, parfois importantes, fleurirent et elles se perpétuèrent longuement dans le lexique des pratiques, dont l'exemple le plus éclatant est l'habitude d'appeler *dominium* la titularité de droits. Si cette situation avait duré, la *civil law* ne serait pas si distante de la *common law* pour ce qui est des concepts de base. Le problème insoluble que la tradition romaniste obligeait à affronter était que dans la configuration d'origine de Gaius, transmise par Justinien, la catégorie des droits patrimoniaux rassemblait des choses et des

droits. Parmi ces droits certains n'étaient que de purs droits personnels de crédit ne pouvant être l'objet d'une possession et, donc, de revendication, alors que d'autres étaient des choses incorporelles, mais étant donné qu'il s'agissait de droits réels immobiliers, il apparaissait impossible d'imaginer qu'ils ne constituaient pas un recours en récupération. Pothier¹⁰ trancha le nœud gordien avec un argument de droit positif. Puisque, dans le droit coutumier français, le patrimoine se partageait en biens immobiliers et en meubles et que les *res incorporales* ne sont qualifiables ni en tant que biens meubles, ni en tant que biens immobiliers, Pothier abolit, de fait, la distinction pour redonner à tout droit patrimonial la qualité de bien meuble ou de bien immeuble.¹¹ Le code civil français accueillit cet enseignement et le diffusa.¹² En Allemagne, le grand tournant est dû à Savigny à l'occasion d'un renouveau de la science du droit qui alliait la rigueur logique du *jurationalisme* à la récupération intégrale du droit romain considéré en tant que tradition doctrinale par rapport au droit coutumier. Il en résulta que l'on ramena le *Besitz* uniquement à la seigneurie de fait, sur une chose corporelle, avec l'exclusion radicale de la possibilité de configurer une possession de droits et la limitation symétrique de la propriété au droit qui concerne uniquement les choses pouvant être possédées et pouvant donc faire l'objet d'une revendication quand la chose est possédée par quelqu'un qui n'a pas de titre.

Cette règle servait à distinguer nettement les situations de droit réel et les situations où seul un droit personnel était en jeu. L'agencement théorique de la possession s'avéra donc décisif pour bâtir un système logique et cohérent des droits patrimoniaux. Elle fut accueillie dans le BGB en obligeant ainsi le modèle allemand à inclure la catégorie des droits réels dans le *Sachenrecht*, c'est-à-dire la possession et les droits absolus sur les choses corporelles. Mais ainsi, au niveau purement logique, on repartait à zéro en considérant la diversité irréductible

¹⁰ V. R. J. Pothier, *Traité des personnes et de choses*, in M. Dupin Aîné (Ed.), Œuvres de R.J. Pothier contenant les traités de droit français, Tome V (1831) p. 204 (Seconde partie-Des Choses, § II)

Les choses incorporelles n'étant point des êtres réels, mais des êtres intellectuels, quae in jure consistunt, quae solo intellectu percipiuntur, ne sont point proprement par elles-mêmes susceptibles de la qualité de meubles, ni de celle d'Immeubles. Néanmoins, comme, selon notre droit français, toutes les choses que nous avons in bonis, sont distribuées en deux classes, des meubles ou immeubles, les choses incorporelles, ainsi que les autres, doivent être assignées à l'une ou à l'autre de ces classes.

¹¹ V. R. J. Pothier:

Les choses incorporelles sont, ou des droits réels, jus in jure, ou des créances, jura ad rem. Les droits réels, que nous avons sur les héritages, tel que les droits de fief, de censive, de champart, de rentes foncières, les droit de justice, les droit d'usufruit, d'usage, doivent sans doute appartenir à la classe des immeubles ; car ces droits ne sont autre chose que l'héritage même sur lequel nous les avons à prendre, considéré comme nous appartenant à certains égards.

¹² A vrai dire, cela surprend parce que le code lui-même veilla à abolir les raisons pour lesquelles le droit coutumier français avait élevé a *summa divisio* la répartition entre les choses mobiles et immobiliers, à commencer par la répartition fondamentale en vertu de laquelle les biens immobiliers se transmettaient par succession nécessaire en restant au sein de la famille, tandis que les biens mobiles pouvait faire l'objet d'une disposition testamentaire.

entre le droit de propriété qui absorbe toutes les utilités licites de la chose et les droits réels sur la chose d'autrui, qui sont le pur résultat de la raison humaine. C'est l'écho final de la distinction de Gaius entre les choses corporelles et incorporelles.

7. Pour ce qui est de l'objet des *property rights*, le système français semble se situer à mi-chemin entre le modèle de la *common law* et le modèle romaniste à l'allemande. Cela explique le succès qu'a connu, en France plus que dans les autres pays d'Europe continentale, la théorie, d'origine allemande,¹³ selon laquelle le droit de propriété n'est qu'un ensemble de rapports personnels qui se base sur une obligation passive universelle de non-interférence avec la jouissance du bien de la part du propriétaire.¹⁴ A l'origine, on trouve cependant l'ambiguïté du code quant à l'objet de la propriété. Quand la propriété foncière était considérée comme la propriété par excellence, le droit du propriétaire se confondait de nouveau avec la chose elle-même.¹⁵ Pourtant, le code civil résiste à cette superposition puisqu'il ne contient aucune indication à cet effet et qu'il se limite à reprendre la médiation de Pothier et à classer tous les objets en tant que meubles ou immeubles. En outre, à l'époque de la Révolution, la propriété littéraire était considérée comme la propriété la plus sacrée.

8. Les modèles présentés ici sont diversement influencés par chaque système de droit positif qui, en ce qui concerne les règles détaillées, est toujours en évolution. Nous en tiendrons compte dans la deuxième partie de ce rapport. Du reste, le monde des biens est trop diversifié et trop complexe pour être enfermé dans des formules synthétiques. Il convient toutefois de rappeler que, dans les traditions juridiques européennes, les *property rights* servent à garantir, à un niveau pour ainsi dire constitutionnel, des espaces d'autonomie aux sujets et à rendre juridiquement licites des actions déviantes. Au niveau de la technique du droit privé, ils servent à différents objectifs régulateurs. En résumé, on peut se référer au fait que la localisation des *property rights* est utilisée en tant que critère de rattachement de la juridiction et de répartition des compétences entre les juges d'un même pays. De même, l'exclusivité des *property rights* permet de confier les biens à la détention d'autrui sans le concours d'autres créanciers lorsque le dépositaire est insolvable. Ce dernier élément semble être l'élément décisif pour maintenir une séparation nette entre droits réels (*property rights*) et droits de crédit, c'est-à-dire entre la *property* et le *contract*. En effet, ce cadre fait obligatoirement

¹³ V. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* (1877).

¹⁴ V. dans l'ordre: Roguin, *La règle de droit. Etude de science juridique pure* (1889); Ginossar, *Droit réel, propriété, créance* (1960); Zenati, *La nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif* (Thèse Lyon, 1981); Zenati, *Les biens* (1988).

¹⁵ V. infra, ne pas oublier le cri de Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, T. 9, De la propriété, n. 540, "le droit de propriété c'est le bien lui-même, le bien corporel, meuble ou immeuble." V. A. Candian, *La propriété*, in A. Candian, A. Gambaro, Pozzo, *Property – Propriété – Eigentum*, *Corso di diritto privato comparato* (2002), p. 225.

apparaître les ambiguïtés terminologiques dont nous parlions au début. Dans les langages juridiques où le mot *propriété* s'est également superposé au mot *titularité*, la discipline de la faillite restitue la différence. Dans le lexique de la *common law*, on parle de *property in contract* pour désigner la titularité des positions de crédit découlant d'un contrat. En effet, l'acceptation générale de la cessibilité des contrats qui ne sont pas éminemment personnels (*intuitus personae*) justifie ce langage. Toutefois, en cas de faillite, la distinction entre la propriété et la titularité renaît.¹⁶ La certitude et la sécurité, qui sont accompagnées de la titularité de *property rights*, facilitent le calcul économique et réduisent fondamentalement les risques d'imprévu. Ceci explique la tendance du monde actuel à multiplier les *property rights*. Le questionnaire tend à explorer les limites des droits des biens, entendus en tant qu'objets de droits réels. Pour ce faire, le questionnaire a été conçu afin d'identifier un dénominateur commun minimal entre tous les systèmes, en prenant pour point de départ le système plus restrictif pour admettre la possibilité de concevoir un *property right*.

2. Les différentes réponses aux questions contenues dans le Questionnaire

1) Dans votre système juridique, toutes les choses corporelles peuvent-elles être l'objet du droit de propriété? Quelles sont les choses corporelles qui ne peuvent pas être l'objet de propriété privée (*res extra commercium*)? Les animaux sont-ils considérés comme des "choses"?

1.1 Quelles sont les choses corporelles qui sont l'objet de la propriété privée, de la propriété collective et de la propriété publique?

1. La première question vise à identifier quels sont les systèmes qui suivent la tendance germano-romaniste, en vertu de laquelle seules les choses corporelles peuvent être l'objet de la propriété et de droits réels et, quels sont les systèmes qui vont au-delà d'une caractérisation du bien. Comme il fallait s'y attendre, les rapports allemand, suisse, grec et québécois, partant des normes respectives de leur code, c'est-à-dire § 90 BGB, art. 641-977 du code civil suisse, art. 973 du code civil grec, indiquent que l'objet de la propriété ne peut se constituer que de choses matérielles, c'est-à-dire caractérisées par une nature physique, une délimitation matérielle et susceptibles d'être possédées. Une solution identique est adoptée par le système serbe, avec pourtant un recours à la source doctrinale, qui affirme que "toutes les choses corporelles peuvent être l'objet du droit de propriété." En revanche, les rapports anglais, américain, de Macao, néerlandais, belge et italien affirment que peuvent être l'objet de propriété aussi bien les choses corporelles que les incorporelles. Ceci ne constitue pas une surprise, à l'exception du fait que l'on pouvait s'attendre à une solution différente pour le

¹⁶ "While the common law has recognised property in contract for hundreds of years, bankruptcy law typically does not", voir B. Rohrbacher, *More Equal than Others: Defending Property-Contract Parity in Bankruptcy*, 114 Yale L. Jour. 1100 (2005).

système du Québec, tant en raison de l'influence des systèmes de common law voisins qu'à cause du fait que le modèle français est susceptible de se développer dans les deux directions. La deuxième question tendait à souligner que la corporalité de l'objet est un élément nécessaire, mais non suffisant pour constituer le substrat d'un droit de propriété. À part les choses présentes dans l'univers physique, mais non dans le monde juridique, comme le soleil, les étoiles, etc.,¹⁷ la limite peut se constituer de la présence dans le système des res extra commercium. Cette catégorie n'est pas familière à tous les ordres. Elle est naturellement liée à la catégorie de propriété publique. En effet, elle constitue un choix de droit positif, (découlant du système français), qui institue cette catégorie de choses corporelles pour empêcher que les particuliers puissent acquérir par usucapion des biens devant rester d'usage public (ex. art. 966 du code civil grec) (ex.: les rues) ou pour les biens religieux ou des parties du corps humain. La troisième question concernant les animaux n'aurait eu aucun sens il y a quelques années. Toutefois, de récentes législations, partant d'une modification de l'ABGB autrichien, ont explicitement prévu que "Tiere sind keine Sachen" (les animaux ne sont point des choses). Un concept identique a été introduit dans le BGB allemand au par. 91. Les effets opérationnels d'une telle distinction entre les choses et les animaux ne sont pas toujours clairs. Il est toutefois évident que cela manifeste une sensibilité particulière vis-à-vis des droits des animaux, sensibilité qui semble vouée à se diffuser.

La quatrième question naît essentiellement du problème des *public goods*, c'est-à-dire des biens à usage non collectif, qui normalement sont considérés comme biens de propriété individuelle privée, même si l'on ne peut naturellement pas exclure qu'ils soient possédés par des organismes à but non lucratif. À partir de ce cas limite, les différents systèmes peuvent procéder vers des formes de communauté, tant dans la forme de la communauté dite à mains unies, que dans la forme de communauté par parts, en passant par les différentes formes de propriété collective. Pour ce qui est de la propriété collective, il faut dire que de nombreux systèmes connaissent cette figure et font une distinction entre la *co-ownership* et l'*horizontal and vertical ownership*. C'est le cas des systèmes anglais, belge, suisse (qui parle de deux figures: la *co-ownership* dans l'art. 646 du code civil et l'*ownership in common* dans l'art. 652 du code civil, d'origine romaniste pour l'une et germaniste, pour l'autre), et grec (dans l'art. 1113 du Code Civil). Naturellement, les choses corporelles peuvent faire l'objet de propriété publique. En général, à cet effet, les rapports qui nous sont parvenus montrent que tous les systèmes juridiques considérés ont une gamme de techniques appropriées pour organiser des formes de co-appartenance fonctionnellement analogues. Le point est que le moment de rupture entre les droits du sujet qui donnent lieu à une action en justice de façon analogue aux *property rights* et les mêmes droits qui, eux, ne sont pas protégés en tant que droits de

¹⁷ Normalement, on dit qu'il s'agit de choses non utiles à l'homme. Pour ce qui est du soleil, cela peut impliquer quelques perplexités, mais ce point n'est pas juridiquement important.

propriété, mais seulement en tant que droits ayant un caractère substantiellement personnel, se situe plus ou moins au même point que le moment de rupture qui marque la limite entre les situations dites de copropriété et celles où les droits collectifs sont constitués par de simples droits d'accès à la ressource, sans caractères d'exclusivité. Ce qui ramène à la logique des *public goods*.

Si les formes de co-appartenance touchent le thème des limites des droits de propriété au niveau du sujet, la question suivante, toujours en supposant le dénominateur commun minimal des choses corporelles, tente d'identifier les limites des droits de propriété au niveau des caractéristiques de l'objet.

2) Les choses sans forme (l'eau, le gaz, l'énergie électrique) sont-elles assimilées aux choses corporelles? Pour ce qui est de l'eau, le rapport allemand dit que l'eau et le gaz peuvent constituer l'objet de propriété privée s'ils sont "techniquement contrôlables", tandis que l'électricité n'est pas considérée comme un *thing*. Toutefois, de la question de savoir si l'eau, le gaz et l'électricité peuvent, en Allemagne, être l'objet de *sale of goods*, ne se pose plus étant donnée l'existence de lois spéciales qui prévoient des règles spécifiques pour les garanties, les termes de paiement et les cessations. Autrefois, pour le système belge, l'électricité était susceptible d'être une propriété privée conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, jurisprudence qui suivait le modèle de la Cour de cassation française remontant au début du siècle dernier. Désormais, en général, l'électricité est considérée comme un bien mobile. Pour l'eau, un exemple intéressant est le code de l'eau de la Wallonie. En règle générale, l'eau, le gaz et l'électricité sont des choses susceptibles de devenir un objet de propriété privée uniquement si elles sont soumises à l'un ou à l'autre des cinq sens (Belgique et Serbie). Selon le droit de Macao et du Québec, ces choses sont considérées comme des choses corporelles et les mêmes règles y sont appliquées. Dans les systèmes de *common law*, le problème est moins important. Toutefois, dans le système anglais, on retrouve l'expression selon laquelle les fleuves sont des "*land covered with water*" pour indiquer l'importance "*of the underlying land in English law.*" Seules les bouteilles d'eau peuvent faire l'objet de *ownership*. De toute manière, au-delà de la question de savoir si l'eau, le gaz et l'électricité peuvent être possédés ou non, le rapport anglais dit que, en raison de leur nature, le gaz, l'eau et l'électricité ont leur propre *statutory regime* mais non uniquement. Ainsi on peut lire que

The water, gas and electricity industries are regulated in such a way that it is tempting to answer the question concerning their legal regime, to say that this is a statutory regime, but not exclusively so. The law of contract which is applicable to both public and private spheres has no problem in handling all three types of thing, which enables private suppliers to sell their services. Possibly the single law of contract in public and private law may assist. Under s.4 of the Utilities Act, there is a Gas and Electricity Consumers Council. That terminology does not mean that treatment of consumer problems are limited to any particular area of law, nor that the consumers necessarily have the normal type of consumer claim in relation to their supply. The Consumers Council is simply a consultative body.

Toutefois, pour ce qui est des contrats, les Belges se sont orientés vers la technique de la vente à preneur. Dans ces systèmes, les contrats qui les réglementent sont des *sale of goods*.

3) L'ensemble de choses corporelles (*universitas rerum*) est-il assimilé aux choses corporelles?

Le problème des universalités découle du fait que, même lorsqu'elles se composent de biens corporels, elles sont naturellement incorporelles si elles constituent un bien différent des biens qui les composent.. Cela ne pose pas de problèmes aux systèmes qui ne font pas de distinction entre les biens corporels et incorporels. Cela en pose, en revanche, aux systèmes qui sont basés sur caractère nécessairement corporel de l'objet des droits réels. Naturellement, cela implique que là où l'augmentation du nombre d'objets susceptibles de *property rights* ne soit pas un problème, la notion d'*universitas* n'a pas de raison d'être . Le rapport anglais précise judicieusement que, dans la *common law*, des notions analogues peuvent se retrouver dans la notion d'*estate*, considérée comme un ensemble de droits patrimoniaux provenant d'une personne défunte ; ou dans la notion de *fund* qui apparaît dans la *law of trusts*. En réalité, comme il fallait s'y attendre, puisque la *common law* ne fait pas de différence entre les *assets* et les *rights*, il n'est pas nécessaire que les *assets* deviennent "*incorporeal just because they are grouped together.*" La situation semble être la même aux Etats-Unis, même si, en Louisiane, le patrimoine est normalement conçu comme une universalité. A un autre niveau, il est toutefois possible de dire que la *common law* anglaise recourt largement à la technique des *universalitates*. Non seulement, le *trust fund* peut être considéré comme une *universitas* mais le patrimoine d'une société peut, lui aussi, y être assimilé. En effet, les devoirs de gestion des administrateurs se basent sur le paradigme des devoirs du *trustee*. En outre, la technique des *floating charges*, au moins au moment de la cristallisation, peut être rapprochée de la notion d'*universitas*. La limite de ces analogies repose toutefois sur le fait que, dans le droit anglais, une qualification en termes d'*universitas* n'a aucun effet sur la les différentes hypothèses. Même dans les systèmes allemand et néerlandais, le principe de spécialité des droits réels exclut l'importance de l'*universitas*, même si le concept, grâce à la tradition romaniste, n'y est pas inconnu. Toutefois, le niveau réellement significatif est celui de la description des biens dans les actes qui le concernent. Cela concerne en particulier la création de *security interests* qui ne sont valables que si le contrat de garantie identifie expressément les biens faisant l'objet de la *security interest*. Dans le droit allemand, une description en fonction de la mesure quantitative ou de la valeur globale, semble suffire. La solution de la *law in action* n'apparaît donc pas si éloignée de celle qui attribue une importance directe à la notion d'*universitas*. Pareillement, même si la notion unitaire de *fonds de commerce* est entravée par le fait qu'elle regroupe des droits et des biens, ce qui est inadmissible dans le système allemand, la vente du *fonds de commerce* peut toutefois être l'objet d'un acte unitaire qui la considère comme un

bien unique. L'importance des *universitates* se retrouve donc dans ces systèmes qui, s'ils ont tendance au "corporatisme", considèrent toutefois les *universitates* comme un bien unitaire susceptible d'être l'objet de droits réels. Telle est la solution du droit du Québec qui admet les universalités de fait et qui considère l'ensemble susceptible de droits réels, et même d'hypothèques, ainsi que de droits de crédit.

3. Les droits sur les biens incorporels

Le problème majeur, resté sans solution, de la différence d'agencement conceptuel des *property rights* décrit dans la première partie, se retrouve dans l'importance pratique du mélange entre les droits de propriété et les droits sur les biens immatériels reconnus par le système juridique. A cet effet, il faut considérer que, d'un côté même les systèmes qui excluent avec le plus de vigueur la possibilité que les biens incorporels fassent l'objet de propriété ou de droits réels, protègent non seulement la propriété intellectuelle, mais étendent aussi à ce type de "propriété" la protection constitutionnelle pour la propriété proprement dite. Alors que de l'autre côté, même les systèmes qui, comme le système français, considèrent depuis longtemps la propriété artistique et littéraire comme une forme de propriété pleinement protégée, excluent toutefois qu'elle puisse avoir l'un des caractères fondamentaux de la propriété au sens strict: c'est-à-dire la perpétuité.

Si l'on assume comme paradigme le droit allemand,¹⁸ on se rend compte que les figures d'*Intellectual Property* protégées ne sont pas fondamentalement différentes des américaines. La différence la plus sensible entre les deux systèmes, se situant *a priori* sur des versants opposés de la conception générale des *property rights*, semble se réduire au fait que, dans le système allemand, la protection de tout type de I.P. dépend de l'existence d'une discipline législative spécifique (pour plus de détails, voir le rapport allemand). La protection subsiste dans les limites précisément établies par chaque loi spéciale. S'il manque une source législative, la protection ne peut pas être accordée. Cela ressort clairement et avec une certaine importance pratique pour ce qui est des inventions non brevetables. Dans le rapport suisse, il est rappelé que, conformément à la loi helvétique, les plantes et des variétés animales ou des processus biologiques ne peuvent pas faire l'objet de brevets, même si cette exclusion n'est pas appliquée aux processus microbiologiques, ce qui implique une absence de protection. Les rapports allemand et suisse rappellent, par exemple, les lois récemment approuvées pour protéger les modèles et le design, lois sans lesquelles, une protection aurait été naturellement impossible. Aux Etats-Unis, au contraire, la source d'un droit sur des biens immatériels n'est pas nécessairement la loi. Cela ne provient pas seulement du fait que, dans les systèmes de *common law*, la jurisprudence est une source du droit, mais aussi du fait que

¹⁸ Le système suisse est extrêmement semblable.

la liste des choses en action est une liste *a priori* ouverte. Cet aspect peut être appréhendé à travers l'affaire *right of publicity*. Bien que certains Etats, comme l'Illinois, aient promulgué des *Status* particuliers sur le *right of publicity*, comme il ressort du *Restatement of Law, 3rd, Unfair Competition, sec. 46*, la source de la protection du *right of publicity* est essentiellement jurisprudentielle. Naturellement, la possibilité qu'un droit d'exclusivité sur un bien immatériel puisse être protégé sans qu'une loi n'en établisse spécifiquement la protection, ne signifie pas que cette dernière existe de fait. L'exemple probant à cet effet est donné par le système anglais, très proche du système américain pour ce qui est de la structure des sources du droit et de la structure des *property rights*, mais très réfractaire à protéger le droit à la *privacy* et le droit des individus sur leur propre image. Ce n'est qu'après l'entrée en vigueur de l'Human Rights Act qui introduit au Royaume-Uni la prévision mentionnée dans l'art. 8 de la European Convention on Human Rights, que les cours anglaises ont commencé à protéger le droit des célébrités à l'exclusivité de leur propre image (*Douglas and Others v. Hello! Ltd and others*, cité dans le rapport anglais).

Au contraire, le droit anglais a été très libéral pour protéger amplement le copyright, étant très semblable à cet effet au modèle américain, bien qu'il faille remarquer que cette matière est régie par un Acte extrêmement détaillé.

Surtout à cause de l'énorme intérêt dont la littérature américaine a fait preuve vis-à-vis de l'*Intellectual Property*, il avait semblé que l'accroissement des protections accordées à cette forme de propriété aux biens immatériels était liée à la structure de fond de la *law of property* des systèmes de *common law* en général et du modèle américain en particulier. Les réponses qui avaient été données à un questionnaire envoyé il y a quelque temps indiquent que ce lien n'est pas si important. La protection de la I.P. est, dans une large mesure, le résultat des réformes introduites au niveau législatif et les tendances uniformes que l'on découvre en comparant les différentes solutions législatives semblent être le résultat de l'évolution technologique qui a eu lieu au cours des vingt dernières années plutôt que la conséquence des structures de fond des modèles de propriété traditionnels. A l'exception de cas marginaux, de tels modèles ont plus d'importance dans les hypothèses de biens traditionnels, que les nouveaux biens créés par la troisième révolution industrielle.