

ACADEMIE D'AIX-MARSEILLE
Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse
Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Economiques

THESE

présentée pour obtenir le grade de
Docteur en Droit
de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Spécialité : Droit privé et Sciences criminelles (01)

LA SPECIALISATION DU DROIT
DES BIENS

Par

Karine DEMONTE

soutenue le 25 janvier 2011 devant un jury composé de

BRUGUIÈRE Jean-Michel Professeur Université Grenoble II
ALBIGES Christophe Professeur Université Montpellier I
HUGON Christine Professeur Université Montpellier I
VINCENSINI François-Xavier Maître de conférences Université
Avignon et des Pays de Vaucluse

Directeur de Thèse
Rapporteur
Rapporteur
Examineur

Ecole doctorale n° 67 Sciences Juridiques et Politiques
Laboratoire « Biens, Normes, Contrats » (E.A. 3788)

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

Que ces lignes soient l'occasion d'exprimer toute ma gratitude envers Monsieur le Professeur Jean-Michel BRUGUIÈRE qui a dirigé ma thèse, pour ses conseils précieux et son attention.

Mes remerciements à tous ceux qui m'ont lue.

*A ma mère,
GALLON Monique et à son soutien sans faille,
sans qui ce travail n'existerait pas.*

*A mes grands-parents,
PHILIP Jeannine et
GALLON Marcel, in memoriam.*

PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>AJ</i>	Actualité juridique (Dalloz)
<i>AJDA</i>	Actualité juridique du droit administratif
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (Chambre civile)
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (Chambre criminelle)
<i>Cah. Dr. ent.</i>	Cahier Droit de l'entreprise
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. for.	Code forestier
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. pén.	Code pénal
C. rur.	Code rural
C. urb.	Code de l'urbanisme
C. vin	Code du vin
Cass. 1 ^{ère} Civ.	Première chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. 2 ^{ème} Civ.	Deuxième chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. 3 ^{ème} Civ.	Troisième chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de Cassation
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de Cassation
Ch. réunies	Chambre réunies de la Cour de Cassation
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Coll. ou coll.	collection
<i>Comm. com. électr.</i>	Communication, Commerce électronique (Juris-Classeur)
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
<i>Contrats, conc., consom.</i>	Contrats, concurrence, consommation
CPI	Code de la propriété intellectuelle
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. Aff.</i>	Dalloz Affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire général du notariat Defrénois
<i>Dr. et patrimoine</i>	Droit et patrimoine
éd.	édition
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
in	Dans
<i>infra</i>	Ci-dessous
IR	Informations rapides
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur
<i>JCP</i>	Juris-Classeur, édition générale

<i>JCP E</i>	Juris-Classeur, édition entreprise
<i>JCP N</i>	Juris-Classeur, édition notariale
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
<i>Mél.</i>	Mélanges
N°	Numéro
n° et s.	numéros et suivants
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p. et s.	pages et suivantes
préf.	Préface
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	Répertoire Dalloz de droit civil, Encyclopédie Dalloz
<i>RRJ</i>	Revue de Recherche Juridique (Droit prospectif)
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	suivant
S.	Sirey
SA	Société anonyme
spéc.	Spécialement
Somm.	Sommaire commenté (Dalloz)
<i>supra</i>	Ci-dessus
T. ou t.	Tome
T. com.	Tribunal de commerce
TI	Tribunal d'instance
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. Civ.	Tribunal civil
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

Introduction

PREMIERE PARTIE LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS, CAUSE DE BOULEVERSEMENTS DU DROIT COMMUN DES BIENS

Titre I : La réalité du mouvement : la métamorphose de l'objet du droit des biens

Chapitre I : L'émergence de nouvelles valeurs

Chapitre II : L'émergence de nouveaux biens

Titre II : Les difficultés d'insertion dans le Code civil : la quête ardue de modes de protection

Chapitre I : Les difficultés de rattachement à certaines catégories

Chapitre II : La multiplication des régimes spéciaux

Conclusion de la première Partie

SECONDE PARTIE LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS, SOURCE DE REGENERESCENCE DU DROIT COMMUN DES BIENS

Titre I : Le renouveau des concepts : le renouvellement des notions irriguant le Code civil

Chapitre I : L'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle des biens

Chapitre II : L'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle du patrimoine

Titre II : L'affinement des régimes : la renaissance des principes féconds posés par le Code civil

Chapitre I : La propriété transposable aux nouvelles richesses

Chapitre II : Les droits réels transposables aux nouvelles richesses

Conclusion de la seconde Partie

Conclusion générale

INTRODUCTION GENERALE

« Si les lois spéciales apparaissent ainsi comme des dérogations au droit commun, elles constituent l'instrument particulièrement adapté du réformisme juridique. (...) Aussi convient-il d'examiner successivement ces deux visages que les lois spéciales présentent tour à tour aux juristes : dispositions dérogatoires au droit commun mais aussi dispositions créatrices de droit commun. »¹

1. Spécialisation du droit des biens. Au cœur du droit patrimonial, le droit des biens est en pleine métamorphose et en perpétuel renouvellement.

Paradoxalement, cette évolution est une menace pour l'unité du droit des biens : la matière se vide peu à peu, à la faveur d'une réglementation pointilleuse et touffue, au profit de nouvelles disciplines (propriété littéraire et artistique, droit de l'urbanisme, droit de l'environnement...). Ainsi, le droit des biens a évolué à l'écart du Code civil², celui-ci ne se présentant plus comme la source unique du droit des biens. En effet, le Doyen Carbonnier présente le droit civil des biens, dans la même posture que le droit civil des obligations, subissant les assauts de disciplines parallèles. Le droit des biens toujours profondément ancré dans le Code civil est en passe d'être doublé et refoulé par des droits hétérogènes présentés comme des envahisseurs qui s'intéressent aux mêmes objets que lui³. Son domaine se rétrécissant sans cesse face à ces nouveaux droits : le

¹ R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, Recueil Dalloz, 1961, 1, Chronique XVIII, p. 91 et s. , notamment p. 93, n° 6.

² J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, p. 4, n° 2 *in fine*.

³ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, T. 3, 19^{ième} éd. refondue, PUF, *Thémis - droit privé*, 2000, n° 45, p. 80.

droit de l'environnement, le droit rural, le droit de l'urbanisme, le droit de la construction et de l'habitation, le droit de la copropriété...

Pourtant ces nouvelles branches ne sauraient se priver des fondements du droit des biens.

« Constitution civile de la France », le Code civil est resté inchangé s'agissant des articles régissant toujours le droit des biens malgré l'évolution des objets traités. Bien sûr, à l'image de nombreuses autres matières du droit, un droit des biens spéciaux s'est développé et a mis en place des règles nouvelles, souvent plus complexes et plus techniques⁴.

Le droit contemporain des biens tend à se spécialiser et à se compliquer. L'immeuble, archétype des biens subi une diversification de son régime selon sa fonction, son emplacement, sa nature et des statuts particuliers s'élaborent (immeuble urbain, immeuble rural).

L'observation est encore plus frappante lorsqu'il s'agit des meubles corporels⁵ et surtout incorporels. La diversification est particulièrement nette dans les propriétés intellectuelles et dans les produits bancaires et financiers. Georges Ripert s'est moqué de cette évolution qui jamais ne s'achève⁶. Ce dernier ironise sur le domaine soutenant qu'« on apprend à distinguer les huiles blanches, pures, vierges, de friture, de qualité, de choix ; les fromages gras, pâte grasse, crème et double crème, croûte et glace ».

2. Questions suscitées par la spécialisation. Le Professeur Raymond Gassin s'interroge quant à la spécialisation. Cette dernière fait émerger une dichotomie : dérogation / création. Plus précisément, les lois spéciales se présentent-elles comme des dispositions dérogatoires au droit commun ou encore comme des dispositions créatrices de droit commun ?

Le Professeur Jean-Baptiste Seube soutient que « la vitalité du droit des biens hors le Code civil contraste avec la tranquillité du droit des biens dans le Code civil. Restant silencieux sur les nouveaux biens que sont les fonds, les créations intellectuelles ou encore les valeurs mobilières..., le Code civil se désertifie : victime d'une décodification d'autant plus discrète qu'elle ne s'est pas accompagnée d'une abrogation de ses dispositions »⁷.

⁴ S. SCHILLER, *Droit des biens*, 2^{ème} éd., Dalloz cours, 2005, n° 4, p. 3.

⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, T. 3, 19^{ème} éd. refondue, PUF, *Thémis - droit privé*, 2000, n° 225, p. 353, J. CARBONNIER proposait de distinguer, un droit de l'*animal*, un droit de l'*automobile*, un droit de l'*or*, un droit de l'*objet d'art*, un droit des *déchets*. Par exemple, les *biens culturels* sont l'objet d'un statut particulier, ayant pour raison d'être d'en empêcher le pillage. On pourrait concevoir un droit des *produits pétroliers*, ... des *produits agricoles*, ... des *produits alimentaires*, ... des *produits de l'eau*, ... des *produits des forêts* etc...

⁶ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, p. 72 et s.

⁷ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 4, n° 3.

Le Professeur Thierry Revet relève que placés au contact des richesses dites « nouvelles », les mécanismes fondamentaux du droit des biens retrouvent la voie d'une source vitale pour toute institution, celle du bain de jouvence. La connexion s'établit parce que les mécanismes dont s'agit sont, à bien des égards, uniques et irremplaçables : le rapport d'exclusivité, les droits sur les choses d'autrui, la possession, l'indivision, etc. , ont pu avoir des sens, des applications ou des portées variables, ils sont et demeurent à la base du droit des biens⁸.

Pour d'autres, la spécialisation du droit des biens consiste en un réel enrichissement du droit commun des biens. En effet, cette spécialisation est amenée à interroger les principes fondamentaux et transversaux irriguant le droit commun des biens et conduit ainsi le droit commun des biens à évoluer, à s'enrichir, telle est la vision partagée par Carbonnier. L'école de Montpellier défend également cette idée, où plus précisément, la spécialisation du droit des biens enrichit le droit commun des biens.

Madame Virginie Mercier relève que « l'heure de la disparition du droit de propriété n'a pas encore sonné. Le droit des marchés financiers consacre au contraire un enrichissement du droit des biens. Loin de vouloir consacrer un déclin du droit réel principal, le droit des marchés financiers n'a pour ambition que d'adapter le concept de propriété et de l'ajuster à ses besoins. Ce phénomène de limitation des prérogatives du propriétaire de valeurs mobilières est en parfaite harmonie avec l'évolution du droit de propriété et met en lumière son nouveau visage »⁹. « En effet, le droit de propriété subit une incontestable modernisation, dans la mesure où le droit des valeurs mobilières permet d'élargir la finalité du droit réel principal en lui affectant un rôle de sûreté, afin d'innover sur les circuits de financement »¹⁰.

3. Démarche adoptée. La spécialisation du droit des biens suscite au préalable quelques précisions d'ordre terminologique qui paraissent indispensables à la délimitation du sujet. En effet, la spécialisation du droit des biens consiste en un mouvement qu'il y a lieu en un premier temps d'exposer, avant d'envisager pourquoi la spécialisation du droit des biens se réalise et finalement d'étudier comment la spécialisation du droit des biens se manifeste.

⁸ T. REVET, *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire*, Droit et patrimoine, Mars 2004, N° 124, p. 20 et s. , notamment p. 30.

⁹ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 456, n° 1014.

¹⁰ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 456, n° 1015.

Aussi de manière simple et efficace trois questions essentielles rythmeront notre introduction afin de répondre à notre étude : Qu'est-ce que la spécialisation du droit des biens ? Pourquoi y a-t-il spécialisation du droit des biens ? Comment la spécialisation du droit des biens se réalise-t-elle, se manifeste-t-elle ?

Ainsi afin d'y répondre au mieux, notre introduction s'articulera autour de trois axes : la présentation de l'objet de la recherche consistant à poser des définitions **(I)**, son intérêt **(II)**, puis la méthode suivie dans ce travail **(III)**.

I. Objet de la recherche, définitions

4. Terminologie. La spécialisation du droit des biens suppose au préalable de définir la notion de droit des biens **(A)** ainsi que ce que nous devons entendre par spécialisation **(B)**, mouvement affectant en outre aujourd'hui le droit des biens.

A. Le droit des biens

5. Champ d'application. Il aura lieu, tout d'abord, de s'arrêter quelques instants sur la notion de biens **(1)** afin d'en analyser toute son étendue, avant d'appréhender le droit des biens **(2)** en lui-même.

1. La notion de biens

6. Summa divisio : l'être et l'avoir. « Le propos de Portalis donne une juste idée de la représentation, dans le Code Napoléon, de la *summa divisio* des personnes et des choses : ne concevant le destin des choses que comme offertes à la propriété, le Code civil a fait de cette distinction une règle de répartition qui sépare, en réalité, les personnes et les biens. Construit sur la propriété et pour la propriété, le droit des biens compose un ordre patrimonial contigu à l'ordre des personnes, dont les règles présentent, elles, une nature extrapatrimoniale. La découpe, grossièrement, suit donc de cette manière un tracé entre l'être et l'avoir, pris comme deux figures antithétiques qui dominent notre univers juridique »¹¹.

¹¹ G. LOISEAU, *Pour un droit des choses*, Dalloz, 2006, chron. p. 3015, n° 1.

Plus qu'une distinction, elle est une hiérarchie : la personne est la plus grande des richesses, car elle a une valeur infinie. Les richesses du monde sont données à l'homme pour qu'il en soit le maître ; parfois, elles en deviennent la maîtresse¹².

7. Définitions. Le mot « bien » peut être appréhendé de diverses manières. Le premier sens, relevant de l'ordre moral, et utilisant le mot « bien » au singulier, évoque ce qui valorise moralement et socialement la personne humaine : « Elle fait le bien »¹³, s'opposant au mal¹⁴. Au pluriel, en revanche il désigne ce qui valorise matériellement la personne humaine : « Ses biens sont importants ». Ainsi, le sens moral met la personne en relation avec les autres, tandis que le sens matériel fait référence à la personne en tête à tête avec ses possessions. C'est dans ce dernier sens que le droit appréhende les biens en organisant les mécanismes juridiques par lesquels ils sont offerts aux besoins de l'homme. Mais ces besoins ne sont que le reflet des valeurs de la société, ils ne sauraient servir de critère à la notion de biens qu'en étant associée à l'idée d'épanouissement de la personne humaine¹⁵. Ainsi, dans son acception la plus élémentaire, « les biens sont les choses vues par le droit ». Mais le droit ne s'intéresse à la chose qu'en fonction de son utilité pour les personnes juridiques et des pouvoirs que celles-ci peuvent exercer sur elle. Le mot « bien » désigne les « choses » qui servent à l'usage des hommes et permettent à celui-ci de satisfaire ses besoins en les utilisant ou en les échangeant. Ceci permet de mettre en exergue le lien indéfectible existant entre la personne et la chose qu'elle s'approprie. L'appropriation est ainsi le critère permettant d'attribuer à une chose la qualité juridique de « bien »¹⁶. Cependant, toutes les choses ne sont pas susceptibles d'appropriation par exemples la mer, la lumière, l'air car leur usage est commun à tous¹⁷, ainsi la qualification de bien est exclue.

¹² Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, coll. *Droit civil*, 2007, p. 1.

¹³ A.-M. PATAULT, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, Biens*, PUF, Lamy, 2003, p. 130.

¹⁴ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, coll. *Droit civil*, 2007, p. 1.

¹⁵ A.-M. PATAULT, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, Biens*, PUF, Lamy, 2003, p. 130.

¹⁶ J.-L. BERGEL, *Le droit des biens*, 3^{ème} éd. corrigée, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1996, p. 3.

¹⁷ L'article 714 du Code civil énonce « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont leur usage est commun à tous ».

A côté des choses corporelles, susceptibles d'appréhension matérielle, il existe des biens incorporels qui n'ont d'existence que par la force du droit, ce sont les fonds de commerce, les clientèles, les monopoles d'exploitation... Il s'agit alors plus de droits que de choses.

Ces choses ne sont des biens que si elles sont objets de droits exprimant les pouvoirs que les personnes détiennent sur elles. Seuls les droits portant sur les choses leur confèrent leur utilité et leur valeur économique, leur aptitude à des échanges au sens économique, autrement dit, leur prix.

La notion de « bien » est ainsi dominée par celle de droits relatifs aux choses et désigne en réalité surtout les droits qui portent sur les choses, plutôt que les choses elles-mêmes. Ainsi entendu, le concept de « bien » s'applique à des « droits » portant sur des choses comme par exemple à des droits de créance qu'une personne peut avoir à l'encontre d'une autre¹⁸.

8. Biens et droits. Aussi, les biens constituent toujours des droits, évaluables en argent ; le bien est donc une chose objet d'un droit¹⁹. Entre le droit et la chose s'établit un lien tout particulier, entendu de manière étroite il n'y a de biens que lorsqu'il existe une chose corporelle sur laquelle porte un droit, qui est alors un droit réel, c'est ainsi que le reçoit le Code civil.

La relation la plus simple c'est la propriété. D'autres relations plus complexes existent. Prenons l'hypothèse où une personne est propriétaire d'un fonds de terre ; cette personne peut donner à son voisin le droit de passer créant par là une servitude, cette personne peut vouloir donner son domaine à son fils en se réservant la jouissance sa vie durant il y aura ainsi constitution d'une réserve d'usufruit, cette personne peut vouloir donner ce domaine à son fils afin qu'ils soient tous deux copropriétaires il y a alors indivision, cette personne peut vouloir constituer une société avec son fils qui aura la propriété du domaine il y a alors constitution d'une société civile immobilière (SCI), cette personne peut encore souhaiter conserver le terrain tout en cédant le droit de construire à un tiers après un certain temps la personne pourra grâce au moyen d'un droit de superficie avoir le choix entre demander la destruction des bâtiments ou en devenir propriétaire.

¹⁸ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, n° 1, p. 1, *in fine*.

¹⁹ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, Thèse Paris I, LGDJ, 2007, préface de L. AYNES : le bien serait une chose à la fois appropriée et saisissable par les créanciers.

Ainsi, une superposition de droits peut exister sur la chose, et chacun de ses titulaires peut céder le sien.

9. Vision large des biens. Aujourd'hui, le mot « bien » a une signification plus étendue comprenant d'une part, les droits incorporels portant sur une activité, fonds de commerce, clientèle d'une profession libérale, propriété littéraire et artistique, brevet d'invention, marques de fabrique, c'est-à-dire tout ce que l'on appelle aujourd'hui les propriétés incorporelles, et d'autre part, les droits de créance ayant une valeur pécuniaire, il s'agit en effet de biens qui sont des droits personnels bien qu'ils ne soient pas des droits réels.

Par « biens », nous entendons tout élément, matériel ou non, suscitant un double souci de réservation et de commercialisation chez son maître du moment qui appelle et obtient la sollicitude de l'organisation sociale. Ainsi, le jour où la société répond, la « valeur » devient « bien ». L'exemple des biens immatériels est parfaitement révélateur de ce processus d'intervention du Droit²⁰.

Tout ceci participe à mettre en exergue toute la complexité que recouvre le concept de bien juridique conduisant le Professeur Christophe Grzegorzczuk à dire qu'établir une définition s'avère être un exercice impossible²¹.

10. Droit des biens, droit des choses. Ce qui est appelé « droit des biens » est appelé dans d'autres codifications « droit des choses ». Ainsi, les biens sont les choses vues par le droit. Les choses peuvent être sources de dommage, en faisant appel à la responsabilité avec l'article 1384 al.1 du Code civil envisageant la responsabilité du fait des choses ou encore l'article 1790 du Code civil envisageant le vice de la matière ; mais aussi sources d'avantages, car elles peuvent dès lors, faire l'objet de droits individuels²².

11. Droit civil des biens. « Le droit des biens » est l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre les personnes et les biens, entre les personnes à l'occasion des biens qui leur

²⁰ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges BRETON-DERRIDA*, Dalloz, 1997, n° 7 et 8, p. 279.

²¹ Ch. GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, in *Les biens et les choses*, Archives de Philosophie du Droit, 1979, T. 24, éd. Sirey, p. 259 et s. à rapprocher de H. BATTIFOL, *Problèmes contemporains de la notion de bien*, in *Les biens et les choses*, Archives de Philosophie du Droit, 1979, T. 24, éd. Sirey, p. 9 et s.

²² J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, T. 3, 19^{ième} éd. refondue, PUF, *Thémis - droit privé*, 2000, n° 45, p. 79.

appartiennent ou dont elles se servent et entre les biens eux-mêmes. On y trouve essentiellement les droits réels principaux, le droit de propriété et ses démembrements : usufruit, usage, habitation, servitudes réelles ou services fonciers, concessions, emphytéose, bien qu'elle soit, par nature, un droit personnel²³. Ces derniers confèrent à leur titulaire un pouvoir direct et immédiat sur la chose, sans entremise d'une autre personne. A ces derniers doivent s'ajouter les droits réels accessoires, accessoires à un droit de créance, ils constituent une sûreté pour le créancier par exemple l'hypothèque ou encore le gage.

On y englobe aussi certains droits personnels, autrement dit des droits qu'ont des personnes, les créanciers, d'exiger une prestation d'autres personnes, leurs débiteurs, lorsque ces droits sont relatifs à la jouissance d'un bien (location de biens par exemple)²⁴.

Enfin, il existe entre les biens, principalement les biens immobiliers, des rapports juridiques commandés par leur proximité ou leur complémentarité, comme les obligations de voisinage, les servitudes ou la mitoyenneté.

En bref, le droit des biens met les choses, quelles qu'elles soient, au service des personnes, avec les techniques les plus diverses pour en répartir les utilités²⁵.

12. Vision matérialiste du droit des biens dans le Code civil. Pendant longtemps, seules les choses corporelles étaient incluses dans la catégorie juridique des biens. Ainsi l'appropriation des valeurs mobilières par exemple, était impensable.

Le droit de propriété est certainement le mode de réservation le plus empreint de corporalité, dans la mesure où c'est la maîtrise physique de la chose qui permet d'imposer ce droit aux tiers.

La vision matérielle que l'on avait de la possession imposait un contrôle physique sur la chose.

Le Code civil de 1804 était tout entier tourné vers une société agricole où la terre et l'immeuble étaient les principales sources de richesses. Les meubles corporels quant à eux n'étaient pas considérés comme concentrant la richesse - *Res mobilis, res vilis* - et avaient tendance à être négligés. Or de nos jours la tendance s'est inversée, le meuble est désormais pris en considération de plus en plus, et la place accordée à l'immeuble n'a cessé de décliner. La dématérialisation des biens, phénomène constant des sociétés contemporaines, renvoie à une

²³ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, T. 2, 8^{ième} éd., Monchrestien, 1994, n° 1, p. 1.

²⁴ J.-L. BERGEL, *Le droit des biens*, 3^{ième} éd. corrigée, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1996, p. 5.

²⁵ Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 9^{ième} éd., Litec, 2007, n° 1, p. 1, *in fine*.

acception des nouveaux biens, limitée à des biens immatériels, fort éloignée de la conception classique française du Code civil, centrée sur des biens corporels, meubles et surtout immeubles. La matérialité des biens est effacée, tandis que la valeur économique est consacrée.

2. Le droit des biens

13. Théorie générale des biens : tronc commun. La théorie générale des biens réside en une approche fondamentale dans la connaissance des principes et mécanismes de base qui constituent le statut des biens. Elle peut être menée selon deux approches différentes, qui se complètent. L'une, objective, envisage les biens en eux-mêmes, abstraction faite de ceux qui les possèdent, et se borne à observer les rapports qu'ils ont entre eux. L'autre, subjective, appréhende les biens dans leurs rapports avec les personnes.

« L'esprit moderne va dans le sens de l'approche subjective, parce qu'il place le sujet de droit au fondement de l'activité juridique, un bien n'existant qu'à partir de l'établissement d'un rapport de propriété d'un sujet envers une chose. Il laisse une place au régime propre à chaque catégorie de biens, ce qui fait que le statut des biens est aujourd'hui, à la fois subjectif et objectif »²⁶.

14. Théorie générale des biens : approche objective. Les biens dans leurs rapports entre eux. Le droit des biens est un des domaines du droit commun qui a subi le plus l'esprit subjectiviste de la pensée moderne. Ses thèmes principaux reposent sur des rapports juridiques présentés comme des prérogatives du sujet, la propriété et les droits réels. Cependant, en dépit de cette influence majeure, il a conservé la dimension fondamentalement objectiviste qui le caractérise dans la tradition. Une partie notable de son domaine et de ses techniques consiste à appréhender les biens en eux-mêmes, abstraction faite des pouvoirs que les personnes détiennent sur eux. De la même manière que les choses sont, dans la philosophie antique, la source même du droit, la loi positive s'en rapporte à leur nature ou à leur situation pour déterminer leur régime. Pour mieux les caractériser, elle met en perspective les différentes catégories de biens grâce à des classifications et déduit les règles qui leur sont applicables des qualifications faites à partir de ces classifications. La distinction des biens est la principale manifestation de l'objectivisme foncier du droit des biens. Il en existe une autre, qui consiste pareillement à

²⁶ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, coll. *Droit fondamental*, 2008, p. 23, 24, n° 5.

dégager la règle de droit de l'observation des biens, mais non pas en les comparant pour les caractériser : en faisant cette déduction de relations susceptibles d'exister entre eux²⁷.

Le monde comporte des ressources infinies permettant aux personnes d'y trouver des biens sous les formes les plus diverses. Les personnes elles-mêmes par leur activité créatrice, produisent des choses de nature variée qui deviennent des biens. Les juristes et la loi s'efforcent d'ordonner ces multitudes de biens en catégories, à l'effet de dégager leur spécificité et de les inscrire dans des statuts cohérents. De la sorte, les biens sont classés en catégories auxquelles correspondent un corps de règles qui leur est propre comme l'étaient les personnes à l'époque où leur statut n'était pas encore unifié. Leur régime est étudié abstraction faite de toute relation qu'ils sont susceptibles d'entretenir avec les personnes.

La loi recense de manière plus ou moins explicite les grandes catégories de biens. Elle affirme la distinction des biens privés et des biens publics, celle des biens corporels et des biens incorporels, et celle des meubles et des immeubles. Ces binômes doivent être complétés par des distinctions préjudicielles encore plus fondamentales, celle des choses appropriées et des choses qui ne le sont pas, distinction qui conditionne la qualification de bien, et celle des choses dans le commerce et des choses hors commerce, opposition qui permet d'isoler les biens qui sont en marge de la vie juridique. Enfin, il existe quelques distinctions secondaires, qui ont en commun d'être fondées sur l'existence des biens²⁸.

Il y a une autre manière de trouver le droit dans les biens que celle qui consiste à mettre en relief leur nature. Cette manière est utilisable quand des biens apparaissent objectivement liés entre eux, quelque soit le rôle joué par la volonté dans cette situation. Elle consiste à déduire le régime de ces biens non pas tant des droits que les personnes ont sur eux que de la relation qu'ils ont avec d'autres biens. Les biens peuvent être unis par une multitude de liens que l'on peut synthétiser en deux catégories : ils peuvent se combiner ou se remplacer²⁹.

15. Théorie générale des biens : approche subjective. Les biens dans leurs rapports avec les personnes. Les biens sont envisagés par la loi civile surtout comme des objets de droit. La raison technique de cette approche subjectiviste est que les droits sont la principale traduction juridique des rapports que les personnes sont susceptibles d'avoir à propos des biens.

²⁷ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, coll. *Droit fondamental*, 2008, p. 45, n° 11.

²⁸ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, coll. *Droit fondamental*, 2008, p. 47, n° 12.

²⁹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, coll. *Droit fondamental*, 2008, p. 175, n° 110.

Plusieurs types de prérogatives peuvent avoir un bien pour objet. La propriété est la prérogative de principe à laquelle les biens sont nécessairement soumis, puisqu'elle entre dans leur définition.

Elle s'oppose aux droits réels, entendus dans l'acception stricte des droits sur la chose d'autrui ; ces droits constituent un mode exceptionnel d'appréhension des choses appropriées.

La propriété revêt une configuration particulière lorsque, exercée de manière concurrente par plusieurs personnes, elle crée une indivision.

A ces rapports de droit que les personnes entretiennent avec les biens, s'oppose la possession, qui n'est qu'un pouvoir de fait. Mais, par les effets juridiques qu'elle produit, la possession constitue aussi une forme de prérogative juridique³⁰.

La propriété est une notion cardinale du droit, en quelque sorte elle représente une notion clef en la matière, dont le caractère se vérifie dans tous les aspects de son régime, qui mettent en évidence son universalisme, qu'il s'agisse de son acquisition, des prérogatives qu'elle confère, de sa preuve ou de son extinction. Aussi, une telle richesse explique que l'on puisse lui attribuer un but déterminé³¹.

Les droits autres que la propriété sont des biens, comme des choses appropriées, telle est la spécificité des droits réels. Mais ils n'intéressent pas le droit des biens sous ce seul rapport. Un droit est parfois une relation entre une personne et un bien ; constituant alors un droit réel.

Les droits réels forment un rapport aux choses différent de la propriété. Comme elle, ils peuvent se définir comme une prérogative qu'a une personne sur un bien. Mais, les droits réels s'en distinguent radicalement parce qu'ils portent sur la chose d'autrui³².

L'indivision ou copropriété est la situation de plusieurs personnes ayant la propriété d'un même bien. Elle désigne une pluralité de droits de propriété s'exerçant sur un même objet. Chaque indivisaire établit un rapport d'exclusivité à l'égard d'une chose ou d'un ensemble de choses regroupées sous la forme d'une masse. L'indivision n'est pas la multiplication des titulaires d'un même et unique rapport de droit, elle est un concours de droits multiples et distincts, ce qui explique qu'on la nomme copropriété, notion qui exprime bien l'idée d'être propriétaires ensemble, chacun ayant son propre droit³³.

³⁰ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, coll. *Droit fondamental*, 2008, p. 255, n° 161.

³¹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, coll. *Droit fondamental*, 2008, p. 257, n° 162.

³² F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, coll. *Droit fondamental*, 2008, p. 451, n° 289.

³³ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *op. cit.* , p. 513, n° 347.

Aux termes de l'article 2228 du Code civil, la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un tiers qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. De cette définition il résulte que la possession n'est pas une prérogative juridique mais un pouvoir de fait sur un bien. Le possesseur, abstraction faite de son titre, est celui qui détient la chose, que ce soit directement ou par l'intermédiaire d'un tiers. Il ressort également de l'article 2228 du Code civil que tous les biens sont *a priori* susceptibles de possession, qu'ils soient incorporels ou corporels³⁴.

16. Présentation de la théorie générale des biens. Le premier réflexe semble naturellement de se tourner vers le Code civil afin de déterminer précisément ce que l'on doit entendre par « droit des biens ». C'est le Livre II du Code civil qui nous éclaire sur cette notion puisqu'il s'intitule « Des biens et des différentes modifications de la propriété ». L'article 516 du Code civil, disposition initiale énoncée prévoit que « Tous les biens sont meubles ou immeubles ». Ceci constitue la distinction fondamentale opérée par le Code civil et consiste comme le clivage majeur du droit des biens. Le critère retenu par le Code civil afin de distinguer les meubles des immeubles est physique. Ainsi les meubles sont les biens qui sont susceptibles d'un déplacement d'un lieu à un autre, tandis que les immeubles se caractérisent par leur fixité. L'article 517 du Code civil énumère trois catégories d'immeubles : les immeubles par nature (sol, constructions, végétaux etc.), les immeubles par destination sont des choses mobilières considérées fictivement comme des immeubles en raison du lien qui les unit à un immeuble par nature dont il constitue l'accessoire, les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, énumérés par l'article 526 du Code civil, sont les droits qui ont pour objet un immeuble.

L'article 527 du Code civil énonce que « Les biens sont meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi ». Les biens meubles par nature sont les choses mobiles, soit qu'ils puissent se déplacer par eux-mêmes comme les animaux, soit que l'on puisse les déplacer par le biais d'une force étrangère comme les choses inanimées, une chaise, un vase etc. Les biens meubles par détermination de la loi sont énumérés par l'article 529 du Code civil. Il s'agit des actions ou obligations des sociétés qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans des compagnies de finances ainsi que les rentes, encore que des immeubles puissent appartenir à des entreprises. Afin que cette présentation soit

³⁴ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *op. cit.* , p. 647, n° 441.

complète il faut y ajouter les meubles par anticipation. Il s'agit d'immeubles par nature que la jurisprudence considère comme des meubles en raison de leur destination future (une récolte vendue sur pied est un immeuble au jour de la vente, mais elle est considérée comme un meuble sans qu'il soit nécessaire d'attendre qu'elle soit détachée du sol).

Cependant, une autre distinction réside au sein même de la catégorie des biens meubles. Considérant un critère physique qui remonte au droit romain, les richesses peuvent être classées en deux catégories. D'une part, les biens corporels, tangibles autrement dit palpables par le toucher. Ces derniers ont un *corpus* et sont susceptibles d'une appréhension matérielle. D'autre part, ceux qui n'ont aucune matière, les biens incorporels, dont le droit reconnaît l'existence par une opération intellectuelle et abstraite. Certains constituent un droit contre un tiers, c'est-à-dire un droit de créance ou un droit d'associé, qui confèrent le droit d'obtenir une prestation d'une personne et dont le régime juridique relève de la théorie générale des obligations et du droit des sociétés. Les autres forment la catégorie des « propriétés » incorporelles ou droits intellectuels et portent sur des choses très diverses comme les brevets, marques, fonds de commerce, etc. Ainsi, seuls les biens meubles corporels relèvent du droit des biens, entendu au sens stricte, dans la mesure où les biens meubles incorporels sont des droits relevant de régimes juridiques particuliers.

17. Droits portant sur les biens. Le terme « bien » englobe également les « droits ». Le droit des biens *stricto sensu* s'attache exclusivement à l'étude des biens considérés en eux-mêmes. Ce qui caractérise la nature d'un droit est la nature physique de son objet et c'est la raison pour laquelle seuls les droits réels, qui s'exercent exclusivement à l'égard d'une chose, dépendent du droit des biens. Les droits réels doivent être divisés en deux catégories : les droits réels principaux et les droits réels accessoires. Les droits réels principaux sont des droits réels qui existent indépendamment de tout droit de créance au profit de leur titulaire. On observe que le droit de propriété constitue le droit le plus complet que l'homme puisse exercer sur une chose. Il comprend l'usage de la chose (l'*usus*), le droit d'en tirer profit c'est-à-dire tous fruits et produits (le *fructus*), le droit d'en disposer, soit matériellement en la consommant, en la transformant ou en la détruisant, soit juridiquement en cédant le droit que l'on a sur elle (vente ou donation) ou en la grevant de droits réels (servitude, hypothèque) (l'*abusus*). Le droit de propriété constitue l'institution principale du droit des biens. Parmi les droits réels principaux, on range également

les démembrements de la propriété ou droits réels sur une chose qui est la propriété d'autrui. Ces droits réels encore appelés « démembrement de la propriété » confèrent à leur titulaire une partie seulement des prérogatives attachées au droit de propriété. Ainsi en est-il de l'usufruit ou droit d'user et de jouir d'une chose dont un autre, appelé nu-propriétaire, a la propriété ou encore de la copropriété ou de l'indivision.

Les droits réels accessoires portent également sur des biens corporels mais ils sont l'accessoire d'un droit de créance, en ce sens qu'ils constituent une garantie de ce droit de créance. Ce sont des sûretés obtenues par un créancier, par voie légale, judiciaire ou conventionnelle, afin de se garantir contre le risque d'insolvabilité de son débiteur. Le créancier sera investi sur la chose, dont son débiteur est propriétaire, d'un droit réel lui conférant droit de suite et droit de préférence. En effet, le gagiste est mis en possession pour conserver et non pas pour utiliser la chose. Dans d'autres droits réels, comme l'hypothèque par exemple, l'emprise est seulement juridique et le créancier hypothécaire n'est investi d'aucune possession sur le bien hypothéqué. Ces droits réels font bien partie des mécanismes classiques du droit des biens, bien que ces derniers fassent l'objet d'une étude particulière.

B. La spécialisation

18. Mouvement de spécialisation. Le phénomène de spécialisation affecte de nombreux domaines tels que le droit des contrats, le droit de la responsabilité, le droit pénal, le droit international privé... Chacun de ces droits présente une partie générale, une sorte de dénominateur commun, autrement dit, un ensemble de principes et mécanismes fondamentaux et transversaux qui irrigue la matière et une partie spéciale qui déroge au droit commun et qui répond à des règles particulières (1). En revanche, s'agissant du droit des biens, il n'y a pas de droit des biens spéciaux tels que l'ont proposé respectivement les Professeurs Carbonnier et Frédéric Zénati. L'appellation de « droit spécial des biens » semble plus juste car ce ne sont pas tant les biens qui sont spéciaux que les dispositions particulières qui les régissent (2).

1. Le phénomène de spécialisation et le droit

19. Spécialisation du droit. Le droit n'est pas une science unitaire. La grande diversité et la complexité des situations qu'il peut être amené à régir l'ont inéluctablement conduit à se spécialiser afin qu'il puisse au mieux remplir sa mission. Ce mouvement de spécialisation du droit³⁵ ne constitue pas une nouveauté mais force est de constater qu'il s'est amplifié au cours du XXI^{ème} siècle avec l'apparition du droit de la consommation, du droit de la concurrence, du droit des nouvelles technologies ou encore du droit de l'environnement.

A l'origine, le droit privé s'identifiait totalement au droit civil, par référence au droit des citoyens, le *jus civile* de l'époque romaine, qui avait vocation à gouverner l'ensemble des relations entre personnes privées sans aucune limitation. Le phénomène de spécialisation du droit au cours des siècles que l'on a pu décrire a conduit à une diversification et à une spécialisation au sein même du droit privé. Le droit privé est ainsi constitué d'une multitude de disciplines (droit des affaires, droit rural, droit social, droit pénal, droit international privé, droit judiciaire privé) dont la principale reste toutefois le droit civil. Il constitue le droit commun par rapport aux règles correspondant à des milieux spéciaux et qui sont constituées en disciplines propres (droit commercial, droit rural...). En effet, il est une sorte de sève nourricière transcendant ces multiples clivages.

20. Spécialisation générale. Ripert³⁶ et Oppetit³⁷ partageaient tous deux la même vision. Pour ces derniers, la spécialisation du droit en général entraîne le recul, la régression, le déclin du droit commun. « C'est d'abord le recul du droit commun, en toutes matières, sous la forme de prolifération de statuts spéciaux et de revendications d'autonomie par telle ou telle discipline, qui opère une régression certaine, par l'insécurité ainsi créée du fait de l'extrême difficulté éprouvée à agencer l'articulation des règles générales et des règles spéciales. La matière contractuelle fournit un exemple tout à fait typique de ce retour en arrière. En effet, le droit civil classique issu du Code Napoléon, en édictant la soumission de tous les contrats aux règles

³⁵ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 10^{ème} éd. , Armand Colin, 2004, n° 39, p. 33.

³⁶ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949.

³⁷ B. OPPETIT, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, in *Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX*, Litec, 1990, p. 317 et s. ; *L'hypothèse du déclin du droit*, in *Crises et droit*, 1^{ère} éd. , PUF, *Droit - Revue française de théorie juridique*, 1986, N° 4, p. 9 et s.

générales de la théorie générale des obligations (Livres III, Titre III, *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*), avait entendu rompre avec le droit romain, qui fut exclusivement un droit des contrats « nommés » ; aujourd'hui, c'est bien en deçà du droit romain classique qu'on se trouve ramené, car non seulement le droit des contrats spéciaux s'est considérablement développé au détriment de la théorie générale, mais c'est même à l'intérieur de chaque type de contrat (la vente, le bail, la société, pour nous en tenir aux principaux) que les différenciations se sont multipliées à l'infini en fonction de la nature du bien ou de la personne du contractant, selon un phénomène d'arborescence qui a été parfaitement mis en lumière. Le droit commun par un étrange paradoxe, ne conserve alors plus qu'une maigre vocation résiduelle »³⁸.

21. Dualisme du droit des contrats : entre théorie générale des obligations et contrats spéciaux. Vendre, louer, représenter... l'arc des contrats se décline en une myriade d'opérations soumises au droit commun des contrats mais obéissant également chacune à des règles juridiques particulières. Le droit des contrats spéciaux prolonge ainsi naturellement le droit des obligations qu'il enrichit, en retour, de certains mécanismes et concepts juridiques. De cette articulation entre règles spéciales et règles générales, le Code civil apporte l'indication dans son article 1107 disposant que « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre (des contrats ou des obligations conventionnelles en général) avant d'ajouter que « les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ». Par-delà le droit commun des contrats, dont la vocation est de saisir toute relation contractuelle, nommée ou innommée, se dessine un droit spécial qui fixe les règles propres à des catégories prédéterminées de contrats : vente, bail, mandat etc.

La plupart de ces règles s'ajoutent à celles du droit commun avec lesquelles elles trouvent à s'appliquer. Ainsi, le vendeur est tenu à la fois de garantir l'acheteur contre les défauts cachés de la chose qu'il lui vend (article 1641 et s. du Code civil) et de ne pas lui dissimuler des informations essentielles à peine de dol (article 1116 du Code civil). A l'inverse, certaines de

³⁸ B. OPPETIT, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, in *Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX*, Litec, 1990, p. 320, 321.

ces règles dérogent au droit commun par le jeu de la maxime *speciala generalibus derogant*. Ainsi, en est-il, par exemple, de l'admission de la rescision pour lésion dans la vente d'immeuble (article 1674 du Code civil) ou de l'éviction de l'erreur de droit dans la transaction (article 2052 du Code civil).

Cette articulation, qui n'est pas sans soulever de redoutables difficultés pratiques, impose un rapprochement permanent entre les deux corps de dispositions, générales et spéciales. De la même façon que le droit commun des contrats ne prend vie qu'à travers des contrats particuliers, le droit des contrats spéciaux s'inspire de mécanismes généraux qu'il précise, adapte, façonne en fonction des spécificités de l'opération à encadrer. En ce sens, l'étude des contrats spéciaux est indissociable d'une bonne maîtrise de la théorie générale des contrats³⁹.

Les contrats dits « spéciaux » n'ont de spécial que le corps de règles qui leur est nommément applicable. Ce ne sont donc pas tant les contrats qui sont « spéciaux » que les dispositions particulières qui les régissent. Partant de ce constat, des auteurs préfèrent à l'expression peut évocatrice de « droit des contrats spéciaux » celle, plus juste, de « droit spécial des contrats », voire de « droit spécialisé des contrats ».

Comment doit-on entendre le qualificatif de « spéciaux » applicable aux contrats ? D'une part, il n'existe aucun contrat « général » à opposer à ces contrats « spéciaux » ; il n'est, en pratique, que des contrats particuliers, donc « spéciaux », ne passant pas un contrat « en général ». Les contrats spéciaux ne sauraient se réduire aux seuls contrats nommés dans la mesure où l'imagination créatrice de la pratique donne régulièrement naissance à de nouvelles figures contractuelles dont le régime juridique sera, au moins partiellement, déterminé par celui des catégories existantes les plus proches. Autrement dit, le droit des contrats spéciaux n'est pas seulement celui des conventions nommées et clairement identifiées ; il est aussi celui des contrats mixtes, complexes, innommés et *sui generis*⁴⁰.

22. Théorie générale des contrats : le droit des obligations. Le Professeur Rémy Cabrillac souligne que le droit des obligations constitue une théorie générale car il est le droit commun, par opposition aux statuts spéciaux. Par exemple, la théorie générale des contrats a vocation à s'appliquer à tout contrat, par opposition aux contrats spéciaux qui réglementent les

³⁹ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, Hyper Cours, 2005, p. 3, n° 1.

⁴⁰ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, Hyper Cours, 2005, p. 3, 4, n° 2.

différents contrats : vente, bail, mandat... Théorie générale, le droit des obligations irrigue ainsi l'ensemble du droit, transcendant même la distinction droit privé, droit public : les contrats administratifs ou la responsabilité administrative s'inspirent largement du droit des obligations. Chacune des branches du droit privé, et en particulier du droit civil emprunte davantage encore aux concepts forgés par le droit des obligations, qu'elle enrichit en retour, faisant du droit des obligations un droit vivant. La théorie de l'enrichissement sans cause, concept de la théorie générale des obligations, s'est appliquée dans les régimes matrimoniaux ou le droit de la famille, applications qui ont elles-mêmes contribué à préciser les contours de la notion. Ainsi, malgré une apparente stabilité due à de nombreux mécanismes hérités du droit romain et à des textes du Code civil presque immuables, le droit des obligations évolue sans cesse, sans doute parce qu'il est au cœur des préoccupations humaines⁴¹.

23. Contrats spéciaux. Les contrats spéciaux ne sauraient se dispenser du droit commun des contrats tant s'agissant de ses règles, celle de sa formation, de son exécution, de sa circulation, de son extinction que s'agissant de l'importance de sa définition. Le contrat n'est pas seulement un mécanisme producteur d'obligations, comme on le croit trop souvent, mais un outil qui présente un effet normateur et donc tout une série d'effets : des obligations, des transferts de propriété, des risques...

Aussi, une étude particulière des contrats spéciaux pourrait paraître superfétatoire si ce n'était, au moins, l'article 1107 du Code civil qui dispose que « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre » et ajoute que « les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ». Le texte apporte précision en distinguant théorie générale du droit des obligations et règles spéciales à certains contrats même s'il se révèle trompeur pour ce qui est des « transactions commerciales » puisque le Code de commerce n'a guère connu, pendant longtemps, que le contrat de commission ou le contrat de transport même si ce vide fut, depuis la codification de 1808 puis la décodification, compensé par des lois nouvelles puis par la recodification de 2000.

⁴¹ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 7^{ième} éd., Dalloz, 2006, p. 4, n° 6.

L'idée même de contrats spéciaux peut surprendre si l'on observe que le principe de liberté contractuelle propose la possibilité de conclure n'importe quel contrat, nommé ou innommé, connu ou inconnu, unique ou répété... On observe pourtant le besoin de classer les contrats qui répond à celui de disposer de règles spéciales selon les contrats. La spécialisation des contrats paraît d'ailleurs avoir toujours existé. L'étude des contrats spéciaux répond alors à la généralité du droit des obligations. Le droit des contrats pourrait ainsi se concevoir comme formé d'un droit des contrats en général, qui relève de la théorie générale des obligations, et un droit spécial des contrats, tout comme droit pénal général et spécial forment une unité⁴².

24. Spécialisation du droit de la responsabilité. Un mouvement identique de spécialisation affecte le droit de la responsabilité, en effet, la spécialisation dans ce domaine est tout aussi poignante. Il existe une kyrielle de régimes spéciaux en matière de responsabilité : responsabilité civile délictuelle, responsabilité civile contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité administrative, responsabilité du fait des choses, responsabilité en cas de communication d'incendie, responsabilité du fait des animaux, responsabilité du fait de la ruine d'un bâtiment, responsabilité du fait des produits défectueux, l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, responsabilité des enseignants, responsabilité des parents et des artisans, responsabilité des maîtres et des commettants, responsabilité médicale, responsabilité des agences de voyages, responsabilité des opérateurs du commerce électronique⁴³...

La spécialisation répond à plusieurs demandes, tout d'abord la volonté de s'adapter à des situations particulières, ensuite la volonté de répondre au progrès technique avec des choses qui sont de plus en plus techniques et complexes, de plus la volonté d'indemnisation des victimes et finalement la volonté de répondre à une certaine professionnalisation, chaque professionnel aspirant à un droit particulier.

25. Dualisme du droit pénal : entre droit pénal général et droit pénal spécial. Le droit criminel comporte deux branches en apparence bien distinctes : le droit pénal général et le droit pénal spécial. Le droit pénal général est l'étude des conditions d'existence de toute infraction, il pose des règles générales pour la responsabilité de l'auteur ou pour la

⁴² D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 3^{ième} éd., Dalloz, 2002, p. 1, 2, n° 1.

⁴³ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 7^{ième} éd., Dalloz, *Cours*, 2006, p. 204 et s.

détermination de la peine. Le droit pénal spécial, par contre, s'attache à chaque espèce et précise le régime juridique de chaque infraction prévue par la loi, il indique les modalités de la répression.

Droit pénal général⁴⁴ et droit pénal spécial⁴⁵ sont les deux branches du droit pénal de fond, ce qui explique les liens nécessaires entre ces deux matières. Il est en effet difficile d'aborder l'étude des règles générales de la responsabilité pénale, l'étude abstraite des éléments constitutifs des infractions et des catégories d'infractions sans se référer aux infractions elles-mêmes : parce que le droit pénal général est une tentative de systématisation, de généralisation et de théorisation du droit pénal spécial, il ne peut se passer de ce dernier. Mais il est également difficile d'étudier le droit pénal spécial, à savoir les infractions dans leur particularité, sans maîtriser les notions de droit pénal général telles que tentative, complicité, intention, dol spécial, imprudence, résultat, élément matériel ou moral de l'infraction⁴⁶.

Les deux branches du droit pénal de fond sont donc complémentaires voire indissociables tout en s'opposant sur leurs particularités : au caractère général et abstrait du droit pénal général peut en effet être opposé le caractère concret et casuistique du droit pénal spécial.

26. Dualisme du droit international privé : entre théorie générale du droit international privé et spécialisation du droit international privé. Le droit international privé recouvre l'ensemble des règles applicables aux personnes privées dans les relations internationales.

Autrement dit, le droit international privé est la branche du droit qui étudie le règlement des différends de droits privés présentant au moins un caractère d'extranéité, que les parties soient

⁴⁴ J. LEROY, *Droit pénal général*, 2^{ième} éd. , LGDJ, 2007, p. 51, n° 70. C'est le droit de l'infraction et il réalise la synthèse des règles du droit pénal spécial. A titre de comparaison, le droit pénal général est au droit pénal spécial ce qu'est, en droit civil, le droit des obligations au droit des contrats spéciaux. Alors que le droit pénal spécial décrit, concrètement, des comportements et les peines encourues, le droit pénal général est abstrait. Il énonce des principes fondamentaux, des normes applicables à l'ensemble des comportements constitutifs d'une infraction. Il traite des sources du droit pénal, du principe de la légalité et de ses corollaires, la non-rétroactivité et l'interprétation stricte de la loi pénale, des éléments constitutifs de l'infraction, de son auteur et de sa responsabilité, des peines encourues et de leur régime. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 2^{ième} éd. , PUF, 2007, p. 16, 17, n° 3. Le droit pénal général se situe dans un mouvement de théorisation des différentes qualifications pénales.

⁴⁵ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, 2^{ième} éd. , Dalloz, Précis droit privé, 1999, p. 1, n° 1. Traditionnellement le droit pénal spécial est l'application pratique du droit pénal général et de la procédure pénale. Sans doute, vaudrait-il mieux dire qu'il en est l'illustration car il se présente au moins autant comme une exception à leurs principes généraux que comme une application de ceux-ci. Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, 3^{ième} éd. , Litec, 2007, p. 1, n° 1. En bref, le droit pénal spécial constitue la partie analytique du droit criminel : son objet est l'étude des différentes infractions envisagées isolément.

⁴⁶ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Hyper Cours, 2003, p. 1, n° 2.

de nationalité différentes, résident dans des pays différents, ou soient liées par des engagements pris dans un pays autre que leur pays de résidence.

Le droit international privé présente comme dans tous droits une partie générale et une partie spéciale.

En effet, il existe la théorie générale des conflits de lois⁴⁷ et à côté de celle-ci, le droit spécial des conflits de lois⁴⁸ (les règles de conflit de lois applicables à la matière contractuelle, les règles de conflit de lois applicables à la matière extra-contractuelle, le droit des contrats internationaux).

27. Pourquoi un mouvement de spécialisation ? Justifications de la spécialisation.

Ce mouvement de spécialisation tient à deux raisons.

- Tout d'abord, la spécialisation du droit constitue une réaction à l'abstraction du Code civil qui n'a pas envisagé précisément l'agriculteur, le salarié ou encore le consommateur. Le Code civil a envisagé *in abstracto* le bon père de famille.

La spécialisation du droit des biens a voulu répondre à l'inadaptation du droit commun. En effet, la spécialisation du droit des biens correspond à la volonté de s'adapter à des situations particulières ; volonté de s'adapter au mieux, au plus près des situations, de la manière la plus concrète possible.

A l'image de la spécialisation du droit des contrats, la spécialisation du droit des biens est victime du même dessein. En effet, l'arbre a poussé et s'est enrichi de branches nouvelles⁴⁹.

- Ensuite, la spécialisation du droit des biens semble s'inscrire dans le sillage de la professionnalisation du droit⁵⁰. En effet, cette professionnalisation est facteur de spécialisation.

Chaque professionnel aspire à un droit particulier, à un corps de règles propres à l'ensemble des membres d'une même profession.

La spécialisation du droit des biens souhaite répondre au mouvement de technicisation, en effet, les choses deviennent de plus en plus techniques, complexes et un régime propre de protection

⁴⁷ Un problème se pose celui du choix entre la loi française et les diverses lois étrangères.

⁴⁸ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 9^{ième} éd. , Montchrestien, Domat droit privé, 2007, p. 358, n° 486. En définitive, l'objet essentiel mais non exclusif de cette partie spéciale va consister dans la description des règles de conflit de lois applicables aux diverses catégories de questions de droit. Par exemple, la loi applicable au statut réel est toujours la loi du lieu de situation du bien, dite loi réelle. P. MAYER et V. HEUZE, *op. cit.* , p. 359, 360, n° 487. Six grandes catégories distinguées : statut réel, statut personnel, contrats, faits juridiques, régimes matrimoniaux et successions peuvent être regroupées ainsi en quatre groupes : statut personnel, statut réel, faits et actes juridiques, droit patrimonial de la famille.

⁴⁹ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, 5^{ième} éd. , 2007, p. 6, n° 8.

⁵⁰ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, 5^{ième} éd. , 2007, p. 7, n° 9.

doit exister afin de répondre de la manière la plus juste. La spécialisation du droit des biens est là afin de coller au plus proche de la réalité. La spécialisation du droit des biens a sans doute le mérite de l'adaptation à la diversité des opérations.

En définitive, le mouvement de spécialisation consiste à créer un droit plus précis afin de répondre au plus près à une situation donnée de manière concrète et non pas abstraitement comme le Code civil le fait.

En effet, le mouvement de spécialisation du droit des biens entend répondre à la volonté de protéger telle ou telle personne précise coûte que coûte, à l'image de la spécialisation du droit de la responsabilité qui poursuit comme objectif la volonté de répondre à l'indemnisation des victimes.

Ainsi, la spécialisation du droit des biens entend répondre principalement à l'inadaptation du droit commun par le biais de régimes propres dérogeant au droit commun.

2. La spécialisation et le droit des biens

28. Spécialisation du droit des biens : le droit des biens hors le Code civil. Le droit civil des obligations, n'a cessé de se rétrécir devant l'invasion de disciplines parallèles, tels le droit de la consommation, le droit des affaires ou encore le droit social. Par un raisonnement analogique le droit civil des biens est justiciable du même phénomène. Le droit civil des biens subit l'invasion de nombreux droits hétérogènes tels le droit de l'environnement, le droit rural, le droit de l'urbanisme, le droit de la construction et de l'habitation. En effet, resté à l'écart du mouvement, le Code civil a laissé le droit des biens évoluer en dehors de lui. Le droit des biens s'est développé hors du Code civil, par le biais de régimes spéciaux, contrairement à ce que pense le Professeur Frédéric Zénati où pour lui tout est dans le Code.

Dans un univers parallèle au Code civil vivent d'innombrables textes comme par exemple la loi sur la copropriété du 10 juillet 1965, le Code rural, le Code de l'environnement, le Code de la construction et de l'habitation, le Code de l'urbanisme, le Code de commerce ou encore le Code de propriété intellectuelle⁵¹ ou plus récemment le Code du patrimoine... Dès lors le droit des biens n'a plus pour source unique le Code civil, il a été entamé et complété par des myriades de statuts spéciaux et de textes extérieurs. Le législateur s'est efforcé de protéger davantage la

⁵¹ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, n° 3, p. 4.

propriété mobilière tant par des règles générales qu'en instituant des règles spéciales à certains biens tels les fonds de commerce et les valeurs mobilières. A côté du droit général des biens, il existe désormais de nombreux droits spéciaux⁵².

29. Absence de droit des biens spéciaux. Les biens dits « spéciaux », n'ont de spécial que le corps de règles qui leur est nommément applicable. Ce ne sont donc pas tant les biens qui sont « spéciaux » que les dispositions particulières qui les régissent. Partant de ce constat, et face à l'expression peu évocatrice de « droit des biens spéciaux », on préférera, celle, plus juste, de « droit spécial des biens », voire de « droit spécialisé des biens ».

En effet, le droit des biens se caractérise par l'absence de droit des biens spéciaux bien que certains tels que les Professeurs Carbonnier et Frédéric Zénati l'aient proposé. « Si divers sont les meubles corporels qu'il faudrait souhaiter (...) une sorte de droit mobilier spécial⁵³ : un droit de l'animal, un droit de l'automobile, un droit de l'or, un droit des bijoux, un droit de l'objet d'art, un droit des déchets... ».

Autrement dit, le droit des biens se démarque du droit pénal ou encore du droit des contrats par exemples dans le sens que ces derniers respectivement dans le Code pénal ou encore dans le Code civil englobent à la fois le général et le spécial.

Ainsi, la théorie générale, autrement dit, les principes et mécanismes fondamentaux et transversaux jouxtent le droit spécial dans un unique et même Code.

Or, ici, en matière de droit des biens, le Code civil présente uniquement la théorie générale des biens, en quelque sorte le tronc commun, tandis que le droit spécial des biens se trouve à l'extérieur, hors du Code civil correspondant à une sorte d'arborescence de la matière.

30. Présence d'un droit spécial des biens. Cette spécialisation du droit des biens correspond véritablement à un éclatement, à une fragmentation, à une atomisation du droit des biens.

Ce phénomène de « spécialisation du droit des biens » apparaît et se traduit parfaitement à travers le fourmillement de droits qui existe aujourd'hui à l'extérieur du Code civil.

⁵² J.-L. BERGEL, *Le droit des biens*, 3^{ième} éd. corrigée, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1996, p. 11.

⁵³ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, 19^{ième} éd., refondue, PUF, 2000, Thémis, Tome 3, Droit privé, p. 353, n° 225.

En effet, dès lors une métaphore se dessine celle d'un atome où une multitude d'électrons gravitent autour de leur noyau. Tels sont ces droits hétérogènes (droit de l'environnement, droit rural, droit de l'urbanisme, droit de la construction et de l'habitation, droit de la propriété intellectuelle, droit des biens culturels...) situés à l'extérieur du Code civil, restant à une certaine distance de celui-ci tout en ne s'en éloignant pas trop. Cette sorte de mise à distance « contrôlée » s'explique par le fait que le droit des biens hors du Code civil ne peut se priver des principes féconds posés par l'œuvre bicentenaire.

31. Questions suscitées. Cette spécialisation du droit des biens soulève de nombreux problèmes. Que doit-on entendre par « spécialisation du droit des biens » ? Autrement dit, qu'est-ce que le droit spécial des biens ? Quels sont ces droits spéciaux ? S'agit-il de droits homogènes ou au contraire hétérogènes entre eux ? Quelles sont les causes de la spécialisation du droit des biens ? Quelles sont les conséquences de la spécialisation du droit des biens ?

Plus particulièrement, la spécialisation du droit des biens suscite des questions essentielles. Quelle est l'influence de cette spécialisation du droit des biens sur la théorie générale des biens ? Ainsi, que suscite la confrontation de la spécialisation du droit des biens, développée à l'écart du Code civil, au droit commun des biens, cantonné au seul *corpus* du Code civil ?

Quelle est l'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle des biens et du patrimoine ?

L'articulation du « droit spécial des biens » et du droit commun des biens ne démontrerait-elle pas l'extraordinaire plasticité des principes directeurs du Code civil ?

Le Code civil a-t-il toujours sa place confronté à ces nouveaux droits ? Aussi, incomplet soit-il devenu, le Code civil ne demeurerait-il pas moins le siège du droit commun des biens ? Le Code civil ne resterait-il pas finalement la substantielle moelle du droit des biens ?

Quelle est l'incidence de ce mouvement de spécialisation du droit des biens sur la conception référentielle traditionnelle des biens et sur les traits de leur régime général ?

II. Intérêt de l'étude

32. Plan. L'intérêt d'une recherche sur la spécialisation du droit des biens doit être envisagé de manière large, le contexte environnemental dans lequel évolue le droit des biens doit être étudié, éclairci.

En effet, le droit des biens est en proie à de nombreuses évolutions (**A**) dont notamment la spécialisation ; or cette spécialisation du droit des biens soulève quelques problèmes (**B**).

A. Droit des biens en proie à de nombreuses évolutions

33. Métamorphose du visage du droit des biens. Le bouleversement des structures économiques passant d'une économie agricole à une économie industrielle, puis post-industrielle s'est traduit concrètement par un accroissement du rôle des biens dans la vie des individus. Le développement des richesses et les progrès de la science entraînent l'apparition de nouveaux biens : les atomes, les ondes, les fluides, les micro-organismes...

Aussi, le XXI^{ème} siècle a véritablement joué un rôle de « charnière » quant à la mutation et à la manière d'appréhender et de concevoir les biens.

En effet, le début du XXI^{ème} a été marqué par la substitution progressive des valeurs mobilières aux immeubles dans les patrimoines⁵⁴. En 1930, notamment à ce sujet, le Doyen Voirin soulignait l'évolution de la situation des fortunes tendant alors à faire supplanter les immeubles par les meubles⁵⁵. Tout d'abord, juridiquement la liste des droits réels immobiliers paraissait limitée (Article 543 du Code civil), de plus, politiquement en 1804 la philosophie de l'époque était de lutter contre certaines formes de domination immobilière et finalement économiquement, le développement d'une société industrielle avait entraîné l'apparition de nouveaux biens : valeurs mobilières, assurances sur la vie, fonds de commerce, propriétés intellectuelles... Tout ceci conduisait à une remise en cause de la division antérieure. Le meuble devait désormais être pris en considération car le meuble est un bien qui peut durer et Voirin y voyait là l'explication essentielle d'un glissement consistant à étendre aux meubles, ou tout au moins à certains d'entre eux, une partie de la protection précédemment réservée aux immeubles,

⁵⁴ R. LIBCHABER, *Répertoire Civil Dalloz, Biens*, 2002, n° 1, p. 2.

⁵⁵ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 6^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2002, n° 44, 1°, p. 48 et 49.

ce qui atténuait la distinction fondamentale comme par exemple les valeurs mobilières. Ainsi, la place accordée à l'immeuble n'a cessé de décliner interpellant les esprits et montrant la nécessité d'une remise en question de la division des biens.

Les juristes du milieu du XX^{ème} siècle ont été quant à eux choqués par la multiplication des richesses nouvelles liées au commerce et notamment au marché, issues de la « transformation du travail en propriété »⁵⁶.

La fin du XX^{ème} siècle a quant à lui été marqué par la multiplication des propriétés incorporelles⁵⁷, sans oublier également l'émergence des éléments et produits du corps humain ou du vivant qui ouvre une brèche car en effet, la perspective de pouvoir les traiter comme des biens dissuade nombre d'auteurs de les qualifier tout bonnement de choses⁵⁸ et jetant par là le trouble dans la distinction canonique entre les personnes et les biens, l'être et l'avoir.

34. Plan. L'environnement dans lequel le droit des biens évolue est en pleine mutation, en effet de nombreuses évolutions s'opèrent : fondamentalisation (1), mobilisation (2) et spécialisation (3).

1. Fondamentalisation

35. Caractère fondamental du droit de propriété : protection du droit de propriété par le Conseil constitutionnel. Déjà, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comportait deux articles célèbres. L'article 2 dispose : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Et il est écrit, à l'article 17, que « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Ces principes figurent parmi ceux auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 se réfère dans son préambule. Il y est affirmé, en ce sens, que « le peuple français

⁵⁶ R. LIBCHABER, *Répertoire Civil Dalloz, Biens*, 2002, n° 1, p. 2.

⁵⁷ P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1966, p. 185. ; M. GRIMALDI, *Le patrimoine au XX^{ème} siècle*, Les Petites Affiches, 21 juillet 2000, p. 4 et s.

⁵⁸ G. LOISEAU, *Pour un droit des choses*, Dalloz. 2006, chronique p. 3015 et s. notamment n° 1, 2 et 9. Selon celui-ci, entre la personne et le bien, pourrait s'intercaler un droit des choses non appropriées. Ce n'est peut-être qu'une illusion ? ; Y. STRICKLER, *Droit des biens : évitons la dispersion*, Dalloz, 2007, p. 1149.

proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ». Appelé à se prononcer sur la conformité à la Constitution de 1958 des nationalisations votées en 1981 par le Parlement, le Conseil constitutionnel a expressément rappelé « le caractère fondamental du droit de propriété »⁵⁹.

Le caractère constitutionnel du droit de propriété déjà évoqué dans la décision du 5 janvier 1982 est définitivement affirmé dans la décision du 16 janvier 1982 : « ... les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit »⁶⁰. Cette décision rendue consacre la valeur constitutionnelle du droit de propriété.

36. Compatibilité avec certaines limitations du droit de propriété. Le Conseil constitutionnel a rendu une décision le 29 juillet 1998 relative à la loi Aubry contre les exclusions. S'agissant de la réquisition des logements vacants, les logements vacants appartenant à des personnes morales situés dans des communes où l'offre est insuffisante peuvent être réquisitionnés. La loi attribue pendant un certain temps ces logements à une société d'économie mixte qui va à son tour les relouer. Certains soulèvent l'atteinte au droit de propriété soutenant qu'il n'y a plus de libre disposition du patrimoine et qu'il s'opère un quasi transfert de propriété, correspondant à une limitation d'usage intervenant au profit du droit au logement. Le Conseil constitutionnel ne retient pas l'atteinte au droit de propriété car ceci est justifié par le droit au logement. S'agissant de la saisie, en matière d'enchère publique, le créancier poursuivant pouvant se faire attribuer le bien de son débiteur au prix qu'il avait demandé dès lors qu'il n'y avait pas d'enchérisseur. La loi Aubry est contestée, le débiteur peut contester la mise à prix. Le risque est que le créancier demande peu d'argent et que le bien soit bradé. Le

⁵⁹ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 6^{ème} éd. , Précis Dalloz, 2002, p. 92 et s. , n° 86.

⁶⁰ L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 10^{ème} éd. , Dalloz, 1999, p. 486, n° 33. Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

Conseil constitutionnel retient l'atteinte à la libre disposition du patrimoine correspondant à une vente forcée à prix imposé. Le Conseil constitutionnel censure ce mécanisme le 29 juillet 1998⁶¹.

37. Protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme⁶². A cette assise constitutionnelle du droit de propriété privée, il faut ajouter une assise internationale⁶³. Le droit à la propriété figure dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, de 1948 (article 17-1). Plus précisément, il résulte de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international » (Article 1^{er}, al. 1^{er}). La Cour européenne des droits de l'homme a précisé, dans l'arrêt *Marckx*, qu'« en reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1^{er} du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit en substance le droit de propriété »⁶⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme le 29 avril 1999 censure la loi Verdeille sur le terrain du droit au respect des biens. « Condamnation de la loi du 10 juillet 1964 dite « loi Verdeille » qui prévoyait l'obligation pour les petits propriétaires d'adhérer aux associations communales de chasse agréées et par là même de laisser les chasseurs pénétrer sur leurs terrains »⁶⁵.

Le droit des biens se soumet au respect des valeurs fondamentales.

38. Vers un droit fondamental des biens ? Recours croissant aux droits fondamentaux par la Cour de Cassation. Les Professeurs Jean-Baptiste Seube et Thierry Revet relèvent tous deux « Un souffle de fondamentalisation du droit des biens »⁶⁶. Ces derniers

⁶¹ Conseil constitutionnel 29 juillet 1998 : « S'il est loisible au législateur d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires afin de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité, pour toute personne, de disposer d'un logement décent, c'est à la condition que ces limitations n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit de propriété en soient dénaturés. En conséquence sont déclarés contraires à la Constitution - ... l'obligation faite à un créancier poursuivant d'acquérir un immeuble à un prix qu'il n'aurait pas lui-même fixé ».

⁶² F. SUDRE, *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Recueil Dalloz Sirey, 1988, 11^{ème} cahier, Chronique, XII, p. 71 et s.

⁶³ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2002, p. 93, n° 86.

⁶⁴ CEDH 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, Série A, n° 31. Principe du respect de la propriété.

⁶⁵ CEDH 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c/ France*. Atteintes aux biens résultant de réglementations ou de pratiques touchant à l'usage des biens.

⁶⁶ J.-B SEUBE et T. REVET, *Un souffle de fondamentalisation du droit des biens : Juin - décembre 2006*, Droit et Patrimoine, juillet - août 2007, N° 161, p. 82 et s.

soulignent que « comme d'autres branches du droit civil, le droit des biens n'échappe pas à l'emprise croissante des droits fondamentaux. Le dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, grâce aux notions autonomes, lui permet de retenir de certains termes une acception différente de celle communément admise dans les droits internes. C'est là un phénomène nécessaire à l'émergence d'un véritable droit européen des droits de l'homme auquel la notion de « bien » n'échappe évidemment pas. On aurait cependant tort de penser que le vent de « fondamentalisation » du droit des biens ne souffle qu'à Strasbourg. La Cour de Cassation recourt de plus en plus fréquemment aux droits fondamentaux pour trancher les litiges qui lui sont soumis. Que ce soit l'individualisme excessif qu'elle véhicule ou les raisonnements nouveaux qu'elle emprunte, l'émergence des droits fondamentaux dans le droit des biens semble inévitable. Trois décisions en attestent »⁶⁷.

Le premier arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de Cassation en date du 28 novembre 2006 relève le renforcement de la dimension constitutionnelle du droit de propriété. En l'espèce, une municipalité avait bloqué l'accès d'un terrain appartenant au département du Val-de-Marne, pour empêcher l'installation de nomades. Elle se trouve sanctionnée aux motifs que « le libre accès à sa propriété constitue un accessoire du droit de propriété, droit fondamental à valeur constitutionnelle ». Cet arrêt a pour apport essentiel de réitérer que le droit de propriété est un droit fondamental à valeur constitutionnelle.

Le second arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de Cassation en date du 8 juin 2006 traite de la clause d'un règlement de copropriété qui est appréciée à l'aune de la liberté religieuse posée par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. En l'espèce, des copropriétaires s'étaient conformés aux prescriptions de leur religion et avaient érigé sur le balcon de leur appartement une hutte de branchages rappelant l'errance des Hébreux dans le désert. Y voyant une violation du règlement de copropriété, les autres copropriétaires sollicitèrent la destruction de la « construction » illicite. Ils obtinrent gain de cause devant la Cour d'appel qui, d'après la Cour de Cassation, avait « retenu à bon droit que la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne saurait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété »⁶⁸.

⁶⁷ J.-B SEUBE et T. REVET, *Un souffle de fondamentalisation du droit des biens*, op. cit. , p. 82 et s.

⁶⁸ Cette solution peut être critiquée sur deux points. En faisant primer, sans nuance, le règlement de copropriété sur la liberté religieuse, la Cour de Cassation encourt en effet deux critiques. Celle d'abord de l'incohérence puisque, en matière de bail, elle pourchasse des clauses ayant pour effet de contrarier la vie privée et familiale du preneur en lui interdisant d'héberger ses proches. En effet, dans l'arrêt Mel Yedei du 6 mars 1996 la troisième chambre civile

Le troisième arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de Cassation en date du 20 décembre 2006 relate des faits où les droits fondamentaux viennent bousculer l'organisation d'un ensemble immobilier. Les ensembles immobiliers qui, outre des terrains, des aménagements ou des services communs, comportent des parcelles faisant l'objet de droits privatifs peuvent être soumis à la loi du 10 juillet 1965 ou une « organisation différente ». Comme dans de nombreuses résidences services, les intéressés avaient opté pour l'association de la loi du 1^{er} juillet 1901 : l'accès aux différents services était ainsi conditionné à l'adhésion à l'association. L'un des propriétaires avait cessé de payer ses cotisations et estimait, pour s'opposer à la demande en paiement, qu'on ne pouvait le contraindre à demeurer membre de l'association. Il obtint gain de cause aux motifs que « hormis les cas où la loi en décide autrement, nul n'est tenu d'adhérer à une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 ou, y ayant adhéré, d'en demeurer membre ».

Ces trois arrêts montrent que l'influence des droits fondamentaux sur le droit des biens est réelle. On peut penser qu'elle ira en s'amplifiant.

2. Mobilisation

39. Le déclin du bien immobilier en faveur de l'envol du bien mobilier. Le droit des biens oppose un violent contraste aux autres matières du droit civil qui les unes après les autres ont été renouvelées par le législateur. La sclérose du droit des biens passant par le déclin de l'immeuble est un phénomène qui s'est expliqué par la transformation interne dans la composition des patrimoines. A l'évidence, le Code de 1804 et notamment la matière a été conçue pour une civilisation agraire, tout entière tournée vers la vie des campagnes et la culture des champs : son empreinte s'apprécie dans toutes les dispositions inchangées du droit des biens. Cette civilisation agraire été déjà presque dépassée en 1804, c'est ainsi que l'organisation des biens n'a pu survivre au régime des grandes fortunes bourgeoises qui lui a succédé, construit sur l'industrie alors en plein développement. Par là avec la fin de la prééminence de l'immeuble,

de la Cour de cassation décide que les « clauses d'un bail d'habitation ne peuvent, en vertu de l'article 8-1 de la Conv. EDH (droit au respect de la vie privée et familiale), avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches ». La vie privée et familiale (Conv. EDH, art. 8) et la liberté religieuse (Conv. EDH, art. 9) devraient pourtant s'imposer également aux dispositions contractuelles. La seconde critique tient au refus de faire jouer ici le principe de proportionnalité entre la violation contractuelle alléguée et l'atteinte au droit fondamental invoqué.

le droit français des biens a perdu son pilier porteur. En effet, le droit des biens contenu dans le Code civil s'est peu à peu essoufflé car tout d'abord, le prodigieux développement de la matière mobilière s'est réalisé pour l'essentiel à l'écart du droit des biens, cet incontestable dynamisme s'est réalisé au détriment de l'immeuble et au profit du meuble ; ensuite ont été prises en compte juridiquement certaines choses dénuées de *corpus* la « propriété littéraire et artistique » ainsi que plus tard la « propriété industrielle » réunies en juillet 1992 dans un Code de la propriété intellectuelle, ne revitalisant pas la matière car s'étant développées à l'écart de celle-ci ; les propriétés incorporelles offraient un axe original à une possible relance du droit des biens, et finalement cet essoufflement fut marqué par un certain nombre d'innovations apparues du côté du droit commercial avec les fonds et clientèles⁶⁹. Le Professeur Rémy Libchaber souligne que la recodification du droit des biens ne pourra être entreprise qu'à la condition de ne pas s'épuiser dans la description spécifique d'objets ou de régimes juridiques disparates, pour s'efforcer de repérer les grandes régularités que la confrontation ne manquera pas de faire apparaître⁷⁰.

40. Passage de l'adage « *Res mobilis, res vilis* » à l'adage « *Res immobilis, res vilis* ».

L'adage « *Res mobilis, res vilis* » consistait à présenter l'immeuble comme un bien précieux permanent et productif de revenus tandis que le meuble avait une valeur moindre et était périssable⁷¹, cet adage a vécu sous l'Ancien droit et jusqu'au XIX^e siècle inclus. Cependant, cet adage n'a plus lieu d'être.

Aujourd'hui, les plus grandes fortunes du monde sont possédées par des créateurs d'entreprise qui ont conservé des titres de leur société ou par des auteurs qui touchent des revenus de leurs droits de propriétés incorporelles. Bill Gates (société Microsoft) aux Etats-Unis, Liliane Bettancourt (société l'Oréal) en France ou Joan K.Rowlings (auteur de la fameuse série de Harry Potter) en Angleterre, sont toujours présentés comme les personnes les plus fortunées de leurs pays respectifs. Leurs patrimoines sont composés presque exclusivement de biens mobiliers.

⁶⁹ R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz Litec, 2004, p. 297 et s. notamment p. 299 à 303, n° 3 et n° 4.

⁷⁰ R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz Litec, 2004, p. 302, n° 5.

⁷¹ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, coll. *Droit civil*, 2007, n° 113, p. 27.

3. Spécialisation

41. Spécialisation du droit des contrats : conséquences d'un tel émiettement, entre pessimisme et optimisme. Selon, le Professeur Philippe Jestaz, le droit des contrats forme « un univers en expansion », dont témoignent à la fois la vitalité du phénomène contractuel et surtout, la spécialisation du droit des contrats⁷².

De nombreuses études ont montré le phénomène de spécialisation et de « sur-spécialisation » que subissent les contrats spéciaux du Code civil depuis quelques décennies⁷³. Si le mouvement de spécialisation du droit n'est pas propre aux contrats, il revêt à leur rencontre une ampleur particulièrement prononcée, on assiste à un véritable éclatement des contrats spéciaux. Par exemple, le bail se divise en plusieurs types auxquels sont rattachés des régimes différents : bail rural, bail commercial, baux d'habitation (lois de 1948, 1982, 1986 et 1989). On obtient ici une mosaïque dont il n'est pas sûr qu'elle constitue un progrès du droit. Les solutions dérogatoires se multiplient au point de donner naissance à de nouveaux Codes (Code du travail, Code de la consommation...) dans un souci croissant de protection des personnes présumées faibles.

Un tel émiettement des contrats n'est pas sans conséquence sur la cohérence d'ensemble du droit des contrats. Le Doyen Cornu renvoie à une image en soulignant que « la fresque des contrats spéciaux est devant nous comme une voie lactée ». Ce mouvement de « spécialisation du droit des contrats » est différemment apprécié par la doctrine.

Les plus pessimistes pensent qu'au regard du foisonnement du droit très spécial des contrats, il n'y a de contrat véritable que là où existe un régime spécial. Le droit spécial des contrats aurait ainsi pris le pas sur la théorie générale dont il réduit peu à peu le domaine à une peau de chagrin. Les plus modérés font remarquer que l'arborescence des contrats spéciaux n'exclut pas d'établir un lien du spécial au général jusqu'au droit commun des contrats lequel conserve tout son intérêt. Une sorte de complémentarité, de collaboration s'établit ici. Enfin, pour les plus optimistes, ils observent que ce droit de plus en plus touffu émergeant des constantes, ceci démontre que le droit commun s'enrichit des solutions dégagées par les droits spéciaux⁷⁴.

⁷² Ph. JESTAZ, *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER qui se sont tenues en 1985, PUF, 1986, p. 134. Vendre, louer, prêter, construire... l'arc des contrats spéciaux se décline en une myriade d'opérations dont l'univers est en perpétuelle expansion.

⁷³ Ph. REMY, *La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la Revue trimestrielle de droit civil*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER, PUF, 1986, p. 110.

⁷⁴ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 1^{ère} éd., Dalloz, *Hypercours*, 2005, n° 10, p. 8.

42. Spécialisation du droit des valeurs mobilières. Aujourd'hui, l'épargne populaire investit de plus en plus dans les valeurs mobilières, notamment par l'intermédiaire de sociétés d'investissement à capital variable et de fonds communs de placement qui évitent à l'épargnant le choix difficile des valeurs à acquérir et permettent une répartition des risques. Elles jouent désormais un rôle fondamental dans l'économie, ce qui explique qu'elles soient soumises à un régime spécifique, défini par le Code de commerce et le Code monétaire et financier qui précisent notamment les droits attachés à ces produits⁷⁵.

Ainsi se développe dans le Code de commerce et le Code monétaire et financier un droit spécial relatif aux valeurs mobilières extérieur au Code civil. Le droit des valeurs mobilières illustre le mouvement de spécialisation du droit des biens.

Les valeurs mobilières émises par les sociétés connaissent depuis quelques années une diversification remarquable, de nouvelles valeurs mobilières ont été créées : obligations convertibles en actions, échangeables contre des actions, avec bons de souscriptions d'actions, les certificats d'investissement et les titres participatifs. La diversification des valeurs mobilières s'est poursuivie avec l'apparition des certificats coopératifs d'investissement et des certificats coopératifs d'associés...

Afin d'uniformiser la notion de valeurs mobilières dans le droit des sociétés et dans le droit des marchés financiers, l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 a introduit à l'article L. 228-1 du Code de commerce la définition des valeurs mobilières formulée à l'article L. 211-2 du Code monétaire et financier, qui a lui-même repris les termes de la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux OPCVM. « Constituent des valeurs mobilières, les titres émis par des personnes morales, publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine. Sont également des valeurs mobilières les parts de fonds communs de placement et de fonds communs de créance ». L'intérêt de l'ordonnance est de tendre vers une clarification du concept même de valeurs mobilières.

⁷⁵ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 19, 20, n° 23.

43. Spécialisation du droit des biens. Traditionnellement entendue la spécialisation du droit des biens peut être envisagée comme l'ensemble de règles, de normes dérogeant au droit commun des biens. Les règles classiques contenues dans le Code civil s'opposent à la vitalité, au bouillonnement de celles qui en sont exclues.

Cette spécialisation du droit des biens correspond exactement à l'évolution du droit des biens hors le Code civil⁷⁶, à l'écart du Code civil.

D'innombrables textes coexistent aux côtés du Code civil, le Code rural, le Code de l'environnement, le Code de la construction et de l'habitation, le Code de commerce, le Code de la propriété intellectuelle, le Code du patrimoine...

Le Code civil reste silencieux sur les nouveaux biens que sont les fonds, les créations intellectuelles ou encore les valeurs mobilières..., le Code civil se désertifie : victime d'une décodification pour le moins discrète car elle ne s'est pas accompagnée d'une abrogation de ses dispositions.

Les biens intellectuels, les biens culturels, les biens naturels ou encore les biens financiers sont autant d'exemples permettant d'illustrer la spécialisation du droit des biens.

On parlera ainsi, afin de mieux souligner la réglementation spécifique qui s'y attache.

Une telle atomisation des biens n'est pas sans conséquence sur la cohérence d'ensemble du droit des biens.

B. Problématique de l'étude

44. Problématique. La problématique peut se résumer ainsi :

La spécialisation du droit des biens trouble-t-elle la théorie générale des biens ?

La spécialisation du droit des biens enrichit-elle la théorie générale des biens ?

En bref, quel est l'apport de la spécialisation du droit des biens à la théorie générale des biens ?

Quelles interactions s'opèrent entre la spécialisation du droit des biens et le droit commun des biens ?

Que ressort-il de la confrontation de la spécialisation du droit des biens et du droit commun des biens ?

⁷⁶ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 4 et s.

45. Lois spéciales : entre trouble et enrichissement. Spécialisation du droit : questions posées. Les lois spéciales se définissent traditionnellement par opposition au droit commun, autrement dit, il s'agit de dispositions dérogatoires au droit commun, mais encore elles se présentent aussi comme des dispositions créatrices de droit commun⁷⁷.

Le phénomène de spécialisation trouble le droit commun mais encore l'enrichit.

Comment la spécialisation du droit trouble-t-elle le droit commun ? Comment la spécialisation du droit enrichit-elle le droit commun ?

Afin d'illustrer ces propos, prenons trois exemples simples, peut-être les plus parlant que sont le droit des contrats, le droit pénal et le droit des biens.

46. La spécialisation du droit des contrats, entre trouble et enrichissement. Questions posées. Comment la spécialisation du droit des contrats trouble-t-elle le droit commun des contrats, autrement dit, la théorie générale des obligations ? Comment la spécialisation du droit des contrats enrichit-elle le droit commun des contrats ?

Un tel émiettement des contrats n'est pas sans conséquence sur la cohérence d'ensemble du droit des contrats.

La spécialisation du droit des contrats trouble la théorie générale des obligations. Par exemple, en matière de baux ruraux, et plus précisément de modes de preuve, l'article L. 411-1 du Code rural en son alinéa 3 précise que la preuve de l'existence du contrat peut être apportée par tous moyens. Cette règle issue de la loi du 1^{er} Août 1984⁷⁸ constitue une dérogation au droit commun non seulement de la preuve des actes juridiques (Article 1341 et s. du Code civil) mais également du bail en général, sauf s'il a reçu un commencement d'exécution (Article 1715 du Code civil). Cette exception constitue une faveur faite au preneur. Les plus pessimistes agitent le spectre d'une dévalorisation du contrat tant le foisonnement du droit très spécial des contrats incite à penser qu'il n'y a de contrat véritable que là où existe un régime spécial. Telle une revanche de l'histoire, le droit spécial des contrats aurait ainsi pris le pas sur la théorie générale dont il réduit peu à peu le domaine à une peau de chagrin⁷⁹.

⁷⁷ R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, Recueil Dalloz, 1961, 1, 19^{ième} Cahier, Chronique XVIII, p. 91 à 98, notamment p. 96, n° 16.

⁷⁸ Loi du 1^{er} Août 1984, loi n° 84-741, Article 11, devenu l'article L. 411-1 du Code rural.

⁷⁹ Mais poursuivant le mouvement de spécialisation du droit, on remarquera vite que « les contrats très spéciaux chassent les contrats spéciaux » si bien que les grandes catégories de contrats perdent de leur intérêt. On ne s'intéresse plus au bail en général mais au bail d'habitation relevant de la loi de 1989.

La spécialisation du droit des contrats enrichit la théorie générale des obligations. Les plus optimistes, enfin, commencent par observer que de ce droit de plus en plus touffu émergent des constantes et que certaines règles spéciales se généralisent. Ainsi en est-il de l'obligation de sécurité née à propos du contrat de transport qui irrigue aujourd'hui la plupart des contrats jusqu'à la vente. La distinction des obligations de moyens et de résultat, aujourd'hui si courante, est née du contrat médical dans l'arrêt Mercier du 20 mai 1936. Le transfert de propriété sur lequel reposent les contrats de vente et d'échange (Article 1583 du Code civil) aurait vocation à s'étendre, ainsi que le suggère déjà l'article 1138 du Code civil, à tous les contrats translatifs, y compris ceux qui ne le sont que de manière occasionnelle (contrat d'entreprise).

Ces exemples suffisent à démontrer que le droit commun s'enrichit des solutions dégagées par les droits spéciaux⁸⁰.

47. La spécialisation du droit pénal, entre trouble et enrichissement. Questions posées. Comment le droit pénal spécial trouble-t-il le droit pénal général ? Comment le droit pénal spécial enrichit-il le droit pénal général ? Quel est l'apport du droit pénal spécial au droit pénal général ?

On a l'habitude de dire que le droit pénal spécial est l'application pratique du droit pénal général. Faudrait-il mieux dire qu'il en est l'illustration car il se présente au moins autant comme une exception à leurs principes généraux que comme une application de ceux-ci⁸¹.

D'un point de vue scientifique, le droit pénal spécial constitue le substrat du droit pénal général ; celui-ci procède en effet d'une systématisation, opérée à partir de la constellation des multiples textes d'incrimination et destinée à dégager de grandes lois communes : les notions d'élément matériel et d'élément moral permettent de discerner, par-delà une diversité foisonnante, deux constantes fondamentales de toute infraction⁸².

Toutefois, si le droit pénal spécial alimente constamment le droit pénal général, le second n'est pas simplement la résultante du premier.

En premier lieu, il faut souligner leur influence réciproque, qui va de l'un à l'autre : les règles dégagées par le droit pénal général seront, en retour, appliquées à d'autres infractions que celles

⁸⁰ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, Hyper Cours, 2005, p. 8, 9, n° 10.

⁸¹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, « *Infractions des et contre les particuliers* », 2^{ème} éd. , Dalloz, Précis de droit privé, 1999, p. 1, n° 1.

⁸² Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, 3^{ième} éd. , Litec, 2007, p. 1, n° 2.

qui en ont permis la découverte, infractions dont les contours seront, de la sorte, redessinés : sous l'empire de l'ancien Code pénal, si les articles 327 et 328 du Code pénal, limités aux homicides intentionnels et aux violences, ont permis de construire, par mouvement ascendant, une théorie générale des faits justificatifs, en descendant le chemin inverse il a été possible d'étendre la justification à l'ensemble des infractions pénales. Au demeurant, s'il est synthétique, le droit pénal général procède aussi par analyse des matériaux que lui propose le droit pénal spécial : par exemple, sur le fondement de l'incrimination du recel de choses et d'infractions comparables, la notion d'infraction continue a pu être élaborée, permettant de faire produire à la répression souhaitée son plein effet (report du point de départ du délai de prescription de l'action publique, notamment). De même, la réflexion sur des infractions telles que le meurtre, le viol ou le vol a permis de comprendre la véritable signification du rôle de la victime, en montrant que ce n'est pas son consentement qui est un fait justificatif commun à toutes les infractions, mais que l'absence de son accord est un élément constitutif de certaines d'entre elles : loin de s'abstraire du spécifique pour accéder au générique, le droit pénal général permet, alors, de conférer leur pleine mesure à des infractions particulières.

En second lieu, le droit pénal général est lui-même directement normatif. Le Code pénal contient une partie générale (Livre premier : « dispositions générales ») qui fixe des règles communes à l'ensemble des infractions et, parmi elles, tout particulièrement, ces deux piliers sur lesquels repose l'ensemble du droit criminel, droit pénal spécial compris, le principe de la légalité (art. 111-2, 111-3) et la *summa divisio* entre les crimes, les délits et les contraventions (art. 111-1). De même, le droit pénal général formule une théorie de la tentative (art. 121-4, 121-5), ou de la complicité (art. 121-6, 121-7), une nomenclature des peines (131-1 et s.) dont il détermine par ailleurs le régime (sursis, etc.)⁸³.

48. La spécialisation du droit des biens, entre trouble et enrichissement. Questions posées. Comment la spécialisation du droit des biens trouble-t-elle le droit commun des biens ? Comment la spécialisation du droit des biens enrichit-elle le droit commun des biens ?

La spécialisation du droit des biens trouble le droit commun des biens. En effet, la spécialisation du droit des biens bouleverse le droit commun des biens. L'émergence de nouvelles valeurs que sont les noms de domaine, l'information, l'image, les quotas, les numéros de carte de crédit ou

⁸³ Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, 3^{ième} éd., Litec, 2007, p. 1, 2, n° 3.

encore l'émergence de nouveaux biens que sont les biens économiques, les biens intellectuels, les biens culturels et les biens naturels participent à la métamorphose de l'objet du droit des biens et illustrent précisément la réalité du mouvement de spécialisation du droit des biens. Cette métamorphose est due notamment à la prise en considération du virtuel et de l'immatériel⁸⁴. L'objet du droit des biens se métamorphose et trouble ainsi la conception traditionnelle purement matérialiste des biens que se faisait le Code civil.

La spécialisation du droit des biens enrichit la théorie générale des biens, autrement dit, le droit commun des biens. La spécialisation du droit des biens constitue une source de régénérescence du droit commun des biens. Or, on sait que, dans la dynamique du droit, les droits spéciaux finissent par innover le droit commun et le faire évoluer⁸⁵. En effet, la spécialisation du droit des biens a eu pour conséquence l'enrichissement du droit commun des biens. D'une part, s'est notamment opéré le renouvellement des notions irriguant le Code civil avec le renouvellement de la notion de patrimoine (nouveaux sujets, nouveaux objets) et une mutation dans l'appréhension du patrimoine (nouvelle finalité morale et nouvelle divisibilité). D'autre part, l'appréhension de l'immatériel par la possession a permis d'enrichir ce mécanisme fondamental et par là a participé à la renaissance des principes féconds posés par le Code civil. Le droit des valeurs mobilières illustre également une évolution du droit des biens. Le droit des biens se révèle être un domaine moderne, en extension perpétuelle. Le droit des biens s'avère être très malléable et absorbe sans difficulté les nouvelles réalités économiques. En recherchant l'essence de mécanismes initialement conçus pour les biens matériels, le droit des valeurs mobilières permet ainsi de mettre en avant une définition dépouillée de toute composante matérielle, apte à accueillir les biens incorporels que sont les titres dématérialisés. Le droit des biens intègre les biens immatériels. Le droit des marchés financiers consacre un enrichissement du droit des biens. Loin de vouloir consacrer un déclin du droit réel principal que constitue la propriété, le droit des marchés financiers n'a pour ambition que d'adapter le concept de propriété. Ce phénomène de limitation des prérogatives du propriétaire de valeurs mobilières est en parfaite harmonie avec l'évolution du droit de propriété et met en lumière son nouveau visage.

⁸⁴ J.-L. BERGEL, *Rapport général, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 203 et s. notamment p. 216. Ce dernier précise que la valeur économique s'est substituée à la matérialité comme critère de détermination des biens.

⁸⁵ J.-L. BERGEL, *Rapport général, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 203 et s. notamment p. 215.

III. Méthode adoptée

49. Démarche choisie. Notre réflexion s'attellera à démontrer que le droit des biens est en crise, parce qu'il est en proie à un fort mouvement de spécialisation. Le XXI^{ème} siècle a été marqué tout d'abord par la substitution progressive des valeurs mobilières aux immeubles dans les patrimoines, puis par la multiplication des richesses nouvelles liées au commerce et enfin par la multiplication des propriétés incorporelles.

Ainsi, de nouvelles catégories de biens meubles de valeur ont émergé : fonds de commerce, clientèles, valeurs mobilières, propriétés intellectuelles... En effet, le Code civil n'est plus la source unique du droit des biens ; il a été entamé et complété par des myriades de statuts spéciaux et de textes extérieurs tels que la loi sur la copropriété, le Code rural, le Code de l'environnement, le Code de la construction et de l'habitation, le Code de commerce, le Code de la propriété intellectuelle, le Code du patrimoine... participant à l'émergence de biens intellectuels, culturels et environnementaux.

50. Biens retenus. Pour mener à bien notre recherche, nous avons commencé par recenser les divers biens faisant appel à des droits spéciaux. Ainsi l'ensemble des droits dérogeant au droit commun des biens et faisant appel à un droit spécifique ont été le droit des biens culturels, le droit des biens naturels, le droit des biens intellectuels ou encore le droit des biens financiers.

Ne pouvant pas tout traiter nous avons choisi de nous arrêter sur les biens culturels, les biens naturels, les biens intellectuels et les biens financiers, nous nous sommes interrogés sur le fait de savoir pourquoi ces biens-ci ne relevaient pas du droit commun des biens contenu dans le *corpus* du Code civil. Ces derniers présentaient tous une spécificité à laquelle seul un droit spécial pouvait y répondre. Aussi a-t-il été nécessaire de rechercher cette spécificité.

Aussi, préalablement a-t-il été nécessaire de dresser le décor, le contexte environnemental dans lequel le droit des biens contemporain se trouve, afin de cibler au mieux et au plus près le phénomène de spécialisation du droit des biens. Ce phénomène de spécialisation du droit des biens a répondu à une sorte de carence, de vide au sein du *corpus* du Code civil. En effet, le mode de protection proposé par le Code civil ne pouvait pas répondre aux biens culturels, aux

biens naturels ou encore aux biens intellectuels. Seuls des droits spéciaux ont pu pallier à ce vide. Les droits spéciaux se présentent comme dérogeant au droit commun.

Mais tout l'intérêt de la recherche réside en l'apport de la spécialisation du droit des biens sur le droit commun des biens.

51. Philosophie : dichotomie déconstruction / reconstruction. Aux vues du phénomène de spécialisation envisagé plus largement que ce soit tant dans le domaine des contrats ou encore en matière pénale, la spécialisation du droit des contrats ou la spécialisation du droit pénal apparaissent comme des dérogations au droit commun mais encore comme un enrichissement du droit commun.

Comme le souligne le Professeur Raymond Gassin les lois spéciales se présentent tour à tour aux juristes comme des dispositions dérogatoires au droit commun mais aussi comme des dispositions créatrices de droit commun⁸⁶.

Cette idée rejoint celle développée par le Professeur Jacques Raynard à propos des contrats spéciaux qui quant à lui relève que « le droit des contrats spéciaux balance entre ramification luxuriante, remarquablement traduit dans les manuels par un phénomène d'arborescence topique de la matière, et la verdeur de la théorie générale, qui voit les règles du droit commun revigorées au cœur des régimes les plus particuliers »⁸⁷. De manière analogique le droit des biens est victime du même dessein.

N'étant point une déclinologie⁸⁸ du droit civil ; la méthode choisie s'est articulée autour de la dichotomie déconstruction / reconstruction. En effet, la spécialisation du droit des biens n'a pas entraîné la chute, le déclin du droit commun des biens mais, au contraire, l'a enrichi. C'est cette vision précise que nous tenterons de démontrer, ce cap que nous tenterons de maintenir, tout au long de cette thèse.

Bien que certains tel que Oppetit voit à travers la prolifération de statuts spéciaux le recul du droit commun et ainsi s'opérer une régression certaine, par l'insécurité ainsi créée du fait de

⁸⁶ R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, Recueil Dalloz, 1961, 1, Chronique XVIII, p. 91 et s. , notamment p. 93, n° 6.

⁸⁷ J. RAYNARD, *Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial*, Revue des contrats, LGDJ, 2006/2, Chroniques, pratiques, recherches, débats, p. 597 et s.

⁸⁸ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949 ; B. OPPETIT, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, in *Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX*, Litec, 1990, p. 317 et s. , *L'hypothèse du déclin du droit*, in *Crises et droit*, 1^{ère} éd. , PUF, *Droit - Revue française de théorie juridique*, 1986, N° 4, p. 9 et s. Pour ces deux auteurs la spécialisation du droit entraîne le recul, la régression, le déclin du droit commun.

l'extrême difficulté éprouvée à agencer l'articulation des règles générales et des règles spéciales⁸⁹.

Ce magma, ce bouillonnement législatif s'affronte à la stabilité, à l'inertie des piliers que sont les principes fondamentaux et transversaux quasi institutionnels du droit des biens.

Tandis que d'autres comme le Professeur Philippe Malaurie relève une sorte de fuite en avant où tout nous échappe.

En définitive, pourrions-nous dire, que le droit des biens est troublé par la spécialisation mais au final cette spécialisation enrichit le droit commun.

52. La spécialisation du droit des biens, entre trouble et enrichissement du droit commun des biens : entre bouleversements et source de régénérescence du droit commun des biens. La confrontation de la spécialisation du droit des biens, développée à l'écart du Code civil, au droit commun des biens, cantonné à son seul *corpus*, révèle toute la richesse de leur mutuelle rencontre.

La spécialisation du droit des biens se présente tour à tour comme un mouvement comportant des dispositions dérogatoires au droit commun mais encore des dispositions créatrices de droit commun.

La spécialisation du droit des biens suscite de nombreux bouleversements. D'une part, la métamorphose de l'objet du droit des biens se manifeste par l'inflation de nouvelles richesses notamment au travers de l'émergence de nouvelles valeurs et de nouveaux biens. D'autre part, l'étude de la spécialisation du droit des biens a conduit à confronter logiquement ces nouvelles valeurs aux catégories existantes au sein du Code civil, ce qui n'a pas manqué de mettre en évidence des difficultés d'insertion dans le Code civil notamment à travers la quête ardue de modes de protection, en revanche, s'agissant des nouveaux biens, ces derniers ont participé à la multiplication de régimes spéciaux. Ce phénomène de « spécialisation du droit des biens » apparaît et se traduit parfaitement à travers le fourmillement de droits qui existe aujourd'hui à l'extérieur du Code civil. En effet, dès lors une métaphore se dessine celle d'un atome où une multitude d'électrons gravitent autour de leur noyau. Tels sont ces droits hétérogènes (droit de

⁸⁹ B. OPPETIT, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, in *Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX*, Litec, 1990, p. 317 et s., notamment p. 320, 1°.

l'environnement, droit rural, droit de la propriété intellectuelle, droit du patrimoine, droit de l'urbanisme etc.) situés à l'extérieur du Code civil.

Par ailleurs, la spécialisation du droit des biens s'affirme comme une source de régénérescence du droit commun des biens. L'incessante confrontation entre la spécialisation du droit des biens et le droit commun des biens révèle de profondes interactions. D'une part, la spécialisation du droit des biens va participer au renouvellement des notions de bien et de patrimoine qui irriguent le Code civil. D'autre part, la lecture de la spécialisation du droit des biens à travers le prisme de la propriété et des droits réels contenus dans le Code civil a suscité la renaissance de principes féconds posés par le Code civil qui s'avèrent transposables aux nouvelles richesses.

L'articulation du « droit spécial des biens » et du droit commun des biens démontre l'extraordinaire plasticité des principes directeurs du Code civil, témoignant par là des fabuleux ressorts que concentre toujours aujourd'hui le Code civil. Le dynamisme de ce mécanisme révèle l'infinie richesse de leur collaboration.

53. Articulation du « droit spécial des biens » et du droit commun des biens . Plan.

Le droit des biens est troublé par la spécialisation mais au final cette spécialisation enrichit le droit commun.

Aussi pour parvenir à appréhender tout l'intérêt suscité par la spécialisation du droit des biens et comprendre ce qu'elle recouvre, il conviendra d'envisager, dans un premier temps, la spécialisation du droit des biens comme cause de bouleversements du droit commun des biens **(Partie I)** puis, logiquement d'exposer, dans un deuxième temps, qu'au final, la spécialisation du droit des biens s'affirme comme une source de régénérescence du droit commun des biens **(Partie II)**.

54. Plan. Notre étude suivra donc le plan suivant :

Première Partie : La spécialisation du droit des biens, cause de bouleversements du droit commun des biens

Seconde Partie : La spécialisation du droit des biens, source de régénérescence du droit commun des biens

PREMIERE PARTIE

LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS, CAUSE DE BOULEVERSEMENTS DU DROIT COMMUN DES BIENS

55. bouleversements. Les bouleversements des structures économiques depuis 1804 ont emporté de nombreuses traductions concrètes dans le domaine des biens. Le XXI^{ème} siècle s'est présenté comme un siècle charnière, le début de celui-ci étant marqué notamment par la substitution progressive des valeurs mobilières aux immeubles dans les patrimoines, le milieu de ce dernier par la multiplication des richesses nouvelles liées au commerce et au phénomène du marché, issues de la « transformation du travail en propriété » et finalement la fin de ce siècle fut ébranlée par la multiplication des propriétés incorporelles⁹⁰.

Le droit des biens a connu une diversification de sa structure, le fonds de commerce, l'énergie, les clientèles, les monopoles d'exploitation liés à la propriété littéraire ou artistique, les licences d'exploitation ... La matérialité du bien est alors effacée et sa seule valeur économique consacrée, assistant ainsi à une véritable transformation du patrimoine⁹¹.

Le droit des biens connaît notamment une dispersion de ses sources et une spécialisation, la multiplication des législations impose au juriste de puiser à la source, non plus seulement du Code civil qui n'est plus la source unique du droit des biens mais aussi du Code de l'urbanisme, du Code de la construction et de l'habitation, du Code de l'environnement, du Code du patrimoine et d'une multitude d'autres textes spéciaux. Un nombre incroyable de statuts spéciaux et de textes extérieurs sont venus entamer et compléter le Code civil. Désormais à côté du droit général des biens, il existe de nombreux droits spéciaux⁹².

56. Ambiguïté d'un tel bouleversement. Au cœur du droit patrimonial, le droit des biens est en pleine métamorphose et en perpétuel renouvellement.

Paradoxalement, cette évolution est une menace pour l'unité du droit des biens : la matière se vide peu à peu, à la faveur d'une réglementation pointilleuse et touffue, au profit de nouvelles disciplines (propriété littéraire et artistique, droit de l'urbanisme, droit de l'environnement...). Pourtant ces nouvelles branches ne sauraient se priver des fondements du droit des biens⁹³.

⁹⁰ R. LIBCHABER, *Répertoire Civil Dalloz*, Biens, 2002, n° 1, p. 2.

⁹¹ P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1966, p. 185 ; M. GRIMALDI, *Le patrimoine au XXI^{ème} siècle*, Les Petites Affiches, 21 juillet 2000, p. 4 et s. ; J.-L. BERGEL, *Le droit des biens*, 3^{ème} éd. corrigée, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1996, p. 8, 9, n° 2 A.

⁹² J.-L. BERGEL, *Le droit des biens*, 3^{ème} éd. corrigée, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1996, p. 9, 10, 11, n° 2 B, C et D.

⁹³ J.-B. SEUBE, *Droit des biens*, 3^{ème} éd., LITEC, objectif droit, 2006, Avant-propos, XIII.

57. Renouveau du droit des biens, la dématérialisation. Entendus de manière restreinte, les biens sont les choses dotées d'une valeur patrimoniale et que l'on peut s'approprier, en revanche, dans son acception plus large ce sont les droits permettant de bénéficier des choses. Le renouvellement du droit des biens se caractérise par la diversité des droits dont les choses peuvent être l'objet, choses acquérant une valeur économique et accédant ainsi à la vie juridique. Le Code civil semblait consacrer principalement comme biens les immeubles, principale richesse en 1804. C'est le passage de l'économie agricole à l'économie industrielle puis post-industrielle conjugué avec l'essor économique, la croissance et le progrès de la science qui ont engendré de nombreux autres biens mobiliers, corporels, puis incorporels : atomes, ondes, fluides, micro-organismes, savoir-faire ou faire valoir, œuvres de l'esprit, de même que les valeurs mobilières, l'assurance sur la vie, les fonds de commerce...

La dématérialisation des biens est, semble-t-il, un phénomène constant des sociétés contemporaines. En France, la doctrine l'a consacrée dès qu'elle a qualifié de biens des droits dotés d'une valeur économique et soumis au commerce juridique.

Aussi, le Professeur Jean-Louis Bergel souligne que « la maîtrise progressive de l'homme sur ce qui l'entoure, voire sur ce qui le constitue, implique une extension permanente de « la sphère marchande ». On peut admettre des biens immatériels comme des biens matériels et considérer que les biens regroupent les choses et les droits dotés d'une valeur économique qui justifie leur appropriation et que protège le système. La matérialité de la chose n'est pas une condition de son appropriation »⁹⁴.

58. Prolifération de nouvelles valeurs. Topographies de semi-conducteur, obtentions végétales et animales, logiciels, banques de données et autres savoir-faire, noms de domaine, instruments financiers, numéro de carte de crédit⁹⁵, portefeuille de valeurs mobilières⁹⁶, fonds

⁹⁴ J.-L. BERGEL, *Rapport général, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux Association Henri Capitant, LITEC, 2006, p. 203 et s.

⁹⁵ Cass. Crim. 14 novembre, Dalloz, 2001, p.1423 et s., note de B. de LAMY, *Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ?*, Les dispositions de l'Article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel.

⁹⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, T. 3, 19^{ième} éd. refondue, PUF, *Thémis-droit privé*, 2000, n° 252, p. 391, 1° ; Les valeurs mobilières jouent un rôle fondamental dans l'économie, ce qui explique qu'elles soient soumises à un régime spécifique, défini dans le Code de commerce et le Code monétaire et financier. Ces valeurs mobilières se caractérisent par leur diversité, il peut s'agir d'actions, d'obligations, de titres participatifs ou encore de titres composés ; L'Article 529 du Code civil souligne que « sont meubles par détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers... ».

artisanal, fonds libéral⁹⁷ et autres licences de taxis, quotas laitiers, quotas betteraviers, droits de plantation et de replantation⁹⁸, appellations d'origine contrôlée⁹⁹, position contractuelle, patrimoine fiduciaire, recette de cuisine, sang, cellules, plasma, cornée, rein, moelle osseuse, et autres organes et produits du corps humain, image des personnes et des choses, informations génétiques, nom patronymique, vie privée et autre renommée, quotas d'émission de gaz à effet de serre¹⁰⁰ et autres permis de polluer... sont autant de « nouveaux biens ». Ces nouveaux biens doivent être entendus comme des choses qui sont nouvelles en espèce ou en genre par rapport aux catégories déjà connues par l'ordre positif et dont leur utilité et rareté demandent une protection particulière. Ainsi, ces nouveaux biens désignent des catégories ou des sous-catégories nouvelles et non d'autres exemples de catégories déjà existantes¹⁰¹. Ces nouvelles valeurs touchent tous les domaines.

59. Valeur comme notion transversale. La valeur synchrétisant l'immatérialité et la commercialité constitue le pilier du concept de bien qu'a construit la société post-industrielle. Ainsi, la valeur favorise en outre l'élargissement continu de la sphère des biens, conséquence du projet de colonisation générale de l'homme. Alors, que tout peut désormais devenir valeur, aussi le redoutable défi de la société post-moderne sera de trouver l'anti-valeur¹⁰².

⁹⁷ Cass. Civ. 7 novembre 2000, Dalloz, 2001, jurisprudence, p. 2400 et s., note de Y. AUGUET, *La clientèle civile peut constituer l'objet d'un contrat de cession d'un fonds libéral !*

⁹⁸ E. AGOSTINI, *Père Noë qui plantâtes la vigne...*, Recueil Dalloz, 1997, p. 318, Civ. 3^{ème}, 17 avril 1996. Cet arrêt proclame pour la première fois en matière viti-vinicole, que « Les droits de plantation et de replantation sont attachés à l'exploitation » ; JCP 1997, II 22783 observation F. ROUSSEL ; Ph. PETEL, *Les droits de plantation et le droit d'arracher la vigne*, in *Mélanges M. CABRILLAC*, LITEC, 1999, p. 799.

⁹⁹ N. OLSZAK, *L'appellation d'origine, un bien sublime ?*, in *Etudes offertes au Doyen Ph. SIMLER*, LITEC-DALLOZ, 2006, p. 777.

¹⁰⁰ Th. REVET, Recueil Dalloz, 2005, p. 2632, *Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?)* ; Ch. MISTRAL, *Le régime juridique des droits d'émission de gaz à effet de serre en France*, *Les Petites Affiches*, 22 juillet 2004, n° 146, p. 13 ; P. THIEFFRY, *Droits d'émission et éco-fiscalité : de nouveaux instruments de lutte contre les changements climatiques à géométrie variable*, *Les Petites Affiches*, 1^{er} avril 2004, n° 66, p. 4 et 2 avril 2004 n° 67, p. 6 ; L. LANOY, *La création d'un marché mondial des émissions de gaz à effet de serre*, *Droit de l'environnement*, janvier/février 2004, N° 115, p. 15 ; L. LANOY, *Le changement climatique et les permis d'émission négociables : analyse des dernières avancées et perspectives pour les entreprises*, *Droit de l'environnement*, mars 2002, N° 96, p. 65.

¹⁰¹ Th. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, LITEC, 2006, p. 271, n° 1.

¹⁰² Th. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, LITEC, 2006, p. 290, n° 24.

60. Apparition de nouvelles catégories de biens. L'apparition sans cesse constante de nouvelles catégories de biens est l'un des traits majeurs d'une époque dominée par le progrès technique, et gagnée par l'immatériel. L'empreinte forte de l'homme sur le monde qui l'entoure et sa soif avide de maîtriser son environnement, le présente tel un colonisateur.

L'émergence de nouvelles valeurs plonge le Code civil entre implosion et explosion. En effet, ces nouveaux biens présentent une spécificité par rapport aux catégories de base du droit commun des biens. La grande majorité de ces biens nouveaux sont immatériels ou s'ils ne le sont pas ils présentent une nature personnelle. Ainsi, ces nouveaux biens s'éloignent de l'archétype du bien qu'offre le Code civil qui est la chose corporelle, immobilière ou mobilière. Ainsi ces valeurs nouvelles qui sont devenues des biens par le truchement de lois spéciales ou de décisions jurisprudentielles ne relèvent pas de l'Article 544 du Code civil. Les nouveaux biens seraient-ils donc condamnés à se développer dans l'ombre et l'ignorance du droit commun¹⁰³ ?

61. Dynamique de l'étude. La spécialisation du droit des biens envisagée comme cause de bouleversements se fait notamment ressentir par l'apparition de nouvelles catégories de biens. La réalité du mouvement de spécialisation du droit des biens se traduit par la métamorphose de l'objet du droit des biens (**Titre I**) mais encore et surtout, ce sont les difficultés d'insertion de ces dites catégories dans le Code civil (**Titre II**) qui soulèvent le plus de problèmes, car la quête de modes de protection se révèle ardue.

Titre I : La réalité du mouvement : la métamorphose de l'objet du droit des biens

Titre II : Les difficultés d'insertion dans le Code civil : la quête ardue de modes de protection

¹⁰³ Th. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, LITEC, 2006, p. 284, 285, n° 18 ; J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, *Les Petites Affiches*, 15 juin 2005, N° 118, p. 4.

TITRE I

LA REALITE DU MOUVEMENT : LA METAMORPHOSE DE L'OBJET DU DROIT DES BIENS

62. Articulation valeurs / biens. Selon Mousseron¹⁰⁴, un élément acquiert une valeur à partir du moment où il présente un intérêt pour l'homme vivant en société. L'utilité et la rareté se conjuguent. C'est notamment l'utilité de cet élément qui lui confère une valeur d'usage. A la suite de diverses évolutions, l'homme s'est rendu compte qu'il pouvait échanger les choses dont il disposait. C'est ainsi que s'installe cette notion de valeur d'échange. Ainsi, une chose est une valeur en raison de son aptitude à être échangée. Utile et rare, tout élément matériel ou tout élément immatériel constituent des « valeurs ». Aussi, il s'avère nécessaire et essentiel de déterminer le moment exact du passage de la valeur au bien. Cette chose, dotée d'une valeur économique nécessite alors une protection. Selon ce même auteur, c'est l'intervention juridique, c'est-à-dire lorsque le Droit s'intéresse à elle pour contribuer à la réserver, qui permet à une valeur d'accéder au rang de bien. En ce sens, la valeur est à l'origine du concept de bien, elle constitue l'axe principal de ce que l'on entend par le mot bien. La valeur devient un bien lorsque le Droit intervient et lui organise un régime de protection. Alors, les biens doivent être entendus comme « tout élément, matériel ou non, suscitant un double souci de réservation et de commercialisation chez son maître du moment qui appelle et obtient la sollicitude de l'organisation sociale »¹⁰⁵.

¹⁰⁴ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en l'honneur de A. BRETON et de F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 et s.

¹⁰⁵ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en l'honneur de A. BRETON et de F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 et s. A rapprocher, J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *De la propriété comme modèle*, in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec, 1993, p. 285, n° 13, où Messieurs Mousseron, Raynard et

63. La valeur, essence, substance de la notion de bien. En réalité, toutes les choses ayant une valeur économique peuvent être appropriées, car la valeur économique est l'essence de la notion de bien. En se recentrant sur le sens de la notion de bien, on s'aperçoit que la valeur est à l'origine du concept, elle en est l'essence même. La valeur est la substance de la notion de bien, et seules les choses dotées d'une valeur patrimoniale bénéficient de la protection du droit réel. La valeur ne constitue pas une notion unitaire, elle permet d'appréhender les valeurs mobilières, le numéro de carte de crédit¹⁰⁶ ou encore le produit du travail intellectuel¹⁰⁷ parmi les biens.

64. Le rôle crucial du juge européen dans la détermination de la sphère des choses appropriées : extension de l'assiette des biens. La Cour européenne des droits de l'homme a élaboré et développé, une conception de la notion de bien au sens de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, qui est caractérisée par une certaine distance prise à l'égard des systèmes des Etats membres du Conseil de l'Europe. Selon la Cour, « la notion de biens prévue par la première partie de l'article 1 du Protocole n° 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété des biens corporels et qui est indépendante par rapport aux qualifications formelles du droit interne ». Ceci ne veut pas dire que la Cour européenne des droits de l'homme soit allée jusqu'à édicter un critère du bien fondamentalement différent de celui qui prévaut dans le droit des Etats membres du Conseil de l'Europe. Ainsi la Cour européenne a assez rapidement indiqué que l'objet de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel n'est autre que d'assurer la défense du droit de propriété (12 juin 1979, Marckx, §63 : en reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1^{er} du premier Protocole garantit en substance le droit de propriété). Ainsi, la Cour européenne est mise en position d'influencer décisivement sur le régime des biens des Etats membres dudit Conseil.

Revet ont pu affirmer que « utile et rare, une valeur, au sens économique du terme, devient un bien, au sens juridique du mot, lorsque la Société répond, par le Droit, aux soucis complémentaires de réservation et de commercialisation de son maître du moment ».

¹⁰⁶ Cass. Crim. , 14 novembre 2000, Bull. crim. n° 338, B. DE LAMY, *Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ?*, Recueil Dalloz, 2001, jurisprudence, n° 18, p. 1423 et s. , RTD Civ. 2001, p. 913, note T. REVET.

¹⁰⁷ Cass. Crim. , 22 septembre 2004, RTD Civ. janvier-mars 2005, p. 164, note T. REVET, relatif à un projet de borne informatique de gestion de station d'épuration.

L'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la convention européenne, intitulé « Protection de la propriété » énonce que : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

65. Conception patrimoniale de la valeur consacrée par la CEDH. Le juge européen a ainsi reçu comme biens de multiples entités incorporelles qui, au même moment, peinaient, plus ou moins, à être admises comme biens par les droits nationaux : propriétés intellectuelles, clientèles, créances¹⁰⁸ et droits sociaux¹⁰⁹, mettant en avant leur valeur patrimoniale.

¹⁰⁸ CEDH et créances. En tant que droits personnels, les créances sont par nature insusceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété. Or la conception extensive des biens adoptée par le juge européen des droits de l'homme a permis de dépasser cette approche traditionnelle. Selon la Cour, les créances bénéficient, au même titre que les choses corporelles, de la garantie conventionnelle du droit de propriété.

C'est dans l'affaire dite des raffineries grecques (CEDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Abdréadis*, 9 décembre 1994, Série A, n° 301-B). Les requérants avaient conclu un contrat avec la junte militaire au pouvoir en Grèce dans le but d'implanter une raffinerie de pétrole brut. Après avoir engagé des frais les propriétaires se sont vus contraints d'arrêter les travaux en cours. Le nouveau gouvernement proposa au propriétaire de la raffinerie la révision ou la résiliation du contrat. N'ayant pas donné suite le ministère de la coordination résilia le contrat sans indemnisation. Stran, la société engagea une action en déclaration visant à faire reconnaître que l'Etat devait lui rembourser à titre de dommage une somme de 133 768,83 euros. L'Etat déposa une requête d'arbitrage conformément au contrat. Les deux premières instances donnèrent gain de cause au requérant. L'Etat se pourvint en Cassation et la Haute juridiction déclara la sentence arbitrale nulle et non avenue au motif que ces décisions étaient en contradiction avec la loi de 1987. Selon les requérants cette loi avait pour but d'annuler rétroactivement la créance que leur auraient reconnue le jugement du TGI d'Athènes et surtout la sentence arbitrale du 27 février 1984, et elle les aurait ainsi privées de leur propriété. Le gouvernement contestait farouchement l'existence d'un bien. La Cour devait rechercher à travers les décisions rendues si une créance était née de manière suffisamment sûre afin d'être exigible.

La sentence arbitrale présentait un caractère définitif et obligatoire, conférant un droit aux sommes accordées. La Cour a remarqué que l'hypothèse d'une annulation rendait ce droit précaire. Mais la position du TGI et de la Cour d'appel laissaient entendre qu'il n'y avait pas lieu d'annuler la sentence. La créance étant suffisamment établie pour être exigible, le juge européen conclut à l'existence d'un bien.

¹⁰⁹ CEDH et droits sociaux : les prestations sociales. La Convention européenne des droits de l'homme ne contient aucune disposition permettant de protéger de façon immédiate les droits sociaux. C'est à la Cour qu'est revenu le soin d'interpréter le texte conventionnel afin de faire bénéficier ces droits des garanties conventionnelles.

La Convention est réfractaire aux droits sociaux, ceci se manifeste notamment avec l'apparition, dans le contentieux européen des droits de l'homme, des prestations sociales. Si, dans un premier temps, elles ont été prises en considération au seul titre de l'article 6 § 1, elles ont bénéficié, dans un second temps, de la conception extensive des biens au sens de l'article 1^{er} du Protocole additionnel. C'est avec les arrêts *Feldbrugge et Deumeland* (CEDH, *Feldbrugge contre Pays-Bas et Deumeland contre Allemagne*, 29 mai 1986, Série A, n° 99 et n° 100. A rapprocher CEDH, 8 juillet 1986, *Lithgow et autres*, JCP E, 1987, II, 14894, p. 146 et s., note F. Ch. JEANTET) que la Cour a commencé à étendre le champ d'application du texte conventionnel au domaine de la sécurité sociale.

Le droit au respect de ses biens est une règle qui a vocation à être appliquée à la fois verticalement car le respect des biens s'impose à l'autorité publique et à la fois horizontalement car cette règle s'impose aussi aux particuliers. Ainsi pour la Cour européenne des droits de l'homme l'essence du « bien » est la valeur.

66. CEDH et valeur patrimoniale des propriétés intellectuelles. L'apparition des choses incorporelles dans le commerce juridique dont les deux principales sont les clientèles et les propriétés intellectuelles constitue l'élément dominant de l'évolution contemporaine du droit des biens. L'apparition de « biens » dits nouveaux caractérisés par leur immatérialité suscite de vifs débats.

La Cour n'a pas encore eu la possibilité de se prononcer formellement sur l'application de l'article 1^{er} du Protocole additionnel aux propriétés intellectuelles. Dans l'arrêt *British-American Tobacco company Ltd*¹¹⁰. La Cour a estimé qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur le point de savoir si le refus d'une demande de brevet pouvait être analysé comme une atteinte au droit de propriété. La Commission a estimé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 1^{er} du Protocole additionnel, ce qui implique qu'elle a considéré, si ce n'est la demande de brevet, au moins ce dernier comme un bien, objet du droit de propriété. Les requérants soutenaient que le refus d'accès à un tribunal indépendant et impartial pour faire statuer sur son droit de brevet aurait emporté privation d'un « bien », sans que la justice eût examiné la question. La requête ne portait pas directement sur le brevet mais sur la procédure. Les observateurs s'accordent à dire que le juge européen des droits de l'homme semble être largement favorable à l'élargissement

Ainsi la Cour préparait l'entrée des prestations sociales dans le champ d'application du droit de propriété. N'avait-elle pas considéré dans l'arrêt *Van Marle* que la clientèle, ayant une valeur patrimoniale, était un bien au sens de l'article 1^{er} du Protocole additionnel ? Il ne lui restait qu'un pas à franchir pour faire des prestations sociales des biens au sens de la disposition conventionnelle. Ce pas fut franchi avec l'arrêt *Gaygusuz* (CEDH, *Gaygusuz*, 16 septembre 1996, Série A, n° 487). Les circonstances de l'affaire *Gaygusuz* mettaient essentiellement l'accent sur une discrimination dont s'estimait victime le requérant. Ressortissant turc, il travaillait en Autriche, avec des périodes d'interruption. Au chômage, il était arrivé en fin de droits et avait sollicité auprès des autorités autrichiennes l'attribution d'une avance sur pension sous forme d'allocation d'urgence. Sa demande fut rejetée au motif qu'il n'avait pas la nationalité autrichienne. Cependant, la Cour a estimé que « le droit à l'allocation d'urgence - dans la mesure où il est prévu par la législation applicable - est un droit patrimonial au sens de l'article I du Protocole n°1 ». Dans ce dit arrêt « le requérant avait bien payé des contributions, et que ce paiement lui ouvrait droit à l'attribution à l'allocation d'urgence », ainsi une condition s'élève les prestations sociales doivent être liées à des cotisations antérieures de la personne. Le fait d'avoir cotisé pendant le travail correspondait en quelque sorte à une constitution de patrimoine, un refus constituerait une atteinte au droit de propriété.

¹¹⁰ CEDH, *British-American Tobacco company Ltd c. Pays-Bas*, 20 novembre 1995, Série A n° 331.

du champ d'application de l'article 1^{er} du Protocole additionnel aux propriétés intellectuelles, dans la mesure où celles-ci représentent pour leurs titulaires une valeur patrimoniale¹¹¹.

67. CEDH et valeur patrimoniale des clientèles. Le juge judiciaire a avec l'arrêt du 7 novembre 2000 rendu par la Cour de Cassation reconnu la licéité de « la cession d'une clientèle médicale à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession » affirmant ainsi la patrimonialisation des clientèles civiles. Le juge de la Cour européenne des droits de l'homme a une conception fort extensive des « biens ». Aussi, s'appuyant sur la valeur patrimoniale de la clientèle, la Cour n'a pas hésité à la qualifier de bien. Dans l'arrêt Van Marle du 26 juin 1986¹¹², la Cour a considéré que le droit invoqué par les requérants pouvait être assimilé au droit de propriété dans la mesure où « grâce à leur travail, les intéressés avaient reconstitué une clientèle ; revêtant à beaucoup d'égards le caractère d'un droit privé, elle s'analysait en une valeur patrimoniale, donc un bien au sens de la première phrase de l'article 1 »¹¹³. La Cour a confirmé sa position à l'égard de la clientèle commerciale. Dans l'arrêt Iatridis¹¹⁴, elle estime que le requérant a « exploité, en vertu d'un contrat signé en bonne et due forme, le cinéma pendant onze ans avant son expulsion sans avoir été inquiété par les autorités, grâce à quoi il avait constitué une clientèle, qui s'analyse en une valeur patrimoniale ».

68. Tentative d'établissement d'une typologie. Face au foisonnement des nouvelles valeurs que sont les bases de données, les logiciels, les noms de domaine, l'information, l'image etc. , se dessinent des regroupements de certaines nouvelles valeurs entre elles. Ainsi, les logiciels et les bases de données pourraient être regroupés entre eux car relevant tous deux de la propriété intellectuelle (protection par le droit d'auteur). L'information ainsi que l'image pourraient être associées car revêtant un intérêt dans l'instant pour les médias, relevant ainsi de l'ordre de l'éphémère et de l'instantané. D'autres comme les noms de domaine et les clientèles pourraient être rapprochés car ayant tous deux pour objectif de drainer et d'atteindre un groupe déterminé de personnes. De même pourraient être regroupés les quotas laitiers, betteraviers et

¹¹¹ S. PAVAGEAU, Préface de Stéphane BRACONNIER, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, LGDJ, mars 2006, p. 146, n° 217.

¹¹² CEDH, Van Marle, 26 juin 1986, Série A, n° 101.

¹¹³ S. PAVAGEAU, Préface de Stéphane BRACONNIER, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, LGDJ, mars 2006, p. 150, 151, n° 221 et 222.

¹¹⁴ CEDH, Iatridis, 25 mars 1999.

d'émission de gaz à effet de serre avec les instruments financiers qui sont tous potentiellement aptes à intégrer un marché financier voire boursier rythmé par l'offre et la demande.

69. Constat. Une constante se dégage dans la littérature juridique contemporaine dénonçant l'inaptitude du Code civil à régir les richesses de notre monde présent. Le livre II du Code civil se réfère à une civilisation révolue fortement dominée par un monde agraire et consacrant la propriété immobilière alors que la société actuelle est devenue urbaine, industrielle et commerciale. Cette société a subi de profondes mutations, la nouveauté est le recul de la propriété immobilière, au profit des multiples propriétés mobilières, et notamment son extension aux droits incorporels dont la propriété intellectuelle est la plus créatrice et innovante.

70. Dynamique de l'étude. La valeur devient un bien, le jour où la société répond par l'intervention juridique du Droit, autrement dit, lorsque le Droit s'intéresse à elle, lui accordant un mode de réservation. C'est notamment ce passage charnière de la valeur au bien qui participe à la mutation de l'objet du droit des biens. L'émergence de nouvelles valeurs (**Chapitre I**) mais encore et surtout, peut être, l'émergence de nouveaux biens (**Chapitre II**) contribuent à la métamorphose de l'objet du droit des biens. Ces nouvelles valeurs ainsi que ces nouveaux biens, et plus particulièrement leur articulation, participent à démontrer la mutation de l'objet du droit des biens.

CHAPITRE I

L'EMERGENCE DE NOUVELLES VALEURS

71. Valeurs. Doit être entendu comme « valeurs » tout élément matériel et plus particulièrement, depuis deux siècles, tout élément immatériel présentant pour l'homme à la fois un critère d'utilité et de rareté. Noms de domaine, information, image etc. constituent autant de nouvelles valeurs actuelles. En effet, ces nouvelles valeurs recouvrent un champ extrêmement vaste, difficile à délimiter de manière certaine. Le problème est que désormais tout est ou peut devenir valeur. Autant dire que le redoutable défi de la société post-moderne sera de trouver l'anti-valeur¹¹⁵.

72. Transformation du patrimoine : mouvement de valorisation. Dès 1966, dans un article fondateur relatif aux transformations du patrimoine dans le droit civil moderne, le Professeur Pierre Catala attirait l'attention sur le fort mouvement de valorisation de l'activité humaine. Cette valorisation du travail se manifeste notamment par l'attribution de monopoles d'exploitation économique des créations intellectuelles, ou encore par la patrimonialisation de certaines situations professionnelles¹¹⁶.

73. Immatérialité. L'apparition de nouvelles catégories de biens est l'un des traits majeurs d'une époque dominée par le progrès technique, et gagnée par l'immatériel¹¹⁷. En effet, la plupart des nouveaux biens sont immatériels : l'information, la renommée, les topographies de semi-conducteurs, les obtentions végétales et animales, les logiciels, les banques de données et autres savoir-faire, les noms de domaine, les instruments financiers, le numéro de carte de

¹¹⁵ T. REVET, *Les nouveaux biens, Rapport français*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 290, n° 24 *in fine*.

¹¹⁶ P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, RTD Civ 1966, p. 191 et s. plus spécialement p. 195, n° 14. Sur l'évolution de cette notion, M. GRIMALDI, *Le patrimoine au XXI^{ème} siècle*, Rapport de synthèse du 96^{ème} Congrès des notaires de France, LPA 21 juillet 2000, p. 4 et s., n° 145 ; Dossier Renouveau du droit de propriété, *Droit et patrimoine*, mars 2001, n° 91 ; F. ZENATI, *Mise en perspective et perspective de la théorie du patrimoine*, RTD Civ 2003, p. 667 et s.

¹¹⁷ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du droit, T. 43, éd. SIREY, 1999, p. 79 et s.

crédit, le portefeuille de valeurs mobilières, le fonds artisanal, le fonds libéral et autres licences de taxis, les quotas laitiers, les quotas betteraviers, les droits de plantation et de replantation, les quotas d'émission de gaz à effet de serre, les appellations d'origine contrôlée, la position contractuelle, le patrimoine fiduciaire, les recettes de cuisine, les informations génétiques et autres permis de polluer¹¹⁸ ou encore l'image.

Face à une telle inflation de ces nouvelles valeurs une étude descriptive révélant l'apparition de ces dernières est rendue nécessaire mettant en exergue leur patrimonialisation.

74. Biens informationnels¹¹⁹. C'est, en effet, avec l'irruption des « biens informationnels » dans la plus classique propriété intellectuelle qu'on doit un renouveau particulier de la réflexion en matière de propriété intellectuelle, car les règles et principes existants se sont souvent révélés inadaptés aux besoins spécifiques de ces nouveaux objets de droit.

On notera, toutefois, qu'il ne s'agit pas d'une catégorie juridique. C'est la doctrine qui fait observer que l'information prenait comme telle une valeur particulière, une valeur qui se trouvait en quelque sorte « matérialisée » dans un support faisant considérer alors cet « objet » nouveau aussi bien comme valeur, comme bien, que comme vecteur d'information. Il fut, cependant, relevé que toute la propriété intellectuelle avait toujours été construite sur de l'information *lato sensu* et donc, si l'on veut, sur des « biens informationnels »¹²⁰. Le Professeur Michel Vivant précise en effet, que « toutes les propriétés intellectuelles que connaît notre droit reposent sur la reconnaissance du bien-information, qu'il s'agisse de brevets, de marques, de dessins ou de modèles, d'obtentions végétales ou de droit d'auteur. Le créateur apporte, révèle, fait connaître quelque chose à la collectivité (forme ou idée, peu importe), il lui apporte une « information » (en un sens large mais propre) et celle-ci est traitée comme un bien et devient objet de droit. Il n'y a pas de propriété intellectuelle sans reconnaissance du bien-information »¹²¹.

¹¹⁸ T. REVET, « Les nouveaux biens », Rapport français, in *La propriété*, Association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 271.

¹¹⁹ M. VIVANT, *A propos des « biens informationnels »*, JCP G 1984, I, Doctrine, 3132.

¹²⁰ M. VIVANT, A. MAFFRE-BAUGE, Les notes de l'ifri, *Internet et la propriété intellectuelle : le droit, l'information et les réseaux*, n° 42, 2002, p.21, 22.

¹²¹ M. VIVANT, *A propos des « biens informationnels »*, JCP G 1984, I, Doctrine, 3132. Monsieur Michel Vivant relève que le « bien informationnel » est une réalité, mais ce n'est pas une chose nouvelle.

75. Plan. Noms de domaine (**Section 1**), information (**Section 2**), image (**Section 3**), quotas laitiers, betteraviers et de gaz à effet de serre (**Section 4**), numéro de carte de crédit (**Section 5**) attirent aujourd'hui toutes les attentions.

SECTION 1

LES NOMS DE DOMAINE

76. Explosion d'Internet. Les techniques sans cesse développées des télécommunications ont, depuis environ deux décennies, été enrichies par l'invention d'Internet permettant un aménagement rapide et à un coût raisonnable de l'usage des télécommunications. Plus particulièrement il s'agit de services multimédias combinant texte, image et son. L'expression nom de domaine désigne les adresses permettant de localiser un site correspondant à une adresse numérique ex : télécom. gouv. fr. La révolution provoquée par Internet tient au delà de progrès techniques propres à élargir le champ des connaissances, au fait que l'information revêt deux caractères nouveaux, ou quasiment tels : l'instantanéité et l'ubiquité¹²².

77. Définition. La communication Internet comporte un mode particulier d'identification du site, curieusement appelé nom de domaine (com. pour les activités commerciales, fr. pour la France). Le choix du nom (le « nommage », sic) n'est pas libre : une institution officieuse en vérifie la disponibilité (afnic, pour les noms en fr. internic, pour les noms en com.). C'est un signe distinctif¹²³ qui constitue un monopole d'exploitation et une propriété intellectuelle. Il est protégé comme la marque et comme le nom commercial, par la contrefaçon, la concurrence déloyale et la responsabilité civile, à condition d'être distinctif ou notoire, original et qu'il y ait un risque de confusion. Il peut entrer en conflits avec d'autres droits : le nom civil, le nom commercial, les marques ou d'autres noms de domaine¹²⁴. Lorsqu'il y a risque de confusion le conflit se règle par l'antériorité de l'usage, non celle de l'enregistrement. Un système de médiation et d'arbitrage a été établi par l'ICANN¹²⁵ qui règle les conflits en sanctionnant la

¹²² F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2002, p. 73, 74, n° 63.

¹²³ G. LOISEAU, *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, Dalloz1999, Chron. 245. V. *infra*, n° 330 et s.

¹²⁴ E. TARDIEU-GUIGUES, *La protection des noms de domaine*, JCP E Semaine juridique édition entreprise 2003, N° 3 supplément à la semaine juridique n° 27 du 3 juillet 2003, p. 14 à 19.

¹²⁵ Internet Corporation for Korigined names and numbers.

mauvaise foi. Face à la multiplication des conflits liés aux noms de domaine sur internet a conduit l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à élaborer avec l'ICANN un mécanisme de règlement extra-judiciaire des litiges. N'assisterait-on pas à une véritable élaboration d'un droit *sui generis* ¹²⁶?

78. Approfondissement. Le système des noms de domaine a pour fonction d'aider à la navigation les utilisateurs sur le réseau Internet. Deux éléments lui permettent de remplir ce rôle : le nom de domaine proprement dit et l'adresse IP (Internet Protocole) correspondante. Le nom de domaine peut se définir donc comme la traduction alphanumérique du numéro d'un ordinateur connecté au réseau. Ainsi, plus commode de mémorisation et d'utilisation. Par exemple, le nom de domaine de l'Organisation Mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) est www.wipo.int, tandis que son adresse IP, adresse numérique d'un ordinateur particulier, sera par exemple 195 92 249,55¹²⁷. Le nom de domaine est devenu une adresse électronique personnalisée permettant alors d'identifier un site WEB.

79. Engouement. Le nom de domaine entendu en tant que traduction alphanumérique du numéro d'un ordinateur, le nom de domaine ne peut consister qu'en un assemblage de lettres ou de chiffres composant soit un nom, un patronyme, un pseudonyme ou un nom de fantaisie, soit un sigle, soit encore une suite de lettres ou de chiffres dépourvus de sens particulier. Au printemps 1999, il existait près de 7.2 millions de noms de domaine enregistrés de par le monde, avec une progression d'environ 21 000 nouveaux enregistrements par semaine.

80. Le nom de domaine, une valeur économique. Le nom de domaine est incontestablement par nature et par fonction un signe distinctif : il est aux autoroutes de l'information qui sillonnent le cybermonde ce que les antiques enseignes sont aux rues qui jalonnent nos cités terrestres. Il s'agit incontestablement d'une « valeur économique » susceptible d'être qualifiée d'objet de droit¹²⁸.

¹²⁶ V. FAUCHOUX et N. BEAURAIN, Règlements des conflits de noms de domaine : vers l'élaboration d'un droit *sui generis* ? Légipresse, Mars 2000, N° 169, p. 15, II Chroniques et Opinions.

¹²⁷ J.-C. GALLOUX et G. HAAS, *Les noms de domaine dans la pratique contractuelle*, Revue de la communication du commerce électronique, 2000, n° 1, Chron. n° 2.

¹²⁸ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2006, p. 915, 916, n° 1656.

C'est, en effet, à travers de cet identifiant que l'entreprise peut se faire connaître et reconnaître sur le réseau et donc drainer vers elle une clientèle. L'intérêt n'est pas mince quand on sait que les entreprises disposent avec l'Internet d'un nouveau support publicitaire, la création d'un site Web leur permettant d'y promouvoir leur activité. Surtout, avec le développement du commerce électronique s'est ouvert sur l'Internet un nouvel espace marchand où les opérateurs économiques peuvent proposer directement la fourniture de biens ou de services. Plus qu'une simple adresse électronique, le nom de domaine sert dès lors de signe de ralliement de la clientèle vers le site qu'il identifie en même temps qu'il constitue un outil publicitaire efficace. Les entreprises l'ont d'ailleurs bien compris puisqu'elles emploient généralement comme nom de domaine leur propre dénomination ou leurs marques, c'est-à-dire les signes autour desquels elles communiquent déjà et sous lesquels leurs clients peuvent donc s'attendre à les trouver sur le réseau.

Que des noms de domaines puissent avoir une valeur économique importante et difficilement contestable. En tant que supports d'une réputation commerciale pour les entreprises, ou de la notoriété d'un individu si l'on imagine un nom de domaine constitué du nom d'une personne célèbre, leur valorisation s'induit de ce rôle d'identifiant¹²⁹.

81. Patrimonialisation des noms de domaine. Quotidiennement, la valeur des noms de domaine augmente et la presse se fait écho de rachats, pour des montants pouvant dépasser le million de dollars US. L'engouement que suscitent les noms de domaine, et l'importance des enjeux financiers qui s'y rapportent, ne sont pas sans générer une multiplication de contentieux¹³⁰.

Alors que les noms de domaine sont en voie de consécration en tant que « ressource publique », les modalités de l'appropriation de cette ressource particulière deviennent toujours plus complexes à mesure que prolifèrent les organes chargés de sa gestion et que sont prises des règles supplémentaires pour l'amélioration des conditions de l'attribution de ces noms¹³¹.

¹²⁹ G. LOISEAU, *L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine*, Droit et Patrimoine Mars 2001, N° 91, Dossier, p. 59, 60.

¹³⁰ V. FAUCHOUX et N. BEAURAIN, *Règlement des conflits de noms de domaine : vers l'élaboration d'un droit sui generis ?*, Legipresse, Mars 2000, N° 169, p. 15, II Chroniques et opinions.

¹³¹ C. MANARA, *Observation de l'évolution des noms de domaine*, Dalloz 2001, N°36, Chronique Doctrine, Commerce électronique, p. 2958 et s.

Il est difficilement contestable que les noms de domaine, à tous le moins certains d'entre eux, représentent aujourd'hui des valeurs économiques importantes. Pour les entreprises qui les utilisent sur le réseau, ils constituent le support, mais également le vecteur de leur réputation commerciale, et y puisent ensemble leur pouvoir attractif et une valeur marchande. De façon générale, ayant un rôle stratégique à jouer dans la connaissance et la reconnaissance d'un opérateur sur l'Internet, leur utilité entraîne un phénomène d'enrichissement. Acquis ou supposée, cette valeur les porte d'ailleurs à circuler sur le marché. Que l'on songe, parmi d'autres, au cas du nom de domaine Business.com qui a été racheté pour 7,5 millions de dollars¹³².

82. Contractualisation des noms de domaine. Considéré en lui-même et pour lui-même le nom de domaine est perçu comme une valeur économique conférant à son titulaire un avantage concurrentiel, parce que « l'audience d'un site est liée à son nom de domaine ». En fait de quoi la commercialité des noms de domaine est également affirmée : pour les juges, il n'est que de considérer les utilités économiques de ce signe pour concevoir qu'« un nom de domaine est un signe qui peut être cédé ou concédé »¹³³.

Le nom de domaine peut être attribué à toute personne physique ou morale qui en fait la démarche auprès de l'autorité compétente, généralement par l'intermédiaire d'un mandataire qui est une société spécialisée. L'attribution d'un nom de domaine repose donc sur un véritable contrat d'enregistrement par lequel l'autorité compétente alloue un nom de domaine avec l'engagement de faire jouir le demandeur de cet objet moyennant un prix que celle-ci s'engage à lui payer.

Compte tenu des multiples activités commerciales menées sur l'Internet, les noms de domaine font partie de la panoplie de communication des entreprises pour se faire connaître, ainsi que pour faire connaître leurs produits ou leurs activités. C'est ainsi que le nom de domaine attribué par les autorités compétentes est devenu un objet de contrat. Le détenteur d'un nom de domaine peut céder celui-ci à un tiers, de telles transactions peuvent d'ailleurs atteindre des sommes considérables : le nom de domaine « Business.com » a récemment été acheté pour 7,5 millions

¹³² G. LOISEAU, *Protection et propriété des noms de domaine*, Dalloz 2001, jurisprudence commentaire, commerce électronique, p. 1379 et s. plus particulièrement p. 1381, n° 4.

¹³³ G. LOISEAU, *Protection et propriété des noms de domaine*, Dalloz 2001, jurisprudence commentaire, commerce électronique, p. 1379 et s. , dont notamment p. 1381, n° 4.

de dollars. La pratique a également développé les contrats de portail : l'objectif d'un portail est de permettre de diriger des accès vers un point de convergence unique, il s'agit alors de manipuler et de distribuer un grand nombre de flux de données à de multiples utilisateurs. Le contrat de portail est une forme de convention, de référencement d'un site sur un portail. En contrepartie de sa visibilité le détenteur du nom de domaine accorde un accès à son contenu tout en s'engageant à animer le portail. Enfin la pratique a également développé des accords de coexistence des noms de domaine à l'instar des conventions qui existent en matière de brevet ou de marque¹³⁴.

83. La reconnaissance progressive du nom de domaine comme un bien. Aujourd'hui, il est difficilement contestable que les noms de domaine représentent des valeurs économiques importantes. Pour les entreprises, ils constituent non seulement le support, mais encore, le vecteur de leur réputation commerciale exerçant un certain pouvoir d'attraction sur leur clientèle, incarnant ainsi une valeur marchande indéniable. La valeur économique qu'ils incarnent et leur utilité entraîne un phénomène d'enrichissement, une sorte de plus-value incontestable. Cette patrimonialisation se caractérise par la commercialité des noms de domaine au travers du développement d'une contractualisation où ce signe peut être cédé ou concédé. L'accession à la pleine patrimonialité souligne le Professeur Grégoire Loiseau « se lit encore dans un jugement d'outre-Rhin, rendu le 22 septembre 1999 par le Tribunal de grande instance de Essen, qui reconnaît aux noms de domaine une valeur économique les rendant susceptibles de nantissement. Un tel nantissement ne serait pas possible en droit français, sur le nom de domaine pris isolément, en l'absence de disposition légale le prévoyant. Mais il serait en revanche concevable qu'en tant qu'élément incorporel du fonds, il soit compris dans l'assiette du nantissement portant sur ce dernier. Tout cela, finalement, donne bien le ton de la genèse judiciaire du nom de domaine : reçu par réalisme comme une valeur au sens économique du terme, il est progressivement appréhendé, avec orthodoxie, comme un bien au sens juridique du terme. Cet arrêt relève le caractère économique du nom de domaine ainsi qu'incidemment la qualité de propriétaire de son titulaire »¹³⁵. Tout cela amène à penser par une interprétation analogique en droit français que le nom de domaine s'affirme alors comme un bien à par entière.

¹³⁴ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2006, p 919, n° 1662.

¹³⁵ G. LOISEAU, *Protection et propriété des noms de domaine*, Recueil Dalloz, 2001, Jurisprudence commentaires, Commerce électronique, p. 1379 et s. dont notamment p. 1381, n° 4.

SECTION 2

L'INFORMATION

84. Intérêt de l'information. L'information est devenue, dans l'ère postindustrielle dans laquelle se trouve la société actuellement, une sorte de dénominateur commun de tous les nouveaux droits qui apparaissent, car, en effet, aujourd'hui les biens juridiques se dématérialisent. L'information se présente telle une richesse incorporelle qui s'avère être parfois très importante¹³⁶. Les juristes s'interrogent sur la possibilité de reconnaître l'existence d'un droit privatif général sur les informations qui serait en fait l'application d'un principe imminent de l'appropriation de l'information et ainsi qui permettrait à leur créateur de bénéficier d'une protection sans attendre l'établissement de nouveaux droits de propriété incorporelle par voie législative. L'information, peut être entendue comme « un élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué » tel est la définition donnée par l'arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire informatique. Sur le fait de donner une définition uniforme et unanime ceci paraît illusoire en effet, la doctrine semble divisée sur ce point. Certains tels que les Professeurs Auby et Ducos-Ader entretiennent plutôt une vision utilitariste consistant à donner à l'information une définition qui dépende de son contenu et non de sa nature¹³⁷.

L'attitude pragmatique consiste à soutenir que l'information est toute forme ayant une valeur économique « en raison du public qui la convoite ». D'autres sont sceptiques sur la possibilité de donner à l'information une définition. En revanche, pour le Professeur Catala l'information « est d'abord l'expression, la formulation destinée à rendre un message communicable, elle est ensuite communiquée ou peut l'être à l'aide de signes choisis pour porter le message à autrui »¹³⁸. La pratique s'emploie à faire reconnaître le caractère appropriable de certaines informations par différents moyens tout d'abord contractuellement, consistant à traiter de l'information technique comme un bien, ensuite la jurisprudence consiste à mettre en avant la

¹³⁶ L. AYNES et Ph. MALAURIE, *Les biens*, Précis Dalloz, 3^{ième} éd. , 2007, p. 55, n° 200.

¹³⁷ L'information doit être entendue comme « ...l'action consistant à porter à la connaissance d'un public certains faits ou opinions à l'aide de procédés visuels ou auditifs comportant des messages intelligibles pour le public : l'information est également le résultat de cette action sur les destinataires ».

¹³⁸ P. CATALA, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, Dalloz, 1984, Chron. 97 et s.

valeur économique de certaines informations afin de limiter leur circulation en s'appuyant sur le droit de la concurrence.

85. Caractéristiques de l'information. L'information recouvre cependant deux caractéristiques être de nature incorporelle et consiste en une valeur économique. L'information appartient à la réalité du monde elle est donc une chose. Le droit de propriété demeure toujours le modèle cité pour le passage de la chose au bien. Le Professeur Jean-Christophe Galloux reprend à la fin de son article¹³⁹ une définition posée par le Professeur Grzegorzcyk. La valeur et l'utilité des informations ne justifient donc pas leur appropriation. « Ce qui compte pour qu'une chose soit un bien et donc un objet de droit de propriété..., ce n'est pas qu'elle soit saisissable et aliénable, mais simplement que l'on envisage l'utilité de l'appréhender exclusivement afin de pouvoir en disposer ».

Contrairement au Professeur Jean-Christophe Galloux qui pense que l'information fait l'objet d'un droit privatif, le Professeur Rémy Libchaber quant à lui penche pour rattacher l'information aux choses communes. Ce dernier soutient « on peut s'interroger sur le rattachement aux choses communes de ce que l'on peut baptiser du terme d'information. A la vérité, cette appellation est si générale, désigne des choses si différentes, qu'il est bien difficile d'envisager l'information en tant qu'objet d'une éventuelle appropriation. Tant que l'on définit l'information par ses apparences extérieures, par l'idée de forme communicable, il est presque impossible de dire si elle peut ou doit faire l'objet d'un droit privatif. En revanche, si l'on en restreint l'acception à ce qui est constitué de données du monde réel, certes reflétées dans une certaine forme, on se rapproche des choses communes à proportion de l'absence d'originalité... C'est pourquoi il faut se demander si ... les informations ne devraient pas être considérées par leur nature comme des *res communes* »¹⁴⁰.

86. Définition. L'information peut recouvrir deux sens. Tout d'abord, elle renvoie à l'action de rechercher une preuve et le résultat de cette recherche, mais encore elle peut

¹³⁹ J. C. GALLOUX, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, (L'information comme objet de droit privatif), Recueil Dalloz 1994, p. 229 et s. , n° 29. A rapprocher de P. CATALA, « La « propriété » de l'information », in *Mélanges Ph. RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97 et s. ; P. CATALA, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, D. 1984, Chron. 97 et s.

¹⁴⁰ R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *1804-2004 Le livre du bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 297 et s. plus spécialement, p. 348, 349, n° 46.

renvoyer au renseignement possédé et l'action de la communiquer à autrui (à une personne déterminée ou au public)¹⁴¹. C'est ce dernier sens qui sera retenu.

L'information brute n'est en définitive que l'information considérée dans un état antérieur à tout enrichissement : des nouvelles de presse qui sont livrées par les journalistes, sans commentaire de fond, sur support papier ou en ligne par de grandes agences internationales, ou encore des données publiques un temps qualifiées de données essentielles. Ces informations que l'on peut qualifier « d'informations ressources » ont effectivement une existence propre avant tout conditionnement intellectuel (commentaire d'un tableau de statistiques)¹⁴².

Le Professeur Jérôme Passa envisage l'information comme une notion générique, sous laquelle l'opinion commune range des éléments aussi variés qu'une donnée brute, un savoir-faire, une invention, une innovation végétale, un secret industriel, une idée, une découverte, une création de forme, un événement d'actualité, une donnée à caractère personnel, etc. : autant de concepts plus précis que celui d'information, qui correspond dans chaque cas à une « information spécifiée, coulée dans une forme particulière à laquelle le droit positif confère ou est susceptible de conférer une qualification ». De manière synthétique l'information est un élément de connaissance de l'état du réel, doté d'une valeur économique en raison de l'intérêt que son acquisition peut présenter ; elle serait en somme synonyme de valeur économique immatérielle¹⁴³. En quelque sorte le Professeur Jean-Christophe Galloux dresse un constat en droit il n'existe pas une définition de l'information ; à ce terme on préfère ceux, substitutifs ou diminutifs, de « valeur économique », « idée », « création »¹⁴⁴.

Pour le Professeur Catala l'information se présente tel un bien en soi, immatériel certes, mais constituant un produit autonome et antérieur à tous les services dont elle pourra être l'objet. L'information est d'abord expression, formulation destinée à rendre un message communicable ; elle est ensuite communiquée, ou peut l'être, à l'aide du signe choisi pour porter le message à autrui. Cependant, il est de l'essence de l'information d'être communicable, il est dans sa nature d'être communiquée. Cette fonction met en scène un autre sujet de droit : le destinataire du message, individu isolé ou multiple, sujet passif ou interactif, mais en tout cas partenaire de la communication. Pour donner une image exacte de l'information, il faut aussi prendre en compte

¹⁴¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, mars 2007, p. 490, cf. information.

¹⁴² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd. 2009, p. 82, 83, n° 78.

¹⁴³ J. PASSA, *La propriété de l'information : un malentendu*, Droit et patrimoine, N° 91, Mars 2001, Dossier Renouveau du droit de propriété, p. 64 et s. dont plus particulièrement p. 65.

¹⁴⁴ J.-C. GALLOUX, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, Dalloz 1994, p. 229 et s., n° 18.

sa destination, et pas seulement sa genèse. Elle apparaît alors comme une relation juridique de transfert entre celui qui émet le message et celui qui le reçoit. Un peu à la manière du rapport obligatoire, cette relation unit deux personnes ou un plus grand nombre à propos d'un objet. Comme il arrive souvent dans la langue du droit, un même terme, l'information, désigne à la fois la relation interpersonnelle et sa matière. Ainsi l'information est successivement formulation et communication. Elle a alors besoin d'outils, le progrès de la technologie a centuplé les outils qui lui sont disponibles¹⁴⁵.

87. Appropriation de l'information : l'exemple des bases de données. L'information est-elle appropriable ? L'information est-elle un bien ? La question des biens depuis 1804, revient à s'interroger sur ce qui fait l'essentiel de la richesse, c'est-à-dire l'immatériel : savoir faire, marque, brevet. Deux courants doctrinaux s'affrontent : le courant légaliste, celui du droit positif en matière de droit immatériel, sont appropriables les valeurs que le droit décide de rendre appropriables ; en revanche, le courant réaliste, défendu par les Professeurs Frédéric Zenati et Thierry Revet, à la base le bien est une valeur dès lors qu'il est utile et rare et la valeur mérite d'être protégée et là seulement intervient le droit. Tout ce qui est valeur mériterait d'être protégé par le droit de propriété, ceci est le courant minoritaire.

C'est la directive communautaire du 11 mars 1996¹⁴⁶ et notamment sa loi de transposition en droit français du 1^{er} juillet 1998¹⁴⁷ qui a eu pour mérite d'établir une définition de la base de données. En effet, l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle énonce « Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent Code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles. On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ».

Ainsi la base de données est tout simplement un recueil, un ensemble d'un type nouveau susceptible de protection au titre du droit d'auteur.

¹⁴⁵ P. CATALA, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, Dalloz, 1984, Chron. 97 et s. , n° 5, 6.

¹⁴⁶ Directive communautaire n° 96/9/CE du 11 mars 1996.

¹⁴⁷ Loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998.

Les Professeurs Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière soulignent tous deux que la directive du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données et la loi du 1^{er} juillet 1998 (Article L. 112-3 et L. 341-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle) semblent, de prime abord, conforter pleinement l'exclusion de la protection de l'information par le droit d'auteur. Le droit sur le contenant (droit d'auteur) reconnu à l'article L. 112-3 porte seulement sur l'agencement des données. Alors même que la protection de la réunion d'informations selon une présentation particulière serait admise, il n'y aurait pas de contrefaçon dans le fait de reproduire de manière isolée les données. Tirer une information d'une base, d'un recueil n'est donc pas de ce point de vue critiquable. La consécration par la directive d'un droit d'interdire l'extraction ou la réutilisation des données, sous le nom de droit *sui generis*, semble cependant remettre en cause cette perspective. Il s'agit bien ici d'une protection du contenu, c'est-à-dire, non plus de l'agencement mais des données elles-mêmes. Aussi, bien que les auteurs de la directive n'aient pas eu l'intention de créer un droit privatif on ne peut s'empêcher d'observer que « pour la première fois l'information comme telle, devient objet direct d'un droit, et d'un droit qui n'est pas loin d'être privatif »¹⁴⁸.

En effet, le législateur a fortement innové et ouvertement accordé, cette fois aux producteurs de bases, un droit propre, *sui generis*, sur le contenu de leurs bases afin d'empêcher l'extraction comme la réutilisation non autorisées des données que celle-ci contient. Ce nouveau droit porte, en effet, sur la substance même de l'information, et non sur sa formalisation, répondant au besoin de protection exprimé par les professionnels qui souhaitaient être dotés d'un outil juridique pour se réserver la valeur économique que représente aujourd'hui l'information¹⁴⁹. Le producteur est entendu comme « la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondant (à la base) »¹⁵⁰. Ce droit d'interdire posé à l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle¹⁵¹ peut être mis en œuvre lorsqu'il y a extraction et/ou

¹⁴⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2009, p. 84, n° 80. V. *infra*, n° 396.

¹⁴⁹ M. VIVANT, *An 2000 : l'information appropriée ?*, *Mélanges BURST*, Paris, Litec, 1997, p. 651 ; A. LUCAS et H. J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ième} ad., 2000, p. 635.

¹⁵⁰ Article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵¹ Article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle pose que « Le producteur de bases de données a le droit d'interdire : 1° L'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit. 2° La réutilisation, par mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, qu'elle qu'en soit la forme. Ces droits peuvent être transmis ou cédés ou faire l'objet d'une licence. Le prêt public n'est pas un acte d'extraction ou de réutilisation ».

réutilisation substantielle ou anormale de la base. Il porte sur le contenu de la base, c'est-à-dire sur l'information elle-même. Cela est une forme d'appropriation de l'information tout à fait exceptionnelle dans notre droit. Le producteur peut également interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données (Article L. 342-2 du Code de la propriété intellectuelle)¹⁵².

Le Professeur Jérôme Passa souligne que la récente entrée en vigueur d'une loi créant un droit du producteur de base de données, ainsi que les premières décisions rendues sur son fondement relancent sensiblement le débat. En effet, la question de l'appropriation de l'information s'est toujours caractérisée par une absence de consensus autour de la notion d'information. L'information est-elle ou peut-elle être objet de propriété ? Cette question a été largement débattue dans les années 80 à propos de la théorie dite des biens informationnels, fondée sur la volonté d'accorder une protection, d'abord, aux créations issues de la technique informatique, logiciel, bases de données électroniques, à un moment où leur inclusion dans le champ du droit d'auteur n'était pas acquise, puis, plus largement, à toute information dès lors que la conscience fut prise que le développement des techniques de communication lui conférait une valeur économique. « Si le droit veut être le reflet de la réalité, il doit reconnaître que l'information, même immatérielle, est susceptible d'appropriation, afin de permettre à ceux qui travaillent à la production d'informations de rentabiliser leurs investissements et ainsi de continuer à produire, l'argument vaudrait d'ailleurs à plus forte raison aujourd'hui, dans une « société de l'information » largement tributaire de cette production »¹⁵³.

La protection accordée par ce droit *sui generis* est indépendante de celle qui résulte du droit d'auteur. Cela signifie que ce droit existe pour les bases de données non originales, non protégées par le droit d'auteur. Le fondement de ce droit est clairement affirmé par la directive qui poursuit pour principal objectif de protéger les fabricants de bases de données contre l'appropriation des résultats obtenus de l'investissement financier et professionnel consenti par celui qui a recherché et rassemblé le contenu. Cette démarche mérite d'être approuvée car elle

¹⁵² M. BIBENT, *Le droit du traitement de l'information*, ADBS, Nathan Université, 2000, p. 93.

¹⁵³ J. PASSA, *La propriété de l'information : un malentendu*, Droit et patrimoine, Dossier renouveau du droit de propriété ?, N° 91, Mars 2001, p. 64. M. VIVANT, *An 2000 : information appropriée*, in *Mélanges J.-J. BURST*, Litec, 1987, p. 651.

attaque le problème à sa racine en permettant l'appropriation de la valeur économique que constitue l'information, plus exactement d'un ensemble informationnel puisque seule est interdite l'extraction et/ou réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle de la base de données¹⁵⁴. Les bases de données illustrent parfaitement l'appropriation de l'information.

88. L'information en tant que valeur économique. Ainsi l'information entendue par les Professeurs François Terré et Philippe Simler, dans une acception canalisée et suffisamment précise, constitue en quelque sorte le dénominateur commun de l'informatique qui a pour fonction de la traiter et de la télématique qui a celle de la déplacer. En elle-même, s'agissant des médias, l'évènement ou encore la nouvelle a une valeur marchande, illustrée notamment par l'activité des agences de presses. Bien incorporel, elle revêt les formes les plus diverses savoir faire, logiciel, signe distinctif... Elle est toute forme ayant une valeur en raison du public qui la convoite. « En d'autres termes envisagée comme le résultat d'une opération née de la main de l'homme, l'information existe sur la tête de son formateur, comme une chose possédée ou appropriée, avant d'être diffusée, transmise ou vendue »¹⁵⁵.

Le Professeur Jean-Christophe Galloux relève lui aussi que la pratique ne dégage pas plus une définition de l'information. Elle participe à faire reconnaître le caractère appropriable de certaines informations qui ne peuvent bénéficier de la protection par un droit de la propriété intellectuelle. Ses efforts se sont déployés selon différentes stratégies. La première contractuelle, consiste à traiter de l'information technique comme un bien. La seconde, consiste à mettre en avant la valeur économique de certaines informations afin de limiter leur circulation, en s'appuyant sur le droit de la concurrence. La troisième, a consisté à demander la consécration de cet embryon de protection précédent par la création d'un nouveau droit intellectuel à vocation générale sur les créations d'informations¹⁵⁶. D'autres comme le Professeur Rémy Libchaber rapproche l'information des *res communes* car l'information est si générale, désigne des choses si différentes, qu'il est bien difficile d'envisager l'information en tant qu'objet d'une éventuelle

¹⁵⁴ A. LUCAS et H.J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ième} éd. , 2000, p. 636, 637, n° 817-3.

¹⁵⁵ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2002, p. 71 et 72, n° 61.

¹⁵⁶ J.-C. GALLOUX, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, Recueil Dalloz 1994, p. 229, n° 13.

appropriation, écartant ainsi la perception économique et patrimoniale au profit des *res communes*¹⁵⁷.

L'information doit être entendue comme synonyme de valeur économique immatérielle¹⁵⁸. L'information est un bien susceptible d'appropriation. Sa vocation naturelle est de posséder, sauf exception, une valeur patrimoniale. Quand le commerce n'en est pas interdit, l'information est un bien marchand dont le prix se détermine par les lois du marché. Les agences de presse font profession de la vendre, ainsi que tout organisme spécialisé dans le renseignement. De façon plus diffuse, mais aussi plus générale, les devoirs de conseil et autres obligations de renseignement qui parsèment le champ contractuel ont pour objet une information spécifique, due par le sachant à son partenaire. Plus que jamais, dans une société dominée par la technique, le savoir est un ressort convoité de la puissance, cette réalité donne sa valeur à l'information, véhicule du savoir. La demande précédant parfois l'offre, proposition d'une masse d'argent pour une masse de données, tel par exemple un fichier clientèle¹⁵⁹.

89. Contractualisation, valeur patrimoniale. L'information est un bien déconcertant au regard des catégories juridiques. Parfois elle semble se consommer par le premier usage. Ephémère au sens étymologique, sa valeur ne dure qu'un jour. N'est-ce pas le cas de toute l'actualité qui nous abreuve des cours de la bourse aux bulletins de la météorologie ?

La rareté même relative, est génératrice de valeur, donc éventuellement de biens. Celui qui sait est en ce sens plus riche que celui qui ne sait pas. Fernand Braudel disait « La nouvelle, marchandise de luxe, vaut plus que son pesant d'or ». Plus largement le secret en tant que bien fait l'objet d'un débat pris en tenaille entre le droit au secret et le droit à l'information.

Par exemple la recherche d'un héritage a suscité une réflexion juridique. Il est, en effet, de plus en plus fréquent, qu'un notaire recoure à un généalogiste moyennant rémunération afin de révéler à son cocontractant l'héritage que celui-ci ignore. Un tel contrat, le contrat de révélation de succession constitue une vente voire un échange s'il y a rémunération par une quote-part en nature de la succession. Il est ici intéressant de préciser qu'un tel contrat s'avèrerait être nul pour

¹⁵⁷ R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004*, Livre du Bicentenaire, Dalloz Litec, 2004, p. 348, 349, n° 46.

¹⁵⁸ J. PASSA, *La propriété de l'information : un malentendu*, Droit et patrimoine, Dossier Renouveau du droit de propriété ?, N° 91, mars 2001, p. 64 et s. plus précisément p. 65.

¹⁵⁹ P. CATALA, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, Recueil Dalloz 1984, Chron. p. 97 et s.

défaut de cause s'il était établi que l'existence de la succession aurait été portée de toute façon à la connaissance de l'héritier sans l'intervention du généalogiste¹⁶⁰.

En prenant des informations brutes de base, si ces dernières sont mises en mémoire d'ordinateur, qui se révèle être le maître de ces nouvelles données ? Le droit des contrats propose des réponses, les données appartiennent au propriétaire de l'information quand il les façonne lorsqu'il a acquis l'information de base, en vue du traitement auquel il l'a soumet. Le passage de l'information à l'informatique on retrouve les deux éléments de base de l'appropriation : une possession licite par obtention régulière des données, suivi de leur mise en forme.

En prenant un autre exemple qui consiste à combiner plusieurs informations de base pour produire une information résultat. Il est évident que cette dernière est différente des éléments qui la composent et qu'elle peut revêtir une grande valeur économique. A qui appartient l'information résultat ? C'est une fois de plus le droit des contrats qui y répond. Il appartient au propriétaire aux propriétaires des informations de base d'en convenir avec celui à qui ils les procurent en vue de fabriquer, en les combinant, un produit nouveau. En revanche, dans le cas où aucune convention n'existerait alors c'est l'article 573 du Code civil qui énonce « lorsqu'une chose a été formée par le mélange de plusieurs matières appartenant à différents propriétaires, mais dont aucune ne peut être regardée comme la matière principale, ... si les matières ne peuvent plus être séparées sans inconvénient, ils en acquièrent en commun la propriété dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux »¹⁶¹. La relation la plus simple entre l'opérateur (le fournisseur) et son client correspond à la prestation d'information au coup par coup, comme contrat instantané. Mais, cependant, ce sont à des conventions échelonnées dans le temps que ces derniers auront le plus souvent recours, par le biais de contrats de fourniture ou d'abonnement.

Le Professeur Jean-Christophe Galloux quant à lui relève que dans les contrats de coopération, interentreprises, les parties sont amenées à sceller le sort des informations de nature technique ou commerciale qui seront échangées ou créées au cours de la collaboration ; il peut notamment s'agir des résultats dans le cadre d'un accord de recherche. De façon courante, les parties à ces contrats s'attribuent la propriété des informations présentant une valeur économique ou un intérêt stratégique, indépendamment du caractère protégeable ou non de ces informations par un

¹⁶⁰ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2002, p. 70, 71, n° 60.

¹⁶¹ P. CATALA, *Ebauche d'un théorie juridique de l'information*, Dalloz 1984, Chron. 97 et s.

droit de propriété intellectuelle. Le terme information est le plus souvent employé dans un sens large, dans les présentations contractuelles « américaines » les parties y incluent les inventions, les formules, les méthodes, les plans, les procédés, l'expérience, les secrets de fabrication, le savoir-faire..., d'une façon générale, tout ce qui est incorporel et peut avoir une valeur patrimoniale. Les tendances de la pratique révélées par ces formes contractuelles rejoignent les approches doctrinales : définition matérielle de l'information, importance de la valeur patrimoniale, appropriation générale des informations sur le « modèle » de la propriété corporelle¹⁶².

SECTION 3

L'IMAGE

90. Intérêt. Comme le souligne à juste titre le Professeur Jean-Michel Bruguière l'exploitation de l'image d'une maison, d'un tableau, d'un monument public, d'un animal... représente aujourd'hui une activité économique importante. Le photographe, par exemple, crée des images pour le compte d'une agence de photographie qui va elle-même céder ce cliché à une agence de publicité (en cas de réalisation d'une affiche) ou à un éditeur (en cas de l'illustration d'un ouvrage). L'image des biens, du fait de cette circulation, se dote d'une valeur économique et suscite une intervention juridique en même temps¹⁶³.

L'image connaît depuis quelques années un fort mouvement de privatisation. Ceux qui font l'image, les créateurs, n'entendent pas en abandonner la valeur sans contrepartie. Ceux qui sont dans l'image, les sujets, ne veulent pas plus y être ou alors, non sans contrepartie. Sans oublier les biens de ces sujets, ses œuvres ou avec plus de distance aujourd'hui, la représentation de ses propriétés. L'image de son café, l'image de sa péniche fleurie¹⁶⁴ sont autant d'affaires qui ont fait couler beaucoup d'encre qui mérite un bref rappel.

L'image suscite encore un grand nombre de questions : l'image des personnes est-elle un possible objet de commerce au sens de l'article 1128 du Code civil¹⁶⁵ ? Il est fort intéressant de

¹⁶² J.-C. GALLOUX, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, Recueil Dalloz 1994, p. 229, n° 14.

¹⁶³ J.-M. BRUGUIÈRE, *Guide Légipresse, L'exploitation de l'image des biens*, PUF, Victoires éditions, 2005.

¹⁶⁴ J.-M. BRUGUIÈRE, *Colloque Image et droit, Un art libre induit un regard libre*, 7 juillet 2003, PUAM, 2004, p.12, propos introductifs.

¹⁶⁵ L. MARINO, *Les contrats portant sur l'image des personnes*, Comm. com. électr, Mars 2003, N°3, Chron. p.10.

remarquer que pour l'image des biens, le problème était différent, avant le revirement de jurisprudence du 7 mai 2004, puisque l'on admettait bien en amont l'existence de la propriété.

91. Le droit à l'image des biens, contractualisation. Les Professeurs Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière résument cette construction, qu'il est difficile d'ignorer¹⁶⁶, ainsi. Le point de départ correspondant à la consécration se trouve dans la décision rendue par la première Chambre civile de la Cour de cassation, le 10 mars 1999, sous le visa de l'article 544 du Code civil. Les magistrats déclaraient : « Le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit (...) L'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire »¹⁶⁷. A l'occasion de la reproduction d'une péniche, la première Chambre civile confirmait cette orientation « Les juges du fond ont caractérisé le trouble manifestement illicite causé à M. Martin par la commercialisation de cartes postales, représentant la péniche dont il est propriétaire, en retenant que cette péniche était le sujet principal »¹⁶⁸. Sans remettre en cause le principe de l'appropriation, les juges se montreront par la suite plus exigeants. Une sorte d'infléchissement se réalise toujours sous le visa de l'article 544 du Code civil, « En se déterminant ainsi, sans préciser en quoi l'exploitation de la photographie par les titulaires du droit incorporel de son auteur portait un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »¹⁶⁹. Cette jurisprudence sera abandonnée en 2004 correspondant à une sorte de condamnation opérée par l'Assemblée plénière. Le 7 mai 2004 l'Assemblée Plénière pose en effet, que « Mais attendu que le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal »¹⁷⁰.

La prospérité de l'activité de l'image des biens résulte en grande partie du contrat qui se présente comme un admirable instrument de circulation des richesses. Admettant que l'image puisse bien être l'objet d'une convention, il faut ici constater que l'outil contractuel favorise de

¹⁶⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2009, 1^{ère} éd., p. 272, 273, n° 387.

¹⁶⁷ Cour Cassation Civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, Bull. Civ. I, n° 87, Recueil Dalloz 1999, p. 319, note E. AGOSTINI, JCP 1999, II, 10078, p. 857, note P.-Y GAUTIER.

¹⁶⁸ Cour Cassation Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2000, Bull. Civ. I, n° 24.

¹⁶⁹ Cour Cassation Civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, Recueil Dalloz 2001, p. 1973, note J.-P. GRIDEL, RTD Civ. 2001, p. 618, obs. T. REVET, Les Petites Affiches 2001, n° 167, p. 9, note J.-M. BRUGUIÈRE.

¹⁷⁰ Assemblée plénière 7 mai 2004, JCP 2004. II. 10085, note Caron. Cf. aussi B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, Thèse Montpellier.

nombreuses choses. Il est en effet possible d'ordonner la création de l'image au moyen d'un contrat de commande ou d'un contrat de travail (consentement du propriétaire du bien reproduit) et de le faire circuler au moyen d'un contrat de prêt, de cession, d'édition, de mandat, de commercialisation.

92. Mouvement. L'image des personnes (§1) appréhendée par le droit a vite fait de laisser place à une véritable patrimonialisation du droit à l'image des personnes passant inévitablement par une valorisation contractuelle (§2).

§1. L'image des personnes

93. Généralités, images des personnes. La jurisprudence affirme de façon constante que « toute personne a sur son image et l'utilisation qui en est faite un droit exclusif et peut s'opposer à sa diffusion »¹⁷¹. Ce principe s'applique sans exception à toute personne fût-elle au premier plan de l'actualité ou de la vie mondaine, et il ne saurait souffrir d'exception pour les vedettes de l'art et les personnalités publiques. Les atteintes au droit à l'image sont très diversifiées puisqu'elles sont caractérisées dès lors que l'image d'une personne est publiée sans son autorisation, dans n'importe quelle circonstance, qu'il s'agisse de scènes de la vie familiale, de photographies démontrant le mauvais état de santé d'une personnalité, etc. Sur le plan civil, l'article 9 du Code civil sur l'atteinte à la vie privée prévoit que chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres moyens, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé¹⁷². Cependant le droit à l'image trouve une limite quand l'image a été prise dans une foule anonyme, dans un lieu public, sur la voie publique, dans un magasin, ... Il est possible d'obtenir une autorisation de chacune des personnes se trouvant sur l'image, il est alors convenu que ce droit à l'image devient un droit à l'information. Les sujets concernés n'ont, en principe, pas le droit de s'opposer à la publication de son image, sauf s'ils ont manifesté l'intention de la dissimuler, s'il y a volonté évidente de leur nuire ou si on les montre dans des situations

¹⁷¹ Cour d'Appel Paris, 1^{ière} Ch. B, 19 juin 1998, Recueil Dalloz 1998, Informations rapides, p. 204.

¹⁷² C. HALPERN, *Le droit à l'image, Le droit au quotidien*, éditions de Vecchi, 2003, p. 9.

désagréables ou ridicules. L'importance du contexte est tout a fait stratégique. Le fait de publier des photographies prises à l'insu des sujets dans un grand magasin, dans une attitude totalement anodine, banale et courante, n'est pas illicite. La solution est inverse en cas de publication dans un magazine pornographique.

94. L'existence du droit à l'image des personnes. L'existence du droit à l'image des personnes s'est trouvé affirmé dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris en date du 31 Octobre 2001, litige se rapportant à la publication par les Editions Marval d'un livre de Yan Y. intitulé « Gang » reproduisant notamment la photographie de Mathieu X. alors âgé de 15 ans, armé d'un faux revolver, vêtu d'un manteau, posant dans une chambre tapissée d'affiches faisant la propagande de l'idéologie nazie. La Cour d'Appel de Paris dégage la solution suivante : « Considérant cependant que toute personne a sur son image et sur l'utilisation qui en est faite un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à sa diffusion sans son autorisation »¹⁷³.

95. La double nature du droit à l'image. La double nature du droit à l'image des personnes a été affirmée au travers du jugement rendu par le TGI d'Aix en Provence, le 24 novembre 1988. En l'espèce l'utilisation publicitaire de l'image de Raimu, avec ou sans chapeau rond, n'a aucun caractère offensant ; qu'elle était cependant subordonnée à l'utilisation de Mme Brun qui aurait pu en tirer profit selon la loi du marché publicitaire ; Que le fait que pour l'ouverture d'un supermarché, la photo de Raimu ait été affiché sans protestation de la famille n'a aucune incidence sur le présent litige, non seulement parce que Mme Brun a pu monnayer son autorisation sans s'en vanter *urbi et orbi* mais aussi parce que l'omission de l'exercice du droit dans un cas ne vaut pas renonciation à s'en prévaloir pour l'avenir. La solution dégagée fut la suivante : « Attendu que le droit à l'image a un caractère moral et patrimonial ; que le droit patrimonial qui permet de monnayer l'exploitation commerciale de l'image n'est pas purement personnel et se transmet aux héritiers »¹⁷⁴.

L'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Versailles, 12^{ième} Ch. 2^{ième} Section, en date du 22 septembre 2005, réitère le caractère patrimonial du droit à l'image, tout en allant plus loin, car autorisant la réalisation de contrats, ayant pour objet l'image de l'artiste, en l'espèce Johnny Hallyday. Cet

¹⁷³ Paris, 31 octobre 2001, La société nouvelle des éditions Marval C/ M. B et Y. M.

¹⁷⁴ TGI Aix en Provence 24 novembre 1988, Mme Brun C. SA Expobat et autre.

arrêt met en lumière la solution suivante : « Considérant que, dès lors que le droit de l'image revêt les caractéristiques essentielles des attributs d'ordre patrimonial, il peut valablement donner lieu à l'établissement de contrats, soumis au régime général des obligations, entre le cédant, lequel dispose de la maîtrise juridique sur son image, et le cessionnaire, lequel devient titulaire des prérogatives attachées à ce droit ; Considérant que, dans la mesure où le sujet de l'image peut en disposer en tout ou en partie, il lui est loisible de céder, non seulement une autorisation d'usage commercial, mais également un monopole sur toute publication et toute utilisation de cette image »¹⁷⁵.

96. Autonomie du droit à l'image. L'autonomie du droit à l'image s'est dégagée dans un arrêt rendu par la 1^{ière} Chambre Civile de la Cour de Cassation en date du 10 mai 2005, sous le visa de l'article 9 du Code civil. En l'espèce, dans son édition du 3 décembre 1999, le quotidien « Le Parisien » a fait paraître sous sa rubrique faits divers un article intitulé « Reconstitution / Gare du Nord-Les caïds rejouent leur dernier braquage », que cet article était illustré d'une photographie sur laquelle apparaissent distinctement, parmi d'autres personnes, trois policiers qui se sont révélés être MM. X..., Y... et Mme Z... ; qu'ils ont assigné la société Intra presse société editrice du journal Le Parisien en réparation de l'atteinte au droit du respect de leur image. La solution tirée est la suivante « Qu'en statuant ainsi alors que si le respect dû à la vie privée et celui dû à l'image constituent des droits distincts est licite, la publication dans la presse, d'une photographie, prise dans un lieu public pour illustrer un article consacré à l'actualité à propos d'une reconstitution sur laquelle figurent, d'une manière accessoire, les personnes qui se trouvaient impliquées dans l'événement par l'effet des circonstances tenant exclusivement à leur vie professionnelle, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

97. La régression du droit à l'image au profit de la liberté d'expression. La régression du droit à l'image au profit de la liberté d'expression apparaît au travers de deux arrêts. Le premier, rendu par la 1^{ière} Chambre Civile de la Cour de Cassation en date du 20 février 2001, rendu sous les visas de l'article 10 de la CEDH ainsi que des articles 9 et 16 du Code civil, énonce « Attendu que la liberté de communication des informations autorise la

¹⁷⁵ Cour d'Appel de Versailles, 12^{ième} Ch. , 2^{ième} Section, 22 septembre 2005, SAS Calendriers Jean Lavigne c/ Société Universal Music et al.

publication d'images des personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine »¹⁷⁶, en l'espèce l'hebdomadaire Paris-Match avait publié une photographie représentant Mme X..., victime, lors de l'attentat survenu à Paris à la station Saint-Michel du RER, le 25 juillet 1995. Le second, rendu par la 2^{ème} Chambre Civile de la Cour de Cassation en date du 4 novembre 2004, rendu sous les visas de l'article 10 de la CEDH ainsi que les articles 9 et 16 du Code civil, énonce « Qu'en statuant ainsi alors que le principe de la liberté de la presse implique le libre choix des illustrations d'un débat général de phénomène de société sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine, la Cour d'appel, qui n'a pas recherché si l'information des lecteurs justifiait la publication de la photographie litigieuse, ni caractérisé l'atteinte portée par celle-ci à la dignité de la victime, n'a pas donné de base légale à sa décision »¹⁷⁷, en l'espèce le magazine Paris-Match a publié dans son numéro 2685 un article intitulé « Routes, la guerre oubliée » où était publiée la photographie d'un jeune homme inanimé, étendu à demi dévêtu sur un brancard, le visage ensanglanté, autour duquel s'affairaient les secouristes du Samu 77, sous-titrée par la légende : « Il faisait la course en scooter. Il avait 16 ans. Les médecins ne pourront le ranimer ».

98. Commercialisation de l'image de la personne physique, valeur économique certaine. La commercialisation est, littéralement, le fait de mettre dans un circuit économique une chose, une valeur, un bien pour en tirer un profit. L'image de la personne est un terme polysémique qui désigne tantôt l'image de l'apparence physique matérialisée sur un support quel qu'il soit, l'image-projection ; tantôt l'image de marque, l'image-représentation. Cependant, elle est toujours le prolongement de la personne et devrait dès lors en suivre le régime juridique et être ainsi indisponible et hors commerce. Or force est de constater que dans

¹⁷⁶ Cour de Cassation 1^{ère} Chambre civile, 20 février 2001, « Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle relevait que la photographie était dépourvue de recherche du sensationnel et de toute indécence et qu'ainsi, elle ne portait pas atteinte à la dignité de la personne représentée, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ». Recueil Dalloz 2001, p. 1199, note J.-P. GRIDEL, JCP 2001, II, 10533, note J. RAVANAS. La Cour d'appel contrairement à la Cour de Cassation avait retenu que si la liberté d'expression et les nécessités de l'information rendaient légitime le compte rendu de l'événement, la protection du droit à l'image de Mme X... commandait que la reproduction de sa photographie, prise sans son autorisation, ne permette pas son identification.

¹⁷⁷ Cour de Cassation 2^{ème} Chambre Civile, 4 novembre 2004, JCP 2004, II, 10186, obs. D. BAKOUCHE, Recueil Dalloz 2005, p. 696, note I. CORPART. La Cour d'appel a notamment énoncé que le droit à la liberté d'informer s'exerçait dans le respect des droits de l'individu et que la nécessité d'une illustration pertinente ne pouvait être valablement invoquée dans un tel contexte où l'article ne relatait pas un fait d'actualité mais était consacré à un phénomène de société et que la photographie publiée sans précaution d'anonymat de l'intéressé, qui représentait le fils et frère des intimés, le visage maculé de sang, inanimé, sur un brancard, portait atteinte à la dignité de la victime et nécessairement à l'intimité de la vie privée de sa famille.

les faits, l'image de la personne est objet d'exploitation et source de substantiels profits. Les personnes dites publiques, vedettes de cinéma, chanteurs, sportifs, n'hésitent pas à « vendre » leur image, soit en acceptant la publication de photographies, soit en acceptant d'associer leur image à un produit ou une manifestation quelconque, moyennant le plus souvent une confortable contrepartie financière que leurs interlocuteurs sont d'autant plus enclins à verser qu'ils savent que l'image fait vendre. Ainsi, le taux de fréquentation de la station Serre Chevalier aurait été multiplié par trois depuis que le skieur Luc Alphand a associé son image à cette station. L'image a donc une valeur économique indéniable et cette réalité économique est appréhendée par le droit. Si l'image est matériellement le reflet et donc l'accessoire de la personne, juridiquement elle s'en émancipe. La personne est indisponible : on ne peut la vendre. L'image devrait l'être : ce n'est pourtant pas le cas. Si juridiquement l'accessoire suit le sort du principal, ici le principal et l'accessoire suivent deux régimes différents. Le droit consacre cette dichotomie en reconnaissant à toute personne un droit sur son image, c'est-à-dire le droit de l'exploiter commercialement, bien qu'il soit attaché à n'envisager l'image de la personne que comme une émanation de cette dernière, le reflet de sa personnalité. Le droit à et sur l'image est traditionnellement classé parmi les droits de la personnalité. Classification pour le moins surprenant car les droits de la personnalité sont des droits extrapatrimoniaux, imperméable à toute association avec l'argent. L'image est traitée comme un bien, mais un bien tellement lié à la personne que le droit refuse à admettre que l'on puisse avoir un droit de propriété sur son image. Cependant, le droit reconnaît de manière implicite qu'une personne puisse être propriétaire de son image¹⁷⁸. Notamment à ce sujet le Professeur Thierry Revet souligne dans son article intitulé « La propriété de la personnalité », qu'il n'était pas possible de traiter une partie de la personne comme un objet de propriété car, a-t-il été estimé il y aurait là une absolue régression. En effet, la personnalité qui forme l'objet des droits de la personnalité n'est pas la personnalité juridique, le sujet de droit. Cette dernière désigne l'entité abstraite, purement formelle, qui n'existe que dans l'ordre du droit et qui consiste en l'aptitude à être titulaire des droits et des obligations. Tout différemment, la personnalité des droits de la personnalité est concrète, charnelle, substantielle, vivante, ayant une histoire, une forme extérieure, une voix... autant de traits qui n'ont rien à voir avec le sujet de droit¹⁷⁹.

¹⁷⁸ F. BOUVARD, *La commercialisation de la personne physique*, in *Image et droit*, L'Harmattan, 2002, sous la direction de Pascale Bloch, p. 375 et s.

¹⁷⁹ T. REVET, *La propriété de la personnalité*, Gazette du Palais, Recueil mai-juin 2007, Doctrine, p. 1503.

Madame Florence Bouvard, dresse une distinction entre droit à l'image et droit sur l'image. Elle en donne la définition suivante. Le droit à l'image, défini comme le droit de s'opposer aux divulgations indésirées, évoque immédiatement le droit au respect de la vie privée, ce qui fait dire à certains auteurs que les deux droits « doivent être traités simultanément et sans distinction ». En revanche, le droit sur l'image est défini comme le droit d'exploiter, de commercialiser son image et le droit d'interdire à autrui cette exploitation. Il s'agit donc d'un droit patrimonial. Tout naturellement, le droit de la personne sur son image a alors été classé parmi les droits de la personnalité, traditionnellement analysés comme des droits extrapatrimoniaux. Mais contrainte de constater que l'image était objet d'exploitation et que ce droit avait donc une nature patrimoniale, la doctrine ne pouvait qu'admettre que le droit sur l'image était un droit de la personnalité atypique¹⁸⁰. Pour ce faire, il faut s'efforcer de mieux cerner la notion de personnalité. La personnalité, c'est la personne humaine, qui n'est pas la personne juridique. La personne humaine désigne une réalité substantielle qui, comme telle, peut être objet de droits puisqu'elle n'est pas sujet. Mais la personnalité des droits éponymes n'est pas la personne humaine en tous ces aspects, ni à tout moment de son existence¹⁸¹.

99. Patrimonialisation. Existe-t-il un droit patrimonial de la personne sur son image ? La dignité est le fondement réel du droit à l'image, peu importe que l'image l'affecte de manière directe ou indirecte. Le terme même de droit à l'image s'analyse différemment selon les auteurs. Certains ont considéré que la protection de l'image était caractérisée par la tranquillité de la personne dans le cadre de sa vie privée, le respect de sa dignité, éventuellement de sa notoriété. Cette analyse n'impliquait pas la reconnaissance d'un droit moral et patrimonial à l'image, mais le caractère accessoire de l'image réduite à des atteintes portées à d'autres intérêts. Cependant, le droit patrimonial à l'image a été affirmé. Les traits de la personne ainsi que sa notoriété sont exclus d'une quelconque patrimonialité. Cela paraît logique puisque les traits d'une personne correspondent à l'expression propre de l'individu, à sa caractérisation intrinsèque. Le trait humain n'est pas une chose. L'article 16-1, al. 3 du Code civil rappelle que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Et l'article 16-5 du même Code précise que « les conventions ayant pour effet de conférer une

¹⁸⁰ F. BOUVARD, *La commercialisation de la personne physique*, in *Image et droit*, L'Harmattan, 2002, sous la direction de Pascale Bloch, p. 384, 385, 386.

¹⁸¹ T. REVET, *La propriété de la personnalité*, Gazette du Palais, Recueil mai-juin 2007, Doctrine, p. 1505.

valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ». La personne est au-dessus de tout, il n'est rien de plus précieux que son corps et son esprit... La notoriété ne peut justifier l'attribution d'un droit patrimonial à l'image, même si elle influence l'importance du montant des réparations accordées aux personnes dont l'image a été salie. Parmi les professionnels de l'image, les mannequins et les sportifs constituent deux exemples typiques.

§2. La valorisation contractuelle

100. Les mannequins et leur image. Le droit à l'image revêt dans le cas particulier d'un mannequin une valeur patrimoniale caractéristique, et la protection de ce droit a pour but d'éviter une utilisation à titre gratuit ou éventuellement une dégradation de la valeur marchande de son image.

L'article 763-1 du Code du travail énonce que « le mannequin est la personne chargée soit de présenter au public directement ou indirectement par reproduction de son image sur tout support visuel ou audiovisuel, un produit, un service ou un message publicitaire, soit de poser comme modèle avec ou sans autorisation ultérieure de son image, même si cette activité n'est exercée qu'à titre occasionnel ». L'exploitation de l'image d'une personne est soumise à une autorisation spéciale et expresse. On sait que chacun a sur son image un droit absolu qui lui permet de s'opposer à son utilisation sans autorisation. Cela est encore plus vrai lorsqu'il s'agit d'un modèle professionnel qui tire de l'utilisation de son image une de ses principales sources de revenus. Ce qui explique la double rémunération prévue par le Code du travail dans ses articles 763-1 et 763-2, lesquels précisent un salaire pour la prestation de travail, et une rémunération pour l'exploitation de son image. Le consentement du mannequin peut être tacite dans certaines circonstances, mais il doit rester certain et non équivoque. Une interprétation stricte s'applique à l'étendue du consentement. Le simple fait d'accepter de poser pour un photographe et de consentir ainsi à la prise d'un cliché n'emporte pas autorisation de le publier. La participation d'un mannequin à un défilé en vertu d'un contrat de mise à disposition n'emporte pas en elle-même autorisation d'exploiter l'image du modèle, même dans l'unique cadre dudit défilé. Si un couturier peut exploiter à des fins commerciales l'image des mannequins présentant ses modèles dans le cadre du défilé, il ne peut pas autoriser une société à utiliser ces images pour produire des vidéogrammes sur la mode dans un but commercial. Le droit d'utiliser l'image des

mannequins est donc limité à l'information du public, notamment dans le cadre des journaux télévisés. Il ne peut être étendu à une exploitation commerciale dans le cadre d'une émission télévisée spéciale et relative à la mode¹⁸².

Ainsi le mannequin est sans doute le sujet qui dépend totalement et uniquement de la gestion de la reproduction de son aspect. Comme le souligne le Professeur Marie Serna, la jurisprudence voulait qu'« un modèle professionnel...(abandonne) par la vente de ces clichés » son droit à et sur l'image¹⁸³. Ce jugement avait le mérite de reconnaître la patrimonialité et la contractualisation de l'image, celles-ci engendraient des conséquences contraires à la nature intrinsèque du droit à et sur l'image. Une évolution des tribunaux est intervenue et les magistrats ont conçu qu'« un mannequin, fût-il nu, est fondé à se prévaloir du respect de ses droits sur son image ».

L'article L. 763-3 du Code du travail considère comme exploitant une agence de mannequins toute personne physique ou toute personne morale dont l'activité consiste à la mise à disposition provisoire d'utilisateurs, à titre onéreux, des mannequins qu'elle embauche et rémunère à cet effet. Le contrat de travail conclu entre l'agence et le mannequin, conformément à l'article L. 763-4 al. 1, du Code de travail, doit faire l'objet d'un écrit porteur des mentions exigées à l'article R. 763-1 du même Code. Dans le cadre des clauses « relatives aux droits de reproduction, utilisation, diffusion » de l'image incluses dans le « contrat de travail du mannequin », le droit du mannequin à et sur son image est évoqué dans une affirmation large mais ferme : « comme tout individu, le mannequin détient sur son image et l'usage qui en est fait un droit... dont nul ne peut disposer sans son consentement exprès ». Une clause est consacrée à la rémunération du droit d'image qui vient confirmer la patrimonialisation du droit sur l'image.

Alors que le marché de l'image s'insinue dans chaque instant de notre vie, il est aisé de conclure que la conception de ces clauses établit, atteste, que le droit à l'image revêt les caractéristiques essentielles de la patrimonialité : vénalité, cessibilité. La jurisprudence a pour sa part, traité de la transmissibilité. D'autre part, dans sa complétude patrimoniale, le droit *sui generis* à et sur

¹⁸² C. HALPERN, *Le droit à l'image*, Le droit au quotidien, éditions de Vecchi, 2003, p. 39 et 40.

¹⁸³ M. SERNA, *L'image et le contrat : le contrat d'image*, Contrats, Concurrence, Consommation, 8^{ième} année, N° 11, novembre 1998, Chron. 12, p. 4 et s. dont notamment p. 7, n° 20. Citant TGI Paris, 16 janvier 1994.

l'image, expression de la liberté créatrice de l'autonomie de la volonté, nous rappelle, par l'intervention du législateur que « l'équilibre contractuel est une liberté contrôlée »¹⁸⁴.

101. Les sportifs et leur image. Dans un environnement économique où le message publicitaire revêt une importance primordiale pour la mise sur le marché d'un produit ou d'un service, une telle portée spatiale et temporelle de l'image du sportif, véhiculant notamment les valeurs du courage, du dépassement de soi et de la quête de la performance, intéresse fortement la communication des entreprises. Aussi, certaines sociétés ne résistent pas à la tentation de s'approprier sans autorisation l'effigie du sportif à des fins commerciales. Une telle utilisation abusive de l'image se traduit le plus souvent par une perte financière pour l'athlète et parfois par une dépréciation de sa notoriété lorsque la publicité ne le montre pas à son avantage ou se trouve en contradiction avec les caractéristiques de sa renommée. Confrontée à un contentieux relatif à la protection de l'image des sportifs, la jurisprudence a posé le principe selon lequel, comme toute personne, l'athlète a le droit d'exploiter librement son image et de s'opposer à ce que les tiers en disposent sans son consentement exprès. La jurisprudence opère ainsi une patrimonialisation de l'image du sportif en reconnaissant à ce dernier un monopole d'exploitation sur son image. Disposant ainsi d'un véritable monopole sur l'exploitation sur sa représentation, le sportif peut donc légitimement, en principe, l'associer à des marques ou des produits sur le fondement d'une relation contractuelle directe ou indirecte avec une entreprise. Dans ces conditions, les athlètes de haut niveau les plus reconnus font l'objet de propositions financières importantes pour l'obtention de prérogatives relatives à l'utilisation de leur image. Une véritable industrie du marketing et du merchandising prospère autour de ces derniers et leur fournit une partie substantielle de leurs revenus¹⁸⁵.

La jurisprudence et la doctrine dominante considèrent que l'image du sportif peut constituer une chose dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil. L'image, comme le nom patronymique, n'est indissolublement liée à la personne que pour autant qu'elle sert à l'identifier. Dès lors qu'elle n'est plus parée exclusivement de cette fonction d'identification, elle représente forcément une chose susceptible de faire l'objet de conventions assurant sa

¹⁸⁴ M. SERNA, *L'image et le contrat : le contrat d'image*, Contrats, Concurrence, Consommation, 8^{ième} année, N° 11, novembre 1998, Chron. 12, p. 4 et s. dont notamment p. 8, n° 32. V. *infra*, n° 368.

¹⁸⁵ F. RIZZO, *Le sportif, son image et son patrimoine*, Droit et patrimoine, N° 118, septembre 2003, Pratique, p. 38 et 39. Colloque Image et Droit, « Un art libre induit un regard libre », 7 juillet 2003, dans le cadre des rencontres de la photographie d'Arles, Espace Van Gogh, PUAM 2004, p. 71.

commercialisation et ainsi sa patrimonialisation. La première affaire est un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 30 novembre 1987, en l'espèce, les juges ont affirmé que « l'éditeur de l'image ne saurait tirer parti d'une compétition, même constitutive d'un événement médiatique de premier ordre, pour publier, sans autorisation de l'intéressé, un ouvrage hors série, cet ouvrage fût-il illustré de photographies prises dans les lieux publics et régulièrement acquises auprès d'agences de presse et fût-il par ailleurs exclusivement consacré à des faits relevant du domaine sportif, la personne concernée ayant alors un droit exclusif sur l'utilisation de son image ». Selon la Cour même réalisée dans un lieu public à l'occasion d'une compétition officielle, l'image n'est pas nécessairement une information libre de droits. Rien ne s'oppose à la réalisation de photographies, mais leur utilisation commerciale suppose le consentement exprès de leur sujet. La seconde affaire concerne l'exploitation par un magazine, sans autorisation, des nom et image du footballeur Eric Cantona. Le tribunal de grande instance de Nantes a rendu en date du 6 avril 1995 un jugement soulignant « qu'indépendamment de la protection de sa vie privée, tout individu, fût-il célèbre, dispose sur sa propre image, attribut de sa personnalité, d'un droit exclusif lui permettant d'autoriser ou non sa reproduction, de décider des conditions et circonstances de cette reproduction, et de s'opposer à ce qu'elle soit diffusée, quel qu'en soit le moyen, sans son autorisation expresse ou tacite... ». La troisième affaire a été rendue par la Cour d'appel de Paris en date du 30 novembre 1987 opposant Michel Platini à une société de publication, suite à la diffusion d'une centaine de pages intitulée « Platini sa vie ses buts ». La Cour reconnaît l'existence d'un préjudice économique subi par le demandeur en raison de la « concurrence faite à d'autres divulgations éventuellement acceptées par lui », relevait que cette publication avait « aussi contribué à répandre dans un large public une image de marque flatteuse de M. Platini accroissant encore un peu sa popularité, avec, au-delà, les bénéfices qu'il pouvait légitimement en retirer sur le plan financier ». Pour la Cour l'appauvrissement du joueur a été diminué par l'augmentation de la valeur marchande de sa représentation. Aussi les juges ont réduit le montant de l'indemnisation du sportif de la plus-value réalisée sur l'exploitation de l'image de l'athlète, considérant qu'une large diffusion même fautive a contribué à accroître la notoriété du sportif et à lui garantir des revenus futurs.

Ces trois décisions soulignent la nature patrimoniale de l'image sur laquelle les sportifs disposent d'un droit subjectif¹⁸⁶.

Avec les mannequins, les artistes, les sportifs, les présentateurs... des mécanismes contractuels portant sur l'image de la personne ont alors bien vite, peut-être trop vite, permis d'organiser une exploitation de l'image. Ainsi, les contrats d'image sont au cœur d'une querelle avec la question notamment du prix du contrat aboutissant au débat persistant de la patrimonialisation de la personne. Ce phénomène mercantile n'est pas nouveau, en 1932, Josserand s'insurgeait déjà : la personne, disait-il, « est traitée comme une valeur économique et juridique (...) elle se commercialise, elle se patrimonialise, nous serions tentés d'écrire qu'elle s'américanise »¹⁸⁷. Seule la reconnaissance d'un détachement de l'image et de la personne justifierait l'existence d'un droit patrimonial. La patrimonialisation s'explique ainsi : c'est le prix de la renonciation temporaire à agir en justice...

Ainsi dans le secteur du sport professionnel, on constate également ce phénomène de réification de la personne du sportif dont une partie de la doctrine dénonce le caractère illégitime. En effet, pour certains le développement des activités sportives a créé une nouvelle frontière franchissable entre les personnes et les choses. Les transferts de joueurs de foot donnent lieu à des mouvements de fonds considérables. Ces opérations paraissent transformer la personne humaine elle-même en objet mercantile, au mépris de la dignité et de normes de droit positif, telle celle prohibant le délit de marchandage. Il faut admettre que certains composants de la personne du sportif professionnel tels que l'image, la voix, le nom, la force de travail¹⁸⁸... se trouvent réifiés sur le fondement de conventions. Ces principaux éléments réifiés de la personne du sportif font l'objet d'un processus original de valorisation économique dans la mesure où le montant des sommes nécessaires pour obtenir le droit de les utiliser dépend non seulement des qualités intrinsèques du joueur mais également des performances sportives et de la notoriété du club dans lequel il évolue, son employeur¹⁸⁹. L'image et la force de travail font l'objet d'un processus de réification leur conférant une nature patrimoniale. Ces composants réifiés de la

¹⁸⁶ F RIZZO, *Le sportif son image et son patrimoine*, Droit et patrimoine, N° 118, septembre 2003, Pratique, p. 39 et 40.

¹⁸⁷ L. MARINO, *Les contrats portant sur l'image des personnes*. Communication, Commerce électronique, 2003, 5^{ème} année, N° 3, mars 2003, Chron. 7, p. 10, 11.

¹⁸⁸ T. REVET, *La force de travail*, Litec, Bibliothèque droit de l'entreprise, Tome 28, 1992.

¹⁸⁹ F. RIZZO, *A propos de la réification de la personne du sportif professionnel salarié*, Les Petites Affiches, 20 juin 2005, N° 121, Doctrine, p. 4 et s.

personne du sportif au sein de son patrimoine tiennent une place particulière car il s'agit de valeurs sur lesquelles il est contraint d'accorder des prérogatives au club dont il dépend.

102. La propriété de la personnalité : la personnalité appropriée. Les éléments originaux de la personnalité sont le corps, la voix, l'image, l'espace personnel et l'histoire propre. Ces éléments sont privativement réservés par le sujet qui a pour support la personne humaine qui les recèle et les produit. Cette réservation résulte, d'un *jus excluendi alios* : elle est donc constitutive d'un droit de propriété. C'est pourquoi chacun peut, par principe, accéder à toutes les utilités des éléments appropriés de sa personnalité. Pour le même motif, chacun peut, par principe, engager dans un acte juridique les éléments appropriés de sa personnalité : les prêter, les louer, les aliéner, à titre gratuit comme à titre onéreux, etc. autrement dit en disposer au sens générique de l'article 544 du Code civil¹⁹⁰.

Hier classé parmi les attributs de la personnalité, le droit à et sur l'image des personnes physiques est requalifié afin de dégager sa véritable nature et d'organiser sa fructification et sa protection au sein du lucratif « marché de l'image » par l'instrument du contrat d'image. Le contrat d'image étant soumis à la théorie générale des obligations, le prix devra être déterminé en fonction de l'utilisation de l'image comprenant, en sus, l'élément image de marque du sujet. En effet, l'image de marque d'une personne physique doit être gérée aussi soigneusement que son image, par une ou des clauses spécifiques. Pour synthétiser, le contrat d'image, contrat *sui generis*, présente les caractéristiques suivantes : contrat consensuel, négocié, hormis certaines hypothèses où la loi présente à son endroit des dispositions impératives, conclu *intuitu personae*, individuel, synallagmatique et commutatif. Ce contrat est parfois instantané mais souvent à exécution successive (répétitions, essayages et prises de vue s'étalent sur plusieurs heures et souvent sur plusieurs jours), à titre onéreux mais aussi à titre gratuit, réalisé autant entre des professionnels de l'image qu'avec le concours de non-professionnels¹⁹¹.

Une véritable contractualisation intensive de l'exploitation de l'image des sportifs s'opère. Monsieur Fabrice Rizzo, parle de foisonnement des contrats relatifs à l'exploitation de l'image

¹⁹⁰ T. REVET, *La propriété de la personnalité*, Gazette du Palais, Recueil mai-juin 2007, Doctrine, p. 1503 et s.

¹⁹¹ M. SERNA, *L'image et le contrat : le contrat d'image*. Contrats concurrence consommation, 8^{ème} année, N° 11, novembre 1998, Chron. 12, p. 4 et s. dont notamment p. 7. A rapprocher L. MARINO, *Les contrats portant sur l'image des personnes*, Communication, Commerce électronique 2003, 5^{ème} année, N° 3, mars 2003, Chron. 7, p. 10 et s. A rapprocher également J. CAYRON, *L'image et le contrat : la protection de l'auteur*, Colloque Image et Droit, 7 juillet 2003, dans le cadre des rencontres de la photographie d'Arles, PUAM 2004, p. 57 et s.

des sportifs. Les contrats d'exploitation de l'image se présentent, le plus souvent, sous la forme d'autorisations de jouissance et entre dans les catégories des conventions de concession ou de licence d'image. Il peut s'agir notamment de délivrer des licences pour la vente de produits dérivés à l'effigie de l'athlète : casquette, posters, T. shirts, etc. Le consentement du sportif est généralement donné par écrit. Par ailleurs, le sportif est tenu à une obligation de garantie de son fait personnel. Le contenu des contrats de commercialisation de l'image se révèle particulier en raison de la place spécifique occupée par celle-ci au sein du patrimoine de l'athlète.

103. L'image sonore de la personne : la voix. Lorsque l'on parle d'image, on a tendance à évoquer implicitement l'image visuelle ce qui revient à occulter l'image sonore tout aussi importante, sinon davantage dans le domaine de la communication. Cette notion, se rapporte à la manifestation orale par les organes physiologiques dont est doté tout individu. L'émission de la voix se trouve effectivement liée à la personne physique, au point que l'empreinte vocale revêt la même spécificité que les empreintes digitales, jusqu'à permettre l'identification de l'émetteur¹⁹².

Le Professeur Marie Serna souligne que la voix est l'outil de nombreuses professions et l'instrument de fructueux marchés. A ce titre, elle exige une gestion contractuelle aussi précise que pragmatique. Son importante valorisation économique appelle une reconnaissance en droit positif grâce à un instrument spécifique : le contrat sur la voix. « L'individu n'a pas seulement droit à son image : la protection a été étendue à la voix, une sorte de complément sonore de l'image et de la personnalité ». L'acceptation de cataloguer la voix, soit au chapitre de la vie privée, soit au droit à et sur l'image. Or la voix n'est pas exclusivement vecteur de mots mais intrinsèquement un son que la technique visualise ; la voix est objectivée. Le droit doit glisser d'une acception subjective voix / image sonore de la personne à l'acceptation de la voix entité possédant sa propre image. En effet, la voix est un son, le son est une matière incorporelle mesurable : sa vitesse est calculable comme la distance de son déplacement ainsi que sa puissance qui se chiffre en décibels. L'examen informatisé permet à l'aide du sonographe l'étude spectrale de la voix, fournissant une véritable empreinte ... d'un son. Ainsi, la voix humaine possède scientifiquement une image, elle est objectivée¹⁹³.

¹⁹² D. BECOURT, *Image et vie privée*, L'Harmattan, 2004, p. 75.

¹⁹³ M. SERNA, *La voix et le contrat : le contrat sur la voix*, Contrats, Concurrence, Consommation, 1999, Chron. 9, septembre 1999, p. 4et s. La voix humaine : de l'extrapatrimonialité de la personnalité à la patrimonialisation d'un

SECTION 4

LES QUOTAS LAITIERS, BETTERAVIERS ET LES QUOTAS D'EMISSION DE GAZ A EFFET DE SERRE

104. Définition et intérêt. Les Professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès entendent par « quotas de production »¹⁹⁴ une nouvelle variété de biens incorporels apparus récemment. Maintenant, les pouvoirs publics ont la faculté de maîtriser la production de certains biens agricoles et de la pêche voire plus récemment certaines activités industrielles lorsqu'elles sont polluantes, en accordant des quotas. Il s'agit de droits incorporels car ils sont cessibles à certaines conditions. Il arrive qu'ils aient une très grande valeur. Il semble que ces derniers (quotas) ne soient pas enclin à entrer dans l'une de nos catégories juridiques.

En s'arrêtant quelques instants et en prenant l'exemple d'une exploitation agricole, « les lapins, pigeons, ruches, cheptel, pressoirs, chaudières, alambics... » sont considérés comme des accessoires de l'exploitation et sont ainsi qualifiés d'immeubles par destination. Ainsi, le meuble qui est considéré comme accessoire va suivre le sort de l'immeuble qui est en l'occurrence le fonds agricole. Le meuble est accessoire de l'immeuble. Ainsi, la literie (matériel d'exploitation) va suivre le sort du fonds (hôtel). En matière commerciale, industrielle ou civile la configuration est la même. Le schéma est le même pour les droits à des quotas (betteraviers, laitiers, viticoles) qu'accorde l'administration afin d'organiser et d'équilibrer la production agricole¹⁹⁵, or ces droits, parce qu'ils sont incorporels, entrent mal dans les catégories traditionnelles du droit civil des biens.

C'est afin d'assurer un équilibre du marché à l'intérieur de l'Union Européenne que ces droits ont été mis en place (droits de plantation et de replantation de la vigne et des pommiers, quotas

objet contractuel.

¹⁹⁴ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ème} éd. , 2007, p. 123, n° 444.

¹⁹⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 17 avril 1996, Bull. civ. III, n° 107 ; D. 1997, 318, note E. AGOSTINI : La Cour d'appel avait décidé « quels droits de plantation et de replantation après arrachage doivent être considérés comme ayant un caractère mobilier appartenant à l'exploitant en considération de la personne duquel ils avaient été accordés, qu'ils soient propriétaire ou fermier » (c'est-à-dire qu'ils seraient accordés intuitu personae). Cassation : ces droits « sont attachés à l'exploitation viticole ». Monsieur AGOSTINI y voit des immeubles par destination tandis que Jean CARBONNIER y voyait « un immeuble par l'objet auquel il s'applique ».

laitiers et betteraviers et de pêche). Ces quotas appartiennent à l'exploitation et non à l'exploitant¹⁹⁶.

105. Contractualisation. A la suite du Protocole de Kyoto (1997) où certains Etats se sont engagés à empêcher ou limiter le réchauffement (climatique) de la planète, la loi française (Articles L. 229-1 à L. 229-14 du Code de l'environnement ; ordonnance 2004) a créé un système de quotas d'émission de gaz à effet de serre, de manière à circonscrire le pouvoir de chaque entreprise à créer cette pollution ; si elle n'utilise pas complètement ce quota, elle peut le céder totalement ou partiellement. Le droit est conféré à l'exploitant¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ième} éd. , 2007, p. 123, n° 444. Cass. civ. 3^{ième}, 10 avril 2002, Bull. civ. III, n° 83. « La Cour d'Appel ayant exactement relevé que le quota betteravier était attaché à l'exploitation et non à l'exploitant a [...] retenu que ce quota, qui n'est pas individualisé à la parcelle, est attribué à une exploitation quel que soit le statut juridique des parcelles composant celle-ci, propriété ou location [...] ; l'obtention d'un quota betteravier était de nature incorporelle et suivait le sort de l'exploitation de telle sorte que le transport de tout ou partie de l'exploitation entraînait nécessairement transfert des droits correspondants, sans qu'il y ait atteinte au droit de propriété ». Cass. civ. 3^{ième}, 23 juin 1993, Bull. civ. III, n° 100 ; puis dans cette même affaire, pour évaluer l'indemnité due par le fermier : Cass. civ. 3^{ième}, 1 octobre 2003, RTD civ. , 2003, 730, obs. Th. REVET ; en l'espèce, après l'expiration de son bail, un fermier avait, en contrepartie d'une indemnité versée par la société sucrière (un tiers étranger aux rapports entre bailleur et preneur) abandonné ses quotas betteraviers ; il a été condamné à réparer le préjudice qu'il avait ainsi causé au bailleur : « Le droit de quota betteravier est attaché à l'exploitation agricole » ; la Cour d'appel « a retenu que M. Donne (le fermier) étant sans droit à cultiver les terres des bailleurs pour la campagne 1988-1989 ne pouvait donc leur imposer l'abandon des quotas betteraviers relatifs à cette campagne ».

¹⁹⁷ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 40, 41, in n° 10, a) ; « Les quotas leur sont attribués gratuitement dans la première période de mise en œuvre du système, à proportion de la quantité de gaz qui leur est permis d'émettre en fonction de leur exploitation. A la fin de chaque année civile, ils doivent restituer à la puissance publique un nombre de quotas correspondant à la quantité de gaz qu'ils ont émise. Si l'exploitant gratifié des quotas en début de période restitue ceux qu'il a reçus, l'opération est neutre, à condition que l'intéressé n'ait pas émis plus de gaz à effet de serre que la quantité correspondant aux quotas qu'il a reçus. En cas de dépassement, il devra fournir des quotas complémentaires, après en avoir fait l'acquisition, ce qui est possible grâce à la négociabilité dont les quotas sont dotés. Il va de soi qu'il est dispensé de restituer s'il ne procède pas aux émissions de gaz correspondant aux quotas qui lui ont été alloués. Il pourra alors céder ses quotas. Dans ce cas, il lui aura fallu trouver une alternative à l'émission de gaz à effet de serre. La cessibilité des quotas est ainsi destinée à inciter à une moindre émission de gaz. Certes, les acquéreurs finaux des quotas non utilisés (et non les spéculateurs) procèderont à de tels achats afin de pouvoir procéder à plus d'émission que la quantité permise par les quotas qui leur ont été alloués. A cet égard, le système est donc neutre, étant néanmoins précisé que la contrepartie de la libre cessibilité à l'échelle européenne est la réduction de 8% des émissions par rapport à la quantité totale allouée par le Protocole de Kyoto à tous les Etats membres de la Communauté ». A rapprocher, L. LANOY, *Le changement climatique et les permis d'émission négociables : analyses des dernières avancées et perspectives pour les entreprises* : Droit de l'environnement 2002, N° 96, mars 2002, p. 65, IV Chroniques et opinions ; L. LANOY, *La création d'un marché mondial des émissions de gaz à effet de serre* : Droit de l'environnement 2004, N° 115, janvier/février 2004, p. 15, III Textes et documents ; G. PARLEANI, *Marché et environnement* : Droit de l'environnement 2005, N° 126, mars 2005, p. 52, IV Chroniques et opinions ; C. LONDON, *Protection de l'environnement : les instruments économiques et fiscaux* : Droit de l'environnement 2001, N° 93, novembre 2001, p. 251, IV Chroniques et opinions.

La qualification de bien par le vœu de la loi est claire. Aux termes de l'article L. 229-15, I alinéa 1^{er}, du Code de l'environnement (Ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, transposant la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté), les quotas « sont des biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur débiteur dans le registre national (prévu à cet effet) ». Ces quotas « sont négociables, transmissibles par virement de compte à compte et confèrent des droits identiques à leurs détenteurs ». De telles prises de position ont l'avantage de « sécuriser » cet aspect du droit des quotas d'émission, puisque l'on sait que l'insertion des autorisations administratives dans la classe des biens est loin de se faire toujours aisément : se référer aux aléas rencontrés par la jurisprudence pour les quotas laitiers et autres droits de plantation et de replantation¹⁹⁸.

106. Les quotas betteraviers, émergence des quotas de production. Une nouvelle variété de biens incorporels est apparue récemment à savoir les quotas de production. En effet, les pouvoirs publics ont maintenant la faculté de contingenter la production de certains biens agricoles et de la pêche et, plus récemment des activités industrielles lorsqu'elles sont polluantes, en accordant des quotas.

La multiplication contemporaine des autorisations administratives indispensables à l'exercice d'activités professionnelles (quotas laitiers, droits de plantation, licences de bureaux de tabac et de débits de boissons, autorisations de stationnement de taxis, charges d'office ministériels, ...) pose la question de leur insertion parmi les biens.

107. Affirmation de la reconnaissance de la valeur patrimoniale des quotas betteraviers. L'arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de Cassation en date du 1^{er} octobre 2003 contribue à la réception directe comme bien de nouvelles valeurs ce qui est notamment le cas des quotas betteraviers. En l'espèce, les époux Y qui avaient donné à bail diverses parcelles à M. X lui ont donné congé pour reprise au bénéfice de leur fils Thierry, que

¹⁹⁸ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 41. Civ. 3^{ième} 17 avril 1996, JCP G, 1997, 22783, note F. ROUSSEL, Civ. 3^{ième} 18 novembre 1998, n° 96-18.438, Recueil Dalloz, 1999, informations rapides, p. 10 ; RTD Civ. 1999, p. 649 ; Civ. 3^{ième} 24 juin 1998, Recueil Dalloz, 1999, jurisprudence, p. 343, E. AGOSTINI, *Permanence et qualité des plantations : revirement de jurisprudence*. Ph. PETEL, *Les droits de plantation et le droit d'arracher la vigne*, in Mélanges M. CABRILLAC, Litec, 1999, p. 799.

postérieurement à l'expiration du bail, le 11 novembre 1986, la date de reprise fut reportée au 11 novembre 1987 pour permettre au bénéficiaire d'accomplir ses obligations militaires. Entre ces deux dates le locataire M. X exerça la faculté d'abandonner ses quotas betteraviers en contrepartie d'une indemnité. Il a perçu à ce titre une indemnité. Les consorts Y ont assigné M. X en paiement de dommages-intérêts, « en raison de la dépréciation de leur bien consécutive à la suppression des quotas sucriers A et B ». M. X, le preneur forme un pourvoi en Cassation contestant l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris en date du 1^{er} février 2002 qui le condamna au paiement d'une certaine somme. Cependant, le pourvoi formé contre cette décision est rejeté par la troisième Chambre civile de la Cour de Cassation dans l'arrêt du 1^{er} octobre 2003 : « ayant exactement relevé que M. X... était sans droit à cultiver les terres des bailleurs pour la campagne 1988-1989 et ne pouvait donc leur imposer l'abandon des quotas betteraviers relatifs à cette campagne et aux suivantes, et que le principe d'un préjudice était définitivement acquis, la Cour d'Appel a, pour fixer l'indemnité à certaine somme, retenu que les quotas betteraviers étaient irrémédiablement perdus tout comme la valeur patrimoniale qui s'y attachait, ce qui privait d'un large intérêt la vente des terres libres »¹⁹⁹.

108. Appréciation de la valeur patrimoniale des quotas betteraviers. Le Professeur Thierry Revet dans son article²⁰⁰ met en exergue que « pour confirmer le droit du propriétaire d'être indemnisé du préjudice résultant de la perte irrémédiable des quotas betteraviers imputable au preneur qui, après l'expiration du bail (bien qu'étant toujours dans les lieux), avait renoncé au droit de livrer des betteraves pour les campagnes en cours et à venir, cette décision énonce que l'abandon considéré entraîne la perte de la valeur patrimoniale attachée aux quotas et, ce faisant, prive d'un large intérêt la vente des terres libres. Or, la reconnaissance expresse de la « valeur patrimoniale » des droits de livraison marque un progrès dans leur appréhension comme biens, d'autant que, dans son pourvoi, le preneur soutenait que « les droits de production de betteraves sucrières, s'ils sont attachés à l'exploitation agricole, c'est-à-dire au fonds donné à bail, n'ont pas de valeur patrimoniale » ».

Le Professeur Thierry Revet indique également que comme l'indique l'arrêt commenté en associant étroitement la titularité des droits de livraison et la valeur d'échange des terres

¹⁹⁹ Cass. 3^{ème} Ch. Civ. 1^{er} octobre 2003, n° 02-14.958. V. *infra*, n° 404 et s.

²⁰⁰ T. REVET, *Notion de bien*, RTD Civ. 2003, p. 730.

auxquels les quotas betteraviers sont attachés ceci permet de dire que le quota betteravier est donc un bien, mais un bien d'exploitation que sa fonction place dans la dépendance de cet autre facteur d'exploitation qu'est la terre.

La technique de l'universalité semble à même à recevoir l'exploitation agricole telle qu'elle se présente aujourd'hui. Cet « ensemble de biens constitutif d'un bien » permet de fédérer les droits portant sur les facteurs (terre, machine, planter etc...) indispensables à la réalisation de l'objectif économique consistant dans la diffusion, dans tel marché, de tels produits animaux ou végétaux. L'exploitation agricole doit être entendue comme l'entité incorporelle formée d'une structure d'accueil de droits, causée par un projet économique, et de la masse des droits relatifs aux moyens nécessaires à la poursuite effective du même projet. Ainsi, les quotas betteraviers en constitueraient tout autant un composant.

SECTION 5

LE NUMERO DE CARTE DE CREDIT

109. Valeur patrimoniale. L'arrêt rendu par la haute juridiction en date du 14 novembre 2000 relève une importance particulière en matière de protection pénale des biens immatériels par les incriminations traditionnelles. En l'espèce, il est reproché, au prévenu, X ... d'avoir utilisé le numéro de carte de crédit qu'une cliente Y ... , lui avait confié à l'occasion d'une précédente commande, pour débiter le compte de celle-ci, à son insu, d'une somme de 199 francs, représentant la contrepartie financière d'un envoi qu'elle n'avait pas accepté. Les juges de la Cour d'appel ont déclaré « le prévenu coupable d'abus de confiance en retenant qu'en conservant le numéro de la carte et l'autorisation de prélèvement, et en les remettant à une entreprise sous-traitante, alors qu'il ne pouvait ignorer que cette autorisation était périmée, X ... a détourné cette autorisation, laquelle constitue une valeur patrimoniale ». Selon le prévenu, le détournement puni par l'article 314-1 du Code pénal ne pouvait porter que sur une chose corporelle, le fait d'avoir abuser d'une autorisation de prélèvement d'une cliente devant échapper au délit. Tel était l'argumentation de ce dernier afin de soutenir son pourvoi. La Chambre criminelle de la Cour de Cassation relève qu'« Attendu qu'en l'état de ces motifs,

d'où il résulte que le prévenu a, en connaissance de cause, détourné le numéro de carte bancaire communiqué par la cliente pour le seul paiement de sa commande et, par là même, n'en a pas fait l'usage convenu entre les parties, la Cour d'appel a caractérisé en tous ses éléments, tant matériels, qu'intentionnel, le délit d'abus de confiance dont elle a déclaré le prévenu coupable ; qu'en effet, les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel ».

Cet arrêt permet de reconnaître, de manière directe et tout à fait explicite, que le numéro de carte de crédit est un bien à part entière bénéficiant de la protection d'abus de confiance, ainsi cet arrêt contribue à la protection des valeurs qui ne s'incarnent pas dans un support matériel. L'acception large de « bien quelconque » permet d'appréhender tant les biens corporels que ce qui ne le sont pas et accorde par là une place privilégiée à la dématérialisation.

110. Conclusion du chapitre. Dénominateurs communs de toutes ces valeurs : dématérialisation, immatérialité. Toutes ces valeurs précédemment exposées présentent des traits transversaux communs. En effet, tout d'abord, ces nouvelles valeurs sont toutes immatérielles. De plus, elles font toute l'objet d'une patrimonialisation et ainsi connaissent un fort développement contractuel.

Un constat simple se dessine l'extension du domaine juridique à l'immatériel. Le phénomène remarquable n'est peut être pas tellement l'entrée dans le monde juridique de ces objets qui n'en sont pas, mais plutôt ce que le monde juridique leur a porté en leur accordant une attention de tous les instants. Cependant, l'avènement ici consacré à l'extension du domaine juridique à l'immatériel, voire au virtuel nous renvoie de manière innée à la matérialité, faisant allusion à un brouillard mouvant constitué d'une infinité de gouttelettes²⁰¹.

La dématérialisation du droit est liée à l'évolution de l'économie et notamment c'est l'avènement de la société industrielle qui a provoqué l'extension de l'appropriation et qui a rendu inacceptable la restriction consistant à dire que les choses sont nécessairement des corps et ainsi fait sauter le verrou²⁰².

²⁰¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, T. 3, 19^{ième} éd. refondue, PUF, *Thémis-droit privé*, 2000, n° 254, p. 394 C.

²⁰² F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du Droit, 1999, T. 43, éd. SIREY, p. 79 et s.

Le jour où la société répond, autrement dit le jour où l'intervention juridique se réalise, la « valeur » devient « bien ». Il est, donc, des valeurs dont le Droit ne se préoccupe pas et qui ne sont pas encore des biens. En revanche, certaines valeurs relevant d'un intérêt économique drainant dans son sillage un certain intérêt financier, d'un intérêt intellectuel, culturel ou encore écologique ont été prises en considération par le Droit et ont accédé au rang de biens économiques voire de biens financiers, de biens intellectuels, de biens culturels ou encore de biens naturels.

CHAPITRE II

L'EMERGENCE DE NOUVEAUX BIENS

111. Crise de la conception matérialiste des biens. Le Code civil est fortement empreint de matérialisme. En effet, plus particulièrement la notion de bien porte la marque du matérialisme, le bien se présente comme une chose matérielle, sensible, corporelle. Au sein du Code civil, le droit réel par excellence, la propriété tient une place stratégique transcrivant une vision bourgeoise de la société où les biens matériels se concentrent essentiellement en choses tangibles et palpables.

Cette conception matérialiste est en crise, un éclatement de la notion de bien du Code civil s'est produit, trop étriquée pour convenir aux besoins de la pratique. En effet, une floraison d'une série de droits « incorporels » s'est réalisée tels les droits d'auteur, le travail, l'environnement, la culture...²⁰³.

112. Débat, discussion sur la notion de bien. Le Professeur Libchaber relève que les choses sont utiles tout d'abord, mais l'utilité n'est pas tout, car si les choses n'étaient pas également rares, limitées en espèces et nombre, on n'en aurait aucun désir. Ainsi la rareté s'allie à l'utilité pour faire le prix des biens. La notion de bien se situe au carrefour de l'utilité et de la rareté, autrement dit, elle se définit par l'idée de valeur²⁰⁴. Une telle vision économiste et naturaliste des biens est peut être un peu réductrice ; ce qui importe ici c'est la notion juridique. Afin que les choses puissent être qualifiées de biens ceci requiert la réunion de deux qualités l'appropriabilité et la commercialité. Une chose ne devient effectivement un bien que lorsqu'elle est l'objet d'une circulation licite entre les individus.

Trois critères permettent de caractériser les biens. « Ils émergent d'abord dans les relations individuelles sous la forme de valeurs, qui traduisent juridiquement le désir que l'on peut en

²⁰³ M. VILLEY, *Préface historique*, in *Les biens et les choses*, Archives de Philosophie du Droit, 1979, T. 24, éd. SIREY, p. 2.

²⁰⁴ R. LIBCHABER, *Biens*, Répertoire civil, Dalloz, septembre 2002, p. 3, n° 5 *in fine*.

avoir. Ils sont ensuite appropriables, car l'appropriabilité est la seule relation entre un bien et une personne qui permette à cette dernière d'en faire tout ce qu'elle veut - préalable juridique à l'assouvissement du désir qui est au cœur de la notion de bien juridique. Ils doivent enfin entrer dans le commerce juridique, c'est-à-dire être cessibles, car cette qualité est souvent la condition d'une appropriation, en même temps qu'elle insère les biens dans la sphère interindividuelle qui intéresse le droit »²⁰⁵.

Il est intéressant à ce stade de la discussion d'apporter une précision. Les choses, entendues strictement en tant qu'objets visibles, palpables, saisissables ou encore entendues largement en tant qu'événement ou fait, diffèrent des biens en ce que ces derniers recouvrent une valeur économique et sont sujets à individualisation autrement dit à appropriation. Ce qui conduit le Doyen Carbonnier à énoncer que « Toutes les choses ne sont pas des biens. Tous les biens ne sont pas des choses ». Ainsi, les biens se caractérisent par un rapport d'exclusivité, ils sont appropriables ; contrairement aux *res communes* qui ne sont pas des biens car inappropriables.

113. Appréhension de ces valeurs par le Droit : l'érection de la valeur en bien. Le concept de valeur n'acquiert, tout son sens que dès lors qu'il est appréhendé par le Droit et ainsi érigé en bien. Ce processus d'intervention du Droit est parfaitement illustré par l'exemple des biens immatériels. En effet, c'est au cours des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles qu'ont éclos, se sont multipliées et se sont diversifiées des valeurs constitutives de biens immatériels. Des formes, des sons, des parfums, des dessins se multiplient et leurs valeurs croissent de manière considérable, comme les inventions industrielles, les signes distinctifs ce qui ne manque pas de faire susciter chez leurs maîtres respectifs un double souci de réservation et de commercialisation, les conduisant à en appeler au Droit. Le Droit établit un certain traitement juridique de ces valeurs et, ce faisant, les érigeait en biens²⁰⁶.

114. Les nouveaux biens. L'émergence de nouveaux biens sous l'influence d'impératifs économiques ; le besoin de l'homme de mettre en valeur certains éléments, de se les approprier et d'en tirer profit, constitue une certaine valorisation de la propriété. En effet, à côté des biens corporels, des choses corporelles devrait-on dire, sont apparus des biens incorporels ou virtuels.

²⁰⁵ R. LIBCHABER, *Biens*, Répertoire civil, Dalloz, septembre 2002, p. 3, n° 9.

²⁰⁶ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en l'honneur de A. BRETON et de F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 et s. notamment p. 279 et 280.

Deux critères ont été identifiés afin de les qualifier : leur diversité ainsi que leur dématérialité. Au sens le plus étroit du terme et le plus matériel, les biens sont les choses que l'on peut s'approprier et qui ont une valeur patrimoniale. La dématérialisation des biens est, semble-t-il, un phénomène constant des sociétés contemporaines. La doctrine française l'a formellement consacrée dès qu'elle a qualifié de biens des droits dotés d'une valeur économique et soumis au commerce juridique. Le législateur en a fait de même avec la dématérialisation des valeurs mobilières ou avec la reconnaissance d'universalités diverses telles que le fonds de commerce. Ainsi, les valeurs mobilières ont été consacrées comme des biens meubles par détermination de la loi à travers l'article 529 du Code civil. Par ailleurs, les clientèles ont été reconnues par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt Van Marle comme des biens grâce à leur valeur patrimoniale. Plus généralement, on peut soutenir que toute création ayant une valeur économique et pouvant être appropriée constitue un « nouveau bien ». C'est dire l'importance et la diversité des nouveaux biens. Ainsi, l'émergence de nouveaux biens et leur prolifération marquent une métamorphose de la notion de biens et par là une métamorphose de l'objet même du droit des biens. Les biens économiques (**Section 1**), les biens intellectuels (**Section 2**), les biens culturels (**Section 3**) et les biens naturels (**Section 4**) se situent au cœur de ce phénomène.

SECTION 1

LES BIENS ECONOMIQUES

115. L'évolution du droit des biens depuis le Code civil, le XXI^{ème} siècle, le siècle où tout s'accélère. Les biens économiques doivent être entendus en tant que potentialités économiques car susceptibles de constituer de véritables biens en dépit de leur virtualité. Il s'agit de biens alimentant et participant à la vie économique, au circuit économique d'un pays. Ces biens drainent dans leur sillage un certain intérêt financier.

Le XIX^{ème} siècle a été marqué par le passage d'une société rurale et libérale à une société dominée par le développement du commerce et de l'industrie²⁰⁷. En effet, au XIX^{ème} siècle les biens de valeur étaient immobiliers et corporels, l'immeuble était le bien précieux tandis que le

²⁰⁷ P.-C. TIMBAL et A. CASTALDO, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd. , 2000, p. 560 et s. dont notamment p. 562, 2^o et 3^o ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, p. 9, n^o 11.

meuble présentait une valeur moindre (*res mobilis, res vilis*). Cependant, face à ce profond bouleversement de l'économie française la composition des patrimoines dont notamment leurs objets ont fortement évolué. L'organisation sociale a changé, entraînant une modification de l'évaluation des richesses et de la nature des biens constituant les patrimoines. Ce passage n'a fait qu'accentuer l'insuffisante prise en considération de la fortune mobilière dénoncée tant par les économistes que par les juristes, notamment du fait de l'émergence de nouvelles catégories de biens meubles de valeur : fonds de commerce, valeurs mobilières, propriétés intellectuelles²⁰⁸. Aussi le législateur a essayé de protéger la propriété mobilière négligée par le Code civil, propriété qui présente une très grande importance en raison de l'extension de son domaine aux valeurs mobilières. Les fortunes sont désormais le produit du travail indépendant des professions commerciales, industrielles et libérales. C'est en effet l'industrie qui est responsable de l'avènement des clientèles, mais encore, le développement du commerce et l'apparition de l'industrie qui ont fait des œuvres de l'esprit un objet de propriété. Leur diffusion en masse rend nécessaire le besoin accru de leur protection²⁰⁹. Difficile est l'intégration de ces biens intellectuels dans la nomenclature traditionnelle. L'intérêt suscité par ces biens incorporels mettent en exergue une tendance générale à la dématérialisation des richesses. Les bouleversements des structures économiques depuis 1804 ont emporté de nombreuses traductions concrètes dans le domaine des biens. Aussi le XXI^{ème} siècle s'affirme tel un siècle en pleine mutation. Le début du XXI^{ème} siècle fut marqué par la substitution progressive des valeurs mobilières aux immeubles dans les patrimoines, le milieu de celui-ci fut touché par la multiplication des richesses nouvelles liées au commerce et la fin de ce dernier fut ébranlée par la multiplication des propriétés incorporelles.

116. Plan. Les fonds et leurs clientèles (§1) ainsi que les valeurs mobilières en tant qu'instruments financiers (§2) sont des exemples typiques de l'évolution qu'a connue le XXI^{ème} siècle.

²⁰⁸ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, p. 9, n° 11.

²⁰⁹ F. ZENATI, *Le droit des biens dans l'œuvre du Doyen René SAVATIER*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes journées René SAVATIER (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), 1991, PUF, p. 14 et s. dont notamment p. 18 et 19.

§1. Les fonds et leurs clientèles

117. Diversité des fonds. Fonds de commerce (I), fonds libéral (II) et fonds artisanal (III) ainsi que leurs clientèles qui leurs sont associées seront tour à tour étudiés.

I. Le fonds de commerce et sa clientèle commerciale

118. Le fonds commercial. Le fonds de commerce²¹⁰ n'est pas un bien homogène et stable comme un immeuble. Il est composé d'éléments disparates, les uns corporels les autres incorporels dont la plupart sont énumérés à l'article L. 141-5 du Code de commerce. Tous les éléments possibles ne sont pas essentiels. Ces moyens sont matérialisés par des biens qui constituent un ensemble cohérent, l'entreprise, soumis à une unité d'administration ce qui caractérise l'universalité. Le fonds de commerce est un bien transmissible car indépendant des attributs personnels de l'entrepreneur. C'est la loi du 17 mars 1909 qui a enregistré l'avènement de ce bien en précisant sa consistance²¹¹ et en organisant sa location, sa vente, sa mise en gage ainsi que sa saisie afin de permettre au commerçant de se procurer du crédit. En bref, le fonds de commerce est l'ensemble des biens mobiliers affectés à l'exercice de l'activité commerciale. Depuis le début du XXI^{ème} siècle, les textes réglementant le fonds de commerce et, plus précisément, les opérations portant sur lui, se sont multipliées.

119. Législations. Depuis, le début du XXI^{ème} siècle les textes qui ont pour objet de réglementer le fonds de commerce se sont multipliés : la loi du 17 mars 1909 (Article L. 143-6 et s.) sur la vente, le nantissement et l'apport en société du fonds de commerce ; la loi du 30 juin 1926 protégeant la propriété commerciale instaurant un droit au renouvellement du droit au bail des locaux dans lesquels le fonds de commerce est exploité cette loi fut remplacée par un Décret-loi du 30 septembre 1953 qui a le même objet (Article L. 145-1 et s.) ; ensuite est intervenue la loi du 29 juin 1935 imposant des mentions informatives lors de la cession d'un

²¹⁰ R. LIBCHABER, *Les biens*, Répertoire civil Dalloz, septembre 2002, n° 55, 62, 66, 73, 120, 222, 223.

²¹¹ « Enseigne et nom commercial, droit au bail, clientèle et achalandage, mobilier commercial, matériel ou outillage servant à l'exploitation du fonds, brevets d'invention, licences, marques, dessins et modèles industriels et généralement droits de propriété intellectuelle qui sont attachés au fonds ». F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. 2002, p. 61 et s. , n° 55 et s. , 2°) ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, p. 103, n° 57.

fonds de commerce ayant pour finalité de protéger l'acquéreur de ce fonds (Article L. 141-1 et s.) ; une autre loi du 10 novembre 1955 sur le nantissement judiciaire du fonds de commerce, une loi du 20 mars 1956 relative à la location gérance (Article L. 144-1 et s.) et finalement la loi du 6 janvier 1986 modifiant l'Article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1966 permettant le crédit-bail du fonds de commerce.

A l'occasion de la codification réalisée par l'ordonnance du 18 septembre 2000, ces textes (exceptée toutefois la loi du 6 janvier 1986) ont été intégrés dans le Titre IV du Livre I du Code de commerce²¹².

La lutte qui a abouti aux dispositions spécifiques du statut des baux commerciaux a opposé les locataires aux bailleurs propriétaires des immeubles. L'expression imagée de « propriété commerciale » n'a été forgée que pour faire pièce à la résistance des propriétaires fonciers.

120. Définition. Le fonds de commerce, dont il n'existe aucune définition légale, se présente comme un ensemble d'éléments corporels²¹³ et incorporels²¹⁴ dont la mise en commun est destinée à acquérir et conserver une clientèle²¹⁵. La clientèle constitue donc l'essence même du fonds de commerce, à défaut de laquelle il n'existerait pas en tant que tel. Le seul élément véritablement fondamental à la reconnaissance d'un fonds de commerce est la clientèle (et l'achalandage), il s'agit du critère classique ; sans clientèle il ne peut y avoir de fonds de commerce : c'est elle qui procure des revenus au commerçant ; c'est elle qui donne une valeur à son fonds. En effet, la Cour de Cassation a posé ce principe dans un arrêt, tout à fait clair, en date du 15 février 1937 rendu par la Chambre des Requêtes énonçant que « La clientèle est la condition essentielle d'existence d'un fonds de commerce »²¹⁶. Pour constituer un véritable

²¹² J. MESTRE et M.E. PANCRAZI, *Droit commercial*, LGDJ, 26^{ième} éd. , 2003, p. 485, n° 687.

²¹³ Les éléments corporels du fonds de commerce sont le matériel et les marchandises.

Le matériel comprend tous les meubles corporels servant à l'exploitation du fonds c'est-à-dire principalement l'outillage et les machines. Ce matériel fait partie intégrante du fonds de commerce sauf si le propriétaire du fonds de commerce est en même temps propriétaire de l'immeuble auquel cas la qualification d'immeuble par destination de ce matériel conduit à l'exclure du fonds de commerce. Cette règle traditionnelle a une conséquence pratique importante dans l'hypothèse où l'immeuble est hypothéqué au profit d'un créancier tandis que le fonds est donné en nantissement à un autre créancier. Dans ce cas puisque le matériel est qualifié d'immeuble par destination c'est le créancier hypothécaire qui aura seul des droits sur ce matériel.

Les marchandises se définissent comme des meubles corporels destinés à être vendus constituant l'objet du commerce et dont la dénomination comptable est le stock.

²¹⁴ Les éléments incorporels du fonds de commerce sont la clientèle et l'achalandage, le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, les licences et autres autorisations.

²¹⁵ Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 9^{ième} éd. , Litec, 2007, p. 373, 374 et s. , n° 613 et notamment n° 614 et s.

²¹⁶ Cass. Req., 15 février 1937, D.P. 1938, I, 13, note CORDONNIER ; S. 1937, I, 169, note H. ROUSSEAU ; Rev. gén. dr. com. 1938, 164, note LAGARDE.

fonds de commerce, la clientèle attirée doit être certaine, personnelle au commerçant, commerciale et licite²¹⁷.

121. La clientèle, élément incorporel, essentiel et caractéristique du fonds de commerce. La clientèle ou l'achalandage peut se définir comme la valeur que représente les relations entre le fonds de commerce et les personnes qui s'y servent en biens ou en services²¹⁸. Certains auteurs continuent de distinguer les deux termes, il semblerait que l'on peut faire une nuance entre la clientèle qui vise véritablement les habitués d'un magasin et l'achalandage qui pourrait se définir comme l'aptitude du fonds de commerce à attirer le public de passage notamment par son emplacement. Quelque soit la définition retenue le fonds de commerce suppose l'existence d'une clientèle et donc ne saurait exister en son absence (de clientèle) ou encore ne saurait subsister à sa disparition (de clientèle) par suite d'une cessation d'exploitation prolongée²¹⁹.

Ce droit à la clientèle ne signifie pas évidemment que le commerçant peut exiger des personnes qui entrent en relation avec lui qu'elles lui restent fidèle. Mais, cela signifie que d'une part que le commerçant peut défendre son droit à la clientèle contre ses concurrents par une action spécifique appelée l'action en concurrence déloyale qui est bâtie sur le schéma de l'Article 1382 du Code civil (Responsabilité civile de droit commun). Ce droit à la clientèle signifie que ce commerçant peut également défendre sa clientèle contre le précédent propriétaire du fonds de commerce, en effet, le vendeur d'un fonds de commerce ne peut chercher à reprendre la clientèle qu'il a vendue par exemple en s'installant à proximité sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle sur le fondement de la garantie d'éviction.

La clientèle est l'élément central, principal à un fonds de commerce.

Au regard de cette décision, il en résulte pour que la loi du 17 mars 1909 sur les cessions de fonds puissent s'appliquer à une vente il faut que la clientèle soit expressément ou implicitement vendue. La vente d'un élément quelconque comme par exemple le droit au bail sans la clientèle ne peut pas constituer une vente de fonds de commerce et donc n'est pas soumise à la loi de 1909. Inversement, le juge peut estimer que la clientèle est implicitement transférée bien que le contrat ne vise qu'un élément isolé du fonds, c'est ainsi que de façon traditionnelle que la Cour de Cassation estime que le transfert du droit au bail implique la cession du fonds dans son intégralité pour les magasins de quartier où la clientèle est principalement attachée à la localisation géographique de l'établissement. De la même manière le juge estime en général que la cession isolée d'une licence 4 (débit de boisson) doit être assimilée à une cession de fonds de commerce puisque la clientèle d'un bar est principalement attachée et suivra le transfert de cette licence de débit de boisson.

²¹⁷ G. DECOCQ, *Droit commercial*, 2^{ième} éd., Dalloz, Hypercours, 2005, p. 213, n° 431 ; J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ième} éd., LGDJ, 2003, p. 487, n° 690.

²¹⁸ Ch. com. 2 mai 1997.

²¹⁹ Cour de Cassation, Ch. com. 26 janvier 1993.

Toutefois, pour être l'élément constitutif d'un fonds de commerce cette clientèle doit présenter trois caractères :

Elle doit être commerciale. C'est-à-dire qu'elle doit résulter d'accomplissement d'actes de commerce, en effet, il n'y a pas de fonds de commerce en présence d'actes civils (les professions libérales, les artisans n'ont pas de fonds). Toutefois, si la clientèle d'une profession libérale est nettement distincte du fonds de commerce parce qu'elle est très attachée à la personne du praticien, au contraire, la clientèle des professions artisanales se rapproche sur de nombreux points de la clientèle commerciale d'où un régime partiellement commun entre le fonds de commerce et le fonds artisanal. C'est ainsi notamment que l'artisan bénéficie du droit au renouvellement du bail artisanal (Article L. 145-1 du Code de commerce) ; c'est ainsi que l'artisan a la possibilité de souscrire un contrat de crédit-bail d'un fonds artisanal (loi de 1986) ; c'est ainsi également que l'artisan a la faculté de consentir un nantissement sur son fonds pour se procurer du crédit (loi de 1996).

Cette clientèle doit être personnelle au titulaire du fonds. En d'autres termes pour constituer un fonds de commerce la clientèle en plus d'être commerciale ne doit pas être dérivée du travail d'autrui. La Cour de Cassation a eu l'occasion de poser cette règle rendue en Assemblée plénière le 24 avril 1970 « La buvette installée dans un champ de course ne constitue pas un fonds de commerce si elle n'a comme clientèle que celle de l'enceinte plus large qui l'a renferme »²²⁰. Suivant le même ordre d'idée la Cour de Cassation a considéré que ne constitue pas un fonds de commerce, l'emplacement qu'une société a dans un supermarché²²¹. De même le banc de poissons qu'une personne exploite à proximité d'un supermarché ne constitue pas un fonds de commerce²²². Il en est de même pour un magasin de journaux et de souvenirs installé dans le hall d'un hôtel²²³. Cette jurisprudence a surtout laissé craindre que les concessionnaires et franchisés ne disposeraient pas non plus d'un fonds de commerce puisque la clientèle est principalement attachée au pouvoir attractif de la marque et non pas aux qualités personnelles du commerçant détaillant. Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 6 février 1996 a provoqué un vent de panique dans les milieux professionnels en considérant que le franchisé devait rapporter afin d'établir sa propriété du fonds de commerce la preuve de l'existence d'une clientèle liée à

²²⁰ Assemblée plénière, 24 avril 1970, JCP 1970, II, 16489.

²²¹ Civ. 3^{ème}, 9 juillet 1979, Bull. Civ. III, n° 153.

²²² Civ. 3^{ème}, 27 novembre 1991, Bull. civ. III, n° 289.

²²³ Civ. 3^{ème}, 4 novembre 1992, RJDA 1992, n° 1108.

son activité personnelle indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur. En réalité cet arrêt était une décision isolée qui ne s'est pas répétée et surtout qui n'a pas été confirmée par la Cour de Cassation, pour la haute juridiction, les concessionnaires et franchisés même s'ils profitent de l'effet de réseau disposent d'une clientèle personnelle qui suffit à leur conférer la propriété d'un fonds de commerce.

La clientèle doit être actuelle, c'est-à-dire qu'elle doit résulter d'une exploitation en cours ou du moins d'un commencement d'exploitation. En principe, la jurisprudence ne se contente pas d'une clientèle simplement virtuelle, si bien qu'elle en déduit que la location d'une pièce aménagée à usage de salle de cinéma n'est qu'un bail d'immeuble commercial et non pas une location gérance de fonds de commerce. Cependant, dans le cas particulier des stations service la Cour de Cassation admet depuis une série d'arrêts de principe rendus par la Chambre Commerciale en date du 27 février 1973 « que la clientèle de ces stations préexiste du fait du pouvoir attractif de la marque (Total) à leur ouverture effective ». Ce raisonnement permet de considérer que le contrat liant le pompiste au groupe pétrolier est un contrat de location gérance de fonds de commerce et non pas un simple contrat de bail commercial.

122. Le fonds de commerce un bien meuble de nature incorporelle. Le fonds de commerce n'a pas la personnalité morale : il ne constitue pas un patrimoine autonome d'affectation auquel seraient attachées les créances et les dettes résultant de son exploitation. Il est un élément du patrimoine de son titulaire. Le fonds de commerce est un bien distinct des éléments qui le composent. En tant que tel, il est un objet de droit. Exclusivement composé d'éléments mobiliers corporels et incorporels, support nécessaire à la clientèle, le fonds de commerce est traditionnellement présenté comme un bien meuble de nature incorporelle. Aussi il y aura lieu d'étudier la composition du fonds de commerce *(A)* avant d'en apprécier sa nature juridique *(B)*.

A. Composition du fonds de commerce

123. Les éléments du fonds. Le fonds de commerce n'est pas un bien unitaire et stable comme le serait par exemple un immeuble, le fonds de commerce est composé d'éléments

disparates tant corporels qu'incorporels²²⁴. Ce qui est important de comprendre est que tous les éléments possibles ne sont pas indispensables à l'existence d'un fonds de commerce. Parmi les éléments incorporels la clientèle est le seul élément véritablement indispensable au fonds de commerce. Certains auteurs établissent une distinction entendant la clientèle comme visant les habitués d'un magasin tandis que l'achalandage renvoie à l'aptitude du fonds de commerce à attirer le public de passage notamment par son emplacement. La clientèle est l'élément central fondamental du fonds de commerce. La doctrine est divisée sur un point la clientèle ne serait pas à proprement parler une composante du fonds de commerce car le commerçant ne peut pas s'approprier les clients qui restent libres mais elle se présenterait plus comme le résultat de la mise en commun des différents éléments qui composent le fonds de commerce²²⁵. La loi et la jurisprudence la considèrent comme l'objectif vers lequel tend la mise en commun d'éléments destinés à constituer le fonds de commerce. Cette clientèle doit être commerciale, personnelle au titulaire du fonds et actuelle. Il existe également le nom commercial défini comme l'appellation sous laquelle le commerçant va exercer librement son commerce. La jurisprudence le protège par le biais de l'action en concurrence déloyale²²⁶. L'enseigne désignée comme la dénomination, l'emblème choisi pour individualiser un fonds de commerce est également protégée par l'action en concurrence déloyale dès lors qu'il ne s'agit pas d'une appellation générique²²⁷. Le droit au bail encore appelé propriété commerciale confère au locataire des locaux de bénéficier d'un droit au renouvellement du bail²²⁸. Les licences et autres autorisations sont considérées par

²²⁴ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 2007, p. 62, 63, n° 211 ; Olivier BARRET, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001, p. 6 à 18, n° 8 à 28.

²²⁵ G. DECOCQ, *Droit commercial*, Hypercours Dalloz, 2^{ème} éd., 2005, p. 212, n° 429, 430.

²²⁶ J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 2003, LGDJ, 26^{ème} éd., p. 489, n° 690-1 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2007, p. 68, n° 215 ; Ch. com. 5 novembre 1985, La société Laurent Perrier avait engagé l'action en concurrence déloyale envers un commerçant de champagne sous l'appellation Brut Perrier l'entrepreneur refusait de rebaptiser la société puisque Perrier constituait son nom patronymique. La Cour de Cassation pour éviter toute confusion oblige néanmoins celui-ci à rajouter son prénom dans la dénomination commerciale qui devient le champagne Roger Perrier. La Chambre commerciale précise dans un arrêt du 13 juin 1995 que le titulaire du nom qui a consenti à son insertion dans la dénomination d'une société ne peut plus concurrencer celle-ci en faisant usage de son nom alors même cette fois-ci qu'il proposait d'y associer son prénom. Comme on le voit en étend affecté à l'usage du commerce, le nom change de statut de droit de la personnalité il devient alors une propriété incorporelle.

²²⁷ J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ème} éd., LGDJ, 2003, p. 489, n° 691 ; Cour d'Appel de Paris, 24 octobre 1964, D. 1965, p. 268. Ici aussi le juge protège le droit à l'enseigne par l'action en concurrence déloyale en condamnant ceux qui utiliseraient pour créer une confusion une enseigne identique ou similaire à condition toutefois dit le juge qu'il ne s'agisse pas d'une appellation générique. Ainsi le Cour d'Appel de Paris a débouté le commerçant qui avait engagé une action en concurrence déloyale pour protéger l'appellation de son restaurant intitulé « la pizza ».

²²⁸ J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ème} éd., LGDJ, 2003, p. 500, n° 716 et s.

certaines commerçants comme des éléments du fonds de commerce²²⁹. Le matériel (outillage, machines) et les marchandises (meubles corporels destinés à être vendus dont la dénomination comptable est le stock) sont les éléments corporels du fonds de commerce²³⁰.

B. Nature juridique du fonds de commerce²³¹

124. Une universalité de fait. La nature juridique du fonds de commerce a fait l'objet de vives discussions et de batailles doctrinales. Différentes qualifications ont été proposées la théorie de l'universalité de droit considérant le fonds de commerce constitué d'un patrimoine autonome ceci n'a pas été accepté par la jurisprudence rejetant l'idée que le fonds de commerce puisse jouir de la personnalité morale. S'il constitue bien une universalité le fonds de commerce ne constitue qu'une universalité de fait c'est-à-dire qu'il ne constitue pas à la différence des personnes morales un patrimoine étanche et autonome. En effet, au regard de la théorie d'Aubry et Rau²³² le fonds de commerce qui n'a pas la personnalité juridique doit être considéré comme un élément parmi d'autres du patrimoine de la personne physique ou morale qui en est titulaire. Dans la mesure où le fonds de commerce se présente comme un ensemble de différents éléments réunis dans un objectif commun, susceptible de faire en tant que tel l'objet d'opérations juridiques, la théorie de l'universalité de fait s'est vite imposée, tant en doctrine qu'en jurisprudence²³³. Allant plus loin encore, Ripert et Roblot estimaient que le fonds de commerce était un véritable « droit à la clientèle », de sorte qu'il constituerait un droit de propriété incorporelle analogue, à celui dont dispose l'inventeur sur son brevet.

²²⁹ Les licences de débits de boissons et les autorisations prévues pour certains commerçants comme des éléments du fonds de commerce qui se transmettent avec lui c'est notamment le cas de la licence des débits de boissons (Cour de Cassation Ch. com. 11 mai 1970, Bull. civ. IV, n° 152. Caducité de la licence entraînant la disparition du fonds lorsqu'elle est nécessaire à l'exploitation, cette caducité peut entraîner la nullité de la cession du fonds de commerce pour dol.

²³⁰ G. DECOCQ, *Droit commercial*, 2^{ième} éd., Dalloz, Hypercours, 2005, p. 218, 219, n° 444, 445.

²³¹ O. BARRET, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001, p. 18 et s., n° 29 et s.

²³² Théorie d'Aubry et Rau « Une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine et inversement à chaque patrimoine autonome doit correspondre une personne différente ».

²³³ J. CARBONNIER, *Les biens*, 19^{ième} éd. refondue, PUF, 2000, T. 3, *Thémis Droit privé*, p. 111 et s., n° 62 ; G. DECOCQ, *Droit commercial*, Dalloz, Hypercours, 2005, p. 221 et s., n° 451 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 8^{ième} éd., MONTCHRESTIEN, *Précis Domat droit privé*, 1997, p. 328, n° 957, 958, 959.

125. Un bien meuble incorporel. La doctrine et la jurisprudence, outre passant les différentes théories proposées, s'accordent à dire que le fonds de commerce est un bien autonome de nature incorporelle et mobilière. Le fonds de commerce n'est en réalité rien d'autre qu'une valeur autonome, puisqu'elle n'est pas le résultat de la somme des biens qui le composent. Le fonds de commerce bien que composé à la fois d'éléments corporels et incorporels est lui-même incorporel, ce caractère s'explique par sa nature véritable, le fonds de commerce est une valeur consistant dans le lien qui existe entre les différents éléments mis en commun par le commerçant afin d'atteindre une clientèle. La valeur réside dans l'affectation commune qui a été faite de différents biens, elle est donc incorporelle par essence. Tant la doctrine que la jurisprudence le considèrent comme un bien meuble, tout d'abord, parce que le fonds de commerce n'est composé que de biens mobiliers, en effet, tant les immeubles par nature que par destination sont exclus du fonds de commerce²³⁴. De plus, la catégorie des immeubles est une catégorie fermée où le fonds de commerce n'en fait pas partie. Il est meuble incorporel car c'est également la nature de l'élément essentiel à savoir la clientèle²³⁵. Cependant, bien qu'étant qualifié de meuble, il semble suivre le régime des immeubles (privilège accordé au vendeur du fonds de commerce, Article L. 145-5 et s. du Code de commerce analogie avec le privilège du vendeur d'immeuble ; nantissement du fonds de commerce proche de l'hypothèque immobilière). Le fonds de commerce est considéré d'une part comme une universalité²³⁶ et d'autre part comme un meuble incorporel. Sa nature mobilière peut également s'expliquer par le fait qu'aujourd'hui sa location-gérance ne puisse pas valablement inclure une clause d'indexation de la redevance se référant à l'indice national du coût de la construction de type immobilier. Finalement, les Articles 1141 et 2279 du Code civil sont inapplicables au fonds de commerce²³⁷.

Le fonds de commerce en tant qu'entité juridique particulière de nature mobilière bien que son régime semble s'inspirer de l'immeuble. Cette dernière qualification serait sans aucun doute choisie si la distinction proposée par le Code civil entre meubles et immeubles n'était pas fondée sur un critère physique, mais sur un critère lié à l'importance de la valeur des biens.

²³⁴ R. LIBCHABER, *Répertoire de droit civil, Les biens*, Dalloz, 2002, p. 21, n° 120.

²³⁵ J. CARBONNIER, *Les biens*, 19^{ième} éd. refondue, PUF, 2000, T. 3, *Thémis Droit privé*, p. 389, n° 250, 3° ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ième} éd. refondue, PUF, 2008, p. 103 et s., n° 57.

²³⁶ Dire que le fonds de commerce est une universalité signifie que le fonds de commerce est autre chose que la somme des éléments qui le compose.

²³⁷ Si le fonds de commerce est vendu successivement à deux personnes, c'est le premier acquéreur qui sera déclaré propriétaire, même si le second, avait pris possession du fonds.

II. Le fonds libéral et sa clientèle civile

126. Le fonds libéral. Le droit des biens accueille des valeurs nouvelles liées à l'activité humaine, les clientèles civiles et notamment libérales en sont l'exemple type. En matière civile, la clientèle est aussi, peu à peu, devenue un bien ayant un caractère patrimonial²³⁸.

- Les Professeurs, Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet, relèvent « à l'état pur, les services prestés par les personnes exerçant une profession libérale résultent essentiellement, voire exclusivement de la mise en œuvre de leurs compétences et talents. Cette particularité compromet la cessibilité des clientèles civiles parce que le facteur d'attraction de la clientèle n'est pas de nature à être cédé²³⁹. S'il est vrai que la force de travail peut s'analyser comme un bien, elle reste cependant foncièrement inaliénable.

- Le droit a du mal à appréhender la clientèle et à la manipuler à sa guise car étant incorporelle et ainsi dépourvue de *corpus*. Lorsque la clientèle est attirée par un certain nombre d'éléments objectifs, rien n'est plus simple que de la céder implicitement, en cédant les éléments objectifs qui la retiennent, tel est l'exemple du fonds de commerce (La clientèle du fonds de commerce). Les transmissions des clientèles civiles se sont révélées plus complexes, car en effet les clientèles civiles ne tenaient pas à des éléments objectifs, mais à la confiance établie avec le professionnel. Cette confiance ne pouvait pas être l'accessoire d'aucune chose cessible car on estimait que la clientèle était attachée à la personne et par là intransmissible²⁴⁰. Il était classiquement considéré que la manière de travailler du professionnel qui est la source de la clientèle ne se détachait pas de lui sous la forme de moyens matériels et humains et ne parvenait donc pas à constituer un bien distinct de sa force de travail pouvant donner matière à une transmission. C'est pourquoi la jurisprudence s'en est longtemps tenue à l'affirmation que la clientèle civile est hors commerce juridique²⁴¹.

127. L'incessibilité des clientèles civiles. Pendant plus d'un siècle, une jurisprudence abondante décidait que le médecin n'avait pas le droit de céder sa clientèle, qui était « attachée à sa personne » ; mais il pouvait présenter son successeur à ses clients, s'engager à ne pas lui faire

²³⁸ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ième} éd., 2007, p. 63, n° 212.

²³⁹ F. ZENATI-CASTAING, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, 2008, *Collection Droit fondamental*, p. 105, n° 59.

²⁴⁰ R. LIBCHABER, *Les biens*, Répertoire civil Dalloz, septembre 2002, p. 14, n° 73.

²⁴¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 105, n° 59.

concurrence et ce droit pouvait être rémunéré, ce qui, en fait permettait une cession de clientèle, à condition de ne pas le dire²⁴². Les clientèles civiles sont incessibles car elles seraient attachées à la personne du professionnel libéral en raison de ses qualités propres, personnelles, en sorte que cette clientèle serait hors commerce juridique. Pour les médecins ces cessions iraient à l'encontre du principe de libre choix du médecin par le patient, ce qui est inexact de manière partielle car rien ne l'empêche de consulter un nouveau médecin. Aussi, sur le fondement de l'article 1128 du Code civil et, donc, de l'indisponibilité de la personne, assistait-on à l'annulation systématique des cessions de clientèles. En effet, ces conventions sont considérées comme nulles en raison de l'illicéité de leur objet²⁴³. D'autres arrêts annulaient le contrat pour défaut de cause ; la cause du contrat serait illicite si ce dernier fait échec à la liberté de choix du médecin par le patient, ce qui n'est pas sans intérêt car, alors, l'objet du contrat, la clientèle civile, était peut-être validée en tant qu'objet de contrat.

128. Pouvoir d'attraction non aliénable. Selon le Professeur Frédéric Zénati-Castaing, une clientèle s'analyse dans un pouvoir attractif exercé sur des clients. Lorsque ce pouvoir résulte d'une chose ou d'un ensemble de choses, comme il en va du fonds de commerce, il peut être réifié et donc cédé ; il suffit, pour que la clientèle soit transmise et mérite, par suite, d'être appropriée, de transférer la ou les choses dont la détention procure les clients. Lorsqu'au contraire il résulte non plus d'une chose, mais d'une personne, le pouvoir d'attraction ne peut être aliéné, car il est indéfectiblement attaché à un sujet et ne peut être exercé par un autre sujet. Ce pouvoir d'attraction est lié à la personne et ne peut en conséquence devenir un bien²⁴⁴.

Pour le Professeur Bernard Beignier, l'arrêt rendu le 10 mai 1993 par la Cour d'Appel de Limoges prononce la nullité de la convention pour objet illicite et absence de cause. La Cour fait valoir notamment que, si le contrat de présentation de clientèle n'est pas un contrat nul dans son principe, il l'était en la circonstance à cause de l'imprécision de la convention qui ne permettait pas de déterminer exactement sur quelle part de la clientèle portait l'obligation du débiteur, mais également parce que les incertitudes quant aux moyens dont devait user ce dernier pour faire que

²⁴² Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ième} éd. , 2007, p. 63, 64, n° 212 ; R. LIBCHABER, *Les biens*, Répertoire civil Dalloz, septembre 2002, p. 14, n° 73.

²⁴³ Civ. 16 mars 1943, JCP 1943, II, 2289.

²⁴⁴ F. ZENATI-CASTAING, *Nullité d'une cession de clientèle médicale, faute d'objet et de cause*, RTD Civ. 1991, p. 560.

ses clients reportent leur confiance sur son associé mettaient en péril la liberté de choix des malades²⁴⁵.

129. Patrimonialisation des clientèles civiles. Madame Nathalie Descamps-Dubaele souligne que l'arrêt rendu par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de Cassation en date du 3 juillet 1996²⁴⁶ illustre alors une nouvelle fois le phénomène de patrimonialisation des clientèles civiles. La profession médicale devait rapidement tirer profit de la reconnaissance du lien privilégié existant entre le médecin et son patient pour imaginer et monnayer la représentation symbolique à travers « un droit de présentation ». Tout en continuant d'annuler certaines conventions ambitieuses et litigieuses, censées organiser la « cession de clientèle », la jurisprudence devait finalement valider ces contrats onéreux de présentation de clientèle. C'est l'arrêt rendu le 7 juin 1995 par la Cour de Cassation qui devait considérer que « si la clientèle d'un médecin ou d'un chirurgien-dentiste n'est pas dans le commerce, le droit, pour ce médecin ou ce chirurgien-dentiste, de présenter un confrère à sa clientèle constitue un droit patrimonial qui peut faire l'objet d'une convention régie par le droit privé »²⁴⁷.

130. Evolution. De nombreux auteurs avaient critiqué ces solutions car des incohérences apparaissent : ainsi, des sociétés civiles professionnelles pouvaient être constituées, signe d'une patrimonialisation des clientèles civiles mais surtout la jurisprudence validait le contrat de présentation de clientèle proposant une cession de matériels et de fichiers, une obligation de non concurrence et la présentation au successeur de la clientèle (ou du successeur à la clientèle qui ne sont rien d'autre que des cessions de clientèles civiles déguisées²⁴⁸). Mais cession de clientèle ou droit de présentation de clientèle, le résultat est le même : la clientèle civile peut faire l'objet

²⁴⁵ B. BEIGNIER, *Les conditions de licéité du contrat de présentation de clientèle conclu entre des médecins*, Recueil Dalloz, 1994, p. 161. En l'espèce, un contrat avait été conclu entre un chirurgien-dentiste et une de ses collaboratrices pour la présentation de la moitié de sa clientèle. A la suite de cet accord une société civile de moyens fut constituée entre eux. Le but était donc un partage de la clientèle du premier praticien pour constituer une association entre deux chirurgiens-dentistes. Une mésentente étant survenue entre les parties, un procès s'ensuivit pour obtenir, au bénéfice de l'ancienne collaboratrice, la nullité du contrat.

²⁴⁶ Cass. 1^{ère} Civ. 3 juillet 1996, n° 94-13.239, Recueil Dalloz 1997, p. 531 : Les malades jouissent d'une liberté absolue du choix de leur médecin, la clientèle qu'ils constituent, attachée exclusivement et de façon toujours précaire à la personne de ce praticien, est hors du commerce et ne peut faire l'objet d'une convention.

²⁴⁷ N. DESCAMPS-DUBAELE, *La prohibition réaffirmée de la cession de clientèle civile*, Recueil Dalloz 1997, p. 531.

²⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, n° 94-13. 239, Bull. civ. I, n° 287, Recueil Dalloz 1997, p. 531.

d'un contrat, elle n'est donc plus hors du commerce juridique (d'où le recours à la notion de cause et par exemple le principe du libre choix du praticien par le patient)²⁴⁹.

131. Cessibilité des clientèles civiles. L'arrêt du 7 novembre 2000²⁵⁰ se présente alors comme une alternative efficace : à l'occasion d'une cession de clientèle par un médecin à un confrère avec lequel il s'était auparavant associé, la Cour de Cassation affirmait en effet que « si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ». En l'espèce, le litige opposait M. Woessner à M. Sigrand, deux chirurgiens dont la collaboration avait échoué. M. Woessner s'était engagé à faciliter l'exercice de la médecine à M. Sigrand. Afin de réaliser cet objectif il mit son cabinet à la disposition de son confrère en créant, avec lui, une société civile de moyens. Les deux confrères passèrent une convention aux termes de laquelle M. Woessner « cédait » la moitié de sa clientèle à M. Sigrand, moyennant une indemnité (500 000 Fr) ; la convention était par ailleurs, assortie d'une clause de garantie d'honoraires. La clientèle ne s'étant pas reportée vers « le cessionnaire » dans la proportion prévue par le contrat. M. Sigrand assigna le cédant (M. Woessner) en annulation de la convention. La Cour d'Appel a fait droit à sa demande. Le pourvoi formé par le cédant, M. Woessner, fut rejeté par la Cour de Cassation et cette dernière confirma l'arrêt de la Cour d'Appel, en observant que la convention ne sauvegardait pas la liberté de choix des patients. Monsieur Yvan Auguet relève que toutefois, en affirmant subrepticement la licéité de la cession de clientèle médicale à l'occasion de la cession d'un fonds libéral, la Haute juridiction a fait œuvre jurisprudentielle. L'apport essentiel de la décision est là. L'intérêt de cet arrêt est double, il relance le débat sur la patrimonialisation des clientèles, en affirmant la cessibilité des clientèles civiles et en reconnaissant le fonds libéral²⁵¹.

Le Professeur Olivier Tournafond souligne quant à lui que cet arrêt renverse la jurisprudence traditionnelle de la Cour de Cassation qui prohibait les cessions directes de clientèles civiles mais encore il affirme l'existence du « fonds libéral ». Le fonds libéral est donc en quelque sorte

²⁴⁹ D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 3^{ième} éd., Cours, 2002, p. 85, 86, n° 103.

²⁵⁰ Cour de Cassation, Civ. 1^{ière}, 7 novembre 2000, N° 98-17.731, Bull. 2000, I, N° 283, p. 183 ; R. LIBCHABER, *Les biens*, Répertoire civil Dalloz, septembre 2002, p. 14, n° 74.

²⁵¹ Y. AUGUET, *La clientèle civile peut constituer l'objet d'un contrat de cession d'un fonds libéral !*, Recueil Dalloz 2001, p. 2400.

le corollaire de la clientèle civile, même si on risque de se trouver fort en peine d'en préciser le contenu²⁵².

Le Professeur Rémy Libchaber relève à juste titre que la Cour a pris la peine de préciser que « la cession de clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite », telle est bien l'apport de cet arrêt²⁵³.

132. Valorisation. En consacrant la notion de fonds libéral, la Cour de Cassation opère un revirement de jurisprudence attendu propre à inscrire l'activité des professions libérales dans le siècle, par une patrimonialisation efficace de celle-ci. La reconnaissance d'un fonds libéral, sur le modèle voisin du fonds de commerce, ouvre alors des perspectives modernes (investissements, capitaux, salariat...)²⁵⁴. Le fonds libéral se présente désormais comme une nouvelle valeur, il s'agit d'un bien, reçu directement par la jurisprudence. La Cour de Cassation a réitéré et complété son analyse du « fonds d'exercice libéral » (clientèle, matériel, locaux) porté à l'actif de la communauté, puis de l'indivision post-communautaire²⁵⁵.

III. Le fonds artisanal et sa clientèle civile

133. Le fonds artisanal. S'agissant du fonds artisanal²⁵⁶, une loi du 5 juillet 1996 en son article 22 a consacré le fonds artisanal et l'a organisé sur le mode du fonds de commerce. La définition ainsi que le régime du fonds artisanal sont entièrement calqués sur ceux du fonds de commerce. Son contenu est composé de l'enseigne, du nom professionnel, du droit au bail, de la clientèle, de l'achalandage, du mobilier professionnel, du matériel, de l'outillage servant à l'exploitation, des droits de propriété industrielle, littéraire et artistique qui y sont attachés. Une véritable assimilation est faite par le législateur entre le fonds artisanal et le fonds de commerce. Seule l'utilisation d'un ensemble de biens qui ont en commun la propriété d'attirer les clients permet de créer un fonds et donc de réifier la clientèle pour pouvoir la transmettre et en faire un

²⁵² O. TOURNAFOND, *La cession directe de clientèle civile et la vente du « fonds libéral » en droit français*, Recueil Dalloz 2002, p. 930.

²⁵³ R. LIBCHABER, Répertoire du Notariat Defrénois, 2001, p. 431.

²⁵⁴ D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 3^{ième} éd., Cours, 2002, p. 86, 87, n° 103.

²⁵⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, Droit privé, 6^{ième} éd., 2002, p. 64, 65, 66, n° 57 in fine, b) Fonds libéral.

²⁵⁶ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ième} éd., 2007, p. 63 et s., n° 212.

objet de crédit²⁵⁷. En effet, la loi du 5 juillet 1996 a fait apparaître le fonds artisanal afin d'en permettre le nantissement. Ainsi, la clientèle, en matière civile, est aussi, peu à peu devenue un bien ayant un caractère patrimonial.

§2. Les valeurs mobilières comme instruments financiers

134. Emergence de la valeur. « Représentation économique de la chose, existant en dehors de toute évaluation, contenant quantitatif, objet naturel du droit de propriété, la valeur des biens a été décrite comme « la substance économique des biens », stable et existant en soi, distincte de la valeur vénale, comme du prix, indépendante de l'appréciation sociale. La thèse est fondée sur le postulat de « la dématérialisation de l'objet du droit de propriété... dans une société moderne essentiellement conceptuelle » ». Dès lors la valeur des biens ne peut plus être ignorée du droit²⁵⁸.

L'article 527 du Code civil dispose que « les biens sont meubles par leur nature ou par la détermination de la loi ». S'agissant des biens meubles par détermination de la loi sont énumérés par l'article 529 du Code civil. Cette catégorie comprend principalement les actions ou obligations des sociétés qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans des compagnies de finances ainsi que les rentes, encore que les immeubles puissent appartenir à ces entreprises²⁵⁹.

135. Les valeurs mobilières comme instruments financiers. Antérieurement les valeurs mobilières étaient assimilées à des biens meubles corporels (pouvant être objets de droits réels, droits qui portaient sur un titre papier susceptible de transmission manuelle). Cet instrument a subitement disparu pour laisser place à une écriture informatique pour être finalement qualifiées de droit de créance. La dématérialisation des valeurs mobilières a entraîné un véritable bouleversement puisque de la qualification de biens meubles corporels elles sont devenues des biens meubles incorporels.

²⁵⁷ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 104, n° 58.

²⁵⁸ Ch. ATIAS, *Les biens*, Litec, 2007, p. 80, n° 101.

²⁵⁹ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 16, n° 12.

Ainsi, les valeurs mobilières, actions et obligations émises par une société par actions sont aujourd'hui « dématérialisées », c'est-à-dire qu'elles n'ont plus le support matériel qu'avaient naguère (avant la loi du 30 décembre 1981, article 94. II ; aujourd'hui article L. 211-4 du Code monétaire et financier) les actions au porteur, incorporées dans une feuille de papier qui étaient transférées par la remise du titre. Elles sont devenues des meubles incorporels, inscrites au compte de la société émettrice ou d'un organisme intermédiaire (par exemple une société SICAV). Elles peuvent être nominatives ; l'inscription du nom de l'actionnaire sur les registres de la société vaut alors présomption de propriété.

Depuis la loi du 2 juillet 1994 (dite loi de modernisation financière article 212-2 al. 1), ces valeurs font partie de la notion plus vaste d'« instruments financiers », d'origine communautaire, énumérés par ce texte, dématérialisés et constitués par une inscription en compte²⁶⁰.

Depuis la directive européenne du 10 mai 1993 sur les services d'investissement, dont les dispositions ont été introduites en droit français par la loi du 2 juillet 1996, dite loi de modernisation des activités financières, la catégorie des valeurs mobilières est insérée dans un ensemble plus vaste, celui des instruments. Ces instruments financiers sont définis par l'article L. 211-1, I du Code monétaire et financier²⁶¹.

136. Plan. L'étude des règles communes aux valeurs mobilières **(I)** appelle l'exposé des différentes valeurs mobilières **(II)**.

I. Les règles communes aux valeurs mobilières

137. La substitution progressive des valeurs mobilières aux immeubles dans les patrimoines. L'Article 527 du Code civil dispose que « les biens sont meubles par leur nature,

²⁶⁰ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ième} éd. , 2007, p. 35, n° 132 ; F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2002, p. 330, n° 447.

²⁶¹ Article L. 211-1, I du Code monétaire et financier : « Les instruments financiers comprennent : 1. Les actions et autres titres donnant ou pouvant donner accès, directement ou indirectement, au capital ou aux droits de vote, transmissibles par inscription en compte ou tradition ; 2. Les titres de créance qui représentent chacun un droit de créance sur la personne morale qui les émet, transmissibles par inscription en compte ou tradition, à l'exclusion des effets de commerce ou des bons de caisse ; 3. Les parts ou actions d'organismes de placements collectifs ; 4. Les instruments financiers à terme ; 5. Et tous instruments financiers équivalents à ceux mentionnés aux précédents alinéas, émis sur le fondement de droits étrangers ».

ou par détermination de la loi ». Les biens meubles par détermination de la loi sont énumérés par l'Article 529 du Code civil. Cette catégorie comprend principalement les actions ou obligations des sociétés qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans des compagnies de finances ainsi que les rentes, encore que des immeubles puissent appartenir à ces entreprises²⁶². Ainsi les valeurs mobilières sont qualifiées de biens meubles par détermination de la loi.

Les valeurs mobilières sont des titres négociables qui représentent des droits, identiques par catégories, acquis par ceux qui ont apporté à une personne morale, publique ou privée, les espèces ou les biens nécessaires à son financement. Représentant, soit une quotité de capital de la personne morale émettrice, soit une créance à long terme contre celle-ci. L'émergence des valeurs mobilières au cours du XIX^{ème} siècle a entraîné une modification profonde de la composition des patrimoines. Les valeurs mobilières bien qu'étant des meubles parviennent à atteindre des valeurs considérables, remettant en cause l'adage « *res mobilis, res vilis* ». Le Professeur Michel Grimaldi souligne que l'importance croissante des valeurs mobilières contribue au renouvellement des biens²⁶³.

La loi du 24 juillet 1966 énonçait que les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions ne pouvaient être que de deux sortes : les actions et les obligations. Divergeant selon la nature du droit qu'elles conféraient. Les actions constituaient un titre d'associé tandis que les obligations constituaient un titre de prêteur. Cependant, une modification s'est opérée énonçant que « les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions revêtent la forme de titres au porteur ou de titres nominatifs »²⁶⁴.

L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 a introduit à l'article L. 228-1 du Code de commerce la définition des valeurs mobilières formulée à l'Article L. 211-2 du Code monétaire et financier reprenant la loi du 23 décembre 1988 (n° 88-1201) Article 1^{er} « Constituent des valeurs mobilières, les titres émis par des personnes morales, publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine. Sont également des

²⁶² Article 529 du Code civil, Dalloz, 106^{ième} éd. , 2007, p. 650.

²⁶³ M. GRIMALDI, *Le patrimoine au XXI^{ème} siècle*, Les Petites Affiches, 21 juillet 2000, N° 145, p. 4 et s. dont notamment p. 6, 7.

²⁶⁴ La loi du 3 janvier 1983 dite « Loi Delors » est venue modifier l'Article 263 de la loi du 24 juillet 1966. Les valeurs mobilières se distinguent alors par leur forme.

valeurs mobilières les parts de fonds communs de placement et de fonds communs de créance »²⁶⁵.

138. Evolution. Une évolution s'est produite, illustrant les conséquences d'une importance grandissante de la propriété mobilière. En effet, la catégorie des meubles s'est considérablement accrue notamment par la multiplication des valeurs mobilières, ou titres négociables en Bourse, émis par l'Etat, les villes et les sociétés industrielles et commerciales, principalement les actions et les obligations.

Lors de la révolution industrielle, le développement des valeurs mobilières a permis le financement des nouvelles sociétés anonymes et de leurs industries. Depuis quelques années, on assiste au développement de l'épargne collective, les épargnants pour améliorer leur retraite ou dans l'espoir d'un gain immédiat et néanmoins présenté comme sûr, investissent par l'intermédiaire d'organismes de placement collectif des valeurs mobilières (fonds de pension...). Les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions font l'objet des Articles L. 228-1 à L. 228-97 du Code de commerce et des Articles 204 à 242-7 du décret du 23 mars 1967.

139. Points communs. Caractéristiques communes **(A)** et forme des titres **(B)** seront successivement exposées.

A. Les caractéristiques communes

140. Caractères spécifiques. Ces titres émis par les personnes morales, publiques ou privées encore appelés valeurs mobilières sont négociables, souvent sur un marché spécialisé ou en bourse qui peuvent représenter des droits de nature diverse : rentes sur l'Etat, parts sociales (actions) dans une société anonyme ou encore créances (obligations émises par une personne morale de droit public ou privé).

Les valeurs mobilières sont aussi devenues dématérialisées et sont donc des biens incorporels nouveaux. Tout actionnaire détenant un titre au porteur devenait créancier, créance représentée par une inscription sur un compte. La loi du 30 décembre 1981 a généralisé cette

²⁶⁵ Article L. 211-2 du Code monétaire et financier, issu du Code de commerce, Dalloz, 102^{ième} éd., édition 2007, p. 1631 et s.

« scripturalisation » en l'étendant à l'ensemble des « instruments financiers » (Code monétaire et financier, Article L. 211-4) ; le transfert c'est-à-dire la cession s'effectue désormais par un virement de compte à compte (Code monétaire et financier Article L. 431-1) et non de la remise d'un titre²⁶⁶. Cependant, si la valeur est cotée la négociation doit s'effectuer sur un marché réglementé et par l'intermédiaire de prestataires de services d'investissement. L'Article 516 du Code civil édicte que « tous les biens sont meubles ou immeubles ». Ainsi, les valeurs mobilières sont absorbées dans la catégorie des meubles bien que certaines d'entre elles concernent des sociétés propriétaires d'immeubles. Elles sont incorporelles car n'ayant pas d'existence matérielle. Ces titres sont fongibles c'est-à-dire, échangeables, à l'intérieur d'une même émission et à valeur égale²⁶⁷.

B. La forme des titres

141. Dématérialisation des titres. Le régime antérieur, c'est-à-dire celui demeurant jusqu'à la dématérialisation des titres opérée par la loi du 30 décembre 1981, présentait une opposition essentielle. En effet, les titres nominatifs résultaient de l'inscription de leur titulaire sur un registre tenu par la société émettrice, et qui avait donc déjà une nature incorporelle, en revanche, les titres au porteur, représentés par un titre matériel dans lequel s'incorporaient les droits de l'actionnaire ou de l'obligataire. La société émettrice ignorait leur titulaire, dans la mesure où le transfert matériel du titre faisait présumer la transmission de sa propriété. Le transfert s'effectuait par une simple remise de la main à la main. Ainsi, facilitant l'évasion fiscale notamment lors des droits de succession²⁶⁸.

La loi de finances pour 1982 du 30 décembre 1981 (Article 94) et son décret d'application n° 83-359 du 2 mai 1983, ont organisé la dématérialisation des valeurs mobilières (émises en territoire français et soumises à la législation française), afin de permettre à l'administration fiscale de connaître aisément, à tout moment, les noms de tous les actionnaires d'une société. N'ayant plus d'existence matérielle, les titres résultent de l'inscription à un compte, tenu par la personne morale émettrice ou un intermédiaire habilité. La différence essentielle réside dans la tenue du compte, pour les titres improprement appelés au porteur, les comptes sont tenus par un

²⁶⁶ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ième} éd. , Defrénois, p. 18, n° 28.

²⁶⁷ B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, *Droit des affaires*, 15^{ième} éd. , SIREY, aide mémoire, 2003, p. 198, 199.

²⁶⁸ B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, *Droit des affaires*, 15^{ième} éd. , SIREY, aide mémoire, 2003, p. 198, 199.

intermédiaire financier (banque) qui conserve l'anonymat de leurs titulaires à l'égard de la société, en revanche, pour les titres nominatifs c'est la société émettrice qui tient les comptes et qui en connaît donc les titulaires²⁶⁹. Une évolution s'est opérée dans ce sillage, la loi Nouvelle Régulation Economique du 15 mai 2001 (loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques) est allée dans le sens d'une meilleure identification des actionnaires introduisant les Articles L. 228-2 et L. 228-3 du Code de commerce²⁷⁰.

Quel que soit désormais le titre, la preuve de la qualité de titulaire résulte uniquement de l'inscription sur le compte.

La cession de valeurs mobilières, que ce soient des titres nominatifs ou au porteur, se fera par simple virement de compte à compte. Le cédant, ou son représentant, signe un ordre de mouvement au vu duquel la société émettrice constate sur un registre l'opération intervenue et procède au virement des titres du compte du cédant à celui du ou des cessionnaires. La transmission de ces titres devient opposable à la société et aux tiers à compter de leur inscription au compte du cessionnaire. La cession ou le nantissement des titres se fait par virement ou inscription sur le compte.

II. Les différentes valeurs mobilières

142. Diversité des valeurs mobilières. Le Code a su allier, théorie générale comportant des règles communes à l'ensemble des biens et statuts spéciaux comportant des règles particulières aux immeubles et aux meubles. La diversification existait déjà en 1804, mais n'était pas prononcée ; le Code n'énonçait pas de règles spéciales pour tel type d'immeuble, ni pour tel type de meuble. Aujourd'hui, la spécialisation et la fragmentation du droit des biens sont beaucoup accusées, ce qui est un phénomène que l'on retrouve dans l'ensemble du droit contemporain. Les biens mobiliers permettent de mettre à jour une évolution du droit des biens

²⁶⁹ J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ième} éd., LGDJ, 2003, p. 375, n° 538.

²⁷⁰ Article L. 228-2 du Code de commerce, « En vue de l'identification des détenteurs des titres au porteur les statuts peuvent prévoir que la société émettrice est en droit de demander à tout moment, contre rémunération à sa charge, à l'organisme chargé de la compensation des titres, selon le cas, le nom ou la dénomination, la nationalité, l'année de naissance ou l'année de constitution et l'adresse des détenteurs de titres conférant immédiatement ou à terme le droit de vote dans ses propres assemblées d'actionnaires ainsi que la quantité de titres détenue par chacun d'eux et, le cas échéant, les restrictions dont les titres peuvent être frappés ».

Article L. 228-3 du Code de commerce « L'intermédiaire inscrit est tenu lui-même de révéler l'identité des propriétaires de ces titres sur simple demande de la société émettrice ou de son mandataire ».

amorcée depuis de nombreuses années. Entre hier et aujourd'hui ces biens sont très différents. De nos jours, ils sont nécessairement liés à l'économie et n'ont de sens qu'au regard du marché et de la valeur qu'il leur attribue. Le droit a une conception purement matérialiste des biens qui s'oppose à la nature incorporelle des valeurs mobilières.

Les valeurs mobilières, actions **(A)** et obligations **(B)** émises par une société par actions sont aujourd'hui « dématérialisées ». Les titres mixtes **(C)** existent également. Elles sont devenues des biens incorporels inscrites au compte de la société émettrice ou d'un organisme intermédiaire. Ces valeurs font partie de la notion plus vaste « d'instruments financiers » d'origine communautaire.

A. Les actions

143. Définition. L'action est un titre négociable émis par les sociétés par actions, qui représente une fraction du capital social et constate le droit de l'associé dans la société²⁷¹.

Le titre de base de la société par actions est évidemment l'action qui lui donne à la fois son nom et sa qualification, l'action qui, même si elle n'a pas toujours aujourd'hui une valeur nominale, exprime toujours pour son propriétaire la titularité d'une fraction du capital social. Sans apport il est absolument impossible de constituer une société. En effet, tout candidat à l'association (mise en société) doit apporter une somme d'argent ou un bien ou encore son talent d'où la différence entre les apports en numéraire, en nature ou en industrie. Par cet acte d'apport les associés c'est-à-dire les membres scellent le pacte social et manifestent du même coup leur volonté d'œuvrer ensemble autrement dit leur *affectio societatis*. Le total de ces apports va constituer le capital social. On comprend dès lors la force de la sanction prévue par l'Article 1844-10 du Code civil énonçant qu'en cas d'absence d'apport la sanction est constituée par la nullité pure et simple de la société.

144. L'existence de différents types d'apports. Trois types d'apports existent.

Tout d'abord, l'apport en numéraire comme son nom l'indique il s'agit d'un apport de somme d'argent, cet apport en numéraire ne doit pas être confondu avec l'avance en compte courant qui

²⁷¹ R. GUILLIEN et J. VINCENT sous la direction de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 12^{ième} éd. , Dalloz, 2000, p. 14. « Action ».

représente un prêt consenti par l'associé à la société. Dans les deux cas il y a bien remise de somme d'argent par l'associé à la personne morale mais dans le premier cas l'associé va percevoir en contrepartie des droits sociaux c'est-à-dire des actions dans les sociétés anonymes et des parts sociales dans les sociétés par intérêts (SARL) tandis que dans le second cas, dans le cas du prêt, l'associé ne recevra rien en contrepartie de son prêt et ne pourra faire valoir que sa qualité de prêteur.

Ensuite, l'apport en nature est constitué par l'apport d'un bien autre que de l'argent et autre que l'apport d'un travail ou d'une industrie. Il peut s'agir d'un bien corporel ou d'un bien incorporel (fonds de commerce, brevet, marque) dans tous ces cas la mise à disposition que réalise l'apport peut être soit de propriété soit de jouissance simplement.

Finalement, le législateur a admis qu'un associé puisse néanmoins apporter son industrie c'est-à-dire son talent au profit de la société, c'est ainsi que dans ce cadre une personne pourra apporter son crédit, son expérience, son savoir-faire, son travail, son industrie. Il est intéressant de souligner que ce type d'apport en industrie ne compte pas pour la détermination du capital social. De plus, ce type d'apport est strictement interdit dans les sociétés par action (SA) ainsi que dans l'ensemble des SARL. En revanche, ce type d'apport est possible dans les sociétés de personnes (société en participation, société civile professionnelle).

Les actionnaires ne sont tenus du passif que jusqu'à concurrence de leurs apports.

Les actionnaires, propriétaires d'une quote-part du capital ont des droits : des droits pécuniaires (droit à des prestations pécuniaires, distribution des dividendes, boni de liquidation (au moment de la liquidation si l'actif net est supérieur au capital, il est distribué aux associés), en cas d'augmentation du capital (distribution d'actions gratuites ou droit préférentiel)) ; des droits non pécuniaires (droit de collaborer à la gestion, droit de contrôle, droit à l'information, droit de vote, droit au respect du contrat, sauf décision régulière de l'assemblée générale extraordinaire qui s'imposera aux absents et aux dissidents), des droits de cession des actions qui sont des droits spéciaux (droit de négocier leur titre, droit de souscription, droit d'attribution)²⁷².

²⁷² J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ième} éd. , LGDJ, 2003, p. 356, n° 500.

B. Les obligations

145. Définition. L'obligation doit être entendue comme un « titre négociable » émis par une société de capitaux qui emprunte un capital important, généralement à long terme et divise sa dette en un grand nombre de coupures. Chaque obligataire se trouve dans la situation d'un prêteur, titulaire d'une créance productive d'un intérêt. L'obligation est une quote-part d'un emprunt émis par une personne morale, qui confère à son titulaire (l'obligataire : le prêteur) un droit de créance sur la société. Ainsi par exemple quand une société a besoin d'argent, elle peut emprunter et donner à ses créanciers des titres négociables qu'on appelle des obligations et qui, dans une émission, confèrent les mêmes droits pour une même valeur nominale.

L'obligation s'oppose à l'action en ce qu'elle assure généralement un revenu fixe indépendant des résultats de l'exercice et ne confère pas à son titulaire le droit de participer à la gestion de la société sauf à être consulté dans certain cas exceptionnels (modification de l'objet ou de la forme de la société, fusion ou scission)²⁷³.

146. Généralités. Les obligations ont été réglementées seulement par un décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la protection des obligataires. Elles le sont actuellement par les Articles L. 228-39 et suivants du Code de commerce. Un nombre considérable d'obligations destinées à indemniser les actionnaires expropriés a été émis lors des nationalisations de 1945 et 1946 (obligations « Banque de France », obligations « Charbonnage de France »...). De même, les nationalisations de 1982, décidées par la loi du 11 février 1982 ont donné lieu à émission d'un nombre considérable d'obligations indemnitaires remises aux actionnaires en échange de leurs actions (ou de leurs obligations convertissables). Tant les collectivités publiques que les organismes publics émettent beaucoup d'obligations car en effet les émissions du secteur public sont très supérieures à celles du secteur privé. Une remarque doit être faite les obligations du secteur public ne sont pas soumises aux règles des obligations émises par les sociétés commerciales. En matière d'émissions, l'année 2000 compte sur le marché français 71 milliards d'euros d'obligations émises contre seulement 11 milliards d'euros d'actions²⁷⁴.

²⁷³ R. GUILLIEN et J. VINCENT sous la direction de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 12^{ième} éd., Dalloz, 2000, p. 361, 362. « Obligation ».

²⁷⁴ J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ième} éd., LGDJ, 2003, p. 364, 365, n° 515.

147. Comparaison avec les actions. L'action est une part sociale au profit d'un associé tandis que l'obligation est une créance existant contre la société au profit de l'obligataire qui est un prêteur, un créancier. L'obligataire a droit à un intérêt fixe, en toute hypothèse, tandis que l'actionnaire n'a droit qu'à un dividende variable et aléatoire puisqu'il dépend de l'existence des bénéfices. L'obligataire a droit au remboursement de son obligation, tandis que l'actionnaire n'a qu'un droit éventuel sur l'actif net, après désintéressement de tous les créanciers dont notamment les obligataires. L'action comporte un droit de souscription ce qui n'est pas le cas de l'obligation. De plus l'obligataire ne participe pas directement à la gestion des affaires sociales, alors que l'actionnaire collabore à cette gestion.

Seules les sociétés par actions et les groupements d'intérêt économique constitués uniquement de sociétés par actions peuvent émettre des obligations. Chaque obligation doit comporter la valeur nominale des titres, le taux de l'intérêt, l'époque du remboursement, le montant de l'émission et les émissions antérieures, la société émettrice.

L'obligataire se voit attribuer divers droits : il a droit au paiement des intérêts stipulés, au remboursement de son obligation à l'époque fixée, à certaines garanties, à un droit de souscription, à certains droits dans les assemblées et à la conversion de ses obligations en actions²⁷⁵.

C. Les titres mixtes

148. Volonté du législateur. Les lois du 13 juillet 1978, du 3 janvier 1983 et 14 décembre 1985 ont participé à l'émergence de nombreuses formes nouvelles de valeurs mobilières le but poursuivi notamment par le législateur était de réconcilier les épargnants avec le financement des entreprises, ainsi présentant des titres qui participent à la fois de la nature des actions et de celle des obligations²⁷⁶. Cette nature mixte permettait d'offrir à l'épargnant tant un revenu garanti élevé (obligation) et une protection contre l'érosion monétaire par un renforcement de la valeur du titre (action).

²⁷⁵ J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ième} éd. , LGDJ, 2003, p. 366, 367, 368, n° 517, 518 et 519.

²⁷⁶ J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ième} éd. , LGDJ, 2003, p. 371, n° 527.

149. Les certificats d'investissement. Les certificats d'investissement créés par la loi du 3 janvier 1983 (Article L. 228-30 et s. du Code de commerce) résultent d'un fractionnement des droits attachés aux actions. Le certificat d'investissement est une valeur mobilière conférant les mêmes droits pécuniaires que les actions tandis que le certificat de droit de vote n'est pas une valeur mobilière, il est inaliénable et confère les droits non pécuniaires de l'action. Entre action et obligation ces nouveaux « produits financiers » ont permis aux entreprises notamment du secteur public de développer leurs fonds propres par émission de titre en faisant appel à des capitaux extérieurs sans perte de contrôle de la société.

Les titres participatifs sont des valeurs mobilières réservées aux sociétés du secteur public et aux sociétés coopératives anonymes créés par la loi du 3 janvier 1983 (Article L. 228-36 et s. du Code de commerce). Ces titres s'apparentent plutôt à l'obligation dans la mesure où ils ouvrent droit, au profit de leurs titulaires à une rémunération composée d'une partie fixe et d'une partie variable calculée par référence à l'activité ou aux résultats de l'entreprise²⁷⁷. Ces titres permettent d'augmenter les fonds propres sans modification de la structure du capital. Le principal intérêt de ces titres est de permettre aux épargnants de s'associer aux résultats des sociétés publiques dont ils ne peuvent devenir actionnaires.

Les valeurs mobilières composées ont été créées par une loi du 14 décembre 1985 (Article 228-91 et s. du Code de commerce), elle dispose qu'une société par actions peut émettre des valeurs mobilières donnant droit par conversion, échange, remboursement, présentation d'un bon ou de toute autre manière, à l'attribution à tout moment ou à date fixe de titres qui, à cet effet, sont ou seront émis en représentation d'une quotité de capital de la société émettrice. Ces titres composés sont divers et variés : les obligations avec bons de souscription d'actions, les obligations convertibles en actions, les obligations échangeables contre des actions, les bons de souscription autonomes²⁷⁸.

150. Conclusion, les valeurs mobilières, de nouveaux biens. L'évolution de l'économie entraîne la dématérialisation du droit. En effet, le rôle de la réalité matérielle dans le droit tend à décliner²⁷⁹. Le foisonnement des valeurs mobilières auquel nous nous confrontons

²⁷⁷ B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, *Droit des affaires*, 15^{ième} éd., SIREY, aide mémoire, 2003, p. 203 d).

²⁷⁸ B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, *Droit des affaires*, 15^{ième} éd., SIREY, aide mémoire, 2003, p. 203, 204 e).

²⁷⁹ F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, T. 43, Dalloz, 1999, p. 79 et s.

témoigne bien d'une spécialisation du droit des biens. Les valeurs mobilières ont une nature qui n'entre dans aucune catégorie juridique reconnue. Leur caractère incorporel en fait des choses particulières que l'on classe parfois à tort dans la catégorie des droits de créance, mais qui sont finalement soumises à un régime propre. Leur dématérialisation a entraîné leur immatérialité, ce qui a permis de dépasser cette vision étriquée que l'on se faisait de la notion de bien. La dématérialisation de l'objet du droit de propriété traduit une évolution de notre civilisation. Le droit des valeurs mobilières dévoile une véritable évolution du droit des biens où la nouvelle appréhension de la notion de bien passe nécessairement par sa substance à savoir sa valeur. Si les titres dématérialisés ne peuvent pas être insérés dans la catégorie des biens du fait de leur incorporelité, il suffit pour cela de rechercher l'essence même de la notion de bien. La valeur patrimoniale s'affirme comme être à l'origine de la notion de bien. Les valeurs mobilières sont aujourd'hui appréhendées comme des biens dans le commerce ouvrant par là l'objet du droit des biens à l'immatériel²⁸⁰.

SECTION 2

LES BIENS INTELLECTUELS

151. Créations intellectuelles. Les idées à l'état pur ne constituent pas en soi des biens, en effet, quelle que soit la branche de la propriété intellectuelle que l'on considère, les idées ne sont jamais protégées. Dit différemment, la propriété intellectuelle exclut les idées de son champ pour retenir seulement la protection des créations. Aussi Desbois employait la maxime selon

²⁸⁰ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, 2005, PUAM, p. 453, 454, n° 1010.

laquelle « les idées sont de libre parcours »²⁸¹. Pour synthétiser, ce que protège le droit d'auteur, c'est la forme le contenant et pas ce que véhicule cette forme c'est-à-dire le contenu.

La propriété intellectuelle couvre une création qui est soit littéraire et artistique, soit industrielle. Les biens intellectuels sont en effet les produits de l'activité créatrice. La création littéraire et artistique a pour objet, une œuvre au regard du droit d'auteur, tandis que d'un autre côté, une invention au regard du droit des brevets. Il est tout à fait normal que l'auteur ait le légitime souci de s'approprier sa création, aspiration fondée si sa création est originale car l'originalité est le signe de ce qu'elle ne dépend pas du domaine des idées communes. La loi a mis en œuvre ce principe de base pour certaines formes de créations de l'esprit, mais elle n'a fait que créer des régimes spéciaux de propriété intellectuelle.

152. Evolution législative des propriétés incorporelles. Les propriétés incorporelles sont un domaine d'intense activité législative. L'explication en est principalement qu'à l'origine la plupart des propriétés intellectuelles n'étaient que des privilèges reconnus par l'autorité royale aux exploitants d'abord puis aux créateurs²⁸². Les lois révolutionnaires vont proclamer le droit de propriété de l'auteur (L. 19 janvier 1791, 19 juillet 1793) ou de l'inventeur (L. 7 janvier 1791). Le système de protection des brevets d'invention mis en place par la loi du 5 juillet 1844 et maintenu par les textes ultérieurs (L. 3 janvier 1968, mod. L. 13 juillet 1978, L. 26 novembre 1990) consiste dans une espèce de convention par laquelle l'Etat accorde un monopole

²⁸¹ J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Mise au point, 2005, p. 22 et s. ; En l'espèce le Professeur Jean-Michel BRUGUIÈRE illustre cette maxime par deux décisions rendues respectivement par le TGI Paris, 13 mars 1986, Recueil Dalloz, 1987, Somm. com. , 150, obs. Colombet et le TGI Paris, 26 mai 1987, Recueil Dalloz, 1987, Somm. com. , 201, obs. Colombet. « Voilà un artiste qui décide d'emballer le Pont Neuf à Paris. Un photographe reproduit le monument enveloppé et cède ses clichés à un éditeur de cartes postales sans autorisation du créateur. Peut-on considérer ce comportement comme une contrefaçon ? Une réponse à une telle question présuppose d'admettre que le Pont Neuf emballé est bien une œuvre protégeable par le droit d'auteur. A l'analyse, cela ne fait pas de doute. Le créateur a bien choisi un pont particulier. Il a utilisé certains matériaux et cordages, en emballant l'objet d'une certaine manière, à sa façon. En bref le juge a bien considéré ici qu'il y avait mise en forme originale (TGI Paris, 13 mars 1986). « Quelques mois plus tard le même artiste apprend qu'un créateur enveloppe dans une ville de province les arbres le long d'une avenue et dans un jardin public. Il décide alors d'assigner à nouveau ce créateur en contrefaçon. Ici l'action sera très justement repoussée par les juges car notre artiste ayant emballé le Pont Neuf ne peut tout de même interdire à tout créateur d'emballer des objets ; « l'idée d'envelopper des arbres dans une avenue ou un jardin public » étant de libre parcours, insusceptible d'appropriation (TGI Paris , 26 mai 1987) ». Une troisième décision mérite d'être relevée Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, elle souligne que « Les idées, étant de libre parcours, échappent à toute appropriation. Ainsi est-il admis qu'un auteur ne peut prétendre monopoliser un thème littéraire, une idée artistique, des connaissances scientifiques, des faits historiques, des idées politiques ou publicitaires. Dès lors, le Code de la propriété intellectuelle ne protège pas les idées exprimées mais seulement la forme originale sous laquelle elles sont présentées ». Sous l'article L. 111-1 du Code de la propriété littéraire et artistique pour plus d'exemples.

²⁸² F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 142, n° 87.

temporaire d'exploitation protégé contre la publication de l'invention qui doit permettre à terme sa diffusion. Pour les inventions périphériques d'autres lois sont là telles que la loi du 11 juin 1970 pour les obtentions végétales ou celle du 4 novembre 1987 sur les produits semi-conducteurs.

L'importance de la loi en matière de propriété incorporelle est aussi due au problème d'opposabilité aux tiers que pose sa publicité en raison du rôle quasi inexistant ou négligeable que joue la possession. La loi de 1844 pour les brevets, celle du 23 juin 1857 pour les marques et celles des 18 mars 1806 et 14 juillet 1909 pour les dessins ont eu pour fonction principale de régler les conflits d'antériorité par un enregistrement administratif des propriétés incorporelles. Ce qui conduit à s'interroger sur l'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles²⁸³. Cette véritable inflation de la propriété intellectuelle est de plus nourrie par l'irruption des nouvelles technologies dans l'économie. Le Professeur Jean-Michel Bruguière songe en effet au domaine du vivant, traditionnellement considéré comme hors du commerce juridique, à l'informatique et aux logiciels, aux topographies de semi-conducteur, aux bases de données (qui, pour ces dernières, au moins en partie, font de l'information un objet de droit inédit...) ²⁸⁴.

153. Spécialisation du droit des biens. Les droits de la propriété intellectuelle regroupent, on l'a compris, une pluralité de droits : droit d'auteur, des brevets, des marques, des obtentions végétales, des dessins et modèles... Aussi, ce phénomène de « spécialisation du droit des biens », mieux évoqué, sous les expressions de « droit spécial des biens » voire de « droit spécialisé des biens », prend réellement tout son sens et toute sa dimension au regard des propriétés intellectuelles. En effet, les propriétés intellectuelles recouvrent des objets ou plutôt des créations d'une extraordinaire diversité qui en font toute sa richesse. Cette véritable explosion des propriétés intellectuelles se présente comme l'archétype de la spécialisation du droit des biens qui conduit à l'émergence de biens intellectuels, comme produits de l'activité créatrice (produits d'une activité créatrice foisonnante). Ces biens intellectuels incarnent véritablement l'archétype de la spécialisation du droit des biens. Cette pluralité de droits (droit d'auteur, des brevets, des marques, des obtentions végétales, des dessins et modèles...) est

²⁸³ M. VIVANT, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?*, Mélanges Ch. MOULY, Litec, Tome 1, 1998, p. 441 et s.

²⁸⁴ J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Mise au point, 2005, p. 4, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles*. F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd. , 2002, p. 72, n° 62.

traditionnellement présentée à partir de deux branches différentes : les propriétés littéraires et artistiques (§1) (fragrances des parfums, recettes culinaires, éléments du folklore ... mais encore les œuvres littéraires, musicales ...) et les propriétés industrielles (§2) (brevet, marque, obtentions végétales, dessins et modèles...).

§1. Les propriétés littéraires et artistiques

154. Dichotomie. Avant de présenter les œuvres reconnues comme telles se situant au cœur du droit d'auteur (II), il convient d'envisager les œuvres se développant à la marge du droit d'auteur (I).

I. Les œuvres à la marge du droit d'auteur

155. Produits de l'esprit à la marge du système. Certaines œuvres, certains produits de l'esprit posent problème tel est le cas des fragrances des parfums (*A*), des recettes culinaires ou gastronomiques (*B*) ou encore des textes officiels (*C*), des informations brutes (*D*), ainsi que des éléments du folklore (*E*).

A. Les fragrances des parfums

156. Modes de perceptions. Les Professeurs Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière relèvent que le droit d'auteur, selon certains, s'attacherait principalement aux sens mécaniques (toucher, vue, ouïe) car ceux-ci seraient facilement descriptibles objectivement. Contrairement aux sens chimiques (goût et odorat) indésignables par définition et dont l'appréhension serait purement subjective. Or les œuvres musicales contemporaines présentent les mêmes difficultés de transcription que les créations olfactives ou gastronomiques. Les créations olfactives ou gastronomiques pourraient très bien être accueillies et protégées par le droit d'auteur et cela pour deux raisons essentiellement d'ordre textuel. En effet, tout d'abord l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle accueillant uniquement des œuvres perceptibles par des sens mécaniques emploie l'adverbe « notamment » qui laisse la porte ouverte à toute évolution. Ce dernier présente une liste ouverte et non pas une liste limitativement inflexible et strictement

déterminée d'avance. Ainsi les œuvres tant olfactives que gastronomiques pourraient y être intégrées. De plus, l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle interdit toutes discriminations entre les œuvres de l'esprit²⁸⁵. Par ailleurs, une analyse approfondie sur le parfum démontre parfaitement que « la protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle »²⁸⁶ est possible et vivement souhaitable. Le droit actuel s'efforce de sanctionner les nuisances et de protéger les fragrances²⁸⁷.

157. Discussion. Les Professeurs Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière relèvent que le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur peut être admis en combattant des justifications négatives et en énonçant des justifications positives²⁸⁸. De manière négative, soulignent ces derniers, le premier argument mis en avant afin de rejeter l'idée d'une protection des fragrances par le droit d'auteur consiste à mettre en avant les problèmes de transcription des créations olfactives. Cependant, certaines créations comme par exemple les œuvres musicales présentent les mêmes difficultés de transcription que les créations olfactives. De plus, comme cela l'a été précédemment dit tant l'article L. 112-1 (non discrimination) du Code de la propriété intellectuelle et que l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle (liste non limitative) condamnent une telle exclusion. De manière positive, les fragrances peuvent être appréhendées comme des œuvres car elles se rapprochent d'autres œuvres qui ont toujours été admises à la protection. Par analogie, la composition d'un parfum est comme celle d'une musique. « La composition créée par l'auteur du parfum peut être comparée à une partition permettant de reproduire une musique comme la formule retenue par l'auteur du parfum permet de reproduire la fragrance, l'une comme l'autre n'étant pas plus prédéfinie au moment de leur création »²⁸⁹. L'apport créatif et l'originalité de l'œuvre se mesurent sur l'agencement des matériaux odorants, sur les « notes de cœur » du parfum qui constituent son thème principal.

²⁸⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, *Précis*, 2009, p. 76, n° 72.

²⁸⁶ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, Thèse Avignon, 2008, sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Michel Bruguière.

²⁸⁷ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, *Précis*, 2009, p. 139 et 140, n° 160. A rapprocher J.-M. BRUGUIÈRE, *L'odeur saisie par le droit*, in *Mélanges J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 169.

²⁸⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, *Précis*, 2009, p. 140, n° 161.

²⁸⁹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, *Précis*, 2009, p. 141, n° 161, citant TGI de Paris, 26 mai 2004.

158. Parfum et droit d’auteur. Jurisprudence. La tendance générale des juges du fonds était globalement favorable à la protection des fragrances par le droit d’auteur. L’arrêt qui posa cette règle fut rendu par la Cour d’appel de Paris en date du 3 juillet 1975 soulignant que « si l’article 3 de la loi de 1957 ne cite comme exemples d’œuvres de l’esprit que les œuvres perceptibles par la vue ou par l’ouïe, la présence de l’adverbe notamment ne permet pas d’exclure *a priori* celles qui pourraient éventuellement l’être par les trois autres sens »²⁹⁰. Le parfum se présente comme une œuvre de l’esprit où la création olfactive est accueillie par le droit d’auteur. En revanche, avec l’arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation en date du 13 juin 2006 les choses vont prendre une nouvelle tournure car cette dernière souligna que « la fragrance d’un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d’un savoir-faire, ne constitue pas au sens des textes précités » (articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle), « la création d’une forme d’expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l’esprit par le droit d’auteur »²⁹¹.

159. Interprétation de l’apparente contradiction jurisprudentielle. Alors que la Cour de Cassation des Pays-Bas a admis le principe de la réservation des fragrances de parfum²⁹², la Cour de Cassation a fermement posé dans son arrêt du 13 juin 2006 que « la fragrance d’un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d’un savoir-faire, ne constitue pas au sens des textes précités la création d’une forme d’expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l’esprit par le droit d’auteur ». Cette décision a été largement interprétée dans le sens du refus de principe de la protection du message olfactif par le droit d’auteur. Pour les partisans de cette interprétation deux décisions postérieures seront analysées comme une résistance des juges du fond²⁹³.

En effet, tout d’abord le jugement du Tribunal de grande instance de Bobigny rendu le 28 novembre 2006 relève que « l’élaboration d’un parfum ne saurait être cantonnée à une opération

²⁹⁰ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d’auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, *Précis*, 2009, p. 141, 142, n° 162, citant CA de Paris, 3 juillet 1975.

²⁹¹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d’auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, *Précis*, 2009, p. 143, n° 163, citant Civ. 1^{ère}, 13 juin 2006. Une salariée, créatrice de parfums s’oppose à son employeur, une société élaborant des fragrances pour le compte d’entreprises de parfumerie. Licenciée, la créatrice demandait aux juges du fonds une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi qu’une gratification pour sa production au titre du droit des brevets et du droit d’auteur.

²⁹² J.-M. BRUGUIÈRE, *Propriétés intellectuelles*, avril 2007, N° 23, p. 202, n° 1.

²⁹³ M. VIVANT, Recueil Dalloz, 2007, point de vue, Etudes et commentaires, *Parfum : l’heureuse résistance des juges du fond*, n° 14, p. 954.

inventive à caractère purement technique et à un savoir-faire non protégeable, alors qu'un parfum est l'aboutissement d'un travail de recherche artistique accompli par les spécialistes dits nez, qui consiste en la mise en présence de différentes substances, selon un dosage savamment étudié, pour donner naissance à une substance olfactive déterminée, identifiable et discernable par le consommateur, peu important qu'elle ne puisse être décrite de manière objective par tous, qu'elle ait un caractère volatile, qu'elle appartienne à une même famille olfactive qu'une autre fragrance ». La Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 14 février 2007 se situe dans le même sillage, elle rappelle à nouveau que la liste de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle n'est pas exhaustive, l'article L. 112-2 n'exclut pas les œuvres « perceptibles par l'odorat ». Surtout, « la fixation de l'œuvre ne constitue pas un critère exigé pour accéder à la protection dès lors que sa forme est perceptible ; qu'une fragrance dont la composition olfactive est déterminable, remplit cette condition, peu important qu'elle soit différemment perçue, à l'instar des œuvres littéraires, picturales ou musicales qui, elles aussi, requièrent un savoir-faire ». Enfin, « l'existence de familles de parfums n'exclut pas que les fragrances qui s'y rattachent, par l'emprunt de leurs composants dominants, soient protégeables, dès lors qu'elles sont le fruit d'une combinaison inédite d'essences dans des proportions telles que leurs effluves, par les notes olfactives finales qui s'en dégagent, traduisent l'apport créatif de l'auteur »²⁹⁴.

Le Professeur Jean-Michel Bruguière souligne qu'il y a eu une mauvaise interprétation de la décision du 13 juin 2006. En effet, pour ce dernier, la Cour de Cassation n'a pas dit que la fragrance procédait de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire et ne pouvait bénéficier d'une protection au titre du droit d'auteur, ce qu'une première lecture peut laisser croire. « Mais que « la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas au sens des textes précités la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur » ce qui est tout autre chose ». Poursuivant, « Autrement dit, selon la première chambre civile, lorsqu'une fragrance d'un parfum consiste en un simple savoir-faire, il n'est pas possible d'envisager un droit d'auteur (...) *A contrario* cela signifie qu'une fragrance qui ne procède pas de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire peut être protégeable ». Droit d'auteur et savoir-faire sont nullement incompatibles. La réalisation d'une œuvre nécessite en effet bien quelque part un certain savoir-faire. Cela n'a

²⁹⁴ J.-M. BRUGUIÈRE, *Propriétés intellectuelles*, avril 2007, N° 23, p. 202, n° 1.

pas échappé à la Cour d'appel de Paris qui le souligne à la fin de l'un de ses considérants²⁹⁵. En revanche, certains dont le Professeur Michel Vivant relève que rien n'impose une telle lecture²⁹⁶.

B. Les recettes culinaires ou gastronomiques

160. Créations culinaires. Les principales œuvres dites « éphémères » faisant appel au sens du goût et de l'odorat sont les parfums et les créations culinaires.

Certaines possibilités semblent être offertes aux créations culinaires afin d'être considérées comme des œuvres intellectuelles. Tout d'abord, l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « Les dispositions du présent Code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ». Cet article interdit toutes discriminations entre les œuvres de l'esprit. De même l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle qui opère une énumération des œuvres protégeables par le droit d'auteur, n'est pas d'interprétation stricte. La liste énumérée par l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle comporte le terme « notamment » et vise toutes les œuvres de l'esprit quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination, n'est ni exhaustive, ni limitative et ne permet pas de réserver la protection des droits d'auteur aux seules œuvres accessibles à la vue et à l'ouïe. Ces deux articles admettent donc, ou du moins ne rejettent pas expressément, la protection des œuvres éphémères, qu'elles soient immatérielles, gustatives ou olfactives.

161. Les créations culinaires ne sont pas des œuvres intellectuelles. Rares sont les décisions à être intervenues sur la question de savoir si oui ou non les œuvres culinaires étaient des œuvres de l'esprit. L'une d'entre elle, qui avait pour objet de déterminer si un cuisinier pouvait concourir au statut de coauteur pour sa présence dans un documentaire, s'est cependant prononcée sur la question. La première chambre civile de la Cour de Cassation par un arrêt en date du 5 février 2002 retient que « Vu l'article L. 113-7 du CPI ; (...) « Attendu que de tels

²⁹⁵ J.-M. BRUGUIÈRE, *Propriétés intellectuelles*, avril 2007, N° 23, p. 203, n° 1.

²⁹⁶ M. VIVANT, *Propriétés intellectuelles*, juillet 2007, N° 24, *Chroniques Autre regard...*, p. 364 et s., notamment p. 367, n° 1. « En effet, Jean-Michel Bruguière prétend lire la phrase litigieuse : « La fragrance d'un parfum, *qui* procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire... » (la fragrance d'un parfum donné qui procède d'un savoir-faire). Mais le structure de la phrase n'impose aucunement cette lecture et l'on peut très bien comprendre comme l'on fait la majorité des commentateurs, laudateurs ou critiques : « La fragrance d'un parfum, pour la raison qu'elle procède d'un savoir-faire... ».

motifs, s'ils font ressortir que l'objet de l'enregistrement était l'activité professionnelle de M. Duribreux, n'établissent aucunement sa contribution aux opérations intellectuelles de conception tournage et montage de l'œuvre audiovisuelle elle-même ; (...) »²⁹⁷. En l'espèce, un cuisinier devait réaliser devant la caméra quelques recettes et son cru, pour la constitution d'un reportage. En revanche, la Cour d'appel de Paris avait reconnu le cuisinier coauteur de l'œuvre audiovisuelle au motifs que celui-ci « Attendu que, pour reconnaître à M. Duribreux la qualité d'auteur de l'enregistrement audiovisuel sus-décrit, l'arrêt attaqué retient que la séquence le présente dans l'exercice de son art, à l'effet de mettre en évidence son apport personnel dans les réalisations auxquelles il se livre, la création intellectuelle à laquelle il concourt constituant la substance même de l'œuvre dont s'agit », admettant ainsi que la création du cuisinier « constituait la substance même de l'œuvre audiovisuelle ». Ainsi, par une opération par ricochet, la Cour d'appel a reconnu l'originalité de la création du cuisinier pour ensuite déterminer sa collaboration au reportage audiovisuel.

Ces décisions ont donc une double dimension. La Cour d'appel et la Cour de Cassation se sont donc prononcées sur deux questions distinctes, à savoir si la création culinaire était oui ou non une œuvre de l'esprit et si filmer un cuisinier dans l'exercice de son art faisait de lui un coauteur de l'œuvre audiovisuelle. Pour la question qui nous occupe, la Cour de Cassation a refusé de reconnaître l'originalité de la création culinaire, en s'appuyant sur le fait que le cuisinier exerçait seulement son activité professionnelle.

La Cour d'appel de Paris dans son arrêt en date du 17 mars 1999 a retenu une formule intéressante, ce n'était certes pas le fait que les recettes de cuisine soient ou non une « œuvre » qui était en cause - et, l'eussent-elles été, cela ne changeait rien au problème - mais leur présentation. En d'autres termes, le cuisinier « écrivait », si l'on peut dire, le scénario et les dialogues de l'œuvre audiovisuelle, au fur et à mesure de leur réalisation. Et, mieux encore, cette présentation constituait la « substance même » de cette œuvre.

Monsieur Bernard Edelman commentant cet arrêt relève qu' « en d'autres termes, la fabrication des plats aurait été la substance de l'œuvre. Certes, l'arrêt attaqué, on l'a vu, avait prévu, dans un premier temps, cette hypothèse, mais la Cour de Cassation a tout simplement « oublié » les motifs relatifs à la « présentation » des recettes. Or la différence saute aux yeux, si, comme dans

²⁹⁷ B. EDELMAN, *La Cour de Cassation et le cuisinier : une recette ratée*, Recueil Dalloz, 2002, Jurisprudence commentaires, n° 28, p. 2253 et s.

l'affaire Veramme, on peut comprendre la distinction entre une activité artistique et le filmage de cette activité, en revanche, cette distinction ne vaut plus lorsque l'artiste écrit le scénario et les dialogues de son œuvres, c'est-à-dire lorsqu'il en fait la présentation. Dans ce cas de figure, le processus créatif est, en quelque sorte, accompagné, illustré, commenté par l'artiste même, ce qui peut équivaloir à un scénario et / ou à un dialogue²⁹⁸.

162. Un problème de détermination de l'originalité de la création. Les créations culinaires sont des œuvres de l'esprit. Au regard de l'article L. 112-2 et L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle, il n'est pas impossible d'inclure la protection des œuvres olfactives et gustatives. Il faut pour cela pouvoir déterminer l'originalité de la création. Il faut savoir, comme pour le parfum, que ce que l'on recherche à protéger est la confection du plat et non la recette elle-même, qui trouve protection lorsque celle-ci est formalisée par un écrit. L'originalité de la préparation résiderait donc dans l'activité créatrice du cuisinier. Cette activité créatrice pourrait être issue de choix dans les combinaisons des saveurs et des ingrédients, différence faite de la cuisine qui serait issue d'un « fond de l'art culinaire », d'un patrimoine culinaire.

Comme pour beaucoup d'autres types de créations, la cuisine est basée sur un savoir-faire. La différence entre savoir-faire et œuvre créatrice n'est que de degré, et la frontière serait l'affranchissement du cuisinier aux méthodes traditionnelles, comme le peintre s'affranchirait des techniques d'école pour parfaire son style, sa manière singulière de peindre qui justifie sa reconnaissance en tant qu'artiste à part entière²⁹⁹.

Monsieur Eric Morain relève que « le droit d'auteur, qui protège toutes les œuvres de l'esprit quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination » (article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle), pourrait-il s'étendre aux recettes de cuisine ? Les juges français répondent par la négative, la recette de cuisine n'est pas une œuvre de l'esprit, dans la mesure où elle n'est qu'une succession d'instructions, une simple méthode, un savoir-faire lié à des connaissances techniques et théoriques. Ce dernier s'interroge sur le fait que la quiche lorraine ne soit pas une œuvre créatrice, on le comprend. On peut en revanche se poser la

²⁹⁸ B. EDELMAN, *La Cour de Cassation et le cuisinier : une recette ratée*, Recueil Dalloz, 2002, Jurisprudence commentaires, n° 28, p. 2253 et s. , notamment p. 2254.

²⁹⁹ JurisPedia, le droit partagé, *Protection des œuvres éphémères*.

question pour des créations culinaires issues d'une inspiration géniale ou de séances d'essais répétées³⁰⁰. La question reste entière et relève plutôt d'un manque d'audace.

163. Question de la protection des créations culinaires. Les Professeurs Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière soulignent tous deux que l'approche et les réticences sont identiques en matière de protection des créations culinaires qu'en matière de fragrance de parfum. Les créations culinaires sont souvent réduites à la recette de cuisine, ceci est attesté par le Tribunal de grande instance de Paris qui juge le 30 septembre 1997 que « si les recettes de cuisine peuvent être protégées dans leur expression littéraire, elles ne constituent pas, en elles-mêmes une œuvre de l'esprit »³⁰¹. Les Professeurs Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière expliquent cette réticence par le fait qu'on juge le savoir-faire central en ces matières ou parce que l'on accueille des protections périphériques. La protection de l'expression de la recette comme il vient d'être dit, recours à la marque. Cependant, les esprits doivent faire preuve d'adaptation et d'évolution.

C. Les textes officiels

164. Produit de l'esprit à la marge du système. Les textes officiels sont des produits de l'esprit qui se développent à la marge du système mais ne lui sont pas totalement étrangers. Certains se situent en effet aux portes du droit d'auteur, soit parce qu'ils l'imitent ou soit parce qu'ils ont vocation à l'alimenter sans être saisi par lui. La catégorie des textes officiels³⁰² au regard du silence des lois du 19 juillet 1793 et du 11 mars 1957 est née d'une vieille construction jurisprudentielle et doctrinale. Cette construction justifiant la mise à la marge du droit d'auteur des textes officiels se fonde sur le fait que « nul n'est censé s'approprier la loi ». Tel est le fondement avancé traditionnellement pour expliquer la chute dans le domaine public de ces textes officiels intimement lié à la portée que l'on veut bien reconnaître à la catégorie. En effet, au regard de la jurisprudence qui s'est développée et d'après une lecture stricte, la

³⁰⁰ E. MORAIN, *Le droit autorise les gourmets à reproduire « l'œuvre »*, avocat au barreau de Paris, Libération.fr, « Comme le parfum, la cuisine procède donc de la « simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur ».

³⁰¹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, *Précis*, 2009, p. 77, n° 72, *in fine*. Citant TGI de Paris, 30 septembre 1997, *RIDA* 1998, juillet, p. 273, note Piredda.

³⁰² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, *Précis*, 2009, p. 79, n° 76 et s.

catégorie des textes officiels comprend l'ensemble des lois, textes réglementaires, travaux préparatoires et décisions juridictionnelles ainsi que tous les documents mentionnés à l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs (circulaires etc.). Autrement dit, les textes officiels pourraient être assimilés à la norme juridique. D'autres envisagent les textes officiels comme des textes de portée générale émanant de l'Etat ayant vocation à s'imposer à tous.

D. Les informations brutes

165. Définition de l'objet. Certaines catégories d'œuvres sont purement destinées, par leur nature, à la libre communication, elles sont vouées à la circulation, il s'agit des nouvelles de presse : ce sont les informations « brutes », émanant des journalistes, dénuées de tout commentaire de fond, livrées sur support papier ou « en ligne » par les grandes agences internationales : tel homme politique a dit ceci ou fait cela, telle chose est arrivée là-bas, etc.³⁰³. En bref, de telles informations brutes sont dénuées d'un quelconque enrichissement extérieur. Comme son nom l'indique elles sont brutes et n'ont pas été retravaillées ; aucun apport supplémentaire n'a été ajouté à l'information en tant que telle. Leur destination est, elle aussi, exclusive de toute appropriation privative, ce qui n'exclut pas qu'elles soient monnayées auprès des supports nationaux par le biais de système d'abonnement. Les informations brutes qui, en dépit de leur caractère *a priori* parfaitement protégeable, sont cependant exclues du bénéfice de la loi, en raison de leur destination. En effet, de telles informations sont vouées, destinées par nature à tous et constituent ainsi une limite à la protection. L'article 2-8° de la Convention de Berne les a donc exclues de la protection.

166. Absence de protection par le droit d'auteur. Les Professeurs Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière relèvent que l'information brute n'est en définitive que l'information considérée dans un état antérieur à tout enrichissement. Ces informations qualifiées d'informations ressources ont effectivement une existence propre avant tout conditionnement intellectuel ou documentaire. Le juge quelle que soit l'explication que l'on retienne a plusieurs fois eu l'occasion d'écarter de la protection du droit d'auteur les informations ressources. Dans

³⁰³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ième} éd., PUF, *Droit fondamental*, 2007, p. 96, n° 73.

l'affaire Havas, les dépêches et nouvelles de presse ont été jugées ne pouvoir être « considérées comme une propriété littéraire et artistique garantie par la loi ». A propos des données publiques, le juge a écarté le droit d'auteur à l'occasion d'un litige sur des séries de prix de règlements des travaux de bâtiments élaborées par une ville. Près d'un siècle plus tard, le Tribunal de grande instance de Compiègne a relevé que « les cotations et négociations boursières sont des informations brutes et sont un bien commun à tous dès leur publication », de même dans l'affaire Météo France la Cour d'appel de Paris souligne que « ces messages collectés et présentés sans le moindre apport original, selon des normes et recommandations internationales et une réglementation interne, ne sont pas assimilables à des œuvres de l'esprit »³⁰⁴.

E. Les éléments du folklore

167. Définition. Le folklore encore appelé œuvres des cultures traditionnelles recouvre les légendes, musiques, danses, vêtements.

Le folklore repose sur des centaines, voire des milliers d'années de tradition³⁰⁵.

En bref, le folklore relève de la culture traditionnelle et populaire. Il s'agit de véritable créations traditionnelles et populaires. Le Professeur Nébila Mezghani relève que les créations populaires et traditionnelles tels que le folklore et les savoirs traditionnels font partie du patrimoine culturel en général³⁰⁶.

168. Détermination de l'objet des créations traditionnelles et populaires au regard d'une expérience africaine. Certaines législations (maghrébines, africaines et / ou arabes) évoquent tour à tour les œuvres du patrimoine culturel traditionnel, le folklore, les expressions du folklore et les œuvres inspirées du folklore.

- S'agissant tout d'abord des œuvres du patrimoine culturel traditionnel, le folklore et les expressions du folklore, un problème réside en la détermination de ces notions³⁰⁷.

³⁰⁴ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.* p. 83, n° 79, citant TGI de Compiègne, 2 juin 1989 et CA de Paris, 18 mars 1993.

³⁰⁵ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ème} éd., PUF, *Droit fondamental*, 2007, p. 97, 98, n° 74.

³⁰⁶ N. MEZGHANI, *La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel*, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis.

³⁰⁷ N. MEZGHANI, *La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel*, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis. Première Partie : Objet de protection des créations

Aux termes de l'article 18 de la loi-type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en développement, le terme « folklore » « s'entend de l'ensemble des œuvres littéraires, artistiques et scientifiques créées sur le territoire national par des auteurs présumés ressortissants de ces pays, ou des communautés ethniques, transmises de génération en génération et constituant l'un des éléments fondamentaux du patrimoine culturel traditionnel ».

Cette définition est assez large pour englober toutes sortes de créations traditionnelles relevant du domaine aussi bien littéraire et artistique (musique, danses, contes, poésie, art du dessin et de la sculpture...), que scientifique tels que les savoirs traditionnels.

L'article 8 de l'Ordonnance algérienne relative au droit d'auteur et aux droits voisins prévoit la protection des « œuvres du patrimoine culturel traditionnel » qui, selon ledit article, sont constituées par les œuvres de la musique classique traditionnelle, les œuvres musicales et chansons populaires, les expressions populaires, produites, développées et perpétuées au sein de la communauté nationale et caractéristiques de la culture traditionnelle du pays, les contes, la poésie, les danses et les spectacles populaires, les ouvrages d'art populaire comme le dessin, la peinture, la ciselure, la sculpture, la poterie et la mosaïque, les travaux sur objets métalliques, bois, bijoux, vannerie et les travaux d'aiguilles, tapis, textiles.

La loi marocaine définit les « expressions du folklore » comme les reproductions d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et conservé sur le territoire du Royaume du Maroc par une communauté ou par des individus comme répondant aux attentes artistiques traditionnelles de cette communauté et comprenant : - les contes, la poésie populaires et les énigmes, - les chansons et la musique instrumentale populaire, - les danses et les spectacles populaires, - les reproductions des arts populaires, tels que les dessins, peintures, sculptures, terre cuite, poteries, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, textiles, costumes.

Quant à la loi tunisienne du 24 février 1994, elle définit, dans son article 7, le folklore comme « tout patrimoine artistique légué par les générations antérieures et qui soit lié aux coutumes et aux traditions et à tout aspect de création populaire telles que les histoires populaires, les lettres, la musique et la danse ».

La notion de folklore a donc un sens large dans ces pays et l'on peut considérer que le domaine de protection s'étend à tous les aspects et à toutes les formes de créations populaires. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une « œuvre » comme semblent l'exiger les lois nationales.

Mais les textes ne sont d'aucun secours pour cerner la notion d'œuvre, ce qui laisse toute latitude à une interprétation extensive de cette notion incluant aisément toute forme d'expression traditionnelle. Il est cependant communément admis que l'œuvre doit procéder d'une création de l'esprit résultant d'une activité créatrice et non, par exemple, être le fruit d'un simple hasard ou un produit de la nature.

Cette interprétation semble correspondre à l'esprit des législateurs maghrébins qui définissent les œuvres de l'esprit comme des créations intellectuelles.

- S'agissant ensuite, des œuvres inspirées du folklore que recouvre cette notion³⁰⁸.

Ce sont des œuvres littéraires ou artistiques, dérivées d'œuvres provenant de l'héritage culturel mais comportant des éléments originaux.

L'œuvre inspirée du folklore a été définie par le législateur marocain comme « toute composée à l'aide d'éléments empruntés au patrimoine culturel traditionnel marocain ».

Les œuvres inspirées du folklore ne sont pas nécessairement des œuvres anciennes. Bien qu'inspirées du patrimoine traditionnel, elles sont en général contemporaines.

L'intérêt de leur protection réside dans le fait que leurs auteurs, en puisant leur inspiration dans le domaine traditionnel, font revivre les expressions de la culture ancestrale et contribuent à maintenir et à recréer la mémoire du passé d'une nation ou d'une communauté qui, sans cela, risquerait de tomber dans l'oubli.

Lorsque ces œuvres sont créées par des auteurs originaires de la communauté dont est issue la tradition culturelle, elles contribuent au développement et à la valorisation de son patrimoine.

En revanche, lorsqu'elles sont créées, utilisées et exploitées par des tiers étrangers à cette communauté, ces œuvres peuvent constituer une atteinte et une dénaturation du patrimoine traditionnel de cette communauté.

Ces créations inspirées du passé demandent une attention toute particulière. Des programmes de revalorisation de ces créations ont permis l'extension de ces créations dans le domaine de

³⁰⁸ N. MEZGHANI, *La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel*, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis. Première Partie : Objet de protection des créations traditionnelles et populaires.

l'artisanat notamment particulièrement riche et vivant dans les pays d'Afrique (tapis, tapisseries, poteries, broderie, ou encore habillement...).

169. Absence de protection par le droit d'auteur. Le folklore ou œuvres dites des cultures traditionnelles (danses etc.) est généralement présenté comme faisant partie du domaine public. Ainsi tout chercheur ne pourrait pas se prévaloir privativement d'un droit sur des mots, expressions, chansons ou histoires du folklore de Louisiane. Cette décision se trouve justifiée tout d'abord, par le fait que le folklore est le résultat d'activités collectives qui elles-mêmes contribuent à un développement continu et collectif. Le moment exact où cette œuvre issue d'une culture traditionnelle a été exprimée pour la première fois et qui en est son auteur originel, s'avère impossible à déterminer³⁰⁹. Le folklore se transmet de génération en génération d'où une difficulté supplémentaire afin de déterminer une durée de protection. L'instauration d'une protection par un droit *sui generis* serait bien délicate face à l'argument selon lequel les savoirs traditionnels et le folklore feraient partie du domaine public³¹⁰.

170. Droit comparé, entre protection et perspectives. Sur le plan international, les deux conventions multilatérales relatives au droit d'auteur (conventions de Berne et de Genève) n'ont pas prévu la protection du folklore, d'une manière expresse. Mais, lors de la révision de la Convention de Berne, à Stockholm, en 1967, sous la pression des pays en développement, les dispositions de l'article 15 (4) de la Convention de Berne relatives à certaines œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue, ont été interprétées comme pouvant être invoquées par les Etats membres en vue de la protection du folklore.

Au niveau régional, concernant les pays arabes, il faut signaler l'adoption de la « Convention Arabe sur le droit d'auteur » du 5 novembre 1981. Signée par onze pays arabes, cette Convention prévoit la protection du folklore. Il est intéressant de relever que bien que cette convention n'ait été ratifiée que par un très petit nombre de pays, onze pays arabes ont prévu la protection du folklore dans le cadre de la loi sur le droit d'auteur. Il en est ainsi des trois pays du Maghreb (Algérie, Maroc et Tunisie), de Djibouti, du Soudan, de Oman, de Bahreïn, du Yémen (seules la protection des œuvres inspirées du folklore y est prévue), de Qatar, de l'Arabie

³⁰⁹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.* p. 85, n° 81.

³¹⁰ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.* p. 86, n° 81.

Saoudite et de l’Egypte. Par la suite, la recommandation « sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire » a été adoptée en 1989 par l’UNESCO. L’expérience des pays africains sera utile pour envisager les perspectives futures de la protection internationale des créations traditionnelles et populaires³¹¹.

L’étude de la protection juridique de la culture traditionnelle et populaire, communément appelée folklore, a été largement développée en 1999. Un symposium sous régional et 4 consultations régionales ont été organisés en application du plan d’action adopté par le Forum mondial UNESCO/OMPI sur la protection du folklore, organisé à Phuket, en Thaïlande, en coopération avec le gouvernement thaïlandais du 8 au 10 avril 1997. Le symposium sur la protection du savoir traditionnel et des expressions des cultures traditionnelles et populaires autochtones dans les Iles du Pacifique, a été organisé en coopération avec le Secrétariat général de la Communauté du Pacifique et les quatre consultations régionales sur la protection des expressions du folklore ont été organisées en coopération avec l’OMPI : - pour l’Afrique, à Pretoria, du 23 au 25 mars 1999, - pour la région Asie-Pacifique, à Hanoi, du 21 au 23 avril 1999, - pour les Etats arabes, à Tunis, du 25 au 27 mai 1999, - pour l’Amérique latine et les Caraïbes, à Quito, du 14 au 16 juin 1999. Les représentants de 83 Etats et les observateurs de 21 organisations intergouvernementales et non gouvernementales régionales ont participé à ces réunions³¹².

II. Les œuvres au cœur du droit d’auteur

171. L’œuvre comme objet de la création littéraire et artistique : un travail créatif suscitant l’intervention de l’homme et la réalisation d’une forme. Que doit-on entendre par œuvre ? Le législateur est resté silencieux sur cette qualification essentielle. Selon l’article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle « L’auteur d’une œuvre de l’esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d’un droit de propriété... ». Selon l’article L. 113-7 du Code de la propriété intellectuelle « Ont la qualité d’auteurs d’une œuvre audiovisuelle la ou les personnes qui réalisent la création intellectuelle de cette œuvre ». L’œuvre n’est a aucun

³¹¹ N. MEZGHANI, *La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel*, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis. Seconde Partie : Régime juridique de protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel.

³¹² UNESCO.org. Protection du folklore.

moment définie ici. Le Professeur Jean-Michel Bruguière juge que « ce choix est heureux car il est difficile de donner aujourd'hui une définition abstraite et définitive de l'objet du droit »³¹³. Cependant, de ces deux textes se dégage l'idée que l'œuvre procède d'un travail créatif. Plus précisément, un travail créatif qui suscite une intervention de l'homme et la réalisation d'une forme³¹⁴.

- S'agissant tout d'abord de l'intervention de l'homme, cette dernière constitue un critère que l'on retrouve souvent au sein de la propriété intellectuelle permettant ainsi de définir la création au sein du droit d'auteur. L'intervention de l'homme est nécessaire pour qu'il y ait œuvre (et originalité) comme cela a été souligné dans un jugement du Tribunal de grande instance de Paris le 5 juillet 2000 : « La composition musicale assistée par ordinateur, dès lors qu'elle implique une intervention humaine, du choix de l'auteur (...) conduit à la création d'œuvres originales ». Comme on l'a compris, l'œuvre implique une création et une intervention de l'homme.

L'intervention de l'homme qui caractérise une création doit être soigneusement distinguée de notions voisines. La première qui doit retenir notre attention est la découverte. La simple mise à jour de l'existant n'est pas une création. Voilà pourquoi le créateur qui se contente de révéler une culture, un folklore ou un langage ne peut prétendre à un droit d'auteur. La création doit dans un second temps être distinguée du savoir-faire. La simple mise en œuvre d'un savoir-faire technique ne peut en aucune manière donner prise au droit d'auteur. Cela été jugé à propos d'un coiffeur, d'un cuisinier, ou du réalisateur d'un téléfilm dont le concours est qualifié de « banale prestation de services techniques ». L'explication est simple. L'opérateur qui exécute ne fait que reproduire une certaine technique. En ce sens il ne crée pas³¹⁵.

- S'agissant ensuite de la réalisation d'une forme³¹⁶. L'intervention de l'homme qui caractérise la création doit se matérialiser dans une forme pour pouvoir être appréhendée par le droit d'auteur. On a pu à ce titre souligner que la forme est à l'œuvre ce que le corps est à la personne. Cela exclut déjà les idées de la protection comme nous l'avons vu. Cela dit, cette exigence de forme, qui se trouve indirectement visée à l'article L. 112-1 Code de la propriété intellectuelle³¹⁷ n'est pas facile à cerner. Par la suite, il faut savoir à partir de quand cette forme doit exister, s'il

³¹³ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur, op. cit.*, p. 55, n° 43.

³¹⁴ J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Mise au point, Ellipses, p. 27 et s.

³¹⁵ J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Mise au point, Ellipses, p. 30.

³¹⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur, op. cit.*, p. 65, n° 57.

³¹⁷ Article L. 112-1 du CPI « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres, quels qu'en soient (...) la forme d'expression ».

est nécessaire qu'elle repose sur un support et enfin par quel mode elle va être perçue. A partir de quand l'œuvre existe-t-elle pour pouvoir susciter l'intervention du droit d'auteur ? Ici la réponse est apportée par l'article L. 111-2 Code de la propriété intellectuelle : « L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ». Toutes ébauches ou esquisses ou encore croquis vont ainsi être susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur. Faut-il une fixation pour que l'œuvre existe ? Selon l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle le monopole de l'auteur joue « du seul fait de la création ». La concrétisation de l'œuvre n'implique donc pas une fixation. En effet, l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle protège un certain nombre d'œuvres orales telles que les « conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ». L'œuvre achevée ou non, présente ou non sur un support doit échapper à son auteur pour être perçue par le public. Selon quels modes ? Le droit d'auteur, selon certains, s'attacherait principalement aux sens mécaniques (toucher, vue, ouïe) car ceux-ci seraient facilement perceptibles et aisément descriptibles objectivement. Il n'en n'irait pas de même pour les sens chimiques (goût et odorat) indescritibles par définition et dont la perception serait purement subjective. Ceci ne convainc guère car certaines créations faisant appel aux sens mécaniques telles que les œuvres musicales présentent les mêmes difficultés de transcription que les créations olfactives ou gastronomiques. Tant l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle qui accueille essentiellement les œuvres perceptibles par les sens mécaniques emploie l'adverbe « notamment » laissant la porte ouverte à toute évolution ; que l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle qui interdit toutes discriminations entre les œuvres de l'esprit³¹⁸. Ces deux arguments textuels plaident en faveur de l'accueil des créations perceptibles par les sens chimiques dans le giron du droit d'auteur.

172. Caractéristiques de l'objet du droit d'auteur. L'objet du droit d'auteur est l'œuvre de l'esprit. L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle énonce que « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres I et II du présent Code. ». L'œuvre de l'esprit recouvre cinq critères, elle doit réunir cinq

³¹⁸ J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Mise au point, Ellipses, p. 33.

conditions. Ainsi l'œuvre de l'esprit doit être entendue comme une création de forme, ensuite une création de forme originale qui se distingue du support dans lequel elle s'incorpore et qui est protégeable sans formalité de dépôt. Il faut une création, une création de forme (ce que protège le droit d'auteur c'est la forme le contenant et pas ce que véhicule cette forme c'est-à-dire le contenu ; les idées sont de libre parcours ce qui veut dire qu'elles ne sont pas protégeables par le droit d'auteur, elles ne peuvent pas faire l'objet d'un contrat de cession de droit d'auteur), une création originale (en droit d'auteur classique l'originalité³¹⁹ se distingue de la nouveauté ; cette création originale va révéler l'empreinte de la personnalité de l'auteur³²⁰ ; ainsi à travers sa forme on va reconnaître sa personnalité ; autrement dit l'œuvre est originale en ayant la marque de l'apport intellectuel de l'auteur cela consacrant l'objectivation de l'originalité et laissant par là moins de place à la subjectivité), l'œuvre est protégeable indépendamment de son support³²¹ (juridiquement, ce qui fait la valeur d'une œuvre de l'esprit ce sont les droits qui portent sur elle parce que l'exercice de ces droits permet l'exploitation de l'œuvre, en revanche, ce qui fait la valeur de l'œuvre d'art ce ne sont pas les droits qui portent sur elle mais le support), l'œuvre de l'esprit est protégeable sans formalité de dépôt³²².

173. Diversité des œuvres de l'esprit. L'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle donne une liste très précise de ce que l'on peut entendre comme œuvres de l'esprit au sens du Code de la propriété intellectuelle. La catégorie des œuvres de l'esprit reste assez ouverte, comme l'atteste l'adverbe « notamment » à l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle qui énonce celles que le législateur a essentiellement eues en vue. Cependant, la jurisprudence comprend largement cette liste. Aussi, face à ce foisonnement d'œuvres il est traditionnel de distinguer selon Desbois les œuvres littéraires, artistiques et musicales.

³¹⁹ La seule référence à l'originalité se trouve dans l'article L. 112-4 du Code de la propriété intellectuelle : « Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégée comme l'œuvre elle-même ». De plus l'article L. 112-1 du Code de propriété intellectuelle précise que « Les dispositions du présent Code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ».

³²⁰ A. MAFFRE-BAUGE, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité ?*, thèse Montpellier I, ERCIM, 1997.

³²¹ L'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle énonce que « La propriété incorporelle définit par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel ».

³²² L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle énonce que « L'œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ».

« Les œuvres littéraires communiquent par le vêtement des mots, les œuvres artistiques par le vêtement des images, les œuvres musicales par le vêtement des sons »³²³. Par exemple les œuvres artistiques paraissent très hétérogènes (œuvres cinématographiques et œuvres des arts plastiques). Aussi, au fond l'œuvre de l'esprit est aussi difficile à classer qu'à définir.

Huit principales créations humaines existent études les à présent : les œuvres littéraires **(A)**, les œuvres dramatiques **(B)**, les œuvres musicales **(C)**, les œuvres audiovisuelles **(D)**, les œuvres d'art plastique **(E)**, les œuvres de publicité **(F)**, les œuvres multimédias **(G)**, les bases de données **(H)**.

A. Les œuvres littéraires

174. Définition. Les œuvres littéraires doivent être entendues comme « toutes celles tendant à communiquer une pensée, fixée dans un écrit et appréhendée par la vue ou bien exprimée par la voix (par exemple, discours, poésie), reproduite ou non par la suite »³²⁴. L'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle énumère les œuvres susceptibles de donner prise au droit d'auteur, premièrement « les livres, brochures et autres écrits littéraires », deuxièmement « les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ». La distinction est inutile, dans la mesure où le droit d'auteur s'attache à l'œuvre de l'esprit elle-même, indépendamment de son support et de sa forme d'expression. Aucune hésitation ne doit exister envers la protection des œuvres orales. Personne ne discute qu'une plaidoirie puisse révéler la personnalité de son auteur, de même qu'un sermon, un cours de professeur, un radio-reportage, ou une allocution politique. Ici transparaît tout à fait l'idée que l'œuvre de l'esprit comporte « l'empreinte de la personnalité de son auteur »³²⁵.

Contrairement à d'autres législations, l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle ne donne pas de définition précise de l'œuvre protégée. Les juges n'ont cessé d'étendre le champ du droit d'auteur. L'essentiel réside dans le fait, que l'œuvre quelle soit littéraire, artistique ou musicale, doit avoir impérativement une forme originale perceptible.

³²³ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ième} éd., 2001, p. 98, n° 100.

³²⁴ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ième} éd., PUF, *Droit fondamental*, 2007, p. 78, n° 56.

³²⁵ A. MAFFRE-BAUGE, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité ?*, Thèse Montpellier I, ERCIM, 1997.

175. Principales formes. Les œuvres littéraires recouvrent : les écrits de littérature³²⁶ [romans, essais, poèmes, correspondances, journaux intimes, bandes dessinées, etc..., annotations, présentations, avant propos accompagnant les ouvrages de référence, traductions³²⁷, les compilations, les bases de données³²⁸, les résumés...], les écrits journalistiques³²⁹ (ce sont des travaux à but d'information, se présentant sous la forme d'articles de fond, résultant des investigations du journaliste), les écrits scientifiques³³⁰ (tous les ouvrages des spécialistes, dans les sciences exactes ou humaines, parmi lesquelles les sciences juridiques... ainsi que les ouvrages critiques etc. , doivent y être ajoutés les livres scolaires et tous ouvrages pouvant être mis à jour ou refondus), les brochures et autres opuscules, hypertexte³³¹ (annuaires, almanach, guide touristique, fiche de cuisine...), les titres³³² (dès lors qu'un titre présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même Art. L. 112-4 al. 1 du Code de la propriété intellectuelle ; le critère semble être celui de la nouveauté puisé dans le droit des marques « sera originale toute expression non encore appropriée par le langage courant, ou composée de plusieurs mots qui seraient banaux, pris isolément »), les lettres missives³³³, les discours, cours, plaidoiries³³⁴, les interviews³³⁵.

³²⁶ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ième} éd. ,PUF, *Droit fondamental*, 2007, p. 78 et s. , n° 56.

³²⁷ Articles L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle : « Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles ».

³²⁸ Article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle : « On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyens ».

³²⁹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ième} éd. entièrement actualisée, PUF, *Droit fondamental*, 2007, p. 81, n° 59.

³³⁰ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ième} éd. entièrement actualisée, PUF, *Droit fondamental*, 2007, p. 82, n° 60.

³³¹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ième} éd. entièrement actualisée, PUF, *Droit fondamental*, 2007, p. 83, n° 61.

³³² P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ième} éd. entièrement actualisée, PUF, *Droit fondamental*, 2007, p. 84, n° 62.

³³³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ième} éd. entièrement actualisée, PUF, *Droit fondamental*, 2007, p. 91, n° 68.

³³⁴ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ième} éd. entièrement actualisée, PUF, *Droit fondamental*, 2007, p. 92, n° 69.

³³⁵ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ième} éd. entièrement actualisée, PUF, *Droit fondamental*, 2007, p. 94, n° 70.

B. Les œuvres dramatiques

176. Définition et principales formes. Les œuvres dramatiques doivent être entendues comme « toutes les représentations vivantes (exécutées sur scène devant un public), fondées sur un argument (au sens du sujet original), interprétées par des artistes, par voie de déclamations, gestes ou chants »³³⁶. Ces œuvres dramatiques sont visées à l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle aux troisièmement et quatrièmement. On y trouve les pièces de théâtre, les opéras, opérettes, comédies musicales auxquels il faut ajouter « les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ». L'originalité de l'œuvre ne prête généralement ici à aucune discussion. Il est ajouté que la « mise en œuvre » de ces créations doit être « fixée par écrit ou autrement », par exemple par un enregistrement audiovisuel. Cet ajout paraît venir s'opposer au principe énoncé à l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel le droit d'auteur naît du seul fait de sa création.

C. Les œuvres musicales

177. Définition. L'article L. 112-2, 5° du Code de la propriété intellectuelle protège « les compositions musicales avec ou sans paroles ». Ces œuvres musicales s'adressent peut-être plus que les autres encore à la sensibilité et sont ainsi protégées par le droit d'auteur. Les opéras doivent en être exclus car relevant du répertoire dramatique.

L'application du critère d'originalité ne soulève pas ici de difficulté, il se révèle aussi bien dans la mélodie que dans l'harmonie ou le rythme. L'utilisation de moyens informatiques est fréquent et n'exclut pas l'originalité de l'œuvre. Le recours à des instruments ou outils pour la création ne fait pas obstacle à la protection de l'œuvre musicale. Ainsi, « la composition musicale assistée par ordinateur, dès lors qu'elle implique une intervention humaine, du choix de l'auteur (...) conduit à la création d'œuvres originales et comme telles protégeables quelle que soit l'appréciation qui peut être portée sur la qualité »³³⁷. « Toute action en contrefaçon est subordonnée à la condition que l'œuvre, objet de cette action, soit une œuvre de l'esprit

³³⁶ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ième} éd. entièrement actualisée, PUF, *Droit fondamental*, 2007, p. 99, n° 75.

³³⁷ TGI Paris, 5 juillet 2000, Comm. Com. élec. 2001, comm. n° 23, note CARON.

protégeable au sens de la loi, c'est-à-dire originale. Une œuvre musicale répond à ce critère si aucune antériorité musicale n'est rapportée »³³⁸.

178. Oeuvres dérivées. Les œuvres dérivées c'est-à-dire les arrangements, variations, adaptations d'un genre à l'autre etc. sont protégeables au titre de l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle, à supposer, bien sûr, que le premier auteur y ait consenti.

Le fait d'introduire des éléments nouveaux à des airs populaires devra reconnaître la qualité d'auteur à celui qui l'a fait. En revanche, enregistrer simplement une musique naturelle ne recouvre aucune originalité sauf à réaliser une compilation³³⁹.

D. Les œuvres audiovisuelles³⁴⁰

179. Définition. L'article L. 112-2, 6° énonce que « sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent Code : 6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ». L'article est issu de la loi du 3 juillet 1985. Il s'agit d'une catégorie d'œuvres faisant appel à la vue et à l'oreille formant un cocktail entre les images et les sons couvrant ainsi tant les films de cinéma, les œuvres de télévision, vidéocassettes et les vidéodisques, le multimédia. Ici, le législateur a voulu définir l'œuvre en elle-même indépendamment de son support. L'œuvre audiovisuelle est le genre tandis que l'œuvre cinématographique est l'espèce. L'œuvre audiovisuelle peut aussi bien être de fiction que documentaire, cinématographique que télévisuelle³⁴¹.

180. La collaboration comme caractéristique. « Déjà sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 11 mars 1957, il était jugé que le mouvement et les images sont l'essence de l'art cinématographique »³⁴². Une œuvre audiovisuelle est nécessairement une œuvre de collaboration ; « considérant que l'art. L. 113-9 al. 1^{er} qui reprend en l'étendant aux œuvres

³³⁸ TGI Paris, 29 juin 1987.

³³⁹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit. , p. 103, 104, n° 78, *in fine*.

³⁴⁰ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit. , p. 109 et s. , n° 83 et s.

³⁴¹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit. , p. 111, n° 84. NOGUIER et BRUGUIÈRE, *Légipresse*, juin 1992, II, p. 57, les définitions de l'œuvre audiovisuelle.

³⁴² Paris, 13 mai 1964.

audiovisuelles le texte de l'art. 14 al. 1^{er} de la loi du 11 mars 1957, pose le principe général selon lequel la ou les personnes physiques qui réalisent la création intellectuelle de ces œuvres ont la qualité d'auteur ; que par cette disposition claire le législateur a entendu signifier que l'œuvre audiovisuelle ne pourrait jamais être une œuvre collective dans laquelle ceux qui contribuent à la réalisation ne sont pas des auteurs ; qu'il s'agissait en effet de rejeter une nouvelle fois la conception selon laquelle le producteur serait l'auteur unique de l'œuvre ; que cette disposition, à la différence de la présomption de l'alinéa 2 du même article L. 113-7, n'est pas susceptible de preuve contraire, qu'il convient de décider que l'émission Ramdam, du fait qu'il s'agit d'une œuvre audiovisuelle, ne peut être une œuvre collective »³⁴³.

« S'agissant d'œuvres télévisuelles, l'élaboration d'un journal filmé peut être une création en raison de la transcription de la réalité qui implique des choix, une sélection des sujets et des plans, un assemblage, une composition, un commentaire, un mode de présentation qui sont autant de manifestations de la personnalité »³⁴⁴. Peuvent ainsi être protégé « un défilé de mode »³⁴⁵, « un entretien audiovisuel »³⁴⁶, « un reportage sur l'argot marqué de l'empreinte de la personnalité de l'auteur par le choix des plans de tournage et la manière d'introduire le reportage »³⁴⁷ etc...

E. Les œuvres d'art plastique

181. Définition, principales formes. Entendues largement les œuvres d'art plastique sont « les productions de l'esprit, faisant essentiellement appel aux formes et à l'esthétique ». Seront intégrés dans cette catégorie les œuvres d'art pur, les arts appliqués et les photographies. Les œuvres d'arts pur tendent principalement vers un but culturel. L'article L. 112-2, 7° du Code de la propriété intellectuelle fait état des principaux exemples « Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure et de lithographie ». Actuellement, ces derniers jouent un rôle stratégique dans la vie économique car ces œuvres constituent de réelle « valeur-refuge » suivant la cote de l'artiste pouvant atteindre des prix exorbitants³⁴⁸. Par exemple, en

³⁴³ Paris, 16 mai 1994.

³⁴⁴ TGI Paris, 28 avril 1971.

³⁴⁵ TGI Paris, 23 octobre 1987.

³⁴⁶ TGI Paris, 10 juillet 1974.

³⁴⁷ Paris, 17 janvier 1995.

³⁴⁸ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit. , p. 121, n° 94.

matière d'œuvres d'architecture « peuvent être protégés par le droit d'auteur : une construction immobilière en raison de la combinaison harmonieuse des éléments qui la composent notamment des volumes et des couleurs »³⁴⁹.

Les œuvres des arts appliqués comprennent les dessins utilitaires ainsi que les travaux des architectes. Toute œuvre d'art plastique, quelle que soit sa destination, culturelle ou utilitaire, recevra protection (bouquet de fleur, coiffure) il s'agit du principe énoncé par le législateur de « l'unité de l'art »³⁵⁰. Les dessins utilitaires outre les croquis, plans, cartes géographiques, l'attention se concentre sur le vaste domaine des dessins et modèles (deux dimensions et relief). Célèbre exemple du panier à salade. Une véritable surprotection s'opère car ici on se trouve réellement à la frontière des propriétés artistique et industrielle. Le cumul se justifiait en 1909 mais dès 1957 il aurait été judicieux de le supprimer. Dès lors il faut faire un choix car le cumul n'est pas admis. Dès lors que leurs créations sont originales, les architectes sont protégés par le droit d'auteur. Ces derniers détiennent un double droit : d'une part sur la reproduction de leurs plans et maquettes et d'autre part sur la présentation des façades exécutées à partir de leur plans³⁵¹.

« Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie » posées par l'art. L. 112-2, 9° du Code de la propriété intellectuelle constituent des monopoles de l'esprit.

F. Les œuvres de publicité

182. Définition. La protection offerte par le droit ne saurait s'appliquer à une simple idée publicitaire³⁵². Le simple thème d'une campagne n'est pas plus appropriable. Cependant la protection par le droit d'auteur sera admise dès lors que l'idée se concrétise dans une forme (un prospectus, un jeu ou un slogan). Il est bien entendu qu'une certaine originalité doit se dégager ce qui ne va pas de soi dans un slogan marqué par sa brièveté ne permettant pas toujours à l'auteur de laisser son empreinte personnelle. Le plus important est que l'intérêt d'un slogan permet d'attirer une certaine clientèle même banal il peut exercer un certain pouvoir attractif.

³⁴⁹ Paris, 19 juin 1979.

³⁵⁰ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, p. 126, 127, n° 99.

³⁵¹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, p. 139, 140, 141, n° 107.

³⁵² Cass. Com. 16 juin 1964, JCP G 1965, II, 14059.

Ainsi le signe distinctif semble plus adapté que l'œuvre littéraire d'où peut être l'inadaptation du droit d'auteur³⁵³.

G. Les œuvres multimédias

183. Définition. L'œuvre multimédia doit être entendue comme « la création complexe, réunissant, après mise en forme informatique, un ensemble de textes, d'images fixes et/ou animées et/ou de musique, accessible sur compact disque ou par l'intermédiaire d'un réseau numérique. Elle nécessite de ce fait l'usage d'un matériel adéquat (lecteur laser de CD et écran d'ordinateur ou de télévision, câble ou modem), ainsi que des logiciels particuliers (de « navigation » pour l'Internet) »³⁵⁴.

Par exemple « dès lors que la programmation informatique d'un jeu électronique est indissociable de la combinaison des sons et des images formant les différentes phases de jeu, l'appréciation de ces éléments permet de déterminer le caractère original du logiciel contrefait »³⁵⁵.

H. Les bases de données

184. Définition et spécificité. Le problème des compilations a pris une autre dimension avec les bases de données qui, depuis la loi du 1^{er} juillet 1998 transposant la directive communautaire du 11 mars 1996, sont expressément comprises par l'art. L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle dans la catégorie des « recueils d'œuvres ou de données diverses ». L'alinéa 2 de cet article reprend textuellement la définition de l'article 1^{er}. 2 de la directive, précisant qu'il faut entendre par base de données « un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen »³⁵⁶. L'originalité peut se manifester dans la composition ou l'expression ou encore dans le choix ou la disposition des matières. Les bases de données sont protégeables qu'elles soient sous une forme électronique ou

³⁵³ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ième} éd., 2001, p. 101, n° 107.

³⁵⁴ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 212, n° 178.

³⁵⁵ Crim. 21 juin 2000, D. 2001, Somm. 2552 SIRINELLI.

³⁵⁶ Article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle, 6^{ième} éd., 2006, p. 51.

une autre (recueil, papier). Elles peuvent recevoir une protection supplémentaire ou alternative par un droit *sui generis* (Art. L. 341 du Code de la propriété intellectuelle). Tel l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle, la protection est accordée lorsque la présentation du contenu « atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel » bénéficiant au producteur. Ici le contenu de la base est protégé.

§2. Les propriétés industrielles

185. Objet. La première question à laquelle le juriste spécialisé dans la propriété intellectuelle se confronte est celle de la définition de son objet d'étude. Quel est l'objet des créations industrielles ? Dans le droit des brevets, l'objet d'étude est l'invention, tandis que dans le droit des marques, l'objet d'étude est le signe distinctif. Rien ne semble difficile au premier abord. Cependant souvent sont confondus les conditions et l'objet de la protection. Ainsi certains soutiennent qu'actuellement, pour être brevetable, une invention doit satisfaire à quatre conditions : être une invention susceptible d'être brevetable, avoir une application industrielle, être nouvelle et présenter un caractère inventif. Ici la frontière est ténue entre condition et objet. Ici le choix sera fait de considérer la mise en forme comme l'objet de la protection du droit.

186. L'objet du droit des brevets : l'invention. Le brevet porte sur une invention mais si cette affirmation paraît relever de l'évidence, la notion d'invention mérite d'être précisée. Ni la loi française ni la convention sur le brevet européen ne définissent la notion d'invention, simplement évoquée à l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. L'article L. 611-10 2 a) du Code de la propriété intellectuelle différencie néanmoins l'invention de la simple découverte. La découverte existe sans l'intervention de l'homme, lequel est intervenu uniquement pour la trouver. Elle a pour effet de s'ajouter aux données acquises. L'invention va plus loin et suppose en outre une finalité au moins pratique de l'apport. Elle aura le plus souvent pour effet de résoudre un problème technique. La distinction entre les deux n'est toutefois pas toujours aussi claire, ainsi qu'en témoigne le cas du gène humain, *a priori* simple découverte existant dans la nature, mais qui peut constituer une invention si le gène peut servir à la fabrication d'un produit. La doctrine identifie plusieurs catégories d'inventions : les inventions de produits (couche-culotte), les inventions de procédés (procédé de fabrication d'un sol en

béton), les inventions d'applications (utilisation d'une pompe pour réfrigérateur pour produire du café) et les inventions de combinaisons (qui consistent en l'agencement de moyens connus produisant un effet technique propre)³⁵⁷. Il convient également que l'innovation ne soit pas exclue du domaine du brevet. Pour plus d'informations se référer aux développements inférieurs (*infra*).

187. Importance des brevets d'invention. Les brevets d'invention jouent un rôle considérable dans la vie des affaires. Les entreprises s'efforcent de plus en plus souvent de protéger à travers eux leurs inventions susceptibles d'application industrielle. Ainsi, plus de 100000 demandes de brevets sont déposées chaque année en France, les principaux secteurs d'activité concernés étant les équipements et produits de consommation, le transport, les composants électriques et l'électronique. A titre d'exemple, en 1997, la première société française déposante a été l'Oréal (284 brevets), et la première étrangère, Philips Electronics NV (933 brevets).

C'est la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968, plusieurs fois remaniée (et notamment par les lois du 13 juillet 1978 et du 26 novembre 1990), qui les a régis, dans le souci naturellement de protéger, leurs titulaires mais sans pour autant entraver le progrès technique : d'où, en particulier, une limitation dans le temps des prérogatives conférées par le brevet. Aujourd'hui, cette loi est intégrée dans un Code de la propriété intellectuelle, institué par une loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992³⁵⁸.

188. L'objet du droit des marques : le signe distinctif. Le principal signe distinctif de l'entreprise est incontestablement la marque. D'autres signes distinctifs des produits, tels que les labels et certifications, ainsi que les indications de provenance et appellations d'origine contrôlées remplissent la même fonction. La marque est un véritable droit de propriété industrielle, aussi, est-elle protégée par une action en contrefaçon.

L'article L 711-1 du Code de la propriété intellectuelle définit la marque comme « un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale ». Autrement dit la marque est un signe apposé sur un produit ou

³⁵⁷ G. DECOCQ, *Droit commercial*, Hyper Cours, Dalloz, 2^{ième} éd. , 2005, p. 300, n° 571.

³⁵⁸ J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, LGDJ, 26^{ième} éd. , 2003, p. 533, n° 771.

utilisé avec un produit ou un service, afin de distinguer le produit des produits concurrents. La marque n'a donc pas pour fonction de garantir la qualité ou l'origine du produit mais de le différencier. Cependant, la marque peut être l'image de l'entreprise et jouer un rôle dans la stratégie de marketing. La marque peut aussi fonctionner comme le vecteur d'un message qui lui est associé et qui doit être protégé avec elle. La valeur d'une marque peut véhiculer une image de prestige ou encore la sensation de luxe.

189. Appropriation des choses incorporelles. « Il semble que l'idée d'appropriation concerne les choses incorporelles tout comme les choses corporelles, quoique d'une façon un peu différente. La tradition juridique a considéré la conception de la propriété contenue dans le Code civil comme nécessairement entée sur la matérialité des biens, du coup, en dehors de celle-ci, la notion classique de propriété, ses attributs et les façons de la défendre sont considérés comme inutilisables »³⁵⁹ soutient le Professeur Rémy Libchaber. Ceci n'a pas empêché la doctrine et le législateur de mettre en évidence les liens particuliers entre certaines personnes et des choses incorporelles sous le nom générique de propriété. Par exemple, la propriété industrielle concernant les utilités commerciales de l'entreprise, parmi lesquelles les brevets, les marques de fabrique, les dessins et modèles et les signes distinctifs en général est désormais codifiée.

190. Les droits de propriété industrielle. Les droits de propriété industrielle appartiennent à la catégorie plus vaste des droits de propriété intellectuelle, qui résident en des droits exclusifs temporaires accordés par l'Etat pour l'exploitation de créations intellectuelles. Ainsi la loi confère un monopole d'exploitation, constitutif d'un bien, aux créateurs d'une invention par exemple. Cette invention est conditionnée au critère de nouveauté et à un dépôt et un enregistrement.

Le but des droits de propriété intellectuelle consiste à promouvoir le développement culturel ou technologique³⁶⁰.

³⁵⁹ R. LIBCHABER, *Répertoire civil*, Dalloz, septembre 2002, p. 8, n° 40.

³⁶⁰ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd., 2007, p. 1, n° 2.

191. Identification. La propriété industrielle est constituée par l'ensemble des droits protégeant, par la reconnaissance d'un monopole temporaire d'exploitation, certaines créations nouvelles et certains signes distinctifs. Les créations de caractère technique peuvent faire l'objet d'un brevet d'invention, les créations de caractère ornemental sont l'objet du dépôt d'un dessin ou d'un modèle. Les signes distinctifs sont constitués essentiellement de la marque, du nom commercial, de l'enseigne et de l'appellation d'origine³⁶¹.

La nature juridique des droits de propriété industrielle a été discutée. Selon le Doyen Roubier tous les droits de propriété industrielle sont des « droits de clientèle » qui sont caractérisés par une exclusivité, un monopole. Ils constituent aux côtés des droits personnels et réels une troisième catégorie de droits. Ils diffèrent des droits personnels parce qu'ils sont opposables à tous. Ainsi, le titulaire d'un droit de propriété industrielle peut donc opposer son droit « *erga omnes* ». Mais les droits de propriété industrielle ne sont pas pour autant des droits réels, parce qu'ils sont d'une durée brève, car ils ne sont pas perpétuels. Les brevets d'invention ainsi que les droits afférents aux modèles et dessins industriels procédant d'un acte de création intellectuelle sont des droits intellectuels ; tandis que les signes distinctifs n'entrent pas dans cette catégorie car ils n'impliquent aucun effort créateur. Les Professeurs Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux soulignent tous deux que le Doyen Roubier les a qualifiés de « droits de clientèle » car ces prérogatives réalisaient sur une clientèle une emprise originale par rapport aux droits de propriété et de créance. Mousseron en suivant la même démarche en est arrivé au fait que le droit du breveté n'était rien d'autre qu'un droit de propriété, un « droit de propriété incorporelle »³⁶².

192. Extension du domaine. Le domaine de la propriété industrielle est particulièrement vaste et s'étend encore du fait de l'apparition de nouveaux objets de protection et d'application du régime de protection à des nouveaux biens. Les noms de domaines de l'Internet ayant une vocation d'identification se rapprochent des signes distinctifs et notamment de la marque. Dès lors que ce nouveau signe a une valeur économique, on tend à vouloir le protéger et à appliquer le droit existant, afin de le faire bénéficier du droit existant. Cependant, la brevetabilité de l'ADN ou encore celle du corps humain ou encore les biotechnologies touchant à l'humain

³⁶¹ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 12^{ième} éd. , 1999, « propriété industrielle », p.423.

³⁶² J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2006, p. 2, n° 2.

soulèvent des questions d'ordre éthique ou encore juridique qui perturbent l'application des règles du droit des brevets³⁶³. Il ne faut pas perdre de vue, que sans brevet, il n'y aurait sans doute pas de recherche, puisque le retour sur investissement ne serait pas assuré.

193. Emergence de nouvelles technologies. Depuis les années soixante, le droit de la propriété industrielle est confronté à l'apparition de nouvelles technologies comme les obtentions végétales, les programmes d'ordinateurs, inventions biotechnologiques, topographies de produits semi-conducteurs... Ces derniers s'adaptent difficilement aux règles classiques de protection. Aussi les obtentions végétales répondent difficilement à l'exigence de nouveauté posée par le droit des brevets d'invention, les topographies de semi-conducteurs à celle d'activité inventive. Afin de justifier la protection de ces créations par des monopoles temporaires d'exploitation, il est primordial de faire valoir leur supériorité technique et la nécessité d'encourager le progrès. Les législateurs aménagent des systèmes *sui generis*, soumettant l'octroi de monopoles à des conditions hybrides, moins exigeantes que celles du droit des brevets, voire empruntant parfois au droit de la propriété littéraire et artistique (par exemple : les logiciels). Ainsi, le logiciel peut être protégé soit par le droit d'auteur (loi du 3 juillet 1985 et celle du 23 juin 1994), soit par le brevet d'invention en tant qu'élément d'un ensemble technique plus large.

194. Deux catégories : créations industrielles et signes distinctifs. Les droits de propriété industrielle peuvent être séparés en deux catégories : ceux liés à l'industrie et ceux ayant une vocation d'identification. L'étude de la protection des créations industrielles **(I)** précèdera donc celle de la protection des signes distinctifs **(II)**.

I. La protection des créations industrielles

195. Plan. Les créations de caractère technique se caractérisent par un objet de nature technique qui peut être un enseignement ou un produit. La diversité de ces objets a conduit les systèmes juridiques à les protéger par une palette de droits différents, le plus souvent exclusifs les uns des autres. Le premier d'entre eux, le plus complet, qui offre la protection la plus

³⁶³ Éthique et génétique humaine actes, les éditions du Conseil de l'Europe, 1994, Strasbourg, 30 novembre et 2 décembre 1993, *Le génome humain est-il brevetable ?*, p. 103 à 123. A rapprocher Génétique et droits de l'homme, sous la direction de Arlette HEYMAN-DOAT, L'Harmattan, 1999, p. 21 et s.

efficace est le droit de brevet d'invention (**B**). La place éminente qu'il occupe dans le droit de la propriété industrielle en fait un modèle pour d'autres formes de protection si bien qu'on désigne souvent ces dernières sous le terme de « périphériques » du brevet (**A**). Attachons-nous tout d'abord aux créations qui posent aujourd'hui difficultés.

A. Les périphériques du brevet : situations à la marge du droit des brevets

196. Distinction. Les droits exclusifs d'exploitation supposent par leur essence même qu'il y ait quelque chose à exploiter. Au regard de ces créations certaines ont un caractère purement utilitaire tandis que les autres se présentent comme des créations de forme, concernant la mode. Ainsi, la protection des créations utilitaires se trouvant à la marge du droit des brevets (1) doit donc être distinguée de celle des créations à caractère ornemental que sont les dessins et modèles se trouvant à la marge du droit des brevets et du droit d'auteur (2).

1. La protection des créations utilitaires : situations à la marge du droit des brevets

197. Emergence d'objets nouveaux. Les droits voisins du brevet d'invention. Ces droits voisins du brevet d'invention recouvrent la protection des obtentions végétales (a) ainsi que la protection des créations informatiques qui comprend la protection des logiciels ainsi que celle des topographies de produits de semi-conducteurs (b). Quant au savoir-faire (savoir-faire ou know-how et secret de fabrique) il se situe aux marches de la propriété industrielle (c) et est protégé par le secret. Afin d'être complet, il conviendra d'ajouter les biotechnologies (d).

a) La protection des obtentions végétales

198. Acception et protection. L'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle exclut de la brevetabilité « les obtentions végétales d'un genre ou d'une espèce bénéficiant du régime de protection institué par les dispositions du Chapitre III du présent Livre relatif aux obtentions végétales » (Art. L. 623-2 du Code de la propriété intellectuelle). Cette exclusion s'explique par l'existence d'un régime de protection spécifique aux variétés végétales institué

par la loi du 11 juin 1970 aujourd'hui codifiée aux articles L. 623-1 à L. 623-35 du Code de la propriété intellectuelle³⁶⁴.

L'article L. 623-1 du Code de la propriété intellectuelle définit l'objet de la protection comme la variété « créée ou découverte », il peut donc s'agir d'une variété préexistant dans la nature (par suite d'une mutation) que l'obtenteur a révélée, ou d'une variété créée (par la sélection et le croisement de plantes existantes) qui répond à certaines caractéristiques de nouveauté (la nouveauté s'apprécie par la comparaison de certaines caractéristiques de la variété proposée avec celles des variétés analogues déjà connues), distinctivité (la variété nouvelle peut être protégée par un COV, dès lors qu'elle présente le caractère distinct, dont l'appréciation implique une comparaison qualitative des variétés en présence), homogénéité et stabilité (homogénéité de l'ensemble de ses caractères et de stabilité, demeurant identique à elle-même à la fin de chaque cycle de reproduction, Art. L. 623-1, 2°, 3° du Code de la propriété intellectuelle)³⁶⁵. L'article L. 623-4 du Code de la propriété intellectuelle indique que les obtentions végétales sont protégées par un titre appelé « certificat d'obtention végétale » (COV). L'objet du droit est grand car il vise toute variété appartenant à une espèce du règne végétal. Des conditions de fond³⁶⁶ et de forme³⁶⁷ doivent être réunies. Le droit de l'obtenteur porte sur tout ou partie de la plante et tous les éléments de reproduction ou de multiplication végétale de la variété considérée et des variétés issues par hybridation. Le certificat d'obtention végétale confère à son titulaire le droit exclusif d'exploiter la variété protégée, en raison de son caractère patrimonial, ce droit peut être l'objet d'opérations juridiques. La durée de la protection varie selon les espèces de vingt à vingt-cinq ans (Art. L. 623-13 du Code de la propriété intellectuelle). Aussi toute atteinte portée aux droits du titulaire d'un certificat constitue une contrefaçon, délit civil et pénal (Art. L. 623-25 du Code de la propriété intellectuelle).

³⁶⁴ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2006, p. 136, n° 215.

³⁶⁵ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 124 et s. , n° 312 et s. , n° 316.

³⁶⁶ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 124 et s. , n° 313 et s.

³⁶⁷ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 126 et s. , n° 318 et s.

Le législateur a fréquemment répondu à l'apparition de nouvelles technologies par la création de systèmes de protection *sui generis*. Aujourd'hui, les droits de propriété industrielle constituent des valeurs économiques considérables³⁶⁸.

b) La protection des créations informatiques : la protection des logiciels et des topographies de produits semi-conducteurs

199. Problème suscité. Ces nouveaux biens immatériels que sont les créations informatiques (logiciels, banques de données, jeux vidéo, topographies de semi-conducteurs...) ont posé au législateur le problème de leur statut juridique. Que ces créations soient tenues pour des « biens » ayant une valeur économique, n'impliquait pas nécessairement qu'ils puissent être objet de propriété. Les auteurs de telles créations ont souhaité logiquement rentabiliser leurs investissements en réclamant le bénéfice d'une « réservation » privative sanctionnée par l'action en contrefaçon. Les caractères spécifiques des biens informatiques ont du mal à s'adapter aux systèmes classiques de la propriété intellectuelle. Cette spécificité a incité certains à proposer l'instauration d'une protection *sui generis*.

1) Les logiciels

200. Panorama. La loi française ne donne pas de définition du logiciel. Le logiciel doit être entendu comme synonyme de programme d'ordinateur. Le logiciel est l'ensemble des analyses et des programmes qui permettent à un ordinateur de traiter des informations. Selon les Professeurs Joanna Schmidt-Szalewski et Jean-Luc Pierre « le logiciel est un ensemble d'instructions exprimées dans un langage naturel ou formel qui, transposées sur un support matériel peuvent servir à effectuer des opérations logiques pour obtenir un résultat particulier »³⁶⁹. Les logiciels ont fait leur entrée dans la législation française avec la loi du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention, qui les a expressément exclus de la brevetabilité lorsqu'ils se présentent « en tant que tels » (Code de la propriété intellectuelle Article L. 611-10 .2 c.).

³⁶⁸ G. DECOCQ, *Droit commercial*, Dalloz, Hyper Cours, 2^{ème} éd. , 2005, p. 317, n° 609.

³⁶⁹ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ème} éd. , 2007, p. 131, n° 328.

Le législateur a étendu la notion d'œuvre littéraire et artistique aux logiciels (Article L. 112-2, 13° du Code de la propriété intellectuelle) bien que ces biens n'aient rien de littéraire ni d'artistique car le droit des brevets les avait rejetés. Contrairement à l'œuvre littéraire, le logiciel ne porte pas en lui l'expression de la personnalité du programmeur. Afin d'admettre les programmes d'ordinateurs comme œuvres littéraires il a fallu assouplir la condition d'originalité, en lui conférant une dimension plus objective, qu'exprime la formule d'« effort personnalisé » du programmeur, retenu par la Cour de Cassation pour admettre le logiciel comme œuvre de l'esprit³⁷⁰. Sa qualité de « produit du travail » joue ainsi un rôle décisif dans la protection de ce type de création. Le logiciel a un régime « hybride » empruntant à la fois à la propriété littéraire et artistique et au droit des brevets d'invention.

201. Particularité. Le domaine du droit d'auteur s'est étendu avec le développement de l'informatique, les lois du 3 juillet 1985 (loi n° 85-660) et du 10 mai 1994 (Art. L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle) ont considéré que, dès lors qu'il était original, le logiciel était une œuvre de l'esprit. Son auteur détient un droit de propriété selon le régime du droit d'auteur. A aucun moment le logiciel n'est subordonné à son dépôt, ce qui est différent des brevets d'invention. Dès lors que l'information est informatisée et qu'elle peut être employée elle devient un bien lorsqu'ils résultent d'une création intellectuelle originale³⁷¹.

202. Définition et originalité. Le logiciel peut être défini comme « un programme d'instructions générales ou particulières, adressés à une machine, en vue du traitement d'une information donnée » (Art. L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle). Il est pour le moins surprenant que l'inclusion du logiciel se fasse dans le droit d'auteur mais ceci s'explique par le fait que bien que le champ traditionnel de qualification des logiciels soit la législation des brevets, cette dernière est apparue hostile à leur inclusion au motif de l'absence de protection des méthodes et procédés intellectuels.

³⁷⁰ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 123, 124, n° 75 qui renvoie Ass. plén. 7 mars 1986, n° 83-10477 ; JCP, 1986, II, 20631, note J. M. MOUSSERON, B. TEYSSIE et M. VIVANT ; Dalloz, 1986, n° 31, note B. EDELMAN ; Gaz. Pal. , 25 octobre 1986, n° 297, 298, note J.R. BONNEAU ; RTD Com. , 1986, 399, obs. A. FRANCON.

³⁷¹ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 2007, p. 76, n° 219.

Le statut permettant de consacrer un monopole d'exploitation et partant du délit de contrefaçon pour ceux qui y porteraient atteinte et qui permette en outre de jouir de la protection des Conventions internationales préexistantes ne pouvaient donc être que les œuvres³⁷².

L'originalité étant une notion tellement floue et impalpable qu'il n'a pas été trop dur afin d'adapter ce critère au logiciel. Desbois avait pris parti pour le droit d'auteur il voyait « l'empreinte de la personnalité du créateur de logiciel, somme toute auteur d'une œuvre scientifique, se trouvant principalement dans le choix effectué entre plusieurs méthodes possibles, matérialisé dans le programme définitif »³⁷³. En effet, contrairement à l'œuvre littéraire, le logiciel ne porte pas en lui l'expression de la personnalité du programmeur. Pour admettre les programmes d'ordinateurs parmi les œuvres littéraires, il a donc fallu assouplir la condition d'originalité, en lui conférant une dimension plus objective, qu'exprime la formule d'« effort personnalisé » du programmeur retenue par la Cour de Cassation pour admettre le logiciel comme œuvre de l'esprit³⁷⁴.

Ces biens n'ont rien de littéraire ni d'artistique mais cependant sa qualité de « produit du travail » joue ainsi un rôle décisif dans la protection de ce type de création. Le législateur a manifestement eu en vue le cas des inventions des salariés, ce pour quoi il a institué un droit de propriété naissant directement sur la tête de l'employeur (Art. L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle où la preuve contraire peut être rapportée). L'attribution est la règle que le logiciel ait été créé dans l'exercice des fonctions ou d'après les instructions de l'entreprise. Lorsque le logiciel est créé dans le cadre des fonctions, avec les moyens mais sans les instructions de l'employeur alors ici le salarié devrait conserver ses droits³⁷⁵.

³⁷² P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit. , p. 153, 154, n° 121.

³⁷³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit. , p. 155, n° 123. A rapprocher de l'affaire Pachot Cass. Ass. Plén. 7 mars 1986, 3^{ème} espèce. Un chef comptable d'une entreprise avait mis au point en dehors de ses heures de travail et avec ses propres moyens, un logiciel de traitement de la comptabilité, dont il avait fait bénéficier son employeur, un litige les avait par la suite opposés sur sa propriété. La Cour dans ce 3^{ème} arrêt reconnaît au chef comptable la qualité d'auteur de son programme/œuvre (non cédée à l'employeur). La Cour souligne la protection des œuvres scientifiques par le droit d'auteur, dont le logiciel serait un nouvel exemple puis relève que le programme serait la « composition » de l'œuvre et les instructions son « expression, ne la cantonnant pas ainsi à une simple méthode ». La Cour énonce que « Ayant recherché, comme ils y étaient tenus, si les logiciels élaborés par M. Pachot étaient originaux, les juges du fond ont souverainement estimé que leur auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée, en l'état de ces énonciations et constatations et abstraction faite des motifs ci-dessus cités, critiqués par le pourvoi, la Cour d'appel, qui a ainsi retenu que les logiciels conçus par M. Pachot portaient la marque de son apport intellectuel, a légalement justifié sa décision de ce chef ».

³⁷⁴ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, 2008, p. 124, n° 75.

203. Logiciels, œuvres écrites. Les Professeurs Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière relèvent que les œuvres écrites du langage susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur accueillent aussi bien les ouvrages d'Hemingway qu'un logiciel Excel, ce qui complique singulièrement tout effort de systématisation de la liste de l'Article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle. Le législateur a choisi de protéger le logiciel par le droit d'auteur. En tant qu'ensemble d'instructions destinées à une machine, à un ordinateur afin de lui faire produire un certain résultat, le logiciel se présente plutôt comme ayant une nature utilitaire et un caractère fonctionnel qui aurait dû normalement le conduire à une protection par le brevet. Tant la Convention sur le brevet européen de 1973 que la loi française (dès 1968 ; aujourd'hui Article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle) ont cependant écarté cette solution évidente préférant mettre en valeur l'aspect écriture de cette œuvre particulière³⁷⁶.

Le logiciel n'a pas seulement été reconnu comme œuvre protégeable au titre du droit d'auteur mais aussi comme œuvre littéraire. La directive 91/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur a affirmé que les Etats membres devaient accorder la protection du droit d'auteur aux programmes d'ordinateur en tant qu'œuvres littéraires³⁷⁷.

204. Exclusions de brevetabilité. Le droit des brevets exclut de la brevetabilité cinq catégories de créations à l'article L. 611-10. 2° : les découvertes, théories scientifiques et méthodes mathématiques ; les créations esthétiques ; les plans, principes et méthodes, les programmes d'ordinateur et les présentations d'informations. D'autres exclusions sont posées (Articles L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle) pour les variétés végétales (faisant l'objet d'un droit autonome), les races animales et les procédés naturels d'obtention des végétaux et tout ce qui touche aux éléments et produits du corps humain³⁷⁸.

205. Origine de l'exclusion. L'exclusion de la brevetabilité touchant ces objets a pour origine, à la fin des années soixante, le refus de l'Office américain des brevets d'examiner le nombre important de demandes de brevets les concernant. Les créateurs de logiciels se sont

³⁷⁵ Art. L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle, Dalloz, 6^{ième} éd. 2006, p. 85, logiciel créé par un employé, note 5, Versailles 8 octobre 1990, note 6, TGI Paris, 14 avril 1988, Paris, 9 mars 1993, note 7, Nancy, 13 septembre 1994.

³⁷⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd. , 2009, p. 88, n° 85.

³⁷⁷ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd. , 2009, p. 95, n° 98.

³⁷⁸ J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Mise au point, 2005, p. 39.

alors tournés vers le droit d’auteur. Ce choix a, par la suite, influencé la Convention sur le brevet européen dont l’article 52-2 c CBE les exclue de la brevetabilité, solution reprise dans l’article L. 611-10-2 du Code de la propriété intellectuelle. Ainsi la loi française du 3 juillet 1985 a ajouté les logiciels à la liste des œuvres susceptibles d’être protégées par le droit d’auteur³⁷⁹.

206. Avantage du brevet, pratique future. Il peut paraître étrange, comme le soulignent les Professeurs Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux, que bénéficiant d’une protection facile à acquérir, puisqu’elle naît du seul fait de la création, l’auteur d’un programme d’ordinateur soit tenté de rechercher une protection par un titre de brevet dont l’octroi résulte d’une procédure incertaine, longue et plus coûteuse. En réalité, le droit de brevet apporte un certain nombre d’avantages qui font défaut au droit d’auteur et accroissent la sécurité juridique au profit des créateurs : un dépôt qui permet de conférer une date certaine à la création et de repérer les antériorités, une plus grande facilité à caractériser la contrefaçon dans le cadre d’un brevet que dans le cadre du droit d’auteur³⁸⁰.

Attention, le brevet sur le programme d’ordinateur n’est exclu « que dans la mesure où la demande de brevet ou le brevet ne concerne que l’un de ces éléments considéré en tant que tel »³⁸¹.

Les domaines usuels du brevet sont la mécanique, la chimie. Si l’OEB a fait de la technique le critère de l’invention potentiellement brevetable et a pu ainsi juger que « toute invention doit avoir un caractère technique : elle doit apporter une solution technique à un problème technique, être applicable sur le plan industriel et pouvoir être reproduite sans effort excessif³⁸². On aura compris qu’un brevet peut parfaitement être obtenu pour une invention qui ferait appel pour sa réalisation à un programme d’ordinateur. Ainsi, malgré l’exclusion les brevets de logiciels se sont multipliés devant l’OEB³⁸³.

207. Pratique de l’OEB. L’exclusion de brevetabilité figurant dans la CBE est construite sur l’idée selon laquelle les programmes sont assimilés à des créations abstraites

³⁷⁹ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2006, p. 115, n° 188.

³⁸⁰ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2006, p. 118, n° 191.

³⁸¹ J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Mise au point, 2005, p. 40.

³⁸² M. VIVANT et A. MAFFRE-BAUGE, Les notes de l’Ifri, *Internet et la propriété intellectuelle : le droit, l’information et les réseaux*, 2002, p. 32.

³⁸³ J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Mise au point, 2005, p. 40.

dépourvues du caractère technique essentiel à la qualification d'invention. Mais dans la mesure où un tel caractère technique se trouve mis en évidence dans un programme d'ordinateur, rien ne devrait s'opposer à sa brevetabilité. C'est ainsi que les revendications de procédé visant des méthodes mettant en œuvre des programmes sont reconnues brevetables, si bien qu'un procédé technique dont les diverses étapes se trouvent commandées par un programme d'ordinateur est brevetable même si le programme en lui-même ne l'est pas³⁸⁴.

208. Régime hybride. Création susceptible d'application industrielle, le logiciel ne se laisse pas, cependant, réduire au régime de droit commun de la propriété littéraire et artistique. Il est, en réalité, soumis à un régime « hybride », empruntant largement au droit des brevets d'invention tant à propos des conditions, que des effets de la protection³⁸⁵.

209. Spécificité. Le créateur d'un logiciel dispose d'un monopole d'exploitation dont les caractéristiques sont distinctes à la fois de celles du droit du breveté et du droit de l'auteur. Sa spécificité se marque à propos de la durée, du contenu, des limites et des sanctions du droit³⁸⁶. La protection du logiciel prend effet lors de sa création, l'auteur peut se ménager la preuve de la date de celle-ci par son dépôt auprès de l'INPI ou de l'Agence pour la protection des programmes. Sa durée est désormais celle du droit commun : durée de vie de l'auteur et les soixante-dix années qui suivent son décès (Article L. 123-1 du CPI). Le droit d'auteur assure exclusivement la protection de la forme sous laquelle l'œuvre est exprimée. Comme tout créateur d'une œuvre littéraire, l'auteur d'un logiciel est titulaire d'un droit moral et de prérogatives à caractère patrimonial. Cependant, le droit moral qui s'entend comme un droit « perpétuel, inaliénable et imprescriptible » (Article L. 121-1 du CPI), se compose du droit à la paternité, du droit de divulgation, du droit de repentir ou de retrait et du droit au respect de l'œuvre. Ces prérogatives sont fortement limitées par rapport au droit commun. L'article L. 121-7, 1° du CPI, énonce que l'auteur d'un logiciel ne peut, en effet, s'opposer à la modification de celui-ci par le cessionnaire des droits, « lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa

³⁸⁴ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2006, p. 117, n° 190 ; J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Mise au point, 2005, p. 41.

³⁸⁵ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, 4^{ième} éd. , Litec, 2007, p. 132, n° 329.

³⁸⁶ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, 4^{ième} éd. , Litec, 2007, p. 134, n° 335 et s.

réputation ». Il ne peut davantage exercer son droit de repentir (Article L. 121-7, 2° du CPI). En pratique, le droit moral de l'auteur du logiciel se limite au droit à la paternité (droit d'être mentionné comme créateur de l'œuvre). Conduisant les Professeurs Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière à parler de « droit moral édulcoré par le législateur »³⁸⁷. Le contenu du droit patrimonial et ses modalités d'exercice ont été précisés par la loi du 10 mai 1994, modifiant l'article L. 122-6 du CPI. Désormais, la loi énumère des prérogatives distinctes dont la violation est sanctionnée globalement par l'article L. 335-3 du CPI. Le titulaire dispose de l'action civile et pénale en contrefaçon de droits d'auteur pour assurer la sanction de son droit sur le logiciel devant le tribunal de grande instance, ou le tribunal de commerce pour l'action civile, le tribunal correctionnel pour l'action pénale.

210. Condition de protection. Le logiciel comme toute œuvre susceptible de relever du droit d'auteur doit constituer une création originale de l'esprit. Le créateur du logiciel est titulaire de la protection. Aucune formalité n'est nécessaire, le droit prend naissance avec le seul fait de la création. Il confère à son créateur un droit exclusif d'exploitation, emportant la faculté d'interdire l'exploitation au tiers et corrélativement, celle d'autoriser pareille exploitation³⁸⁸. Ainsi le créateur dispose d'un monopole d'exploitation dont les caractéristiques sont distinctes à la fois de celle du droit du breveté et du droit de l'auteur. Sa spécificité³⁸⁹ se marque à propos de la durée (durée de vie de l'auteur et les 70 ans après son décès Art. L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle), contenu du droit (protection de la forme, droit moral limité au seul droit à la paternité, droit patrimonial Art. L. 122-6 du Code de la propriété intellectuelle), limites, la sanction de ce droit (action en contrefaçon, action civile 3 ans et pénale 10 ans).

2) Les topographies de produits semi-conducteurs

211. Topographies de produits semi-conducteurs. Les topographies de produits semi-conducteurs sont les procédés utilisés pour la réalisation des cartes à mémoire électronique. Il s'agit d'une série d'images liées entre elles, fixées ou codées sur un substrat comportant une

³⁸⁷ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, *Précis*, 2009, p. 359, n° 543.

³⁸⁸ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd., 2007, p. 139, n° 347.

³⁸⁹ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd., 2007, p. 134 et s., n° 335 et s.

couche de matériau semi-conducteur, disposées conformément à une configuration tridimensionnelle prédéterminée et remplissant une fonction électronique³⁹⁰. Tous les appareils électroniques comportent de telles puces, ces dernières nécessitent pour leur réalisation des investissements très importants³⁹¹.

Dès lors que l'élaboration d'un tel produit traduit un effort personnel du créateur, un dépôt peut être fait auprès de l'INPI (Art. L. 622-1 du Code de la propriété intellectuelle), dépôt conférant au déposant la propriété de la topographie. Le droit au dépôt appartient au créateur ou à son ayant droit (Art. L. 622-3 du Code de la propriété intellectuelle)³⁹². Le titulaire du droit bénéficie d'un droit exclusif d'exploitation qui lui permet, d'une part, d'interdire l'exploitation aux tiers et, d'autre part, d'autoriser pareille exploitation. Le dépositaire peut s'opposer à la reproduction de la topographie, ainsi qu'à sa commercialisation ou celle des produits l'incorporant. La propriété s'éteint à l'expiration d'un délai de dix ans à compter du dépôt ou de la date de première exploitation si elle est antérieure, sachant que quinze ans après la fixation, aucun dépôt ne peut être effectué si la topographie n'a pas été exploitée (Art. L. 622-6 du Code de la propriété intellectuelle). Par ailleurs, il est intéressant de souligner que la jouissance intellectuelle de cette création est ouverte à l'usage de tous (Art. L. 622-5 du Code de la propriété intellectuelle).

c) La protection du savoir-faire

212. Notion de savoir-faire. Définition. Aux côtés de la définition du savoir-faire donnée par un arrêté du 12 janvier 1973 : « habileté acquise par expérience ; connaissance pratique », plusieurs autres ont été proposées tant par la doctrine que par les textes communautaires en droit de la concurrence. La directive n° 4087/88 du 30 novembre 1988 le définit ainsi « ensemble d'informations pratiques, non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié ». Cette définition a été complétée par le règlement d'exemption n° 772/2004 du 27 avril 2004 (article 1 (i)) : « un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées,

³⁹⁰ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 128, n° 80.

³⁹¹ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, p. 556, n° 936.

³⁹² J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 141 et s. dont notamment p. 142, n° 351.

qui est : (i) secret, c'est-à-dire qu'il n'est pas généralement connu ou facilement accessible ; (ii) substantiel, c'est-à-dire important et utile pour la production des produits contractuels ; (iii) identifié, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ». La jurisprudence française adopte parfois cette définition.

De son côté, la doctrine s'accorde sur la définition qu'en donne Mousseron : le savoir-faire est une « connaissance technique transmissible, mais non-immédiatement accessible au public et non-brevetée » ; il « consiste finalement en un ensemble d'informations pour la connaissance desquelles une personne, désireuse de faire des économies d'argent et de temps, est prête à verser une certaine somme ».

Si on met en perspective ces différentes définitions, le savoir-faire consiste en des informations de nature technique, industrielle ou commerciale, non-brevetées, identifiées et substantielles, secrètes et transmissibles.

213. Nature du savoir-faire. Bien que le savoir-faire ou d'une manière générale, les secrets techniques, ne soient pas des droits de propriété industrielle, le droit positif actuel permet de considérer que l'atteinte portée au savoir-faire est assimilable à l'atteinte portée à un droit intellectuel. La réponse des droits français et communautaire est affirmative sur ce point. L'article 1 (g) du règlement n° 772/2004 du 27 avril 2004 assimile le savoir-faire à un droit de propriété intellectuelle, puisque les droits de propriété intellectuelle regroupent « les droits de propriété industrielle, le savoir-faire, le droit d'auteur et les droits voisins »³⁹³.

214. Le savoir-faire consiste en une connaissance. Le savoir-faire revêt une forme immatérielle, intellectuelle. Il faut alors se garder de le confondre avec son support qui, lui, a une forme corporelle (cahiers de laboratoire, plans, manuels opératoires). Dans certains cas l'élément immatériel et l'élément corporel sont indissociables. Tel est le cas des programmes d'ordinateur. Souvent, le savoir-faire est constitué d'éléments qui permettent l'optimisation des résultats : formule d'un mélange, procédé de fabrication, choix des matières premières, des températures optimales, des meilleures conditions de fabrication. On estime même qu'il existe un savoir-faire négatif « constitué par la connaissance des erreurs à ne pas commettre ».

³⁹³ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit. , p. 533, n° 894, 895.

Au total, « le savoir-faire consiste finalement en un ensemble d'informations pour la connaissance desquelles une personne, désireuse de faire des économies d'argent et de temps, est prête à payer une certaine somme »³⁹⁴.

215. Caractères du savoir-faire. - Le savoir-faire présente tout d'abord un caractère technique, c'est-à-dire pratique. Le savoir-faire relève du domaine de l'industrie. Il existe parallèlement, en effet, un savoir-faire commercial qui est constitué par un ensemble de connaissances non techniques. Ce savoir-faire commercial est essentiel en matière de franchise.

- Les textes n'exigent à aucun moment pour la qualification du savoir-faire, que celui-ci soit brevetable. Le règlement 772/2004 le précise de manière indiscutable. La jurisprudence française est également unanime et constante : elle déclare que pour être protégeable comme savoir-faire ou, encore plus précisément (et *a fortiori*), comme secret de fabrique, il n'est pas nécessaire que l'information technique soit brevetable. Un siècle et demi plus tard, la Cour de Cassation sanctionne toujours les Cours d'appel qui exigeraient que l'objet du savoir-faire fût une invention brevetable³⁹⁵.

- Le savoir-faire a un caractère secret. Certains préfèrent dire que le savoir-faire doit être nouveau. Certes, la nouveauté dont il s'agit ici est relative. Le savoir-faire peut-être connu par plusieurs personnes et ne pas être nouveau en soi ; ce qui importe c'est qu'il ne soit pas accessible au public, c'est-à-dire qu'il soit gardé secret de telle sorte qu'il ne soit pas connu de tout le monde. En droit communautaire il est précisé que « le savoir-faire n'est généralement pas connu ou facilement accessible ».

Le savoir-faire se caractérise par sa valeur économique ; elle n'existe qu'à partir du moment où pour des concurrents, sa connaissance est susceptible de leur faire faire des économies et donc justifie qu'ils payent pour l'obtenir. La Cour de Cassation a admis qu'un contrat de communication portant sur un savoir-faire connu de plusieurs industriels avait un objet valable dans la mesure où son enseignement avait été utile à son bénéficiaire. Pour que cette valeur existe et que les acteurs économiques soient tentés de payer pour y avoir accès, cela présuppose, évidemment, qu'elle ne soit pas facilement accessible à ces derniers, soit inconnue des tiers ou du communicataire.

³⁹⁴ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *op. cit.*, p. 533, 534, n° 896.

³⁹⁵ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *op. cit.*, p. 534, n° 898.

- La Cour de cassation n'a jamais exigé que les données couvertes par le savoir-faire révèlent de l'activité inventive.
- Le terme « substantiel » signifie que le savoir-faire englobe des informations qui doivent être utiles soit à la mise en œuvre de procédé soit à la fabrication de produit protégé. Le savoir-faire doit être de nature à améliorer la compétitivité de celui qui le détient, par exemple en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché, ou à lui donner un avantage dans la concurrence avec d'autres fabricants ou fournisseurs de services qui n'ont pas accès au savoir-faire secret ou à un autre savoir-faire secret comparable.
- Le savoir-faire doit également revêtir un caractère identifiable c'est-à-dire qu'il doit être possible de vérifier que le savoir-faire présente les différentes caractéristiques précédentes et qu'il demeure secret. Ceci est rempli dès lors que le savoir-faire se trouve décrit dans des manuels et tout autre document écrit. Il arrive parfois que ceci soit impossible, le savoir-faire est alors détenu par le personnel et il sera transmissible par le biais d'une formation.
- Finalement le savoir-faire est transmissible en ce sens qu'il peut être communiqué à autrui. La précision est importante, car elle permet d'exclure du savoir-faire la compétence d'un salarié parce qu'elle est précisément inapte à être transmise³⁹⁶.

216. Exclusion de la propriété industrielle : protection par le secret. Les secrets de fabrique³⁹⁷, le savoir-faire³⁹⁸ (le *know-how*³⁹⁹) et l'assistance technique sont généralement des compléments de l'invention brevetable : ils ne sont pas protégés par le droit d'auteur mais par des actions en responsabilité civile et en concurrence déloyale, sans dépôt préalable. Ils sont susceptibles de cession. Tant le savoir-faire que le secret de fabrique sont protégeables par le secret. Le secret se situe aux marches de la propriété industrielle. Le secret ne constitue pas un droit privatif ; dès lors, le secret n'est pas un droit de propriété industrielle, du moins un droit de propriété industrielle complet, mais sa protection est assimilée à celle conférée par la propriété intellectuelle.

³⁹⁶ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *op. cit.*, p. 537, n° 903.

³⁹⁷ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd., 2006, p. 550.

³⁹⁸ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd., 2006, p. 532. Définition : connaissances techniques transmissibles et qui ne sont pas immédiatement connaissables. Mousseron entend le savoir-faire comme « une connaissance technique transmissible, mais non immédiatement accessible au public et non brevetée ».

³⁹⁹ Abréviation de *know-how to do it* qui signifie savoir comment il faut faire.

Traditionnellement le savoir-faire se définit comme les connaissances dont l'objet concerne la fabrication des produits, la commercialisation des produits ou services ainsi que le financement des entreprises qui s'y consacrent, fruit de la recherche ou de l'expérience, non protégées par brevet, non immédiatement accessibles au public et transmissibles par contrat⁴⁰⁰.

d) Les biotechnologies

217. L'exemple des séquences d'ADN. S'agissant des biotechnologies et plus précisément des séquences génétiques qui procèdent de la recherche dans ce domaine. Le Professeur Jean-Michel Bruguière relève la question suivante à propos de ces créations : « la séquence existant, préexistant l'on peut se demander si nous sommes bien en présence d'une invention ou d'une découverte ». L'argument selon lequel la séquence préexistant, celle-ci ne peut de ce fait constituer, même isolée, une invention brevetable est de prime abord séduisante souligne ce dernier. A l'analyse pourtant, comme ceci l'a été précédemment souligné à propos de l'opposition invention / découverte, le fait qu'il y ait eu préexistence d'un « objet » quel qu'il soit n'est en rien un obstacle à une prise de brevet sur une application dudit objet. La séquence en tant que telle n'est pas brevetable. La séquence susceptible d'une application révélée et concrétisée peut l'être. C'est la position désormais prise par le Bureau des brevets américains. La directive du 6 juillet 1998 « relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques » ne fait que confirmer cette position, quand elle oppose, en son article 5, ce qui est de l'ordre de la connaissance et ce qui est de l'ordre du « technique » ou de l'« industriel »⁴⁰¹.

218. Portée du brevet sur la séquence. « En ce qui concerne la portée du brevet, une lecture raisonnable, d'ailleurs semble-t-il confirmé par cette même loi du 8 décembre 2004

⁴⁰⁰ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 12^{ième} éd. , 1999, « savoir-faire », p. 477.

⁴⁰¹ J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Mise au point, Ellipses, 2005, p. 41, 42. Citant l'article 5 de la Directive du 6 juillet 1998 « 1° Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables. 2° Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel. 3° L'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un gène doit être concrètement exposée dans la demande de brevet ». La loi du 8 décembre 2004 a repris cette trame.

(Article L. 613-2-1 du Code de la propriété intellectuelle) devrait conduire à admettre que la protection conférée est liée à la fonction indiquée dans la description. Autrement dit la séquence est quelque chose de préexistant et le brevet portera, comme on l'a observé, sur le rapport du produit au résultat qui est établi »⁴⁰².

2. La protection des créations ornementales, le cas des dessins et modèles industriels : une situation à la marge du droit des brevets et du droit d'auteur

219. Généralités. D'un côté, les créations exclusivement utilitaires sont protégeables par brevet tandis que d'un autre côté, on trouve les créations portant exclusivement sur une forme esthétique, étrangères à l'industrie, sans effet utile leur protection relève de la propriété littéraire et artistique. Une situation intermédiaire existe où l'objet a un caractère utilitaire tout en étant exprimé sous une forme esthétique encore appelé l'art industriel ou l'art appliqué : carrosserie d'automobile, dessin d'un tissu, appareil électrique etc... Leur protection juridique relève du droit des dessins et modèles⁴⁰³. Ainsi, il ressort que la propriété industrielle ne protège pas que les créations techniques. Elle vise aussi les créations ornementales dont l'objet et la finalité sont aussi esthétiques tout en étant appliquées à des objets industriels. Le beau et le fonctionnel se trouvent alors liés, c'est pourquoi on peut considérer que le droit des dessins et modèles rapproche la propriété industrielle et la propriété littéraire et artistique⁴⁰⁴. Ce rapprochement s'explique par la consécration du principe de l'unité de l'art selon lequel un même objet peut être protégé à la fois par le droit des dessins et modèles et par le droit d'auteur. En revanche, droit des brevets et droit des dessins et modèles ne peuvent pas s'appliquer cumulativement (Art. L. 511-8, 1° du Code de la propriété intellectuelle).

Le régime des dessins et modèles (Livre V) s'applique lorsque l'apparence d'un produit ou d'une partie d'un produit, caractérisée par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux est nouvelle⁴⁰⁵ et présente un caractère propre⁴⁰⁶. Aujourd'hui, le droit

⁴⁰² J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁰³ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ème} éd., 2007, p. 145, n° 358.

⁴⁰⁴ M.-A. PEROT-MOREL, *Le régime international des dessins et modèles industriels*, Recueil Dalloz Sirey, 1976, Chron. II, p. 3 et s.

⁴⁰⁵ Article L. 511-3 du Code de la propriété industrielle.

⁴⁰⁶ Articles L. 511-1, L. 511-2 et L. 511-4 du Code de la propriété intellectuelle.

des dessins et modèles est harmonisé à l'échelle communautaire⁴⁰⁷ depuis une directive du 13 octobre 1998 sur les dessins et modèles, transposée en France par l'ordonnance du 25 juillet 2001.

a) L'objet de la protection

220. Définition du dessin et modèle. L'article L. 511-1 du Code de la propriété intellectuelle ne définit pas ce qu'il faut entendre par dessins ou modèles. La définition qu'en a donnée Roubier est désormais couramment admise : « Le dessin est toute disposition de trait ou de couleur, représentant des images ayant un sens déterminé » ; le modèle est « toute forme plastique, toute maquette, tout modèle en cire, en plâtre, en terre glaise, tout moule ou moulage, toute œuvre de sculpture académique ou d'ornement, et encore tout modèle nouveau de coiffure, de chapeau, de corset, de jouet, etc. ». En bref, le dessin est une figure à deux dimensions et le modèle une figure à trois dimensions, peu important, s'agissant d'un dessin, de son support et de sa destination et, s'agissant d'un modèle, des matériaux utilisés.

L'article L. 511-1 du Code de la propriété intellectuelle ne vise, afin d'assurer la protection la plus large que « l'apparence d'un produit ou d'une partie de produits caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux ». Dès lors, la création n'est plus *stricto sensu* un modèle ni un dessin au sens précédemment indiqué, mais une apparence dépourvue de toute configuration⁴⁰⁸.

*b) Les conditions de la protection*⁴⁰⁹

221. Conditions de fond. La nouveauté ainsi que le caractère individuel du dessin ou modèle (Art. L. 511-2 du Code de la propriété intellectuelle) sont les deux critères que la loi impose. « Un dessin ou modèle est regardé comme nouveau si, à la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou à la date de la priorité revendiquée, aucun dessin ou modèle identique n'a

⁴⁰⁷ J. AZEMA et J. Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2006, p. 718 et s. , n° 1308 et s. ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 405 et s. , n° 920 et s.

⁴⁰⁸ J. AZEMA et J. Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.* , p. 628, n° 1109.

⁴⁰⁹ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 151 et s. ; G. DECOCQ, *Droit commercial*, Dalloz, Hyper Cours, 2^{ième} éd. , 2005, p. 311 et s. , n° 597 et s.

été divulgué. Ils sont considérés comme identiques lorsque leurs caractéristiques ne diffèrent que par des détails insignifiants » (Art. L. 511-3 du Code de la propriété intellectuelle). L'article L. 511-5 du Code de la propriété intellectuelle précise de manière limitative quand le dessin ou modèle d'une pièce d'un produit complexe doit être regardé comme nouveau et présentant un caractère propre. La nouveauté a un caractère absolu au sens où l'on peut objecter une antériorité quels qu'en soient la date et le lieu mais ce principe se trouve atténué par l'article L. 511-6 du Code de la propriété intellectuelle.

Le caractère propre est défini à l'article L. 511-4 du Code de la propriété intellectuelle qui précise qu'« un dessin ou modèle a un caractère propre lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée ».

Afin que le dessin ou modèle soit protégé il faut en outre qu'il soit conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs (Art. L. 511-7 du Code de la propriété intellectuelle).

222. Conditions de forme. La protection du dessin ou modèle conférée par les dispositions du présent livre s'acquiert par l'enregistrement (Art. L. 511-9 du Code de la propriété intellectuelle). La demande d'enregistrement doit être déposée à l'INPI à Paris ou au greffe du tribunal de commerce en province (Art. L. 512-1 du Code de la propriété intellectuelle). Le déposant ou titulaire d'un dépôt qui n'a pas respecté les délais prescrits peut, s'il justifie d'une excuse légitime être relevé des déchéances qu'il a pu encourir (Art. L. 512-3 du Code de la propriété intellectuelle). De plus, l'enregistrement peut être déclaré nul par décision de justice en vertu de l'article L. 512-4 du Code de la propriété intellectuelle s'il viole notamment les dispositions légales touchant l'objet du droit et aux conditions du droit ou encore s'il ne respecte pas les droits des tiers qu'il s'agisse d'un droit d'auteur ou d'un droit de propriété industrielle. Par ailleurs, l'article L. 513-2 du Code de la propriété industrielle précise que l'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété qu'il peut céder ou concéder.

223. Etendue de la protection. L'article L. 513-1 du Code de la propriété intellectuelle indique que « l'enregistrement produit ses effets à compter de la date de dépôt de la demande,

pour une période de cinq ans qui peut être prorogée par périodes de cinq ans jusqu'à un maximum de vingt-cinq ans ».

*c) Les effets de la protection*⁴¹⁰

224. Droit de propriété. Le dépôt des dessins et modèles donne naissance à un véritable droit de propriété qui revient au créateur ou à ses ayants cause, étant précisé que la loi présume tel le déposant (Art. L. 511-9 du Code de la propriété intellectuelle). Le dépôt, dès lors qu'il est régulier et que le dessin et modèle ne heurte pas l'ordre public suffit à provoquer la naissance du droit de propriété industrielle. En cas de création d'un salarié la loi reste muette cependant la jurisprudence accorde des droits sur les dessins ou modèles à l'employeur, lorsqu'ils ont été réalisés dans le cadre des fonctions.

L'article L. 513-2 du Code de la propriété intellectuelle indique que l'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété qu'il peut céder ou concéder. Ainsi, le titulaire du droit de propriété détient un double droit : celui d'interdire l'exploitation aux tiers⁴¹¹ et celui d'autoriser l'exploitation aux tiers⁴¹². De plus, l'article L. 513-4 du Code de la propriété intellectuelle précise la teneur de ce droit « sont interdits, à défaut du consentement du propriétaire du dessin ou modèle, la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, l'utilisation, ou la détention à ces fins, d'un produit incorporant le dessin ou modèle ».

Seul le déposant ou le cessionnaire des droits peut agir en contrefaçon (Art. L. 521-1 du Code de la propriété intellectuelle). La contrefaçon est un délit civil et pénal, elle doit être entendue comme « toute atteinte portée sciemment aux droits garantis par le présent livre » (Art. L. 521-4 du Code de la propriété intellectuelle)⁴¹³.

⁴¹⁰ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 169 et s. ; G. DECOCQ, *Droit commercial*, Dalloz, Hyper Cours, 2^{ième} éd. , 2005, p. 313 et s. , n° 601 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 129, n° 82.

⁴¹¹ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 169 et s., n° 400 et s.

⁴¹² J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 185 et s., n° 444 et s.

⁴¹³ G. DECOCQ, *Droit commercial*, Dalloz, Hyper Cours, 2^{ième} éd. , 2005, p. 315, n° 604.

B. Le brevet d'invention : situation au cœur du droit des brevets

225. Acception. Le brevet peut se définir comme un titre délivré par les pouvoirs publics (INPI) ou par une autorité reconnue par l'Etat (OEB) conférant à son titulaire un monopole temporaire d'exploitation sur l'invention qui en est l'objet. Traditionnellement, le droit de brevet concrétise une sorte de « contrat social » entre l'inventeur ou le déposant et la société, les premiers obtenant le droit de brevet en contrepartie de la révélation de l'invention au public. L'enrichissement de la société par ces connaissances techniques nouvelles représente donc la contrepartie du monopole⁴¹⁴.

1. L'objet de la protection : l'invention

226. La création industrielle : l'invention. Définition de l'invention. La définition de l'invention dans la création industrielle n'est pas plus simple que celle de l'œuvre dans la création littéraire et artistique. Le législateur ne s'est d'ailleurs pas beaucoup plus préoccupé de définition ici que dans le droit d'auteur, il est pour le moins rester silencieux.

En effet, pas plus que la Convention sur le brevet européen (CBE) et à la différence de certains droits étrangers, la loi actuelle ne définit pas le terme « invention ». Ce ne fut pas toujours le cas, notamment sous la loi de 1968. La pratique des offices de brevet tend à faire de l'invention une condition de brevetabilité comme l'illustrent les directives adoptées par le Conseil d'administration de l'Office européen des brevets (OEB) qui précisent à cet égard : « Les conditions fondamentales de brevetabilité sont au nombre de quatre : il doit y avoir invention, l'invention doit être susceptible d'application industrielle, l'invention doit être nouvelle, l'invention doit impliquer une activité inventive ». La loi française n'énonce pas formellement cette condition. Au vrai, cette approche n'est guère logique car on ne saurait placer sur un même plan l'objet du droit et ses propriétés.

La recherche d'une définition de l'invention est une exigence intellectuelle comme le rappelait le Doyen Roubier : « pour qu'on puisse parler de brevet d'invention, ne faut-il pas en premier lieu qu'on soit en présence d'une invention ? », les textes l'appellent expressément (en particulier l'article L. 611-10 al. 2 par son adverbe « notamment ») et elle s'avère indispensable

⁴¹⁴ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2006, p. 89, n° 157.

afin de délimiter plus finement les frontières de la brevetabilité comme en témoignent les efforts laborieux déployés par les autorités communautaires à l'égard des inventions mises en œuvre par un ordinateur. La notion d'invention est rarement appréhendée par les tribunaux en tant que telle mais ils l'abordent nécessairement lorsqu'ils touchent au domaine de la brevetabilité⁴¹⁵.

L'article L. 611-10, 1° du Code de la propriété industrielle dispose que « Sont brevetables les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle ». Ce texte subordonne donc la brevetabilité à la réunion de quatre conditions : présence d'une invention, sa nouveauté, son caractère inventif et son application industrielle⁴¹⁶.

227. Définition négative. La recherche incessante d'une définition de l'invention s'annonce problématique en raison de la structure des textes des articles L. 611-10, L. 611-17, L. 611-18, L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle : ils énoncent, de manière non limitative, un certain nombre d'objets qui ne sont ou qui ne peuvent être tenus pour des inventions. Toutefois ces exclusions répondent à des finalités différentes : les découvertes constituent une catégorie en soi qui s'oppose à la notion d'invention ; les théories scientifiques, les méthodes mathématiques, les plans principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles ne sont pas des inventions en raison de leur caractère trop abstrait ; les jeux ou les méthodes appliquées au domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs, les présentations d'information et les créations esthétiques ou les méthodes thérapeutiques manquent de caractère technique⁴¹⁷.

Le Professeur Jean-Michel Bruguière soutient que la découverte sert souvent de repoussoir à l'invention. Elle en serait, en quelque sorte, l'image négative. La découverte est, dit-on, une mise en lumière de quelque chose qui préexiste alors que l'invention concrétise l'activité créatrice de l'homme en transformant l'existant. Inventer quelque chose, c'est faire venir à la réalité ce qui n'était pas encore là. Le droit ne trace pas la frontière entre l'invention et la découverte. Le Doyen Roubier quand bien même il oppose la découverte à l'invention, n'hésite pas, avec la plus grande fermeté à « affirmer que, d'après la loi française, il n'y a pas lieu de

⁴¹⁵ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2006, p. 102, 103, n° 173.

⁴¹⁶ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 37, n° 78.

⁴¹⁷ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2006, p. 103, n° 173. A rapprocher J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 37, n° 79.

distinguer la découverte et l'invention », expliquant que : « La découverte qui engendre une application pratique immédiate sera brevetable pour ce qui concerne cette invention ; seule, n'est pas brevetable la découverte restée à l'état purement scientifique, c'est-à-dire pour laquelle on n'a prévu aucun résultat industriel ». Il est intéressant ici d'observer que, dans l'approche de l'auteur, c'est la mise en lumière de l'application industrielle qui importe et fait basculer du champ de la connaissance non brevetable dans le champ du « productif », selon le mot qui est le sien, brevetable. Les juges soutiennent qu' « un phénomène naturel dont on a pu trouver une application pratique peut faire l'objet d'un brevet valable pour cette application pratique ». L'invention ne peut donc être définie par opposition à la découverte⁴¹⁸.

228. Définition positive. L'invention est une notion complexe souligne le Professeur Jean-Michel Bruguière. En intégrant les créations susceptibles d'enrichir la matière (biotechnologies, logiciels..) nous pouvons dire qu'elle implique un certain résultat, une innovation opératoire et surtout un dévoilement relève ce dernier.

L'invention implique tout d'abord une innovation opératoire. L'invention implique un résultat technique. Le Petit Robert définit la technique comme « ensemble des procédés méthodiques, fondés sur des connaissances scientifiques, employés à la production » ou encore à l'ensemble des procédés « qui sont employés à l'investigation et à la transformation de la nature ». La technique est ainsi cantonnée à une transformation de la nature ce qui, dans une société dite de l'information, où l'innovation est toute autre peut être fortement gênant.

L'invention implique ensuite et surtout un dévoilement. L'invention est dans la continuité de ce que l'on a dit à propos de son opposition avec la découverte, un apport, un dévoilement. Le Doyen Roubier énonçait que « la découverte d'une propriété nouvelle d'un corps connu » doit accéder au brevet. Ainsi, l'invention ne peut être que dans un dévoilement et plus précisément « dans le rapport établi entre l'objet et le résultat »⁴¹⁹. Les Professeurs Schmidt-Szalewski et Pierre écrivent que « la nouveauté porte sur le rapport du moyen au résultat ».

⁴¹⁸ J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Mise au point, Ellipses, 2005, p. 35, 36.

⁴¹⁹ J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Mise au point, Ellipses, 2005, p. 37 ; citant P. ROUBIER.

En résumé, il y a invention dès lors qu'un processus intellectuel permet d'aboutir à une innovation prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures, quelle que soit la nature de l'effet du produit, dès lors, en un mot, qu'il y a « production » de ce résultat⁴²⁰.

2. Les conditions de la protection

229. Généralités. Le brevet on l'a déjà dit est le droit exclusif d'exploiter une invention. Son histoire législative a commencé en décembre 1790 et janvier 1791, il a été ensuite réglementé par une loi de 1844 puis du 2 janvier 1968, par la suite modifiée plusieurs fois et finalement codifiée en 1992. Le monopole est en principe subordonné à la concession d'un brevet, délivré par les pouvoirs publics : « sont brevetables les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle » Art. L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. L'invention présente donc un caractère technique, la distinguant des autres créations humaines. Pour cela trois conditions doivent être réunies.

230. Conditions de fond. S'agissant des conditions de fond⁴²¹ de la protection, trois conditions doivent être respectées, la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle. D'après, l'article L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle « une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique ». « L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen ». De plus, l'article L. 611-14 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'une invention sera considérée comme impliquant une activité inventive « si, pour un homme de métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique ». Cette condition permet de différencier l'invention de la simple découverte. Finalement, l'article L. 611-15 du Code de la propriété intellectuelle énonce « qu'une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture ». La notion d'industrie doit donc s'entendre largement.

⁴²⁰ J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit des propriétés intellectuelles*, op. cit. , p. 38.

⁴²¹ G. DECOCQ, *Droit commercial*, Dalloz, Hyper Cours, 2^{ème} éd. , 2005, p. 302 et s., n° 575 et s. A rapprocher, J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ème} éd. , 2007, p. 24, n° 49 et s.

231. Conditions de forme. S'agissant des conditions de forme⁴²², la procédure nationale met en effet en œuvre une formalité de dépôt car, contrairement au droit d'auteur, le droit sur l'invention ne naît pas du seul fait de la création. L'article L. 611-1 du Code de la propriété intellectuelle pose la délivrance du brevet comme une formalité constitutive de droit. Le dépôt de la demande de brevet, enclenche une procédure d'examen de cette demande qui aboutit ou non à la délivrance du brevet national. Le dépôt de la demande de brevet peut se faire à tout moment. Il est effectué à l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) sous n'importe quelle forme au siège même à Paris ou auprès de l'un des centres régionaux en province (Article R. 612-1 du Code de la propriété intellectuelle). La demande de brevet est publiée dès son dépôt, alors que le brevet ne sera attribué que dix-huit mois plus tard. Ensuite a lieu l'examen de la demande de brevet. Dans les quinze jours du dépôt un numéro d'enregistrement national est attribué à la demande. Un examen technique est réalisé, tout d'abord la publication de la demande de brevet et ensuite la procédure du rapport de recherche. La publication de la demande assure la diffusion légale de l'invention (Article L. 612-21 du Code de la propriété intellectuelle ; mention au BOPI). La procédure du rapport de recherche (Article R. 612-53 du Code de la propriété intellectuelle) est destinée à rechercher les antériorités éventuelles de l'innovation qui feraient échec à sa brevetabilité pour défaut de nouveauté. A l'issue de cet examen, soit le titre est délivré, soit la demande est rejetée. Si le brevet est accordé, le directeur appose un sceau sur la demande. A compter du jour du dépôt le brevet est protégé pendant 20 ans, à condition toutefois que le déposant s'acquitte de sa redevance annuelle lui permettant le maintien de son titre (Article L. 612-19 du Code de la propriété intellectuelle). En cas de rejet la décision doit être impérativement motivée et notifiée au demandeur.

II. La protection des signes distinctifs

232. Présentation. Les signes distinctifs sont des moyens phonétiques ou visuels, en particulier des mots ou des images, qui sont utilisés pour désigner des produits, services ou entreprises opérant sur le même marché, afin de les distinguer les uns des autres.

⁴²² G. DECOCQ, *Droit commercial*, Dalloz, Hyper Cours, 2^{ième} éd. , 2005, p. 303, n° 576 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 55, n° 116 et s.

Les droits sur les signes distinctifs ont pour objet de créer au profit de leur titulaire une exclusivité dans l'emploi du signe. A la différence des droits sur les créations utilitaires, ceux sur les signes distinctifs ne confèrent pas de monopole absolu : ils ne font pas obstacle à toute utilisation du même signe, mais seulement à son utilisation pour désigner des produits ou services identiques, afin d'éviter toute confusion ou déloyauté dans des domaines similaires. En revanche, le même signe peut être employé dans deux domaines différents, dès lors qu'aucun risque de confusion n'existe.

La pratique utilise plusieurs sortes de signes distinctifs : les marques **(A)**, permettant de distinguer les produits ou les services d'une entreprise ; les dénominations géographiques ou encore nommées appellations d'origine **(B)**, désignant le lieu dont est issu un produit ; le nom commercial ou l'enseigne, permettant d'identifier une entreprise ou un fonds de commerce qu'elle exploite. Le nom commercial et l'enseigne ne font pas l'objet de droits exclusifs et ne sont pas protégés contre la contrefaçon mais par la concurrence déloyale ; c'est ainsi qu'ils ne sont pas considérés comme des droits de propriété industrielle.

A. Les marques

1. L'objet de la protection : la marque

233. Définition. L'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle pose la définition « la marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale » et énumère les catégories de marques (fabrique, commerce ou service). Ainsi, la marque est un signe apposé sur un produit ou utilisé avec un produit ou un service, afin de distinguer le produit des produits concurrents. La marque n'a donc pas pour fonction de garantir la qualité ou l'origine du produit mais de le différencier. Elle attire et retient la clientèle. Les marques renommées ou notoires sont connues d'un très large public et exercent leur pouvoir d'attraction quels que soient les produits et les services qu'elles désignent. Elles sont protégées mêmes si elles n'ont été ni déposées ni enregistrées et ne sont pas soumises au principe de spécialité⁴²³.

⁴²³ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ième} éd., 2007, p. 67, n° 213, *in fine*.

En bref, la marque est un signe sensible apposé sur un produit ou accompagnant un produit ou un service et destiné à le distinguer des produits similaires des concurrents ou des services rendus par d'autres. La marque trouve ainsi sa place dans les droits de propriété industrielle parmi les droits sur les signes distinctifs par opposition aux droits sur les créations nouvelles. Il convient de préciser sa situation par rapport aux uns et aux autres.

234. Marque et nom commercial. La marque se distingue du nom commercial. Tandis que celui-ci désigne une entreprise et sert à la distinguer des autres entreprises de même nature, la marque sert à distinguer les produits ou les services qui émanent des entreprises.

Le droit au nom commercial naît du premier usage. Le droit sur une dénomination sociale naît de l'immatriculation au Registre du commerce.

Le droit à la marque naît seulement du dépôt.

Une entreprise n'a qu'un seul nom commercial. Il lui est en revanche possible d'avoir un portefeuille de marques et d'être titulaire de très nombreuses marques.

Le nom commercial, lorsqu'il n'est pas notoire, n'a, qu'un rayonnement local et n'est pas fatalement protégé sur tout le territoire français. La marque, au contraire, a un rayonnement national, et son dépôt en France entraîne une protection dans toute la France.

Le nom commercial est protégé indépendamment d'une procédure de dépôt par l'action en concurrence déloyale et, lorsqu'il est apposé sur un produit, par l'article 217-1 du Code de la consommation.

La marque déposée bénéficie de la protection très efficace de l'action en contrefaçon. En raison de ces avantages, il est fréquent que des commerçants déposent leur nom commercial à titre de marque. Ils pensent alors bénéficier de la double protection de l'action en concurrence déloyale et de la contrefaçon de marque. Il est intéressant de relever que s'ils n'exploitent pas leur nom en tant que marque, ils pourront faire l'objet d'une demande de déchéance pour défaut d'exploitation.

235. Marque et enseigne. L'enseigne ne bénéficie que d'une protection limitée au lieu où se trouve l'établissement qui la porte. La marque bénéficie, au contraire, d'une protection nationale. Rien n'interdit à un commerçant de déposer le terme qui constitue son enseigne

comme marque afin d'obtenir une protection cumulative et plus large, sous réserve également d'une déchéance pour défaut d'exploitation en tant que marque⁴²⁴.

236. Marque et appellation d'origine. La marque n'a pas pour but d'indiquer l'origine géographique d'un produit. Elle n'est pas comme l'appellation d'origine à la disposition de tous les producteurs du lieu bénéficiant de l'appellation d'origine, mais est la propriété privative de son titulaire.

Cependant, il est fréquent qu'un produit qui a droit à une appellation d'origine mentionne cette appellation et soit en outre revêtu d'une marque de fabrique indépendante. Une appellation d'origine peut encore constituer un élément d'une marque de fabrique complexe à condition que les produits qui en sont revêtus aient droit à cette appellation (champagne x). Cela n'empêche pas les concurrents de faire figurer l'appellation dans leur marque complexe si leurs produits ont également droit à l'appellation (champagne y)⁴²⁵.

237. Marque de fabrique et brevet. Les Professeurs Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux relèvent qu'à première vue, il n'y a rien de commun entre la marque qui est un signe distinctif et les droits sur les créations nouvelles que sont les brevets d'invention. Les dispositions concernant le brevet européen précisent même que, dans la description contenue dans un brevet, il ne doit pas y avoir de référence à une marque. Il peut néanmoins y avoir entre la marque et les droits sur les créations nouvelles de multiples interférences.

Ils soulignent tous deux qu'il est parfaitement possible que des produits protégés par un brevet soient en même temps commercialisés sous une marque de fabrique. Tant que le monopole résultant du brevet d'invention est en vigueur, la marque n'offre guère d'autre utilité que celle d'une promotion commerciale puisque le produit ne peut pas - sauf licence - être offert au public par des concurrents. Mais dès que le monopole arrive à son terme et que n'importe qui peut fabriquer et vendre le produit concerné, la marque qui demeure constitue alors un très grand avantage économique car elle prolonge économiquement la protection résultant du brevet. En effet, pendant les vingt ans qu'a duré le monopole du brevet, le public a été conditionné à ne pouvoir se procurer le produit désigné que sous la marque choisie par l'inventeur.

⁴²⁴ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, p. 744, n° 1355.

⁴²⁵ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, p. 744, n° 1356.

L'habitude prise fait que le consommateur aura une tendance naturelle à continuer à réclamer le produit sous la marque qu'il connaît, même s'il peut se le procurer ailleurs car ce ne peut être alors que sous une autre marque⁴²⁶.

238. Marque, dessin ou modèle, droit d'auteur. La protection du signe distinctif que constitue la marque et, le cas échéant, celle de la création nouvelle méritent d'être distinguées. En effet, la marque peut être constituée par un signe protégé en tant que création. Dans ce cas, le dépôt de ce signe à titre de marque requiert l'autorisation de ceux qui sont titulaires du droit sur la création.

239. Différentes sortes de marques : marques de fabrique, de commerce, de service.

- Les marques de fabrique, ce sont celles que le fabricant d'un produit appose sur les objets qu'il fabrique et commercialise. Normalement, elles permettent d'identifier l'origine du produit, encore que ce ne soit plus le cas lorsque la marque est détenue par une société mère qui fait fabriquer par une des sociétés qu'elle contrôle.
- Les marques de commerce sont aussi appelées marques de distribution. Ce sont celles que le distributeur appose sur les produits qu'il commercialise. Une pareille marque peut coexister avec celle du fabricant. Il arrive de plus en plus souvent dans la grande distribution que la marque de commerce se substitue à la marque de fabrique. La garantie de qualité provient pour le consommateur de la confiance qu'il place dans le choix des produits par le distributeur. Dans ce cas, la marque a perdu toute fonction d'identification de l'origine des produits qu'elle couvre.
- Les marques de service sont destinées à accompagner les différents services (transport, banque, assurance, etc.). Le caractère immatériel du service fait perdre à la marque le *substratum* concret que constitue le produit pour les deux catégories précédentes. Elles sont donc essentiellement utilisées comme nom commercial ou enseigne. Il arrive qu'elles trouvent parfois un support matériel permettant l'apposition (étiquette sur une valise, signe apposé sur des carnets de chèques etc.).

⁴²⁶ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, p. 744, 745, n° 1357.

2. Les conditions de la protection⁴²⁷

240. Conditions de fond. L'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle énonce que le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés. Dès lors que le signe choisi répond aux conditions posées par l'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle il est valide. Ainsi pour constituer une marque le signe doit être distinctif : c'est-à-dire ni générique, ni descriptif, ni déceptif (susceptible de tromper le public) (Article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle). Tout signe peut alors servir de marque. Elle peut être constituée par le nom de famille, à condition de ne pas porter atteinte aux droits de la personnalité d'autrui (Art. L. 711-4 g). Ainsi peut être considérée comme descriptive la dénomination camping-gaz pour des réchauds à gaz de camping⁴²⁸.

De plus, la marque doit être licite comme l'énonce l'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle ce qui exclut les signes visés à l'article 6ter de la Convention de Paris en date du 20 mars 1883, les signes évoqués à l'article 23 §2 de l'accord ADPIC, les signes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, enfin les signes de nature à tromper le public notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service. Par ailleurs, le signe doit pouvoir faire l'objet d'une représentation graphique⁴²⁹.

241. Conditions de forme. L'article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle énonce que la propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement et précise en son alinéa 2 que l'enregistrement produit ses effets à compter de la date du dépôt de la demande. La procédure d'acquisition d'une marque se déroule en trois temps le dépôt⁴³⁰, l'examen et l'enregistrement à l'INPI. Elle est protégée pendant 10 ans, indéfiniment renouvelable, lorsqu'elle a été enregistrée. La propriété de la marque est donc perpétuelle.

⁴²⁷ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 197 et s. , n° 465 et s.

⁴²⁸ Paris, 23 juin 1981, Dalloz, 1982, p. 434.

⁴²⁹ G. DECOCQ, *Droit commercial*, Dalloz, Hyper Cours, 2^{ième} éd. , 2005, p. 320, 321, n° 617.

⁴³⁰ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2006, p.805, n° 1460.

B. Les appellations d'origine ou encore nommées les dénominations géographiques

242. Présentation. Un produit peut être distingué d'autres produits similaires par un signe consistant dans le nom du lieu où il a été obtenu : Champagne, Cognac, Roquefort, Jambon d'Aoste, Eau de Cologne... sont autant d'exemples de dénominations géographiques de renommée internationale⁴³¹.

L'article L. 721-1 du Code de la propriété intellectuelle énonce que « les règles relatives à la détermination des appellations d'origine sont fixées par l'article L. 115-1 du Code de la consommation. Ce dernier souligne que « constitue une appellation d'origine la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains⁴³².

La protection française des appellations d'origine est réservée aux dénominations géographiques remplissant certaines conditions de fond et respectant une procédure spéciale notamment pour les produits industriels et manufacturés ainsi que pour les produits agroalimentaires.

Il s'agit d'un droit collectif, inaliénable et imprescriptible qui ne peut être utilisé que par des producteurs de la région en cause. Les appellations d'origine protègent les producteurs contre la concurrence déloyale et les consommateurs contre les tromperies ; l'originalité et la qualité de la production de produits sont ainsi mises en avant et fortement encouragées⁴³³. Les titulaires de l'appellation protégée disposent d'une action pénale et d'une action civile sanctionnant la violation de leurs droits⁴³⁴.

⁴³¹ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 295, n° 686 et s.

⁴³² Article L. 115-1 du Code de la consommation.

⁴³³ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ième} éd. , 2007, p. 79, n° 224.

⁴³⁴ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd. , 2007, p. 309 et s. , n° 707 et s.

SECTION 3

LES BIENS CULTURELS

243. Acception de bien culturel. Le champ d'intervention du droit n'a consacré que très tardivement la notion de « biens culturels ». En effet, c'est seulement en 1989 que la France a introduit la notion de biens culturels dans la loi du 1^{er} décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes, modifiant la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques⁴³⁵.

Monsieur Jean-François Poli souligne que « le bien culturel contribue à façonner la mémoire, son rôle est primordial car « le fait de cultiver et d'entretenir des souvenirs communs permet à une société de conserver un contact naturel avec son passé. Qui plus est la mémorisation assure la sauvegarde du noyau de l'individualité. Ce qui est gravé dans la mémoire -et donc susceptible d'être remémoré- garantit la stabilité du moi » »⁴³⁶.

244. Acception de patrimoine culturel. Monsieur Jean-François Poli va jusqu'à préciser que « cette mémoire est un patrimoine constitué par l'héritage, « le don des morts », il permet à l'homme d'être de quelque part, de s'intégrer dans la grande chaîne des transmissions. Ce patrimoine est celui de chaque individu mais également celui de la nation. Renan la définissait comme « un vouloir vivre collectif » ; elle est ce sentiment d'appartenance à une même entité et relève de l'ordre des sentiments. La perception des biens culturels relève de l'ordre sensoriel, s'ils peuvent susciter la réflexion, il participent avant tout de *l'affect*, ils contribuent ainsi à la formation de l'idée de nation ».

« Si l'on veut que demeure ce substrat de croyance, cette assise spirituelle, ce réceptacle de la mémoire, il faut reconnaître le rôle majeur des biens culturels. Ils sont les garants de l'existence de la nation et de sa pérennité, ils constituent l'ossature sur laquelle viendra se greffer le tissu social. Ils permettent à l'homme de savoir d'où il vient, pour mieux décider où il ira »⁴³⁷.

⁴³⁵ Loi n° 89-874 du 1^{er} décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes et modifiant la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques, JO, 5 décembre 1989, p. 15033.

⁴³⁶ J.-F. POLI, *La protection des biens culturels meubles*, Thèse Aix-Marseille, 1992, p. 9.

⁴³⁷ J.-F. POLI, *La protection des biens culturels meubles*, Thèse Aix-Marseille, 1992, p. 9.

245. Spécialisation des notions. Les biens culturels et notamment ce qu'ils recouvrent participent indéniablement au mouvement de spécialisation du droit des biens auquel l'on assiste. La notion de biens culturels est une notion très vaste renvoyant tant aux immeubles qu'aux meubles. Ces derniers sont extrêmement variés, il peut s'agir d'antiquités nationales, d'objets archéologiques, de monnaies, tableaux, peintures, aquarelles, gouaches, mosaïques, gravures, sculptures, livres, archives, etc. Chacun d'entre eux sont définis au sein de nombreuses législations spéciales. Les biens culturels telle une source intarissable renvoient à des notions très diverses et pointues telles qu'aux monuments historiques (loi du 31 décembre 1913) ou encore aux trésors nationaux ou aux collections. Toutes ces lois auxquelles ils renvoient contribuent à la spécialisation du droit des biens, ce dernier devenait de plus en plus riche, touffu et varié ne cessant pas de se complexifier.

246. Dynamique de l'étude. Les confrontations des notions (§1) cadre de patrimoine et bien culturel permettent d'appréhender le bien culturel en tant qu'objet témoin ou en tant qu'objet d'art (§2) selon que l'on considère sa valeur de remémoration ou sa valeur intrinsèque.

§1. Les confrontations des notions

247. Plan. Les productions culturelles tant mobilières⁴³⁸ qu'immobilières représentent aujourd'hui une importante richesse de nos sociétés. Ces richesses culturelles renvoient au droit des biens et ne cessent d'interroger cette discipline. Aussi s'est avéré nécessaire de circonscrire au mieux les notions cadre de patrimoine et bien culturel (I) avant de confronter les biens culturels au droit des biens (II).

I. Les notions cadre de patrimoine et bien culturel

A. La notion cadre de patrimoine et bien culturel

248. Notion de patrimoine culturel, distinction entre sens commun et sens juridique.

⁴³⁸ J.-F. POLI, *La protection des biens culturels meubles*, Thèse Aix-Marseille, 1992.

Le droit des biens culturels renvoie aux éléments du patrimoine culturel. Cependant, le patrimoine culturel, au sens commun, autrement dit entendu largement, recouvre un ensemble de valeurs dont il faut assurer la transmission aux générations futures, c'est-à-dire les biens, lieux, objets, etc. qui sont porteurs de ces valeurs. Or le Conseil de l'Europe a posé une définition de l'héritage culturel européen selon laquelle : « L'héritage culturel européen est fait des créations de la nature et de l'homme, de richesses matérielles mais aussi de valeurs morales et religieuses, de convictions et de connaissances, de peurs et d'espoirs, de visions du monde et de modes de vie dont la diversité est source de la richesse de la culture commune sur laquelle se fonde la construction européenne »⁴³⁹.

Ici le patrimoine culturel désigne véritablement l'héritage culturel, choses tangibles mais encore et surtout les coutumes, les savoir-faire, la langue.

Autrement dit, le Professeur Pierre-Laurent Frier relève qu'« Aujourd'hui couramment utilisée dans le langage courant et dans les textes juridiques, la notion de patrimoine culturel recouvre l'ensemble des traces des activités humaines qu'une société considère comme essentielles, pour son identité et sa mémoire collective et qu'elle souhaite préserver afin de les transmettre aux générations futures »⁴⁴⁰.

En revanche, le patrimoine culturel, au sens juridique, est plus restrictif : il protège seulement le sous-ensemble centré sur les éléments matériels du patrimoine.

Le droit du patrimoine culturel consiste à assurer la protection de biens culturels au nom d'un intérêt historique, artistique, esthétique, etc. Le patrimoine immatériel n'est pas pour l'instant pris en compte (traditions, savoir-faire, etc.). Toutefois, une Convention internationale pour la protection du patrimoine immatériel, a été adoptée sous l'égide de l'UNESCO, qui pourrait faire évoluer les conceptions nationales de protection du patrimoine, en y intégrant une dimension immatérielle⁴⁴¹.

Aujourd'hui, l'Art. L. 1 du Code du Patrimoine énonce que « Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété

⁴³⁹ M. CORNU, Cours, 2006/2007, Master II Droit des biens culturels, Dirigé par Monsieur le Professeur J.-M. BRUGUIÈRE.

⁴⁴⁰ P.-L. FRIER, *Droit du patrimoine culturel*, PUF, coll. Droit fondamental, 1997, p. 13.

⁴⁴¹ M. CORNU, Cours, 2006/2007, Master II Droit des biens culturels, Dirigé par Monsieur le Professeur J.-M. BRUGUIÈRE. M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 26 et s. mais encore p. 63 et s. sur la consécration du patrimoine immatériel.

publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique »⁴⁴².

249. Distinction entre notion du droit privé et notion du droit public. Le Code du patrimoine traite uniquement du droit public du patrimoine. Cette notion de patrimoine désigne au sens du droit privé, l'ensemble des biens et droits dont jouit une personne physique ou morale (l'actif) ainsi que les obligations qu'elle supporte (le passif). Tandis qu'au sens du droit public, la notion de patrimoine recouvre l'ensemble des biens mobiliers ou immobiliers dont la propriété peut être publique ou privée et qui bénéficie d'une protection en vertu de l'intérêt culturel qu'ils renferment.

La notion de patrimoine a évolué dans le temps, à l'origine réservée aux chefs d'œuvre, elle est désormais beaucoup plus large⁴⁴³ et notamment depuis 1970 qui correspond à une période où l'on appréhende le patrimoine de manière globale vers une approche plus ethnologique du patrimoine. En effet, l'attention se porte vers des objets ou sites plus modestes davantage considérés dans leur fonction de témoignage que dans leur valeur propre⁴⁴⁴.

La notion de patrimoine culturel ne permet pas d'appréhender l'assiette des biens culturels juridiquement protégés aussi il s'avère nécessaire de dégager les critères d'identification des biens culturels.

B. Les critères d'identification des biens culturels

250. Les critères. Afin de déterminer ce qui va appartenir au patrimoine culturel, l'appréciation juridique s'appuie sur certains critères : l'intérêt historique ou artistique constitue le critère central, il s'agit du critère dominant qui motive une protection, dans le droit français, il se rapporte à l'appréciation de la valeur historique ou artistique du bien considéré⁴⁴⁵ ; certains

⁴⁴² Article L. 1 du Code du Patrimoine.

⁴⁴³ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 46 et s.

⁴⁴⁴ M. CORNU, Cours, 2006/2007, Master II Droit des biens culturels, Dirigé par Monsieur le Professeur J.-M. BRUGUIÈRE. M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 26 et s. et notamment p. 61 et s. 3) Le patrimoine pris d'un point de vue fonctionnel.

⁴⁴⁵ Un certain nombre de textes fait référence à ce critère : la loi du 31 décembre 1913 qui fait référence à l'intérêt d'art et d'histoire ; la loi sur la dation en paiement d'œuvres d'art qui évoque la haute valeur historique ou artistique des œuvres ou objets acquis par ce moyen (Art. 1716 bis du Code général des impôts) ; la loi du 3 janvier 1979 qui traite des archives classées en raison de leur intérêt historique ; les textes sur l'archéologie terrestre ou maritime (loi

critères sont complémentaires : la catégorisation des œuvres : aquarelles, dessins, peintures, mosaïques, photographies, art statuaire, livres, cartes géographiques, etc. ; ou encore la technique des seuils de valeur et de datation, en effet certains textes se réfèrent à des seuils de valeur ou d'ancienneté pour apprécier si un bien doit être protégé⁴⁴⁶, toutefois, au nom de l'universalisme de la culture, le critère de la nationalité des œuvres est indifférent pour la protection⁴⁴⁷.

II. Les biens culturels confrontés au droit des biens

A. Les biens corporels et incorporels

251. Distinction : matérialité / immatérialité. Madame Marie Cornu souligne que la distinction liée au caractère corporel ou incorporel d'un bien s'applique de la même façon aux biens culturels qu'à l'égard des biens en général. Une part importante du « patrimoine culturel » est constituée de biens culturels matériels, cependant il existe également des biens immatériels notamment les œuvres de l'esprit. La question de la conciliation des droits se pose dans le cas des biens culturels, pris tantôt dans sa matérialité tantôt dans son immatérialité. Le propriétaire corporel d'une œuvre d'art a au sens de l'article 544 du Code civil, le droit de jouir et de disposer de la chose de la manière la plus absolue dans le respect des lois et règlements. « De son côté, le titulaire des droits découlant de la propriété littéraire et artistique est investi d'un droit moral sur l'œuvre ainsi que de droits patrimoniaux en vue de sa communication au public, qui se subdivisent en un droit de reproduction et un droit de représentation⁴⁴⁸. Il est important de

du 27 septembre 1941, modifiée par la loi du 17 janvier 2001 et par la loi n° 2003-709 du 1^{er} août 2003 et la loi du 1^{er} décembre 1989) qui prennent en compte la valeur historique, archéologique, préhistorique des produits de fouille.

⁴⁴⁶ Par exemple la loi du 31 décembre 1992 sur la restriction à la circulation des biens culturels qui énumère des catégories de biens assorties de seuils variables. En dessous de ces seuils les biens culturels ne sont pas soumis à contrôle. Par exemple les tableaux ayant plus de cinquante ans d'âge et n'appartenant plus à leurs auteurs et dont la valeur est égale ou supérieure à 150 000 euros ou encore les livres ayant plus de cent ans, isolés ou en collection dont la valeur est égale ou supérieure à 50 000 euros sont soumis à l'exigence d'un certificat.

⁴⁴⁷ La nationalité des œuvres est indifférente à la protection. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises. Une œuvre d'origine étrangère peut avoir intégré le patrimoine national CE 7 octobre 1987, D. 1988, J. 269, note Laveyssière. Récemment la Cour européenne des droits de l'homme, saisie d'un différend entre un particulier propriétaire d'un tableau de Van Gogh et l'Etat italien, a pu admettre que cette conception universaliste de la culture puisse être à l'œuvre dans un certain nombre de législations CEDH, *Beyeler c/ Italie*, 28 mai 2002, J. F. Flauss, Dalloz, 28 janvier 2003, Chronique, p. 227.

⁴⁴⁸ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 78.

noter que les deux propriétés corporelles et incorporelles sont dissociées quand bien même elles se trouveraient réunies dans les mains d'un seul et même propriétaire. L'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle souligne bien que « la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle est indépendante de la propriété de l'objet matériel ».

Cependant l'article L. 1 du Code du patrimoine fait explicitement référence aux biens immobiliers et mobiliers renvoyant ainsi implicitement davantage à un patrimoine matériel.

B. Biens meubles et immeubles

252. Classification : meubles / immeubles. La classification des biens en meubles⁴⁴⁹ et immeubles est une distinction majeure dans le droit culturel des biens, comme pour l'ensemble des biens en général. Le caractère de fixité reconnu aux immeubles permet de mieux les répertorier. A l'inverse, les meubles doivent être traités en considération du fait qu'ils ont vocation à circuler. La prééminence du patrimoine immobilier se manifeste sous un double point de vue. Tout d'abord, économiquement, la conception du Code civil de 1804 consacrait la supériorité de l'immeuble face au meuble « *res mobilis, res vilis* ». Matériellement, le patrimoine immobilier occupe encore aujourd'hui une place éminente dans la consistance du « patrimoine culturel » en général. Ils ont vocation à demeurer plus facilement au sein du « patrimoine culturel ». Ensuite, symboliquement, les immeubles continuent d'être traités comme constituant la catégorie suprême des biens culturels. Un nombre de textes très important existe régissant la protection des biens culturels immobiliers, caractérisant ce foisonnement de textes et cette véritable spécialisation conduit Madame Marie Cornu à parler d'un réel enchevêtrement⁴⁵⁰.

253. Changement de qualification relativement à la classification du Code civil. Un constat peu à peu se dessine, certains biens culturels mobiliers en raison des nécessités de la protection voient leur régime se rapprocher de celui des immeubles, voire dans certains cas adoptent leur qualification. En effet, un mouvement se profile le rapprochement du régime des

⁴⁴⁹ J.-F. POLI, *La protection des biens culturels meubles*, Thèse Aix-Marseille, 1992, p. 9.

⁴⁵⁰ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 92, b) La supériorité de l'immeuble sur le meuble.

biens meubles de celui des biens immobiliers. Le changement de qualification relativement à la classification du Code civil peut s'opérer dans les deux sens. Soit, ce sont les meubles que la loi constitue comme immeubles, soit encore certains biens immobiliers sont traités parmi les objets mobiliers. « L'article 524 du Code civil, on l'a vu, opère un changement de qualification à l'égard de certains biens mobiliers considérés parfois comme immeubles par destination. La législation des monuments historiques les réintègre cependant parmi les objets mobiliers. En vertu de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1913, sont en effet considérés comme objets mobiliers, non seulement les « meubles proprement dits » mais aussi ceux d'entre eux qui au sens de l'article 524 du Code civil constituent des immeubles par destination. En cela, la loi émancipe les biens mobiliers de leur rapport de destination en leur conférant une autonomie au regard des impératifs de la protection. Ainsi la loi de 1913 instaure un régime de protection spécifique aux objets mobiliers, plus adapté aux immeubles par destination en raison de leur nature mobilière.

A l'inverse, certains meubles sont qualifiés en vertu du droit spécial de la culture d'immeubles. Aux termes de l'article premier de la loi du 31 décembre 1913, sont considérés comme immeubles au sens de la présente loi « les monuments mégalithiques ». Au regard du droit commun des biens, le défaut de fixité écarte naturellement les mégalithes de la qualification d'immeuble »⁴⁵¹.

C. Le domaine public culturel

254. Définition. La propriété culturelle est grevée à certains endroits de servitudes et de contraintes dictées par l'intérêt culturel. L'idée d'une propriété culturelle ouverte, dont l'accès au public constitue un élément essentiel apparaît dans deux institutions désignées sous le même terme de domaine public⁴⁵². La notion originale est tirée du droit administratif et désigne certains biens du patrimoine public auxquels s'applique un régime particulier. Empruntant la terminologie du droit public, le domaine public de la propriété littéraire et artistique recouvre quant à lui une signification propre. Madame Marie Cornu dégage plusieurs caractéristiques les

⁴⁵¹ M.CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 101.

⁴⁵² M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 465 et s.

séparant. « D'une part, c'est par la volonté étatique qu'existe le domaine public administratif. Parmi les principaux privilèges de l'administration en matière de domanialité publique, ... A l'inverse, les œuvres de l'esprit rejoignent tout naturellement le domaine public en vertu de la loi, par le simple effet du temps, sans que la collectivité publique puisse en décider autrement. ... quant au régime applicable, la différence majeure tient à ce que la théorie de la domanialité publique⁴⁵³ concerne des biens qui font l'objet d'une propriété publique alors que le domaine public des œuvres de l'esprit postule avant tout l'existence d'un ensemble de biens inappropriables ». Cela signifie explicitement que la catégorie des biens du domaine public administratif obéit à un ensemble de règles tirées du droit public⁴⁵⁴.

D. Les biens culturels dans et hors commerce

255. Présentation. Le « patrimoine culturel » comprend tout à la fois des choses dans le commerce et hors commerce. Les biens classés ou affectés au domaine public, qui sont des choses hors du commerce⁴⁵⁵ en vertu des principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, en constituent une part importante. D'autres biens, sont entravés dans leur liberté de circulation avec la mise en place de formalités contraignantes de nature à ralentir ou compliquer le transfert du bien, tel est le cas pour les monuments historiques, l'aliénation des biens immobiliers classés du domaine privé de l'Etat, d'un département, d'une commune ou d'un établissement public. D'autres étant entre des mains privées sont soumis à des restrictions afin que leur vocation à circuler librement soit moindre. En revanche, s'agissant des objets mobiliers classés monuments historiques est encore plus lourd puisque en vertu de l'article 18 de la loi du 31 décembre 1913, d'une part les objets mobiliers appartenant à l'Etat, sont inaliénables et d'autre part ceux qui appartiennent à un département, une commune ou un établissement public ou d'utilité publique ne peuvent être transférés à une personne privée.

⁴⁵³ F. BIGLIONE, *Domanialité publique et protection des biens culturels*, p. 65 et s. , in *Les biens culturels*, LégiCom N° 36-2006/2, Revue thématique de droit de la communication.

⁴⁵⁴ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 466.

⁴⁵⁵ M. CORNU, *La mise hors commerce des biens culturels comme mode de protection*, p. 75 et s. , in *Les biens culturels*, LégiCom N° 36-2006/2, Revue thématique de droit de la communication.

256. Circulation. Les objets mobiliers classés monuments historiques sont frappés d'interdiction d'exportation⁴⁵⁶. En revanche, pour les autres biens culturels une autorisation de l'administration était nécessaire⁴⁵⁷. Face à la libre circulation reconnue dans l'espace intracommunautaire cette disposition sera abrogée. Les biens culturels d'intérêt majeur seront frappés d'interdiction d'exportation, tandis que les autres biens culturels seront soumis désormais à un système de certificats d'exportation⁴⁵⁸.

E. Biens culturels et droit d'auteur

257. Vocation culturelle du droit d'auteur. Elle s'affirme relativement à l'objet du droit d'auteur mais aussi au regard de la finalité qu'il poursuit.

S'agissant de la finalité culturelle⁴⁵⁹ du droit d'auteur Madame Marie Cornu en relève diverses illustrations. Tout d'abord, la loi de 1791 traite du droit d'auteur intégré dans l'ensemble plus vaste que constitue l'activité des théâtres. Il s'agit ici de la diffusion culturelle des œuvres qu'il est question et non pas seulement des droits que doivent en retirer les auteurs. De plus, Monsieur Sirinelli évoque l'intérêt culturel, tantôt du côté du créateur qui est contenu dans le droit moral, tantôt du côté de l'Etat. « Encourager la création, écrit l'auteur, c'est avoir une politique culturelle, facteur aussi bien de progrès que de divertissement. C'est aussi favoriser le rayonnement de son pays tant culturellement que politiquement »⁴⁶⁰. Finalement, Madame Marie Cornu avance que la protection des intérêts particuliers des auteurs sert tout naturellement l'intérêt plus général de voir diffuser plus largement et enrichir le « patrimoine culturel ».

En revanche, s'agissant de l'objet culturel du droit d'auteur⁴⁶¹ Madame Marie Cornu l'illustre au moyen de deux arguments d'ordre textuel. Aux termes de l'article 1^{er}, al. 1 « Les auteurs d'écrits en tous genres, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront durant leur vie entière, du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République, et d'en céder la propriété en tout ou partie ». L'article 7 relatif à la transmission des droits de l'auteur aux héritiers précise la nature

⁴⁵⁶ Article 21 de la loi du 31 décembre 1913.

⁴⁵⁷ Loi du 23 juin 1941 concernant les objets présentant un intérêt national d'art et d'histoire.

⁴⁵⁸ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 88, 89.

⁴⁵⁹ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, *op. cit.*, p. 266 et s.

⁴⁶⁰ M. CORNU, *op. cit.*, p. 267, citant Monsieur Sirinelli.

⁴⁶¹ M. CORNU, *op. cit.*, p. 268, 269.

des œuvres. Il peut s'agir « d'un ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie qui appartiennent aux Beaux-Arts ». Ici le domaine des Beaux-Arts et Belles lettres figure en première place dans les préoccupations du législateur, cependant il ne faut pas oublier que les textes accueillent largement toutes sortes d'œuvres de l'esprit.

§2. Le bien culturel, objet témoin ou objet d'art

258. Justification du plan. La nature des biens composant le « patrimoine culturel » constitué présente le bien culturel entre objet témoin et objet d'art. En effet, les biens composant le « patrimoine culturel » sont appréciés différemment selon qu'on considère leur valeur de remémoration ou bien leur valeur intrinsèque⁴⁶².

Les deux ne sont pas antinomiques et peuvent coexister dans un même bien, mais l'appréhension n'est pas la même selon qu'il est considéré en tant qu'objet témoin **(I)** ou en sa qualité d'objet d'art **(II)**.

I. Le bien culturel, objet témoin

259. Qualification d'objet témoin. Tandis que certains retiennent la qualification d'« objets souvenirs » d'autres préféreront le qualificatif d'objet témoin reflétant ainsi une vision plus universelle. Dans la qualité de témoin, il y a cette idée que le bien sort de la sphère purement privée pour concerner la mémoire collective et non pas individuelle.

A. Les objets préconstitués comme témoins

260. Présentation. Les biens dont l'intérêt culturel est constitué *a priori* sont en petit nombre. Dans son sens original, le monument en fournit un bel exemple. La catégorie des archives ou encore des biens culturels dont le dépôt a été rendu obligatoire rejoignent cette idée de préconstitution de « patrimoine culturel ».

⁴⁶² M. CORNU, *op. cit.*, p. 166.

1. La notion origininaire de monument

261. Définition. « Par monument au sens le plus ancien et véritablement originel du terme, on entend une œuvre créée de la main de l'homme et édifiée dans le but précis de conserver toujours présent et vivant dans la conscience des générations futures le souvenir de telle action ou de telle destinée (ou des combinaisons de l'une et de l'autre) ». L'auteur identifie cette catégorie de biens relativement à leur valeur de remémoration intentionnelle, qui tient au fait même de leur édification. Le fait de vouloir les affecter à cette fonction mémoriale ne suffit pas à en faire des monuments historiques et / ou artistiques au sens de la loi de 1913. Si ces biens ont pour objet de préconstituer ou de servir la mémoire des générations futures, on s'aperçoit que la législation culturelle les ignore dans cette seule fonction pour ne s'y intéresser qu'après coup, au nom d'un intérêt historique ou artistique⁴⁶³.

2. La notion de monument historique

262. Source, définition. La loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques concerne les édifices et sites dignes d'être protégés, mais elle désigne également les objets mobiliers y compris ceux qui se trouvent rattachés par un lien particulier à un immeuble (tapisseries, sculptures, éléments de décoration encore nommés immeubles par destination)⁴⁶⁴. L'intérêt d'art et d'histoire dans la loi du 31 décembre 1913 doit être entendu comme une notion souple. La loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, est une loi fondatrice où l'intérêt d'art et d'histoire tient une place stratégique c'est en effet ce dernier qui fonde la décision de protection mais aussi la fonction de mémoire et de témoignage. Pour les immeubles l'article 1 dispose que « Les immeubles dont la conservation présente, au point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt public, sont classés comme monuments historiques en totalité ou en partie par les soins du ministre chargé des affaires culturelles selon les distinctions établies par les articles ci-après ». S'agissant des éléments mobiliers, l'article 14 énonce que « Les objets mobiliers, soit meubles proprement dits, soit immeubles par destination, dont la conservation

⁴⁶³ M. CORNU, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁶⁴ Les deux sont traités distinctement car, n'étant pas exposés aux mêmes risques, leur protection va s'adapter à leur nature. Le dispositif est davantage centré sur la conservation matérielle des immeubles tandis que le risque de dispersion et de soustraction des biens mobiliers appelle certaines dispositions spécifiques. V. *infra*, n° 444.

présente, au point de vue de l'histoire, de l'art, de la science ou de la technique, un intérêt public, peuvent être classés par un arrêté ministériel ». Deux modes de protection existent, tout d'abord, le classement en monuments historiques (édifices et sites publics et privés jugés dignes d'être protégés ainsi que les objets mobiliers entretenant un lien particulier avec un immeuble protégé). Mais encore, un deuxième mode de protection existe, l'inscription à l'inventaire supplémentaire qui assure une protection préventive concernant les immeubles privés et publics et les objets mobiliers si, et seulement si, ils appartiennent à une collectivité publique ou une association culturelle. De telle protection fait naître sur la tête du propriétaire du bien immeuble ou meuble des contraintes et des obligations notamment en cas de réalisation de travaux ou en cas d'aliénation du bien ou d'interdiction d'exportation.

3. La notion d'archives

263. Source, définition. La loi sur les archives du 3 janvier 1979 en son article premier précise que « La conservation de ces documents est organisée dans l'intérêt public tant pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que pour la documentation historique de la recherche ». L'article 1 de la loi du 3 janvier 1979⁴⁶⁵ qualifie d'archives « L'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel, produits ou reçus par toute personne physique ou morale, et pour tout service ou organisme public ou privé, dans l'exercice de leur activité... ». Madame Marie Cornu précise dans son cours⁴⁶⁶ quelque notion de cette définition. Un document est un support d'information, quelle que soit la nature du support : l'écrit, l'audiovisuel, la photographie, multimédia. Les archives sont considérées comme publiques si et seulement si elles émanent d'organismes, services et personnes publiques, ou de personnes privées qui concourent à une mission de service public. Seuls les documents qui procèdent de cette activité sont des documents publics. En revanche, les archives privées présentant un intérêt public pour des raisons historiques peuvent être classées comme archives historiques.

⁴⁶⁵ Loi 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives.

⁴⁶⁶ M. CORNU, Cours 2006/2007, Master II Droit des biens culturels, Dirigé par Monsieur le Professeur J.-M. BRUGUIÈRE.

264. Finalité culturelle. Le droit français distingue plusieurs catégories d'archives. Parmi les archives publiques, certaines d'entre elles peuvent concerner plus spécifiquement des activités ou des biens d'ordre culturel.

En scrutant la législation sur les archives dans son ensemble, on s'aperçoit en fait qu'elle contribue, d'une façon générale, à la préconstitution du « patrimoine culturel », particulièrement en matière d'archives publiques. Certes, l'ensemble des documents produits ne sont ou ne seront pas des biens culturels. Il suffit de songer à la masse imposante de documents administratifs sans intérêt qui appartiennent à la catégorie des archives. Mais c'est l'activité même d'archivage des documents, indépendamment de leur valeur intrinsèque qui revêt une fonction culturelle, puisqu'elle a notamment pour objet de conserver au-delà de leur utilisation courante toutes les archives publiques⁴⁶⁷.

La fonction d'archiver va ainsi permettre d'enrichir le fonds commun à transmettre aux générations futures.

4. Les biens culturels soumis au dépôt légal

265. Présentation. La loi du 21 juin 1943 instituait un régime de dépôt légal obligatoire pour tout imprimé, formalité à la charge de l'imprimeur et de l'éditeur. La notion d'imprimé avait fait l'objet d'une interprétation extensive par la Cour de cassation. Y figuraient « les livres, affiches, périodiques, gravures, brochures, cartes (postales, de géographie ou autres), documents photographiques ou phonographiques (...), partitions musicales, œuvres audiovisuelles multimédia, films, vidéogrammes, etc. ».

La loi nouvelle consacre l'évolution puisque rentrent expressément dans son champ d'application, en vertu de l'article premier de la loi du 20 juin 1992 relative au dépôt légal, « les documents imprimés, graphiques, photographies, sonores, audiovisuels, multimédias, quel que soit leur procédé technique de production, d'édition ou de diffusion ». En font également partie « les progiciels, les bases de données, les systèmes experts et les autres produits de l'intelligence artificielle (...) dès lors qu'ils sont mis à la disposition du public par la diffusion d'un support matériel, quelle que soit la nature de ce support »⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ M. CORNU, *op. cit.*, p. 169.

⁴⁶⁸ M. CORNU, *op. cit.*, p. 171.

5. La notion de collection « Musée de France »

266. Présentation. La loi du 4 janvier 2002 vient réformer l'activité et le statut des musées, jusque là encadrés par une ordonnance du 13 juillet 1945 portant organisation provisoire des musées des Beaux-Arts⁴⁶⁹. La notion de musée renvoie de manière générique à l'institution en charge d'une collection. Elle désigne encore et surtout la collection elle-même. En effet, l'article 1^{er} de la loi du 4 janvier 2002 souligne que « L'appellation « Musée de France » peut être accordée aux musées appartenant à l'Etat, à une autre personne morale de droit public ou à une personne morale de droit privé à but non lucratif ». « Est considérée comme musée, au sens de la présente loi, toute collection permanente composée de biens dont la conservation et la présentation revêtent un intérêt public et organisées en vue de la connaissance, de l'éducation et du plaisir du public ». Le label « Musée de France » renforce certaines obligations, comme la gestion des collections et influence le statut des objets. Les œuvres visées sont non seulement les collections d'œuvres d'art, mais aussi les collections scientifiques, naturelles, etc. de musée d'art et d'histoire, de maisons d'écrivains célèbres, de musées thématiques divers.

Les musées se doivent de conserver, restaurer, étudier et enrichir les collections, rendre les collections accessibles au public, mettre en œuvre des actions d'éducation et de diffusion, contribuer au progrès de la connaissance et de la recherche. Ce label est attribué à la demande du propriétaire. Les collections « Musées de France » ont diverses règles qui s'appliquent comme par exemple l'imprescriptibilité des collections sans limite de temps, l'interdiction de vente sauf déclassement du bien, le droit de préemption que l'Etat peut exercer lors des ventes publiques aux enchères, le contrôle des acquisitions ainsi que la possibilité de transfert. Il est intéressant de noter que les entreprises qui se portent acquéreurs de collections de « Musées de France » bénéficient en échange de très importantes réductions d'impôts tout comme celles se portant acquéreurs de biens culturels afin d'éviter qu'ils ne sortent du territoire. De tels biens ne devront pas être cédés pendant 10 ans et devront être impérativement placés en dépôt dans un Musée de France.

⁴⁶⁹ Texte fixant très sommairement les règles de fonctionnement et le contrôle de ces institutions.

B. Les objets révélés comme témoins

267. Reconnaissance *a posteriori*. La catégorie la plus importante de biens composant le « patrimoine culturel » constitué sont reconnus *a posteriori* comme présentant un intérêt public d'art et d'histoire. Le simple fait de leur création ou de leur production ne les range pas parmi les biens culturels. Ils sont consacrés après coup, en tant qu'ils témoignent d'une époque révolue.

268. Valeur de témoin : fonction de témoignage. Mais leur valeur de témoin n'est pas présente dès l'origine, elle se révèle après un certain temps. L'importance de l'intérêt historique au cœur de la plupart des législations culturelles en porte la marque.

La loi du 31 décembre 1913 modifiée se soucie de protéger les monuments historiques. D'autres législations plus récentes s'appuient également sur l'intérêt historique. C'est le cas de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites, des législations sur les ensembles tels que les secteurs sauvegardés, les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager, des règles concernant les fouilles archéologiques, ainsi que les archives⁴⁷⁰.

La valeur de témoignage prend diverses formes tantôt intérêt historique, préhistorique, archéologique, paléolithique, etc.

II. Le bien culturel, objet d'art

269. Définition. L'intérêt rattaché à la protection d'un bien peut se fonder sur sa valeur intrinsèque d'un point de vue artistique.

Le législateur a recours à plusieurs techniques pour identifier les biens porteurs d'une valeur artistique. Tantôt il s'appuie sur la notion d'intérêt d'art, tantôt, il se soucie de délimiter de façon plus précise certaines catégories particulières de biens.

⁴⁷⁰ M. CORNU, *op. cit.*, p. 172.

A. L'absence de notion unitaire

270. Absence de catégorie juridique susceptible d'englober l'ensemble des biens entretenant ce rapport. La loi du 31 décembre 1913 s'appuie, il est vrai sur la notion générique de monument historique qui vise tout à la fois les immeubles et les objets mobiliers. Mais la notion ne caractérise pas le bien dans sa valeur artistique.

S'il n'y a pas de notion englobant bien meuble et immeuble, il n'y a pas non plus de notion unitaire concernant l'une ou l'autre catégorie. En matière immobilière, le bien culturel n'est pas dénommé autrement que relativement à l'intérêt qu'il représente sur le plan artistique. S'agissant des meubles, la législation française fait fréquemment appel à la notion d'œuvre ou d'objet d'art, donnant l'illusion d'une relative homogénéité. On ne peut faire correspondre entièrement l'œuvre d'art avec la catégorie des meubles. En effet, en vertu des règles du droit commun en matière d'immeuble par destination, certains objets mobiliers de caractère artistique vont être qualifiés d'immeubles.

B. L'identification de catégories spéciales de biens : les œuvres d'art

1. Les catégories d'œuvres et d'objets d'art

271. Sens spéciaux. Madame Marie Cornu relève qu'« il y a en effet un sens spécial ou plus exactement des sens spéciaux de l'objet et de l'œuvre d'art, sachant que l'on rencontre fréquemment les deux catégories réunies au sein de mêmes textes ». Le décret du 3 mars 1981 porte sur la répression des fraudes en matière de transactions d'œuvres d'art et d'objets de collection. La même distinction est faite dans le Code général des impôts aux articles 1131 et 1716 bis. En matière de répression du vol d'œuvres et d'objets d'art, on retrouve, là encore, les deux notions⁴⁷¹.

Certains textes renvoient cependant à des notions plus précises, mais aussi plus pointues. L'ancienne loi du 23 juin 1941 relative à l'exportation des œuvres d'art mentionne entre autres objets d'art, les objets d'ameublement.

⁴⁷¹ M. CORNU, *op. cit.*, p. 176.

Face à la catégorie générale de bien culturel, ceci ne doit pas faire illusion. Il y a davantage place à des catégories spéciales de biens considérés en tant qu'objets d'art plutôt qu'à une notion générique. Sont mentionnés à l'annexe de la loi du 31 décembre 1992 les objets de collection, objets d'antiquités, objets archéologiques, etc.

272. Législations. La loi du 31 décembre 1913 sur la protection des monuments historiques ainsi que la loi du 31 décembre 1921 s'appuient sur la notion d'objets mobiliers dont on sait qu'elle vise y compris des œuvres majeures du point de vue du patrimoine artistique. L'article 2 du décret du 18 mars 1924 indique que « sont considérés comme œuvres d'art (...) les objets énumérés à l'article 36 » de la loi du 31 décembre 1921. La loi du 23 juin 1941 mentionne dans son intitulé les œuvres d'art, pour, dans le corps du texte utiliser celle d'objet. La loi du 15 juillet 1980 relative à la protection des collections publiques contre les actes de malveillance sanctionne la dégradation de monuments et d'objets d'intérêt public. Le terme est évidemment pris dans son sens le plus large de chose mobilière.

2. Les biens pris dans leur matérialité

273. Détermination des œuvres et objets d'art. Un certain nombre de textes s'appuient sur des critères matériels dans l'identification des œuvres et objets d'art. C'est le cas en droit interne de la loi du 31 décembre 1921 modifiée et du décret du 18 mars 1924 portant règlement d'administration publique de la loi du 31 décembre 1921, à propos des ventes publiques d'œuvres d'art et de la faculté donnée à l'Etat de préempter le bien.

Quels sont les biens culturels visés par ce décret ? L'article 1^{er} précise que ce sont notamment les curiosités, antiquités, livres anciens et tous objets de collection, de peintures, aquarelles, pastels, dessins, sculptures originales et de tapisseries anciennes. Il s'agit d'une liste limitative et descriptive.

3. Les biens identifiés relativement aux critères de datation et de valeur

274. Champ d'application. Les dispositions de la loi du 23 juin 1941 étaient applicables aux « objets d'ameublement antérieurs à 1830, aux œuvres des peintres, graveurs, dessinateurs,

sculpteurs, décorateurs, antérieures au 1^{er} janvier 1900... ». Le champ d'application de la loi était plus large, s'appuyant sur la notion générique d'objet présentant un intérêt national d'histoire ou d'art. Mais les catégories spécifiées dans le second alinéa restaient soumises à des critères d'ancienneté. La loi de 1941 a été abrogée par la loi du 31 décembre 1992, qui institue un mécanisme sensiblement différent, tenant compte de l'espace communautaire. Pour plus de précision, se référer aux développements ultérieurs relatifs notamment à la circulation européenne et internationale (*infra*).

4. La notion de biens culturels et la circulation des œuvres

a) La notion de trésor national

275. Définition. Les trésors nationaux⁴⁷² sont les biens culturels les plus importants qui revêtent un intérêt majeur. Ils sont pour cette raison frappés d'une interdiction d'exportation, sauf hypothèse de sortie temporaire. Le Code du patrimoine ne donne pas de définition des trésors nationaux. Il renvoie purement et simplement, à plusieurs séries de biens culturels⁴⁷³. L'article L. 111-1 du Code du patrimoine énonce que « Les biens appartenant aux collections publiques et aux collections des musées de France, les biens classés en application des dispositions relatives aux monuments historiques et aux archives, ainsi que les autres biens qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue historique, de l'art ou de l'archéologie sont considérés comme trésors nationaux ». Il s'agit d'une part des objets mobiliers classés au titre des monuments historiques qui comprennent les meubles par nature ainsi que les immeubles par destination. Sont aussi considérées comme trésors nationaux les archives historiques qui ont fait l'objet d'un classement en application de la loi du 3 janvier 1979. Cette fois-ci et à l'inverse des objets classés au titre des monuments historiques, le classement ne concerne que les archives privées. Les œuvres et objets de collections publiques sont également des trésors nationaux. Enfin, les collections placées sous le label musées de France sont également qualifiées de trésors nationaux.

⁴⁷² M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p.184 et s. ; M. CORNU, Cours 2006/2007, Master II Droit des biens culturels, Dirigé par Monsieur le Professeur J.-M. BRUGUIÈRE.

⁴⁷³ Article L. 111-1 du Code du patrimoine.

Certaines catégories sont ignorées par la loi dont notamment les fragments d'immeubles classés monuments historiques que sont les objets mobiliers classés au titre des monuments historiques que l'article L. 111-1 du Code du patrimoine qualifie de trésors nationaux. Cette catégorie comprend les meubles par nature et les immeubles par destination. Mais encore il ne faut pas oublier les éléments du domaine public autres que les biens des collections publiques comme par exemple le patrimoine culturel qui en vertu de la loi de séparation des Eglises et de l'Etat fait partie du domaine public sans pour autant être placé dans une collection ou encore sans être classé au titre des monuments historiques.

Le régime de protection a été entièrement refondu dans la loi du 31 décembre 1992⁴⁷⁴ qui vient abroger la loi du 23 juin 1941. Le texte de 1992 a été sérieusement remanié par la loi du 10 juillet 2000 et par la loi n° 2002-5 du 4 janvier 2002 relative aux musées de France⁴⁷⁵. Il règle la circulation des biens culturels en distinguant trois catégories soumises à des règles différentes. Les trésors nationaux se voient interdire la sortie du territoire, du moins à titre définitif. Certaines catégories de biens culturels sont placées sous un régime de liberté surveillée tandis que d'autres circulent librement. Pour de plus amples informations et développements se référer ultérieurement.

b) Les autres biens culturels

276. Présentation. Le Code du patrimoine prévoit que certains biens culturels doivent obtenir, pour circuler librement, un certificat attestant qu'ils ne font pas partie des trésors nationaux. Ce certificat leur permet de circuler vers un autre Etat membre et doit accompagner les biens quel que soit son possesseur. Mais pour pouvoir être exporté à destination d'un Etat tiers à l'Union européenne, cette formalité ne suffit pas. Les personnes doivent requérir une autorisation d'exportation auprès des services compétents. Elles doivent déposer au bureau des douanes une déclaration d'exportation. Tous les biens culturels ne sont pas soumis à contrôle. La loi de 1992 avait repris les catégories instituées par la directive et le règlement communautaire, assorties des mêmes seuils de valeur et de datation. Le droit français a évolué

⁴⁷⁴ Loi n° 92-1477 du 31 décembre 1992 relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation et à la complémentarité entre les services de police, gendarmerie et de douane, dispositions relatives aux biens culturels, JO, 5 janvier 1993, p. 198.

⁴⁷⁵ Article L. 11-1 et s. du Code du patrimoine.

face aux impératifs de protection qui diffère du cadre communautaire, depuis les décrets du 26/09/2001 et 16/07/2004. La technique des seuils de valeur a été améliorée pour certaines catégories de biens culturels, avec un système de double seuil selon que la destination envisagée soit dans ou hors du territoire de la communauté.

SECTION 4

LES BIENS NATURELS

277. Spécialisation du droit des biens. La diversification du droit des biens suscite de nombreuses interrogations et notamment révèle un grand intérêt car au regard du problème actuel de la dispersion du droit des biens aussi est-il intéressant de se recentrer sur l'essentiel de ces valeurs préexistantes inestimables. La distinction fondamentale des meubles et des immeubles révèle à quel point le régime des biens n'est pas unitaire. Certaines catégories d'immeubles telles que les forêts ont demandées certaines interventions spécifiques du législateur. L'existence de ressource de nature énergétique a aussi suscité l'émergence de réglementations spéciales⁴⁷⁶. Il n'en reste pas moins qu'à notre époque, les divers éléments physiques de la nature semblent plus encore que par le passé pris en considération dans leur originalité.

278. Nature. Personne ne s'oppose à dire que certaines dispositions du Code civil relèvent d'une époque passée. En effet, l'architecture du droit des biens est restée quasiment inchangée depuis 1804. Madame Marie-José Del Rey relève qu'« en matière de droit des biens il existe une importante interpénétration des considérations d'intérêt privé et d'intérêt général ». Elle souligne qu'« actuellement, l'intérêt commun s'interpose plus qu'autrefois entre les hommes et les choses »⁴⁷⁷. Au-delà de ces constatations le droit des biens semble en crise. Cependant cette crise n'est présentée que comme une étape de la régénérescence de la matière. Ainsi il y aurait donc un droit spécial des biens comme il existe déjà un droit spécial des contrats⁴⁷⁸. Madame Marie-José Del Rey souligne que « Par ailleurs, avec la loi du 10 juillet

⁴⁷⁶ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd., 2002, p. 45, n° 42.

⁴⁷⁷ M.-J. DEL REY, *Droit des biens et droit de l'environnement*, sous la direction de Monsieur le Professeur P.-L. FRIER, 1992, p. 20. Atelier national de reproduction des thèses.

⁴⁷⁸ J. CARBONNIER, *Les biens, Droit civil*, Tome 3, 19^{ième} éd. refondue, Thémis droit privé, 2000, PUF, p. 80, n° 45.

1976 sur la protection de la nature, est apparu au-delà du droit de chacun à la nature, le devoir corrélatif de veiller à la conservation de celle-ci. Or, cette évolution semble avoir favorisé un certain éclatement du droit des biens. Désormais, le droit ne s'intéresse plus aux éléments naturels - susceptibles d'être considérés comme des biens - exclusivement en tant que choses appropriables et cessibles, mais également en tant que valeurs à préserver »⁴⁷⁹.

279. Le droit de l'environnement. Le mot « environnement » peut faire l'objet d'acceptions diverses, et, en conséquence, les perceptions du droit de l'environnement sont multiples. En effet, il est vrai que « l'on a peine à discerner, au travers de la prolifération de textes, ce corps de règles cohérent, animé de principes propres sans lesquels on ne saurait parler d'un droit »⁴⁸⁰.

Aussi, le droit des biens est en pleine mutation et est obligé d'évoluer et de s'adapter face à la vivacité du droit de l'environnement. Le Grenelle de l'environnement⁴⁸¹, le Grenelle de la mer⁴⁸² ou encore le Grenelle des ondes⁴⁸³ montrent à quel point les préoccupations environnementales, dans lesquelles les hommes évoluent et se développent, tiennent de nos jours une place

⁴⁷⁹ M.-J. DEL REY, *Droit des biens et droit de l'environnement*, sous la direction de Monsieur le Professeur P.-L. FRIER, 1992, p. 20.

⁴⁸⁰ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, 5^{ième} éd. Montchrestien, Domat droit public, 2004, p. 6 citant M. Rémond-Gouilloud, *Droit de détruire*, PUF, Les Voies du droit, 1989, p. 24.

⁴⁸¹ Environnement Actualité du droit public, privé et pénal de l'environnement, N° 12 décembre 2007, 6^{ième} année, Repère p.1, n° 11. Environnement Actualité du droit public, privé et pénal de l'environnement, N° 8-9 août-septembre 2007, 6^{ième} année, Alertes p. 4, n° 54. Environnement Actualité du droit public, privé et pénal de l'environnement, N° 10 octobre 2007, 6^{ième} année, Alertes p. 4, n° 59. Environnement Actualité du droit public, privé et pénal de l'environnement, N° 11 novembre 2007, 6^{ième} année, Alertes p. 3, n° 63. Environnement Actualité du droit public, privé et pénal de l'environnement, N° 12 décembre 2007, 6^{ième} année, Alertes p. 3, n° 68, 70.

⁴⁸² Le Grenelle de la mer s'est fixé comme premier défi de mieux connaître la mer et son état et comme second défi de conforter les activités maritimes et littorales qui sont essentielles à nos économies. Le Grenelle de l'environnement a posé de nombreux jalons qui seront intégrés dans la stratégie nationale pour la mer. Le Grenelle de la mer vise donc à créer les conditions favorables à l'émergence de cette dynamique. Il réunira pour la première fois sous cette forme et dans un tel processus, l'Etat, les collectivités territoriales, tous les acteurs de l'économie maritime et les représentants de la société civile afin de définir une feuille de route en faveur de la mer, du littoral et de la promotion des activités maritimes dans une perspective de développement durable. Quatre groupes de travail ont été mis en place : Groupe n° 1 « Favoriser le développement harmonieux du littoral en améliorant l'interface terre-mer » ; Groupe n° 2 « Promouvoir le développement d'activités maritimes compétitives et soutenables sur le plan environnemental » ; Groupe n° 3 « Valoriser les métiers de la mer et œuvrer à l'attractivité des activités maritimes » ; Groupe n° 4 « Instaurer une nouvelle gouvernance aux niveaux infra-national, national, européen et mondial ».

⁴⁸³ Le mini Grenelle de la téléphonie mobile et des ondes prévu le 19 mars 2009 « les téléphones mobiles, les antennes relais, le Wi-Fi ou les téléviseurs ». Le Grenelle des ondes a fait l'objet d'un rapport rendu le 25 mai 2009. Il a émis certaines propositions 1) il a reconnu des raisons de douter face aux éléments scientifiques qui sèment le doute 2) le téléphone portable interdit aux moins de 12 ans (sur notice !) 3) antenne relais 0,6 volts/m au lieu des 41 à 61 volts/m (OMS). Reproches du Grenelle des ondes : pas de scientifique présent, rien de précis sur les éléments et la maladie hyper électro sensible pas reconnue.

conséquence et privilégiée. Ainsi, il y aura lieu d'exposer dans un premier temps le droit de l'environnement par rapport aux autres droits voisins (§1) afin de mieux distinguer leur objet respectif, tous différents, puis ensuite, de présenter le droit de l'environnement en lui-même (§2), pour finalement mieux s'arrêter sur l'objet même du droit de l'environnement (§3).

§1. Le droit de l'environnement par rapport aux autres droits voisins

280. Les droits périphériques : les droits à la marge du droit de l'environnement car présentant des objets différents. Les droits gravitant autour du droit de l'environnement prolifèrent. Ces derniers, bien qu'ayant tous un rapport plus ou moins proche avec la terre ne présentent pas le même objet que le droit de l'environnement. Le droit rural (I), le droit agroalimentaire (II), le droit du vin et de la vigne (III), le droit minier (IV), le droit de l'urbanisme, de la construction et de l'habitation (V) sont autant de droits se situant aux portes de la nature.

I. Le droit rural

281. Présentation. Madame Véronique Barabé-Bouchard et Monsieur Marc Hérail présentent le droit rural au confluent de nombreuses disciplines, tel un droit complexe, composé à la fois de règles qui lui sont propres (statut du fermage, contrôle des structures, aménagement foncier) et de règles empruntées aux multiples branches du droit qui intéressent l'espace rural et l'exploitation agricole (droit des sociétés, droit des contrats, droit patrimonial de la famille, droit fiscal, droit social). Il est aussi le produit de deux systèmes juridiques, depuis que la PAC exerce son influence déterminante sur les orientations du droit français, ce dont témoignent au plus haut point les nouveaux DPU (les droits à paiement unique). Il est enfin à la croisée temporelle de la tradition et de la modernité, ce que la loi d'orientation du 5 janvier 2006 traduit, en créant notamment le fonds agricole et le bail cessible, par la volonté de faire évoluer l'exploitation vers l'entreprise agricole⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ V. BARABE-BOUCHARD, M. HERAIL, Droit rural, Ellipses, éd. 2007, coll. Droit notarial, Avant propos.

282. Evolution du droit rural. Le droit rural est un domaine du droit qui a des frontières extrêmement mouvantes et c'est un domaine en constante extension. On dit parfois que le droit rural est une notion évolutive.

La première phase qui s'étend jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle correspondait à un droit rural qui n'avait pas de spécificité prononcée, le monde rural se confondait exclusivement avec le monde agricole. Le seul problème que les agriculteurs rencontraient était un problème de propriété foncière (avoir accès à la terre pour la cultiver) qui ne nécessitait pas l'intervention des juristes. Les agriculteurs produisaient pour consommer (consommation personnelle), le surplus seulement était vendu (commercialisation sur la base des contrats du Code civil). Aucune nécessité ne se faisait ressentir afin de créer un droit à part pour les agriculteurs.

La seconde phase s'étendait de la fin du XIX^{ème} siècle jusqu'aux années 1970, les mentalités changent, l'activité agricole se développe, ce déclin est la conséquence des deux guerres mondiales d'où une intensification de la production. L'activité agricole n'est plus une activité afin que tout le monde puisse se nourrir mais devient une entreprise à ciel ouvert avec un support immobilier spécifique la terre. Ainsi une lutte intensive va s'opérer pour la possession du sol opposant l'utilisation urbaine et l'utilisation rurale. Jusqu'aux années 1970 la réglementation du droit rural va viser à organiser la répartition des terres entre divers utilisateurs potentiels et à en rationaliser l'usage d'où un système de zonage. L'agriculteur afin de commercialiser doit avoir la propriété foncière. Deux textes fondamentaux sont intervenus dans cette période afin d'avoir des exploitations plus viables et plus productives tout d'abord, la loi de 1941 sur l'opération de remembrement afin d'améliorer l'organisation foncière et enfin la loi de 1943 sur le statut du fermage afin de garantir la stabilité des fermiers sur les terres louées. Il s'agit d'une amorce d'une législation adaptée au monde rural.

La troisième phase s'étend des années 1970 jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle, ici les mesures internes ainsi que la PAC vont conduire à un renversement de situation avec l'arrivée d'excédents et de surproduction, car trop de terres ont été réservées au secteur agricole. L'adoption de lois d'orientation (définir l'objectif) qui ont pour but de chercher à redresser la barre pour les années à venir (lois d'orientations en 1960, 1962 et 1980). La PAC prend le pas sur la politique interne.

La quatrième phase correspond à la période actuelle qui est marquée tout d'abord par la diminution du nombre des exploitants agricoles (désagrégation du tissu rural) mais encore par

l'amélioration de la qualité des produits. Pendant la période actuelle il s'agit de corriger les méfaits de la surproduction et de revitaliser les zones délaissées, tel est le but poursuivi. Désormais la solution doit passer par une diversification des activités des agriculteurs et par des aides directes aux revenus des agriculteurs.

283. Objet du droit rural. L'objet du droit rural défini de manière négative, ce n'est pas exclusivement du droit foncier, ce n'est pas exclusivement du droit agraire (organisation des parcelles), ce n'est pas exclusivement du droit agricole (droit des activités et règles pour la production), ce n'est pas exclusivement du droit de l'environnement. C'est en quelque sorte un peu de tout ça. Un ensemble qui prend à chacune des branches du droit avec une constitution progressive de ses propres règles pour devenir une branche autonome du droit. Le nouveau Code rural date de 1992 et il est divisé en huit livres (l'aménagement et l'équipement de l'espace rural ; la protection de la nature ; l'exploitation agricole ; les baux ruraux ; les organismes professionnels agricoles ; la production et les marchés ; les dispositions sociales ; l'enseignement ; la formation professionnelle ; le développement agricole ; la recherche agronomique) et est divisé en une partie législative et une partie réglementaire. Le droit rural recouvre le droit des activités, des exploitants et de l'exploitation en milieu rural agricole.

Le droit rural est d'abord le droit des activités agricoles définies par la loi du 30 septembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social, définition codifiée dans l'article L. 311-1 du Code rural. « Sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation... Les activités agricoles ainsi définies ont un caractère civil »⁴⁸⁵.

Il recouvre également les exploitants agricoles, l'agriculteur doit être entendu comme toute personne physique ou morale qui exerce des activités réputées agricoles au sens de l'article L. 311-1 du Code rural. L'agriculteur, chef d'exploitation agricole doit être titulaire d'un titre juridique lui donnant le pouvoir d'exercer son activité agricole sur le bien foncier qui est support d'activité. Soit le propriétaire de l'exploitation agricole détient un droit réel, il est alors

⁴⁸⁵ Article L. 311-1 du Code rural.

propriétaire ou usufruitier et est en situation d'un faire valoir direct, soit il est titulaire d'un contrat de bail à ferme ou d'un contrat de métayage et est en situation d'un faire valoir indirect. L'exploitation agricole doit être entendue comme une entité économique composée d'éléments immobiliers (terre et bâtiment) et mobiliers corporels ou incorporels (matériel, stock, droit de produire) nécessaires à la réalisation de sa finalité productive. La loi d'orientation de 1988 et celle de 1995 sur la modernisation de l'agriculture ont toutes deux pour finalité d'orienter les agriculteurs vers une culture d'entreprise.

284. Un droit sous perfusion du droit communautaire. Le droit rural est très fortement influencé par le droit communautaire, on peut dire que le droit rural est « sous perfusion » de droit communautaire. L'influence communautaire est déterminante. A ce point que les règles internes ne sont généralement que des mesures d'application. Les sources du droit rural sont composées d'une part, de sources internes qui comprennent le Code rural avec des articles de nature législative et des articles de nature réglementaire, d'autres sources codifiées sont de grande utilité en particulier le Code forestier ou le Code de l'environnement mais cependant ce sont les actes réglementaires (décrets et arrêtés) qui revêtent une importance particulière pour la vie quotidienne des agriculteurs. D'autre part, s'agissant des sources communautaires qui revêtent une importance capitale en la matière (le droit rural) sont souvent masquées par le fait que les textes utilisés sont des textes nationaux qui appliquent les prescriptions communautaires. Le droit rural est soumis aux décisions de la Communauté européenne qu'il s'agisse de celles relatives du Marché unique ou de la PAC. Les principes du Marché unique (libre circulation, libre concurrence, tarif douanier commun) sont applicables aux produits agricoles. Les objectifs de la PAC sont énoncés à l'article 33 du Traité : accroître la productivité, améliorer le niveau de vie des agriculteurs, stabiliser les marchés, assurer la sécurité des approvisionnements et garantir des prix à la consommation raisonnables⁴⁸⁶.

II. Le droit agroalimentaire

285. Présentation. Il s'intéresse à un bien très spécial qu'est l'aliment. Le droit agroalimentaire s'est historiquement construit dans le prolongement du droit rural. Mais ses

⁴⁸⁶ J. AUDIER, Droit rural, Mémentos Dalloz, 4^{ième} éd. , 2005, Dalloz, p. 8, 9.

sources se sont peu à peu diversifiées. Si elles se trouvent encore dans le Code rural, nombreuses sont les règles qui relèvent du Code de la consommation et, par dessus tout depuis 2002, de règlements communautaires qui lui sont spécialement dédiés.

L'un d'eux est le règlement n° 178/200/CE du Parlement et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires. Il a un champ d'application très large, depuis la production primaire jusqu'à la commercialisation finale, en passant par la transformation, le transport, l'entreposage, la distribution. Il concerne aussi bien les aliments destinés à l'être humain (appelés « denrées alimentaires ») que ceux destinés aux animaux (que ces animaux soient ou non destinés à l'alimentation humaine). Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005⁴⁸⁷.

III. Le droit du vin et de la vigne / Le droit viti-vinicole

286. Textes. Le présent Code du vin n'a pas valeur « de codification officielle prévue par la loi ». Il regroupe dans le cadre du Code du vin de 1936, les mesures principalement en vigueur à la date du 1^{er} janvier 1999 relatives aux définitions, à la production, l'importation, le commerce et la circulation des vins. La codification des textes législatifs et réglementaires relatifs à l'assainissement du marché du vin, prescrite par l'article 9 de la loi du 28 mars 1936, a été réalisée par décret du 1^{er} décembre 1936. Ce décret dit « Code du vin » toujours en vigueur n'a pas donné force législative aux dispositions qu'il rassemblait. Mais les textes d'origine de ce Code gardent leur valeur législative ou réglementaire.

Le droit viti-vinicole actuel est un droit complexe et diffus entre les dispositions communautaires et les dispositions nationales publiées et codifiées. La Constitution de la Vième République a consacré en son article 55 la primauté du droit communautaire sur le droit national⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ F. COLLART DUTILLEUL, *La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens*, Revue des contrats, LGDJ, RDC 2006/2, Chroniques, pratiques, recherches, débats, p. 604 et s. dont notamment p. 607.

⁴⁸⁸ J.Ch. LAMBORELLE et J. PILLOT, Code du vin, 1999, coll. La Journée Vinicole - Université du vin, p. 7.

287. Définition. L'article 1 du Code du vin pose la définition du vin. La définition communautaire du vin a remplacé celle donnée auparavant par le Code du vin⁴⁸⁹.

Le vin est le produit obtenu exclusivement par la fermentation alcoolique, totale ou partielle, de raisins frais, foulés ou non, ou de moûts de raisins⁴⁹⁰.

La réglementation communautaire distingue parmi les vins une catégorie dite des vins de table (VDT) d'une autre catégorie dite des vins de qualité produits dans une région déterminée (VQPRD). A l'intérieur de ce cadre établi figurent les définitions des différents vins de la Communauté comme entre autre celles des vins mousseux, des vins de liqueur ou des vins spéciaux.

Le droit national laisse subsister sur le plan fiscal une définition du vin englobant le produit du raisin depuis le moût jusqu'à la lie non parvenue à complète dessiccation. Il est interdit de fabriquer, d'expédier, de vendre ou de déterminer des produits sous le nom de « vin » ne répondant pas aux conditions fixées par le droit communautaire⁴⁹¹.

L'OIV apporte également une définition internationale du vin et recommande un titre alcoométrique acquis minimum de 8,5% Vol⁴⁹².

IV. Le droit minier

288. Mines, carrières. Les mines doivent être entendues comme des gîtes de substances minérales ou fossiles se trouvant dans le sein de la terre ou à la surface et qui sont énumérées par l'Article 2 du Code minier : houille, lignite ou autres combustibles (tourbe exceptée), bitume, hydrocarbures, liquides ou gazeux, graphite, diamant, sel de sodium et de potassium alun, certaines sulfates et une liste de métaux. Désormais les mines font l'objet d'un droit distinct de la propriété du sol. Ce droit appartient à l'Etat du fait de leur caractère de richesse nationale. Elles se distinguent à cet égard des carrières, les atteintes aux droits du propriétaire de la surface

⁴⁸⁹ Texte d'origine : « Aucune boisson ne peut être fabriquée, détenue transportée en vue de la vente ou expédiée, mise en vente ou vendue sous le nom de « vin » que si elle provient exclusivement de la fermentation du raisin frais ou du jus de raisin frais » (textes abrogé par D. 72.309), J.Ch. LAMBORELLE et J. PILLOT, Code du vin, 1999, coll. La Journée Vinicole - Université du vin, p. 20, Article 1 : vin.

⁴⁹⁰ R. CEE 822/87, annexe I point 10 (JOCE LO 84 du 27.03.1987, p. 1 modifié) issu du Code du vin, 1999, coll. La Journée Vinicole - Université du vin, p. 20.

⁴⁹¹ Article 434 et 435 du Code général des impôts.

⁴⁹² Code du vin Article 1, J. Ch. LAMBORELLE et J. PILLOT, Code du vin, 1999, coll. La Journée Vinicole - Université du vin, p. 20.

varient selon l'intérêt que les richesses du sous sol présentent pour la collectivité. C'est pourquoi mines et carrières sont soumises à des régimes différents. Les dispositions relatives aux mines figurent dans le Code minier. En principe, les carrières sont laissées à la disposition du propriétaire⁴⁹³.

Une carrière doit être entendue, quant à elle, comme le gîte de substances minérales ou fossiles que les articles 2 et 3 du Code minier ne qualifie pas de mines⁴⁹⁴. Les carrières ne sont donc définies que de manière résiduelle. Mais, à tout moment une substance relevant du régime des carrières peut être transférée dans la catégorie des mines par décret pris en Conseil d'Etat (Article 5 du Code des mines).

289. Exploitation. Les dispositions légales concernant l'exploitation des mines, suivant une très ancienne tradition, ôtent au propriétaire du sol le droit d'extraire du sous-sol certains gisements. Ce droit appartient à l'Etat qui peut l'exercer lui-même ou le confier à un exploitant, en vertu d'une concession (Article 21 du Code minier). Le propriétaire du sol n'a droit qu'à une faible redevance tréfoncière. L'exploitation d'une carrière, n'implique pas nécessairement une dépossession du propriétaire du sol : moyennant une autorisation administrative, celui-ci peut exploiter la carrière ou en concéder l'exploitation à un tiers. Seul le défaut d'exploitation d'une carrière présentant un intérêt économique particulier permet à l'administration de délivrer à un tiers le droit d'exploiter moyennant le paiement d'une redevance : c'est une forme réduite d'expropriation⁴⁹⁵.

V. Le droit de l'urbanisme, de la construction et de l'habitation

290. Pullulement de règles source de complexité. La puissance publique, l'Etat surtout, intervient de plus en plus dans le droit des biens. Il restreint souvent le droit de propriété, les droits de l'urbanisme et de l'environnement ainsi que les nationalisations en sont autant d'exemples.

⁴⁹³ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, p. 184, 185, n° 173.

⁴⁹⁴ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 12^{ième} éd. , 1999, p. 79, voir le mot « carrières ».

⁴⁹⁵ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2002, p. 256, 257, 258, n° 337, 338, 339 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ième} éd. , Defrénois, 2007, p. 120, 121, n° 438.

Les Professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès soulignent qu'afin d'empêcher l'anarchie des constructions urbaines qui défigurent beaucoup de villes et de banlieues étrangères, de très nombreuses lois ont, à partir de 1919, organisé l'aménagement urbain ; elles sont aujourd'hui compilées dans trois Codes, le Code de l'urbanisme, celui de la construction et de l'habitat et le Code de l'environnement. Au nom de l'intérêt général, le droit de l'urbanisme limite le droit de la propriété immobilière, particulièrement celui de construire. Ainsi, il prévoit une planification administrative de l'utilisation du sol urbain, notamment par le plan d'occupation des sols (POS devenu PLU, plan local d'urbanisme), qui, selon la conjoncture et les lieux, encourage ou décourage la densité de la construction ; il soumet le droit de construire à une autorisation administrative, le permis de construire, il en fait autant pour les lotissements. De même le Code de l'environnement soumet à autorisation administrative les installations dangereuses pour la nature et l'environnement (Article L. 512-1 du Code de l'environnement) se multiplient, les « quotas de productions » faisant naître des monopoles susceptibles d'aliénation (quotas laitiers, betteraviers etc...) ⁴⁹⁶. D'autres règles existent en matière de servitudes d'urbanisme ⁴⁹⁷. Le droit de l'urbanisme est malade d'une complexité trop évidente pour mériter de longs commentaires. Les couches législatives et réglementaires ont sédimenté pour atteindre aujourd'hui plus de 2000 articles ce qui est manifestement trop ⁴⁹⁸.

Ce droit de l'urbanisme, de la construction et de l'habitation contribue à l'émergence d'une certaine « nature harmonieuse ».

§2. Le droit de l'environnement

291. Le droit de l'environnement, un droit vivace. Le droit de l'environnement se situe entre intérêts particuliers et intérêt général, la protection de l'environnement a désormais sa place dans la Constitution, devenant ainsi une finalité supérieure et transcendante. Révolue est l'époque où l'environnement n'était protégé que de manière relative par le Code civil et notamment par le jeu des troubles du voisinage. La France est restée longtemps frileuse à la consécration constitutionnelle des principes fondamentaux du droit de l'environnement. Le 1^{er}

⁴⁹⁶ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ième} éd. , 2007, p. 16, 17, n° 27.

⁴⁹⁷ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2002, p. 260, n° 342 et p. 277, n° 370.

⁴⁹⁸ J. -B. AUBY et H. PERINET- MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 7^{ième} éd. , Domat, Droit public, éd. 2004, p. 22, n° 37.

mars 2005 une loi constitutionnelle fut adoptée inscrivant dans le Préambule de la Constitution de 1958 une Charte de l'environnement consacrant notamment en son article 2 que « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de sa santé »⁴⁹⁹.

Ce droit de l'environnement est extrêmement vivace au regard de la diversité de ses sources. Les avancées du droit international, européen ou encore national ne réussit pas toujours à s'inscrire dans les faits et afin de dépasser ce problème la prise en compte de l'environnement par le droit va jusqu'à tracer des principes directeurs du droit de l'environnement afin d'agir concrètement. De part, son champ d'application, ainsi que de part, la diversité de ses sources, le droit des biens naturels contribue manifestement au mouvement de spécialisation du droit des biens.

292. Plan. Le droit de l'environnement se caractérise notamment par la diversité de ses sources **(I)** et se présente comme le noyau protecteur des biens naturels **(II)**.

I. La diversité des sources du droit de l'environnement

293. Sources multiples. Il aura lieu d'exposer tout d'abord l'encadrement normatif international **(A)**, puis l'encadrement européen **(B)**, pour finalement s'arrêter sur les sources nationales **(C)**, et voir comment est pris en compte le droit de l'environnement en droit français **(D)**.

A. L'encadrement normatif international

294. Rôle stratégique joué par le droit international. Le poids du droit international en matière d'environnement tient une place stratégique. En effet, la dimension internationale ne peut être absente des politiques en matière d'environnement, les problèmes posés ne connaissant ni ne respectant les frontières. La Conférence mondiale sur l'environnement de Stockholm aboutissant à la célèbre Déclaration de Stockholm de 1972 consacre en son principe 1 que « l'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité, à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être ». Diverses conventions internationales ont été conclues dans le domaine de l'environnement, près

⁴⁹⁹ J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ? , 7^{ième} éd. , 2006, p. 9.

de trois cents traités multilatéraux ont été recensés et plus d'un millier d'accords bilatéraux fournissant une base plus solide. Toutes ces conférences qui donnent lieu à une déclaration sont dénuées de toute force coercitive. Le plus souvent la valeur du droit international dépend plus de l'effectivité des normes posées que de la valeur philosophique de ces principes et notions, qui ne sauraient être en l'absence de traductions normatives que fort relatifs⁵⁰⁰. Par exemple, la Convention de Berne énonce une obligation tant de résultat que de moyens pour ce qui concerne les habitats (art. 4) de « protéger les habitats des espèces sauvages de la flore et de la faune, en particulier de celles énumérées dans les annexes I et II, et pour sauvegarder les habitats naturels menacés de disparition ». Pour atteindre le but, encore faut-il que les Etats prennent « les mesures législatives et réglementaires appropriées et nécessaires ». D'autres Conventions existent. La conservation de la faune et de la flore a fait l'objet de plusieurs Conventions : la Convention de Ramsar (1971) portant sur la protection des zones humides d'importance internationale, la Convention de Washington (1973) sur le commerce international des espèces menacées d'extinction.

B. L'encadrement européen

295. Présentation. La protection de l'environnement n'était pas l'un des objectifs poursuivis par la Communauté. Le Traité de Rome tel que réformé par l'acte unique, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987, comporte en effet un titre spécial consacré à l'environnement (Titre VIII). L'article 130 R §1 définit l'objectif poursuivi par la politique communautaire de l'environnement : « préserver, protéger, améliorer la qualité de l'environnement », « contribuer à la protection de la santé des personnes et assurer une utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles ». Il s'agit d'une définition assez large pour permettre un maximum d'interventions, dans le respect des principes énoncés par l'article 130 R §2 et §4 « principe de prévention, fixation, si possible de valeurs d'émission pour les nuisances, principe du pollueur-payeur ». De plus l'article 130 R §2, *in fine*, prévoit en outre que « les exigences en matière de protection de l'environnement sont une composante des autres politiques de la Communauté ». L'unanimité était la règle pour toute mise en œuvre de la politique communautaire en matière d'environnement. Le traité de Maastricht introduit l'environnement dans le texte du préambule

⁵⁰⁰ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, 5^{ième} éd., Montchrestien, 2004, p. 33.

et sa protection est insérée parmi les objectifs de l'Union qui devra « renforcer la protection de l'environnement ». Il opte pour une « croissance durable respectant l'environnement ». Le nouveau Titre XVI consacré à l'environnement énonce que « les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté ». Dès lors, dans l'article 130 R et suivants la règle pour les procédures d'adoption des décisions en matière d'environnement n'est plus l'unanimité mais la majorité qualifiée favorisant ainsi l'élaboration d'une véritable politique communautaire de l'environnement.

C. Les sources nationales

296. Richesse nationale. La France a longtemps manifesté une certaine timidité⁵⁰¹ à l'égard de la consécration constitutionnelle des principes fondamentaux du droit de l'environnement contrairement à certaines constitutions étrangères. Le 1^{er} mars 2005, une loi constitutionnelle a été adoptée qui inscrit dans le Préambule de la Constitution de 1958 une Charte de l'environnement comportant 10 Articles⁵⁰².

L'article 34 de la Constitution consacre au législateur la matière des « principes fondamentaux de la propriété » et celle des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Le droit de l'environnement devrait ainsi revenir au Parlement : organiser une législation limitatrice de l'emploi de ressources, instituer une protection de territoires, imposer la réduction de rejets polluants limitant d'autant l'étendue du droit de propriété ou des libertés fondamentales telles que la liberté du commerce et de l'industrie ou encore la liberté d'aller et de venir. L'évolution du droit de l'environnement passe indéniablement par des lois, la loi de 1976⁵⁰³ sur la protection de la nature, la loi Barnier, les lois Montagne et Littoral, la loi sur l'eau, la loi sur les déchets. Cependant, le Conseil

⁵⁰¹ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, 5^{ième} éd., Montchrestien, 2004, p. 58.

⁵⁰² Divers droits sont énoncés : « vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » (Art.1) ; droit à l'information et à la participation à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement (Art.7) et de nombreux devoirs « prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement (Art.2), contribuer à la réparation des dommages à l'environnement (Art.4), promouvoir un développement durable (Art.6). Le principe de précaution est affirmé à l'article 5.

⁵⁰³ L'article 1 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976, relative à la protection de la nature, sans définir expressément l'environnement, le désigne néanmoins à travers trois éléments : la nature (espèces animales, végétales et diversité et équilibres biologiques), les ressources naturelles (eau, air, sol, mines) ; les sites et les paysages.

Constitutionnel a admis que certains problèmes fondamentaux relèvent du domaine réglementaire comme par exemple la désignation de l'autorité compétente pour autoriser des rejets dans les eaux mais encore le législateur fait de nombreux renvois à des textes d'application qui relèvent du domaine réglementaire. L'ensemble des règles du droit français de l'environnement se trouvent insérées dans le Code de l'environnement adopté par ordonnance, le 18 septembre 2000, Codification à droit constant, rassemblant les textes existants (6 livres et 975 articles).

D. La prise en compte de l'environnement en droit français

297. Prise en compte d'une certaine valeur écologique. Le respect de l'environnement devient l'objet d'une nouvelle « Charte de l'environnement », du 1^{er} mars 2005 rattachée à la Constitution. Contrairement au droit civil, ce droit ne considère pas la valeur économique des choses, leur circulation et leur commerce, mais leur valeur écologique, la protection des biens naturels afin d'assurer la survie de l'humanité. Si nécessaires soient-elles, les règles sur l'environnement ont aussi des effets pervers entravant l'activité humaine, engendrant des régressions économiques et sociales. L'homme exerce sur la nature son pouvoir, cependant des lois existent afin de préserver la nature. Le droit des biens entend gouverner la nature. A la suite de plusieurs catastrophes, par exemple, les marées noires à répétition causées par les naufrages de l'Erika et du Prestige, peu à peu s'élabore de manière fragmentaire et empirique un droit de l'environnement. Le droit du développement durable est jeune, il combat la politique et la croyance en une croissance illimitée sur une planète dont les ressources naturelles sont limitées.

298. Naissance d'un nouvel intérêt public. La prise en compte de l'environnement par le droit ne date cependant pas vraiment de 1976. La lutte contre les pollutions et les nuisances, en particulier, fait l'objet de nombreux textes d'habilitation d'autorités de police dès 1810 et les premiers textes concernant les installations classées sont bien sûr antérieurs à 1976. L'adoption de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature a le mérite de considérer les préoccupations d'environnement comme un tout et constitue l'acte de naissance et encore aujourd'hui le socle symbolique et juridique du droit de l'environnement. Un nouvel « intérêt public » semble être né avec le législateur.

L'article 1 de la loi de 1976 fixe que « la protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général ». La loi Barnier précise cette conception. Le nouvel article L. 200-1 du Code rural issu de la loi Barnier devenu l'article L. 110-1 du Code de l'environnement énonce que « Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs »⁵⁰⁴ et place le droit de l'environnement sous le signe du développement durable.

L'embryon d'un « droit à l'environnement » était-il en train de naître ? En effet, c'est ce qui semblait se dessiner au travers de la lecture de l'article L. 200-2 nouveau du Code rural issu de la loi Barnier devenu l'article L. 110-2 du Code de l'environnement : « Les lois et règlements organisent le droit de chacun à un environnement sain et contribuent à assurer un équilibre harmonieux entre les zones urbaines et les zones rurales. Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement. Les personnes publiques et privées doivent, dans toutes leurs activités, se conformer aux mêmes exigences »⁵⁰⁵. Le droit de l'environnement accorde une protection particulière à l'environnement transcendant un intérêt supérieur, en effet, la protection devient « d'intérêt général ». Dès lors, à côté d'un patrimoine culturel coexiste un patrimoine naturel⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Article L. 110-1 du Code de l'environnement.

⁵⁰⁵ Article L. 110-2 du Code de l'environnement.

⁵⁰⁶ Une sorte de patrimoine commun se dégage. J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ?, 7^{ième} éd., 2006, p. 10. « La Charte de l'environnement déclare que « l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ». Cette notion, qui ne correspond pas à une définition juridique précise, est reconnue à la fois en droit international : pour le fond des océans et de ses ressources, pour le patrimoine culturel classé patrimoine mondial de l'UNESCO, pour le génome humain, et en droit interne : pour le territoire français (art. L. 110 du Code de l'urbanisme), l'eau (art. L. 210-1 du Code de l'environnement), et pour « les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres écologiques auxquels ils participent » (art. L. 110 du Code de l'environnement) ». A rapprocher, M.-J. DEL REY, Recueil Dalloz, 2006, *La notion controversée de patrimoine commun*, (point de vue), p. 388.

II. Le droit de l'environnement comme noyau protecteur des biens naturels

299. Consécration. La prise en compte du possible épuisement de la nature a suscité, par de là les sensibilités, de nombreuses réflexions conduisant à repenser le rapport à certaines choses. L'intégration de la notion de développement durable dans le Charte de l'environnement est, à cet égard, porteuse d'une force qui n'est pas uniquement symbolique. Aussi est-il fondamental d'intégrer à la réflexion certains considérants du préambule de la Charte ; singulièrement il faut conserver à l'esprit que l'environnement y est regardé comme le patrimoine commun des êtres humains, que sa préservation doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la nation et qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins. La France a longtemps manifesté une certaine timidité à l'égard de la consécration constitutionnelle des principes fondamentaux du droit de l'environnement. Le 1^{er} mars 2005, après quatre années de préparation, une loi constitutionnelle a été adoptée qui inscrit dans le Préambule de la Constitution de 1958 une Charte de l'environnement⁵⁰⁷.

300. Champ d'application. Les grands domaines de l'environnement sont le milieu atmosphérique (l'air), le milieu aquatique (l'eau) et les milieux dits naturels, c'est-à-dire essentiellement la faune et la flore. De plus, le droit de l'environnement recouvre également, les principaux objets ayant un impact sur l'environnement, ou susceptibles d'avoir un tel impact à savoir les déchets, bien sûr, mais aussi les objets bruyants et les substances dangereuses ou réputées telles⁵⁰⁸ (substances ou organismes dangereux).

En effet, de toute façon les réglementations tant nationales qu'internationales ont considérablement restreint, en termes d'environnement et de relations internationales, le libre

⁵⁰⁷ La Charte de l'environnement comporte dix articles, lesquels énoncent des droits et des devoirs. En son article 5 le principe de précaution est affirmé. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ième} éd., 2007, p. 4, n° 6. Ils énoncent que le respect de l'environnement devient l'objet d'une nouvelle « Charte de l'environnement » du 1^{er} mars 2005 rattachée à la Constitution. L'article 5 relatif au principe de précaution souligne que « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage ainsi qu'à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques encourus.

⁵⁰⁸ P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, T.1, 2008, Bruylant, p. 41.

usage des choses communes. Aussi, a-t-on mieux pris conscience que par le passé du fait qu'il existe bien d'autres choses communes que l'air ou la mer.

301. Un droit nouveau. Le droit de l'environnement est certainement le premier des envahisseurs du droit des biens parce qu'il prétend embrasser la Création toute entière. Quand bien même on fait de la nature un objet et non pas un sujet, elle réclame protection contre les coups excessifs que lui porte l'homme. La protection de la nature sous-jacente à une réglementation traditionnelle comme celle de l'eau et des forêts, a pris de nos jours des formes plus variées. Depuis 1968 surtout, la peur des pollutions, d'une part, et, d'autre part, une poussée de nostalgie rousseauiste ont contribué à faire surgir un droit nouveau, le droit de l'environnement⁵⁰⁹.

302. Caractéristiques du droit de l'environnement. Les caractéristiques du droit de l'environnement font qu'il ne peut pas se limiter à une dimension du droit, il est en effet un droit carrefour qui ne s'est pas moins construit progressivement une autonomie⁵¹⁰.

Le droit de l'environnement se présente comme un droit carrefour, une matière au carrefour du droit interne et du droit international ceci est dû à des raisons pratiques afin de traiter des problèmes ne connaissant pas les frontières, le droit international inter - ou supra - étatique constitue par essence une réponse adéquate. Il s'agit également d'une matière au carrefour du droit privé et du droit public. Dire que le droit de l'environnement est un droit public ou un droit privé s'avère impossible à déterminer tant les normes s'interpénètrent et s'enchevêtrent. En effet, le droit de l'environnement fait des emprunts à toutes les branches du droit, le plus souvent sans ordre, devant l'urgence, ce qui n'est pas sans susciter « un sentiment de suffocation chez les juristes ».

Le droit de l'environnement n'en est pas moins un droit autonome. L'on a peine à discerner, au travers de la prolifération de textes, ce corps de règles cohérent, animé de principes propres sans lesquels on ne saurait parler d'un droit. Les contours de son objet ne sont pas simples à être dessinés, mais à travers la notion d'environnement, la notion de nature, la notion de pollution et

⁵⁰⁹ J. CARBONNIER, *Les biens*, PUF, Droit civil, T. 3, 19^{ième} éd. refondue, Thémis, droit privé, 2000, p. 81 et 85, n° 46 d.

⁵¹⁰ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Domat droit public, 5^{ième} éd. , Montchrestien, 2004, p. 5, 6.

celle de nuisance, c'est une même stratégie qui s'énonce. Le Larousse définit l'environnement comme « l'ensemble des éléments naturels ou artificiels qui conditionnent la vie de l'homme ». L'environnement défini au sein du lexique des termes juridiques souligne avec force, la présence de réglementations très diversifiées tant au point de vue national qu'international, mais encore son développement foisonnant⁵¹¹. Les relations entre le droit et la nature ont un double visage : l'homme a un pouvoir sur la nature, qui n'est pas absolu⁵¹². Le droit de l'environnement bien qu'ayant un objet nouveau poursuit principalement deux objectifs : le maintien de la diversité biologique et la promotion d'un développement soutenable⁵¹³.

Le droit de l'environnement est « né de la pression irrésistible du mouvement écologiste », aussi l'enjeu principal consiste à asseoir une collaboration mesurée entre science et droit.

303. Législations spéciales. La montagne, le littoral ou encore l'air sont autant d'éléments faisant partie de l'environnement qui ont donné lieu à la constitution de législations spéciales, particulières et foisonnantes. Par exemple, l'article 1^{er} alinéa 1 de la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne précise que « La montagne constitue une entité géographique, économique et sociale dont le relief, le climat, le patrimoine naturel et culturel nécessitent la définition et la mise en œuvre d'une politique spécifique de développement, d'aménagement et de protection. L'identité et les spécificités de la montagne sont reconnues par la nation et prises en compte par l'Etat, les établissements publics, les collectivités territoriales et leurs groupements dans les actions qu'ils conduisent ». Les articles L. 145-1 à L. 145-3 du Code de l'urbanisme viennent régir des servitudes de voirie destinées au passage de pistes de ski, l'importation d'engins de remontée mécanique sur les propriétés privées et au survol des terrains. L'année suivante a été adoptée la loi du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en œuvre du littoral ou plus couramment connue sous le nom de « loi littoral » dont certaines de ses dispositions ont été insérées dans les articles L. 146-1 à L. 146-9 du Code de l'urbanisme et d'autres aux articles L. 321-1 à L. 321-9 du Code de

⁵¹¹ Lexique des termes juridiques, 12^{ième} éd. , Dalloz, 1999, p. 228. « Environnement » : « Mot très souvent employé, dépourvu d'un contexte juridique précis. Le terme fait image pour désigner le milieu naturel, urbain, industriel (parfois aussi économique, social et politique) au sein duquel vivent les hommes. Pour protéger ceux-ci contre les nuisances et pollutions engendrées par ce milieu, des réglementations très diversifiées ont vu le jour aux plans national et international (communauté économique européenne, notamment) et ont connu un développement foisonnant, encouragés - parfois de façon excessive - par les mouvements écologistes).

⁵¹² Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ième} éd. , 2007, p. 4, 5, 6, n° 6, 7.

⁵¹³ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Domat droit public, 5^{ième} éd. , Montchrestien, 2004, p. 12.

l'environnement. De tels exemples illustrent parfaitement le fourmillement dans lequel se trouve le droit des biens en proie à un fort mouvement de spécialisation. Une autre loi, celle du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie, codifiée dans le Code de l'environnement, a pour objet « une politique dont l'objectif est la mise en œuvre du droit reconnu à chacun de respirer un air qui ne nuise pas à sa santé » (Article L. 220-1 du Code de l'environnement)⁵¹⁴.

§3. L'objet du droit de l'environnement

304. Démarche adoptée. La grande diversité des éléments naturels mérite que l'on s'attarde sur leur nature respective **(I)** avant de dégager les caractéristiques communes que les éléments naturels présentent **(II)**.

I. La diversité des éléments naturels : détermination de leur nature

305. Diversité. Il s'agit d'éléments naturels ayant depuis toujours existé, mais dont les préoccupations de protection de l'environnement ont mis en évidence des caractéristiques particulières qui induisent une nouvelle appréhension juridique de ces éléments en qualité de biens. Ces éléments naturels présentent des particularités prises en compte par le droit de l'environnement qui sont leur rareté et leur possibilité d'épuisement. Il est intéressant de noter dès à présent que les éléments de l'environnement s'interpénètrent toujours, chacun des éléments étant relié aux autres par une multitude de processus. Cette diversité s'apprécie pleinement à travers l'exposé des éléments naturels corporels **(A)** et des éléments naturels incorporels **(B)**.

A. Les éléments naturels corporels

306. Composition. Les biens corporels nouvellement reconnus⁵¹⁵ comprennent des biens globaux comme la nature, les milieux naturels qui sont des universalités et qui se subdivisent en

⁵¹⁴ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd., 2002, p. 260, 7), 8), 9), n° 341.

⁵¹⁵ M.-J. DEL REY, *Droit des biens et droit de l'environnement*, Thèse Paris I, 2002, p. 40 à 55. M.-J. DEL REY, *Les biens naturels un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux*, Recueil Dalloz, 2004, p. 1615 et s.

sous-universalités, c'est-à-dire en sous-ensembles tels que les écosystèmes. Il s'agit de l'ensemble des éléments abiotiques et biotiques présents dans un espace déterminé et des processus écologiques qui les relient entre eux. Tels est également le cas des biotopes, comme les mares, marécages, marais, haies, bosquets, landes, dunes, pelouses...dans la mesure où lorsqu'ils sont nécessaires à certaines espèces à protéger ou à conserver, ils font l'objet d'importantes mesures de protection. Enfin, tel est le cas de certaines zones à caractère écologique particulier, comme les zones humides ou les bassins hydrauliques ou encore les sites d'intérêt scientifique, les espaces naturels sensibles, les habitats, divers parcs (parcs nationaux, parcs naturels régionaux), les réserves naturelles ainsi que les forêts de protection. Tous ces éléments naturels corporels sont nouvellement reconnus par le droit de l'environnement comme des biens corporels.

B. Les éléments naturels incorporels

307. Composition. Il existe une catégorie d'éléments naturels incorporels⁵¹⁶ tout aussi susceptibles d'être appréhendés par le droit comme des biens, quant à eux, incorporels. L'environnement comprend certains éléments de nature incorporelle qui se traduisent par des concepts scientifiques tels que espèce, biodiversité, processus écologique, équilibre écologique ou biologique ou bien par des notions culturelles telles que paysages, patrimoine culturel, qualité (de vie, de l'eau, du paysage)...

Madame Marie-José Del Rey relève qu'au regard du droit des biens ces éléments naturels incorporels ne seraient donc pas des biens parce qu'ils ne sont pas appropriables et que, selon la théorie classique, la possibilité d'appropriation demeure le critère distinctif des biens. Cette dernière souligne avec justesse qu'outre les deux critères de la reconnaissance des biens proposés par la théorie classique des biens (appropriation/cessibilité et utilité), le droit de l'environnement semble en avoir progressivement dégagé deux autres : celui de la protection et celui de la finalité.

⁵¹⁶ M.-J. DEL REY, *Droit des biens et droit de l'environnement*, Thèse Paris I, 2002, p. 56 et s. M.-J. DEL REY, *Les biens naturels un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux*, Recueil Dalloz, 2004, p. 1615 et s.

II. Les caractères particuliers des éléments naturels

308. Caractéristiques. Fragilité (*A*), rareté (*B*), épuisement (*C*) et fonctions écologiques (*D*) sont les principaux traits caractéristiques des biens naturels.

A. Fragilité

309. Milieu précaire : entre fragilité et hostilité. Les biens naturels se présentent tous sous une forme précaire, fragile, dépendant les uns des autres. Aussi dans le cas où un maillon de la chaîne vienne à disparaître ceci entraînerait inexorablement dans son sillage la disparition d'autres maillons voire de la chaîne toute entière. C'est pour cela que les biens naturels doivent être considérés dans leur environnement global. L'activité humaine est l'atteinte externe par excellence qui peut amener à la destruction irréversible des éléments naturels si fragiles. Ces éléments naturels disposent de moyens de défense bien dérisoires voire quasi nuls face aux violentes et innombrables agressions humaines réalisées. De manière schématique, le virus que représente l'activité humaine est bien trop virulent, face aux trop faibles défenses immunitaires que comportent les éléments naturels. Seule une prise de conscience collective assortie de sanctions coercitives serait à même de mettre un terme définitif à cette voie dans laquelle l'homme s'est engouffré.

B. Rareté

310. Contraste avec le droit des biens traditionnel. Parmi les particularités des éléments naturels prises aujourd'hui en considération par le droit de l'environnement on remarque le caractère de rareté de ces derniers, ainsi que leur possibilité d'épuisement. Le respect de ces limites, désormais reconnues, devrait pouvoir s'imposer au droit des biens, quant à lui initialement fondé sur une idée d'abondance et de non épuisement des ressources naturelles⁵¹⁷. Les éléments naturels sont rares et c'est cette rareté qui en fait leur particulière vulnérabilité. La logique n'est pas celle du Code civil où standardisation et marchandisation sont

⁵¹⁷ M.-J. DEL REY, *Les biens naturels un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux*, Recueil Dalloz, 2004, n° 23, p. 1615 et s. plus particulièrement p. 1616.

les maîtres mots. Droit de l'environnement et droit civil des biens sont fondés sur deux logiques totalement différentes. D'où leur spécificité et le recours à un droit dérogatoire au droit commun des biens nécessitant des régimes spéciaux.

C. Epuisement

311. Epuisement comme résultat de l'action humaine. Madame Marie-José Del Rey relève que la rareté est l'état de ce qui est rare, *a priori*, indépendamment de l'action de l'homme, l'épuisement est le résultat d'une action humaine. Le droit ici encore va imposer certaines limites à l'exercice des prérogatives individuelles, mais cette fois-ci pour empêcher que les éléments concernés ne soient dilapidés. Il ne s'agit plus de protéger et de répartir équitablement la pénurie, mais d'imposer une gestion rationnelle de l'exploitation des biens naturels. L'objet même du droit de l'environnement est d'éviter la destruction des ressources naturelles avant que leur disparition soit irréversible, voire avant que leur reconstitution ne soit devenue impossible. Afin de ne pas épuiser les ressources naturelles, des principes mathématiques de bonne gestion des stocks servent à délimiter l'étendue des prérogatives individuelles⁵¹⁸.

D. Fonctions écologiques

312. Fonctions indispensables et irremplaçables. Les éléments naturels assument des fonctions indispensables et irremplaçables au sein de leur milieu que le droit de l'environnement, en cherchant à les protéger, s'est intéressé à eux. Plus que de leur valeur marchande, leur degré de protection dépend de leurs fonctions dans leur milieu. C'est ce caractère fonctionnel qui, au regard du droit de l'environnement, les transforme en biens naturels.

Les forêts bénéficient ainsi d'un statut particulièrement protecteur au regard de leurs fonctions écologiques qu'elles assument au sein de leur milieu : maintien des terres sur les montagnes et sur les pentes notamment en cas d'avalanches ou d'inondations. La prise en compte de ces

⁵¹⁸ M.-J. DEL REY, *Les biens naturels un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux*, op. cit. , p. 1616.

fonctions écologiques va particulièrement restreindre l'exercice des prérogatives individuelles accordées par le droit des biens.

Les haies étaient autrefois considérées comme une entrave au remembrement, font aujourd'hui l'objet d'une importante protection eu égard à leur caractère fonctionnel en participant activement au maintien du milieu, et jouant un rôle actif en matière de prévention des risques d'inondation, ralentissant fortement le ruissellement des eaux déferlantes sur les sols secs, saturés et imperméables évitant par là la destruction d'habitations, d'arbres et de milieux fragiles.

Le droit de l'environnement ne considère plus les éléments naturels comme des choses quelconques et inépuisables mais comme des biens finis et vulnérables, aux fonctions essentielles notamment pour la vie de l'homme.

313. Clivage entre droit des biens et droit de l'environnement. Le droit des biens a pour principale vocation de s'occuper de la valeur marchande des biens destinés à atteindre un marché et voués à être échangés, contrairement au droit de l'environnement qui se préoccupe de leur vocation, de leur valeur écologique. Ces deux droits présentent des intérêts beaucoup trop opposés, afin que le droit de l'environnement soit appréhendé par le droit des biens classiques contenu dans le Code civil. D'où la nécessité et le recours à des régimes spéciaux de protection dérogeant au droit commun.

314. Conclusion du chapitre. L'étude sur laquelle nous a conduit l'exposition de l'émergence de ces nouveaux biens a permis de mettre en exergue, et par là de démontrer la réelle mutation de l'objet du droit des biens que ce soit tant pour les biens économiques, que pour les biens intellectuels, que pour les biens culturels, que pour les biens naturels. Tous ces biens sont caractérisés par un trait commun qui est la valeur travail, l'activité humaine qui les justifient. Ces biens sont tous immatériels. Ainsi l'idée de bien qu'a produit la société post-industrielle se fonde sur la valeur qui syncrétise à la fois l'immatérialité et la commercialité. La valeur concentre en elle les deux branches du caractère totalement construit du nouveau modèle de bien de la chose appropriée. Aussi, l'insertion dans le Code civil s'avèrera difficile. En effet, la spécificité des biens nouveaux au regard des catégories de bases du droit commun des biens (contenues dans le Code civil) est leur immatérialité contrastant fortement avec l'idée que la

propriété du Code civil ne concernerait que les corps. De là vient la marginalisation de ces nouvelles valeurs, n'étant pas des corps, elles ne relèveraient donc pas de l'article 544 du Code civil ; d'où des difficultés d'insertion dans le Code civil.

CONCLUSION DU TITRE I

315. Synthèse : émergence de l'incorporalité, de l'immatérialité. Le moteur premier de la spécialisation du droit des biens réside en la métamorphose de l'objet même du droit des biens.

En effet, l'objet traditionnel / classique du droit des biens change sous l'influence du progrès technique, la valeur se concentre désormais dans le meuble et non plus dans l'immeuble, l'adage « *res mobilis, res vilis* » laisse donc place au nouvel adage « *res immobilis, res vilis* ». Rien ne résiste à la soif d'appropriation de l'homme.

Cependant les biens ne se limitent en aucune manière aux choses corporelles, sans quoi nombre de valeurs ne seraient pas des biens, à commencer par les droits. L'époque actuelle est véritablement dominée par l'immatériel d'où l'apparition de nouvelles catégories de biens dont l'un de leurs traits majeurs est leur incorporalité (information, obtentions végétales, fonds artisanal, numéro de carte de crédit, logiciel, valeurs mobilières, permis de polluer, etc.). Dès lors la valeur se présente comme la nouvelle essence du bien.

316. Du *fundus* aux fonds incorporels : les fonds et clientèles comme exemples typiques de l'articulation valeur / bien. L'évolution qu'ont connue les fonds et leurs clientèles illustre à merveille la mutation actuelle de l'objet du droit des biens. En effet, ces fonds et clientèles incarnent parfaitement ce passage charnière où la valeur se voit érigée en bien. A l'origine le fonds désignait la terre cultivée ou sur laquelle l'on bâtit. Aujourd'hui, les fonds modernes (entreprises commerciales, entreprises libérale et artisanale), par l'absence de terre se démarquent du schéma de l'archétype car, contrairement à l'exploitation agricole, les fonds modernes ne sont pas organisés autour d'une source de richesse naturelle à laquelle sont agrégés des satellites artificiels. Mais ces fonds ont en commun avec leur modèle historique la qualité de

capital frugifère et la présence d'un ensemble organisé. Ils s'en séparent par leur nature incorporelle et par le fait qu'ils ne reposent pas sur la technique de l'accessoire mais sur celle de l'universalité. Finalement ces fonds incorporels ont fini eux-mêmes par servir de modèle à l'activité agricole et par détrôner le vénérable fonds de terre dont ils sont issus. C'est ainsi qu'est apparu le fonds agricole (loi du 5 janvier 2006), qui s'est détaché de la figure de l'exploitation agricole classique pour épouser celle des fonds incorporels de production.

La clientèle n'est pas constituée par les clients d'un professionnel comme cela pourrait logiquement s'entendre, mais par le pouvoir attractif que celui-ci exerce sur eux par sa manière d'exercer sa profession. Le problème réside en ce que le pouvoir d'attraction des clients consiste outre les facteurs techniques, principalement dans une qualité personnelle, entité impossible à aliéner. En effet, c'est la manière de travailler du professionnel qui n'est autre que sa force de travail qui est stratégique en l'espèce. Or, la manière de travailler peut se détacher de la force de travail dès lors que le professionnel emploie des méthodes se dissociant de lui pour devenir celles de l'entreprise, laquelle peut constituer alors un bien transmissible.

317. Trait commun : valeur travail. Que ce soit tant les biens économiques, les biens intellectuels ou encore les biens culturels tous ces nouveaux biens sont caractérisés et véritablement habités par la valeur travail. C'est cette valeur travail qui constitue leur réel dénominateur commun. La valeur travail les justifie. En effet, les fonds modernes et leurs clientèles qui y sont attachées sont entièrement innervés par la manière de travailler du professionnel qui n'est autre que sa force de travail. Autrement dit, cette force de travail n'est autre que son empreinte personnelle, sa « patte », sa « signature », sa « griffe » qui en fait un pouvoir attractif de clientèle. Les biens intellectuels sont tout autant empreints et habités par cette valeur travail, ils transcrivent parfaitement et au plus près cette empreinte de la personnalité de leur auteur. Quant aux biens culturels ils traduisent et représentent le travail, et le génie émanant d'individus noyés dans une société, ces biens culturels sont plutôt le reflet d'une société donnée à une époque déterminée, autrement dit, ils portent l'empreinte de l'activité humaine. Aussi une protection spécifique de la valeur culturelle s'opère.

318. Dénominateur commun des biens culturels et naturels : existence d'un intérêt commun, d'un intérêt supérieur juridiquement protégé. S'agissant des biens culturels le

législateur s'attache à la valeur culturelle dont ils sont porteurs, d'où l'existence d'un intérêt culturel juridiquement protégé, car en dépit de la variété des espèces, une réelle communauté d'intérêts existe. Un intérêt commun culturel chapote l'ensemble de ces biens culturels. Cet intérêt culturel juridiquement protégé transparait au cœur de règles spéciales telles que par exemples le droit des monuments historiques ou le droit des archives ce que l'on peut désigner comme le droit spécial de la culture. Cette idée de communauté d'intérêts s'apprécie pleinement à travers la notion de patrimoine culturel qui recouvre au sens large, un ensemble de valeurs dont il faut assurer la transmission aux générations futures. En effet, les concepts d'héritage et de transmission sont fortement marqués. Il en est de même pour les biens naturels, où les caractères de rareté et de possibilité d'épuisement sont bien présents, et où le souci de préservation des éléments naturels pour les générations futures ressort. Ce double souci de préservation et de transmission aux générations futures d'un héritage se dégage. Ainsi, à côté d'un intérêt culturel coexiste un intérêt naturel. Que ce soit tant les éléments culturels que les éléments naturels leur possibilité d'appropriation demeure le critère distinctif des biens traditionnels. La propriété culturelle privative comme la propriété naturelle serait assimilable à une propriété ouverte, grevée d'une sorte de servitude d'accessibilité à tous et notamment aux générations futures.

319. Perspectives. Notre système juridique doit en effet se donner les moyens d'évoluer parallèlement à la société dont les valeurs tendent à ne plus résider que dans l'incorporel et le numérisé. L'arrivée de l'immatériel dans notre système juridique ne doit pas être perçue comme un obstacle insurmontable ou encore comme un facteur de bouleversements irrémédiables. L'appréhension par notre droit de ces nouvelles réalités constitue, au contraire, un enjeu fondamental ; bien qu'aujourd'hui l'émergence de nouvelles valeurs et de nouveaux biens ne soit pas sans créer des difficultés d'insertion dans le Code civil.

TITRE II

LES DIFFICULTES D'INSERTION DANS LE CODE CIVIL : LA QUETE ARDUE DE MODES DE PROTECTION

320. Réception difficile de ces nouvelles valeurs. A défaut de consécration législative de biens incorporels nouveaux, c'est seulement la valeur économique de certains concepts nouveaux qui en révèlent la patrimonialité et l'intérêt de se les approprier. Il y a là de nombreux biens nouveaux pour les opérateurs économiques que le droit positif se doit de reconnaître sans pouvoir attendre, chaque fois, une reconnaissance légale particulière, manifestement trop lente pour satisfaire les impératifs de l'économie.

La reconnaissance de nouveaux biens par le système juridique, sous la poussée des faits socio-économiques et des progrès scientifiques et technologiques, ne relève pas d'un processus général et uniforme, car elle ne résulte pas d'un rattachement évident et naturel aux catégories de biens existantes. Ce sont donc, selon les cas, la jurisprudence ou des textes spéciaux qui les identifient et les régissent. Leur réception par le système juridique paraît donc purement ponctuelle.

Les nouveaux biens sont des biens nouveaux, non seulement comme individus mais également comme catégories. Le droit civil général les ignore en tous ces aspects. Leur réception ne coule pas de source. La grande majorité des biens nouveaux sont immatériels. Ceux qui ne le sont pas ont une nature personnelle. Ces deux traits éloignent les biens nouveaux de l'archétype du bien, selon le Code civil, qui est la chose corporelle, immobilière ou mobilière. Le Code civil n'a donc pu que laisser filer en dehors du droit civil une grande partie des valeurs nouvelles. L'idée

selon laquelle la propriété du Code civil ne concernait que les corps s'est finalement largement installée et est encore soutenue.

321. Problème de rattachement à un régime de protection : l'article 1382 du Code civil comme embryon de protection. N'étant pas des corps (à l'exception des éléments de la personne physique) les valeurs nouvelles ont été vite marginalisées, ces valeurs ne relèveraient pas de l'article 544 du Code civil bien qu'elles soient devenues des biens par le truchement d'une loi spéciale ou d'une décision jurisprudentielle.

La réception de nouveaux biens est indirecte et implicite chaque fois qu'elle résulte d'un mécanisme juridique dont l'objet n'est pas d'établir une relation d'appropriation entre une personne et une chose. Recourant aux règles générales de la responsabilité civile délictuelle, pour assurer la réservation indirecte de valeurs dont le juge ne veut ou qu'il pense ne pas pouvoir recevoir directement et expressément parmi les biens. La manifestation actuelle en est la théorie du parasitisme économique, par laquelle, au visa de l'article 1382 du Code civil, des magistrats sanctionnent l'utilisation, par un tiers, de la valeur issue du travail d'autrui qui ne relève pas ou ne relève plus, d'un régime spécial de réservation. Le caractère souple et malléable de la faute civile, qui ouvre donc sur une large appréciation juridictionnelle, fait d'elle l'un des instruments de la conduite de politiques jurisprudentielles diverses et variées, notamment la réception indirecte de nouveaux biens. Il s'agit ainsi d'un commencement de protection par le jeu de l'article 1382 du Code civil. En effet, pour les nouvelles valeurs dépourvues de statut, seul le giron de l'article 1382 du Code civil semble pouvoir constituer les balbutiements d'un mode de protection.

322. La quête d'un mode de protection de ces nouvelles valeurs : le recours à la responsabilité civile délictuelle. Lorsque l'on réfléchit à la manière dont le droit doit appréhender une nouvelle valeur immatérielle, c'est généralement le terme de protection qui est employé. Aussi, la recherche d'un mode de protection de ces nouvelles valeurs suscite de nombreux débats et est fortement d'actualité. En effet, on s'interroge sur la protection des noms de domaine, de l'image, de l'information... Dans tous les cas la valeur économique est mise en avant pour justifier l'intervention juridique. La protection de certaines idées comme par exemple notamment la protection d'un savoir-faire consiste en la protection d'une valeur économique qui

procure un avantage non négligeable à celui qui l'a imaginée. Ces idées et connaissances valent chers et nécessitent souvent un important investissement financier pour leur mise au point (savoir-faire tant technique que commercial). S'agissant de la protection de l'image, deux grands modèles sont avancés celui de la propriété et ensuite celui de la responsabilité. Aussi, Mademoiselle Bérengère Gleize par une étude approfondie et au regard de la jurisprudence, a démontré qu'il y a lieu de rejeter le modèle de la propriété corporelle (Article 544 du Code civil) au profit de celui de la responsabilité (Article 1382 du Code civil). Cette dernière est parvenue à ces conclusions en exposant tour à tour les limites du modèle de la propriété et les vertus du modèle de la responsabilité⁵¹⁹. Modèle, plus souple, assurant la conciliation des différents intérêts en présence, préservant d'un côté, les libertés des professionnels de l'image, tout en protégeant efficacement de l'autre, les intérêts du propriétaire.

323. L'existence et le détachement d'une communauté d'intérêts caractérisant les nouveaux biens : l'émergence d'un intérêt commun. En scrutant les nouveaux biens, que sont les biens culturels ou les biens naturels, un critère de convergence semble les rapprocher. En effet, que ce soit tant les biens culturels que les biens naturels un élément les caractérisant tous deux émerge à savoir cette communauté d'intérêts. Mais plus que les biens culturels et naturels eux-mêmes, c'est leur valeur culturelle et naturelle ou environnementale dont ils sont porteurs respectivement que le législateur apprécie. En effet, leur mode de transmission et d'appropriation revête une particularité propre vis à vis des autres biens. Le législateur prend garde de leur accorder une attention toute particulière car l'intérêt de la collectivité, l'intérêt général doit primer sur l'intérêt individuel. Ce sont les valeurs culturelle et naturelle (ou environnementale) qui les transcendent, qui les innervent, qui permettent de les caractériser. Seul l'intérêt supérieur est pris en compte. Il ressort également, l'idée de transmission aux générations futures, d'héritage reçu de nos ancêtres et de patrimoine transmis à nos descendants. Les notions de préservation, de rareté, de fragilité ressortent, manifestant alors toute la précarité dans laquelle se trouvent ces valeurs culturelle et environnementale. Ce patrimoine commun, cette sorte d'héritage commun, se subdivise en deux branches, patrimoine culturel et patrimoine naturel lesquels requièrent aujourd'hui toutes les attentions.

⁵¹⁹ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, T. 33, Defrénois, 2008 préface J.-M. BRUGUIÈRE.

324. Dynamique. Ces nouvelles valeurs rencontrent de nombreuses difficultés de rattachement à certaines catégories (**Chapitre I**), mais ce sont les nouveaux biens qui manifestent peut-être le mieux ce mouvement de spécialisation du droit des biens car ces derniers contribuent à l'apparition de multiples régimes spéciaux (**Chapitre II**).

CHAPITRE I

LES DIFFICULTES DE RATTACHEMENT A CERTAINES CATEGORIES

325. Problématique. L'apparition de nouvelles catégories de biens est l'un des traits majeurs d'une époque dominée par le progrès technique, et gagnée par l'immatériel. La réception comme bien de ces nouvelles valeurs s'inscrit dans une double problématique. Formellement, d'abord, la première question est celle de l'admission parmi les objets de propriété de tel ou tel nouveau type d'entité utile et rare. La loi particulière règle souvent la question, explicitement ou implicitement (banques de données, instruments financiers, fonds de commerce, quotas laitiers, d'émission de gaz à effet de serre...). A défaut, la jurisprudence évolue dans le sens d'une réception directe (information, quotas betteraviers...) ou indirecte avec le recours aux règles générales de la faute civile délictuelle ou encore au parasitisme économique. Au-delà de la question de la réception formelle qui fera l'objet de ce chapitre, la multiplication et l'accueil des nouvelles espèces de biens pose la question de l'incidence de ce mouvement sur la conception référentielle traditionnelle des biens, et sur les traits de leur régime général, question qui fera l'objet d'une analyse approfondie en seconde partie.

Les noms de domaine (**Section 1**), l'image (**Section 2**), l'information (**Section 3**) ou encore les quotas (**Section 4**) sont autant de nouvelles valeurs qui rencontrent des difficultés de rattachement à certaines catégories déjà existantes.

SECTION 1

LES NOMS DE DOMAINE

326. Utilité économique indéniable. Le nom de domaine s'affiche et s'affirme davantage comme un nouvel identifiant commercial. Plus qu'une simple adresse électronique, le

nom de domaine sert dès lors de signe de ralliement de la clientèle vers le site qu'il identifie en même temps qu'il constitue un outil publicitaire efficace⁵²⁰. L'intérêt n'est pas mince quand on sait que les entreprises disposent avec l'Internet d'un nouveau média pour communiquer, la création d'un site Web leur permettant d'y promouvoir leur activité, et surtout, avec le développement du commerce électronique, d'un nouvel espace marchand où proposer directement à la population des internautes des biens ou services. Les entreprises l'ont bien compris employant généralement comme nom de domaine leur propre dénomination ou leurs marques, c'est-à-dire les signes autour desquels elles communiquent déjà et sous lesquels leurs clients peuvent donc s'attendre à les trouver sur le réseau.

Cette dimension commerciale du nom de domaine donne évidemment tout son poids à sa nature juridique. Son appartenance à la catégorie des signes distinctifs semble vraisemblable, de sorte que son accession, à la propriété intellectuelle serait logique. L'apparition de noms de domaines draine dans son sillage des conflits qui s'avèrent être inévitables. En effet, le choix d'un identifiant commercial comporte toujours le risque de reproduire un signe qui se révèle, à l'usage, déjà approprié par un tiers. L'emploi parasitaire du signe d'autrui, lorsque celui-ci est connu, est également à redouter. C'est la règle, dite du « premier arrivé, premier servi » qui occasionne et aggrave le risque de contentieux, cette règle commande qu'un même signe ne peut être enregistré qu'une seule fois dans la même zone (.fr ou .com) et que le premier attributaire en a alors seul le bénéfice, à l'exclusion de toute autre.

327. Appropriation. Comme le souligne le Professeur Grégoire Loiseau « A la conquête de nouveaux objets, le droit de propriété est invité à s'établir dans l'univers virtuel de l'Internet : les noms de domaine aspirent à son emprise. La tentation est grande, en effet, d'asseoir par ce moyen une exclusivité sur leurs utilités. Mais des réserves s'expriment, qui témoignent dans

⁵²⁰ Les juges sont désormais sensibles à cette dimension commerciale du nom de domaine. Ainsi avec un jugement du 13 mars 2000, le TGI de Nanterre relève que, pour une société, en l'occurrence la société Parfums Guy Laroche, le nom de domaine « guylaroche.com » lui est indispensable pour promouvoir ses produits et assurer sa communication. De même, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, du 8 février 2000, relève que l'audience d'un site est liée à son nom de domaine. Inévitablement se pose la question de la condition juridique des noms de domaine. Car s'ils identifient, attirent, rallient la clientèle et suscitent par cela même la convoitise, leur utilité économique ne peut être ignorée par le droit. Et c'est précisément ce qu'il faut, dans un premier temps, souligner : dans une logique d'appropriation, la jurisprudence a d'ores et déjà commencé à appréhender les noms de domaine comme de nouvelles valeurs dont leurs titulaires légitimes peuvent se réserver l'exclusivité.

l'ensemble d'une certaine réticence à voir la propriété s'élargir au monde immatériel des choses incorporelles »⁵²¹.

328. Plan. Le nom de domaine en tant que nouvel identifiant commercial suscite que l'on s'interroge quant à sa qualification (§1) et à son régime (§2).

§1. Qualification du nom de domaine

329. Identification. Le nom de domaine s'affirme comme un nouveau signe distinctif (I) mais encore comme un bien incorporel de l'entreprise (II).

I. Le nom de domaine, un nouveau signe distinctif

330. Le nom de domaine, un signe ralliant une clientèle. Parce qu'il sert, pour l'entreprise utilisatrice, de signe de ralliement de la clientèle, le nom de domaine fait inmanquablement songer à un signe distinctif. Les signes distinctifs ont classiquement pour objet de permettre à la clientèle de reconnaître des produits ou services offerts sur un marché ainsi que les entreprises qui les fournissent, en les distinguant de produits, services ou établissements présents sur le même marché. Tout d'abord, ralliant la clientèle et ensuite, la fidélisant tel est le rôle stratégique joué par les signes distinctifs. Le nom de domaine se présente bien comme un signe distinctif. Permettant aux utilisateurs du réseau de trouver sans peine l'entreprise qu'ils recherchent et de la distinguer parmi les autres entreprises présentes sur Internet telle est la fonction d'identification jouée par un site Web. Les entreprises offrent et proposent ainsi leurs produits et services directement en ligne constituant un vecteur essentiel du commerce électronique.

331. Différences. En règle générale les signes distinctifs ne s'accommodent pas, en principe, de termes génériques, ceux-ci peuvent constituer l'identifiant d'un nom de domaine. Le Professeur Grégoire Loiseau explique cela à la fonction initialement exclusivement technique

⁵²¹ G. LOISEAU, *L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine*, Droit et patrimoine, Dossier, N° 91, mars 2001, p. 59.

des noms de domaine, indifférente au genre du signe enregistré. Employés sur le réseau à des fins commerciales ou publicitaires, les noms de domaine y jouent un rôle emblématique de référent de l'entreprise⁵²². En effet, la Cour suprême autrichienne le 24 février 1998, a estimé qu'il s'agissait d'un véritable signe distinctif.

332. Rapprochement des noms de domaine avec la marque ou la dénomination sociale. En effet, l'appartenance des noms de domaine aux signes distinctifs appelle certains rapprochements. La première idée qui s'impose logiquement est le rapprochement des noms de domaine avec la marque ou la dénomination sociale, car ce sont des signes auxquels s'attache déjà une réputation commerciale, que les entreprises enregistrent le plus souvent comme nom de domaine. Attention à ne pas les confondre. La marque sert à distinguer des choses mises dans le commerce et la dénomination sociale identifie une société, personne morale, le nom de domaine désigne l'opérateur installé sur le réseau Internet pour y proposer des biens ou des services ou faire la promotion de son activité économique. Une société peut donc utiliser son nom pour signaler sa présence sur le réseau ou employer la marque des produits et services qu'elle y propose. Le nom de domaine est cependant distinct de ces signes distinctifs⁵²³.

333. Rapprochement des noms de domaine avec le nom commercial. Le nom commercial est défini comme « l'appellation sous laquelle l'entreprise commerciale est exploitée et connue de sa clientèle ». Or lorsque l'entreprise développe son activité commerciale sur le réseau Internet et, qui plus est, lorsqu'elle a exclusivement pour objet le commerce électronique, le nom de domaine permet de désigner un fonds virtuel, celui du magasin électronique. C'est sous ce signe que celui-ci est connu et exploité sur le réseau Internet. Seulement, toutes les entreprises présentes sur l'Internet n'y exercent pas directement leur activité commerciale. Nombre d'entre elles ne créent de site que pour l'utiliser comme un support publicitaire. Si donc le nom de domaine peut jouer le rôle d'un nom commercial, il ne se confond pas nécessairement avec lui⁵²⁴.

⁵²² G. LOISEAU, *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, Recueil Dalloz, 1999, Chronique, p. 245 et s., n° 4, in fine. V. *supra*, n° 77.

⁵²³ G. LOISEAU, *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, Recueil Dalloz, 1999, Chronique, p. 246, n° 5.

⁵²⁴ G. LOISEAU, *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, Recueil Dalloz, 1999, Chronique, p. 246, n° 5.

334. Rapprochement des noms de domaine avec l'enseigne. En fait c'est avec l'enseigne qui désigne l'entreprise dans sa localisation territoriale que le rapprochement est le plus net. En effet, le nom de domaine indique un lieu où la clientèle peut s'adresser à l'entreprise, tout comme l'enseigne. La seule différence est qu'il remplit cette fonction distinctive et localisante sur un territoire purement virtuel. Un tribunal milanais a d'ailleurs récemment fait sienne cette conception, dans une décision du 6 juin 1997, en envisageant le nom de domaine comme un signe distinctif de même type qu'une enseigne⁵²⁵.

335. Proposition de définition. Le Professeur Grégoire Loiseau souligne l'originalité de ce nouveau signe distinctif et propose de le définir comme l'enseigne sous laquelle une entreprise exploite, sur le réseau de l'Internet, un établissement virtuel auquel une clientèle peut s'adresser pour obtenir des biens ou des services (une sorte de boutique électronique) ou s'informer de l'activité commerciale qu'elle exerce.

336. Le nom de domaine, en tant que signe distinctif, est une propriété incorporelle. Suivant la conception que l'on se fait du nom de domaine dépend la qualification de ce dernier comme objet de propriété. Si l'on y voit un simple signe technique, une adresse dont le rôle est uniquement de localiser un site sur le réseau de l'Internet, il est exclu de reconnaître sur le nom de domaine un droit de propriété⁵²⁶. En revanche, si l'on considère le nom de domaine comme un identifiant commercial, un signe distinctif susceptible de présenter, en tant que tel, une valeur économique, il paraît justifié de réserver à son titulaire l'exclusivité de son utilité. Ainsi le réservataire ne peut pas s'opposer à tout emploi sur le réseau d'un signe similaire, mais qu'il doit pouvoir le faire dès lors qu'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public avec le signe qu'il a enregistré le premier. Ce risque de confusion dans l'esprit du public constitue à la fois le critère et la mesure de l'exclusivité reconnue au titulaire d'un nom de domaine sur celui-ci.

⁵²⁵ G. LOISEAU, *Nom de domaine et Internet : turbulances autour d'un nouveau signe distinctif*, Recueil Dalloz, 1999, Chronique, p. 246, n° 5.

⁵²⁶ G. LOISEAU souligne qu'en effet que, de son passé d'adresse technique, le nom de domaine ne conserve que la règle dite « du premier arrivé, premier servi », qui fait d'ailleurs songer à l'acquisition de la propriété des biens sans maître par l'occupation. Ce principe « du premier arrivé premier servi » interdit l'enregistrement d'un nom de domaine identique dans la même zone et confère de la sorte une exclusivité d'usage à son attributaire.

337. Rôle joué par le nom de domaine. En somme, employé sur le réseau à des fins commerciales et / ou publicitaires, le nom de domaine joue incontestablement un rôle emblématique de référent de l'entreprise. Bien que le Tribunal milanais ait déjà dans un jugement du 6 juin 1997 envisagé le nom de domaine comme un signe distinctif de même type qu'une enseigne. Plus récemment, la Cour suprême autrichienne, le 24 février 1998, a estimé qu'il s'agissait d'un véritable signe distinctif. Considérant le nom de domaine comme un signe distinctif il n'y a aucune raison de l'écarter de la propriété intellectuelle. D'autres signes de l'entreprise comme la marque, le nom commercial, l'enseigne, ou, pour les sociétés la dénomination sociale se sont vus consacrés un droit de propriété incorporelle. Le nom de domaine tout comme eux constitue un bien incorporel de l'entreprise et un droit de propriété incorporelle devrait lui être consacré. L'espace virtuel du réseau de l'Internet constitue un nouveau terrain de la propriété contribuant à l'émergence de nouvelles propriétés de l'immatériel⁵²⁷.

II. Le nom de domaine, bien incorporel de l'entreprise

338. L'accession à la propriété intellectuelle. En partant de l'idée que le nom de domaine est considéré comme un signe distinctif, il n'y a aucune raison décisive de l'écarter de la propriété intellectuelle. Un droit de propriété incorporelle est consacré, par la loi ou la jurisprudence, sur d'autres signes de l'entreprise, comme la marque (Article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle), le nom commercial, l'enseigne ou pour les sociétés la dénomination sociale. Il ne s'agit que d'une question de temps. Ceci serait logique dans la mesure où le titulaire d'un nom de domaine bénéficie déjà d'une certaine exclusivité dans l'emploi de ce signe. De surcroît, son emprise par la propriété serait légitime car rien ne justifie, au fond, que le nom de domaine n'ait pas le même statut que les autres signes distinctifs, alors qu'il constitue, comme eux, un bien incorporel de l'entreprise susceptible de présenter, en tant que support d'une réputation commerciale, une valeur économique importante. Cette valeur, en tant qu'élément attractif de clientèle, le place assurément dans le commerce. Tout comme les

⁵²⁷ G. LOISEAU, *L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine*, Droit et patrimoine, mars 2001, N° 91, Dossier, p. 59 et s. dont notamment p. 63.

autres signes de l'entreprise, il pourrait faire l'objet de cession soit pris isolément, soit avec le fonds dont il est un élément particulier, spécialement en cas de cession de magasin électronique. La logique voudrait qu'un droit de propriété incorporelle se saisisse des noms de domaine afin de rendre compte de la commercialité de tels signes et fonder, juridiquement, sa réservation au profit de son titulaire, exposé au risque d'usurpation par des tiers⁵²⁸.

339. Mobilisation des noms de domaine. La prise en considération de la valeur des noms de domaine se manifeste à travers la possibilité reconnue à leur titulaire de la mobiliser. Comme les autres signes distinctifs de l'entreprise, les noms de domaine sont des choses dans le commerce qui peuvent circuler notamment à travers des contrats permettant leur cession. Le 20 mars 2000, le Tribunal de grande instance de Nanterre a reconnu qu'un nom de domaine est un signe qui peut être cédé ou concédé. Du fait de sa valeur économique, un nom de domaine peut faire l'objet de transactions dont le montant se révèle parfois particulièrement élevé, ce qui peut faire l'objet d'un commerce lucratif. Le nom de domaine « business.com » a récemment été acheté pour 7, 5 millions de dollars⁵²⁹. La reconnaissance d'une commercialité des noms de domaine est indéniable, car considérés dès lors comme des valeurs incorporelles⁵³⁰.

340. Protection. Le nom de domaine en tant que signe distinctif constitue en soi un bien incorporel de l'entreprise, le nom de domaine doit pouvoir être protégé directement contre son usurpation par un tiers. A ce titre, l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle, dont la liste n'est qu'indicative, permet très certainement de l'ajouter aux antériorités faisant obstacle, lorsqu'une confusion est susceptible d'en résulter dans l'esprit du public, à l'enregistrement d'une marque. L'existence d'un tel risque justifierait aussi qu'il puisse être interdit à un tiers de l'employer comme dénomination sociale, nom commercial ou comme enseigne. Sa protection, à cet effet, peut aisément être assurée par les règles du droit commun de la responsabilité civile

⁵²⁸ G. LOISEAU, *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, Recueil Dalloz, 1999, p. 245 et s. dont notamment p. 247, n° 7.

⁵²⁹ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd., 2006, p. 919, n° 1662.

⁵³⁰ G. LOISEAU, *L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine*, Droit et patrimoine, Dossier, N° 91, mars 2001, p. 59 et s. dont notamment p. 61.

pour faute et ses applications particulières que sont l'action en concurrence déloyale et le parasitisme⁵³¹.

§2. Régime du nom de domaine

341. Mode de protection. Le mode de protection des noms de domaine **(I)** que l'on retient s'illustre parfaitement à travers l'exposé de son contentieux **(II)**.

I. Le mode de protection des noms de domaine

342. Démarche. Le mode de protection retenu du nom de domaine qui est l'article 1382 du Code civil **(B)** appelle au préalable la réunion d'un certain nombre de conditions **(A)**.

A. Les conditions de la protection du nom de domaine

343. Le nom de domaine doit être distinctif. Le titulaire d'un nom de domaine qui serait descriptif des produits qu'il diffuse ou des services qu'il rend ou du contenu du site ne pourrait pas obtenir la protection de la loi, tout simplement parce qu'il serait impossible de retirer du langage courant ou professionnel et d'interdire à des tiers d'utiliser le terme descriptif des produits ou des services qu'ils distribuent. Sans parler d'appropriation, puisque le terme de propriété renvoie à de nombreuses querelles lorsqu'il s'agit de biens virtuels ou incorporels, la réservation d'une valeur patrimoniale de l'entreprise ne peut se faire que si cette valeur présente un caractère suffisamment identifiable, soit pour apporter un avantage à l'entreprise qui mérite d'être protégé par le droit parce qu'il est le fruit d'un travail de recherche, comme le savoir faire, soit pour rallier une clientèle, dans le cas des signes distinctifs. L'exigence d'un caractère particulier n'est pas nouvelle en matière de signes distinctifs. En matière de marque, il est impossible d'immobiliser à son profit un mot purement descriptif du produit ou de ses qualités, interdisant ainsi à tout concurrent de pouvoir décrire son propre produit. Un caractère fantaisiste à défaut d'être original est requis afin d'empêcher tout risque de confusion entre détenteurs de

⁵³¹ G. LOISEAU, *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, Recueil Dalloz, 1999, p. 245 et s. dont notamment p. 250, n° 14.

signes distinctifs. Le nom commercial ou encore l'enseigne sont protégés comme éléments du fonds de commerce exclusivement s'ils peuvent fédérer par leur originalité ou leur distinctivité une clientèle. Un terme trop générique, tel que la « Pizza » pour désigner un restaurant ne peut pas être protégé par l'action en concurrence déloyale⁵³². Cependant, rien n'interdit l'utilisation d'un nom commercial ou une enseigne qui serait générique. Il en est de même du nom de domaine, c'est en cela qu'il se rapproche du nom commercial ou de l'enseigne, en revanche, il s'éloigne précisément de la marque sur ce point car celle-ci requiert toujours un caractère distinctif pour sa validité. L'exercice sous un terme générique n'est pas interdit, mais cependant aucune protection ne sera assurée contre la concurrence⁵³³. L'affaire bois-tropicaux.com / boistropicaux.com illustre parfaitement ce problème, cet arrêt énonce que « les noms de domaine peuvent avoir ou non une fonction distinctive », pour ajouter ensuite que le nom de domaine contesté en l'espèce « évoque l'objet même du site, il est donc directement descriptif et s'apparente à un mot-clef comme ceux utilisés pour effectuer une requête auprès d'un moteur de recherche, pour naviguer sur Internet »⁵³⁴. Parce qu'il n'a aucune raison de déroger aux règles communes aux différents signes distinctifs, le nom de domaine ne devrait mériter protection que s'il est véritablement distinctif et non s'il est composé, comme c'est encore souvent le cas aujourd'hui, de termes descriptifs ou génériques⁵³⁵. En plus d'être original, le nom de domaine afin d'être reconnu comme fédérateur d'une clientèle particulière doit réunir d'autres conditions nécessaires à sa protection.

344. Le nom de domaine doit être exploité. Cela signifie que pour la défense de son signe, le titulaire d'un nom de domaine doit en effet justifier : de son droit sur la dénomination revendiquée ; de l'antériorité de son usage par rapport au signe contesté ; de l'existence d'un risque de confusion qu'entraîne, dans l'esprit du public, l'emploi de ce dernier. Tout d'abord, le droit sur la dénomination revendiquée doit en effet être compris non comme un droit acquis antérieurement sur le signe disputé, à titre de marque, de nom commercial ou de dénomination sociale, mais comme le droit qui procède de son emploi comme nom de domaine.

⁵³² J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ième} éd., LGDJ, 2003, p. 489, n° 691.

⁵³³ E. TARDIEU-GUIGUES, *La protection des noms de domaine*, Semaine juridique édition entreprise, 2003, N° 3 supplément à la semaine juridique n° 27 du 3 juillet 2003.

⁵³⁴ C. MANARA, *Quand un nom de domaine manque de distinction*, Recueil Dalloz, 2003, p. 62.

⁵³⁵ G. LOISEAU, *Protection et propriété des noms de domaine*, Recueil Dalloz, 2001, jurisprudence, Commentaires, Commerce électronique, p. 1379 et s. Cour d'appel de Paris, 18 octobre 2000.

Il s'agit donc d'un droit autonome qui, formellement, naît de l'enregistrement du nom de domaine auprès des autorités compétentes mais qui s'acquiert, substantiellement, par son usage sur le réseau. Car l'enregistrement serait à lui seul impuissant à conférer un tel droit ; une exploitation effective du signe est essentielle pour accéder à une protection en propre. Il en est donc ainsi du nom de domaine comme du nom commercial ou de l'enseigne, la protection sur un nom de domaine ne pouvant s'acquérir que par son exploitation.

De plus, il incombe en effet à l'entreprise qui en poursuit la protection de rapporter la preuve de la priorité de son usage sur le réseau de l'Internet. L'adage « *prior tempore potior jure* » qui revient à appliquer aux signes distinctifs la règle donnant la préférence en droit à celui qui, le premier en date, a utilisé la dénomination dans un secteur d'activité. En se référant à une antériorité d'usage, et non à celle du seul enregistrement du nom de domaine, la Cour d'appel de Paris souligne bien incidemment que le droit à la protection de ce signe est indissociable de son emploi effectif par celui qui prétend le défendre.

Enfin, l'exigence d'un risque de confusion dans l'esprit du public, emprunte également au régime des signes distinctifs. Le risque de confusion constitue en effet ordinairement le critère et la mesure de la protection reconnue au titulaire d'un tel identifiant. Divers visages peut prendre ce risque de confusion, ce peut être un risque de méprise entre la société qui, la première, a réservé le nom de domaine pour l'employer sur le réseau et celle qui l'adopte en second comme identifiant commercial. Ce peut être également un risque d'imputation d'un lien entre les deux entreprises utilisant le même signe. Le risque de confusion sera plus aisément retenu en cas de reproduction du signe, et non de simple imitation, et si les activités des entreprises usurpatrices sont identiques ou voisines. Tels sont les conditions posées par l'arrêt rendu le 18 octobre 2000 par la Cour d'appel de Paris⁵³⁶. Tissant une jurisprudence certes encore embryonnaire, ces décisions sont en tout cas significatives de la sensibilisation des juges à la protection des noms de domaine dans une logique d'appropriation de ces derniers⁵³⁷.

⁵³⁶ G. LOISEAU, *Protection et propriété des noms de domaine*, Recueil Dalloz, 2001, p. 1379 et s. dont notamment p. 1380, n° 3. Cour d'appel de Paris, 18 octobre 2000, *Si le nom de domaine, compte tenu notamment de sa valeur commerciale pour l'entreprise qui en est propriétaire, peut justifier une protection contre les atteintes dont il fait l'objet, encore faut-il que les parties à l'instance établissent leurs droits sur la dénomination revendiquée, l'antériorité de son usage par rapport au signe contesté et le risque de confusion que la diffusion de celui-ci peut entraîner dans l'esprit du public*. A rapprocher J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ième} éd., 2003, LGDJ, p. 547, 548, n° 788.

⁵³⁷ G. LOISEAU, *L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine*, Droit et patrimoine, N° 91, mars 2001, p.59 et s., plus particulièrement p. 61, I, A, *in fine*.

B. Le mode de protection retenu du nom de domaine : l'article 1382 du Code civil

345. La quête d'un mode de protection pour le nom de domaine : la propriété intellectuelle ? Le mode de protection, autrement dit, le mode de réservation par excellence que constitue le droit de propriété paraît logiquement devoir être sollicité pour assurer au titulaire du nom de domaine son exclusivité sur celui-ci. Un droit de propriété sur les noms de domaine suscite cependant débat. Le Professeur Grégoire Loiseau fait ressortir qu'en effet, « une ordonnance de référé du 12 mars 1998 rendue par le Tribunal de grande instance de Paris avait jugé que l'enregistrement d'un nom de domaine n'emporte pas pour son titulaire aucun droit privatif sur ce nom. Un jugement inverse fut rendu par la même juridiction le 30 juin 2000 qui releva qu'une société est propriétaire du nom de domaine qu'elle a choisi et fait enregistrer pour son compte »⁵³⁸. Face à ce débat, les rares auteurs qui se sont prononcés sur la question, considèrent de manière générale que l'enregistrement d'un nom de domaine confère à son attributaire un simple droit d'usage, mais n'est pas en revanche constitutif d'un droit privatif sur le signe qui le compose. Attention à ne pas confondre la titularité du droit qui appartient à celui qui sollicite l'enregistrement et les modalités de son acquisition qui suppose d'en faire la demande à l'organisme gérant relève le Professeur Grégoire Loiseau. On peut penser ajoute celui-ci que la propriété du nom de domaine s'acquiert tout simplement par la voie de l'occupation, c'est-à-dire en en prenant le premier la possession sur le réseau.

Le nom de domaine en tant que signe distinctif devrait être consacré au sein de la propriété intellectuelle par analogie, car, en effet, un droit de propriété incorporelle est déjà admis pour d'autres signes distinctifs de l'entreprise comme la marque, le nom commercial ou encore l'enseigne. Ceci paraîtrait logique car constituant comme eux un bien incorporel de l'entreprise⁵³⁹.

346. Le mode de protection retenu du nom de domaine : le recours à l'article 1382 du Code civil. Parce qu'il n'existe pas de droit privatif, tel une marque, c'est l'article 1382 du Code civil qui est invoqué par les parties. En effet, la protection peut aisément être assurée par

⁵³⁸ G. LOISEAU, *L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine*, Droit et patrimoine, N° 91, mars 2001, p. 59 et s. , plus particulièrement p. 61 et 62.

⁵³⁹ G. LOISEAU, *L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine*, op. cit. , p. 63.

les règles du droit commun de la responsabilité civile pour faute et ses applications particulières que sont l'action en concurrence déloyale et le parasitisme⁵⁴⁰.

En bref, les réservataires de noms de domaine ne se fondent pas sur l'article 544 du Code civil pour demander la protection de leur bien mais sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Le nom de domaine peut alors être rattaché comme cela l'a été démontré ci-dessus au régime des signes distinctifs. Alors, tout comme le nom commercial ou l'enseigne, en cas d'usurpation causant un préjudice au détenteur d'un nom de domaine, ce dernier pourra se fonder sur l'article 1382 du Code civil⁵⁴¹ pour demander protection de son bien⁵⁴².

II. Le contentieux

347. Conflits entre marque / nom de domaine. Les premiers conflits sont ceux opposant les titulaires de droits de marques et titulaires de noms de domaine.

Les entreprises soucieuses, se réserver un nom de domaine, ont entendu se protéger sur le fondement du droit des marques déposant leur marque auprès de l'INPI (classe 38). Dès lors la jurisprudence sanctionne pour contrefaçon les déposants de noms de domaine qui usent, dans leur intitulé, d'une marque déposée dans la classe 38 (communication, prestations de services électronique), dépôt interdisant l'utilisation du signe en tant que nom de domaine par un tiers.

Un autre courant s'est développé se fondant sur le principe de spécialité écartant la contrefaçon dès que la marque revendiquée n'est pas utilisée pour identifier des prestations techniques ou informatiques. C'est en scrutant le contenu même du site, les produits et services commercialisés sur le site que les juges analysent afin de définir si la marque revendiquée est atteinte ou non dans les produits ou services qu'elle couvre. L'affaire Areva ne retient pas la contrefaçon à l'encontre de l'association Greenpeace ni sur le fondement de l'article L. 713-2, ni sur le fondement de l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, faute de

⁵⁴⁰ G. LOISEAU, *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, Recueil Dalloz, 1999, p. 245 et s., dont notamment p. 250, n° 14.

⁵⁴¹ L'article 1382 du Code civil requiert que soit démontré une faute, un dommage et un lien de causalité.

⁵⁴² E. TARDIEU-GUIGUES, *La protection des noms de domaine*, JCP Cahiers de Droit de l'entreprise, N° 3, supplément à la semaine juridique n° 27 du 3 juillet 2003, p. 14 et s. notamment p.19 *in fine*.

confusion⁵⁴³. La Cour d'appel de Paris⁵⁴⁴ permet la citation d'une marque à des fins critiques en se fondant sur le principe de la liberté d'expression. Cette solution opportune, écarte le droit des marques dès lors que l'usage de celle-ci sort du champ de sa fonction, qui est l'identification des produits ou services. En l'espèce, l'usage de la marque n'était pas caractérisé pour les produits et services dont la protection était demandée, une sanction sur le fondement du droit des marques se serait donc avérée injustifiée juridiquement. C'est le terrain du droit commun avec l'article 1382 du Code civil qui doit assurer un contrôle. Un autre courant plus classique se développe qui se fonde sur le principe de spécialité. Deux plaignants furent déboutés après avoir déposé leurs marques et avoir assigné en contrefaçon les titulaires de noms de domaine identiques ou similaires⁵⁴⁵. Cependant les titulaires du nom de domaine furent condamnés pour parasitisme et dénigrement sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Les juges étudient scrupuleusement le contenu du site pour voir s'il y a confusion possible entre les produits et services qui sont visés par le dépôt de marque et ceux qui sont visés sur le site Internet, lorsque l'absence de confusion existe alors les demandeurs titulaires de la marque sont déboutés de leur demande. Une autre nuance apparaît, notamment dans l'affaire Locatour.com, le titulaire de la marque déposée en classe 38 est débouté de son action en contrefaçon et en concurrence déloyale faute d'avoir pu démontrer l'identité des services proposés sur son site et celui du défendeur. En effet, lorsque les juges ne peuvent, faute d'exploitation du site, comparer le contenu du site aux produits et services désignés par la marque, ils condamnent systématiquement pour contrefaçon.

De plus en plus, ce sont les titulaires de noms de domaine qui s'opposent à l'enregistrement de marques. Les déposants revendiquent comme signes distinctifs, leurs noms de domaine, pouvant faire opposition au dépôt d'une marque au titre d'une antériorité sur le fondement de l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle. Dès lors que le nom de domaine est utilisé et exploité avant le dépôt d'une marque peut constituer une antériorité au sens de l'article L. 711-4

⁵⁴³ Les juges font valoir « il y a lieu de s'interroger sur la pertinence de l'application de l'article L. 713-3 b ... dès lors d'une part que la finalité des imitations ne se situe pas sur le terrain commercial mais sur le terrain de la liberté d'expression dans le cadre du droit à la critique et à la caricature et que d'autre part le risque de confusion est problématique, l'internaute compte tenu de la notoriété de l'éditeur du site ne pouvant croire que les informations diffusées proviennent du titulaire des marques ou des entreprises qui lui sont liées ».

⁵⁴⁴ Cour d'appel de Paris du 26 février 2003.

⁵⁴⁵ L'affaire Zebank, les juges énoncent « l'enregistrement d'un nom de domaine est en lui-même neutre, de même que l'est le support que constitue un site Internet ; en l'espèce il n'est pas établi que les enregistrements et les sites litigieux concernent les services pour lesquels la protection des marques est revendiquée voire des services similaires ».

du Code de la propriété intellectuelle⁵⁴⁶. Ainsi est affirmée l'opposabilité de l'antériorité du nom de domaine à une marque : exploitation génératrice d'une éventuelle confusion⁵⁴⁷. L'usurpation de marque par des noms de domaine peut être fortuite mais le plus souvent volontaire comme en atteste certaine pratique qui consiste à enregistrer des dénominations commerciales généralement connues comme noms de domaine afin de les revendre ensuite à leurs titulaires légitimes désireux d'en disposer sur le réseau, ou pour les vendre aux enchères sur Internet⁵⁴⁸. Classiquement, les juges condamnent de telles pratiques.

348. Conflits entre autres signes / noms de domaine. Lorsque le signe choisi pour constituer un nom de domaine fait déjà l'objet d'un droit juridiquement protégé et que son emploi sur Internet y porte atteinte un conflit peut survenir. Le nom de domaine peut se heurter à un droit préexistant sur un nom commercial, c'est précisément sur ce point qu'a eu à trancher la Cour de Cassation le 7 juillet 2004, dans l'affaire « rennesimmo.com » où deux agences immobilières de la capitale bretonne se sont disputées le nom de domaine « rennesimmo.com ». Monsieur Cédric Manara souligne qu'ayant constaté que le nom de domaine utilisé par une société est un vocable imitant l'enseigne et le nom commercial d'une autre société et que le peu de différences existant entre les deux dénominations engendre la confusion dans l'esprit d'un client d'attention moyenne, une cour d'appel, qui retient que l'utilisation d'un nom commercial dans un nom de domaine, qui porte atteinte à la fonction d'identification ou de publicité du nom commercial antérieurement utilisé par un concurrent exerçant dans un même secteur d'activité et sur une même zone géographique, constitue un acte de concurrence déloyale, statue à bon droit en déclarant fondée l'action en concurrence déloyale exercée par la seconde société contre la première et en condamnant celle-ci à cesser toute publicité comportant l'appellation « Rennes immo », à publier le jugement entrepris dans un journal local et à verser des dommages-intérêts⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^{ième} éd., 2007, p. 224, n° 517.

⁵⁴⁷ E. TARDIEU-GUIGUES, *La protection des noms de domaine*, Semaine juridique, édition entreprise, 2003, N° 3 supplément à la semaine juridique n° 27 du 3 juillet 2003, p. 14, 15, 16.

⁵⁴⁸ G. LOISEAU, *L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine*, Droit et patrimoine, Dossier, N° 91, mars 2001, p. 59 et s. dont notamment p. 60.

⁵⁴⁹ C. MANARA, *Utilisation du nom commercial d'autrui dans un nom de domaine*, Recueil Dalloz 2004, jurisprudence, Actualité jurisprudentielle, p. 2151 et s.

Le nom de domaine peut se heurter à un droit préexistant sur une enseigne ou encore sur la dénomination sociale d'une société. Le fondement juridique diffère des précédentes affaires parce qu'il n'existe pas de droit privatif (tel une marque) aussi c'est l'article 1382 du Code civil qui est invoqué par les parties. A été ainsi sanctionnée l'usurpation de la dénomination sociale d'une coopérative agricole Champagne céréales par une société ayant enregistré les noms de domaine « www.champagnecereales.com » et « www.champagnecéréales.com » et les titulaires des sites ont été condamnés pour concurrence déloyale⁵⁵⁰.

Enfin l'antériorité pourrait résulter de la protection du signe litigieux par le droit d'auteur ou par un droit de la personnalité s'agissant d'un nom patronymique⁵⁵¹ ou d'un pseudonyme.

349. Fondements : la responsabilité civile pour faute (article 1382 du Code civil) comme principes généraux du droit commun. Le nom de domaine remplit le même rôle que les traditionnels identifiants commerciaux et doit donc se voir appliquer les mêmes règles. Seulement, parce qu'il n'est pas une marque et se rapproche plutôt de l'enseigne, il ne saurait, de la première, partager le statut spécifique. C'est pourquoi, comme le nom commercial ou l'enseigne, il « ne peut bénéficier d'une protection que selon les principes généraux du droit commun », c'est-à-dire ceux de la responsabilité civile pour faute et de ses applications particulières que sont l'action en concurrence déloyale et le parasitisme. En revanche, parce qu'il n'a aucune raison de déroger aux règles communes aux différents signes distinctifs, le nom de domaine ne devrait mériter protection que s'il est véritablement distinctif et non s'il est composé, comme c'est encore souvent le cas aujourd'hui, de termes descriptifs ou génériques. Le nom de domaine afin d'être intégré parfaitement dans la catégorie des signes distinctifs doit véritablement s'avérer distinctif afin de bénéficier de la protection. D'un point de vue patrimonial, il s'agit d'un bien de l'entreprise qui, comme tel, appelle l'emprise du droit de propriété⁵⁵².

⁵⁵⁰ G. LOISEAU, *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, Recueil Dalloz, 1999, p. 245 et s. dont notamment p. 248, n° 11. E. TARDIEU-GUIGUES, *La protection des noms de domaine*, Semaine juridique édition entreprise 2003, N° 3 supplément à la semaine juridique n° 27 du 3 juillet 2003, p. 14 et s. dont notamment p. 17, 1).

⁵⁵¹ A. LEPAGE, *Le nom patronymique à l'épreuve des pratiques d'internet*, Recueil Dalloz 2000, n° 26, jurisprudence, sommaires commentés, p. 275 et 276. TGI de Nanterre, 13 mars 2000, Affaire Amélie Mauresmo.

⁵⁵² G. LOISEAU, *Protection et propriété des noms de domaine*, Recueil Dalloz 2001, jurisprudence commentaires, p. 1379 et s. dont notamment p. 1381, n° 3.

Les réservataires de noms de domaine ne se fondent pas sur l'article 544 du Code civil pour demander la protection de leur bien mais sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Ceci permet de rapprocher le nom de domaine aux signes distinctifs que sont le nom commercial et l'enseigne. Une telle qualification à l'avantage de la simplicité⁵⁵³.

350. Résolution des conflits. L'originalité du contentieux portant sur les noms de domaine tient davantage à ce qu'il se développe sous le double signe de l'internationalité et de la nouveauté. L'internationalité procède du fait que le réseau Internet ne connaît pas de frontières et que son utilisation est planétaire. Le nom de domaine est nouveau car sans passé judiciaire. Cependant, les juges doivent faire preuve d'imagination, néanmoins ils peuvent avoir comme source d'inspiration la propriété industrielle.

Le risque de contentieux est dès lors réel, des procédures de règlement des litiges se mettent aussi progressivement en place. Une procédure facultative est déjà organisée auprès du NSI qui peut conduire à la suspension d'un nom de domaine litigieux s'il est établi qu'il porte atteinte au droit sur une marque antérieure. De son côté, l'OMPI a élaboré un projet de procédure de médiation en direct et d'arbitrage devant des commissions de contestations administratives (CCA) composées d'experts internationaux⁵⁵⁴.

La multiplication des conflits liés aux noms de domaine sur internet a conduit l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à élaborer avec l'ICANN un mécanisme de règlement extra-judiciaire des litiges de type « cybersquatting » ou d'usage abusif de nom de domaine. La procédure administrative ne concerne en outre, que les atteintes au droit des marques et surtout n'empêche absolument pas le recours à des procédures judiciaires. La partie souhaitant revendiquer un nom de domaine aura en effet une option : le recours à la procédure administrative ne l'empêchera absolument pas de diligenter une action devant les tribunaux compétents, que ce soit avant ou pendant la saisine de l'Institution de règlement ou même après qu'une décision administrative ait été rendue. Aucun appel n'est prévu au regard de la décision administrative. L'objectif principal des nouvelles règles de l'ICANN est de prendre en considération les intérêts légitimes de chacune des parties, et non plus de se fonder uniquement

⁵⁵³ E. TARDIEU-GUIGUES, *La protection des noms de domaine*, Semaine juridique édition entreprise 2003, N° 3 supplément à la semaine juridique, n° 27 du 3 juillet 2003, p. 14 et s. dont notamment p. 19. J. AZEMA et J. Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd., 2006, p. 919, n° 1662.

⁵⁵⁴ G. LOISEAU, *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, Recueil Dalloz 1999, Chronique, p. 245 et s. dont notamment p. 248, n° 9.

sur le certificat d'enregistrement de marque. Les seuls noms de domaine dont le transfert ou la radiation seront prononcés sont ceux dont l'enregistrement a été effectué de mauvaise foi et en violation délibérée de droit d'un tiers sur sa marque, étant toutefois rappelé que de telles mesures peuvent toujours être prononcées par les tribunaux, en application des règles de droit qu'ils jugeront applicables⁵⁵⁵. Une telle procédure ne permet pas de demander des dommages et intérêts, l'Institution de règlement ne prononce que le transfert ou la radiation du nom de domaine. Le choix du régime juridique adéquat n'est pas résolu : faudrait-il créer un régime *sui generis*, ou bien l'assimiler à un signe distinctif connu⁵⁵⁶.

SECTION 2

L'IMAGE

351. Diverses acceptions de l'image : image physique et image représentation. Deux images sont à bien distinguer⁵⁵⁷. L'image physique de la personne qui n'est autre que l'image de l'apparence physique d'une personne qui se trouve au confluent de trois droits : droit au respect de la vie privée, droit à l'image et droit sur l'image. L'image de marque de la personne physique est encore appelée image-représentation. Personne dont l'activité implique une exploitation lucrative de leur image, les personnes exerçant une activité médiatique les conduisant à monnayer la diffusion de leur image de leur apparence physique (chanteur, sportif, animateur). L'image-représentation est le résultat d'un travail, d'un savoir-faire couronné par la notoriété. Il y a en quelque sorte l'émergence d'une personnalité médiatique. L'image de marque d'une personne physique émane « de sa constitution physique, de sa présentation personnelle (coiffure, maquillage, accessoires de mode, vêtements), de ses attitudes (gestes, démarche, vocabulaire), de ces conceptions, telles qu'elles sont exposées et connues par sa volonté, de ses goûts culturels, de sa vie personnelle et familiale... ». L'image est ici essentiellement invention, création, expression pure qui a pour fonction d'étonner, de séduire, de convaincre ou même de choquer. C'est une véritable œuvre, produit d'un travail, d'efforts constants, d'investissements.

⁵⁵⁵ V. FAUCHOUX et N. BEAURAIN, *Règlements des conflits de noms de domaine : vers l'élaboration d'un droit sui generis*, Légipresse 2000, N° 169, mars 2000, II Chroniques et opinions, p. 15 et s. dont notamment p. 18, 19.

⁵⁵⁶ V. FAUCHOUX et N. BEAURAIN, *Règlements des conflits de noms de domaine : vers l'élaboration d'un droit sui generis*, Légipresse 2000, N° 169, mars 2000, II Chroniques et opinions, p. 15 et s. dont notamment p. 20.

⁵⁵⁷ F. BOUVARD, *La commercialisation de l'image de la personne physique*, in *Image et droit*, sous la direction de Pascale Bloch, 2002, p. 375 et s.

Cette création présente une originalité manifestant l’empreinte de la personnalité de la personne. L’essence de l’image de marque est son originalité ; toute vedette essaie de se façonner un masque qui lui soit propre, qui permet de l’identifier et de la distinguer des autres. « La réussite d’une image de marque passe par la force de sa différence »⁵⁵⁸.

352. Définition de la personnalité. Dans le langage courant, la personnalité se définit comme « ce qui différencie une personne de toutes les autres », ce qui fait son individualité. Pour les juristes deux sens distincts existent. Dans un premier temps, il s’agit de l’aptitude à être titulaire de droit et assujetti à des obligations qui appartient à toutes personnes physiques, et dans des conditions différentes, aux personnes morales. Mais il s’agit également de ce que la personne physique en elle-même a de propre et d’essentiel. Dès lors, il apparaît que la personnalité est de l’essence même de la personne humaine, elle désigne l’ensemble de ses attributs. La personnalité est caractérisée par ce que chaque être dégage et que l’extérieur perçoit, englobant notamment l’image, le nom, la vie privée...

353. Réification des éléments de la personnalité. La personnalité désigne les éléments de la personne humaine qui forment l’assiette d’un droit subjectif, un droit dit de la personnalité. A ce sujet, le Professeur Thierry Revet souligne que la personnalité procède de la personne humaine, laquelle est une entité matérielle qui ne saurait être confondue avec la personne juridique dont la personne humaine est un des supports possibles⁵⁵⁹. La fonction de support de la personne physique, que remplit la personne humaine née, vivante et viable, ne la transforme pas en partie de la personne juridique, ni ne la soumet à son régime. La seule incidence de cette fonction est une certaine restriction à l’activité juridique portant sur ledit support, spécialement l’impossibilité d’aliéner ce qui est indissociable sans dommage, afin d’éviter la disparition de l’ensemble et, avec elle, la disparition de la personnalité juridique. Cette réserve s’explique par le fait que le sujet de droit n’est pas, quant à lui, un bien, ce qui restreint indirectement le pouvoir de disposer de la personne humaine. Ce pouvoir s’exerce sur les éléments originaux de

⁵⁵⁸ F. BOUVARD, *La commercialisation de l’image de la personne physique*, in *Image et droit*, sous la direction de Pascale Bloch, 2002, p. 405, n° 27 *in fine* citant Madame M. Serna.

⁵⁵⁹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 30, n° 8 c). *La personne juridique est un entité purement formelle, qui désigne le pôle abstrait auxquels sont imputés les droits et les obligations résultant de l’activité juridique mise en œuvre à partir et au service d’un intérêt particulier dûment identifié*. T. REVET, *La propriété de la personnalité*, Gazette du Palais, Recueil mai juin 2007, Doctrine, p. 1503 et s.

la personne humaine. Le premier d'entre eux est le corps. La personne est primordialement corporelle. Le corps est le substrat de plusieurs attributs de la personnalité : l'image, la voix, la vie comme activité et histoire ainsi que le domicile. Le corps et les utilités qui viennent d'être indiquées sont l'objet de droits subjectifs par lesquels ils sont réservés au sujet de droit qui a pour support la personne humaine auquel ils ressortissent. Ces droits érigent donc en biens les éléments considérés de la personne humaine. Il n'est, d'ailleurs, pas de bien plus rare et plus précieux que la personnalité parce qu'elle n'existe qu'en un seul exemplaire, et est rebelle à toute fongibilité⁵⁶⁰. Ces biens ont aussi cela de particulier qu'ils sont innés.

354. Les droits de la personnalité : des droits de propriété. Les droits de la personnalité sont donc des droits de propriété⁵⁶¹. Ils sont aussi le moyen pour chacun de tirer profit des utilités de sa personne en accordant à autrui, le cas échéant en échange d'une contrepartie, la licence d'en jouir, dans les limites de l'ordre public de la personne et notamment des principes de dignité et d'extra-patrimonialité du corps humain. Quel qu'en soit le motif, l'utilisation par autrui de la partie de la personne qui est appropriée passe par un consentement ou une autorisation, autrement dit, par un acte juridique. Le concept des droits de la personnalité a été créé pour traduire l'appropriation en un temps où la catégorie du droit de propriété était rendue inutilisable par son classement dans les droits patrimoniaux. Son avènement est dû au fait qu'il est apparu plus économe de créer une notion nouvelle que de redéfinir les notions de bases du droit commun et de réviser les classifications dans lesquelles l'évolution de la pensée juridique les avait rangées. Les remises en ordre qui ont été proposées au cours de XXième siècle, dans la définition de la propriété et des droits subjectifs permettent de redonner aux droits de la personnalité leur véritable qualité de droit de la propriété. Ce constat n'appelle pas pour autant l'abandon du concept des droits de la personnalité, notion qui conserve l'avantage de signaler le particularisme des biens sur lesquels la propriété porte en la matière. Ces droits ne sont rien d'autre qu'une spécialisation parmi d'autres du régime de la propriété liée au particularisme de son objet. Les Professeurs Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet relèvent

⁵⁶⁰ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 30, n° 8 c).

⁵⁶¹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 30, n° 8 c). *Ils le sont parce qu'ils sont exclusivité conquise contre la communauté, libre disposition et revendication implicite qui prend la forme d'actions préventives et en cessation (l'action en responsabilité est conçue à leur égard comme une sanction du droit de propriété). Ils permettent à chacun de s'opposer aux entreprises du public dans sa sphère privée, pour satisfaire son besoin d'intimité et d'indépendance.*

que c'est ce particularisme qui explique l'originalité de leur régime et non pas leur nature, qui n'a rien d'exceptionnel⁵⁶². L'image est un élément original de la personnalité privativement réservé par le sujet qui a pour support la personne humaine. Cette réservation, se manifeste par le pouvoir d'exclure, constitutive d'un droit de propriété.

355. Nature juridique de l'image. Sur le terrain de l'image des personnes l'exercice de qualification n'est pas évident. L'image en tant que reflet de l'âme de la personne, il s'agit d'une sorte d'émanation de la personne et ainsi il est difficile à admettre que l'image représentant la personne physique en quelque sorte sa projection soit chosifiée. Or, aujourd'hui, l'image des personnes est bien dans le commerce juridique, consistant ainsi en une véritable réification de la personne. Ceci démontre qu'il est difficile de raisonner en terme de qualification sur l'image de la personne. Bien que la frontière entre personnes et choses se trouble, ceci ne permet pas pour autant d'assimiler l'image à un bien ordinaire. L'image de la personne revêt une certaine spécificité, en effet, l'image est traitée comme un bien mais un bien tellement lié à la personne que le droit refuse à admettre que l'on puisse avoir un droit de propriété sur son image⁵⁶³.

356. Le droit à l'image. Le droit à l'image renferme en lui un double visage à la fois patrimonial et extrapatrimonial. Le Tribunal de grande instance d'Aix-en Provence du 24 novembre 1988 confirmé en appel le 21 mai 1991 retient que « Le droit à l'image revêt un caractère, non seulement moral, strictement personnel à son titulaire, s'éteignant avec lui et bénéficiant de la protection de l'article 9 du Code civil, mais aussi patrimonial, puisque de nombreuses célébrités se livrent, selon des rémunérations allant croissant avec leur notoriété, à une exploitation commerciale de leur propre image ». Partant de là, l'on admet très volontiers la validité du « contrat d'image » et l'existence d'un droit patrimonial sur l'image « dès lors que le droit à l'image revêt les caractéristiques essentielles des attributs d'ordre patrimonial, il peut valablement donner lieu à l'établissement de contrats, soumis au régime général des obligations, entre le cédant, qui dispose de la maîtrise juridique sur son image, et le cessionnaire, qui devient titulaire des prérogatives attachées à ce droit »⁵⁶⁴.

⁵⁶² F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 30, 31, n° 8 c).

⁵⁶³ F. BOUVARD, *La commercialisation de l'image de la personne physique*, in *Image et droit*, sous la direction de Pascale Bloch, 2002, p. 375 et s., notamment p. 377, n° 4.

⁵⁶⁴ Cour d'appel de Versailles, 22 septembre 2005, Comm. com. élec. 2006, n° 4, note Caron, Recueil Dalloz 2006, p. 2705, L. Marino.

357. L'impropriété et l'inexactitude du terme « droit à l'image ». Dénommer d'un même terme « droit à l'image », deux droits subjectifs que l'on veut opposer est singulier. Parler de « droit à l'image » est possible lorsqu'il s'agit de protéger son aspect moral, en revanche l'utilisation de ce dernier est absurde lorsque l'on veut faire du commerce à partir de cette image. Il n'y a pas un « droit à la propriété », mais le « droit de propriété » qui doit être protégé. De même, nul ne peut revendiquer son image. Chacun est né avec la figure et les traits qui sont les siens. On ne peut qu'exiger le respect de cette image. Il serait préférable de parler d'un « droit à la protection de son image » que d'un « droit à l'image » ou au minimum d'un « droit de l'image ». Lorsqu'il s'agit de l'aspect moral, l'atteinte à l'image est toujours le moyen d'une atteinte, soit à la vie privée, soit à l'honneur... Ce n'est pas l'image, en tant que telle, qui est protégée mais la tranquillité de l'existence de celui dont l'image est publiée. Le Professeur Bernard Beignier souligne que la liberté de communication des informations justifie la publication de l'image d'une personne impliquée dans une affaire judiciaire, sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine. Ainsi, ce n'est pas l'image, en tant que telle, qui est protégée mais la dignité de la personne⁵⁶⁵.

358. Plan. L'image en tant qu'élément de la personnalité suscite de nombreuses questions quant à sa qualification (§1) et à son régime de protection (§2).

§1. A la recherche d'une qualification

359. Détermination. L'image se présente entre droits extrapatrimoniaux et droits patrimoniaux (I) puis en tant que bien (II).

⁵⁶⁵ B. BEIGNIER, *La protection de la vie privée*, in *Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, Dalloz, édition 2007, p. 188, 189, n° 282.

I. L'image entre droits extrapatrimoniaux et droits patrimoniaux

360. Les biens de la personnalité. Le Professeur Jean-Louis Bergel juge que l'expression « biens de la personnalité »⁵⁶⁶ est provocatrice et consiste en une hérésie juridique. En effet, *a priori* cela méconnaît l'irréductible antinomie des choses et des personnes et l'inaliénabilité des attributs de la personne, qu'il s'agisse de son corps⁵⁶⁷, de sa vie privée ou de son image. Ces biens de la personnalité concernent des éléments étroitement liés à l'identité de la personne humaine, comme le nom, la voix et l'image, ils relèvent à la fois de la catégorie des droits extrapatrimoniaux et de celle des droits patrimoniaux. Si ces catégories paraissent en franche opposition, elles impliquent néanmoins des situations intermédiaires et comportent des « degrés possibles de patrimonialité ». En effet, l'intégrité physique tend à devenir une valeur patrimoniale lorsque l'atteinte qui lui est portée est susceptible de réparation par l'allocation d'une somme d'argent. C'est ainsi que le droit à l'image⁵⁶⁸, bien qu'inhérent au respect de la vie privée, peut être susceptible d'exploitation commerciale ou sanctionner par des dommages et intérêts. Selon une proposition de loi du 16 juillet 2003, on ajouterait au Code civil français un article 9-2 qui, tout en consacrant le droit à l'image d'une personne, prévoirait que cette image

⁵⁶⁶ J.-L. BERGEL, *Les nouveaux biens, Rapport général*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2006, p. 207 et s.

⁵⁶⁷ S'agissant des éléments et produits du corps humain le Code civil québécois prévoit néanmoins que l'aliénation d'une partie ou d'un produit du corps humain n'est pas objet de commerce. Il en va de même en droit français, en droit brésilien et dans la plupart des systèmes juridiques. Mis il arrive que des éléments du corps humain soient prélevés à l'occasion de soins ou de recherches cliniques, voire afin de transplantations. Une fois détachés du corps humain, ces éléments sont susceptibles d'une certaine autonomie et sujets à des transformations en organismes unicellulaires, voire multicellulaires, si bien que l'on peut songer à leur appliquer le droit des brevets ou, au contraire, à les en exclure. La « brevetabilité du vivant » semble toujours exclue à l'égard du corps humain ; mais elle a été admise en 2002, par la Cour Suprême du Canada, à propos d'une modification génétique de souris portant sur une forme de vie inférieure d'organismes unicellulaires, mais non pour des organismes multicellulaires. Le Comité consultatif canadien de la biotechnologie a cependant recommandé d'admettre la brevetabilité de formes de vie supérieures en ce qui concerne le droit de replanter des graines de plantes brevetées et de reproduire pour son propre usage des animaux brevetés. En droit brésilien également, les micro-organismes transgéniques peuvent être l'objet d'un brevet.

⁵⁶⁸ Le problème de la patrimonialisation de l'image est encore plus évident si l'on s'attache au droit à l'image des biens qui peut être considéré comme une sorte de prolongement de la personnalité de leur titulaire. La Cour de Cassation a sanctionné l'usage par un tiers de l'image d'un bien à titre lucratif comme une atteinte à la jouissance de ce bien, contraire à l'article 544 du Code civil. Toutefois, cette jurisprudence s'est récemment infléchie par référence au droit de la propriété littéraire et artistique, si bien que l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation sera amenée à trancher cette question en 2004. La proposition de loi du 16 juillet 2003 tendrait à introduire dans le Code civil un nouvel article 544-1 consacrant le droit du propriétaire au respect de l'image de ses biens, mais n'en sanctionnerait l'usage intempestif que sur le fondement d'une responsabilité subordonnée à l'existence d'un trouble. On saisit ici les réticences que suscite parfois la consécration de nouveaux biens.

peut être reproduite ou utilisée s'il n'en résulte pas de préjudice réel et sérieux pour la personne concernée⁵⁶⁹.

361. La personnalité démarquée de la propriété. La personnalité qui forme l'objet des droits de la personnalité n'est pas la personnalité juridique, le sujet de droit. Cette dernière désigne l'entité abstraite, purement formelle, qui n'existe que dans l'ordre du droit et qui consiste en l'aptitude à être titulaire des droits et des obligations. Tout différemment, la personnalité des droits de la personnalité est concrète, charnelle, substantielle, vivante, ayant une histoire une forme extérieure... autant de traits qui n'ont rien à voir avec le sujet de droit. Ainsi, parce que le sujet de droit est inappropriable, ce qui ne saurait être discuté puisqu'une même instance ne peut à la fois être sujet et objet, les droits de la personnalité ont été déclarés hors du commerce et hors du patrimoine, au risque de créer un hiatus des plus préjudiciables entre la réalité de leur régime et la présentation dogmatique qui en est faite⁵⁷⁰.

Une partie de la doctrine a eu recours au droit d'auteur d'une œuvre littéraire et artistique afin de soutenir que tel élément de la personnalité aurait une dimension patrimoniale et extrapatrimoniale. La thèse de la pure extrapatrimonialité des droits de la personnalité se trouve ainsi en net recul. L'image peut bien avoir une dimension morale et une dimension patrimoniale, elle est une seule et même instance, la forme externe du corps humain. La dualité de dimension ne règle pas la question de la nature juridique imprécise et incertaine.

362. L'image, impossible objet du contrat. Madame Laure Marino relève que l'image constitue un objet impossible du contrat en raison de son lien avec la personne elle-même. Car l'objet du contrat ne peut être inhérent à la personne. Aucun contrat ne peut porter sur la personne ou le corps humain pour les céder ou même les louer. Tout d'abord, parce que le corps humain n'est pas dans le commerce juridique, mais encore parce que le droit de propriété, qui est un pouvoir sur une chose, ne peut porter sur un corps ou une personne. Bien qu'en disant que le contrat d'image ne porte pas véritablement sur la personne, s'appuyant ainsi sur un détachement de l'image, comme si l'image matérialisée sur un support, se détachait physiquement de la personne par la seule volonté de cette dernière. Créant ainsi une sorte de

⁵⁶⁹ J.-L. BERGEL, *Les nouveaux biens, Rapport général*, in *La propriété*, Travaux de l'association Henri Capitant, 2006, p. 207, 208, 209.

⁵⁷⁰ T. REVET, *La propriété de la personnalité*, Gazette du palais, mai juin 2007, Doctrine, p. 1503 et s.

dissociation entre la personne et son image, entre le sujet et l'objet. L'image ne serait pas véritablement l'image de la personne mais l'image de l'apparence de la personne. Mais cela ne convainc guère... Cependant, les attributs de la personnalité, en raison de leur détachement de la personne acquièrent une nature réelle lorsqu'ils sont commercialisés. Il est vrai que toutes ces explications ont pour avantage d'éviter que les contrats d'image n'enfreignent le principe d'indisponibilité du corps humain et de la personne. L'image est inséparable de la personne, elle continue de l'identifier. Cette absence de détachement s'oppose donc à ce que l'image puisse être l'objet du contrat d'image. Dans cette optique ce ne serait plus l'image qui serait objet du contrat, mais le droit à l'image de la personne. Cette position supposant que le droit à l'image, droit de la personnalité est un droit patrimonial ou du moins comporte un double aspect patrimonial et extrapatrimonial. Il ne serait plus indisponible comme le sont les droits extrapatrimoniaux. Cependant, l'analyse classique continue de soutenir la *summa divisio* personnes / biens, refusant toute réification des personnes en refusant toute commercialité de la personnalité. Seule la reconnaissance d'un détachement entre la personne et l'image justifierait l'existence d'un droit patrimonial. Le contrat d'image ne fait qu'aménager l'exercice d'un droit, s'analysant comme l'engagement de ne pas exercer son droit de défense vis-à-vis de son cocontractant pendant un temps déterminé. Cette renonciation ne porte pas du tout sur le droit à l'image lui-même, ce qui serait contraire au principe d'indisponibilité des droits de la personnalité, mais précisément sur l'exercice du droit à l'image. La patrimonialisation s'explique ainsi, c'est le prix de la renonciation à agir en justice⁵⁷¹.

II. L'image, un bien

363. L'image qualifiable de bien. L'image pris individuellement est un bien non consommable, elle n'est pas détruite par une utilisation même répétée. L'image de la personne physique est indépendante de la matière charnelle humaine. L'image est reproductible indéfiniment, elle appartiendrait donc aux choses de genre mais chaque réalisation originale et originelle de l'image étant différente, elle s'analyse comme un corps certain. L'image est, en effet susceptible d'appropriation et la réalité économique le démontre. L'image ne peut pas

⁵⁷¹ L. MARINO, *Les contrats portant sur l'image des personnes*, Comm. com. élec. 2003, 5^{ème} année, N° 3, mars 2003, Chron. 7, p. 10.

appartenir à la sphère des choses communes gouvernées par l'article 714 du Code civil. Elle n'appartient pas à la catégorie des « *res nullius* » car son existence exige celle de son titulaire. L'image s'inscrit dans le droit des biens. L'image est chose car les choses ne sont des biens que si elles sont susceptibles d'appropriation et les biens consistent toujours dans des droits et ces droits sont toujours évaluables en argent y compris au point extrême la notion de bien incorporel qui dépend entièrement du droit, le meilleur qualificatif à donner à l'image. L'image peut revêtir les caractéristiques d'objet et de chose au sens des articles 1108 et 1126 du Code civil. La doctrine le confirme. Il va de soi que les conventions sur l'image sont valables, à condition de respecter les règles générales des contrats. Une convention peut donc être construite autour de l'image d'une personne physique et l'image peut répondre aux conditions exigées pour la formation contractuelle. La dématérialisation de l'objet contractuel est une réalité inscrite dans la réification d'éléments retenus pour l'application de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil.

Si l'image peut être qualifiée de chose au sens de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil, elle est chose au sens de l'article 1126 du Code civil et partant, objet contractuel au sens de l'article 1108 du Code civil. Certains auteurs comme le Professeur Bernard Beignier soutiennent qu'il ne peut y avoir cession de l'image d'une personne pour l'excellente raison qu'une personne n'est pas une chose. Or, le débat ne porte pas ici sur la réification de la personne, mais sur celle de l'image de l'être humain. Il est intéressant de souligner que le fait qu'un bien soit inaliénable ne lui retire pas sa nature de bien, ce qui est une nouvelle manifestation du caractère relatif de la patrimonialité, bien qu'étant indisponible un bien continue toujours à faire partie du patrimoine⁵⁷².

Mademoiselle Bérangère Gleize relève que toutefois, le développement d'une société de l'information, au cœur de laquelle l'image occupe une place prépondérante, a considérablement accru le besoin de réservation et de commercialisation de cette valeur immatérielle. Parallèlement, la patrimonialisation de l'image des personnes a transformé l'image en valeur marchande, susceptible d'être exploitée et échangée comme n'importe quelle autre marchandise⁵⁷³.

⁵⁷² M. SERNA, *L'image et le contrat : le contrat d'image*. Contrats concurrence consommation N° 11, novembre 1998, Chron. 12, p. 4, 5, n° 3, 4. Hier classé parmi les attributs de la personnalité, le droit à et sur l'image des personnes physiques est requalifié afin de dégager sa véritable nature et d'organiser sa fructification et sa protection au sein du lucratif « marché de l'image » par l'instrument du contrat d'image.

⁵⁷³ B. GLEIZE, *L'image et la propriété*, in Colloque image et droit, Un art libre induit un regard libre, 7 juillet 2003, en Arles, PUAM 2004, p. 17 et s., plus particulièrement p. 18 et 19.

364. L'image, un bien ayant vocation à être objet contractuel. Toute matérialisation et diffusion de l'apparence physique d'une personne sans son accord peut être considérée comme une atteinte au droit de propriété sur son image, droit exclusif et absolu. La plupart du temps, les stars font valoir premièrement, que les clichés constituent une intrusion intolérable dans leur intimité et deuxièmement, que cela porte atteinte à leur droit sur leur image, constituant ainsi un manque à gagner dans la mesure où elle aurait pu les monnayer. Ceci paraît pour le moins surprenant car comment peut-on soutenir d'un côté être touché dans sa pudeur et sa discrétion et d'un autre côté relever que l'on aurait pu se faire rémunérer la publication de ces dits clichés ? Par exemple, lorsqu'un texte ayant trait à la vie privée accompagne des clichés déjà publiés ayant reçu l'aval de la personne concernée, comment peut-on expliquer qu'outre l'atteinte au droit au respect de la vie privée constituée par l'écrit, l'on puisse également relever une atteinte au droit de propriété sur son image, concernant les clichés ? Toutes les images sont des biens et sont susceptibles d'être commercialisées, rares sont celles effectivement commercialisées. Encore faut-il que l'image ait une réelle valeur marchande, fonction de la notoriété, de l'image de marque de la personne. L'image de marque serait l'élément qui donne toute sa valeur à l'image de l'apparence physique⁵⁷⁴.

365. L'image comme composant réifié de la personne. L'image constitue aujourd'hui la première source de financement du sport professionnel. L'athlète professionnel en tant qu'acteur de la compétition sportive véhicule des valeurs positives aux yeux du public et

⁵⁷⁴ F. BOUVARD, *La commercialisation de l'image de la personne physique*, in *Image et droit*, sous la direction de Pascale Bloch, 2002, p.375 et s. , plus précisément p. 400 et 401. Deux images sont à bien distinguer. L'image physique de la personne qui n'est autre que l'image de l'apparence physique d'une personne qui se trouvent au confluent de trois droits : droit au respect de la vie privée, droit à l'image et droit sur l'image. L'image de marque de la personne physique est encore appelée image-représentation. Personne dont l'activité implique une exploitation lucrative de leur image, les personnes exerçant une activité médiatique les conduisant à monnayer la diffusion de leur image de leur apparence physique (chanteur, sportif, animateur). L'image-représentation est le résultat d'un travail, d'un savoir-faire couronné par la notoriété. Il y a en quelque sorte l'émergence d'une personnalité médiatique. L'image de marque d'une personne physique émane « de sa constitution physique, de sa présentation personnelle (coiffure, maquillage, accessoires de mode, vêtements), de ses attitudes (gestes, démarche, vocabulaire), de ces conceptions, telles qu'elles sont exposées et connues par sa volonté, de ses goûts culturels, de sa vie personnelle et familiale... ». L'image est ici essentiellement invention, création, expression pure qui a pour fonction d'étonner, de séduire, de convaincre ou même de choquer. C'est une véritable œuvre, produit d'un travail, d'efforts constants, d'investissements. Cette création présente une originalité manifestant l'empreinte de la personnalité de la personne. L'essence de l'image de marque est son originalité ; toute vedette essaie de se façonner un masque qui lui soit propre, qui permet de l'identifier et de la distinguer des autres. « La réussite d'une image de marque passe par la force de sa différence ».

notamment, celles du courage, du dépassement de soi et de la quête de la performance. Le sportif se révèle alors comme un excellent support d'une image attrayante susceptible de se prolonger au-delà de l'enceinte sportive et de l'issue de l'événement qui lui a donné naissance. Tant la jurisprudence que la doctrine considèrent que l'image du sportif peut constituer une chose au sens de l'article 1128 du Code civil. L'image tout comme le nom patronymique n'est la personne que pour autant qu'elle sert à l'identifier. Dès lors qu'elle ne joue plus exclusivement le rôle d'identification, elle représente forcément une chose susceptible de faire l'objet de conventions assurant sa commercialisation. Dans une telle optique de réification d'un composant de sa personne l'athlète acquiert un droit de propriété, non sur son image, mais sur les images qui, à la suite de leur création et de leur fixation sur un support, forment des éléments du patrimoine de leur sujet et ont donc nécessairement vocation à faire l'objet d'un droit subjectif. Tout comme la force de travail sa nature personnelle n'empêche pas sa patrimonialisation, c'est-à-dire la reconnaissance juridique, par l'octroi du titre de bien, de sa valeur économique. Le fait qu'elle soit consubstantielle à son titulaire n'interdit pas son admission au sein de la catégorie des biens car une telle qualité n'est pas incompatible avec celle d'élément de la personne humaine⁵⁷⁵.

Trois affaires illustrent de manière typique la patrimonialisation de l'image du sportif⁵⁷⁶. La Cour d'appel de Paris le 30 novembre 1987 souligne que même réalisée dans un lieu public à l'occasion d'une compétition officielle, l'image n'est pas nécessairement une information libre de droits. Rien ne s'oppose à la réalisation de photographies, mais leur utilisation commerciale suppose le consentement exprès de leur sujet. La seconde affaire est un jugement rendu par le TGI de Nanterre le 6 avril 1995 concernant l'exploitation par un magazine, sans autorisation, des nom et image du footballeur Eric Cantona⁵⁷⁷. Cette solution participe ainsi à la patrimonialisation de l'image dans la mesure où le juge indemnise le sportif au motif qu'il subit un dommage exprimé par la perte financière résultant de la diffusion non consentie de son effigie. La troisième affaire est un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 30 novembre 1987 reconnaissant un préjudice économique subi par le demandeur en raison de la « concurrence faite à d'autres divulgations éventuellement acceptées par lui », elle relevait que cette

⁵⁷⁵ F. RIZZO, *A propos de la réification de la personne du sportif professionnel salarié*, Les Petites Affiches, 20 juin 2005, N° 121, Doctrine, p. 4 et s. dont notamment p. 5, 6.

⁵⁷⁶ F. RIZZO, *Le sportif, son image et son patrimoine*, Droit et patrimoine, septembre 2003, N° 118, pratique, p. 38 et s. dont notamment p. 39 et 40.

⁵⁷⁷ TGI Nanterre, 6 avril 1995, cité par F. RIZZO, *Le sportif, son image et son patrimoine*, op. cit., p. 39 et 40.

publication avait « aussi contribué à répandre dans un large public une image de marque flatteuse de M. Platini accroissant encore un peu sa popularité, avec, au-delà, les bénéfices qu'il pouvait légitimement en retirer sur le plan financier ». Ainsi, la Cour juge que l'appauvrissement du joueur a été diminué par l'augmentation de la valeur marchande de sa représentation. Aussi les juges ont réduit le montant de l'indemnisation du sportif de la plus-value réalisée sur l'exploitation de l'image de l'athlète. Ils ont reconnu qu'une large diffusion, même fautive, a contribué à accroître la notoriété du sportif et à lui garantir des revenus futurs. Une réelle nature patrimoniale est dès lors reconnue à l'image⁵⁷⁸.

§2. Régime de protection, mode de protection

366. Plan. L'encadrement contractuel de l'image **(I)**, le mode de protection de l'image des personnes physiques **(II)** et le mode de protection de l'image des biens participent tous trois au régime de protection de l'image.

I. L'encadrement contractuel de l'image

A. Les contrats portant sur l'image des personnes physiques

367. Le contrat d'image. « Toute personne dispose sur son image ou sur l'utilisation qui en est faite d'un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à la diffusion sans son autorisation expresse et spéciale » ceci est la règle. Le contrat doit organiser qu'aucun cliché ne sera réalisé sans la connaissance et le consentement du modèle ; il est exigé un consentement exprès. C'est à celui qui, ayant publié l'image d'autrui, allègue, pour échapper à une condamnation, la permission donnée par le sujet, qu'incombe la charge de prouver ce consentement. Une autorisation écrite claire et précise s'affirme comme règle de preuve. Le contrat d'image est soumis à la théorie générale des obligations, le prix devra être déterminé en fonction de l'utilisation de l'image comprenant, en sus, l'élément image de marque du sujet. Le droit de retrait ou de repentir, demeure, par application de l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle, hors de toute transmission. Seul le droit de divulgation pourra donc être confié à la

⁵⁷⁸ F. RIZZO, *Le sportif, son image et son patrimoine*, Droit et patrimoine, septembre 2003, N° 118, pratique, p. 38 et s. plus précisément p. 39 et 40.

ou les personnes choisies par l'auteur. Bien qu'une partie de la doctrine considère que l'image n'est pas susceptible d'être transférée et ne réponde pas aux exigences de l'article 1583 du Code civil. D'autres, en revanche, comme le Professeur Marie Serna avance que la *summa divisio* du droit des biens (meubles/immeubles) ne doit pas effacer la subdivision existant entre les biens corporels et les biens incorporels nés du courant de la dématérialisation des biens. En effet, ne voit-on pas des contrats de vente porter sur un fonds de commerce ou des droits intellectuels dans le cadre des dispositions des articles L. 131-4 al.1 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. D'où il découle que l'image peut s'inscrire dans un contrat de vente, tout comme l'information. En résumé, le contrat d'image, contrat *sui generis*, présente les caractéristiques suivantes : contrat consensuel, négocié, hormis certaines hypothèses où la loi présente à son endroit des dispositions impératives, conclu *intuitu personae*, individuel, synallagmatique et commutatif. Ce contrat est parfois instantané mais souvent à exécution successive (répétitions, essayages et prises de vue s'étalent toujours sur plusieurs heures et sur plusieurs jours), à titre onéreux mais aussi à titre gratuit, réalisé autant entre des professionnels de l'image qu'avec le concours de non-professionnels⁵⁷⁹.

Tout comme l'image, la voix devient un objet contractuel, elle est l'image sonore de la personne. Tous les contrats touchant la voix obéissent aux conditions de formation et d'exécution exigées par la théorie générale des contrats sont individuels, synallagmatiques, onéreux, commutatifs, à exécution successive, à durée déterminée et bien sûr *intuitu personae*. Les contrats sur la voix appellent un droit de la voix qui organise le droit de l'image de la voix, alors que le droit de l'image de la personne est organisé par le droit à et sur son image⁵⁸⁰.

368. Applications. Le droit à l'image revêt dans le cas d'un mannequin une valeur patrimoniale, et la protection de ce droit a pour but d'éviter une utilisation à titre gratuit ou éventuellement une dégradation de la valeur marchande de son image. L'article 763-1 du Code du travail énonce que « le mannequin est la personne chargée soit de présenter au public directement ou indirectement par reproduction de son image sur tout support visuel ou audiovisuel, un produit, un service ou un message publicitaire, soit de poser comme modèle

⁵⁷⁹ M. SERNA, *L'image et le contrat : le contrat d'image*, Contrats, Concurrence, Consommation, N° 11, novembre 1998, Chronique 12, p. 4 et s. plus particulièrement p. 7, n° 19.

⁵⁸⁰ M. SERNA, *La voix et le contrat : le contrat sur la voix*, Contrats, Concurrence, Consommation, N° 9, septembre 1999, Chronique 9, p. 4 et s. plus particulièrement p. 4 et 8, n° 2 et 29.

avec ou sans autorisation ultérieure de son image, même si cette activité n'est exercée qu'à titre occasionnel ». L'autorisation spéciale et expresse est exigée en cas d'exploitation de l'image. Le Code du travail prévoit une double rémunération aux articles 763-1 et 763-2 lesquels précisent un salaire pour la prestation de travail (prestation, défilé) et une rémunération de son droit à l'image. Aussi le droit d'utiliser l'image des mannequins est donc limité à l'information du public, notamment dans le cadre de journaux télévisés⁵⁸¹.

La patrimonialisation de l'image des sportifs réside dans le développement de sa commercialisation afin d'accroître et de diversifier les revenus des athlètes. Les contrats d'exploitation de l'image se présentent, le plus souvent, sous la forme d'autorisations de jouissance et entrent dans les catégories des conventions de concession ou de licence d'image (licences pouvant s'inscrire dans des opérations de sponsoring)⁵⁸².

369. Le droit à l'image, entièrement soumis aux règles du Code civil. Arrêt de la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de Cassation du 28 janvier 2010. Un mannequin est sur l'île de la Martinique pour une séance de photographies entre le 10 et le 17 mai 1997. Le contrat est signé le 1^{er} mai soit une dizaine de jours avant cette dite semaine. Le contrat précise que « Le modèle cède au photographe le droit d'utiliser son image résultant des photographies prises par le photographe Y... la semaine du 10 au 17 mai à la Martinique » (84 photos). « La présente cession est accordée sans limitation de durée, ni de lieu pour tout usage national ou international. Le modèle autorise le photographe à procéder par tous procédés connus ou inconnus à ce jour et sur tous supports (presse, édition, publicité, etc.) à toutes reproductions des photographies dont il s'agit par le photographe et ses ayants droit (...). En contrepartie de la cession au photographe d'utiliser son image, le modèle percevra la somme forfaitaire et définitive de 15000 francs ». Cette clause renvoie par le biais d'un astérisque à la mention suivante : « Net pour trois jours de travail payés par l'intermédiaire de l'agence Elan ». Suite à ça l'image du modèle fait l'objet d'une large exploitation (licence d'utilisation sur des disques par la société Photoalto à une société qui diffuse l'image sur des sites internet et des documents publicitaires). *A posteriori* le modèle s'estime lésé et demande réparation (dommages et intérêts) pour une exploitation sans autorisation estime-t-il. 2500 euros pour une semaine de

⁵⁸¹ C. HALPERN, *Le droit à l'image*, Editions de Vecchi, 2003, p. 39 et 40. V. *supra*, n° 100.

⁵⁸² F. RIZZO, *Le sportif, son image et son patrimoine*, Droit et patrimoine, N° 118, septembre 2003, p. 38 et s. notamment p. 42.

travail et pour une exploitation sans limites de près de 100 photos ne paraît pas une bonne affaire. Les juges du fond font prévaloir la liberté contractuelle, la diffusion de l'image ayant bien été accordée. Le mannequin soulève trois arguments afin de soutenir son pourvoi. Tout d'abord, on ne peut constater l'absence de précision de la durée et du lieu d'exploitation du contrat et conclure au caractère limité de la convention. Ensuite que le prix de 15000 francs est vil. Enfin que le contrat comporte une contradiction qui n'a pas été relevée (15000 francs pour trois jours de travail). La Cour de cassation rejette le pourvoi « Mais attendu que la Cour d'appel a retenu que Mme X... avait librement consenti à la reproduction des clichés de son image précisément identifiés, de sorte que l'autorisation ainsi donnée à l'exploitation de celle-ci n'était pas illimitée ; que le moyen qui n'est pas fondé en sa première branche et manque en fait en ses deux autres ne peut donc être accueilli ».

Le Professeur Jean-Michel Bruguière commentant cet arrêt relève l'absence d'interprétation stricte du contrat au sens de l'article L. 131-3 al. 1 du Code de la propriété intellectuelle. Ce dernier souligne que « la Cour de cassation considère donc que l'objet de la convention au sens de l'article 1108 du Code civil est certain. Les clichés étaient précisément identifiés (...). Peu importe l'absence de précision de la durée ou du territoire d'exploitation. Le mannequin avait à l'esprit le principe de l'interprétation stricte des contrats d'auteur et plus particulièrement l'article L. 131-3 al. 1 du Code de la propriété intellectuelle⁵⁸³. L'image n'est cependant pas une œuvre. Il n'y a donc pas de raison de se soumettre au Code de la propriété intellectuelle »⁵⁸⁴.

Et le Code civil ? Le Professeur Jean-Michel Bruguière fait remarquer que « la solution du 28 janvier 2010 n'est pas pleinement convaincante. L'objet d'une convention sur l'image n'est pas certain, au sens de l'article 1108 du Code civil avec la seule identification des clichés susceptibles d'être exploités. Il est important également de savoir sur quel support cette image peut être diffusée. L'article L. 131-3 al. 1 du Code de la propriété intellectuelle n'est pas le seul texte à imposer une interprétation stricte des contrats. L'article 1162 du Code civil dispose : « Dans le doute la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». C'est bien le mannequin qui est débiteur de la prestation autour de

⁵⁸³ Ce texte précise que « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ».

⁵⁸⁴ J.-M. BRUGUIÈRE, *Contrat sur l'image : la première chambre civile persiste et signe*, L'actualité du droit des médias et de la communication, Mai 2010, 31^{ème} année, N° 272, Cours et Tribunaux, p. 27 et s., notamment p. 28, n° 3 *in fine*.

laquelle s'est construit le contrat d'image. C'est bien l'agence qui a stipulé. Il y avait bien un doute sur ce contrat compte tenu de la précision selon laquelle les 15000 francs étaient pour les trois jours de travail de pose. L'on aurait pu dès lors interpréter ce contrat strictement sur la base du droit commun »⁵⁸⁵. En un mot le droit à l'image est entièrement soumis aux règles du Code civil.

B. Les contrats portant sur l'image des biens

370. Richesse de l'outil contractuel. Le contrat se présente comme un extraordinaire instrument de circulation des richesses. Le Professeur Jean-Michel Bruguière relève qu'en admettant que l'image puisse être l'objet d'une convention, il faut ici constater que l'outil contractuel favorise de nombreuses choses. Il est en effet possible d'ordonner la création de l'image au moyen d'un contrat de commande ou d'un contrat de travail, tout en ayant au préalable recueilli le consentement du propriétaire du bien reproduit, et de la faire circuler au moyen d'un contrat de prêt, de cession, d'édition, de mandat de commercialisation...⁵⁸⁶ énonce ce dernier.

371. Contrats et image des biens : entre réalisation et exploitation. La réalisation de l'image est très souvent subordonnée à l'autorisation du propriétaire, étant dépendante de la volonté de ce dernier. C'est ainsi, que l'on perçoit toute l'importance de la distinction entre les biens clos et ceux visibles depuis le domaine public puisque les premiers peuvent être protégés « physiquement » de toute représentation, tandis que l'apparence des seconds est accessible à tous. S'agissant des biens clos, deux hypothèses se dessinent, soit le propriétaire interdit l'accès de son bien, en s'y opposant farouchement et toute reproduction de l'image de celui-ci s'avère impossible, soit en revanche il en ouvre l'accès et pose ses conditions. Ainsi, la reproduction par l'image comme l'exploitation ultérieure de celle-ci sont alors soumises aux conditions posées par le propriétaire, au sein d'un contrat.

Pour la réalisation de l'image, le professionnel se trouve lié avec le propriétaire dès lors que le bien n'est pas de libre accès. Toujours au stade de la réalisation de l'image, le professionnel peut

⁵⁸⁵ J.-M. BRUGUIÈRE, *Contrat sur l'image : la première chambre civile persiste et signe*, L'Égipresse, L'actualité du droit des médias et de la communication, Mai 2010, 31^{ème} année, N° 272, Cours et Tribunaux, p. 27 et s. , notamment p. 28, n° 4.

⁵⁸⁶ J.-M. BRUGUIÈRE, *L'exploitation de l'image des biens*, Guide L'Égipresse, 2005, p. 39 et 40.

agir dans le cadre d'un contrat de commande qui n'est autre qu'un contrat d'entreprise par lequel il s'engage à fournir une prestation artistique. Quand le contrat de commande a pour objet des images destinées à un usage publicitaire, le contrat est alors dénommé « contrat de commande pour la publicité » (Article L. 132-31 du CPI). Dans tous les autres cas, le régime juridique du contrat est celui d'un louage d'ouvrage envisagé par le Code civil à l'article 1710⁵⁸⁷. Lorsque l'indépendance du prestataire se dégage on est alors en présence d'un contrat d'entreprise. En revanche, lorsque le prestataire est soumis à des exigences précises du propriétaire on se situe alors dans le cadre d'un contrat de travail.

Quant au stade de l'exploitation de l'image, divers contrats se côtoient ; en effet de la réalisation à l'exploitation de l'image différents partenaires contractuels (photographe, agence d'illustration, éditeur, publicitaire...) et différents types de contrats (contrats de cession de droit, contrat d'édition, contrat de mandat...) interagissent. Traditionnellement, le photographe conclut un contrat de mandat avec une agence d'illustration, c'est-à-dire qu'il lui confie ses clichés et lui donne mandat pour l'exploitation de ses droits. Cette agence conclut ensuite, pour le compte de l'auteur, des contrats de cession de droits qui peuvent ici prendre la forme de contrats d'édition, étant précisé que ces contrats sont régis par le Code de la propriété intellectuelle⁵⁸⁸ et par là soumis à un formalisme particulier.

II. Le mode de protection de l'image des personnes physiques

A. La propriété : un modèle discuté

372. Le droit de propriété sur l'image. Le droit de propriété sur l'image bien que ne faisant pas l'unanimité en doctrine est établi sur le fondement suivant : l'image de la personne peut être analysée comme un bien et le droit sur cette image comme un droit de propriété. Les opposants à cette thèse soutiennent que la propriété ne peut s'exercer que sur un bien, c'est-à-dire une chose susceptible d'appropriation. Or l'image est vue comme le prolongement de la personne, elle ne peut avoir une existence juridique dissociée de la personne. Elle ne saurait par conséquent être objet d'un droit de propriété puisqu'une personne n'est pas une chose

⁵⁸⁷ J.-M. BRUGUIÈRE, *L'exploitation de l'image des biens*, Guide LégiPress, 2005, p. 40.

⁵⁸⁸ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, T. 33, Defrénois, 2008, préface J.-M. Bruguière, p. 318, n° 483. Cession de droits : articles L. 131-1 à L. 131-8 CPI. Contrat d'édition : articles L. 132-1 à L. 132-17 CPI.

susceptible d'appropriation. Cette démonstration est contestable, elle repose sur un postulat selon lequel l'image est le reflet de l'âme et du corps. L'âme et le corps sont la personne. Puisque l'image s'identifie au sujet lui-même, on ne peut imaginer que l'image soit objet de propriété. Car une personne n'est pas susceptible d'appropriation. L'image de l'apparence physique de la personne n'est pas le reflet de son âme. Elle est le reflet de son corps. La personne est propriétaire de son corps et de l'image de son apparence physique soutient Madame Florence Bouvard. Pour cette dernière, le patrimoine d'un homme est au minimum composé de son corps, de sa force de travail, de ses facultés intellectuelles. Aussi a-t-il sur tous ces éléments un droit exclusif de jouir et de disposer de lui-même et de tirer les profits que sa propre personne est susceptible de lui procurer⁵⁸⁹. Si le corps, matériau biologique, est aujourd'hui « hors marché », il n'en est pas moins dans le commerce juridique. On ne manquera pas de nous opposer souligne cette dernière l'argument juridique selon lequel on ne saurait être propriétaire de son corps au motif que le droit de propriété est un pouvoir juridiquement protégé sur une chose, pouvoir qui se décline en trois prérogatives : l'*usus*, *fructus*, *abusus*. L'image de l'apparence physique n'est qu'une émanation du corps, susceptible d'être détachée matériellement et peut donc pratiquement faire l'objet d'un acte de disposition, circuler et en conséquence être un bien sur lequel s'exerce un droit de propriété.

Le sportif détient un monopole d'exploitation sur son image, deux qualifications sont susceptibles d'être retenues, celui de l'auteur d'une œuvre intellectuelle ou encore le recours au concept de droit de propriété qui semble plus convainquant, d'autant plus que l'application de l'article 544 du Code civil en matière de chose incorporelle ne soulève pas de difficulté. Si le sportif n'est pas propriétaire de lui-même rien n'empêche à ce qu'il soit titulaire des images le représentant, celles-ci constituant des choses sur lesquelles il dispose d'une maîtrise quasi-absolue⁵⁹⁰.

373. L'image objet de propriété. Le Professeur Jean-Louis Bergel souligne que la reconnaissance de nouveaux biens ne peut être que l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence, de sorte que les nouveaux biens ne sont pas assortis d'un régime autonome de protection et ne

⁵⁸⁹ F. BOUVARD, *La commercialisation de l'image de la personne physique*, in *Image et droit*, sous la direction de Pascale Bloch, L'Harmattan, 2002, p. 375 et s. plus spécialement n° 21.

⁵⁹⁰ F. RIZZO, *Le sportif, son image et son patrimoine*, Droit et patrimoine, N° 118, septembre 2003, p. 38 et s. plus particulièrement p. 40.

bénéficient que de protections indirectes issues du droit commun des contrats ou de la responsabilité. Leur rattachement à la propriété se heurte à la conception classique de celle-ci qui se limite pratiquement aux choses corporelles et ignore les biens incorporels⁵⁹¹. Pour qu'il y ait un droit de propriété, il faut qu'il y ait un bien susceptible d'appropriation. On observe « que les catégories de choses appropriables prolifèrent » et que « les droits de propriété, plus ou moins affectés dans leur réglementation par l'objet sur lequel ils portent, se sont en conséquence multipliés ». La valeur économique s'est substituée à la matérialité comme critère de détermination des biens.

Des éléments liés étroitement à l'identité de la personne humaine, tels le nom, la voix et l'image, présentent un double aspect ; ils appartiennent à la fois à la catégorie des droits extrapatrimoniaux et à celle des droits patrimoniaux. Etant susceptibles d'une exploitation commerciale, ils ont même étaient qualifiés de « biens de la personnalité ». Un tribunal canadien n'a pas hésité à voir le droit au nom et à l'image comme pouvant être un objet d'un droit de propriété⁵⁹². Par un raisonnement analogique rien n'empêche qu'en France soit reconnu la même chose.

B. La responsabilité : un modèle transitoire

374. La responsabilité civile délictuelle comme mode de réservation indirecte de valeurs. La réception comme bien de nouvelles valeurs n'est pas sans soulever des difficultés. Aussi l'admission parmi les objets de propriété de tel ou tel nouveau type d'entité se réalise par la loi ou à défaut par la jurisprudence notamment par le biais d'une réception directe ou indirecte. Une réception est indirecte ou implicite précise le Professeur Thierry Revet chaque fois qu'elle résulte d'un mécanisme juridique dont l'objet n'est pas d'établir une relation d'appropriation entre une personne et une chose. L'illustration qu'il en donne est la suivante. Il s'agit du recours aux règles générales de la responsabilité civile délictuelle pour assurer la réservation indirecte de valeurs dont le juge ne veut ou qu'il pense ne pas pouvoir recevoir

⁵⁹¹ J.-L. BERGEL, *Les nouveaux biens, Rapport général*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2006, p. 203 et s. plus particulièrement p. 212.

⁵⁹² S. NORMAND, *Les nouveaux biens, Rapport canadien*, in *La propriété*, Travaux de l'association Henri Capitant, 2006, p.235 et s. plus particulièrement p. 250. « [...], if the right of commercial exploitation of a film star's name and image is a proprietary right, a real right in property which is capable of yielding a financial return, then it cannot be appropriated or used by anyone without the consent of its owner (art. 406 C.C to 408 C.C) ».

directement et expressément parmi les biens. La manifestation actuelle en est la théorie du parasitisme économique, par laquelle, au visa de l'article 1382 du Code civil, des magistrats sanctionnent l'utilisation, par un tiers, de la valeur issue de travail d'autrui qui ne relève pas ou plus, d'un régime spécial de réservation⁵⁹³. La logique d'un droit privatif est en route, dès lors que la Cour de Cassation décide que la simple utilisation d'une valeur caractérise une faute de l'utilisateur à l'égard de celui qui, du fait de son rôle dans l'existence ou la consistance de la valeur considérée, était en droit d'attendre un autre comportement de l'utilisateur (exemple une demande d'autorisation)⁵⁹⁴.

375. La responsabilité civile comme mode de protection, comme commencement de protection. La réception implicite et indirecte des nouvelles valeurs se réalise grâce au recours aux règles générales de la responsabilité civile délictuelle (Article 1382 du Code civil, parasitisme économique). Le caractère souple et malléable de la faute civile, qui ouvre donc sur une large appréciation juridictionnelle, fait d'elle l'un des instruments de la conduite de politiques jurisprudentielles diverses et variées, notamment la réception indirecte de nouveaux biens. Aucun droit privatif n'est donc officiellement créé relativement à la valeur concrètement détournée. Il est vrai que ce schéma constitue souvent la première étape d'un processus préparant une réception directe, quoique spéciale. Ainsi, avant les interventions législatives spéciales, l'image des personnes et leur vie privée ou encore les logiciels ont bénéficié d'un commencement de protection par le jeu de l'article 1382 du Code civil⁵⁹⁵. La grande majorité des biens nouveaux sont immatériels. Ceux qui ne le sont pas ont une nature personnelle. Ces deux traits éloignent les biens nouveaux de l'archétype du bien, selon le Code civil, qui est la chose corporelle, immobilière ou mobilière. Ces valeurs nouvelles ne relèveraient pas de l'article 544 du Code civil⁵⁹⁶. Le droit à et sur l'image possède intrinsèquement une double nature juridique et une double efficacité et s'inscrit dans « la transformation du patrimoine dans le droit civil moderne » entraîné par un mouvement identique à celui touchant le nom

⁵⁹³ Com. 30 janvier 2001, Bull. civ. IV, n° 27.

⁵⁹⁴ T. REVET, *Les nouveaux biens, Rapport français*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2006, p. 271 et s. plus particulièrement p. 274, n° 6.

⁵⁹⁵ T. REVET, *Les nouveaux biens, Rapport français*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2006, p. 271 et s. plus particulièrement p. 274.

⁵⁹⁶ T. REVET, *ibid* p. 284.

patronymique. Ce dernier par son intégration dans une dénomination commerciale s'est détaché de la personne physique et est devenu un objet de propriété incorporelle⁵⁹⁷.

C. L'article 9 du Code civil et l'article 8 de la CEDH : un modèle retenu

376. Fondements, sources : article 9 du Code civil et article 8 de la CEDH. Le droit à l'image n'est pas affirmé par le législateur, bien qu'un article 9-2 fut proposé en ce sens⁵⁹⁸, mais la jurisprudence française protège les personnes contre la captation et la publication de leur image. La jurisprudence affirme de manière constante que « le droit au respect de la vie privé permet à toute personne, fût-elle artiste du spectacle, de s'opposer à la diffusion, sans son autorisation expresse, de son image, attribut de sa personnalité »⁵⁹⁹. Ce principe s'applique à toute personne, fût-elle au premier plan de l'actualité ou de la vie mondaine, et il ne saurait souffrir d'exception pour les vedettes de l'art et les personnalités publiques. Le droit à l'image est traditionnellement considéré comme un droit de la personnalité, la jurisprudence relève aujourd'hui l'existence d'un véritable droit patrimonial d'exploitation de sa propre image. Aussi une distinction s'est opérée entre les droits à l'image et les droits sur l'image. Le premier, droit de la personnalité, consiste dans le droit d'interdire la publication de son image par autrui. Quant au second, droit patrimonial, il présente outre la possibilité d'interdire l'exploitation par autrui, le droit de commercialiser, d'exploiter sa propre image, si elle peut avoir une quelconque valeur. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en son alinéa 1 précise que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »⁶⁰⁰. Ainsi un droit au respect de la vie privée et familiale est consacré.

⁵⁹⁷ Bien qu'on le dise par principe indisponible et hors du commerce juridique le nom des personnes n'échappe pas au droit du contrat et fait l'objet, en pratique, de nombreuses et diverses conventions.

⁵⁹⁸ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, T. 33, Defrénois, 2008, p. 226, n° 356. Article 9-2 « Chacun a un droit à l'image sur sa personne. Le droit à l'image d'une personne est le droit que chacun possède sur la reproduction ou l'utilisation de sa propre image. L'image d'une personne peut toutefois être reproduite ou utilisée dès lors qu'il n'en résulte aucun préjudice réel et sérieux pour celle-ci ». A rapprocher B. GLEIZE citant J.-M. BRUGUIÈRE et B. GLEIZE, « Proposition de loi sur le droit à l'image. Pitié pour les juristes. », Recueil Dalloz, 2003, p. 2643.

⁵⁹⁹ CA Paris, 25 octobre 1982, Recueil Dalloz 1983, p. 363 note Lindon. A rapprocher CA Paris, 1^{ère} Ch. B., 19 juin 1998, « toute personne a sur son image et sur l'utilisation qui en est faite un droit exclusif et peut s'opposer à sa diffusion sans son autorisation », Recueil Dalloz, 1998, Information rapide, p. 204.

⁶⁰⁰ Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome 4 novembre 1950).

377. Arrêt du 7 novembre 2006 conjuguant image des biens et vie privée. Cet arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation, sous le visa de l'article 9 du Code civil et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, énonce que « Le droit de chacun au respect de sa vie privée s'étend à la présentation interne des locaux constituant le cadre de son habitat et, d'autre part, que l'utilisation faite des photographies qui en sont prises demeure soumise à l'autorisation de la personne concernée »⁶⁰¹.

III. Le mode de protection de l'image des biens

A. La propriété : un modèle rejeté

378. La propriété intellectuelle ou le modèle imparfait⁶⁰². De par sa définition l'image en tant que reproduction, attire l'image des biens vers la propriété intellectuelle. Cela pour deux raisons : d'une part, l'image est une reproduction qui, à certaines conditions, peut être l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, d'autre part, l'image peut relever de la propriété intellectuelle, par l'intermédiaire du droit de reproduction, lorsqu'elle représente une création protégée. De par sa définition et sa qualification de chose immatérielle et éventuellement de bien immatériel, l'image, ne paraît pouvoir être appréhendée que par la propriété intellectuelle permettant l'appropriation des créations immatérielles. Cependant, des difficultés liées à la mise en œuvre du modèle de la propriété intellectuelle sont apparues : l'existence du droit de propriété sur le bien vient nécessairement contrarier l'exercice du droit d'auteur sur l'image. En effet, l'exercice du droit d'auteur est, d'une manière ou d'une autre, dans la dépendance des prérogatives que l'on reconnaît au propriétaire. Ceci constitue une sorte d'entrave pour l'exercice du droit d'auteur ce qui révèle l'absence d'autonomie du modèle de la propriété intellectuelle. Telle est la démonstration menée par Mademoiselle Bérengère Gleize au sein de sa thèse.

379. La propriété corporelle ou le modèle inapplicable⁶⁰³. **Evolution jurisprudentielle : d'un mode de protection fondé sur l'article 544 du Code civil vers une**

⁶⁰¹ Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2006, Bull. civ. I, n° 466. A rapprocher J.-M. BRUGUIÈRE, Recueil Dalloz, 2007, p. 700.

⁶⁰² B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, T. 33, Defrénois, 2008, préface J.-M. BRUGUIÈRE, p. 29 et s.

⁶⁰³ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, T. 33, Defrénois, 2008, préface J.-M. BRUGUIÈRE, p. 135 et s.

protection basée sur la responsabilité. L'étude de l'exclusion de l'image du champ de la propriété corporelle s'est réalisée en deux temps, schématisée par l'évolution jurisprudentielle qu'a connu le droit à l'image des biens. Dans un premier temps, l'image des biens a été rattachée à la propriété corporelle étant placée sous l'égide de l'article 544 du Code civil avec la consécration de l'arrêt Gondrée⁶⁰⁴ où les juges ont dégagé sous le visa de l'article 544 du Code civil qu'« Attendu que le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit. Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire, la Cour d'appel a méconnu le texte susvisé ». Ensuite, très rapidement après, dans un arrêt en date du 2 mai 2001⁶⁰⁵ rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation, un infléchissement s'est opéré où les juges toujours sous le visa de l'article 544 du Code civil ont énoncé qu'« Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi l'exploitation de la photographie par les titulaires du droit incorporel de son auteur portait un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». La condamnation ne se fit pas attendre, en effet, la Cour de Cassation réunie en Assemblée plénière énonça par un arrêt en date du 7 mai 2004⁶⁰⁶ que « Mais attendu que le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci : qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ». Cette dernière condamne de manière définitive l'existence d'un droit sur l'image des biens. Elle évince et rejète de manière explicite le modèle de la propriété comme mode de protection, au profit, du modèle de la responsabilité.

B. La responsabilité : un modèle retenu

380. La préservation des libertés des professionnels de l'image⁶⁰⁷. Si la Cour écarte le modèle de la propriété, elle ne sacrifie pas pour autant le propriétaire puisque ce dernier peut « s'opposer à l'utilisation de l'image de sa chose par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble

⁶⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, Recueil Dalloz, 1999, p. 319, conclusions J. Sainte Rose, obs. E. AGOSTINI ; JCP 1999, II, 10078, p. 857, note P.-Y. GAUTIER.

⁶⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, Recueil Dalloz, 2001, p. 1973, obs. J.-P. GRIDEL ; RTD Civ. 2001, p. 618, obs. T. REVET ; Les Petites Affiches 2001, N° 167, p. 9, obs. J.-M. BRUGUIÈRE.

⁶⁰⁶ Cass. Ass. Plén., 7 mai 2004, Bull. civ. n° 10, Recueil Dalloz 2004, p. 1545, note J.-M. BRUGUIÈRE.

⁶⁰⁷ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, T. 33, Defrénois, 2008, préface J.-M. BRUGUIÈRE, p. 243 et s.

anormal ». C'est sur le terrain des droits personnels que l'Assemblée plénière se place. Le principe de liberté de l'image trouve ses fondements dans la liberté d'expression et dans la liberté du commerce et de l'industrie (liberté d'entreprendre) mais aussi dans les ramifications de ces deux grandes libertés, à savoir en particulier la liberté de création et la liberté d'information. C'est la liberté du commerce et de l'industrie qui justifie la possibilité de reproduire des biens et d'exploiter leur image.

381. La protection des intérêts du propriétaire⁶⁰⁸. La protection des intérêts du propriétaire s'avère pleinement justifiée par le biais de la responsabilité civile. En effet, chaque propriétaire trouve des solutions adaptées aux divers problèmes rencontrés lors de l'utilisation de l'image de leur bien. A chaque situation préjudiciable correspond une solution déterminée que le propriétaire soit occupant ou exploitant. Le premier pourra défendre tant sa tranquillité que les atteintes portées à ses intérêts matériels. Quant au second, il pourra défendre son activité par le biais de la responsabilité civile contractuelle ou délictuelle.

382. Confirmation de la jurisprudence du 7 mai 2004. La première chambre civile de la Cour de Cassation par un arrêt rendu en date du 5 juillet 2005, réitère la solution dégagée par l'arrêt du 7 mai 2004, presque mot pour mot, en la rendant peut être plus restrictive en énonçant que « Mais attendu que le propriétaire d'une chose, qui ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci, ne peut s'opposer à l'utilisation du cliché par un tiers que si elle lui cause un trouble anormal ». La Cour ne se contente pas de renvoyer au droit commun de la responsabilité civile. Si la doctrine avait pu simplifier le débat en le résumant à l'alternative entre l'article 544 et l'article 1382 du Code civil, il faut désormais compter avec le trouble anormal de l'Assemblée plénière. La référence à ce trouble renvoie inévitablement à la théorie des troubles du voisinage et suscite ainsi un certain nombre de questions. On peut plus particulièrement se demander, relève Mademoiselle Gleize, si la Cour ne pose pas ici les bases d'une responsabilité spéciale, à l'instar de sa construction en matière de troubles anormaux de voisinage⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, T. 33, Defrénois, 2008, préface J.-M. BRUGUIÈRE, p. 325 et s.

⁶⁰⁹ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, *op. cit.*, p. 234, n° 368.

SECTION 3

L'INFORMATION

383. Notion d'information. Cette notion requiert deux éléments comme le dit si bien le Professeur Catala « L'information est d'abord, expression, formulation destinée à rendre un message communicable ; elle est ensuite communiquée, ou peut l'être à l'aide du signe choisi pour porter le message à autrui ». Les critères ainsi retenus révèlent l'ampleur de la notion. Les œuvres littéraires et artistiques, les idées lorsqu'elles sont communiquées, les inventions, les logiciels, les banques de données, les fichiers de clientèle sont des informations. De même le savoir-faire se définit comme une connaissance technique, transmissible, non immédiatement accessible au public et non brevetée.

384. Appropriation de l'information. Source de valeur, l'information doit être considérée comme un bien lorsque son titulaire manifeste un souci de réservation et de commercialisation. Ce bien est distinct de son support, c'est un bien autonome qui revêt donc un caractère immatériel. L'information ne se ramène ni à l'objet qui la porte ni au geste qui la communique, elle a une réalité intrinsèque. Le Professeur Anne Pélissier relève que certains auteurs considèrent que le droit de propriété existe sur l'information dès l'origine ou, au moins, que l'information est susceptible d'appropriation puisqu'elle peut être l'objet d'un vol ou d'un contrat de vente. D'autres, non convaincus de l'aptitude de l'information à être objet d'un droit de propriété, estiment que les mécanismes généraux du droit civil sont suffisants pour assurer la protection du bien. Il n'en reste pas moins que l'information n'est pas encore proclamée objet de droit privatif. Le Professeur Pélissier fait remarquer que la non appropriation de l'information n'est pas un obstacle à son usage, et que l'usage peut révéler le pouvoir de fait de la possession. Plusieurs auteurs semblent enclin à l'adaptation de la possession à l'information. Le recours au pouvoir de fait de la possession permet en effet de désigner le titulaire de l'information et l'autorise à accéder aux mécanismes généraux de protection de son bien. Le pouvoir de fait est donc omniprésent dans la vie de l'information, comme il l'est pour le nom commercial et l'enseigne⁶¹⁰.

⁶¹⁰ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, 2001, p. 137, 138 et 139, n° 295.

385. Plan. Qualification de l'information (§1) et régime de l'information (§2) seront tour à tour exposés.

§1. Qualification de l'information

386. Champ d'application. L'information brute n'est en réalité que l'information considérée dans un état antérieur à tout enrichissement. Il peut s'agir tout d'abord, des nouvelles de presse qui sont livrées par des journalistes, sans commentaires de fond, sur support papier ou en ligne par de grandes agences internationales ou encore de données publiques entendues comme produites dans le cadre de l'activité du service public. Ces informations que certains auteurs qualifient d'informations ressources ont effectivement une existence propre avant tout conditionnement intellectuel (commentaire d'un tableau) ou documentaire (information se fondant sur un ensemble plus large)⁶¹¹. L'information apparaît comme un objet immatériel communicable soit par la voie orale soit par la voie de la reproduction d'un support. L'information est une notion générique, très large où l'on peut trouver une donnée brute, un savoir-faire, une invention, une innovation, une idée, un secret industriel, etc. Ces derniers représentent autant de concepts plus précis que celui d'information correspondant à une information spécifiée, coulée dans une forme particulière à laquelle le droit positif confère ou est susceptible de conférer une qualification. L'information est un élément de connaissance de l'état du réel, doté d'une valeur économique en raison de l'intérêt que son acquisition peut présenter, synonyme de valeur économique immatérielle⁶¹².

387. A la recherche d'une catégorie juridique. Le système juridique qualifie d'information les secrets, les idées, les créations abstraites, etc. Il existe ainsi de nombreuses espèces d'information. Il ne saurait donc s'agir, dans un premier temps, de créer une nouvelle catégorie juridique mais de résoudre un problème sémantique, de rendre cohérente l'approche d'une réalité complexe. Il conviendra ensuite, dans un second temps, de confronter cette notion nouvelle aux catégories traditionnelles du droit des biens. Le Professeur Jean-Christophe Galloux souligne que le droit des biens accueille au sein des catégories juridiques qui le

⁶¹¹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 1^{ère} édition, 2009, p. 82, n° 78.

⁶¹² J. PASSA, *La propriété de l'information : un malentendu ?*, Droit et patrimoine, Dossier, N° 91, Mars 2001, p. 65.

composent des objets dont la définition est largement abandonnée à la technique : il superpose ses analyses et ses classifications aux analyses et aux classifications des autres disciplines. L'information au point de vue juridique n'est autre que la forme ou l'état particulier de la matière ou de l'énergie susceptible d'une signification. Cette définition respecte la distinction fondamentale entre le support et la sémantique comme leur indissociable liaison. Elle ne fait pas de la communicabilité un élément de sa définition. Du point de vue juridique, elle rend compte des différentes réalités auxquelles le système juridique accorde le statut d'information : les sons, les images, les formes des objets, les dessins, les idées et tous les fruits immatériels de l'industrie humaine.

388. La chose information. La plupart des auteurs qui ont tenté de définir la notion d'information ont déjà fait d'elle un bien, il serait plus juste de dire qu'elle est d'abord une chose comme le souligne justement le Professeur Jean-Christophe Galloux. L'information ne se confond pas, du moins immédiatement, avec ce que l'on dénomme les biens informationnels, c'est-à-dire des informations, généralement à contenu technique, ayant une valeur économique, qu'elles soient ou non protégées par un droit de propriété intellectuelle. L'information se présente d'abord comme une réalité brute. L'information entre donc dans la catégorie des choses avant de pouvoir être considérée comme un bien car toutes les choses qui existent ne sont pas des biens pour le droit. Comme le dit le Professeur Jean-Christophe Galloux la chose est la notion première qui préexiste au droit, qui peut exister avant le droit et sans le droit. La chose peut entrer à tout moment dans la sphère du droit comme par exemple les *res nullius*. Il existe les choses incorporelles qui correspondent dans la catégorie des biens aux biens incorporels. L'existence de choses incorporelles semble peu à peu admise. La vision du monde antique où toutes les choses étaient essentiellement corporelles et sur laquelle la vision classique de la doctrine du droit des biens vit encore, ne s'accorde plus avec la réalité que nous livre la science contemporaine. La matière elle-même n'est plus tangible, elle est énergie, information. Le droit des biens doit s'adapter à ces transformations conceptuelles : moins d'immeubles, plus de meubles ; disait-on pour caractériser le changement de contenu du patrimoine ; moins de

corporel, plus d'incorporel, devrait-on dire aujourd'hui. L'information appartient à la réalité matérielle et incorporelle du monde elle est donc une chose⁶¹³.

389. Le bien information. L'information comme objet de droits réels est incertaine si l'on songe à leur valeur économique. La Cour de cassation admet le vol d'information⁶¹⁴ et inclut le numéro de carte de crédit⁶¹⁵ parmi les biens dont le détournement est constitutif de délit d'abus de confiance incriminé à l'article 314-1 du Code pénal, en se fondant sur le fait que, depuis le nouveau Code, les termes de l'infraction désignent les objets susceptibles d'être détournés sous la formule « bien quelconque ».

Le droit de propriété demeure toujours le modèle cité pour ce passage de la chose au bien. La chose deviendrait un bien lorsqu'elle serait appropriée par quelqu'un. Il existe d'autres techniques de réservation des informations : les techniques contractuelles et de la responsabilité civile. La définition de l'information retenue permet d'englober aussi bien les valeurs économiques que les bruits. Le critère de la valeur se révèle insuffisant à justifier le passage de la chose au bien, car il n'y a pas de corrélation parfaite entre les valeurs patrimoniales et les biens. Une information ne devient pas un bien parce qu'elle est utile. Par exemples les choses communes (*res nullius*) indispensables à la vie de l'homme où personne ne conteste leur utilité sont insusceptibles de devenir des biens. La valeur et l'utilité des informations ne justifient donc pas leur appropriation. Ce qui compte pour qu'une chose soit un bien et donc un objet de droit de propriété, ce n'est pas qu'elle soit saisissable et inaliénable, mais que l'on envisage l'utilité de l'appréhender exclusivement afin de pouvoir en disposer. L'information se voit réglementée, soit par le jeu de la responsabilité civile en cas d'abus, ou encore par le biais de techniques contractuelles ou bien le secret, organisant ainsi une appropriation temporaire par une forme du droit de propriété⁶¹⁶.

Le Professeur Pierre Catala soutient que le fait de l'information soit un produit de l'activité humaine suggère une affirmation à deux branches : d'une part, l'information est, en principe, appropriée dès son origine ; d'autre part, elle appartient, toujours en principe, à son auteur, c'est-

⁶¹³ J.-Ch. GALLOUX, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, Recueil Dalloz, 1994, p. 229 et s., n° 26, 27.

⁶¹⁴ Cass. crim. 12 janvier 1989, Bull. crim., n° 14, Gazette du palais 1989, 2 somm. 283.

⁶¹⁵ Crim. 14 novembre 2000, Bull. crim. n° 338, Recueil Dalloz, 2001, p. 1423 note B. de Lamy.

⁶¹⁶ J.-Ch. GALLOUX, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, Recueil Dalloz, 1994, p. 229 et s., n° 29.

à-dire à celui qui la met en forme pour la rendre communicable, pourvu qu'il ait la possession régulière de ses éléments. Les données, que l'on pourrait dire quelconques, mesurent des phénomènes, décrivent des choses, relatent des événements. Tout d'abord, la capture de l'information a lieu et ensuite vient, le formalisme afin de rendre l'information communicable. Tel est la naissance de l'information génératrice d'un bien⁶¹⁷. L'information s'affirme comme un bien déconcertant au regard des catégories juridiques. Parfois elle semble se consommer par le premier usage (actualité) ou au contraire perdure dans le temps (adresse ou téléphone). C'est notamment la stabilité de l'information qui permet le développement des banques de données.

§2. Régime de l'information

390. Economie et droit. Mousseron et le Professeur Michel Vivant soulignent tous deux que « Notre Economie devient de plus en plus une Economie de l'Immatériel ; notre Droit est encore largement un Droit du Matériel. Le défi que l'Economie lance au Droit appelle de la part de celui-ci une intervention accrue à l'égard de l'immatériel »⁶¹⁸. Face à l'explosion des valeurs immatérielles une protection de chacune d'entre elles se fait ressentir.

391. Réserve de l'information entre secret et propriété⁶¹⁹. A l'origine, le secret de manière exclusive est l'unique mode de réserve de l'information. C'est par le secret qu'est réservée l'information, comme l'est le bien matériel, le trésor par l'enfouissement. Ainsi, les difficultés mises à l'accès à l'information font sa protection.

Ensuite, un deuxième temps de l'évolution vers une protection plus élaborée consistera à offrir au « maître » de l'information une propriété, une propriété sans secret, une propriété exclusive de tout secret. Ainsi, la formule du brevet est la reconnaissance d'un droit privatif sur une création en contrepartie de la mise à la disposition de tous de l'invention faite, de l'idée industrielle.

⁶¹⁷ P. CATALA, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, Recueil Dalloz, 1984, Chron. 97 et s. notamment p. 99 et 100.

⁶¹⁸ J.-M. MOUSSERON et M. VIVANT, *Les mécanismes de réserve et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit*, in *L'Entreprise, l'information et le droit*, Cahiers de droit de l'entreprise, 1988/1, N° 11, 17 mars 1988, supplément, p. 2 et s.

⁶¹⁹ J.-M. MOUSSERON et M. VIVANT, *Les mécanismes de réserve et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit*, op. cit. , p. 2 et s.

Il arrive parfois que propriété et secret se cumulent, ainsi dans le droit de la propriété industrielle, une information à caractère technique va pour certains de ses éléments faire l'objet d'un dépôt de brevet et, par conséquent, d'une publication, mais pour d'autres être conservée secrète ; c'est ainsi que s'est dégagée la notion de know-how, de savoir-faire.

D'autres situations existent où ni propriété ni secret n'existe sur une information. Il s'agit des cas où est sollicité le droit de la concurrence déloyale ou de la concurrence parasitaire.

392. Réserve économique⁶²⁰. L'information fait appel à diverses techniques juridiques afin d'être appréhendée : Droit de la propriété industrielle ou de la propriété littéraire et artistique, Droit pénal, Droit de la concurrence déloyale. Ainsi, ces dits instruments juridiques peuvent être classés entre techniques de sanction d'un comportement (jugé négatif) et techniques d'octroi d'un droit privatif (accordé de manière positive à celui qu'on entend protéger).

Une telle réserve de type privatif s'attellera à retenir comme critère, la nouveauté pour le Droit des brevets ou encore l'originalité pour le Droit d'auteur. En revanche, le Droit pénal viendra défendre les marques ou le Droit d'auteur afin de frapper les actes de contrefaçon.

Des différences existent dans la teneur des régimes juridiques mis en place mais encore dans la désignation des bénéficiaires de la protection. C'est essentiellement le créateur qui est concerné par le droit de la propriété littéraire et artistique. Dans d'autres formules de type privatif, c'est davantage le « créateur économique » qui est en cause ; le droit des brevets n'est pas fait pour l'inventeur mais pour l'investisseur. Quant aux droits non privatifs, ils restent pour l'essentiel tournés vers l'entreprise (secret de fabrique ou activité économique pris en compte).

Il est intéressant de souligner la diversité des objets, en effet l'information prend différents visages, ce ne sont pas les mêmes informations qui sont appréhendées par les diverses techniques qu'offre le Droit. Dans le brevet, c'est le fond qui est en cause en revanche, dans le droit d'auteur c'est la forme qui est prise en compte.

393. L'appropriation de l'information. L'information en elle-même au regard des médias, l'événement ou encore la nouvelle a une valeur marchande illustrée notamment par

⁶²⁰ J.-M. MOUSSERON et M. VIVANT, *Les mécanismes de réserve et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit*, op. cit. , p. 2 et s.

l'activité des agences de presse. Elle est toute forme ayant une valeur en raison du public qui la convoite. En d'autres termes, envisagée comme le résultat d'une opération née de la main de l'homme, l'information existe sur la tête de son formateur, comme une chose possédée ou appropriée, avant même d'être diffusée, transmise ou vendue⁶²¹. La pratique s'emploie à faire reconnaître le caractère appropriable de certaines informations qui ne peuvent bénéficier de la protection par un droit de propriété intellectuelle. Certains auteurs ont pu affirmer que l'action en concurrence déloyale ou parasitaire permettait une véritable protection de l'information. Le parasitisme se caractérise par l'usurpation d'une notoriété, d'une technique ou d'une idée. Il s'agit d'une sorte d'appropriation naturelle des informations. Cette action est réservée pour les créations et les autres valeurs économiques qui ne bénéficient pas de la protection par un droit privatif. L'utilisation du terme « valeur économique » désormais courante dans le domaine de la concurrence déloyale ou parasitaire par préférence au terme « information » démontre que l'on s'attache moins à caractériser les objets incorporels en cause qu'à insister sur l'opportunité économique de leur protection⁶²².

S'agissant de l'information, s'il est vrai que les tiers y ont accès et que leur détenteur ne peut s'y opposer, c'est néanmoins parce qu'il en est propriétaire qu'il en est en droit d'exiger pour cet accès une contrepartie financière. Il faut alors reconnaître à la fois un droit de propriété de l'information pour celui qui la produit et un droit des tiers d'accéder à cette information. Or, c'est parce que les tiers peuvent accéder à cette information que son auteur peut en être qualifié de propriétaire. Il y a là une évolution fondamentale qui transforme la définition même du droit de propriété. En effet, alors que le droit de propriété est traditionnellement défini comme le pouvoir d'exclure autrui, si bien que le Code civil reconnaît au propriétaire foncier le droit de se clore, l'accès des tiers aux nouveaux biens est au contraire la condition de leur valeur patrimoniale, car leur valeur économique est liée à leur circulation. Alors que le droit de propriété des immeubles se caractérise par la faculté d'en exclure les tiers, la propriété des nouveaux biens se caractérise par leur accessibilité aux tiers. L'articulation du droit de l'un sur l'information et du droit de l'autre à l'information est nécessairement révolutionnaire⁶²³.

⁶²¹ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ième} éd., Précis Dalloz, 2002, p.71 et s., n° 61.

⁶²² J.-Ch. GALLOUX, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, Recueil Dalloz, 1994, p. 229 et s., n° 16.

⁶²³ J.-L. BERGEL, *Les nouveaux biens, Rapport général*, in *La propriété*, Travaux de l'association Henri Capitant, 2006, p. 218, 219.

394. Absence de protection par le droit d'auteur, l'appropriation néanmoins de l'information. Les Professeurs Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière relèvent tous deux la directive du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données et la loi du 1^{er} juillet 1998 (Art. L. 112-3 et L. 341-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle) semblent, de prime abord, conforter pleinement l'exclusion de la protection de l'information par le droit d'auteur. Le droit sur le contenant donc le droit d'auteur reconnu à l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle porte seulement sur l'agencement des données. Alors même que la protection de la réunion d'informations selon une présentation particulière serait admise, il n'y aurait pas de contrefaçon dans le fait de reproduire de manière isolée les données. La consécration par la directive d'un droit d'interdire l'extraction ou la réutilisation des données, sous le nom de droit *sui generis*, semble cependant, remettre en cause cette perspective. Il s'agit bien ici d'une protection du contenu, non plus de l'agencement, mais des données elles-mêmes. On ne peut s'empêcher d'observer que « pour la première fois l'information comme telle, devient objet direct d'un droit, et d'un droit qui n'est pas loin d'être privatif⁶²⁴. L'information en tant que bien est susceptible d'appropriation par principe elle accède à la vie juridique sous le signe de la propriété de son auteur.

395. La propriété de l'information : l'exemple du producteur des bases de données. Le Code de la propriété intellectuelle semble, à première vue, offrir aujourd'hui une possibilité d'appropriation de l'information à travers le nouveau droit du producteur de base de données. La directive du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données, promulguée le 1^{er} juillet 1998, a créé un titre IV dans le livre III du Code de la propriété intellectuelle, qui instaure aux côtés du droit d'auteur susceptible de couvrir l'architecture de la base, un droit sur le contenu, consistant dans le droit d'interdire l'extraction ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base (L. 342-1 CPI). L'objectif de la directive était de remédier à l'impuissance du droit d'auteur, reconnu le cas échéant sur la forme de la base, à protéger l'investissement, souvent très lourd, engagé pour la collecte et le traitement des données. Ce nouveau droit est totalement autonome⁶²⁵. Ce droit a

⁶²⁴ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Précis Dalloz, 2009, p. 84, n° 80, et p. 83, n° 79.

⁶²⁵ J. PASSA, *La propriété de l'information : un malentendu ?*, Droit et patrimoine, Dossier, N° 91, mars 2001, p. 64 et s. dont notamment p. 68.

pour objet la substance informationnelle de la base. Il s'agit d'un droit *sui generis* qui n'est rien d'autre qu'un droit sur l'investissement.

Le Professeur Rémy Libchaber souligne que « Tant que l'on définit l'information par ses apparences extérieures, par l'idée de forme communicable, il est presque impossible de dire si elle peut ou doit faire l'objet d'un droit privatif. En revanche, si l'on en restreint l'acception à ce qui est constitué de données du monde réel, certes reflétées dans une certaine forme, on se rapproche de choses communes, à proportion de l'absence d'originalité. Si celui qui met une information en circulation s'est borné à paraphraser ce qui existait, sans rien avoir ajouté d'autre qu'une technique de mise en forme, pourquoi se l'approprierait-il ? Ce rattachement de l'information aux choses communes va à contre-courant de l'évolution : la reconnaissance récente de droit privatif sur les bases de données démontre que cette logique est à l'œuvre »⁶²⁶.

396. La protection de la base de données par un droit *sui generis*⁶²⁷. Les bases de données peuvent recevoir une protection supplémentaire ou alternative par un droit *sui generis* (Article L. 341 et s. du Code de la propriété intellectuelle). Bien que le monopole de l'auteur soit le meilleur moyen d'assurer la protection par le biais d'un droit opposable à tous. Seule la forme est ici protégée, ne permettant pas au producteur d'avoir une maîtrise sur le contenu lui-même de la base, soit que les données elles-mêmes ne soient pas protégeables et par là libres d'utilisation, soit qu'elles soient couvertes par un droit d'auteur où seul l'auteur des données est protégé. Dans une logique d'entreprise et dans le souci de protéger l'investisseur la directive européenne a prévu un droit spécifique, appelé droit « *sui generis* » au bénéfice de cet investisseur. La transposition de la directive du 11 mars 1996 s'est réalisée par la loi du 1^{er} juillet 1998 introduisant un droit *sui generis* dans le Code de la propriété intellectuelle⁶²⁸.

Ce droit *sui generis* que beaucoup d'auteur s'acharnent à envisager dans le giron du droit d'auteur ou à tout le moins des droits voisins « n'est rien d'autre qu'un droit sur l'investissement dans la filiation directe des constructions jurisprudentielles faites sur le continent pour lutter contre le parasitisme »⁶²⁹.

⁶²⁶ R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *1804-2004 Le livre du bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 297 et s., plus spécialement p. 348, 349.

⁶²⁷ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2009, p. 129, n° 147 et s. dont notamment n° 150. V. *supra*, n° 87.

⁶²⁸ M. BIBENT, *Le droit du traitement de l'information*, ADBS Nathan Université 2000, p. 92.

⁶²⁹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2009, p. 131, n° 149.

397. Un droit spécial, une protection spécifique. Il s'agit de l'attribution d'un droit spécial parfois désigné sous les termes de « droit *sui generis* des producteurs des bases de données ». Complémentaire du droit d'auteur (Article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle) et inspiré du droit de catalogue danois, ce droit consiste en une action offerte aux producteurs afin de lutter, sous réserve de la réunion de certaines conditions, contre des actes de parasitisme (sans pour autant empêcher une autre action sur le terrain de la concurrence déloyale ou du parasitisme). Bien que les sanctions soient environ équivalentes à celles de la contrefaçon (Articles L. 343-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle), les exigences pour en bénéficier sont beaucoup plus souples que celles du droit d'auteur (Article L. 341-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle). Ainsi le droit est accordé sur le fondement d'une logique économique à tout producteur de l'Union européenne (Article L. 341-2 du Code de la propriété intellectuelle) qui aurait consacré à la base un investissement substantiel. Une base de données est une création intellectuelle consistant dans la réunion d'informations se rapportant souvent à d'autres créations intellectuelles. La personne qui initie et réalise ou fait réaliser une base de données est investie, sur le contenu de la base, d'un droit de propriété chaque fois que l'investissement financier, matériel ou humain requis par l'édification de la base a été « substantiel » (Article L. 341-1 al. 1 du Code de la propriété intellectuelle). Ce droit est acquis du seul fait de la création. Il a une durée de vie de quinze ans à compter, soit de la fabrication, soit de la mise de la base à disposition du public, pour peu qu'elle ait lieu dans la période de quinze ans suivant l'élaboration (Article L. 342-5 du Code de la propriété intellectuelle). Il peut en réalité être, en pratique, perpétuel puisque le délai est protégé à chaque nouvel investissement substantiel. Ainsi le droit sera relancé pour une période de quinze ans. Ce droit permet à son titulaire d'interdire l'exploitation de la base, par extraction ou par réutilisation (Article L. 342-1 et L. 342-2 du Code de la propriété intellectuelle)⁶³⁰.

398. Condition d'investissement substantiel. Le législateur a fortement innové et ouvertement accordé, cette fois aux producteurs de bases, un droit, *sui generis*, sur le contenu de leurs bases afin d'empêcher l'extraction comme la réutilisation non autorisées des données que

⁶³⁰ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ème} éd., 2008, p. 124, 125, n° 76 ; A. LUCAS et H.J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} éd., 2000, p. 635, n° 817-1 et s.

celle-ci contient. Ce nouveau droit porte, en effet, sur la substance même de l'information, et non sur sa formalisation, répondant au besoin de protection exprimé par les professionnels qui souhaitaient être dotés d'un outil juridique pour se réserver la valeur économique que représente aujourd'hui l'information⁶³¹.

Le producteur est entendu comme « la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondant (à la base) »⁶³².

Le producteur peut également être le titulaire du droit d'auteur, ce qu'il est souvent dans la pratique, notamment dans le cas d'une base de données/œuvre collective, il est nécessaire de distinguer les deux qualités, car le premier est l'investisseur, le second le créateur ou celui qui a pris l'initiative de la création d'une base de données divulguée sous son nom. A chaque cas de figure correspond un droit de nature différente, investissement ici, création intellectuelle là, droit *sui generis* ici, droit d'auteur là. Ces deux régimes de protection sont indépendants l'un de l'autre. Ainsi une base de données même non originale, donc non protégeable par le droit d'auteur peut être couverte cependant par ce droit spécifique reconnu au producteur. Encore faut-il qu'il y ait investissement, c'est-à-dire que la constitution, la vérification ou la présentation du contenu de la base atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel⁶³³.

399. Un droit original : le droit d'interdire. La protection accordée par ce droit *sui generis* est indépendante de celle qui résulte du droit d'auteur. Cela signifie que ce droit existe pour les bases de données non originales, non protégées par le droit d'auteur. Le fondement de ce droit est clairement affirmé par la directive qui poursuit pour principal objectif de protéger les fabricants de bases de données contre l'appropriation des résultats obtenus de l'investissement financier et professionnel consenti par celui qui a recherché et rassemblé le contenu. Cette démarche mérite d'être approuvée car elle attaque le problème à sa racine en permettant l'appropriation de la valeur économique que constitue l'information, plus exactement d'un

⁶³¹ M. VIVANT, *An 2000 : l'information appropriée ?*, Mélanges BURST, Paris, Litec, 1997, p. 651 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ième} éd., 2000, p. 635.

⁶³² Article L. 341-1 du Code de la propriété littéraire et artistique.

⁶³³ M. VIVANT et A. MAFFRE-BAUGE, Les notes de l'ifri, *Internet et la propriété intellectuelle : le droit, l'information et les réseaux*, n° 42, 2002, p. 37, 38.

ensemble informationnel puisque seule est interdite l'extraction et / ou réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle de la base de données⁶³⁴.

L'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle pose : « Le producteur de bases de données a le droit d'interdire : 1° L'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit. 2° La réutilisation, par mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, qu'elle qu'en soit la forme. Ces droits peuvent être transmis ou cédés ou faire l'objet d'une licence. Le prêt public n'est pas un acte d'extraction ou de réutilisation ».

Ce droit d'interdire posé à l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle peut être mis en œuvre lorsqu'il y a extraction et / ou réutilisation substantielle ou anormale de la base. Il porte sur le contenu de la base, c'est-à-dire sur l'information elle-même. Cela est une forme d'appropriation de l'information tout à fait exceptionnelle dans notre droit. Le producteur peut également interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données (Article L. 342-2 du Code de la propriété intellectuelle)⁶³⁵.

400. Exception au droit d'interdire. Une exception est prévue au profit de l'utilisateur par l'article L. 342-3 du Code de la propriété intellectuelle. « Lorsqu'une base de données est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, celui-ci ne peut interdire : 1° L'extraction ou la réutilisation d'une partie non substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base, par la personne qui y a licitement accès. 2° L'extraction à des fins privées d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données non électronique sous réserve du respect des droits d'auteur ou des droits voisins sur les œuvres ou éléments incorporés dans la base. Toute clause contraire au 1° ci-dessus est nulle ».

⁶³⁴ A. LUCAS et H. J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} éd. , 2000, p. 636, 637, n° 817-3.

⁶³⁵ M. BIBENT, *Le droit du traitement de l'information*, ADBS, Nathan Université, 2000, p. 93.

SECTION 4

LES QUOTAS

401. Notion de quotas. La réception comme bien de nouvelles valeurs se réalise, soit par la loi qui règle la question de manière explicite ou implicite (banques de données, fonds de commerce etc.) ou à défaut, c'est la jurisprudence qui évolue parfois dans le sens d'une réception directe ce qui fut notamment le cas pour les quotas betteraviers par un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de Cassation en date du 1^{er} octobre 2003⁶³⁶. La multiplication contemporaine des autorisations administratives indispensables à l'exercice d'activités professionnelles (quotas laitiers, droits de plantation, licence de bureau de tabac, autorisations de stationnement de taxis,...) pose la question de leur insertion parmi les biens. La solution reconnaît expressément la valeur patrimoniale des droits de livraison ce qui marque un progrès dans leur appréhension comme biens. Les quotas betteraviers comme l'indique l'arrêt commenté en associant étroitement la titularité des droits de livraison et la valeur d'échange des terres auxquels ils sont attachés permet d'affirmer que le quota betteravier est donc un bien, mais un bien d'exploitation que sa fonction (permettre l'accès à un marché) place dans la dépendance de cet autre facteur d'exploitation qu'est la terre.

Le système des quotas de gaz à effet de serre a été introduit en droit français afin de lutter contre le réchauffement climatique de la planète consécutif à l'émission excessive de gaz à effet de serre. La stratégie consistait à obtenir une réduction notamment en rendant négociables les permis d'émettre lesdits gaz, que doivent obtenir les émetteurs pour procéder à des émissions en toute légalité. Premièrement, les quotas leur sont attribués gratuitement à proportion de la quantité de gaz qu'il leur est permis d'émettre en fonction de leur exploitation. A la fin de chaque année civile si l'exploitant gratifié des quotas en début de période restitue ceux qu'il a reçus, l'opération est neutre, à condition que l'intéressé n'ait pas émis plus de gaz à effet de serre que la quantité correspondant aux quotas qu'il a reçus. En cas de dépassement, il devra

⁶³⁶ Cour de Cassation, 3^{ème} chambre civile, 1^{er} octobre 2003, n° 02-14.958 « *Mais attendu qu'ayant exactement relevé, sans violer l'autorité de la chose jugée, que M. X... était sans droit à cultiver les terres des bailleurs pour la campagne 1988-1989 et ne pouvait donc leur imposer l'abandon des quotas betteraviers relatifs à cette campagne et aux suivantes et que le principe d'un préjudice était définitivement acquis, la cour d'appel a, pour fixer l'indemnité à une certaine somme, retenu que les quotas betteraviers étaient irrémédiablement perdus tout comme la valeur patrimoniale qui s'y attachait, ce qui privait d'un large intérêt la vente des terres libres* »; T. REVET, *Notion de bien*, RTD Civ. 2003, p. 730 et s.

fournir des quotas complémentaires, après en avoir fait l'acquisition, rendu possible grâce à la négociabilité dont les quotas sont dotés. En revanche s'il ne les a pas tous utilisés il pourra alors céder ses quotas. En faisant de tels achats les acquéreurs pourront émettre plus d'émissions que la quantité initialement permise. La qualification de bien par le vœu de la loi est donc claire. Aux termes de l'article L. 229-15, I, alinéa 1^{er}, du Code de l'environnement (ord. n° 2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, transposant la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté), les quotas « sont des biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur dans le registre national (prévu à cet effet) ». Ces quotas « sont négociables, transmissibles par virement de compte à compte et confèrent des droits identiques à leurs détenteurs ». De telles prises de position permettent de sécuriser cet aspect des quotas d'émission car l'insertion des autorisations administratives dans la classe des biens a été difficile (quotas laitiers et droits de plantation et de replantation)⁶³⁷.

402. Plan. Qualification (§1) et régime (§2) seront les deux points ci-dessous développés.

§1. Qualification

403. A la recherche d'une catégorie juridique. La réception de nouveaux biens se réalise souvent par le biais du recours aux règles générales de la responsabilité civile délictuelle pour assurer la réservation indirecte de valeurs dont le juge ne veut ou qu'il pense ne pas pouvoir recevoir directement et expressément parmi les biens. C'est en effet sur la base du droit de la responsabilité civile que la Cour de Cassation a récemment consacré la « valeur patrimoniale » attachée aux droits de livraison de betteraves, autrement dit aux « quotas betteraviers » : un arrêt rendu par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation le 1^{er} octobre 2003 a en effet approuvé une Cour d'appel d'avoir condamné le preneur rural qui avait renoncé à ses droits de livraison à un moment où il « était sans droit à cultiver les terres des bailleurs et

⁶³⁷ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ème} éd. 2008, p.40, 41, n° 10 a). L. AYNES et Ph. MALAURIE, *Les biens*, Defrénois, 3^{ème} éd. , 2007, p. 110, n° 410 in fine, p. 123, n° 444, p. 128, n° 453.

où il ne pouvait donc leur imposer l'abandon des quotas betteraviers relatifs à cette campagne et aux suivantes » à verser au bailleur une indemnité de réparation du préjudice consécutif à cette perte, en retenant « que les quotas betteraviers étaient irrémédiablement perdus tout comme la valeur patrimoniale qui s'y attachait, ce qui privait d'un large intérêt la vente des terres libres »⁶³⁸. La limitation de l'aliénabilité se manifeste par l'impossibilité de leur cession isolée : leur circulation ne peut intervenir qu'à l'occasion du transfert d'un autre bien, dont le « nouveau bien » constitue l'accessoire. Tels est le cas des droits de produire, dont la jurisprudence énonce qu'ils sont attachés à la terre agricole dont ils permettent l'exploitation, au point de circuler avec elle et seulement avec elle. Il ne saurait y avoir de circulation indépendante de ces autorisations, ce qui a pu alimenter l'idée qu'elles seraient dotées d'une patrimonialité imparfaite.

404. Les quotas d'émission et la notion juridique de bien, biens meubles négociables. Le nouvel article L. 229-15, I, alinéa 1^{er}, du Code de l'environnement, issu de l'ordonnance du 15 avril 2004, prend expressément parti en faveur de la qualité juridique de « bien » des quotas d'émission : selon ce texte, ces quotas « sont des biens meubles... négociables... par virement de compte à compte ». Le second alinéa confirme fermement cette qualification puisqu'il y est expressément question du « transfert de propriété des quotas ». Pour le législateur, la qualité de bien ne doit appeler aucune hésitation. Mais l'affirmation explicite de l'ordonnance relativement à l'appartenance des quotas d'émission à la classe des biens ne dispense pas de vérifier la pertinence de cette qualification au regard des critères du bien. Dans une approche de philosophie du droit, le bien est plutôt indéfinissable, juridiquement, il est possible de l'admettre comme toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité. L'autorisation d'émettre telle quantité de gaz à effet de serre constitue une entité identifiable et isolable : elle est un titre juridique objectivement déterminé (telle quantité de gaz de telle catégorie, susceptible d'être émise par tel type de producteur). Cette identification se voit à travers les quotas d'émission qui sont « matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur dans le registre national » créé à cette fin. Sans autorisation ni quantité suffisante de quotas, l'entreprise ne peut plus exercer régulièrement son activité. Telle est, dans l'approche économique qui est toujours à la base de l'appréhension

⁶³⁸ T. REVET, *La propriété*, Travaux de l'association Henri Capitant, 2006, Rapport français, p. 274, 275. Cour de cassation, 3^{ème} chambre civile, 1^{er} octobre 2003, n° 02-14.958, T. REVET, *La notion de bien*, RTD Civ. 2003, p. 730.

juridique du bien, la valeur d'usage des autorisations et des quotas d'émission de gaz à effet de serre. Depuis Rome, les droits réels et personnels sont des biens, les créations immatérielles sont des biens, le fait de planter, d'arracher, de produire et vendre tels fruits de la terre, d'exercer la profession de taxi, etc. est érigé en bien par la seule subordination à une autorisation administrative de l'exercice régulier de ces activités. Durant la seconde guerre mondiale les quotas betteraviers ont été inventés sont ensuite venus les quotas laitiers et les quotas de pêche. Le quota d'émission de gaz est un bien né de l'élargissement de la portion d'espace contrôlée par la puissance publique. La négociabilité du quota d'émission est inhérente à sa qualité de bien⁶³⁹.

405. Les quotas d'émission de gaz à effet de serre, nouveaux éléments de la catégorie des titres négociables. Le législateur français précise dans son article L. 229-15-I du Code de l'environnement que lesdits quotas, « unité de compte représentative de l'émission de l'équivalent d'une tonne de dioxyde de carbone » sont des biens meubles négociables, soumis au régime de la dématérialisation en précisant qu'ils sont exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur dans un registre national tenu par la Caisse des Dépôts et Consignations. Les marchés du lait, de la betterave sucrière, du vin, de l'alcool, du tabac, des taxis... connaissent tous un mécanisme conditionnant l'exercice d'une activité à une autorisation administrative souvent relatives aux quantités susceptibles d'être produites. Les quotas de gaz à effet de serre ne sont qu'un nouveau membre de la grande famille des droits à produire. Il est inexact de parler de « droits à polluer » car les autorisations administratives sont toujours délivrées sous réserve des droits des tiers, de plus l'objectif des quotas est au contraire de réduire la pollution. Le quotas ne porte pas sur l'air, rien n'y est plus étranger que la notion d'appropriation d'une chose commune.

La singularité des quotas réside probablement dans le fait que jamais, jusqu'alors, le droit français n'avait envisagé, de manière aussi radicale, qu'une autorisation administrative puisse être le *negotium* d'un titre dont l'*instrumentum* dématérialisé est constitué d'une inscription en compte. Jamais encore, le législateur n'avait aussi explicitement consacré la négociabilité d'un droit à produire et n'avait eu l'idée de fonder un mécanisme de protection de l'environnement

⁶³⁹ T. REVET, *Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?)*, Recueil Dalloz, 2005, p. 2632 et s. V. *supra*, n° 107.

dans le cadre si connu du droit commercial. La tendance est de donner aux autorisations administratives le statut des biens marchands. Le titre va permettre de conférer à son titulaire à la fois le droit représenté mais encore un droit patrimonial⁶⁴⁰.

Avec les quotas d'émission de gaz à effet de serre, la catégorie des titres négociables s'est enrichie de nouveaux éléments susceptibles de faire l'objet de l'intégralité des droits réels, de propriété, de démembrements ... Monsieur François Guy Trébulle relève que les quotas d'émission de gaz à effet de serre sont des meubles par détermination de la loi, en tant que titres environnementaux, ils présentent les trois caractères usuellement reconnus au titre commercial et qui s'incarnent pleinement dans les effets de commerce : formalisme, abstraction qui conduit à les détacher des conditions ayant donné lieu à leur attribution, et incorporation à l'*instrumentum*, leur détenteur est titulaire du droit, même s'il ne peut pas l'exercer en raison de son défaut de qualité d'exploitant d'une installation autorisée à réaliser des rejets. C'est notamment par sa négociabilité que le quota s'intègre à la catégorie. Cette titrisation ainsi réalisée par le législateur marque une innovation, où le quota peut évidemment être objet de propriété, dans la mesure où le propre du titre est précisément de permettre de saisir le droit en tant qu'objet : les quotas comme tous les titres négociables réalisent la fusion de l'*instrumentum* et du *negotium* dans le titre⁶⁴¹.

§2. Régime

406. Régime juridique des droits d'émission de gaz à effet de serre en France. Les quotas d'émission de gaz à effet de serre se retrouvent sur un marché⁶⁴² qui fonctionne selon un modèle relativement simple. Les exploitants des installations classées énumérées à l'annexe I de la directive obtiendront sous condition une autorisation d'émettre des gaz à effet de serre et,

⁶⁴⁰ Comme la valeur mobilière réalise une objectivation de la relation contractuelle, le titre « quota d'émission » réalise une objectivation de l'autorisation de rejet quantifié qui accède pleinement à la totalité des caractères induits par sa nature.

⁶⁴¹ F. G. TREBULLE, *L'environnement et le droit des biens*, 6 avril 2005, p. 12. Le droit se transmet avec le titre et son transfert suit le régime du transfert de celui-ci. Le titre n'est que le véhicule du droit qui en constitue le *negotium*.

⁶⁴² L. LANOY, *La création d'un marché mondial des émissions de gaz à effet de serre*, Droit de l'environnement, 2004, N° 115, janvier/février 2004, III-Textes et documents, p. 15 et s. ; L. LANOY, *Le changement climatique et les permis d'émission négociables : analyse des dernières avancées et perspectives pour les entreprises*, Droit de l'environnement, 2002, N° 96, mars 2002, IV-Chroniques et opinions, p. 65 et s. ; P. THIEFFRY, *Droits d'émission et éco-fiscalité : de nouveaux instruments de lutte contre les changements climatiques à géométrie variable*, Les Petites Affiches, 1, avril 2004, n° 66, p. 4 et s.

parallèlement, elles se verront octroyer annuellement des quotas d'émission de gaz à effet de serre. En fin de période, ces opérateurs devront restituer, à une autorité dont la nature n'a pas encore été décidée, un nombre de quotas correspondant aux émissions effectives. Les entreprises détenant plus de quotas que leurs émissions réelles pourront revendre ce surplus sur un marché à d'autres entreprises qui, elles, ne seront pas parvenues à assurer l'équilibre. A défaut les opérateurs devront acquitter une pénalité s'élevant à 100 euros par tonne de gaz à effet de serre émise en sus de leurs quotas ; cette pénalité n'étant pas libératoire, l'obligation de restituer un nombre de quotas correspondant aux émissions réelles ne sera que reportée à la période suivante.

L'autorisation d'émettre des gaz à effet de serre serait intégrée à l'autorisation résultant de la législation des installations classées (Article L. 511-1 et s. du Code de l'environnement)⁶⁴³.

407. Le quota ne peut pas être un droit de propriété. Certains soutiennent que le quota serait un droit de propriété d'autres qu'il s'agirait d'un droit *sui generis* et d'autres enfin parlent d'autorisation administrative. Si les quotas sont désormais qualifiés au nouvel article L. 229-15 du Code de l'environnement de « biens meubles », susceptibles qui plus est de « transfert de propriété », ce qui a tout l'apparat d'un droit de propriété, la doctrine la plus éclairée ne voit dans cette qualification qu'un nouveau genre d'autorisation administrative.

Monsieur Christophe Mistral soutient que la double mention de « bien meuble » et de « transfert de propriété » pourrait laisser penser le contraire. Il s'agirait néanmoins d'une qualification juridique hasardeuse relève ce dernier. Une raison à cela qui tient à la possibilité de révocation sans indemnité des permis par l'Etat ou l'obligation de lui en rétrocéder périodiquement et gratuitement un pourcentage, avance ce dernier. En principe, la loi ne prévoit la possibilité d'obliger une personne à céder son droit de propriété que si la raison en est une cause d'utilité publique et que l'expropriation est accompagnée d'une juste et préalable indemnité. De même,

⁶⁴³ Ch. MISTRAL, *Le régime juridique des droits d'émission de gaz à effet de serre en France*, Les Petites Affiches, 22 juillet 2004, n° 146, p. 13 et s. L'auteur soulève une interrogation « La législation sur les installations cassées couvrirait-elles sans ambiguïté les émissions de gaz à effet de serre ? En effet, l'article L. 512-5 du Code de l'environnement prévoit que sont visées les mesures et prescriptions propres à prévenir « les risques de pollution de toutes natures ». La question qui se pose est donc de savoir si le CO₂, constitue un gaz au sens de la loi de 1976 et peut de ce fait y être intégré. La réponse est vraisemblablement positive. En effet, selon l'article L. 220-2 du Code de l'environnement, « Constitue une pollution atmosphérique l'introduction par l'homme, (...) de substances ayant des conséquences préjudiciables de nature à (...) à influencer sur les changements climatiques (...) » ce qui est bien le cas du CO₂, qui n'est pas polluant par nature mais par son accumulation.

pour la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme, il est interdit à l'Etat de modifier le droit de propriété et d'y porter atteinte sans expropriation préalable. En pratique, le fonctionnement du marché permettra au titulaire d'un quota d'être privé du droit d'en disposer en raison des prérogatives inhérentes au système de retrait et de dévaluation, le système ayant pour objet de réduire les émissions de gaz à effet de serre, il ne fait aucun doute que les autorités publiques réduiront au fil des ans le nombre de quota des pouvoirs publics. C'est donc bien que l'exploitant n'a pas de propriété⁶⁴⁴. Sur un strict plan éthique, il apparaît critiquable, d'imaginer que le quota puisse faire l'objet d'une appropriation permettant sans réserve que des industriels exercent l'usus, le fructus et l'abusus sur ce qui constitue encore pour beaucoup un « droit à polluer ».

408. Le quota peut être un droit de propriété. Les quotas de gaz à effet de serre envisagés en tant que titres négociables sont susceptibles de faire l'objet de l'intégralité des droits réels, de propriété, de démembrements, pouvant être remis en dépôt ou constituer l'assiette d'un gage... Il n'est guère contestable que ces meubles soient des biens, ce qui est d'autant moins difficile que nombreux sont ceux qui ont reconnu la possibilité d'une propriété des créances ; propriété rendue d'autant plus facile à admettre que l'on se trouve en présence d'un titre. Le quota est une chose incorporelle qui peut être objet de droits et dont la nature juridique propre n'est aucunement incompatible avec les droits portant sur lui. Biens à part entière, leur propriétaire bénéficiera, dans la limite de leurs caractères, de la protection accordée à son droit, et notamment de celle qui résulte de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. Leur détenteur est titulaire du droit même s'il ne peut pas l'exercer en raison de son défaut de qualité d'exploitant d'une installation autorisée à réaliser des rejets⁶⁴⁵.

409. Commencement de protection par le jeu de l'article 1382 du Code civil. C'est encore sur la base du droit de la responsabilité civile délictuelle que la Cour de cassation a récemment consacré la « valeur patrimoniale » attachée aux droits de livraison de betteraves, autrement dit aux « quotas betteraviers » : un arrêt rendu par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation le 1^{er} octobre 2003 a en effet approuvé une Cour d'appel d'avoir condamné le

⁶⁴⁴ Ch. MISTRAL, *Le régime juridique des droits d'émission de gaz à effet de serre en France*, Les Petites Affiches, 22 juillet 2004, n° 146, p. 13 ets.

⁶⁴⁵ F. G. TREBULLE, *L'environnement et le droit des biens*, 6 avril 2005, p. 10, 11, 12.

preneur rural qui avait renoncé à ses droits de livraison à un moment où il « était sans droit à cultiver les terres des bailleurs (et où il) ne pouvait donc leur imposer l'abandon des quotas betteraviers relatifs à cette campagne et aux suivantes » à verser au bailleur une indemnité de réparation du préjudice consécutif à cette perte, en retenant « que les quotas betteraviers étaient irrémédiablement perdus tout comme la valeur patrimoniale qui s'y attachait, ce qui privait d'un large intérêt la vente des terres libres ».

Le caractère souple et malléable de la faute civile, qui ouvre donc sur une large appréciation juridictionnelle, fait d'elle l'un des instruments de la conduite de politiques juridictionnelles diverses et variées, notamment la réception indirecte de nouveaux biens. Lorsque la Cour de cassation décide que la seule utilisation d'une valeur caractérise une faute de l'utilisateur à l'égard de celui qui, du fait de son rôle dans l'existence ou la consistance de la valeur considérée, était en droit d'attendre un autre comportement de l'utilisateur (par exemple, une demande d'autorisation), la logique d'un droit privatif est déjà à l'œuvre⁶⁴⁶.

En effet, le recours aux règles générales de la responsabilité civile délictuelle pour assurer la réservation indirecte de valeurs dont le juge ne veut ou qu'il pense ne pas pouvoir recevoir directement et expressément parmi les biens. La manifestation actuelle en est la théorie du parasitisme économique, par laquelle, au visa de l'article 1382 du Code civil, des magistrats sanctionnent l'utilisation, par un tiers, de la valeur issue de travail d'autrui qui ne relève pas ou ne relève plus, d'un régime spécial de réservation.

410. Analogie avec les licences de taxis. Il s'agit de monopole générateur de valeur. D'autres données (monopole, numerus clausus, autorisation administrative) doivent être prises en considération quant à l'émergence de tels biens, sans qu'il s'agisse nécessairement là de spécificités. Le monopole d'exploitation consiste dans le droit exclusif d'exercer une profession. Il en va ainsi, tout d'abord, de la reconnaissance de certains monopoles, par exemple de celui qui est attribué aux notaires au sujet d'un certain nombre d'opérations juridiques. Certainement plus que le monopole, rarement dissociée de celui-ci dans le raisonnement, la limitation du nombre des professionnels appelés à profiter d'un monopole dans un ressort ou un périmètre déterminés peut être mise en cause.

⁶⁴⁶ T. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 271 et s. plus particulièrement p. 274 et s., a), 6.

- Ce phénomène de limitation, générateur de valeur, donc de bien, pour ceux qui en bénéficient, n'est pas propre aux seuls officiers ministériels⁶⁴⁷. On l'observe dans bien d'autres domaines : chauffeurs de taxis, bureaux de tabac... En effet, à partir des autorisations administratives exigées pour l'exercice de certaines activités ou professions, on a vu poindre de nouveaux biens attachés au droit de présentation reconnu, explicitement ou implicitement, par exemple en ce qui concerne les exploitants de taxi⁶⁴⁸.

Les licences de taxis sont des biens. L'admission de certaines transactions liées à la créativité contractuelle permettant la reconnaissance de nouveaux biens tient à la fois à l'interventionnisme étatique (puissance publique) et à la nécessaire protection de certaines catégories ou de certaines professions. Ces autorisations administratives prennent des noms divers : permis, visa, licence, agrément...

La loi du 20 janvier 1995 a avalisé la pratique antérieurement dite du « pas de portière » des taxis. La Cour de Cassation et le Conseil d'Etat avaient tous deux estimé avant cette loi que l'autorisation constituait un élément du patrimoine.

411. Régime des autorisations administratives. Les droits incorporels n'existent pas à l'état de nature, contrairement aux autres biens, ils sont le produit du commerce juridique. Ils résultent le plus souvent d'un acte et sont donc quant à la preuve de leur existence soumis au principe régissant la preuve des actes juridiques, il s'agit d'un régime restrictif de preuve légale s'oppose à celui, libéral, qui s'applique à la propriété des autres biens dont la preuve peut être rapportée par tous moyens. Les droits incorporels étant des rapports abstraits, ils ne peuvent pas être possédés comme des biens corporels. Leur possession se fait par l'exercice du droit (Article 2228 du Code civil). Leur tradition consiste dans le fait d'accepter qu'un autre exerce son droit à sa place (Article 1607 du Code civil, Article 1690 du Code civil saisine par signification). La tradition de ces biens peut également se faire de manière symbolique par la remise du titre constatant l'acte juridique par lequel le droit incorporel a été constitué (Articles 1607 et 1689 du Code civil). Les conflits de cessionnaires de droits incorporels se règlent au profit de celui qui a

⁶⁴⁷ J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, LGDJ, 26^{ième} éd. , 2003, p. 489, n° 693. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 95, 96, n° 50 et 51 ; F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2002, p. 67, 68 et 69, n° 59.

⁶⁴⁸ Loi du 20 janvier 1995 et le décret du 17 Août 1995, J. HUGOT, *L'accès à l'activité de conducteur et à la profession d'exploitant de taxi après la loi du 20 janvier 1995*, JCP. 1995, éd. N° I, p. 241 ; D. BROUSSOLLE : *La loi du 20 janvier 1995 sur les taxis, une réforme pour des rentiers ?*, JCP 1995, éd. E, I, 466.

signifié sa cession (Article 1690 al. 1 du Code civil) puisque cet acte constitue une entrée en possession⁶⁴⁹. Le formalisme créé par le législateur est le suivant, les titres circulent au moyen d'une inscription, d'un virement de compte à compte sur le registre de la Caisse des dépôts et consignations. Les droits incorporels peuvent être aliénés et abandonnés (extinction du droit).

412. De la *res nullius* à la *res collectivis*. Qualifier juridiquement le poisson de mer et les droits afférents à son exploitation peut ainsi apporter une pierre à l'édifice du droit des biens. Si celui-ci ne peut plus être considéré comme une *res nullius* dès lors qu'il se trouve dans des zones de pêche réservées ou dans des zones économiques exclusives, des catégories nouvelles sont aujourd'hui à forger. Madame Gwenaële Poutrière-Maulion, souligne que la loi du 18 novembre 1997 d'orientation sur la pêche et sur les cultures maritimes a qualifié de « patrimoine collectif » les ressources halieutiques auxquelles la France accède. L'utilisation du terme patrimoine doit ici être comprise dans une acception différente de celle utilisée par la théorie classique. Le patrimoine cesse, en effet, ici d'être un ensemble de droits et d'obligations appartenant à une personne et ayant une valeur pécuniaire, mais doit être compris au sens que le droit international public donne au patrimoine commun de l'humanité, c'est-à-dire celui d'un acquis intouchable comme c'est le cas par exemple des fonds marins. Etymologiquement le patrimoine signifie « ce qui vient des pères ». L'application du terme patrimoine aux ressources halieutiques signifie que celles-ci doivent être transmises aux générations futures mais remet également en cause la qualification de *res nullius* puisque l'humanité devient le maître du poisson de mer. Dans de telles conditions force est de reconnaître que le poisson n'est plus *res nullius* que lorsqu'il se trouve en haute mer. Lorsqu'il se trouve dans des zones soumises à la souveraineté de l'Etat côtier, gestionnaire des ressources halieutiques, son exploitation se trouve réservée à la collectivité des pêcheurs nationaux de cet Etat. Ici le poisson de mer est une *res collectivis* c'est-à-dire une chose susceptible d'appropriation mais seulement au profit d'un groupe d'individus et non plus de tous⁶⁵⁰.

Madame Poutrière-Maulion relève bien que si l'Etat côtier gère les stocks de ressources halieutiques, il le fait non seulement dans l'intérêt de ses ressortissants mais aussi dans l'intérêt de l'humanité présente et à venir. Des droits exclusifs ne lui ont été reconnus que pour permettre

⁶⁴⁹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd., 2008, p. 97, 98.

⁶⁵⁰ G. POUTRIERE-MAULION, *L'évolution de la nature juridique du poisson de mer, Contribution à la notion juridique de bien*, Recueil Dalloz, 2000, p. 647 et s.

une transmission transgénérationnelle de cette richesse naturelle. Dès lors, si l'appropriation des ressources halieutiques par l'Etat côtier est indéniable, leur patrimonialité ne peut être évoquée selon la conception civiliste classique du terme. L'Etat côtier n'intervient, en effet, qu'en tant qu'administrateur du bien d'autrui, en réalité du bien de l'humanité.

413. Conclusion du chapitre. Ces nouvelles valeurs que sont les noms de domaine, l'image, l'information, les quotas ont rencontré tour à tour des difficultés de qualification, mais plus particulièrement, des difficultés afin de trouver un mode de protection adéquate. Le rattachement à un régime de protection de chacune de ces valeurs s'est révélé problématique et n'a pas manqué de susciter débat.

En effet, comme ceci a été démontré ci-dessus, toutes ces valeurs qui n'ont pas de statut propre, qui ne présentent pas de régimes spéciaux de protection, n'ont eu pour unique recours, afin de pouvoir bénéficier d'une protection, que de se retourner sur les principes généraux du droit commun, c'est-à-dire ceux de la responsabilité civile pour faute par le biais de l'article 1382 du Code civil.

L'article 1382 du Code civil constitue un embryon de protection⁶⁵¹ offert à ces valeurs dépourvues de statut.

Autrement dit, ces nouvelles valeurs (noms de domaine, image, information etc.) non pourvues d'un régime de protection spécifique se sont rabattues sur l'article 1382 du Code civil. Ce dernier constitue les bribes, les balbutiements d'un mode de protection. Cette protection n'est il est vrai pour le moment qu'embryonnaire.

Aussi, chacune de ces valeurs n'ont pas trouvé un mode de protection propre à elle, explicitement consacré de manière claire et précise, s'accommodant de régimes transitoires, de mode de protection temporaire dans l'attente d'une évolution et d'une future consécration législative de ces derniers. Pour cela faudrait-il encore qu'antérieurement ces valeurs, ces entités soient consacrées explicitement comme biens. C'est précisément ce qu'ont subi les biens intellectuels, les biens culturels et les biens naturels qualifiés comme tels, puis successivement dotés par des législations spéciales, de régimes spéciaux, dérogoires au droit commun. C'est la

⁶⁵¹ T. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 274. « Ainsi, avant les interventions législatives spéciales, l'image des personnes et leur vie privée, les interprétations des artistes du spectacle ou encore les logiciels ont bénéficié d'un commencement de protection par le jeu de l'article 1382 du Code civil ».

spécificité dont ils sont porteurs, autrement dit la particularité qui les innerve et transcende, qui permet de les démarquer des autres biens traditionnels contenus dans le Code civil ; nécessitant et appelant ainsi des régimes dérogeant au droit commun, d'où la multiplication de régimes spéciaux.

CHAPITRE II

LA MULTIPLICATION DES REGIMES SPECIAUX

414. Problématique. Toute la problématique de l'étude consiste à démontrer au sein de ce chapitre en quoi ces régimes sont spéciaux, autrement dit en quoi ces régimes dérogent-ils au droit commun ? Pourquoi sont-ils spéciaux ? Quel est le critère caractérisant leur spécificité au regard des autres biens traditionnels qui sont quant à eux soumis aux règles communes du droit des biens ? Comment dérogent-ils au droit commun ? Quelles en sont leurs manifestations ? Telles sont les questions primordiales auxquelles notre étude se doit d'apporter des réponses.

415. Droit des biens culturels. Madame Marie Cornu préfère parler de droit culturel des biens plutôt que de droit des biens culturels. Cette distinction recouvre deux volets : tout d'abord, le droit de la culture est envisagé dans son rapport au droit des biens, de plus, il n'existe pas de corps de règles constitué en un droit spécial des biens culturels, en raison de l'éparpillement des dispositions en la matière. Il y a plus justement de multiples droits spéciaux. Dans ce cas parler de droit des biens culturels consisterait davantage à mettre l'accent sur la diversité plus que sur l'unité. D'une part, il existe de nombreuses législations spéciales qui relèvent de ce que l'on pourrait nommer le droit spécial de la culture. C'est le cas de la loi sur les monuments historiques, de la loi sur les archives... Ces textes ont ceci en commun qu'ils affichent une finalité culturelle. D'autre part, il ne faut pas oublier que les biens culturels appartiennent aussi à d'autres catégories plus générales, ce sont des biens, meubles, immeubles, corporels, incorporels. En effet, l'intérêt culturel juridiquement protégé est assurément au cœur de règles spéciales telles que le droit des monuments historiques, le droit des archives, des biens culturels maritimes, des fouilles archéologiques, etc. , ce que l'on peut désigner comme étant le droit spécial de la culture.

416. Droit des biens naturels. Le droit de l'environnement essentiellement conçu en termes de protection des ressources, des espaces et des milieux naturels et des équilibres qui les gèrent est en conflit avec le droit de propriété, droit qui réserve à son titulaire un certain nombre de prérogatives animées principalement par des préoccupations patrimoniales qui peuvent se révéler « environnementicides ». De manière plus générale, le statut des « biens naturels » ou « environnementaux » apparaîtrait en contradiction avec le droit de propriété en ce qu'ils sont soit « *res nullius* » (l'air, la mer) soit « *res communis* » (les eaux territoriales). Certains soutiennent que les progrès de la protection de l'environnement passeraient par une exclusion croissante des biens et territoires à protéger du champ du droit de propriété comportant « le droit de détruire », tandis que d'autres au contraire, considèrent que l'effectivité des protections passe prioritairement par le développement de la propriété. La reconnaissance d'un droit de propriété sur les biens « environnementaux » permet d'asseoir leur protection sur des fondements juridiques indiscutables et d'accroître son effectivité tant sur le terrain du droit interne que sur celui du droit international. Et l'évolution du statut de la mer territoriale ainsi que la reconnaissance d'un droit de propriété des Etats sur le sous-sol marin démontrent amplement les progrès de cette analyse. Tant la doctrine (Hauriou) que le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation ont admis au début de ce siècle que le droit des collectivités publiques sur leur domaine, fût-il public, s'analysait comme un véritable droit de propriété et non pas comme un simple droit de garde ou d'administration.

La notion contemporaine d'environnement englobe la totalité du patrimoine et du milieu naturel. Seule l'atteinte portée aux droits des propriétaires peut faire l'objet d'actions en justice et, corrélativement, la pollution de biens environnementaux (étangs, etc.) ne se voit pas sanctionnée si ceux-ci sont la propriété exclusive des auteurs de la pollution. La protection de la faune ou de la flore sauvage, des écosystèmes, etc. , ne peut donc être assurée par le jeu des mécanismes normaux de la propriété et nécessite la mise en œuvres d'autres procédés.

417. Particularité commune de ces régimes spéciaux : l'existence d'une communauté d'intérêts. Les régimes que présentent tant les biens culturels que les biens naturels sont dits « spéciaux », et ainsi doivent être entendus comme dérogeant au droit commun. En effet, l'ensemble des règles qui les régissent ne sont pas contenues dans le Code

civil mais dans des Codes (Code du patrimoine, Code de l'environnement, etc.), lois, textes... tous externes au Code civil. Aussi, la question essentielle à laquelle notre étude doit s'efforcer de répondre est la suivante : en quoi le droit des biens culturels et le droit des biens naturels dérogent-ils au droit commun des biens ? Que ce soit tant les biens culturels que les biens naturels, il demeure qu'ils ne sont pas des biens comme les autres. Précisément, ce qui les distingue des autres est la « valeur culturelle » et la « valeur écologique » (la « valeur naturelle » ou la « valeur environnementale ») dont ils sont respectivement porteurs. C'est justement, cette valeur dont ils sont porteurs qui les transcende, qui constitue le critère distinctif nécessitant qu'ils soient isolés des autres biens. Les biens culturels et les biens naturels participent tous deux à une communauté d'intérêts. Les biens culturels participent d'un patrimoine culturel, tout comme les biens naturels participent d'un patrimoine naturel. Ces idées de patrimoine commun, d'héritage et de transmission aux générations futures sont fortement marquées. Aussi, la notion, le rapport d'appropriation des biens culturels comme des biens naturels se retrouve totalement chamboulée. Un clivage s'opère, car l'individu n'entretient plus avec sa chose un rapport d'exclusivité où ce dernier peut exclure les autres de son bien, comme le prévoit traditionnellement le Code civil. Ici, l'individu rencontre des difficultés afin de s'approprier ces biens tant culturels que naturels faisant partie d'un patrimoine commun. C'est très précisément en cela que ces biens (culturels et naturels) dérogent au droit commun et font appel à des droits spéciaux afin d'assurer leur protection. En effet, les biens naturels sont des choses communes caractérisées par leur non appropriabilité individuelle. Ils relèveraient plutôt d'une sorte de « propriété commune », ne pourrait-on pas voir en cela le retour des propriétés simultanées ? Les biens culturels quant à eux, peuvent faire l'objet d'une propriété culturelle privative qui se caractérisera par une propriété ouverte, grevée d'une sorte de servitude d'accessibilité. L'intérêt général doit primer sur l'intérêt individuel. Aussi, est-il nécessaire de raisonner en terme de finalité.

418. Spécialisation du droit des biens. La spécialisation du droit des biens prend toute sa signification à travers l'étude de régimes spéciaux. En effet, ces régimes dérogent au droit commun et c'est en cela qu'ils sont spéciaux. Encore faudra-t-il au préalable s'interroger, en quoi ces droits sont spéciaux ? Tel sera aussi l'objet de ce chapitre, qui consistera à démontrer, en quoi le droit des biens culturels et le droit des biens naturels sont des droits dérogatoires au

droit commun des biens. L'étude des biens culturels et des biens naturels met en exergue l'existence de régimes spéciaux. Aussi, il y aura lieu d'analyser successivement la spécialisation du droit des biens culturels (**Section 1**) et la spécialisation du droit des biens naturels (**Section 2**).

SECTION 1

LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS CULTURELS

419. Intérêt de la problématique. L'enjeu de l'étude de la spécialisation du droit des biens culturels consistera sans nul doute à exposer les manifestations de la spécialisation du droit des biens culturels (§2) à travers les régimes spéciaux de protection, après s'être bien évidemment interrogé au préalable sur ce qui fait la spécificité du droit des biens culturels (§1) et qui permet ainsi de les caractériser.

§1. La caractérisation de la spécificité du droit des biens culturels

420. Spécificité des biens culturels au regard des biens traditionnels contenus dans le Code civil. Seule la confrontation des biens culturels aux catégories spéciales déjà connues du droit des biens (I) permet de mettre en exergue et d'avancer que l'intérêt culturel constitue l'élément caractéristique de la qualification culturelle des biens (II).

I. La confrontation des biens culturels aux catégories spéciales déjà connues du droit des biens

421. Biens culturels et biens d'une nature spéciale. Une telle confrontation entre les biens culturels et les catégories spéciales déjà connues du droit des biens appelant un régime particulier se révélera riche d'enseignements. Aussi il conviendra d'exposer tour à tour les biens d'une haute valeur économique que sont les biens précieux (**A**), les biens augmentés d'une valeur morale que sont les souvenirs de famille (**B**), ainsi que le trésor (**C**).

A. Les biens d'une haute valeur économique : les biens précieux

422. Valeur économique. Le caractère précieux des biens est souvent pris en compte par le droit positif, dans certains cas, afin de leur appliquer un régime particulier. C'est leur haute valeur économique qui permet de les identifier en leur qualité de biens précieux. Le terme biens précieux peut recouvrir d'autres valeurs culturelles, intellectuelles, morales, c'est la valeur vénale que retient le droit spécial des biens. Les biens culturels renferment tout à la fois une valeur culturelle et économique significative. Le rapport existant entre les deux ordres de valeur peut prendre deux visages. La valeur économique peut, d'une part, faire présumer la valeur culturelle du bien. D'autre part, l'une et l'autre des deux valeurs nécessitent dans certains cas d'être conciliées.

423. Valeur économique, présomption de la valeur culturelle d'un bien. La valeur vénale d'un bien peut constituer un élément d'appréciation dans la qualification de bien culturel. Madame Marie Cornu relève fort justement une nuance en précisant que tous les biens précieux ne sont pas des biens culturels, mais cependant, beaucoup de biens culturels sont en revanche d'un prix élevé⁶⁵². Par exemple, les biens classés en vertu d'une législation sur les monuments historiques pourraient être considérés comme des biens précieux, car bien que le texte se fonde précisément sur un intérêt culturel, sont soumis à protection les biens de grande valeur économique. Au regard de l'extension du patrimoine culturel protégeable selon la loi de 1913 et l'intérêt grandissant porté au patrimoine ethnologique fait que seront aussi admis les biens d'une valeur vénale peu significative. C'est à travers les seuils de valeur notamment que la circulation des œuvres d'art est régie au point de vue national et communautaire. Ces seuils se combinent avec d'autres critères (règlement CEE du 9 décembre 1992 relatif à l'exportation de biens culturels en direction des pays tiers par exemple). Le décret français du 29 janvier 1993 pris en application du règlement communautaire et la loi du 31 décembre 1992 régissant la restriction de la circulation des biens culturels, renvoient aux mêmes seuils. La loi française du 31 décembre 1992 écarte cependant l'application de seuils de valeurs dans la qualification qu'elle

⁶⁵² M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 140.

donne aux trésors nationaux, pour retenir exclusivement l'intérêt majeur qu'il présente⁶⁵³. Les trésors nationaux sont tous frappés d'une interdiction d'exportation peu importe leur valeur. S'agissant des autres biens culturels un certificat autorisant le bien à circuler librement est alors requis. C'est à leur sujet qu'entrent en application les seuils de valeur.

424. Conciliation des valeurs économiques et culturelles. Parfois le droit fait prévaloir l'intérêt culturel. L'exemple le plus parlant est sans doute la position entretenue par le droit positif présentant des dispositions plus favorables pour les biens culturels. Ainsi l'article 291 II 8° et 9° du CGI dispose que sont exonérés de la TVA (taxe sur la valeur ajoutée) « les œuvres d'art originales, les timbres, objets de collection ou d'antiquité, lorsque l'importation est réalisée directement à destination d'établissements agréés par le ministère de la Culture et de la Communication (...) les objets d'occasion, d'antiquité ou de collection, œuvres d'art originales (...), pierres précieuses et perles (...) lorsqu'ils sont importés en vue d'une vente aux enchères publiques, par un assujetti à la taxe sur la valeur ajoutée redevable de la taxe au titre de cette vente ou exonéré en application du I de l'article 262 ». De telles dispositions visent expressément à faciliter l'importation de ces biens et à inciter à faire entrer dans le patrimoine culturel national ces derniers.

S'agissant de taxe spéciale sur les objets et métaux précieux prescrite à l'article 302 bis A et E du CGI sont exonérés certains objets d'art, de collection et d'antiquité. Alors un seuil financier entre en ligne de compte, contrairement au cas précédent. Seuls les biens d'une valeur inférieure à 3049 euros (20 000 Fr.) sont exonérés de taxe revenant à écarter de la taxe seulement les biens de faible valeur autrement dit pas précieux. En revanche, s'ils excèdent ce seuil ils sont taxés et obéissent à un mode de calcul particulier relève Madame Marie Cornu non plus basé sur des motifs culturels mais d'ordre purement économique. Ici souligne cette dernière « la logique fiscale reprend alors son règne, ignorant là la dimension culturelle pour ne s'intéresser qu'au caractère marchand du bien et les conditions dans lesquelles le droit fiscal peut s'exercer. C'est la fonction de recouvrement des ressources qui domine ici »⁶⁵⁴. Des exceptions existent

⁶⁵³ L'article 4 de la loi du 31 décembre 1913 dispose que « Les biens appartenant aux collections publiques, les biens classés en application de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques ou de la loi du n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives ainsi que les autres biens qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national du point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie sont considérés comme trésors nationaux ».

⁶⁵⁴ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 144.

toutefois, poursuit Madame Marie Cornu, les non-résidents ne sont pas assujettis à la taxe notamment afin de les inciter à vendre sur le marché français, aliénant le bien dans le cadre d'une vente aux enchères publiques. De plus, le vendeur est exonéré de la taxe lorsque la vente est faite à un musée national, à un musée classé ou contrôlé par l'Etat ou une collectivité locale, ainsi qu'à la Bibliothèque nationale, à une autre bibliothèque de l'Etat ou à une bibliothèque d'une autre collectivité publique. Madame Marie Cornu relève à juste titre que « ressurgit là l'intérêt culturel, tourné vers l'enrichissement du « patrimoine culturel » national, à l'instar des dispositions précitées de l'article 291 du CGI concernant l'importation de certains biens culturels »⁶⁵⁵.

425. Convergence des valeurs économiques et culturelles. Cette convergence entre la valeur économique et culturelle s'illustre parfaitement lors de transfert à l'Etat d'œuvres relevant du patrimoine artistique, national, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. En effet, l'administration fiscale donne la possibilité que des biens d'une haute valeur économique et culturelle puissent effacer une dette fiscale. Certaines successions comprennent en effet un patrimoine artistique d'une valeur économique considérable, entraînant des droits de mutation très élevés. L'article 1716 bis du Code Général des impôts institue une faculté de paiement par remise d'œuvres d'art. Ce texte dispose que « Tout héritier, donataire ou légataire peut acquitter les droits de succession par la remise d'œuvres d'art, de livres, d'objets de collection ou de documents de haute valeur artistique ou historique. (...) La procédure de dation en paiement par remise d'œuvres d'art, de livres, d'objets de collection ou de documents de haute valeur artistique ou historique prévue au I est applicable aux droits dus sur les mutations à titre gratuit entre vifs ainsi qu'au droit de partage ». Le caractère reconnu libératoire de l'œuvre donnée en dation emportera l'extinction de la dette.

426. Spécificité de la valeur culturelle. Madame Marie Cornu souligne qu'« à notre sens, la notion de valeur culturelle n'éclipse pas celle de valeur marchande. Elle l'absorbe. (...) Mais ce qui fait la spécificité de la valeur culturelle envisagée d'un point de vue économique relativement à la notion de valeur purement marchande est que la valeur du bien peut être

⁶⁵⁵ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 144.

estimée au regard d'éléments autres que la valeur vénale, en considération de son intérêt culturel. En cela, l'appréciation économique du bien en vertu de considérations culturelles peut constituer une sorte de valeur ajoutée, dès lors qu'elle reçoit une traduction en termes d'évaluation »⁶⁵⁶.

B. Les biens augmentés d'une valeur morale : les souvenirs de famille

427. Acception des souvenirs de famille. Entrent dans cette catégorie les objets, nécessairement mobiliers, évoquant le passé de la famille, tels que décorations, diplômes, lettres ou autres manuscrits... Ne méritent cependant cette qualification que des objets présentant « une valeur avant tout morale, l'emportant sur toute valeur vénale ». La prépondérance de la dimension extrapatrimoniale constitue le fondement de l'affectation familiale qui est réservée à de tels objets. L'objectif est, fondamentalement d'éviter que le partage successoral ne se traduise par une dispersion qui priverait ces souvenirs de famille, précisément, de la dimension familiale qui fait l'essentiel de leur intérêt⁶⁵⁷. Ces biens ne sont pas disponibles sauf au profit des membres de la famille, il ne s'agit pas de biens comme les autres, ils sont confiés à titre de dépôts à celui des membres de la famille que les tribunaux estiment le plus qualifié et ne doivent pas être dispersés contre la volonté de ses membres.

Bien que la notion de souvenirs de famille prenne une importance croissante, elle demeure floue et prétorienne. Il s'agit de biens dont la signification familiale, morale et affective est si profonde qu'elle éclipse leur valeur vénale, si importante puisse-t-elle être : la « mémoire de la famille », le « musée familial » : ces documents et ces meubles qui contribuent à l'honneur et à l'histoire d'une famille, adressés à un de ses membres ou en provenant⁶⁵⁸.

428. Nature particulière des souvenirs de famille : l'intérêt moral, l'intérêt familial.

Les souvenirs de famille sont des biens d'une nature particulière car à leur valeur économique, vient s'agréger une valeur d'un autre ordre qui traduit le rattachement à la famille. Les deux notions de valeur prospèrent, il est vrai, sur des plans différents. La valeur économique est une

⁶⁵⁶ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 146.

⁶⁵⁷ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd., Dalloz, *Précis*, 2002, p. 626, n° 771.

⁶⁵⁸ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 14, n° 23.

donnée objective liée à la circonstance que le bien est dans le commerce, qu'il est donc évaluable en argent. Elle renvoie donc à la façon dont il peut être exploité. A l'inverse, la valeur morale d'un bien n'existe que dans son rapport avec le propriétaire ou détenteur. C'est, cette fois-ci dans un sens subjectif, la valeur qu'il attache au bien indépendamment de sa valeur marchande. Il s'agit d'objets matériels qui sont affectés en plus des autres d'une certaine finalité. C'est précisément cette notion de « finalité », « d'affectation à une communauté familiale » qui joue un rôle clef, en matière de biens culturels, de manière analogique et en termes de finalité, ces derniers sont affectés de par leur « intérêt culturel » qui les caractérise à une « communauté de personnes ». Les biens culturels appartiennent à un patrimoine commun et se caractérisent vis à vis des autres biens par cette « communauté d'intérêts », ils appartiennent à un ensemble et ne sont pas exclusifs à un être individuel et propre. Les souvenirs de famille sont la mémoire de la famille. Madame Marie Cornu évoque que « Monsieur Barbiéri parle de biens liés à l'histoire familiale et met en lumière l'influence du temps dans la constitution de ce patrimoine. Plus que dans la nature de l'objet, c'est « dans le mode de rattachement à la famille » que réside « la composante essentielle de la définition du souvenir familial » »⁶⁵⁹. L'empreinte de l'intérêt moral dans cette catégorie particulière de biens a conduit les juges à écarter les règles du droit commun et à soumettre les souvenirs de famille à un traitement spécial.

429. Traitement spécial des souvenirs de famille. La catégorie spéciale de biens que constitue les souvenirs de famille ; au sein de cette catégorie peuvent naître des problèmes suite à la confrontation entre intérêt moral et pécuniaire, en cas de partage ou lorsque des héritiers entendent faire valoir leurs droits. L'article 815 du Code civil dispose que « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou par convention ». L'action en partage peut conduire à une dispersion, voire à la sortie des biens du patrimoine familial, malgré la règle de l'article 832 ancien du Code civil qui préconise d'éviter tout morcellement des héritages dans la formation et la composition des lots. La jurisprudence relève Madame Marie Cornu a écarté les règles

⁶⁵⁹ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 148. V. *infra*, n° 662 et s.

habituelles du partage en raison de l'intérêt particulier que représentent ces « biens saturés d'éléments moraux »⁶⁶⁰.

Les souvenirs de famille doivent être réunis entre les mains d'un seul attributaire et doivent être soustraits au commerce juridique.

Antérieurement les souvenirs de famille échappant au droit commun devaient être réunis entre les mains du fils aîné, censé plus que les autres assurer la continuation de la famille. La règle évolua pour finalement confier la garde du bien « à celui des membres de la famille que les tribunaux estiment le plus qualifié ». C'est ainsi en tant que gardiens qu'ils ont la charge de conserver les biens.

Considérant la soustraction des biens du commerce juridique, la jurisprudence n'est pas toujours uniforme sur le sujet. Un grand nombre de décisions ont fait prévaloir l'intérêt moral pour écarter les règles habituellement suivies en la matière, soit en admettant l'indivision, soit en limitant la licitation au cercle des héritiers. Les biens étaient ainsi soustraits au droit commun parce que n'ayant de « réelle valeur que pour les héritiers » ou encore lorsque l'intérêt familial dominait.

430. Double intérêt : intérêt culturel / intérêt moral. Les biens appartenant au patrimoine familial sont parfois aussi porteurs d'un intérêt culturel. En observant l'ensemble des souvenirs de famille l'on s'aperçoit que certains d'entre eux peuvent revêtir un intérêt historique ou artistique certain. Madame Marie Cornu relève que ce soient les portraits de famille réalisés par un peintre illustre, les archives familiales, de la correspondance ou des objets ayant appartenu à des personnages connus ou encore se rapportant à des événements remarquables, autant de biens susceptibles de présenter un intérêt sous un double rapport, culturel et moral. L'affaire Emile Zola⁶⁶¹ illustre parfaitement ce double intérêt. En l'espèce, l'héritière d'Emile Zola, avait décidé de vendre aux enchères publiques l'ensemble des pièces et documents constituant la collection Emile Zola. Après qu'une ordonnance en référé ait décidé de surseoir à la vente jusqu'à décision du juge du fond sur la propriété du document. La Cour de Paris confirme la décision de sursis en « considérant qu'il est constant que les souvenirs et documents

⁶⁶⁰ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 149.

⁶⁶¹ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 152, Paris, 7 décembre 1987.

dont la vente et la dispersion sont envisagées et qui constitue une collection Emile Zola sont dans la famille depuis près de cent ans (...) qu'en cet état et en présence de son père encore vivant, Brigitte Emile Zola, épouse Place, ne saurait suivre son projet qui tend directement à la dispersion définitive et irrémédiable des composants d'une collection ». Signalons que parmi les documents figurait le célèbre manuscrit original de « J'accuse », évalué à entre trois et cinq millions de francs. En outre, il était l'objet ainsi que d'autres éléments de la collection d'une instance de classement au titre des monuments historiques par décision du ministère de la Culture. Il y avait donc derrière l'intérêt moral un intérêt éminent à préserver.

Nous nous trouvons ici sur le terrain de la mémoire collective familiale. Elle peut être transposée telle quelle aux « biens porteurs d'une mémoire collective » qui dépasse le cadre familial pour intéresser la collectivité toute entière : les biens du « patrimoine culturel ».

C. Le trésor

431. Notion civiliste du trésor. La notion de trésor est familière en droit civil. Aux termes de l'article 716 du Code civil « Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard ». Il existe un terrain d'achoppement entre notion civiliste et les choses anciennes présentant un intérêt culturel tels que les objets provenant de fouilles archéologiques. Ainsi un chevauchement s'opère entre règles civilistes et règles relevant de législations spéciales relatives à la découverte des biens culturels provenant de fouilles terrestres ou maritimes.

432. Fouilles terrestres. Fouiller signifie creuser pour mettre à découvert ce qui peut être enfoui. Le terme de fouille suppose donc une volonté *a priori* incompatible avec le mécanisme de l'article 716 du Code civil qui pose l'exigence du caractère fortuit de la découverte. Une telle difficulté est résolue par les règles spéciales relatives aux biens culturels. C'est la loi du 27 septembre 1941 qui pose le régime des fouilles. Plusieurs cas existent les fouilles effectuées par un particulier, placées sous la surveillance de l'Etat ou qu'elles le soient par l'Etat lui-même.

Concernant l'exécution des fouilles par l'Etat lui-même l'article 11 dispose que « La propriété des découvertes de caractère mobilier effectuée au cours des fouilles est partagée entre l'Etat et

le propriétaire du terrain suivant les règles du droit commun ». L'article 716 du Code civil s'applique bien que ces découvertes ne revêtent pas un caractère fortuit.

Pour les fouilles réalisées par un particulier et placées sous la surveillance de l'Etat, la question de la propriété peut se poser lorsque ce n'est pas le propriétaire qui entreprend les fouilles et / ou qu'il ne découvre pas lui-même l'objet. Etant donné que rien n'est indiqué Madame Marie Cornu en déduit qu'à défaut de caractère fortuit, la propriété en reviendra en totalité au propriétaire du terrain, sauf l'Etat à exercer son droit de revendication dans l'intérêt des collections publiques.

S'agissant des découvertes fortuites, l'article 16 renvoie à l'article 716 du Code civil. Ce dernier précise en son alinéa 1 que « La propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds : si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds ». La propriété du trésor est répartie à part égale entre l'inventeur et le propriétaire du sol.

433. Découvertes maritimes. En ce qui concerne les découvertes de biens culturels maritimes où le propriétaire n'est pas possible d'être retrouvé, ici le caractère fortuit est plus difficile à constater au plan matériel. A première vue ces biens se trouvent sur le domaine public et ainsi la question devrait se régler entre l'inventeur et l'Etat. Cependant la loi spéciale relative aux biens culturels maritimes en son article 2 précise que « Les biens culturels maritimes situés dans le domaine public dont le propriétaire n'est pas susceptible d'être retrouvé appartient à l'Etat »⁶⁶². De tels vestiges maritimes étant plus rares, une appropriation privée doit être écartée ; retrouvant ici le caractère précieux lié à la notion de trésor.

434. Transition. En se penchant sur les règles spéciales appliquées à certains biens tels que les souvenirs de famille ou encore les biens précieux, on observe certains rapprochements. L'identification des souvenirs de famille fondée sur l'intérêt moral n'est pas en effet sans rappeler l'intérêt culturel.

⁶⁶² M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 156.

II. L'intérêt culturel comme élément caractéristique de la qualification culturelle des biens

435. L'intérêt culturel : une notion à contenu variable. L'origine remonte au recours à la notion de monument dans la loi du 31 décembre 1913 traduisant essentiellement une volonté de protéger des édifices remarquables tels que des châteaux par exemple. L'objet de la protection pouvait se confondre avec l'intérêt culturel sous-jacent. Cependant, la notion de monument artistique ou historique a considérablement évolué depuis l'entrée en vigueur de la loi. On ne protège plus aujourd'hui uniquement des immeubles exceptionnels, la tendance est à l'élargissement de la notion de patrimoine culturel. Les biens protégés ne sont plus caractérisés dans leur matérialité autrement que d'une façon neutre, ce sont des biens meubles ou immeubles. A cet endroit rien ne permet de les distinguer des autres biens. C'est donc l'intérêt culturel qu'ils présentent qui les distingue.

Madame Marie Cornu relève que « l'attention portée par le législateur sur le « patrimoine culturel » contemporain ne choisit pas selon la valeur des œuvres ou leur intérêt majeur. Plus que le bien, c'est l'activité qui en est la source qu'il retient dans la reconnaissance d'un intérêt culturel. C'est parce que l'architecture, l'activité littéraire et artistique, le cinéma, etc. sont des activités culturelles que leurs produits méritent protection, et non directement en raison de leur valeur intrinsèque. Voilà qui explique le recours à des critères autres que celui de la valeur culturelle du bien. La qualification du bien se détourne le plus souvent de la qualification de toute appréciation relative au contenu. C'est particulièrement frappant en matière d'œuvres de l'esprit au sens de la loi sur la propriété littéraire et artistique qui exclut expressément la référence au mérite »⁶⁶³.

436. Critères. L'intérêt culturel repose sur un certain nombre de critères, qui font ressortir la variété des biens protégés. Les deux critères en termes de protection des monuments historiques, applicables également dans d'autres législations culturelles, sont l'intérêt historique et artistique. Dès l'origine de la protection, les monuments historiques étaient appréciés sous le double rapport de l'art et de l'histoire. Mais le contenu de l'intérêt culturel s'est aujourd'hui

⁶⁶³ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 315.

singulièrement étendu, laissant apparaître de nouveaux critères élargissant encore le champ de la protection⁶⁶⁴.

437. Emergence de nouveaux intérêts. L'élargissement de l'intérêt culturel, justifiant la protection de certains biens est très frappant. Il s'est révélé ultérieurement à la loi du 31 décembre 1913. Ainsi à côté de l'intérêt culturel de caractère artistique ou historique, qui demeure, on trouve l'intérêt du point de vue de la science, de la technique, l'intérêt légendaire et pittoresque en matière de protection des sites, l'intérêt lié à la préhistoire, à l'archéologie, à l'ethnologie ou encore à l'intérêt esthétique. A ces nouvelles formes de l'intérêt culturel correspond de nouvelles interprétations du bien culturel, appartenant à des législations distinctes. Ainsi, la loi du 27 septembre 1941 relative aux fouilles archéologiques protège des monuments ou objets « pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie » (Art. 1), la loi du 2 mai 1930 relative aux sites protège les monuments et sites « dont la conservation ou la préservation présente, au point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque un intérêt général » (Art. 4). C'est dans cette effervescence patrimoniale que, le droit de l'urbanisme propose une protection d'ensembles architecturaux présentant, hormis les traditionnels critères d'art et d'histoire, un intérêt esthétique⁶⁶⁵.

438. L'intérêt culturel comme critère de qualification culturelle des biens. Madame Marie Cornu propose de confronter le bien culturel aux catégories classiques du droit des biens afin d'en dégager leur spécificité. « Le bien culturel est un bien meuble ou immeuble, il peut être objet de commerce, élément d'un patrimoine. Il demeure qu'il n'est pas un bien comme les autres. Ce qui le distingue est la valeur culturelle dont il est porteur, et qui parfois nécessite qu'il soit isolé de la communauté des autres biens ». Cette dernière précise que « Les essais de définition, tant de l'ensemble que constitue le patrimoine culturel que de ses composantes, les biens culturels, sont, on l'a vu, infructueux ». C'est précisément à ce stade de la réflexion que Madame Marie Cornu propose de se tourner « cette fois-ci non plus vers l'objet mais vers l'intérêt qu'il contient, plus-value immatérielle, que protège le droit »⁶⁶⁶. L'intérêt culturel peut

⁶⁶⁴ M. RIDINGS, *Le droit de l'urbanisme et l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Thèse Avignon, sous la direction de J.-M. BRUGUIÈRE, 2008, p. 16, n° 17.

⁶⁶⁵ M. RIDINGS, *Le droit de l'urbanisme et l'intérêt culturel juridiquement protégé*, op. cit., p. 18, n° 21.

⁶⁶⁶ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 164. V. *infra*, n° 561.

prendre diverses formes (intérêt artistique, historique, littéraire...) et c'est très précisément cet intérêt culturel qui caractérise le bien culturel.

Pour les biens du patrimoine culturel constitué c'est la valeur intrinsèque du bien qui demeure le point essentiel de référence, sachant que le législateur en délègue l'appréciation à d'autres sciences plus aptes à en définir le contenu : science historique, archéologique etc. En revanche, s'agissant du patrimoine culturel en devenir, en formation, l'objet culturel sera qualifié autrement que par la valeur immatérielle qu'on lui suppose⁶⁶⁷. Madame Marie Cornu envisage l'intérêt esthétique pour évaluer ce qu'elle dénomme le « patrimoine culturel en devenir » qui renvoie au patrimoine contemporain, qu'elle oppose au « patrimoine culturel constitué » qui se rapporte essentiellement au passé.

439. L'intérêt culturel comme spécificité des biens culturels : l'existence d'une communauté d'intérêts appelant un régime spécial, dérogatoire au droit commun. La confrontation des biens culturels aux catégories classiques existantes dans le Code civil a permis de mettre en exergue que les biens culturels sont différents dans le sens qu'ils ne sont pas des biens comme les autres. En effet, ce qui les distingue des autres biens est très précisément la valeur culturelle dont ils sont porteurs et qui nécessite qu'ils soient isolés de la communauté des autres biens. C'est l'intérêt culturel qu'il contient, qui le transcende, l'innervé véritablement qui en constitue sa particularité, sa spécificité vis à vis des autres biens. C'est cette valeur culturelle dont ils sont porteurs que le législateur apprécie d'où l'affirmation de l'existence d'un intérêt culturel juridiquement protégé. Bien que les biens culturels recouvrent une grande variété d'espèces nous ne doutons pas qu'il y ait une communauté d'intérêts. Cet intérêt culturel constitue une sorte de plus-value immatérielle que protège le droit. Intérêt artistique, historique, littéraire, c'est l'intérêt culturel traduit sous des formes multiples qui caractérise le bien culturel. C'est cet intérêt culturel, qui est présent dans les biens culturels, et qui en revanche, ne l'est pas dans les biens traditionnels contenus dans le Code civil, qui appelle et demande un régime dérogatoire au droit commun. L'intérêt culturel qui transcende les biens culturels crée un rapport d'appropriation entre ces biens culturels et un simple particulier tout autre que celui prévu traditionnellement dans le Code civil. La propriété se caractérise principalement par le rapport

⁶⁶⁷ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 318.

d'exclusivité qu'il existe entre une personne et son bien, autrement dit le propriétaire a le pouvoir d'exclure toute personne de sa chose. Or, ici, le rapport d'appropriation est totalement fossé l'individu n'entretient plus avec son bien (culturel) un rapport d'exclusivité, d'individualité. Ce rapport direct, personne / bien approprié, se retrouve interféré par l'intérêt culturel qui s'immisce dans cette relation, cette communauté d'intérêts en vient à innover totalement la relation au point de l'atrophier. C'est au nom d'une « communauté d'intérêts » justifiée par l'intérêt culturel que les biens culturels présentent, que ces derniers se doivent d'être accessibles à tous et de par leur valeur relever d'une protection particulière ; nécessitant alors l'intervention de règles spéciales, appelant la création de régimes dérogatoires au droit commun. D'où la création progressive de lois spéciales.

Aussi, Madame Marie Cornu rejoint notre démonstration en soutenant que « le caractère privé ou public de la propriété ne doit pas dominer l'ensemble des règles relatives à la préservation de l'intérêt culturel. La spécificité des deux propriétés doit en effet céder à certains égards devant un objectif commun. Voilà pourquoi nous suggérons de raisonner en termes d'affectation culturelle avant que de penser propriété ». La propriété culturelle privative était aussi une propriété ouverte, grevée d'une sorte de servitude d'accessibilité. Ne pourrait-on pas y voir un retour des propriétés simultanées ?

Les biens culturels, commandés par leur intérêt culturel, ne sont pas propres et affectés à une personne unique mais bien affectés à une communauté d'intérêts. Les biens culturels relèvent d'un patrimoine culturel destiné et voué à être transmis aux générations futures. Aussi, il est impératif en la matière de raisonner en termes de finalité.

440. Propriété culturelle. La propriété culturelle est donc tout à la fois propriété privative et propriété ouverte. Grevée d'une sorte de servitude d'accessibilité dont le titulaire serait l'ensemble de la communauté, le public, la propriété culturelle doit, à notre sens, être considérée sous un double rapport dans sa dimension privative tout autant que dans sa destination collective. Ainsi le patrimoine culturel se présente comme le siège de droits concurrents. En effet, la valeur culturelle, composante immatérielle plus ou moins dissociable de son support matériel, brise parfois le monopole du propriétaire sur son bien en raison de la nécessité de le rendre accessible à l'ensemble de la communauté.

441. Ressort, dynamisme de l'étude. Après s'être interrogé en quoi le droit des biens culturels est spécial, autrement dit, en quoi dérogent les biens culturels par rapport au droit commun et d'avoir tenté d'y répondre à travers l'intérêt culturel ; aussi il y a lieu à présent d'exposer les manifestations de la spécialisation du droit des biens culturels à travers la protection de ces derniers, autrement dit, les biens culturels dans le droit spécial.

§2. Les manifestations de la spécialisation du droit des biens culturels à travers l'étude des régimes spéciaux de protection des biens culturels

442. Les biens culturels dans le droit spécial : régime juridique protecteur des biens culturels. L'influence du droit des biens culturels contribue fortement à ce mouvement de spécialisation, en effet, les diverses lois auxquelles ce dernier fait appel afin de régir son régime juridique participe sans nul doute à la spécialisation du droit des biens. Afin d'exposer et détailler au mieux ce mouvement de spécialisation à travers l'étude du régime juridique des biens culturels, il conviendra de présenter tout d'abord, la protection des biens culturels **(I)** ensuite, le contrôle des exportations **(II)** mais encore, la circulation des biens culturels **(III)** pour finalement conclure sur les mécanismes d'enrichissement du patrimoine public, autrement dit, sur les mécanismes fiscaux et patrimoniaux que connaissent les biens culturels **(IV)**.

I. La protection des biens culturels

443. Mode de protection. Le patrimoine culturel se subdivise en patrimoine culturel immobilier (les monuments historiques, les espaces protégés, les biens archéologiques) et en patrimoine culturel mobilier (les collections publiques, les monuments historiques, les archives, les trésors nationaux)⁶⁶⁸ ; tous suivent un mode de protection particulier qui mérite d'être exposé.

La protection des biens culturels passe par une étude approfondie des régimes protecteurs des immeubles **(A)** puis, des régimes protecteurs des meubles **(B)**.

⁶⁶⁸ P.-L. FRIER, *Droit du patrimoine culturel*, PUF, coll. Droit fondamental, 1997.

A. Les régimes protecteurs des immeubles

1. Classements au titre des monuments historiques et inscriptions à l'inventaire supplémentaire

444. Deux modes de protection : classement et inscription. La loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques est une loi fondatrice. C'est l'intérêt d'art et d'histoire qui fonde la qualification de monuments historiques. L'article 1^{er} de cette loi dispose que « Les immeubles dont la conservation présente, au point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt public, sont classés comme monuments historiques en totalité ou en partie par les soins du ministre chargé des affaires culturelles selon les distinctions établies par les articles ci-après ». Le mode de protection par excellence est le classement au titre des monuments historiques (loi du 31 décembre 1913) qui correspond au plus haut niveau de contraintes pour le propriétaire du bien concerné. En particulier, le propriétaire ne peut apporter un quelconque aménagement, modification, construction ou restauration du bien classé sans avoir sollicité l'autorisation préalable auprès de l'administration.

Le deuxième mode de protection est l'inscription à l'inventaire supplémentaire, mécanisme préventif qui fait naître une obligation d'information à la charge du propriétaire lorsqu'il envisage par exemple de transformer un bien. Ce mode de protection prévention concerne l'ensemble des monuments historiques immeubles.

445. Comparaison. Madame Marie Cornu fait ressortir que « La technique de l'inscription à l'inventaire supplémentaire constitue un mode de protection relativement peu contraignant par comparaison à celle du classement. A l'origine prévu comme un dispositif de type conservatoire, instituant une protection minimale à des biens appelés à rejoindre à terme le patrimoine classé, l'inscription à l'inventaire est aujourd'hui considérée comme un mode de protection à part entière »⁶⁶⁹.

⁶⁶⁹ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 389.

Alors qu'en matière de classement du bien en vertu de la loi de 1913, c'est l'intérêt public du point de vue de l'histoire ou de l'art qui constitue le critère de la protection, la simple inscription sur l'inventaire exige seulement un intérêt suffisant du point de vue de l'art ou de l'histoire⁶⁷⁰.

2. Le périmètre de protection des monuments historiques

446. Présentation. En instituant une servitude d'abord autour d'un monument classé, la loi du 31 décembre 1913 ne vise pas seulement le patrimoine bâti. Le voisinage culturel du bien comprend certes les immeubles construits situés à l'intérieur du périmètre de protection délimité par la loi (500 m), mais également son environnement en général. Le simple fait pour un immeuble de se retrouver à l'intérieur du périmètre de protection crée à sa charge une servitude dite administrative⁶⁷¹. Au terme de l'Art. 1^{er}, 3^o de la loi du 31 décembre 1913 « ... est considéré pour l'application de la présente loi, comme étant situé dans le champ de visibilité d'un immeuble classé ou proposé pour le classement, tout autre immeuble nu ou bâti, visible du premier ou visible en même temps que lui, et situé dans un périmètre n'excédant pas 500 mètres... ».

De plus, une ordonnance récente du 8 décembre 2005 a inséré l'article L. 621-30 al. 1 du Code du patrimoine qui souligne que l'Architecte des Bâtiments de France (ABF) délivre un avis conforme en matière de permis de construire en cas de démolition ou d'aménagement. C'est l'Architecte des Bâtiments de France qui peut proposer un périmètre de protection adapté et qu'il peut soumettre à enquête publique. Ce périmètre de protection⁶⁷² doit apparaître au PLU (Plan Local d'Urbanisme, anciennement appelé POS).

3. Les secteurs sauvegardés

447. Législation. Un ensemble peut être pris en considération sans, de façon obligée qu'un bien culturel éminent en soit le centre. La première loi à consacrer l'évolution est dite loi

⁶⁷⁰ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 193.

⁶⁷¹ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 130, 71 et 222.

⁶⁷² Affaire Michel Drucker, sur la commune d'Eygalières Monsieur Drucker souhaite étendre sa propriété, cependant cette extension entre dans le périmètre des 500 mètres autour d'une église classée. (Printemps 2009).

Malraux⁶⁷³ du 4 août 1962. Elle avait pour objet de protéger ce qu'elle nomme « les secteurs sauvegardés » lorsque ceux-ci présentent un caractère historique, esthétique ou de nature à justifier la conservation, la restauration ou la mise en valeur de tout ou partie d'un ensemble d'immeubles »⁶⁷⁴. L'idée réside dans le fait qu'en dépit de l'absence d'intérêt des immeubles pris isolément, c'est la réunion de plusieurs d'entre eux qui justifie la protection. Ainsi ont pu être protégés des quartiers anciens ainsi que des ensembles d'habitations rurales.

La législation relative aux secteurs protégés, codifiée aux articles L. 313-1 à L. 313-3 et R. 313-1 à 313-23 du Code de l'urbanisme récemment modifiée par l'ordonnance du 28 juillet 2005 n'est qu'un exemple supplémentaire de la spécialisation du droit des biens lisible à travers le régime juridique des biens culturels.

Cette législation relative aux secteurs protégés tout comme la loi sur les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager (ZPPAUP) qui s'y substitue progressivement, poursuivent là encore des objectifs liés à la protection de l'environnement.

448. Droit de l'urbanisme et l'intérêt culturel juridiquement protégé⁶⁷⁵. L'intérêt culturel constitue un critère de patrimonialisation, permettant la qualification culturelle d'un bien et son intégration dans la sphère du patrimoine culturel. En tant que tel, son analyse passe, en premier lieu par sa reconnaissance juridique, c'est-à-dire son intégration dans les textes de loi, puis par sa protection juridique, c'est-à-dire sa soumission à un régime exorbitant au droit commun. Consistant ainsi à reconnaître la valeur culturelle d'un bien avant de lui appliquer un régime protecteur. L'intérêt culturel peut prendre divers visages, valeur d'ordre historique, artistique, littéraire, scientifique ou même esthétique, et c'est ce dernier qui caractérise le bien culturel. Cette patrimonialisation du droit de l'urbanisme correspond à l'intégration de notions patrimoniales dans le droit de l'urbanisme. Cette intégration a été lente et difficile car le droit de l'urbanisme s'est essentiellement forgé autour de préoccupations d'ordre économiques et sociales, concernant par exemple l'amélioration de l'habitat, la réalisation de grands équipements publics.

⁶⁷³ Ministre des Beaux-Arts.

⁶⁷⁴ Article L. 313-1 du Code de l'urbanisme.

⁶⁷⁵ M. RIDINGS, *Le droit de l'urbanisme et l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Thèse Avignon, sous la direction du Professeur J.-M. BRUGUIÈRE, 2008.

« Ce changement du droit de l'urbanisme fait émerger, dans cette discipline, un « nouveau » critère justifiant la patrimonialisation d'un bien. Il s'agit de l'intérêt culturel qui dans le droit de l'urbanisme apparaît sous la forme de l'intérêt esthétique. A ce stade, l'esthétique prend l'existence, par l'effet de la loi, en matière d'urbanisme. La reconnaissance de cet intérêt n'est pas anodine puisqu'elle permet au droit de l'urbanisme de remplir correctement sa mission de protection de cadre de vie et de sa qualité, dans la mesure où les notions d'esthétique et de qualité de vie sont intimement liées. Les causes de ce renouvellement résultent, certes d'un changement de mentalité dans l'esprit des pouvoirs publics, mais aussi et surtout, d'une acceptation nouvelle du patrimoine. Ainsi, dans le droit de l'urbanisme, la protection du patrimoine culturel immobilier se rapporte, non plus à un seul bien immeuble jugé pour ses qualités historiques ou artistiques, mais à des ensembles architecturaux caractérisés par leur intérêt esthétique. Le droit de l'urbanisme reconnaît donc, au nom de cet intérêt, un patrimoine architectural urbain. Ainsi, en permettant de débloquent le concept du patrimoine culturel immobilier, le recours à la notion d'intérêt esthétique a favorisé le passage du monument au territoire dans la patrimonialisation du bien »⁶⁷⁶.

4. Les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager ou encore appelées les ZPPAUP⁶⁷⁷

449. Définition. La législation sur les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager destinée à protéger les éléments les plus variés du patrimoine ne vise pas seulement le patrimoine historique au sens de la loi du 31 décembre 1913 mais aussi d'autres patrimoines parmi lesquels « quartiers anciens, ensemble d'habitat rural, villages, éléments du patrimoine préindustriel ou industriel du XIX^{ème} siècle au XX^{ème} siècle, architecture du début de ce siècle, balnéaires ou thermales... ». Les communes sont les principaux artisans afin de délimiter les zones « à rechercher une perception aussi globale que possible » du patrimoine. Cette législation sur les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager est notamment applicable au patrimoine rural. Ainsi peuvent être soumis à la protection « des zones

⁶⁷⁶ M. RIDINGS, *Le droit de l'urbanisme et l'intérêt culturel juridiquement protégé*, op. cit. , p. 417, 418, n° 784 , 787, 788.

⁶⁷⁷ Loi n° 83-08 du 7 janvier 1983 modifiée par la loi n° 93-24 du 8 janvier 1993 sur la protection et la mise en valeur des paysages et modifiant certaines dispositions législatives en matière d'enquêtes publiques, JO 9 janvier 1993, p. 503.

rurales comportant des éléments architecturaux dignes d'intérêt (ensembles d'habitat rural, villages...) »⁶⁷⁸. Cette dite circulaire du 1^{er} juillet 1985 indique qu'une ZPPAU « doit permettre l'affirmation d'une vie économique et sociale au niveau d'un quartier ou d'une entité urbaine, compatible avec l'affirmation de son identité architecturale et patrimoniale. Un tel établissement d'une ZPPAU peut être un moyen de « mise en valeur, de réhabilitation, voire de revitalisation ». Ce texte met en avant « le souci de mise en valeur du patrimoine à travers ses possibilités d'utilisation économique et sociale ».

B. Les régimes protecteurs des meubles ⁶⁷⁹

450. Modes de protection. A l'origine, le législateur entendait protéger les objets mobiliers, les chefs d'œuvres des beaux-arts, peintures, sculptures, tapisseries, objets précieux. La référence à l'intérêt historique ou artistique signifiait qu'on s'intéressait soit aux œuvres de grande valeur esthétique, soit aux objets ou lieux prestigieux marqués par l'histoire. Ainsi, l'article 14 de la loi du 13 décembre 1913 précise que « Les objets mobiliers, soit meubles proprement dits, soit immeubles par destination, dont la conservation présente, au point de vue de l'histoire, de l'art, de la science ou de la technique, un intérêt public, peuvent être classés par un arrêté ministériel ». Deux modes de protection existent, le premier consiste en classement en monuments historiques de tous objets mobiliers qui se trouvent rattachés par un lien particulier à un immeuble protégé comme par exemple : tapisseries, sculptures, éléments de décoration, quant au deuxième mode de protection consiste en l'inscription à l'inventaire supplémentaire qui assure une protection préventive. Cette protection concerne notamment les objets mobiliers si et seulement si, ils appartiennent à une collectivité publique ou une association culturelle. C'est l'intérêt d'art et d'histoire qui fonde la décision de protection mais aussi la fonction de mémoire et de témoignage.

451. Réglementations spécifiques. Au regard de leur importance culturelle certains biens seront classés. Se trouvant alors dans une situation éminente leurs propriétaires seront soumis à des obligations particulières mais encore soumis à certains avantages. Les biens

⁶⁷⁸ Circulaire n° 85-45 du 1^{er} juillet 1985 relative aux ZPPAU.

⁶⁷⁹ J.-F. POLI, *La protection des biens culturels meubles*, Thèse Aix-Marseille 1992.

enfouis, qu'ils soient sous terre ou sous les eaux, vont également faire l'objet de l'attention du législateur à travers la réglementation de l'archéologie. Leur situation sera régie par des règles spécifiques visant à protéger leur intégrité et à décider de leur propriété⁶⁸⁰.

452. Optique fonctionnelle. Madame Véronique Parisot au sein de sa thèse⁶⁸¹ souligne que « les biens culturels ne sont pas soumis à un statut particulier par leur insertion dans une réglementation spécifique et adaptée, mais sont seulement envisagés dans une optique fonctionnelle. Ceci explique qu'ils ne soient donc pas définis et reconnus en tant que biens *sui generis*. Ainsi, si la vente publique, l'exportation ou le classement soumettent ces biens à un régime de protection spéciale, ce n'est que pour l'application particulière du texte de loi concernée ».

453. Prolifération de textes. Madame Marie Cornu à la fin de son ouvrage⁶⁸² répertorie notamment pas moins de quarante cinq lois et ordonnances se référant aux biens culturels. Une telle prolifération de ces législations ne fait que contribuer au mouvement actuel de spécialisation du droit des biens. La loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques⁶⁸³, la loi N° 4011 du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques⁶⁸⁴ ou encore celle du 1^{er} décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes⁶⁸⁵ en sont autant d'exemples. Ce foisonnement de législations contribue et participe de manière active à la spécialisation du droit des biens ne cessant pas de complexifier la spécialisation des régimes des biens culturels. Chacune de ces lois accorde un régime de protection spéciale. Ce manque de cohérence ne facilite pas l'émergence de la notion de bien culturel en tant que bien original.

454. Prévalence de la réalité sur la fiction juridique. L'article 14 de la loi du 31 décembre 1913 énonce que « Les objets mobiliers, soit meubles proprement dits, soit immeubles

⁶⁸⁰ J.-F. POLI, *La protection des biens culturels meubles*, Thèse Aix-Marseille 1992, p. 95.

⁶⁸¹ V. PARISOT, *Essai sur la notion juridique de biens culturels*, Université de Bourgogne, 1993, p. 101.

⁶⁸² M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 577 à 585.

⁶⁸³ Loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, JO, 4 janvier 1914, p. 129-132.

⁶⁸⁴ Loi N° 4011 du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques ; M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 97, 393 (fouilles archéologiques, objets protégés).

⁶⁸⁵ Loi N° 89-874 du 1^{er} décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes.

par destination, dont la conservation présente au niveau de l'histoire, de l'art, de la science ou de la technique, un intérêt public, peuvent être classés par un arrêté ministériel »⁶⁸⁶.

Le Code civil indique, en son article 516 « Tous les biens sont meubles ou immeubles » ; en son article 524 « Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service de l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination [...]. Sont aussi immeubles par destination, tous les effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure » ; en son article 525 « Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie. Il en est de même pour les tableaux et autres ornements. Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration. » ; en son article 527 « Les biens sont meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi » ; en son article 528 « Sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère. ». Cependant, la définition d'immeuble par destination mérite d'être éclaircie. En réalité, l'immeuble par destination est un meuble mais est qualifié d'immeuble en raison des liens qui le rattachent à un immeuble par nature. Deux conditions doivent être réunies : l'immeuble par nature et l'immeuble par destination doivent avoir le même propriétaire et de plus il faut qu'un rapport de destination, tel qu'il a été prévu par la loi existe entre le meuble et l'immeuble (choses affectées au service ou à l'exploitation d'un fonds ; choses attachées au fonds à perpétuelle demeure)⁶⁸⁷. Pour ce qui est des biens culturels meubles c'est l'immobilisation par affectation à perpétuelle demeure qui sera prépondérante. La loi de 1913 fait prévaloir la réalité sur la fiction juridique et soumet les immeubles par destination au même régime que celui des meubles.

⁶⁸⁶ Article 14 de la loi du 31 décembre 1913 modifiée.

⁶⁸⁷ Ph. SIMLER et F. TERRE, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2002, p. 35 et s. , n° 32 et s.

455. Distinction problématique entre meubles et immeubles. Il est des cas où la distinction meubles / immeubles peut poser problèmes, l'affaire des fresques de l'église de Casenoves (Rousillon) l'illustre parfaitement. Cette église est ornée de fresques, en 1954 elles sont détachées du support mural et vendues à un antiquaire bien que le consentement de tous les propriétaires ne soit pas recueilli. Quelques années après la trace de ces fresques est retrouvée en Suisse. S'agissant de biens situés en Suisse la Convention franco-suisse du 15 juin 1869 précise que si le contentieux porte sur des meubles la juridiction compétente est celle du domicile des défendeurs (la fondation Abbeg et le musée de Genève), mais pour des immeubles c'est celle du domicile des demandeurs (en l'espèce des français). Il revient donc à déterminer la nature de ces fresques, qui bien qu'incorporées à l'origine dans les murs de l'église en ont été ensuite détachées. Le tribunal de grande instance de Perpignan, suivi par la Cour d'appel de Montpellier⁶⁸⁸, considérant que les fresques sont des immeubles par destination, affirme la compétence des juridictions françaises et ordonne la restitution des compositions. Or, la Cour de Cassation dans un arrêt en date du 15 avril 1988⁶⁸⁹ a énoncé qu'« Attendu que seuls sont immeubles par destination les objets mobiliers que le propriétaire du fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds ou y a attachés à perpétuelle demeure ». L'argumentation paraît satisfaisante, la doctrine civiliste ayant mis en évidence que les fresques ne peuvent constituer des immeubles par destination car il manque un élément essentiel : l'identité du propriétaire de l'immeuble par nature (mur) et du prétendu immeuble par destination (fresques). Les fresques sont à la date des actions, propriété de personnes morales suisses. Ainsi la solution donnée par la Cour de Cassation est conforme au droit.

456. Collections des musées. Les collections des musées⁶⁹⁰ peuvent être protégées de plusieurs façons. La protection dépendra notamment de la structure institutionnelle qui les gère, qui peut être privée (fondations ou associations) ou publique. Par ailleurs, le label de musée est

⁶⁸⁸ Cour d'appel de Montpellier, 18 décembre 1984, Ville de Genève et Fondation Abbeg C. Consorts Margail, D. 1985, jurisprudence, p. 208. Arrêt qui avait considéré que les fresques étaient immeubles par destination selon les règles de l'art. 525 et qu'elles le demeureraient malgré leur séparation de l'immeuble principal, dès lors que cette séparation avait eu lieu contre le grès du propriétaire.

⁶⁸⁹ Cour de Cassation, Ass. Plén. 15 avril 1988, Fondation Abbeg C. Ville de Genève et autres – Ville de Genève C. Veuve Ribes et autres, D. 1988, jurisprudence, p. 325. Des fresques, immeubles par nature, deviennent des meubles du fait de leur arrachement des murs d'une église désaffectée.

⁶⁹⁰ M. CORNU, *Droit des biens culturels et des archives*, novembre 2003, p. 12.

réglementé. Le législateur a récemment refondu le système de contrôle des musées et créé un label « Musée de France » qui peut être attribué à des institutions tant privées que publiques.

Les biens des collections privées, sauf protection spéciale, sont placés sous un régime de droit privé. Un certain nombre de musées sont constitués sous la forme d'associations ou de fondations. Ces biens seront exposés aux risques de dispersion en cas de vente ou de dissolution. Cependant, certaines collections bénéficient d'une protection particulière. Soit elles peuvent être réunies au sein d'une fondation et les œuvres peuvent en tout ou partie faire l'objet d'une affectation irrévocable les rendant inaliénables. Soit elles peuvent présenter le label « musée de France » et leurs biens sont ainsi soumis à une protection particulière.

Les œuvres intégrées dans une collection publique obéissent à un régime particulier de protection publique en raison du fait que, non seulement elles sont la propriété d'une entité publique (Etat, commune etc.) mais encore elles sont affectées à l'usage du public. A ce titre, elles relèvent du régime de la domanialité publique qui les rend imprescriptibles, c'est-à-dire que le propriétaire public peut revendiquer son bien entre les mains d'un tiers sans limite de temps, dans le cas où ce bien aurait été volé par exemple ; inaliénables, autrement dit, le bien ne peut être vendu, toute vente sera considérée comme nulle y compris lorsqu'elle a été réalisée par une personne publique indélicat ; insaisissable, ainsi, ne pouvant faire l'objet de procédures de saisie diligentées par des créanciers. Le statut des œuvres des musées a été fixé par le texte récent instaurant le label « Musée de France ».

457. Label « musée de France ». Jusqu'à une date récente l'activité des musées était régie par une ordonnance du 13 juillet 1945 (différentes classes de musées : musées nationaux, musées classés et contrôlés relevant des autres collectivités publiques ou personnes morales) qui fixait sommairement leur statut, or c'est la loi du 4 janvier 2002 qui a réformé cette dite activité. L'article 1^{er} de la loi du 4 janvier 2002 précise que « L'appellation « Musées de France » peut être accordée aux musées appartenant à l'Etat, à une personne morale de droit public ou à une personne morale de droit privé à but non lucratif ». « Est considérée comme musées, au sens de la présente loi, toute collection permanente composée de biens dont la conservation et la préservation revêtent un intérêt public et organisées en vue de la connaissance, de l'éducation et du plaisir du public ». Plus que la forme institutionnelle, ce sont les collections réunies qui caractérisent un musée de France. Aussi, s'agissant de la consistance des collections, aux termes

de l'article 1^{er} de la loi du 4 janvier 2002 « Est considéré comme musée, au sens de la présente loi, toute collection permanente composée de biens dont la conservation et la présentation revêtent un intérêt public et est organisée en vue de la connaissance, de l'éducation et du plaisir du public ». Les œuvres visées sont non seulement les collections d'œuvres d'art, mais aussi des collections scientifiques, naturelles, etc. , de musées d'art et d'histoire, de maisons d'écrivains célèbres, de musées thématiques divers... Afin d'obtenir le label il est impératif que la collection soit permanente et présente un intérêt public. Les « Musées de France » se doivent de conserver, restaurer, étudier et enrichir leurs collections, rendre leurs collections accessibles au public le plus large, concevoir et mettre en œuvre des actions d'éducation et de diffusion visant à assurer l'égal accès de tous à la culture et contribuer au progrès de la connaissance et de la recherche ainsi qu'à leur diffusion. Normalement, ce label est attribué à la demande des propriétaires. Les collections des « Musées de France » reçoivent la qualification de trésors nationaux, ce qui frappe d'une interdiction d'exportation à titre définitif. L'ensemble des collections « Musées de France » sont soumises aux règles d'imprescriptibilité des collections sans limite de temps, à l'interdiction de vente, sauf déclassement du bien, au droit de préemption de l'Etat qui peut s'exercer lors de ventes publiques aux enchères, au contrôle des acquisitions à titre onéreux ou gratuit d'un bien destiné à enrichir les collections, à la possibilité de transfert, à titre gratuit, de la propriété de toute ou partie d'une collection d'une personne publique à une autre, sous réserve que la collection transférée reste affectée à un « Musée de France ». Les entreprises qui participent à des acquisitions de collections de « Musée de France », tout comme celles qui se portent acquéreurs de biens culturels afin d'éviter qu'ils ne sortent du territoire bénéficient toutes deux d'importantes réductions d'impôts⁶⁹¹.

458. Les archives. Les archives⁶⁹² doivent être entendues selon l'article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1979 comme « L'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel, produits ou reçus par toute personne physique ou morale, et par tout service ou organisme public ou privé, dans l'exercice de leur activité... ». Un tel dispositif poursuit plusieurs finalités « La conservation de ces documents est organisée dans l'intérêt public tant

⁶⁹¹ M. CORNU, *Droit des biens culturels et des archives*, novembre 2003, p. 13.

⁶⁹² M. CORNU, *Droit des biens culturels et des archives*, novembre 2003, p. 26 et s.

pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que pour la documentation historique de la recherche ».

La loi traite de manière différente les archives privées et les archives publiques, notamment en ce qui concerne leur communication. Pour les documents publics, le droit des archives a pour vocation principale d'organiser la collecte, la gestion et la communication de ces documents. Pour les archives privées, la communication est entre les mains du propriétaire. Mais, il peut y avoir droit d'accès imposé par certains mécanismes comme, par exemple, le classement des archives pour des raisons historiques. Une loi spécifique existe pour l'accès aux documents administratifs (loi du 17 juillet 1978). Le régime de communication des archives publiques est différent selon la nature des documents. Certains documents sont immédiatement communicables, d'autres documents sont communicables seulement à l'issue d'un terme précisé par la loi (délais variables pouvant atteindre 150 ans), les documents et actes officiels sont de libre parcours en raison de leur nature. Pour les documents administratifs, la loi prévoit que la consultation est libre mais la copie, l'exploitation, la reproduction, la diffusion, l'utilisation dans sa communication, etc. ne peuvent avoir lieu que dans le respect des droits de l'auteur.

459. Cas particulier des archives historiques. La loi du 3 janvier 1979 sur les archives prévoit également un mode de protection voisin de celui de la loi du 31 décembre 1913 en instituant un classement des archives historiques. Aux termes de l'article 11 de la loi : « Les archives privées présentant pour des raisons historiques un intérêt public peuvent être classées comme archives historiques »... En dépit du fait que le texte ne fait référence qu'à l'intérêt historique, il ne semble pas qu'il faille apprécier plus restrictivement les raisons qui motivent la protection. Le caractère artistique ou littéraire pourrait très certainement fonder un classement.

II. Entre protection et mécanisme d'enrichissement : le contrôle des exportations

460. Contrôle des exportations. Le contrôle des exportations est régi par différentes lois : la loi du 23 juin 1941 (**A**), la loi du 31 décembre 1992 (**B**) et celle du 10 juillet 2000 (**C**) mais aussi une brève synthèse du droit français concernant l'exportation des biens culturels sera dressée (**D**).

A. La loi du 23 juin 1941

461. Loi relative à l'exportation d'œuvres d'art. La loi N° 2595 du 23 juin 1941⁶⁹³ relative à l'exportation des œuvres d'art, a été le premier texte en matière de circulation des biens culturels. En matière mobilière la sortie d'un bien culturel du territoire national est hautement périlleux. Aussi, la loi du 23 juin 1941 permettait à l'administration d'y faire obstacle en raison de l'intérêt national d'histoire ou d'art. A l'occasion de l'Affaire Genty⁶⁹⁴ le Conseil d'Etat énonce que « ...la circonstance que l'objet d'art mis en vente soit d'origine étrangère n'interdit nullement...de le regarder comme présentant un intérêt national d'histoire ou d'art ». « L'origine d'une œuvre » n'est donc « qu'un simple élément de fait dans l'appréciation de l'intérêt qu'elle présente pour le public ou la nation ». L'intérêt national est exclusif de « la nationalité culturelle de l'objet ». Ainsi il n'y a pas d'obstacle à ce qu'une œuvre d'origine étrangère puisse être considérée comme étant d'intérêt national. La rareté du bien a permis d'admettre l'intérêt national et d'interdire l'exportation d'une jarre chinoise d'époque Yuan. La loi du 23 juin 1941 soumettait l'exportation « des objets présentant un intérêt national d'histoire ou d'art » à une autorisation de l'administration à partir de la déclaration fournie à la douane par l'exportateur. Cette disposition est aujourd'hui abrogée compte tenu de l'impératif de libre circulation des biens dans l'espace intracommunautaire.

B. La loi du 31 décembre 1992

462. Certificat. Auparavant la loi du 23 juin 1941 nécessitait une demande d'autorisation délivrée par l'administration. Suite à la disparition du contrôle aux frontières en application du principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'espace communautaire, aujourd'hui la loi du 31 décembre 1992 vient lui substituer un certificat attestant que le bien culturel peut librement circuler. Il s'agit d'une sorte de passeport suivant le bien en quelques mains qu'il se trouve. Un régime spécifique est offert aux biens sortant

⁶⁹³ J.-F. POLI, *La protection des biens culturels meubles*, Thèse Aix-Marseille, 1992, p. 28 et s.

⁶⁹⁴ Arrêt Genty, CE 7 octobre 1987, AJDA, décembre 1987, p. 720-768.

temporairement pour une exposition ou un prêt et non exporté de façon définitive⁶⁹⁵. En effet, le déplacement du bien requiert une attention particulière en matière d'objets mobiliers.

463. Seuils d'ancienneté et de valeur. L'influence du droit communautaire a favorisé un recours plus systématique aux seuils économiques et temporels. C'est le cas de la loi du 31 décembre 1992 sur les restrictions à la circulation des biens culturels, qui énumère des catégories de biens assorties de seuils variables. En dessous de ces seuils les biens culturels ne sont pas soumis à contrôle. Par exemple les tableaux ayant plus de cinquante ans d'âge et n'appartenant plus à leurs auteurs et dont la valeur est égale ou supérieure à 150 000 euros ou encore les livres ayant plus de cent ans, isolés ou en collection dont la valeur est égale ou supérieure à 50 000 euros sont soumis à l'exigence d'un certificat.

C. La loi du 10 juillet 2000

464. Libre circulation. La loi du 10 juillet 2000 réforme la loi de 1992 sans pour autant toucher aux seuils imposés par la loi de 1992. La loi n° 2000-642 portant réglementation des ventes aux enchères des meubles et la loi n° 2000-643 relative aux trésors nationaux. Cette loi du 10 juillet 2000 libéralise le système de 1992. Elle instaure un système de libre circulation de 20 ans en effet l'article L. 111-2 al. 2 du Code du patrimoine prévoit alors « Ce certificat atteste à titre permanent que le bien n'a pas le caractère de trésor national. Toutefois, pour les biens dont l'ancienneté n'excède pas cent ans, le certificat est délivré pour une durée de vingt ans renouvelable ». De plus, cette loi du 10 juillet 2000 a notamment créé la commission consultative des trésors nationaux avec l'insertion de l'article L. 111-4 al. 4 du Code du patrimoine « Le refus de délivrance du certificat ne peut intervenir qu'après avis motivé d'une commission composée à parité de représentants de l'Etat et de personnalités qualifiées et présidée par un membre du Conseil d'Etat. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités de désignation de ses membres et les conditions de publication de ses avis ».

⁶⁹⁵ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 388.

D. Le droit français concernant l'exportation des biens culturels

465. Synthèse. Afin de schématiser au mieux le droit français, il convient de l'exposer selon trois catégories de biens culturels soumis à des régimes plus ou moins contraignants⁶⁹⁶. Tout d'abord, les trésors nationaux, relevant d'une importance capitale nécessite qu'ils restent sur le territoire, sont frappés d'une interdiction d'exportation définitive, sauf à titre temporaire et dans des conditions strictement encadrées⁶⁹⁷. Ensuite, les biens culturels qui sont soumis à contrôle, sont énumérés dans une liste, chaque catégorie désignée étant assortie d'un seuil de valeur et / ou d'ancienneté (décret du 27 septembre 2001). Ils ne peuvent sortir librement du territoire français lorsqu'ils atteignent ces seuils et doivent obligatoirement être accompagnés d'un certificat attestant qu'ils peuvent librement circuler à l'intérieur de l'Union européenne. L'exportation en dehors de l'Union européenne nécessitera l'octroi d'une licence d'exportation conformément au règlement communautaire du 9 décembre 1992. Mais encore, les biens culturels qui n'atteignent pas les seuils prescrits par le décret du 27 septembre 2001 et qui ne sont pas reconnus comme trésors nationaux peuvent sortir librement, sans formalités.

III. La circulation des biens culturels

466. Circulation et biens culturels. Circulation européenne (**A**) et circulation internationale (**B**) seront tour à tour évoquées.

A. La circulation européenne

467. Contrôles de la circulation des biens culturels. Le droit français de l'exportation des biens culturels institue plusieurs formes de contrôle concernant la circulation des biens culturels. Ce contrôle doit se réaliser en adéquation avec le principe de libre circulation des marchandises.

⁶⁹⁶ M. CORNU, Cours 2006/2007, Master II Droit des biens culturels, Dirigé par Monsieur le Professeur J.-M. BRUGUIÈRE.

⁶⁹⁷ Objets classés au titre des monuments historiques, loi du 31 décembre 1913 ; archives classées historiques, loi du 3 janvier 1979 ; œuvres des collections publiques, régime de la domanialité publique ; œuvres des collections placées sous le label « Musée de France », loi du 4 janvier 2002.

Le traité de Rome contient dès l'origine une exception en faveur des trésors nationaux. Ainsi l'article 36 devenu l'article 30 UE réserve la possibilité aux Etats membres d'instituer des restrictions à la circulation des trésors nationaux recouvrant une valeur historique ou artistique. Les législations culturelles protégeant les biens culturels sont du ressort des Etats membres. Cependant deux textes relatifs à la circulation des biens culturels ont été adoptés. Deux contrôles se sont imposés afin d'éviter les mouvements illicites de biens culturels qui ont été encouragés par l'ouverture des frontières. La circulation de ces biens dans l'Union européenne est régie par deux textes.

468. Contrôle à l'exportation. Le premier de ces textes est le règlement CEE n° 3911/92 du Conseil du 9 décembre 1992 concernant l'exportation de biens culturels institue une procédure commune de contrôle à l'exportation vers les pays tiers, portant sur un ensemble restreint de biens culturels. Madame Marie Cornu souligne que « l'idée est que chaque Etat membre puisse être en mesure d'exercer un contrôle non seulement sur ses propres biens mais également sur les biens en provenance d'autres Etats membres »⁶⁹⁸. Du fait de la disparition des contrôles aux frontières au sein de l'Union européenne, ceci entraînerait un risque pour les biens culturels facilement déplaçables car ces derniers pourraient aisément sortir vers des pays tiers à partir d'Etats membres où la législation est très libérale. Afin de préserver une protection minimale le règlement sur l'exportation des biens culturels à destination des pays tiers institue une procédure commune de délivrance d'une licence d'exportation destinée à consolider les frontières de la Communauté européenne. Autrement dit l'exportation en dehors de l'Union européenne nécessite l'octroi d'une licence d'exportation, instituant un contrôle uniforme, conformément au règlement communautaire. L'intérêt de ce texte est de renforcer le contrôle à la sortie du territoire de la Communauté. Ce règlement contient une annexe où sont mentionnées les catégories des biens culturels soumises à cette exigence de licence d'exportation. Ces catégories sont assorties de seuils de datation ou de valeur.

469. Restitution. Le second de ces textes est la directive n° 9317 CEE du Conseil des Communautés Européennes du 15 mars 1993 relative à la restitution des biens culturels ayant

⁶⁹⁸ M. CORNU, Cours 2006/2007, Master II Droit des biens culturels, Dirigé par Monsieur le Professeur J.-M. BRUGUIÈRE.

quitté illicitement le territoire d'un Etat membre. Ce texte organise une procédure de restitution des biens sortis illicitement du territoire d'un Etat membre vers un autre Etat membre. Par exemple l'hypothèse d'un trésor national frappé d'une interdiction d'exportation qui serait sorti illicitement du territoire.

B. La circulation internationale ⁶⁹⁹

470. Foisonnement de textes. La circulation illicite de biens culturels est un phénomène majeur est cela pour trois raisons, tout d'abord la valeur que revêtent les biens culturels, ensuite le caractère mobilier des biens et encore les biens se trouvent dans des Etats économiquement faibles.

Monsieur Vincent Négri a établi un Recueil de normes relatif à « la protection internationale du patrimoine culturel » où il fait état très précisément de 37 textes⁷⁰⁰. Ce nombre pour le moins très conséquent souligne de manière indéniable l'intérêt que suscite la protection des biens culturels. En effet, une telle prolifération de normes montre à quel point le droit des biens se spécialise et se complexifie, ceci en est une parfaite illustration.

La Convention de l'UNESCO⁷⁰¹ (Paris 14 novembre 1970), entrée en vigueur le 24 avril 1972, a été ratifiée par 110 Etats aujourd'hui dont notamment par la France en 1997.

Les Etats parties à la présente Convention s'engagent selon l'article 7a. « A prendre toutes les mesures nécessaires, conformes à la législation nationale, pour empêcher l'acquisition, par les musées et autres institutions similaires situés sur leur territoire, de biens culturels en provenance d'un autre Etat partie à la Convention... » mais également au regard de l'article 7b. (I) « A interdire l'importation des biens culturels volés dans un musée ou un monument public civil ou religieux, ou une institution similaire, situés sur le territoire d'un autre Etat partie à la présente Convention... ».

⁶⁹⁹ V. PARISOT, *Essai sur la notion juridique de bien culturel*, Université de Bourgogne, 1993, p. 329 et s. dont notamment p. 331 et s. (Chapitre I La circulation en temps de Guerre) et p. 339 et s. (Chapitre II La circulation des biens culturels en temps de paix).

⁷⁰⁰ V. NEGRI, *Recueil de normes relatif à « la protection internationale du patrimoine culturel »*, Recueil de normes préparé par Monsieur Vincent Négri, Consultant auprès de l'UNESCO et Chargé d'enseignement, Cours 2006/2007, Master II Droit des biens culturels, Dirigé par Monsieur le Professeur J.-M. BRUGUIÈRE.

⁷⁰¹ La Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels.

La Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés a été signée à Rome le 24 juin 1995, et est entrée en vigueur en juillet 1998 et compte 28 pays signataires. La France ne l'a pas ratifiée. L'article 1 énonce que « La présente convention s'applique aux demandes à caractère international a) de restitution de biens culturels volés b) de retour de biens culturels déplacés du territoire d'un Etat contractant en violation de son droit réglementant l'exportation de biens culturels en vue de protéger son patrimoine culturel ». L'article 2 pose quant à lui la définition de biens culturels, « par biens culturels, au sens de la présente Convention, on entend les biens qui, à titre religieux ou profane, revêtent une importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science et qui appartient à l'une des catégories énumérées dans l'annexe à la présente Convention ».

IV. Les mécanismes d'enrichissement du patrimoine public : les mécanismes fiscaux et patrimoniaux des biens culturels

471. Mécanisme d'enrichissement du patrimoine public. Deux mécanismes d'enrichissement du patrimoine public existent les mécanismes fiscaux (**A**) et les mécanismes patrimoniaux (**B**).

A. Les mécanismes fiscaux

472. Dation en paiement et dation d'œuvres d'art. Certains dispositifs fiscaux prennent en compte l'intérêt culturel. Deux dispositifs relatifs à l'enrichissement des collections publiques concernent la dation en paiement⁷⁰² (remise d'une œuvre d'art en paiement d'une dette fiscale Art. 1716 bis du Code général des impôts) et la dation d'œuvres d'art (Art. 1131 du Code général des impôts)⁷⁰³. Ces deux textes visent « les œuvres d'art, objets de collection, documents qui ont une haute valeur artistique ou historique ». Ainsi afin d'enrichir les collections publiques l'Etat peut accepter une œuvre d'art en paiement d'une dette fiscale, accepter une donation, faire jouer son droit de préemption sur les ventes volontaires, revendiquer des objets découverts lors de fouilles.

⁷⁰² J.-F. POLI, *La protection des biens culturels meubles*, Thèse Aix-Marseille, 1992, p. 205 et s.

⁷⁰³ J.-F. POLI, *La protection des biens culturels meubles*, Thèse Aix-Marseille, 1992, p. 240 et s.

Ainsi les entreprises qui participent à des acquisitions de collection de « Musée de France » bénéficient en contrepartie d'importantes réductions d'impôts. Tout comme les entreprises qui se portent acquéreurs de biens culturels pour éviter qu'ils sortent du territoire, bénéficient également d'importantes réductions d'impôts⁷⁰⁴.

B. Les mécanismes patrimoniaux

473. Droit de préemption et droit de revendication. La collectivité publique dispose de moyens plus ou moins autoritaires⁷⁰⁵ pour acquérir des œuvres et enrichir ainsi les collections publiques comme par exemple : le droit de préemption des œuvres et manuscrits institué par la loi du 31 décembre 1921, modifiée par la loi du 10 juillet 2000 sur les ventes volontaires ; le droit de revendication d'objets de fouilles archéologiques (fouilles terrestres ou maritimes) qui peut être vu comme une forme d'expropriation mobilière concernant les pièces qui ont un haut intérêt patrimonial ; ainsi que l'acquisition encadrée de trésors nationaux introduite par la loi du 10 juillet 2000 sur les trésors nationaux⁷⁰⁶.

SECTION 2

LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS NATURELS

474. Intérêt de la problématique. Tout l'enjeu de l'analyse de la spécialisation du droit des biens naturels consistera, au préalable, à rechercher et à déterminer ce qui fait la spécificité du droit des biens naturels (§1). Bien entendu, le droit de l'environnement offre divers régimes spéciaux (§2) mais encore, l'apparition de législations spéciales semble se présenter comme une source de bouleversement du droit des biens traditionnel (§3).

⁷⁰⁴ M. CORNU, Cours 2006/2007, Master II Droit des biens culturels, Dirigé par Monsieur le Professeur J.-M. BRUGUIÈRE.

⁷⁰⁵ J.-F. POLI, *La protection des biens culturels meubles*, Thèse Aix-Marseille, 1992, Chapitre II Le droit de « préemption » mesure coercitive en faveur de l'enrichissement du patrimoine public, p. 263 et s.

⁷⁰⁶ M. CORNU, Cours 2006/2007, Master II Droit des biens culturels, Dirigé par Monsieur le Professeur J.-M. BRUGUIÈRE.

§1. La détermination de la spécificité du droit des biens naturels

475. Spécificité des biens naturels au regard des biens traditionnels contenus dans le Code civil. La confrontation préalablement établie entre les biens naturels (ou encore appelés éléments naturels) et les biens traditionnellement contenus dans le Code civil a permis de déterminer les caractères particuliers des biens naturels (*supra*). Aussi, cette confrontation n'a pas manqué de faire ressortir l'inadéquation des qualifications juridiques classiques **(I)** montrant les limites des distinctions quant à la nature des biens, ainsi que les limites de la distinction quant aux possibilités d'appropriation ; présentant alors l'intérêt écologique (ou l'intérêt naturel, ou encore l'intérêt environnemental) comme le critère distinctif des biens naturels **(II)** permettant de les distinguer des autres biens traditionnels.

I. L'inadéquation des qualifications juridiques classiques

476. Limites écologiques du droit des biens. La confrontation des biens naturels aux biens traditionnels contenus dans le Code civil mettent en lumière des intérêts distincts. En effet, le droit des biens poursuit un intérêt individuel d'appropriation d'objets, où l'abondance et le non-épuisement irriguent véritablement cette logique de standardisation et de marchandisation à travers la valeur marchande ; en revanche, en termes de droit d'environnement la logique est toute autre, la rareté et l'épuisement des biens naturels font appel à une protection particulière véritablement transcendée par l'intérêt commun où la valeur écologique est le pivot. La logique marchande n'a plus lieu d'être dans un tel système aussi les biens naturels méritent-ils d'être protégés par le biais de régimes spéciaux. La comparaison des biens traditionnels aux biens naturels fait apparaître des limites des distinctions établies par les qualifications quant à la nature des biens **(A)** et des limites de la distinction quant aux possibilités d'appropriation **(B)**.

A. Les limites des distinctions quant à la nature des biens

477. Distinction entre chose et bien. Sur un stricte plan d'utilité écologique est-il plus opportun de qualifier les éléments naturels de choses ou de biens ? Comme tout le monde le sait le statut de bien est plus protecteur que celui de chose car correspond un régime juridique

adapté. Une ancienne distinction romaine entre les choses simples et les choses composées semble particulièrement adaptée aux éléments naturels. Trois catégories de choses étaient distinguées selon le degré d'unité et de cohésion qui leur était propre : les choses absolument simples (animal), les choses composées de la réunion de plusieurs parties, les choses composées de la réunion de plusieurs objets indépendants, mais constituées en unité juridique du fait de leur destination commune, tels un troupeau ou un essaim⁷⁰⁷. Cette dernière catégorie s'adapte particulièrement bien aux écosystèmes tenant compte de la particularité d'unité écologique qui caractérise bien souvent les éléments naturels. Les choses deviennent des biens que si elles ont une valeur et sont susceptibles d'appropriation. Ainsi, les choses communes appartenant à personne et l'usage en étant commun à tous, comme l'air, ne sont pas des biens (Article 714 du code civil).

478. Distinction entre meuble et immeuble. Cette distinction fondamentale du droit des biens paraît aujourd'hui totalement dépassée, notamment avec les fortunes mobilières, où l'adage *res mobilis, res vilis* se révèle inadapté. Une telle distinction ne se révèle pas adaptée à des formes modernes de propriété comme celle des fluides ou de l'énergie. Une plante enracinée dans le sol sera considérée comme un immeuble alors que détachée de son substrat elle sera qualifiée de meuble. Il en est de même, pour un animal domestique, normalement considéré comme un meuble, il sera considéré comme immeuble dès lors que le propriétaire d'un fonds l'affecte à ce fonds et sera qualifié d'immeuble par destination.

479. Valeur comme nouveau critère distinctif des biens. La vocation première de la théorie classique des biens est la bonne circulation et le commerce des biens. Il n'en demeure pas moins que celle-ci est parfois incompatible avec les préoccupations scientifiques prises en compte par le droit de l'environnement. Aussi une nouvelle branche du droit est rendue indispensable où les biens naturels ainsi que la sauvegarde de leurs particularités écologiques seraient consacrés.

⁷⁰⁷ M.-J. DEL REY, *Droit des biens et droit de l'environnement*, sous la direction de Monsieur FRIER, 2002, p. 119 et s. ; M.-J. DEL REY, *Les biens naturels un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux*, Recueil Dalloz 2004, p. 1617.

La valeur pourrait devenir à terme le nouveau critère distinctif des biens. La valeur marchande caractérisant les biens traditionnels contenus dans le Code civil s'affronterait à la valeur écologique caractérisant les biens naturels.

B. Les limites de la distinction quant aux possibilités d'appropriation

480. Choses dans le commerce et choses hors commerce. Les biens traditionnels contenus dans le Code civil sont destinés à atteindre un marché, c'est leur valeur marchande, mercantile qui les caractérise. Ils feront l'objet de commerce. En revanche, les biens naturels caractérisés par leur rareté, et leurs fonctions écologiques ne sont pas voués à atteindre un marché et à faire objet de commerce. Les biens naturels sont des choses communes précisément non susceptibles d'appropriation, ils appartiennent à l'humanité contrairement aux biens traditionnels qui sont la propriété d'un seul homme dans la plupart des cas, où le Code civil organise ce lien exclusif entre l'individu et son bien ; d'où le clivage existant entre les biens traditionnels et les biens naturels.

481. Inadaptation des concepts traditionnels du droit civil. Madame Gwenaele Proutière-Maulion, établit une analyse très fine sur l'évolution de la nature juridique du poisson de mer⁷⁰⁸ afin de mieux dénoncer qu'en rendant nécessaire une réservation du droit de pêche la raréfaction des ressources halieutiques ait mis à mal la qualification traditionnelle de *res nullius*. Depuis toujours la mer est envisagée tel un espace de commerce, de communication mais encore réservoir alimentaire, elle est considérée comme une *res communis*. En droit privé, cette notion de *res communis* est généralement employée pour désigner les choses dont l'usage appartient à tous et que nul ne peut s'approprier individuellement, bien que ceci tende de plus en plus à être remis en cause. Cette qualification est ainsi réservée à des choses dont l'usage par l'un ne prive pas les autres (air ou eau). Dans la mer évoluent les poissons considérés comme des animaux aquatiques. D'un point de vue juridique, un animal est une chose et plus précisément il est considéré comme une *res nullius*, c'est-à-dire une chose sans maître qui n'est pas encore ou qui

⁷⁰⁸ G. PROUTIERE-MAULION, *L'évolution de la nature juridique du poisson de mer, Contribution à la notion juridique de bien*, Recueil Dalloz, 2000, p. 647 et s. Qualifier une chose ne consiste pas seulement à lui donner un nom, cela conduit également à lui reconnaître une qualité, caractéristique de sa nature juridique, qui permettra ensuite de la classer dans une catégorie définie et de lui appliquer un régime juridique particulier.

n'est plus appropriée mais qui est susceptible de l'être. L'appropriation des *res nullius* donne donc lieu à un mode d'acquisition originaire : l'occupation. Juridiquement entendu comme la prise de possession du meuble avec l'intention de s'en rendre propriétaire, l'acquéreur n'étant l'ayant cause de personne, ce qui lui confère une propriété initiale. Pris dans leur globalité, les stocks de poissons sont des choses de genre ou encore fongibles. Dans la mesure où il est une chose matérielle et susceptible d'appropriation, il apparaît également tentant de le qualifier de bien. Dans le sens le plus ordinaire, le mot « bien » désigne effectivement les choses qui servent à l'usage de l'homme et permettent à celui-ci de satisfaire ses besoins, soit directement en se servant d'elles, en recueillant leurs fruits voire en les détruisant, soit indirectement en les échangeant contre d'autres choses plus propres à satisfaire ses besoins, ce qui est le cas du poisson de mer. Cependant, d'un point de vue civiliste cette analyse paraît insatisfaisante. En effet, si l'on adopte une définition juridique et non plus sociologique le caractère propre du bien est d'être une chose susceptible d'appropriation et même plus précisément d'être une chose appropriée. En ce dernier sens, le poisson ne serait un bien qu'une fois effectivement approprié par le premier occupant.

La classification du poisson en tant que *res nullius* reposait sur une idée d'abondance, d'inépuisabilité. Cette qualification juridique a corrélativement justifié l'exercice de la pêche maritime dans un régime de libre accessibilité et conduit à une situation de surexploitation des stocks.

L'attribution de quotas de pêche en fonction des antécédents de pêche est d'ailleurs venue confirmer cette reconnaissance des droits du premier occupant sur les stocks futurs. Elle marque aussi le caractère désormais illégitime du prélèvement opéré sur la ressource en réservant l'usage de celle-ci à une catégorie d'individus. Mais, surtout, elle porte en germe un début d'appropriation du poisson, avant même qu'il ne soit capturé, montrant l'inadéquation du concept de *res nullius* par rapport aux nouvelles conditions d'exploitation et suscitant l'apparition d'une réflexion non seulement sur la propriété du poisson mais aussi sur la propriété de la mer elle-même. Ce passage de la liberté de pêche à un strict encadrement de l'activité n'est, en effet, pas exempt d'interrogations concernant une éventuelle propriété de la mer. Dans la mesure où il est fondé sur l'occupation, le statut de *res nullius* ne permet pas selon Rousseau de fonder un droit de propriété privé. Tant que le poisson peut être considéré comme *res nullius*, le juriste n'est pas amené à réfléchir en terme de droit de propriété ni même en terme de droit

tout court. Ce n'est qu'avec l'apparition de l'encadrement juridique, lequel induit un phénomène de réservation du poisson au profit de quelques-uns, que se présente inévitablement la tentation de la propriété, parce que le poisson se trouve retiré de l'usage commun⁷⁰⁹.

II. L'intérêt écologique comme critère distinctif des biens naturels vis à vis des autres biens

482. Caractérisation de l'intérêt écologique : une communauté d'intérêts. Le droit de l'environnement se soucie de la valeur écologique des biens naturels dont ils sont porteurs. Les biens naturels ne sont pas des biens comme les autres, ils sont véritablement transcendés par cette valeur écologique et c'est ce qui permet très précisément de les distinguer des autres biens. Les biens naturels participent d'une communauté d'intérêts. Ces biens poursuivent un intérêt collectif, en effet, la valeur écologique dont ils sont porteurs a pour finalité et pour but de préserver la survie de l'homme et de son environnement. La préservation de l'homme, la survie de l'homme passe indéniablement par la protection de son environnement. C'est cet intérêt écologique et commun dans lequel œuvre le droit de l'environnement qui constitue la spécificité des biens naturels, et c'est en cela que ces derniers méritent d'être mis à l'écart des autres biens traditionnels. Ainsi, les biens naturels participent d'un patrimoine commun. Aussi, la notion, le rapport d'appropriation contenu dans le Code civil se retrouve totalement bouleversé. En effet, plus particulièrement, la notion de propriété qui est entendue comme le pouvoir d'exclure toute personne de son bien est totalement inconciliable avec les biens naturels. Ce lien d'exclusivité ne peut pas s'appliquer aux biens naturels car les choses communes qui les composent sont précisément inappropriables. Ces biens naturels ne sont pas appropriables, ce sont des choses communes qui ne sont pas susceptibles d'appropriation propre et individuelle, car cet intérêt écologique interfère dans la relation pour finalement totalement l'innover et l'atrophier. Ils constituent un patrimoine naturel, un patrimoine commun. Ces idées de patrimoine commun, d'héritage aux générations futures sont fortement marquées. L'intérêt écologique doit être au service du bien public, en tant que composante de l'intérêt général. L'intérêt général doit l'emporter sur les intérêts individuels. A travers ce rapport particulier qu'entretient chacun

⁷⁰⁹ G. PROUTIERE-MAULION, *L'évolution de la nature juridique du poisson de mer, Contribution à la notion juridique de bien*, Recueil Dalloz, 2000, p. 647 et s.

d'entre nous vis à vis des biens naturels, ne pourrait-on pas y voir une sorte de résurgence des propriétés simultanées ? Aussi, l'existence de cette valeur écologique faisant toute la particularité des biens naturels appellent des régimes spéciaux de protection.

§2. L'existence de régimes spéciaux

483. Régimes juridiques protecteurs des biens naturels. Traditionnellement, par protection des biens naturels l'on entend l'ensemble des règles régissant les sites et paysages, la protection du littoral et des milieux marins, la protection et l'aménagement de la montagne, les bois et forêts ainsi que la protection de la faune et de la flore (notion d'écosystème)⁷¹⁰, or, ici le choix sera fait d'aborder la protection des biens naturels sous trois angles. Le droit de l'environnement recouvre un champ très vaste, le droit de la protection de la nature, le régime juridique de la faune et de la flore **(I)**, le droit des pollutions et nuisances **(II)** et encore la protection de l'environnement culturel, rural et urbain **(III)**.

I. Le droit de la protection de la nature, le régime juridique de la faune et de la flore

484. Prolifération des éléments naturels. Aujourd'hui les sciences tendent à prouver combien les éléments naturels sont particuliers, complexes, fragiles interdépendants et indispensables pour l'homme. Ce qui devrait justifier une nouvelle appréhension juridique de ces biens. Le droit de l'environnement est particulièrement réceptif à ces nouvelles données scientifiques⁷¹¹. Madame Marie-José Del Rey reconnaît l'existence de biens naturels⁷¹², ces derniers se diviseraient en éléments naturels corporels tels que milieu naturel, écosystèmes, éléments abiotiques et biotiques, biotopes (mares, marécages, marais, haies, bosquets, landes, dunes etc..), zones à caractère écologique (zones humides, bassins hydrauliques) sites d'intérêt scientifique, espaces naturels sensibles, habitats, divers parcs et réserves ... et en éléments naturels incorporels tels que espèce, biodiversité, processus écologique, équilibre biologique ou

⁷¹⁰ Ph. Ch.- A. GUILLOT, *Droit du patrimoine culturel et naturel*, Ellipses, Mise au point, 2006, p. 75 et s.

⁷¹¹ M.-J. DEL REY, *Droit des biens et droit de l'environnement*, sous la direction de Monsieur FRIER, 2002, p. 38.

⁷¹² M.-J. DEL REY, *Les biens naturels un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux*. Recueil Dalloz 2004, Chronique, p. 1615 et s.

écologique, notions culturelles (paysage, patrimoine culturel, qualité). Les biens corporels sont des choses qui ont une consistance matérielle et qui sont donc susceptibles d'appréhension physique. Les biens corporels incluraient les choses de la nature alors que les biens incorporels seraient nécessairement des objets de création humaine. Néanmoins certains phénomènes et relations naturels, ainsi que certains intérêts juridiques protégés relatifs à l'environnement semblent correspondre à la définition des biens incorporels⁷¹³. Le droit de l'environnement avec l'émergence de biens naturels enrichit le droit des biens traditionnel. D'après l'auteur « ceci justifie d'autant plus la reconnaissance d'une nouvelle branche du droit spécialisée en cette matière : le droit des biens spéciaux »⁷¹⁴.

485. Objectif. Le principal objectif, aujourd'hui, en matière d'environnement est le maintien de la biodiversité. La biodiversité doit s'entendre comme la diversité des écosystèmes y compris la diversité des paysages et la diversité interne de chaque écosystème⁷¹⁵. La réalisation d'un tel objectif recouvre un champ très vaste qui s'étend de la préservation des espèces à la conservation des habitats.

486. Plan. La protection des espèces menacées **(A)**, la protection des espaces naturels **(B)** ainsi que la protection des espaces naturels rares et fragiles **(C)** seront tour à tour exposées.

A. La protection des espèces menacées

487. Protection des espèces animales et végétales. Le droit de l'environnement *stricto sensu* attache une grande importance aux espèces animales⁷¹⁶ non domestiques et aux espèces végétales non cultivées, il résulte de l'article 3 et 4 de la loi sur la protection de la nature (Article L. 411-1 du Code de l'environnement) que, parmi ces espèces, celles qui présentent un intérêt scientifique particulier ou celles dont « les nécessités de préserver le patrimoine

⁷¹³ M.-J. DEL REY, *Droit des biens et droit de l'environnement*, sous la direction de Monsieur FRIER, 2002, p. 39 et s.

⁷¹⁴ M.-J. DEL REY, *Les biens naturels un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux*. Recueil Dalloz 2004, Chronique, p. 1615 et s. (A- *in fine* p. 1616).

⁷¹⁵ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 277 et s.

⁷¹⁶ J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ?, 7^{ième} éd. , 2006, p. 32.

biologique » commandent qu'elles fassent l'objet d'un traitement juridique particulier peuvent faire l'objet d'un « listage ».

Au niveau national, diverses mesures spéciales de protection ont été imaginées pour préserver les écosystèmes. Ainsi, des arrêtés préfectoraux de biotopes pour toute ou partie d'un département peuvent interdire les actions portant atteinte à l'équilibre biologique d'un milieu (destruction de talus ou de haies). Il en est de même les espèces végétales sont protégées par l'Article L. 411-1, 3° du Code de l'environnement qui interdit « la destruction, la coupe, la mutilation, l'arrachage, la cueillette, ou l'enlèvement de végétaux ou de leurs fructifications, leur transport, leur colportage, leur utilisation, leur mise en vente, leur vente ou leur achat ». Un arrêté du 15 septembre 1982 fixe 400 espèces protégées dans une liste⁷¹⁷.

La préservation des espèces sauvages résulte à la fois de listes limitatives établies par le ministre de l'environnement et de mesures de réintroduction d'espèces devenues rares (loup, ours). Cependant de tel encadrement juridique suscite d'importantes levées de boucliers de la part des agriculteurs ou encore des bergers.

488. Gestion des espèces. La gestion des espèces se réalise par le droit de la chasse et le droit de la pêche qui demeurent rétif au droit de l'environnement. L'organisation juridique de la chasse se réalise par le biais d'associations qui participent à l'administration locale de l'environnement (lobby puissant), fédérations départementales de chasseurs et associations communales de chasse agréées⁷¹⁸. Le droit de la pêche est moins revendicatif. Les abus proviennent des pêcheurs en mer tandis que les pêcheurs d'eau douce sont beaucoup plus modérés. Ces deux droits sont encore l'illustration de la spécialisation du droit des biens.

La loi sur les organismes génétiquement modifiés dont les dispositions sont codifiées aux Article L. 531-1 à L. 537-1 du Code de l'environnement illustre parfaitement cette dissémination du droit des biens hors du Code civil et notamment en l'espèce dans le Code de l'environnement⁷¹⁹.

⁷¹⁷ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 288.

⁷¹⁸ J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ?, 7^{ième} éd. , 2006, p. 35 et s.

⁷¹⁹ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 336 et s. ; J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ?, 7^{ième} éd. , 2006, p. 44.

B. La protection des espaces naturels

489. Richesse des espaces naturels. La forêt, la montagne, le littoral ont en commun de couvrir de vastes parties du territoire et d'offrir de telles richesses et beauté naturelles qu'ils attirent maintes convoitises. Aussi, un juste équilibre doit être trouvé entre gestion rationnelle et protection rigoureuse qui semble se concentrer dans la notion de développement durable.

La protection de la forêt⁷²⁰, celle de la montagne⁷²¹ ou encore du littoral⁷²² renvoie respectivement à la loi d'orientation sur la forêt du 9 juillet 2001 (insiste sur le caractère multifonctionnel de la forêt et sur les objectifs de développement et de gestion durable de la politique forestière, planification, gestion, défrichement et lutte contre les incendies de forêt), la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne (ayant vocation à traiter de l'ensemble des problèmes concernant la montagne) ; la loi du 3 janvier 1986, dite loi littoral (autrefois librement offert aux pêcheurs et aux armateurs de rivages demeurés sauvages, le littoral est devenu l'objet de maintes convoitises, cette loi littoral instaure notamment une bande littorale de 100 mètres inconstructible, ses dispositions font l'objet des articles L. 146-1 et s. du Code de l'urbanisme). La protection des espaces naturels contribue activement à la prolifération de lois renvoyant à la spécialisation du droit des biens.

C. La protection des espaces naturels, rares et fragiles

490. Prolifération de textes. La conservation de milieux naturels particulièrement riches et fragiles a été plus ou moins tôt ressentie comme une priorité pour le législateur. La loi du 2 mai 1930 a permis la protection de la plupart des sites remarquables. Elle recouvre tout d'abord les sites et paysages (la loi du 2 mai 1930 applique aux sites et monuments naturels des procédures de protection proches de celles instaurées par la loi du 31 décembre 1913 sur la protection des monuments historiques, Article L. 341-1 et s.), ensuite les espaces naturels sensibles (les périmètres sensibles de 1959 ont été relayés à la suite de la loi du 18 juillet 1985

⁷²⁰ J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ?, 7^{ième} éd., 2006, p. 45 et s.

⁷²¹ J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ?, 7^{ième} éd., 2006, p. 48 et s. ; R. ROMI, *Droit et administration du droit de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd., Domat, Droit public, p. 380.

⁷²² J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ?, 7^{ième} éd., 2006, p. 51 et s. ; R. ROMI, *Droit et administration du droit de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd., Domat, Droit public, p. 385.

par des espaces naturels sensibles), les parcs naturels⁷²³ (création des parcs nationaux par la loi du 22 juillet 1960, procédure de création lourde, la France s'est dotée de 7 parcs nationaux, espaces naturels sans résidents permanents : Parc de la Vanoise, celui de l'île de Port-Cros, Pyrénées occidentales, Cévennes, celui des Ecrins (d. 27 mars 1973), Mercantour, celui de la Guadeloupe) le 5 mai 2009 une proposition a été faite afin qu'un Parc national des calanques soit créé dès 2010⁷²⁴ (Création des parcs naturels régionaux créés par un décret du 1^{er} mars 1967 et consacrés par la loi paysage du 8 janvier 1993 ; décret du 20 décembre 2001⁷²⁵ relatif aux particularités de la gestion des sites Natura 2000).

II. Le droit des pollutions et nuisances

491. Plan. Le droit des pollutions et nuisances recouvre l'encadrement de la production industrielle ou encore appelé le droit des installations classées (**A**), mais encore le droit des pollutions (**B**) et le droit des nuisances (**C**).

⁷²³ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 259 et s.

⁷²⁴ Proposition le 5 mai 2009 qu'un « Parc national des calanques » soit créé. Ce parc s'étendrait sur 12 000 hectares de terre. Il constituerait le premier parc national périurbain d'Europe. Les calanques recouvrent une histoire importante elles sont constituées de grandes falaises calcaires. Il y a des grottes qui cachent des lieux de cultes (27 000 à 18 000 ans avant notre ère) comportant des dessins sur les murs de ces grottes. Lieux qui méritent d'être protégés. Les calanques ont une faune et une flore très riches, d'où un écosystème sensible qui mérite d'être protégé notamment au regard des rejets de la ville de Marseille. Des écosystèmes et des habitats à préserver. Certaines espèces sont de véritable oasis de vie (plante rejetant deux fois plus d'oxygène que dans une forêt traditionnelle), d'où l'urgence d'un classement pour sauver ce patrimoine. La plongée dans de tels sites est très importante afin de suivre l'évolution du milieu. La préservation de tel endroit intéresse tout un chacun afin par exemple de faire progresser le domaine de la médecine ou encore pharmaceutique. Outre la protection d'un patrimoine naturel, l'obtention du label « parc national des calanques » permettrait la protection d'un patrimoine culturel avec la protection par exemples des cabanons dans la calanque de Sormiou (127 cabanons protégés), protégeant par là un art de vivre respectueux de la nature. Un classement d'un tel site permettrait de le protéger et de faire de la prévention. Il s'agit d'un lieu fragile remarquable à protéger avec plus d'un million de visiteurs chaque année sur terre et sur mer. Ainsi les calanques pourraient devenir Parc national dès 2010. Les calanques sont

les gardiennes d'un patrimoine unique où leur classement permettrait de reconnaître leur valeur inestimable. Site exceptionnel. S'agissant du Parc national des Ecrins créé en 1973 compte 1800 espèces de fleurs, 200 espèces d'oiseau (aigle royal 2,2 m d'envergure) etc. La Biodiversité est extrêmement riche. Les espèces sont très variées : aigle royal, tétralires (sorte de coq), chamois, bouquetin (femelle appelée étagne et leur cabri), marmotte, etc. Ces parcs nationaux sont de véritables monuments naturels qui appellent le respect, l'humilité et la patience. Patrimoine naturel et culturel se côtoient. Depuis 35 ans le Parc national des Ecrins préserve la faune et la flore et contribue avec succès à la réintroduction de certaines espèces, véritable baromètre pour les générations futures. Reportage du 27 mai 2009, Des racines et des ailes, « *Un patrimoine à protéger* », France 3.

⁷²⁵ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 402 et s.

A. L'encadrement de la production industrielle, le droit des installations classées

492. Présentation. L'objectif poursuivi par une telle législation est la recherche d'un développement soutenable⁷²⁶. La liberté d'entreprendre est une liberté fondamentale qui consiste à pouvoir exercer une activité économique dans le respect de la législation et de la réglementation en vigueur et donc conformément aux prescriptions qui lui sont légalement imposées, tout spécialement lorsqu'elles poursuivent une exigence aussi impérieuse que la protection de la santé publique. L'encadrement de la protection industrielle est donc légitime. Il repose avant tout sur le régime de police administrative spéciale des installations classées. Le souci de protéger les populations contre les nuisances causées par la présence d'établissements polluants en milieux urbain a été à l'origine de réglementations anciennes qui furent les premières ébauches d'un droit de l'environnement. Trois grandes dates⁷²⁷ ont jalonné l'évolution du droit des installations classées : le décret napoléonien du 15 octobre 1810 relatif aux manufactures et ateliers insalubres, incommodes et dangereux (trois classes étaient distinguées selon leur degré de nocivité et préalablement à l'ouverture une autorisation était exigée au regard de la proximité ou de l'éloignement des habitations), la loi du 19 décembre 1917 (industrialisation triomphante, instauration d'une classe soumise à une simple déclaration), loi du 19 juillet 1976 « installations classées pour la protection de l'environnement » (extension de son champ d'application à toutes les activités y compris agricoles) « exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privées ». Désormais ce droit obéit à une réglementation générale sur la prévention des risques technologiques et se trouve de plus en plus encadré par des directives communautaires (Par exemple, la directive des Communautés européennes du 24 juin 1982 révisée en 1987, dite directive Seveso , remplacée par la directive Seveso II du 9 décembre 1996 ; Directive sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux adoptée le 21 avril 2004).

⁷²⁶ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 423.

⁷²⁷ J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ?, 7^{ième} éd. , 2006, p. 89.

B. Le droit des pollutions

493. Champ d'application. Le Professeur Raphaël Romi relève que l'on doit entendre par droit des pollutions l'ensemble des régimes juridiques, s'appliquant aux pollutions des ressources essentielles fournies par la nature à l'homme : l'air (2), l'eau (1), le sol (3). Ces éléments, sauf peut-être les sols, sont dorénavant protégés par des textes globaux auxquels s'ajoutent des dispositions éparses. Il souligne également le défaut de lisibilité de ces régimes⁷²⁸.

1. La pollution de l'eau

494. Présentation. La loi du 16 décembre 1964 prend en compte pour la première fois la nécessité de mettre en place un système de gestion globale des ressources nationales en eau, cette loi découpa le territoire en six bassins hydrographiques et créa des institutions nouvelles dotées de moyens financiers propres à assurer cette gestion. La loi du 3 janvier 1992 apporte des compléments à ce système. L'eau est traitée au Titre 1^{er} du Livre 2 du Code de l'environnement cependant sa lisibilité est rendue difficile face au foisonnement désordonné des textes⁷²⁹.

2. La pollution de l'air

495. Présentation. La lutte pour la qualité de l'air est menacée d'une part, par l'effet de serre et l'amincissement de la couche d'ozone dans la stratosphère, et d'autre part par d'innombrables polluants passifs (poussières) ou actifs (dérivés du carburant, soufre, chlore) pose des problèmes encore plus complexes que la pollution des eaux⁷³⁰. La première loi fut la loi du 2 août 1961 « relative à la lutte contre la pollution atmosphérique et les odeurs », actuellement le cadre général de la protection de l'air est désormais défini par la loi sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie du 30 décembre 1996. Au regard du réchauffement de la planète dont l'une des causes est l'effet de serre du fait de l'émission dans l'air de gaz

⁷²⁸ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 447.

⁷²⁹ J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ?, 7^{ième} éd. , 2006, p. 102.

⁷³⁰ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 449 ; J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ?, 7^{ième} éd. , 2006, p. 108 et s.

particulièrement polluants a conduit les Etats à réagir en adoptant en 1997 le Protocole de Kyoto⁷³¹.

3. La pollution des sols

496. Présentation. Le sol est lui aussi soumis à des agressions, l'usage de produits divers visant à faciliter l'augmentation ou la protection de la production agricole génère à terme des problèmes de santé et des problèmes écologiques qui appellent une régulation s'appliquant tant aux produits eux-mêmes (pesticides) qu'à certains de leurs effets (production de nitrates)⁷³². Il est régi tant par des textes nationaux (loi du 19 juillet 1976 sur les installations classées pour la protection de l'environnement) qu'européens (directive nitrates du 14 juin 1991).

C. Le droit des nuisances

497. Champ d'application. Le droit des nuisances recouvre la politique des déchets (1), la politique du bruit (2) ainsi que la politique des paysages (3).

1. Le déchet

498. Définition. Le déchet est un « bien meuble abandonné », un bien sans maître, une *res derelictae*. La gestion des déchets, que les sociétés contemporaines de consommation sinon de gaspillage produisent en abondance est devenue un des enjeux majeurs des politiques d'environnement. Les deux principaux textes qui régissent cette matière sont les lois du 15 juillet 1975 et du 13 juillet 1992⁷³³. Pour plus d'information se référer aux paragraphes et développements ultérieurs.

⁷³¹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 39, 40, 41, n° 10 a) Qualification de bien.

⁷³² R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 495 et s.

⁷³³ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 519 et s. ; J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ?, 7^{ième} éd. , 2006, p. 117 et s.

2. Le bruit

499. Généralités. Le droit contre le bruit est régi par de nombreux textes qui sont très divers et d'une haute technicité. La nuisance phonique est de plus en plus réglementée par des textes internationaux et communautaires. Les trois principales sources de nuisances acoustiques sont les transports, activités industrielles et de loisirs, voisinage. Certaines protections spécifiques ont été prévues autour des voies à grande circulation et des aéroports. Le nœud du problème étant de déterminer le seuil acoustique supportable. Aussi la loi du 31 décembre 1992 relative à la lutte contre le bruit s'est efforcée de résoudre les questions les plus urgentes⁷³⁴.

3. La protection des paysages⁷³⁵

500. Présentation. Le désir de maîtriser le paysage n'est pas nouveau. Après les lois « littoral » et « montagne » aujourd'hui, les paysages sont appréhendés par le droit bien qu'il est vrai que juge, pouvoir réglementaire ou législateur n'ont jamais consacré ou édicté que des principes flous qui ne « prennent en compte le paysage que dans la mesure où il présente un intérêt artistique, légendaire, historique ou pittoresque ». L'un des principaux apports de la loi « paysage » est de définir plus précisément des compétences en matière paysagère et d'élargir, l'appréhension des paysages, ici au-delà du concept de « protection des paysages » c'est le concept de « gestion des paysages » qui est ici consacré. Avec ce nouveau texte une nouvelle perception technique du paysage est ici mise en avant (l'Etat étant le principal garant de l'insertion paysagère des aménagements)⁷³⁶.

⁷³⁴ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 541 et s. ; J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ? , 7^{ième} éd. , 2006, p. 114 et s.

⁷³⁵ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 555 et s.

⁷³⁶ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat, Droit public, p. 571.

III. La protection de l'environnement culturel, rural et urbain

501. Plan. La protection de l'environnement fait appel aux notions de patrimoine culturel (*A*), environnement rural (*B*) et environnement urbain (*C*).

A. Le patrimoine culturel

502. Définition. Selon un vieux Précepte indien qui dit « Nous n'avons pas hérité la Terre de nos ancêtres. Nous l'avons empruntée à nos enfants »⁷³⁷, le patrimoine culturel est victime du même constat de manière analogique. Le patrimoine culturel ne faisant pas l'objet d'une définition précise, doit être appréhendé comme l'idée d'un héritage transmis par le passé et qui géré en bon père de famille, est destiné à être légué aux générations futures qui elles aussi en seront dépositaires. Le patrimoine est néanmoins circonscrit grâce à la définition posée par l'article L. 1 du Code du Patrimoine relevant que « Le patrimoine s'entend, au sens du présent Code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique ». Diverses lois régissent ce concept la plus importante peut être celle du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques (mesures de sauvegarde : classement, inscription), la loi du 25 février 1943 protégeant les abords des monuments historiques (périmètre de 500 mètres et covisibilité), la loi Malraux du 4 août 1962 (Codifiée article L. 313-1 à L. 313-15 du Code de l'urbanisme), faisant suite à la rénovation urbaine mise en place en 1958, met en valeur l'objectif de restauration et crée des secteurs sauvegardés (centres historiques).

B. L'environnement rural

503. Etendue. L'environnement rural aussi fait l'objet d'une kyrielle de législations ayant trait soit à la planification de l'espace rural (par exemple la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux) soit à la réglementation des activités agricoles (remembrement, installations classées agricoles loi du 19 juillet 1976 seulement pour les activités agricoles, utilisation des produits antiparasitaires et des engrais naturels).

⁷³⁷ J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ? , 7^{ième} éd. , 2006, p. 9.

C. L'environnement urbain

504. Protection. L'environnement urbain fait lui aussi l'objet de multiples réglementations afin que la ville se développe dans un cadre harmonieux et en adéquation avec ses habitants. Le Code de l'urbanisme régit notamment en grande partie les problèmes que peuvent rencontrer une ville bien que certaines influences européennes existent (Directive du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement faisant l'objet d'une transposition par ordonnance du 3 juin 2004 et deux décrets du 27 mai 2005).

§3. L'apparition de législations spéciales comme bouleversement du droit des biens traditionnel

505. Source de mutation : finalités différentes. Le droit de l'environnement (dont relèvent les éléments naturels tant corporels qu'incorporels) représente un important facteur de mutation pour le droit des biens traditionnel. En effet, il est aujourd'hui incontestable que le droit de l'environnement a indirectement enrichi le droit des biens, cependant les biens naturels en tant que tels sont jusqu'à présent encore ignorés du droit des biens classique. Pour y remédier ne faudrait-il pas réintroduire dans le droit des biens une vision concrète des choses et reconnaître l'existence d'un droit des biens spéciaux parallèlement à la théorie générale des biens ? Telle est la question à laquelle se confronte Madame Marie-José Del Rey. Afin d'y répondre cette dernière avance un argument téléologique basé sur la science des finalités. En effet, le droit des biens traditionnel, renvoie à des biens qui ont vocation à circuler et à faire l'objet de commerce se caractérisant par deux critères l'appropriation / cessibilité et l'utilité, tandis qu'en revanche, la vocation première, la finalité propre du droit de l'environnement réside en la protection et la préservation des ressources et richesses naturelles qui renvoient à la conception de biens naturels qui se caractérisent quant à eux particulièrement par leur rareté et leur possibilité d'épuisement. Contrairement au droit des biens qui quant à lui est fondé sur l'idée d'abondance. Le droit de l'environnement se réalise pleinement à travers la préservation des éléments naturels qui assument des fonctions indispensables et irremplaçables. « Ceci justifie d'autant plus la reconnaissance d'une nouvelle branche du droit spécialisée en cette

matière : le droit des biens spéciaux »⁷³⁸. Cette nouvelle appréhension des éléments naturels est révélatrice des limites écologiques du droit des biens, qui doit évoluer pour s'adapter.

Cette terminologie choisie par Madame Marie-José Del Rey employant l'expression de « droit des biens spéciaux », personnellement, ne me paraît pas adaptée. En effet, les biens dits « spéciaux », n'ont de spécial que le corps de règles qui leur est nommément applicable. Ce ne sont donc pas tant les biens qui sont « spéciaux » que les dispositions particulières qui les régissent. Partant de ce constat, et face à l'expression peu évocatrice de « droit des biens spéciaux », on préférera, celle, plus juste, de « droit spécial des biens », voire de « droit spécialisé des biens ».

506. Droit des biens sous influence. Face à l'ascension effrénée des biens naturels et à la kyrielle de législations les appréhendant, bien que le droit des biens classique semble porter une vision écologiquement neutre sur ces éléments, le droit des biens n'en est pas moins totalement hermétique. En effet, des bribes, des balbutiements se font ressentir, le droit des biens paraît amorcer un véritable bouleversement, contraint de s'adapter aux législations spéciales.

Ainsi afin d'endiguer des problèmes contemporains (statut juridique de l'animal et la question de la gestion des déchets), le droit des biens semble laisser se dessiner des bribes de mutation. En effet, l'apparition de législations spéciales, tant au travers de l'étude du statut juridique de l'animal que de la question de la gestion des déchets, provoque un bouleversement du droit des biens traditionnel.

Le dilemme soulevé par le statut juridique de l'animal **(I)** ou encore la question de la gestion des déchets **(II)** paraît ouvrir une véritable brèche appelant un bouleversement du droit des biens traditionnel.

I. Le dilemme soulevé par le statut juridique de l'animal

507. Termes introductifs. Considéré primitivement comme seule source éventuelle de dégâts, l'animal a longtemps été considéré par la matière juridique comme le responsable direct

⁷³⁸ M.-J. DEL REY, *Les biens naturels un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux*, Recueil Dalloz 2004, Chroniques Doctrine, p. 1615 et s. ; M.-J. DEL REY, *Droit des biens et droit de l'environnement*, sous la direction de Pierre-Laurent FRIER, 1992.

et volontaire de ses « exactions ». Des colonies d'insectes aux membres de la classe porcine, nul animal, souvent de ferme, n'échappait à la rigueur des pénalités du juge, destinées aussi bien à sanctionner le trouble à l'ordre public qu'à frapper les consciences populaires éventuellement ou possiblement rétives au bon ordre. C'est essentiellement par la domestication de l'animal, et l'avènement du lien étroit entre l'homme et son compagnon, que, de source crainte de préjudice, car solvable souvent qu'en chair, l'animal est, au fil de l'histoire, devenu objet de protection, non dans une profonde optique anthropomorphique⁷³⁹.

Dès lors, des thèses personnalistes, visant à octroyer la personnalité juridique à tous les animaux en s'apitoyant tant sur leur souffrance que sur les conditions de leur mort pour préserver les intérêts, économiques ou culinaires, de la société de consommation⁷⁴⁰, aux recherches philosophiques démontrant au contraire une filiation jugée inquiétante entre le régime nazi et la protection de l'animal pour lui-même⁷⁴¹, le statut de l'animal, objet d'étude, a suscité les passions.

L'enjeu repose aujourd'hui sur l'équilibre utile à rechercher entre la protection de l'animal et ses intérêts propres et les dérives d'un anthropomorphisme, aussi dangereux pour son maître que pour son compagnon.

L'évolution de la législation pénale, protégeant progressivement l'animal pour lui-même, comme être vivant sensible, devra conduire à bouleverser la classification de ce dernier en droit civil, en l'extrayant de la catégorie des biens, manifestement inadaptée **(A)**. C'est finalement d'un régime de protection extrêmement favorable dont aura hériter l'animal au fil de l'histoire, bien que celui-ci soit, au moins en droit interne, encore perfectible **(B)**.

⁷³⁹ E. BAUMANN, « *Les droits de l'animal* », discours de Maître Etienne BAUMANN, avocat à la Cour de Nancy (rentrée de la conférence du stage, 1964).

⁷⁴⁰ G. L. FRANCIONE, *Pour l'abolition de l'animal esclave*, Le Monde diplomatique, Août 2006. E. DE FONTENAY, *Un sanglant non sens*, interview d'Elisabeth DE FONTENAY, in « Le Figaro » du 6 mars 2001.

⁷⁴¹ L.FERRY, *Le statut de l'animal dans le IIIème Reich*, Réflexions de Luc FERRY, philosophe, in « Le Point » début avril 2001, « *Le IIIème Reich et les animaux* ».

A. Une classification de l'animal inadaptée en droit civil, invitant à la création d'une catégorie sui generis

1. L'animal, bien meuble inconsistant

508. L'animal sujet de droits, l'ambiguïté d'une telle qualification : à la recherche d'une qualification. L'actuel état du droit dans le domaine civil, issu de la réforme récente du 6 janvier 1999⁷⁴², range clairement l'animal dans la catégorie des biens, et plus spécialement des biens meubles (Article 516 du Code civil)⁷⁴³.

Susceptible comme tout bien d'être cause d'une série de contrats (louage, warrants), l'animal ne dispose en droit civil d'aucune réelle spécificité dans sa catégorisation, prenant en compte sa qualité d'être vivant, ou, mieux, d'être sensible pourtant établie par la loi du 10 juillet 1976.

Pourtant le droit de propriété sur cette chose, droit par définition, direct et immédiat résultant de tout pouvoir sur un bien classique par son propriétaire, est profondément limité, témoignant du caractère embarrassant et inadapté de sa classification juridique.

Ainsi, comme le remarque le Professeur Marguénaud, l'*abusus*, trait caractéristique s'il en est de la prérogative de propriété, est battu en brèche concernant l'animal, dès lors que la mort de celui-ci est pénalement répréhensible et sanctionnée. Il est d'ailleurs tout aussi impossible de se défaire de la dite chose, l'abandon étant également sanctionné, de la même pénalité. De surcroît, la chose peut être confisquée, sans qu'il s'agisse d'une prérogative de puissance publique, puisque la confiscation peut être ordonnée pour le bien être même de la chose, ce qui ne manque pas d'interpeller. Enfin, et surtout, l'animal est la seule chose envers laquelle son propriétaire a des obligations, renversant de façon symptomatique la perspective juridique.

Dès lors, le même auteur a estimé, avec une grande acuité, que l'animal, loin d'être un bien, était en réalité une personne morale, dans la mesure où les deux pré-requis juridiques en la matière, un intérêt distinct et un organe de représentation, étaient effectivement réunis.

Toutefois, les difficultés se rattachant à cette classification, il est vrai déroutante pour le juriste classique, ont conduit à se poser la question de la création d'une catégorie spéciale pour l'animal, enclavée entre la personne et le bien, tirant vers la personne par sa qualité d'être

⁷⁴² S. ANTOINE, *Loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 et la protection animale*, Recueil Dalloz 1999, 15^{ième} cahier, Chronique, p. 167 et s.

⁷⁴³ Article 516 du Code civil. Tous les biens sont meubles ou immeubles.

sensible, et vers le bien, à raison de l'évidente impossibilité pour cette chose, « *éternel infans* », d'exercer l'ensemble luxueux des droits traditionnels de la personnalité⁷⁴⁴.

La personnification de l'animal consiste en une tentation qu'il faut repousser. En effet, il n'est pas préférable d'aller trop loin, il faut plutôt opter pour une quasi-personnalité⁷⁴⁵.

2. La nécessité de création d'une catégorie *sui generis* pour l'animal

509. Propositions. Un consensus semblant établi pour reconnaître que le régime juridique civil de l'animal, fondé sur la théorie de l'« animal-machine » chère à Descartes, n'était plus cohérent, même après la loi du 6 janvier 1999⁷⁴⁶, deux propositions ont été formulées par une commission *ad hoc* afin de prendre en compte la sensibilité de l'animal, et dès lors sa nature spécifique⁷⁴⁷ : l'extraction complète de l'animal de la catégorie des biens, par l'inclusion d'articles spéciaux dans le Code civil sur les animaux ; la création d'une troisième catégorie de biens, en sus des meubles et immeubles, avec l'institution d'un bien spécial bénéficiant d'une protection spécifique.

Si la première réforme semblait avoir la préférence de ladite commission, les deux propositions aboutissaient finalement, de façon convergente, à considérer l'animal comme « un bien protégé en sa qualité d'être vivant sensible » (article 516 du Code civil).

L'animal serait notamment protégé dès lors que son gardien aurait des obligations envers lui, notamment de « le placer dans des conditions conformes aux impératifs biologiques de son espèce, d'assurer son bien-être », et, évidemment, de lui épargner tous sévices.

La reconnaissance d'un droit de propriété limité en fait serait consacré en droit par un alinéa supplémentaire à l'article 544 du Code civil.

Témoin de l'équilibre qui pourrait ainsi être instauré, l'animal continuerait néanmoins, logiquement, à être soumis aux dispositions du Code civil sur la vente.

⁷⁴⁴ J.-P. MARGUENAUD, *La personnalité juridique des animaux*, Recueil Dalloz 1998, 20^{ième} Cahier, Chronique, p. 205 et s.

⁷⁴⁵ A.-M. SOHM-BOURGEOIS, *La personnification de l'animal : une tentation à repousser*, Recueil Dalloz SIREY 1990, 7^{ième} cahier, Chronique VII, p.33 et s.

⁷⁴⁶ S. ANTOINE, *La loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 et la protection animale*, Recueil Dalloz 1999, 15^{ième} cahier, Chronique, p. 167 et s.

⁷⁴⁷ S. ANTOINE, *Rapport sur le régime juridique de l'animal*, 10 mai 2005, Extraits p. 44 à 50.

B. Un régime juridique de l'animal actuellement protecteur mais perfectible

1. L'animal protégé comme être sensible

510. Droit international. S'agissant de la protection en droit international, l'animal est protégé par des textes de portée internationale, mais dont la nature est plus ou moins marquée par les thèses personnalistes.

Ainsi, la Convention Européenne pour la protection des animaux de compagnie du 13 novembre 1987, institue-t-elle une série de mesures destinées non seulement à conférer un statut à l'animal de compagnie mais également à le protéger⁷⁴⁸.

Défini dans son premier article comme « tout animal détenu ou destiné à être détenu par l'homme, notamment dans son foyer, pour son agrément et en tant que compagnon », l'animal est clairement appréhendé comme celui fait par l'homme, « contribuant à sa qualité de vie » de sorte d'ailleurs, que le texte ne prévoit, en aucune de ses dispositions, de quelconque protection pour l'animal sauvage ou la faune.

D'ailleurs, au delà des obligations juridiques que le texte institue, sous réserve d'un nombre relativement faible de pays procédant à sa ratification (4), la convention prévoit en son préambule que le maître a, avant tout, des obligations morales envers son compagnon.

Le principe d'interdiction relative de toute forme de souffrance causée à l'animal de compagnie est nettement affiché (article 2), l'adverbe « inutilement » venant toutefois quelque peu mâliner d'incertitude la portée de ces stipulations.

En revanche, l'abandon fait l'objet d'une interdiction absolue.

La convention prévoit ensuite une série de dispositions tendant à assurer le bien être de l'animal, tant par la responsabilisation de son gardien (interdiction de détention aux moins de 16 ans promotion des programmes d'information et d'éducation, obligations d'ordre vétérinaire) que par l'interdiction ou la réglementation de certaines activités le considérant comme bien marchand (commerce et élevage, publicité, spectacle et expositions).

Fondée sur un principe général d'égalité des animaux entre eux, la déclaration universelle des droits de l'animal du 15 octobre 1978⁷⁴⁹, dont la filiation avec la déclaration universelle des

⁷⁴⁸ Convention européenne pour la protection des animaux de compagnie, Strasbourg, le 13 novembre 1987.

⁷⁴⁹ Déclaration universelle des droits de l'animal du 15 octobre 1978.

droits de l'homme est sémantiquement éclatante, profondément marquée par les thèses personnalistes et anthropomorphiques, apparaît beaucoup plus vaste dans le panel des mesures de protection édictées.

L'animal est d'ailleurs doté d'une personnalité juridique prévue par la loi ainsi que de droits dans le dispositif présenté (article 9).

L'animal, aussi bien sauvage que domestique, est ainsi protégé, à tel point que sa sépulture même fait l'objet d'égard (article 3) et que les activités de chasse et de pêche se voient interdites au nom du droit à la liberté.

511. Droit interne. S'agissant de la protection en droit interne, c'est essentiellement l'évolution de la législation pénale qui a renforcé la protection du statut de l'animal, passant d'une protection destinée à éviter tout trouble à l'ordre public, dans un souci d'apaisement des mœurs populaires, à une protection dans l'intérêt propre de ce dernier⁷⁵⁰.

La forme témoigne de cette évolution révélatrice, dans la mesure où les atteintes aux animaux font l'objet d'un livre distinct dans le Code pénal, différent de celui des biens, des personnes ou des atteintes à la nation⁷⁵¹.

La loi Grammont du 2 juillet 1850, de façon symbolique, réprimait ainsi les seuls mauvais traitements publics sur un animal domestique, signifiant clairement que seul le trouble à l'ordre public comptait, l'intérêt de l'animal n'étant manifestement plus protégé en privé. Il fallut attendre ainsi plus d'un siècle avant que le pouvoir réglementaire, par le décret Michelet du 7 septembre 1959, supprime l'exigence de publicité de l'acte répréhensible, faisant ainsi de l'animal la victime unique et directe de la contravention instaurée.

La législation pénale actuelle repose encore largement sur cette conception et l'a progressivement étendue, tant par le biais de la multiplication des incriminations pénales, que par la diversification des voies procédurales.

512. Droit pénal. Victime de l'infraction, l'animal est désormais protégé par une série d'incriminations, notamment dans le domaine contraventionnel, sanctionnant aussi bien l'auteur

⁷⁵⁰ J.-P. MARGUENAUD, *La personnalité juridique des animaux (I)*, Recueil Dalloz 1998, 20^{ième} cahier, Chronique, p.205 et s.

⁷⁵¹ J.-P. MARGUENAUD, *L'animal dans le nouveau Code pénal*, Recueil Dalloz Sirey, 1995, 25^{ième} cahier, Chronique, p. 187 et s. dont notamment p. 190 A.

de mauvais traitements volontaires qu'involontaires (article R. 654-1 et R. 653-1 du Code Pénal) que le responsable de son excitation (article R. 623-3 du Code Pénal), causant un danger pour les personnes, de sa divagation (R. 622-2 du Code Pénal) ou de sa mort (article R. 655-1 du Code pénal)⁷⁵².

Le Code Pénal a même prévu l'hypothèse d'actes de cruauté, en instituant un délit puni d'une peine d'emprisonnement prévu par l'article 521-1 du Code Pénal.

Même en qualité d'objet ou d'instrument potentiel de l'infraction, l'animal, alors même qu'une présomption de « férocité » (danger) semble parfois peser sur certains de ces membres comme le chien⁷⁵³, reste considéré comme une victime des agissements néfastes de son gardien, et se voit à ce titre protégé. Ainsi, pouvant être considéré comme une arme par destination dans le cadre des dispositions de l'article 132-75 du Code Pénal, il est alors confié par jugement à une association de protection animale.

Instituée par l'article 2-13 du Code de Procédure Pénale (loi du 1^{er} février 1994), la possibilité pour des associations de protection animale régulièrement déclarées de se constituer partie civile, dans le cadre d'infractions portant atteinte à l'animal, est venue apporter une garantie supplémentaire.

2. Un régime néanmoins toujours perfectible

513. Animal sauvage. Concernant l'animal sauvage, si l'animal domestique semble bénéficier d'une législation largement, et de plus en plus, protectrice, grâce à sa proximité avec l'Homme, l'animal sauvage, quant à lui, dont le statut est réglementé tant par le droit public que le droit privé, ne fait pas l'objet d'autant d'attention⁷⁵⁴.

L'animal domestique se présente tel un bien original rebelle aux classifications traditionnelles car l'article 516 du Code civil semble constituer un obstacle d'où la nécessité de se tourner vers

⁷⁵² Articles extraits du Code pénal.

⁷⁵³ Cour Cassation, Chambre Criminelle 19 mars 1992, N° 91-81.323. Bulletin criminel 1992 N° 120, p. 317. *L'animal qui se jette spontanément sur les personnes pour les mordre est nécessairement un animal malfaisant ou féroce...* ».

⁷⁵⁴ S. ANTOINE, *L'animal et le droit des biens*, Recueil Dalloz 2003, Chronique, Doctrine, p. 2651 et s. « Un statut juridique cohérent de l'animal, qui est à la fois bien appropriable et être sensible, ne peut être défini dans la classification traditionnelle des biens. L'article 516 du Cod civil devrait s'ouvrir vers une nouvelle catégorie de biens, celle des êtres vivants. L'éthique pourrait dès lors être mieux associée à la réflexion juridique. La définition civiliste des biens est également inadaptée à la législation sur les animaux sauvages. Ces derniers relèvent du droit de l'environnement, qui tend à reconnaître les « biens naturels ».

une nouvelle catégorie de biens celle des organismes vivants. L'animal sauvage se situe entre le Code civil et le Code de l'environnement. Ceci conduit Madame Suzanne Antoine à soutenir que « la définition civiliste des biens n'est plus appropriée à l'animal sauvage. Les « biens » qui relèvent de la protection de la nature sont désormais soumis à des impératifs écologiques et à des problèmes de gestion qui se posent désormais tant à l'échelle nationale qu'à l'échelle internationale, en raison de leur intérêt collectif, non seulement pour un pays donné mais pour l'ensemble de la collectivité humaine. La nature et ses composants prennent un nouvel aspect, qui n'est plus celui d'objets quelconques, destinés à être exploités par l'homme, mais de biens patrimoniaux, cette notion de patrimoine s'élargissant jusqu'à celle de « patrimoine commun de l'humanité » mais prenant aussi en compte les divers aspects de la faune sur un plan biologique, voire esthétique »⁷⁵⁵.

Par défaut patrimoine de l'Etat, mais susceptible d'acquisition par toute action de chasse ou de pêche légale, comme le prévoient les dispositions de l'article 713 du Code civil, la faune reste une catégorie juridique peu protégée en droit interne, à l'exception des espèces protégées (loi du 10 juillet 1976, article 13).

Considérée comme *res nullius* en l'état du droit actuel, certains s'interrogent afin de lui conférer la qualification intellectuelle de *res communis*, à raison des impératifs de préservation qui devraient s'attacher à ce patrimoine.

A nouveau, la création de biens naturels, spécialement protégés à raison de leur utilité et leur caractère écologique intrinsèque, est préconisée.

514. Animal domestique. Concernant l'animal domestique, quelques limites subsistent afin de compléter l'arsenal juridique visant à protéger l'animal domestique ou domestiqué : l'immunité légale, prévue par l'article 511-1 du Code Pénal, permettant de considérer que les courses de taureaux et les combats de coqs ne sont pas soumis aux dispositions du Code Pénal sur les sévices, à raison de l'existence d'une tradition locale ininterrompue en la matière,

⁷⁵⁵ S. ANTOINE, *L'animal et le droit des biens*, Dalloz 2003, Chroniques, Doctrine, p. 2654.

soumise à l'appréciation souveraine des juridictions du fond⁷⁵⁶ ne semble plus en adéquation avec la législation qui vise à protéger les animaux.

Les infractions de vol et de recel ne prévoyant pas le cas de l'animal, non qualifié de chose par le droit pénal, et amenant de fait à laisser impuni l'auteur de tels agissements⁷⁵⁷.

II. La question de la gestion des déchets

515. Termes introductifs. La masse considérable de déchets produits en France, toutes catégories confondues, (650 millions de tonnes par an), pose nécessairement la question de leur gestion⁷⁵⁸. Au-delà de la catégorisation des déchets selon leur provenance⁷⁵⁹ qui impose des traitements évidemment différenciés au niveau national, c'est surtout la distinction entre les déchets dit « dangereux » et les autres qui polarise le débat, notamment dans le cadre de leur circulation transnationale dans le cadre de valorisation ou d'élimination.

La notion de gestion des déchets inclut en effet trois étapes distinctes (collecte, transport, élimination), clairement définies par la Convention de Bâle⁷⁶⁰. Or, tant la collecte et le transport que l'élimination pour les déchets ou la valorisation pour les autres constitue chacun des enjeux lourds, qui ont d'ailleurs régulièrement abouti à des contentieux humains ou environnementaux de portée parfois internationale (procès de Montchanin⁷⁶¹, catastrophe du Seveso⁷⁶²). Consciente

⁷⁵⁶ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 8 juin 1994, « *Justifie sa décision la cour d'appel qui, par des énonciations relevant de son appréciation souveraine, constate, pour faire bénéficier les prévenus de l'immunité légale instituée par l'alinéa 4 de l'article 453 du Code pénal applicable à la date des faits, devenu l'article 511-1 du Code pénal entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994, l'existence d'une tradition locale ininterrompue* » ; N° 93-82.459. Bulletin criminel 1994 N° 225, p. 548. A rapprocher Cour de Cassation Chambre criminelle 16 septembre 1997, relative au courses de taureaux, tradition locale tauromachique ininterrompue existait d'où l'existence d'une immunité légale. « *Attendu qu'en cet état, la Cour d'appel, qui n'était pas liée par la décision de l'autorité administrative, a apprécié souverainement, sans insuffisance ni contradiction, l'existence d'une tradition locale ininterrompue dont s'est prévalu le prévenu pour bénéficier de l'immunité légale instituée par l'alinéa 4 de l'article 453 ancien du Code pénal devenu l'article 521-1 alinéa 4 du même Code, a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués* ».

⁷⁵⁷ S. ANTOINE, Rapport sur le régime juridique de l'animal, 10 mai 2005, p. 44 à 50.

⁷⁵⁸ Actu environnement, Toute l'actualité professionnelle du secteur de l'environnement et du développement durable, *La politique de gestion des déchets ménagers et assimilés*, Publication le 15/06/2003 ; p. 51, 52.

⁷⁵⁹ Conclusions de la table ronde 116, Paris, 16, 17 décembre 1999 de la conférence européenne des ministres des transports portant sur le transport des déchets.

⁷⁶⁰ Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination adoptée par la conférence de plénipotentiaires le 22 mars 1989 et entrée en vigueur le 5 mai 1992.

⁷⁶¹ Article de l'Humanité daté du 5 février 1998, « *Montchanin, le procès ne fait pas le compte* ».

⁷⁶² L'accident le 10 juillet 1976, l'explosion d'un réacteur chimique produisant des herbicides. La société Icmesa, filiale du groupe Givaudan-Hoffmann-Laroche, est mise en cause. C'est à ce jour, l'accident industriel le plus connu ayant entraîné deux directives dites SEVESO et SEVESO 2. Il a causé un rejet de dioxines dans l'atmosphère. Ce nuage a contaminé une région étendue (1800 ha). Seveso est une ville située en Lombardie, au

de ces difficultés, la communauté internationale, dans le cadre de la Convention de Bâle, s'est donc dotée d'un principe directeur, permettant de réguler et régir la matière, en l'espèce le principe de « gestion écologiquement rationnelle ».

C'est bien d'une question de politique publique nationale et internationale, souvent d'ordre économique, dont la gestion des déchets est le cœur, d'autant que celui-ci est de plus en plus considéré comme un produit sur un marché, soumis à des contraintes⁷⁶³. Or, le financement de la collecte du déchet, son transport ou son élimination est un véritable défi, eu égard aux coûts exorbitants et, surtout, à l'absence de responsables identifiés.

Heureusement, l'interprétation libérale de la notion de déchet a autorisé, notamment dans le cadre de la circulation transfrontalière des déchets dangereux, le développement d'une véritable responsabilisation de tous les acteurs intéressés par le processus **(A)**. Visant « une gestion écologiquement rationnelle », les politiques publiques, s'appuyant sur des principes consacrés en droit de l'environnement, sont aujourd'hui particulièrement efficaces et de plus en plus balisées **(B)**.

A. Un cadre de gestion protecteur

*1. La conception finaliste du déchet*⁷⁶⁴

516. Intention de se défaire. La notion d'intention de se défaire constitue l'élément moral et joue un rôle charnière dans la conception finaliste du déchet. En effet, l'article L. 541-1 II du Code de l'environnement entend par déchet tout processus de production destiné à l'abandon. Outre la source nationale également en matière communautaire, l'article 1^{er} de la Directive du 15 juillet 1975 souligne cette intention de se défaire. Mais encore en matière internationale, l'article 2.1 de la Convention de Bâle du 22/03/89 relève que le déchet est un objet que l'on a l'intention d'éliminer.

nord de l'Italie.

⁷⁶³ G. BERTOLINI, *Economie des déchets*, 1. Des préoccupations croissantes, de nouvelles règles, de nouveaux marchés. Ed. Technip, coll. « Environnement ». Trois questions sont posées à cet économiste.

⁷⁶⁴ P. SAVIN et A. AUMONT, *Les déchets : une législation générale qui se sectorise sous l'égide du principe pollueur payeur*. Droit de l'environnement N° 133, novembre 2005, p. 270 et s. (Chroniques et opinions) ; Articles L. 541-40 et s. du Code de l'environnement, Article 541-1 du Code de l'environnement ; Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination du 5 mai 1992.

517. Arrêt Van De Walle (sous sol pollué). L'arrêt Van De Walle⁷⁶⁵ du 7 septembre 2004 rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes confirme la conception finaliste dans l'analyse préjudicielle de la qualification, d'un sous sol pollué suite à un déversement accidentel d'hydrocarbures. La Cour interprète la notion de « se défaire » à la lumière des objectifs fondamentaux de protection élevée de l'homme et de l'environnement (liste établie par la directive du 15 juillet 1975 n'ayant qu'une valeur indicative) (considérant 43), et ce afin de faire supporter le coût des dégâts environnementaux et / ou humains non plus par un seul responsable mais par tous ceux ayant contribué à générer le déchet qui ne manque pas de soulever le problème des chaînes des responsabilités lié d'ailleurs au principe pollueur payeur. Par cet arrêt la Cour a qualifié de déchets des terres non excavées polluées par le déversement accidentel d'hydrocarbures, biens immeubles par nature.

Il suffit donc d'une menace pour la santé de l'homme ou la protection de l'environnement pour que le produit tombe sous la qualification de déchet, volontaire ou involontaire (considérant 49).

*2. L'application au pavillon Clemenceau dans le cadre des déchets*⁷⁶⁶

518. Qualification / Régime : La coque est-ce un déchet ? Quel régime appliquer ?

Le Clemenceau subit un véritable périple médiatique notamment dû à sa coque amiantée et aux nombreux problèmes qu'elle soulève. Ce porte avion doit être transféré vers l'Inde tout d'abord pour un désamiantage du navire et ensuite pour un démantèlement du navire.

⁷⁶⁵ CJCE VAN DE WALLE du 7 septembre 2004, « *Des hydrocarbures déversés de façon non intentionnelle et à l'origine d'une pollution des terres et des eaux souterraines sont des déchets, au sens de l'article 1^{er}, sous a), de la directive 75/442/CEE du Conseil, du 15 juillet 1975, relative aux déchets, telle que modifiée par la directive 91/156/CEE du Conseil, du 18 mars 1991. Il en va de même pour des terres polluées par des hydrocarbures, y compris lorsque ces terres n'ont pas été excavées. Dans des circonstances telles que celles du litige au principal, la société pétrolière approvisionnant la station-service ne peut-être regardée comme détentrice de ces déchets, au sens de l'article 1^{er}, sous c), de la directive 75/442 que si la fuite des installations de stockage de la station-service, qui est à l'origine des déchets, est imputable au comportement de cette entreprise* ».

⁷⁶⁶ Actu environnement, *La controverse autour du démantèlement du Clemenceau devient internationale*, publication du 18 janvier 2006 ; Arrêt du Conseil d'Etat du 13 février 2006, Association Ban Asbestos France et autres ; Reportage de Radio France Info daté du 13 janvier 2006, « *Le Clem ou la diplomatie du déchet* » ; Conclusions du commissaire du gouvernement Yann Aguila dans l'arrêt du 15 février 2006, « *Association Ban Abestos France et autres* », Droit de l'environnement, « *Qualifié de déchet dangereux, le Clemenceau ne peut être transféré en Inde*, N° 136, mars 2006, p. 53 et s. II Cours et tribunaux ; M. LEHARDY, Droit de l'environnement, N° 138, mai 2006, p. 146 et s. « *La nature du Clemenceau devant les autorités françaises : matériel de guerre ou déchet dangereux ?* » IV Chroniques et opinions. Actu environnement.com 04/02/2009, L'ex-porte-avions Clemenceau, ancien fleuron de la marine française à la coque amiantée a quitté le 3 février 2009 le port de Brest pour être démantelé en Angleterre. Le Clemenceau était à Brest depuis mai 2006, de retour de l'Inde.

En l'espèce, le problème était de savoir si la coque du bateau devait être entendue comme déchet au sens du règlement de 1993. Ce règlement considère comme déchet « toute substance ou tout objet qui relève des catégories figurant dans l'annexe I dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention ou l'obligation de se défaire » par renvoi à l'article 1 a) de la directive de 1975. C'est donc l'intention du détenteur de se défaire de l'objet qui permet de définir le déchet au sens du règlement. L'importance de la qualification du navire (bâtiment de guerre ou déchets dangereux) conditionne son statut d'élimination. Le Conseil d'Etat qui statue en qualité de juge des référés (pas d'appréciation du fond) raisonne en deux temps.

Tout d'abord, la coque du Clemenceau est-elle un déchet ? Oui, il y a bien intention de la part de l'émetteur de se défaire de l'objet, le Conseil d'Etat se fondant sur la réglementation communautaire notamment sur le règlement du 1^{er} février 1993 en son article 2 (conception finaliste du déchet confirmée par la Cour de Justice des Communautés Européennes). La notion de matériel de guerre, lors même qu'elle serait exacte, n'empêche en rien de déclarer qu'il s'agit, malgré tout, d'un déchet.

Ensuite, quel régime appliquer ? Tout dépend en réalité de la finalité de l'exportation : élimination ou valorisation ? Le Conseil d'Etat ne s'appuie ni sur la Convention de Bâle qui n'a pas d'effet direct en droit positif, ni sur les dispositions nationales mais sur la législation communautaire.

Le raisonnement est le suivant : la coque se constitue à la fois de métal et d'amiante. Le métal est dédié à la valorisation d'où l'autorisation accordée, en revanche, l'amiante est destinée à être éliminée d'où une interdiction absolue.

Le problème réside en l'amiante qui est un déchet dangereux qui entre dans la catégorie d'interdiction d'exportation hors OCDE même pour valorisation. Au final, le doute sérieux ainsi que l'urgence (conditions de suspension de l'acte administratif réunies) conduisent à la suspension de l'autorisation d'exportation du Clemenceau vers l'Inde.

B. Des principes de gestion renforcés

1. Des principes de gestion visant la protection de l'environnement et de la santé humaine, la « gestion écologiquement rationnelle »⁷⁶⁷

519. Sur le plan du transport, au niveau national. Sous un angle administratif, le problème posé suite au procès Montchanin relatif au dépôt de plusieurs milliers de tonnes de déchets industriels et ménagers dont 75% venaient de l'étranger. Les transports de déchets d'hôpitaux allemands ont été enfouis à Montchanin. D'où le décret du 23 mars 1990 réglementant précisément l'importation et l'exportation, ce dernier fut repris par l'article L. 541-40 du Code de l'environnement. Ainsi, pour toute importation l'obtention d'une autorisation préfectorale est requise. En revanche, l'exportation hors CEE requiert l'autorisation du Ministre chargé de l'environnement mais encore et surtout le pays accueillant les déchets doit avoir la capacité d'assurer l'élimination du déchet dans des conditions ne présentant aucun danger pour la santé humaine ou l'environnement. S'agissant des exportations dans la CEE, le principe est celui de la déclaration à l'autorité préfectorale qui requiert un encadrement stricte avec délivrance de certificat d'autorisation. L'article L. 541-41 du Code de l'environnement pose un principe de coercition qui consiste à faire retourner les déchets à l'expéditeur.

Sous l'angle pénal, il y a un système de pénalité prévu par l'article L. 541-46 en cas de violation des dispositions administratives précitées correspondant à un délit puni de deux années d'emprisonnement.

520. Sur le plan du transport, au niveau international. Un principe d'interdiction de l'exportation de déchets pour l'élimination hors UE et AELE (Article 14 de la Convention de

⁷⁶⁷ Décret n° 90-267 du 23 mars 1990 relatif à l'importation, l'exportation et le transit des déchets générateurs de nuisances ; P. SAVIN et A. AUMONT, *Les déchets : une législation générale qui se sectorise sous l'égide du principe pollueur payeur*, Droit de l'environnement, N° 133, novembre 2005, p. 270 et s. (Chroniques et opinions) ; Articles L. 541-40 et s. du Code de l'environnement, article L. 541-1 du Code de l'environnement ; Article de l'Humanité daté du 5 février 1998, « *Montchanin, le procès ne fait pas le compte* » ; Décision de l'OCDE (92) 39 du 18 mars 2004 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets destinés à des opérations de valorisation ; R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2004, p. 522 à 527 : *Les principes de la gestion des déchets* ; Loi du 8 juillet 2003 autorisant l'approbation de l'amendement à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination ; Amendement du 22 septembre 1995 prévoit une interdiction totale des flux de déchets dangereux vers les pays en développement, Rapport du Sénat sur l'amendement du 22 septembre 1995.

Bâle) existe. Le principe d'interdiction est aussi la règle pour l'exportation de déchets pour recyclage vers les pays non OCDE. En résumé, il s'agit de fixer le traitement des déchets sur le territoire national de chaque pays d'émission ce qui est encore appelé le principe de proximité adapté.

La loi du 8 juillet 2003 autorise la ratification de l'amendement du 22 septembre 1995 portant sur l'interdiction d'exportation des déchets dangereux vers les pays en voie de développement (France pays peu exportateur). D'où l'extension dès lors des mesures de protection édictées par la Convention de Bâle sur les mouvements transfrontières, notamment le principe de gestion écologiquement rationnelle (on notera que le principe est identique en droit interne, le pays importateur doit être en mesure de traiter le déchet dans des conditions adéquates). Ceci a été appliqué au cas du Clemenceau.

Les procédures de contrôle ont été considérablement renforcées par la décision du Conseil de l'OCDE (procédure de contrôle verte / orange). La procédure orange correspond notamment aux déchets les plus dangereux elle repose d'une part sur une obligation d'information partagée entre l'importateur et l'exportateur, avec fourniture de contrat écrit, et d'autre part, sur le consentement de tous les acteurs intervenant dans le processus.

521. Sur le plan de l'élimination. Plusieurs principes existent. Le principe de proximité consiste de limiter le transport des déchets. Le principe d'information réside en la création des commissions locales d'information et de surveillance. Le plus connu d'entre eux, le principe pollueur payeur⁷⁶⁸, il s'agit d'un principe général de droit, affirmé à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement. L'application de ce principe aux déchets d'emballage en est une parfaite illustration. La réglementation spécifique aux déchets d'emballage⁷⁶⁹ est issu du principe pollueur payeur suggéré par le législateur européen et adopté par le législateur français.

Le principe de prévention et de responsabilité intervient dès lors que les coûts intègrent le prix de la pollution, le marché est naturellement invité à limiter la pollution pour ne pas entamer les marges de bénéfice.

⁷⁶⁸ R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 5^{ième} éd. , 2004, Domat Droit public, p. 115 et s.

⁷⁶⁹ P. SAVIN et A. AUMONT, *Les déchets : une législation générale qui se sectorise sous l'égide du principe pollueur payeur*, *Droit de l'environnement*, N° 133, novembre 2005, (IV Chroniques et opinions) p. 270 et s. notamment p. 271 et s.

La prise en charge des coûts des atteintes à l'environnement par le pollueur consiste en une source de financement stable.

2. Des perspectives d'avenir pour repenser le déchet

522. Horizon futur. S'agissant des déchets classiques, il faut constituer une véritable traçabilité du produit initial jusqu'à son élimination, penser le produit comme un déchet avenir. Il est nécessaire de penser le déchet dans un cadre de marché.

S'agissant des déchets dangereux, trois impératifs se dégagent. Tout d'abord, un besoin se fait ressentir quant à l'harmonisation européenne des règles de transports qui sont complexes. Ensuite, la multiplication des contrôles est nécessaire. Finalement, une harmonisation des pénalités doit intervenir suite aux contrôles routiers.

523. Conclusion du chapitre. Tout l'intérêt de ce chapitre a été de parvenir à démontrer ce qui fait la spécificité des biens culturels et des biens naturels. Aussi a-t-il été nécessaire de confronter tour à tour les biens culturels et ensuite les biens naturels aux autres catégories classiques des biens. Il en est ressorti que les biens culturels comme les biens naturels ne sont pas des biens comme les autres. Ce qui les distingue est respectivement la valeur culturelle et la valeur écologique dont ils sont porteurs et qui nécessitent qu'ils soient isolés de la communauté des autres biens. Seuls l'intérêt culturel et l'intérêt écologique qu'ils contiennent, permettent de les caractériser, constituant une plus-value immatérielle que le droit décide de protéger. Les biens culturels comme les biens naturels sont véritablement transcendés par cette communauté d'intérêts. Cependant, cette communauté d'intérêts révèle un bouleversement total dans le rapport d'appropriation de ces biens au regard de la vision traditionnelle que l'on s'en fait dans le Code civil. Ces biens sont pour la plupart non appropriables (propriété culturelle privative grevée d'une servitude d'accessibilité) et nécessitent ainsi des régimes spéciaux de protection dérogatoires au droit commun. Aussi a-t-il lieu de raisonner en termes de finalité. En effet, de par leur spécificité, que ce soit tant le droit des biens culturels que le droit des biens naturels, permettent d'affirmer l'existence respective d'un intérêt culturel et d'un intérêt écologique juridiquement protégés. L'intérêt culturel et l'intérêt écologique doivent être au service du bien public, en tant que composantes de l'intérêt général.

CONCLUSION DU TITRE II

524. Pourquoi la spécialisation du droit des biens ? Justifications de la spécialisation du droit des biens. A l'image de la spécialisation du droit des contrats, la spécialisation du droit des biens est victime du même dessein. En effet, l'arbre a poussé et s'est enrichi de branches nouvelles⁷⁷⁰.

Tout d'abord, la spécialisation du droit des biens a voulu répondre à l'inadaptation du droit commun. En effet, la spécialisation du droit des biens correspond à la volonté de s'adapter à des situations particulières ; volonté de s'adapter au mieux, au plus près des situations.

Ensuite, la spécialisation du droit des biens souhaite répondre au mouvement de technicisation, en effet, les choses deviennent de plus en plus techniques, complexes et un régime propre de protection doit exister afin de répondre de la manière la plus juste. La spécialisation du droit des biens est là afin de coller au plus proche de la réalité. La spécialisation du droit des biens a sans doute le mérite de l'adaptation à la diversité des opérations.

De plus, la spécialisation du droit des biens semble s'inscrire dans le sillage de la professionnalisation du droit⁷⁷¹. En effet, cette professionnalisation est facteur de spécialisation. Chaque professionnel aspire à un droit particulier, à un corps de règles propres à l'ensemble des membres d'une même profession.

Mais encore, le mouvement de spécialisation du droit des biens entend répondre à tout prix à la volonté d'indemnisation des victimes, à la volonté de protéger telle ou telle personne précise coûte que coûte.

Ainsi, la spécialisation du droit des biens entend répondre principalement à l'inadaptation du droit commun par le biais de régimes propres dérogeant au droit commun.

525. Rattachement problématique à un mode de protection : le recours à l'article 1382 du Code civil comme protection embryonnaire. Le second ressort de la spécialisation du droit des biens en tant que cause de bouleversements sont les difficultés d'insertion de ces nouvelles valeurs, ainsi que de ces nouveaux biens dans le droit actuel.

⁷⁷⁰ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, 5^{ième} éd. , 2007, p. 6, n° 8.

⁷⁷¹ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, 5^{ième} éd. , 2007, p. 7, n° 9.

En effet, les nouvelles valeurs qui émergent, toutes immatérielles, telles que les noms de domaine, l'image, l'information ou encore les quotas rencontrent des difficultés de rattachement à certaines catégories déjà existantes au sein du Code civil. Ces nouvelles valeurs ont rencontré des difficultés afin de trouver un mode de protection adéquate. Leur rattachement à un régime de protection s'est révélé problématique et n'a pas manqué de susciter débat. Seul l'article 1382 du Code civil a permis de constituer un embryon de protection à ces différentes valeurs non dotées d'un statut propre et particulier de protection. L'unique recours de ces valeurs a été de se retourner sur les principes généraux du droit commun, c'est-à-dire ceux de la responsabilité civile pour faute, par le jeu de l'article 1382 du Code civil. Ces dernières n'ont pas trouvé de régimes de protection propres, clairs et précis, elles ont dû s'accommoder de régimes transitoires, de modes de protection temporaire dans l'attente d'une avancée et d'une prochaine consécration législative de leur régime. Mais pour cela faudrait-il qu'auparavant ces différentes entités soient reconnues explicitement comme des biens.

526. Spécificité des biens culturels et des biens naturels appelant un régime dérogatoire au droit commun. Par ailleurs, l'un des principaux enjeux de cette étude aura été de démontrer en quoi le droit des biens culturels et le droit des biens naturels est spécial et de parvenir à extraire cette spécificité, cet élément caractéristique. L'émergence de nouveaux biens que sont les biens culturels ou encore les biens naturels et notamment la mise en lumière de leur spécificité respective (valeur culturelle et valeur écologique) par rapport aux autres biens a permis la multiplication de régimes spéciaux se développant à l'extérieur du Code civil. C'est l'intérêt culturel et l'intérêt écologique dont ils sont respectivement porteurs, autrement dit, c'est cette communauté d'intérêts qui a nécessité l'application de régimes dérogatoires au droit commun car ces biens n'entretiennent pas un rapport d'appropriation normal. Ils sont pour la plupart non appropriables d'où la nécessité et l'impératif de créer des régimes de protection spéciaux, dérogeant au droit commun.

Le trait caractéristique et commun permettant d'embrasser ces nouvelles entités que sont les nouvelles valeurs et les nouveaux biens se concentre en un critère, la « valeur ». La valeur ne serait-elle pas vouée à devenir le nouveau paradigme des biens ?

527. Mouvement. Confronté à un progrès fulgurant, à un changement des mentalités et devant un Code civil trop profondément ancré dans ses traditions et incapable de s'adapter au regard de la mutation de l'objet du droit des biens, le droit civil des biens n'a cessé de voir son domaine se rétrécir devant l'invasion de disciplines parallèles. Le classicisme du *in* (règles contenues dans le Code civil) s'oppose alors au bouillonnement du *off* (celles qui sont exclues). Désormais, on parlera plus volontiers de biens culturels, de biens naturels, de biens ou produits de consommation, d'automobiles, d'animaux domestiques ou sauvages, de livres, de déchets... pour mieux souligner la réglementation spéciale qui s'y attache.

528. Perspectives. En effet, sous l'impulsion du droit des biens culturels ainsi que sous l'influence du droit des biens naturels (ascension effrénée auxquels ces derniers se livrent) l'émergence d'un droit spécial des biens s'affirme peu à peu, voire d'un droit spécial du patrimoine qui semble se dessiner.

CONCLUSION

DE LA PREMIERE PARTIE

529. La spécialisation du droit des biens cause de la métamorphose de l'objet du droit des biens. Sous l'influence de la spécialisation du droit des biens, l'objet traditionnel contenu dans le Code civil se voit modifié du tout au tout. En effet, l'immeuble, bien par excellence consacré dans le Code civil pour une société essentiellement agraire laisse place peu à peu à une société post-industrielle toute entière tournée vers l'immatériel, l'incorporel. Les nouvelles valeurs (bases de données, logiciels, noms de domaine, information, image, quotas, etc.) et les nouveaux biens (biens économiques, biens intellectuels, biens culturels, biens naturels) concentrent tous en eux cette immatérialité qui constitue leur trait commun. Toutes ces nouvelles catégories de biens sont issues de la valeur travail de l'homme. C'est précisément cette valeur travail qui les justifie. Mousseron le dit justement la valeur constitue l'élément principal des biens. Cette dite valeur justifiée par son utilité et sa rareté devient un bien dès lors qu'elle est appréhendée par le Droit⁷⁷², et consacrée comme telle. C'est ce passage que les nouvelles valeurs n'ont pas encore atteint, mais qu'en revanche, les nouveaux biens sont parvenus à dépasser par une consécration par le Droit. La valeur constitue l'essence du bien. Cette valeur doit être envisagée sous l'angle de la notion de valeur d'échange.

530. La spécialisation du droit des biens source de difficultés d'insertion dans le Code civil. Les nouvelles valeurs mises en exergue, non encore consacrées en tant que bien par le Droit rencontrent des difficultés afin de se voir protégées. La quête d'un mode de protection de ces dites valeurs s'avère ardue. Le régime de la propriété essentiellement prévu pour des biens corporels a du mal à s'adapter à ces valeurs incorporelles. Aussi avant les interventions législatives spéciales, l'image des personnes et leur vie privée, les logiciels ou encore les quotas

⁷⁷² J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en l'honneur de A. BRETON et de F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 et s.

ont bénéficié d'un commencement de protection par le jeu de l'article 1382 du Code civil. Une telle réception est indirecte et implicite chaque fois qu'elle résulte d'un mécanisme juridique dont l'objet n'est pas d'établir une relation d'appropriation entre une personne et une chose. L'illustration la plus connue d'un tel phénomène est le recours aux règles générales de la responsabilité civile délictuelle pour assurer la réservation indirecte de valeurs dont le juge ne veut ou qu'il pense ne pas pouvoir recevoir directement et expressément parmi les biens⁷⁷³. Mousseron relève notamment à ce sujet que « chronologiquement, on peut estimer [...] que la protection par l'intervention du droit de la responsabilité précède celle du droit de la propriété et que le droit à indemnisation précède le droit à interdiction »⁷⁷⁴. Le Professeur Thierry Revet relève qu'un commencement de réservation privative directe et officielle peut passer également par des dispositifs législatifs spéciaux tel est le cas pour les créations intellectuelles, manifestation du caractère dérogatoire au droit commun⁷⁷⁵. Face à la pression des créateurs de valeurs nouvelles, le législateur est bien obligé de céder, en leur accordant des monopoles spéciaux tels que par exemple la réservation des obtentions végétales en 1970, la réservation des logiciels en 1985, des topographies semi-conducteurs en 1987, réservation des banques de données en 1988, sans parler des œuvres littéraires, des dessins et modèles, des marques, des signes distinctifs ou encore des brevets d'inventions. De telles interventions législatives spéciales et ponctuelles vont dans le sens de l'affirmation que le droit commun est impuissant à assurer la réservation desdites créations. En revanche, s'agissant des biens culturels et naturels qui se caractérisent par leur communauté d'intérêts autrement dit par la valeur culturelle et écologique dont ils sont respectivement porteurs. Ces derniers sont des biens communs non appropriables d'où leur difficulté d'insertion dans le Code civil. Relevant d'une communauté d'intérêts le rapport d'exclusivité établi et consacré à l'article 544 du Code civil ne peut s'appliquer, d'où le recours à des régimes spéciaux de protection, des régimes dérogatoires au droit commun.

531. Causes du phénomène. Le fait de recevoir des valeurs nouvelles par le biais de régimes dérogatoires au droit commun de la réservation des biens semble provenir de l'absence

⁷⁷³ T. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 271 et s., notamment p. 274, n° 6.

⁷⁷⁴ J.-M. MOUSSERON, *Responsabilité civile et droits intellectuels*, in *Mélanges offerts à A. CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 247, n° 29.

⁷⁷⁵ T. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, *op. cit.*, p. 275, n° 7.

dans le droit général des biens, des cadres et des moyens d'une réception des choses nouvelles. Le Code civil ignore la possibilité et la perspective de nouveaux types de richesses. Les sources de valeurs existant lors de l'élaboration de la législation des biens est dominée par la primauté alors reconnue à la terre et, à travers elle, au donné. Ce Code civil élaboré en 1804 était essentiellement destiné aux propriétaires fonciers notamment quant aux biens et aux contrats passant largement à côté des mouvements de l'économie, de la technique et de la production. Tant l'industrie que le travail n'ont trouvé aucun écho dans le Code civil. L'industrie n'était envisagée par le législateur de 1804 que comme un accompagnement des processus de production de richesses nouvelles lesquels tiennent essentiellement à la nature. Le capital frugifère est la source fondamentale. Les fruits qu'elle produit sont donc « ceux d'un fonds », que le travail ne fait qu'accompagner périphériquement. Ici le travail n'est pas érigé en source souligne le Professeur Thierry Revet. Tel était la vision entretenue en 1804 et qui s'est poursuivie jusqu'au XXI^{ème} siècle. Or, de nos jours la valeur, le travail de l'homme irrigue et se présente comme la source essentielle de nos nouvelles valeurs. Peu à peu le construit se substitue au donné. Ce n'est plus la terre qui est l'unique source des richesses mais bien la valeur travail de l'homme qui se concentre au sein de tous nouveaux biens. Aussi, face à ce bouleversement, c'est toute la manière d'appréhender et de concevoir la propriété et plus largement le droit des biens qui doit être amené à être repensé.

532. Multitude d'électrons gravitant autour de leur noyau. Les biens dits « spéciaux », n'ont de spécial que le corps de règles qui leur est nommément applicable. Ce ne sont donc pas tant les biens qui sont « spéciaux » que les dispositions particulières qui les régissent. Partant de ce constat, et face à l'expression peu évocatrice de « droit des biens spéciaux », on préférera, celle, plus juste, de « droit spécial des biens », voire de « droit spécialisé des biens ».

Ce phénomène de « spécialisation du droit des biens » apparaît et se traduit parfaitement à travers le fourmillement de droits qui existe aujourd'hui à l'extérieur du Code civil.

En effet, dès lors une métaphore se dessine celle d'un atome où une multitude d'électrons gravitent autour de leur noyau. Tels sont ces droits hétérogènes (droit de l'environnement, droit rural, droit de l'urbanisme, droit de la construction et de l'habitation, droit de la propriété intellectuelle, droit des biens culturels...) situés à l'extérieur du Code civil, restant à une

certaine distance de celui-ci tout en ne s'en éloignant pas trop. Cette sorte de mise à distance « contrôlée » (sous contrôle) s'explique par le fait que le droit des biens hors du Code civil ne peut se priver des principes féconds posés par l'œuvre bicentenaire.

533. Les lois spéciales, entre dispositions dérogatoires au droit commun et dispositions créatrices de droit commun. Les lois spéciales se présentent tour à tour aux juristes comme des dispositions dérogatoires au droit commun mais aussi comme des dispositions créatrices de droit commun. Les lois spéciales se définissant par opposition au droit commun, il semble à première vue impensable qu'elles soient une source de modification du droit commun. Il n'est cependant pas nécessaire de modifier les règles générales pour transformer le droit commun ; le même résultat est progressivement atteint par les législations spéciales lorsqu'elles correspondent à une évolution des conceptions fondamentales sur lesquelles est bâti l'ordre juridique positif⁷⁷⁶. Comme le souligne le Professeur Raymond Gassin si les lois spéciales apparaissent ainsi comme des dérogations au droit commun, elles constituent l'instrument particulièrement adapté du réformisme juridique⁷⁷⁷. Tandis qu'elles font encore figure de dispositions dérogatoires au droit commun, de telles lois sont déjà la source d'un nouveau droit commun. Cette idée rejoint celle développée par le Professeur Jacques Raynard à propos des contrats spéciaux qui quant à lui relève que « le droit des contrats spéciaux balance entre la ramification luxuriante, remarquablement traduite dans les manuels par un phénomène d'arborescence topique de la matière, et la verueur de la théorie générale, qui voit les règles du droit commun revigorées au cœur des régimes les plus particuliers »⁷⁷⁸. De manière analogique le droit des biens est victime du même dessein. En effet, une révolution renverse l'ordre juridique ancien pour en construire un nouveau fondé sur des principes tout différents. Ici les lois spéciales revêtent un aspect nouveau où elles participent à la création d'un droit commun nouveau qui se substitue progressivement à l'ancien. Ce second trait caractéristique demande à son tour d'être explicité. C'est en tout cas ce qu'il convient de démontrer désormais par l'étude de la spécialisation du droit des biens en tant que source de régénérescence du droit commun des biens.

⁷⁷⁶ R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, Recueil Dalloz, 1961, 1, p. 91 et s. notamment p. 96, n° 16.

⁷⁷⁷ R. GASSIN, *op. cit.*, notamment p. 93, n° 6.

⁷⁷⁸ J. RAYNARD, *Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial*, Revue des contrats, LGDJ, 2006/2, Chroniques, pratiques, recherches, débats, p. 597 et s.

SECONDE PARTIE

LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS, SOURCE DE REGENERESCENCE DU DROIT COMMUN DES BIENS

534. Articulation de la spécialisation du droit des biens entre bouleversements et régénérescence. La spécialisation du droit des biens bouleverse le droit traditionnel des biens car l'objet du droit des biens se métamorphose, mais encore parce que des difficultés d'insertion dans le Code civil surgissent, dues notamment à la spécificité de ces nouveaux droits des biens qui font appel à des régimes spéciaux de protection dérogeant au droit commun des biens.

Ces dits régimes spéciaux interrogent naturellement le droit des biens traditionnel contenu dans le Code civil, et participent ainsi sans nul doute à l'évolution du droit traditionnel des biens, concentré dans le Code civil, renouvelant les notions irriguant le Code civil et affinant les régimes en faisant renaître les principes féconds posés par le Code civil. Ainsi, la spécialisation du droit des biens en tant que cause de bouleversements, présente des dispositions dérogeant au droit commun des biens, en outre la spécialisation du droit des biens se présente comme source de régénérescence, autrement dit, comme source créatrice de droit commun. Le droit spécial des biens, d'une part, déroge au droit commun des biens, mais aussi d'autre part, crée du droit commun.

535. Impact de la spécialisation du droit des biens sur le droit commun des biens. L'émergence d'un « droit spécial des biens », exacte expression employée, voire plus particulièrement le mouvement de « spécialisation du droit des biens », se traduit parfaitement à travers l'éclatement de droits à l'extérieur du Code civil, renvoyant à une métaphore où se

dessine une multitude d'électrons gravitant autour de leur noyau ; tels sont ces droits hétérogènes situés à l'extérieur du Code civil. L'émergence d'un véritable « droit spécial des biens » schématisé par cette kyrielle de droits situés hors du Code civil ne peut se priver des principes féconds posés par l'œuvre bicentenaire.

Cette spécialisation du droit des biens a un réel impact sur le droit commun des biens. Tout comme les électrons et leur noyau, une véritable interaction se réalise entre ces droits divers et le droit commun des biens contenu dans le Code civil, ils entretiennent des liens étroits.

Le droit spécial des biens transforme, autrement dit, bouleverse l'ordonnancement juridique traditionnel des biens pour finalement l'interroger et le conduire à sa régénérescence. Ainsi, la spécialisation du droit des biens contribue à l'évolution de la matière.

En effet, la spécialisation du droit des biens participe ainsi à la régénérescence de la matière. « Si crise il y a c'est qu'elle n'est qu'une étape de la régénérescence de la matière »⁷⁷⁹. La spécialisation du droit des biens s'affirme ainsi comme source de régénérescence du droit commun des biens.

536. Régénérescence des fondamentaux du droit des biens comme conséquence de la confrontation entre droit spécial des biens et droit commun des biens. Après avoir caractériser, déceler et exposer en quoi ces droits sont spéciaux, voyons à présent les conséquences, les répercussions de cette spécificité de ces différents droits sur le droit traditionnel des biens contenu dans le Code civil.

En effet, la spécialisation du droit des biens amène naturellement à s'interroger sur les notions et régimes traditionnels contenus dans le Code civil.

La prolifération des droits spéciaux des biens qui se développe parallèlement au droit commun des biens sont amenés à interroger dans un premier temps, les notions et principes irriguant le droit des biens contenu dans le Code civil, avant de véritablement les influencer voire de les régénérer.

En effet, les fondamentaux du droit des biens se trouvent régénérés par la spécialisation du droit des biens, ainsi les notions sont renouvelées et les principes renaissent participant alors à l'affinement des régimes.

⁷⁷⁹ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 2^{ème} éd. , 1997, in *Avant propos de la première édition*, p. 11.

537. Renouveau des notions. Le fait que le droit des biens fuit à l'extérieur du Code civil peut amener à penser que le Code civil s'essouffle, cependant, ceci n'est qu'apparence car le vieillissement que certains peuvent ressentir n'est que fictivité. En effet, bien au contraire, l'impulsion de la spécialisation du droit des biens contribue au renouvellement des notions irriguant le Code civil. L'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens est double ; elle conduit au renouvellement de la conception traditionnelle des biens et au renouvellement de la conception traditionnelle du patrimoine. L'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle des biens amène à s'interroger sur les fondamentaux en quelque sorte à trouver le dénominateur commun à l'ensemble de tous ces nouveaux biens. Ainsi, le recentrage de l'essence du bien sur la valeur et le « produit » comme nouvelle référence ou comme nouveau paradigme en sont les deux traits caractéristiques. L'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle du patrimoine révèle le renouvellement de la notion de patrimoine ainsi qu'une mutation dans l'appréhension du patrimoine même.

538. Renaissance des principes féconds posés par le Code civil. La spécialisation du droit des biens contribue au rajeunissement réel du Code civil se caractérisant par la renaissance des principes féconds posés par le Code civil. Le Code civil constitue le siège du droit commun des biens, il est une sorte de matrice du droit des biens. Tant la propriété que les droits réels sont transposables aux nouvelles richesses. Ceci démontre sans nul doute, les richesses et les ressorts que concentre toujours le Code civil ; bien que le mouvement de la spécialisation du droit des biens ait une incidence sur la conception traditionnelle de la propriété, révélant alors un nouveau visage de la propriété notamment à travers l'étude de ces prérogatives.

539. Evolutions des conceptions fondamentales : lois spéciales en tant que dispositions créatrices de droit commun. Les législations spéciales lorsqu'elles correspondent à une évolution des conceptions fondamentales sur lesquelles est bâti l'ordre juridique positif peuvent être amenées à transformer le droit commun. L'irruption de la loi spéciale dans le droit

commun peut alors se réaliser de trois façons différentes⁷⁸⁰ relève le Professeur Raymond Gassin.

La loi spéciale peut en premier lieu se borner en quelque sorte à « contaminer » le droit commun. Pour cela, il faut que la conception nouvelle que la loi spéciale vient d'apporter dans un domaine limité influence l'analyse traditionnellement faite. C'est en ce sens que l'on peut parler de « contamination ».

La création d'un droit commun nouveau par les lois spéciales peut en effet résulter en second lieu de « l'incorporation » des lois spéciales dans le droit commun. Ici les lois spéciales sont hissées au niveau de règles de droit commun, se présentent comme des limitations aux dispositions qui formaient l'ancien droit commun et se combinent avec elles pour déterminer le contenu d'un droit commun nouveau. Les anciennes règles conservent leur valeur de règles de principe, il y a seulement réception des lois spéciales par le droit commun. C'est ainsi que l'on parle « d'incorporation ».

En troisième lieu vient « la substitution » qui est en effet le procédé le plus radical de création d'un droit commun nouveau par les lois spéciales. En pareil cas, ce sont les lois spéciales qui deviennent la base du droit commun, les anciennes dispositions de droit commun se trouvent entièrement écartées. Il y a ainsi création d'un droit commun nouveau par « substitution » des lois spéciales aux règles de l'ancien droit commun.

540. Dynamique de l'étude : de *lege lata* / de *lege ferenda*. Le renouveau des concepts s'affirmant par le renouvellement des notions irriguant le Code civil (**Titre I**) ainsi que, l'affinement des régimes se caractérisant par la renaissance des principes féconds posés par le Code civil (**Titre II**) participent tous deux à révéler que la spécialisation du droit des biens se présente comme source de régénérescence du droit commun des biens.

Titre I : Le renouveau des concepts : le renouvellement des notions irriguant le Code civil

Titre II : L'affinement des régimes : la renaissance des principes féconds posés par le Code civil

⁷⁸⁰ R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, Recueil Dalloz, 1961, 1, Chron. XVIII, p. 91 à 98, notamment p. 96 et s., n° 16 et s.

TITRE I

LE RENOUVEAU DES CONCEPTS : LE RENOUVELLEMENT DES NOTIONS IRRIGUANT LE CODE CIVIL

541. Renouveau de la notion de biens. L'apparition de nouvelles catégories de biens est l'un des traits majeurs d'une époque dominée par le progrès technique, et gagnée par l'immatériel. La réception comme bien de ces nouvelles valeurs s'effectue soit par la loi⁷⁸¹ soit à défaut par la jurisprudence⁷⁸². Ainsi, au-delà de la question de la réception formelle, la multiplication et l'accueil des nouvelles espèces de biens pose la question de l'incidence de ce mouvement sur la conception référentielle traditionnelle des biens et sur les traits de leur régime général. Divers signes suggèrent qu'une évolution significative se réalise dans ce domaine. La dématérialisation de l'objet même du droit des biens aurait donc dû entraîner un véritable bouleversement, cependant cette inévitable révolution n'a pas eu lieu. Ce constat suscite néanmoins certaines interrogations. En principe, seuls les biens corporels peuvent faire l'objet de droits réels. Les biens incorporels, assimilés à des droits personnels devraient donc relever du régime juridique propre à leur qualification. Cette ambiguïté conduit donc à revisiter la notion de bien qui, enfouie sous des siècles de matérialité, avait perdu de vue sa véritable substance, la valeur. La notion de valeur... d'échange s'installe alors dans les esprits. « Utile et rare, tout élément matériel comme un terrain, bâti ou non, ou une automobile... ou, avec de plus en plus d'insistance depuis un ou deux siècles, tout élément immatériel comme une recette industrielle,

⁷⁸¹ Topographies de semi-conducteurs, obtentions végétales, logiciels, banques de données, instruments financiers, fonds de commerce, fonds artisanal, licence de taxis, quotas laitiers, quotas d'émission de gaz à effet de serre...

⁷⁸² Numéro de carte de crédit, information, produit intellectuel d'un travail, fonds libéral, quotas betteraviers...

un signe distinctif, une forme originale... constituent des « valeurs » et l'économie les reconnaît comme telles »⁷⁸³.

D'où le recentrage de l'essence du bien sur la valeur et l'émergence du « produit » comme nouvelle référence. Le nouveau paradigme des biens issu de l'industrie humaine et ouvert au commerce juridique se ramène à un seul, la puissance humaine créatrice. C'est ainsi que l'existence de l'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle des biens se fait ressentir.

542. Renouveau de la notion de patrimoine. Par ailleurs, dans notre époque contemporaine, le mot « patrimoine » se voit en effet associé à divers qualificatifs « naturel », « moral », « commun de l'humanité », « national », « génétique », « environnemental », « culturels »...⁷⁸⁴ ou encore « fiduciaire »⁷⁸⁵ qui l'ont fait sortir du domaine qui était initialement le sien. Cette nouvelle acception du patrimoine traduit « une idée de stabilité, d'enracinement des valeurs, de fidélité au passé et d'ouverture à l'avenir... ». La création de ces patrimoines est justifiée par la nécessité de protéger des éléments communs à tous les hommes, rattachés à une finalité supérieure dépassant les intérêts individuels. Ces nouveaux patrimoines liés à la culture, la civilisation, la mémoire et le bien commun sont signes d'un lien entre les hommes présents... passés et futurs. Madame Anne-Laure Thomat-Raynaud relève qu'ils ne définissent pas de lien de titularité et n'ont pas vocation à représenter une valeur marchande susceptible de circuler en tant que richesse dans le commerce juridique. Si le patrimoine tel qu'envisager dans la théorie de l'unité du patrimoine se situe bien dans la succession des générations, il a au contraire une dimension économique et renvoie à un individu. Il diffère totalement de ces conceptions émergentes et revêt un sens juridique précis qui ne correspond pas à sa perception commune : fortune d'un individu ou « avoir légitime » d'une personne⁷⁸⁶.

Aussi le renouvellement de la notion de patrimoine appelle une mutation dans l'appréhension du patrimoine.

L'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle du patrimoine se révèle ainsi.

⁷⁸³ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz 1991, p. 277 et 278 ; ou encore J.-M. MOUSSERON, *Inventer*, Centre du droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, p. 131 et s.

⁷⁸⁴ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, T. 25, Defrénois, 2007, p. 1, 2.

⁷⁸⁵ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ième} éd., PUF, 2008, p. 435, n° 276 et s.

⁷⁸⁶ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, T. 25, Defrénois, 2007, p. 2, n° 1.

543. Dynamique de l'étude. L'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle des biens (**Chapitre I**) ainsi que l'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle du patrimoine (**Chapitre II**) participent ainsi tous deux au renouvellement des notions irriguant le Code civil.

CHAPITRE I

L'INCIDENCE DU MOUVEMENT DE LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS SUR LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DES BIENS

544. Confrontation des biens culturels et des biens naturels aux biens traditionnellement entendus dans le Code civil : entre valeur économique et anti-valeur.

En confrontant les biens culturels et les biens naturels aux biens traditionnellement entendus par le Code civil deux ressorts, autrement dit, deux axes émergent.

En effet, d'une part, les biens culturels et les biens naturels comme ceci l'a été démontré ci-dessus, par la spécialisation du droit des biens culturels et la spécialisation du droit des biens naturels, la valeur culturelle et naturelle se présente respectivement comme l'élément caractéristique des biens culturels et naturels. Seules ces valeurs culturelle et naturelle suscitent un intérêt. Le trait distinctif vis-à-vis des autres biens traditionnels est que cette valeur n'est pas une valeur économique, n'est pas une valeur marchande mais une valeur d'une autre nature, il s'agit d'une valeur morale ou encore pourrions-nous dire sociale, car elle répond à une communauté d'intérêts (intérêt culturel ou intérêt naturel). Cependant, cette spécialisation du droit des biens montre bien que la valeur est une notion transversale, permettant d'appréhender l'ensemble des biens, bien qu'elle soit de nature différente. Aussi pourrions-nous dire que le recentrage de l'essence du bien se fait sur la valeur. La valeur, de par son utilité et sa rareté, doublée par son souci de réservation et de commercialisation, est vouée à se transformer à terme en produit par l'intégration d'un marché, à l'exception, de la valeur culturelle et de la valeur naturelle qui sont l'incarnation de l'anti-valeur.

D'autre part, la confrontation de la spécialisation du droit des biens et notamment l'étude des biens culturels et des biens naturels aux biens traditionnellement entendus par le Code civil ont conduit à soutenir que le produit se présentait comme la nouvelle référence permettant d'appréhender toute valeur économique ; en revanche, les biens culturels et les biens naturels

incarnant l'anti-valeur et recouvrant une valeur sociale ne sont pas voués par nature à intégrer un marché, à être commercialisés et à être appréhendés par le concept de produit.

Ainsi le mouvement de spécialisation du droit des biens a permis de renouveler la conception traditionnelle des biens.

545. Articulation entre la valeur et le produit : la transformation de la valeur en produit par le biais de l'appropriation et de la commercialisation. En fonction des données culturelles, économiques et sociales qui la déterminent, chaque grande période de l'histoire des sociétés humaines s'articule, notamment, sur un modèle de bien.

Le modèle de bien du Code civil est l'immeuble ; or, de nos jours la grande majorité des biens nouveaux sont immatériels.

Aussi, afin d'appréhender le plus largement possible l'ensemble des biens, une notion celle de la « valeur » se détache afin de s'affirmer comme un concept transversal permettant d'englober tant les biens corporels qu'incorporels.

En effet, utile et rare, tout élément matériel ou tout élément immatériel constituent des « valeurs » et l'économie les reconnaît comme telles. Le concept de valeur n'acquiert, donc, tout son sens que lorsque le souci de réservation se prolonge par celui de commercialisation. Comme le dit Mousseron ceci suppose une vie à plusieurs. Par biens, nous entendrons tout élément, matériel ou non, suscitant un double souci de réservation et de commercialisation chez son maître du moment qui appelle et obtient la sollicitude de l'organisation sociale. Le jour où la société répond, la « valeur » devient « bien »⁷⁸⁷.

Le concept de « valeur » constitue le postulat de tout bien, autrement dit, la valeur constitue la substance intrinsèque de tous biens, c'est cette valeur qui va susciter l'idée d'appropriation et de commercialisation. Une fois appropriable et commercialisable la valeur intégrera un marché et se transformera alors en produit. Tous biens sont avant tout une valeur vouée à atteindre un marché déterminé et à devenir par là un produit. De ce fait, un « produit » n'est rien d'autre « qu'un meuble corporel susceptible d'être vendu et acheté dans le commerce » ou de façon plus précise « les choses mobilières dont la production, la fabrication, la transformation, le conditionnement ou la distribution résultent d'une activité humaine » ; une sorte de

⁷⁸⁷ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en l'honneur de A. BRETON et de F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 et s., notamment p. 278, 279.

marchandise. De manière plus explicite, le « produit » est un « bien » ; au minimum un bien meuble corporel. Toute valeur suscite un souci « de réservation qui se prolonge par celui de commercialisation » qui d'une valeur fait un bien.

Aussi l'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle des biens requiert tout d'abord, le recentrage de l'essence du bien sur la valeur pour finalement présenter le « produit » comme nouvelle référence.

546. Le marché comme réordonnement juridique. La multiplication et l'accueil des nouvelles espèces de biens pose la question de l'incidence de ce mouvement sur la conception référentielle traditionnelle des biens. Une évolution significative se réalise. Le modèle des biens du Code civil de 1804 est l'immeuble. Le contexte sociétal dans lequel l'avènement des nouveaux biens se réalise est celui du projet de transformation de la nature par l'homme. Une prise de pouvoir générale de l'homme sur tout ce qui l'environne, après qu'il s'en soit découvert les moyens, suffisants, au point d'être bientôt désigné source primordiale des richesses où les produits de l'activité humaine émergent. Tout l'intérêt d'une réservation privative ne s'exprime vraiment qu'avec le placement de la valeur nouvelle dans la sphère du commerce juridique⁷⁸⁸, ainsi la propriété est recentrée sur la circulation. Le marché, le développement de la maîtrise de l'homme progressive de tout ce qui l'entoure puis de ce qui le constitue conduit à un élargissement de la sphère marchande d'où le recentrage de l'essence du bien sur la valeur (**Section 1**). La puissance humaine créatrice est le nouveau paradigme des biens issu de l'industrie humaine.

Le « produit » est la nouvelle référence (**Section 2**) non au sens classique d'émanation du capital altérant la substance mais au sens que lui donnent des textes récents comme la loi du 19 mai 1998 portant transposition de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux. L'avènement de cette nouvelle figure marque un renversement total de perspective puisqu'elle consacre le remplacement, dans la cause première des choses, du donné par le construit.

⁷⁸⁸ T. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 271 et s. , notamment p. 289, n° 23.

SECTION 1

LE RECENTRAGE DE L'ESSENCE DU BIEN

SUR LA VALEUR

547. La valeur, un concept flou : entre valeur économique et anti-valeur. Les biens afin d'être identifiés comme tels peuvent revêtir plusieurs critères, la valeur, l'appropriation ou encore la commercialité. Le plus important de ces critères est certainement cette valeur. Mousseron relève que tous éléments matériels ou immatériels dès lors qu'ils sont utiles et rares constituent des valeurs. C'est la notion de valeur... d'échange qui s'installa dans les esprits. Aussi le concept de valeur n'acquiert, donc, tout son sens que lorsque le souci de réservation se prolonge par celui de commercialisation chez son maître et le jour où la société répond la « valeur » devient alors « bien »⁷⁸⁹. Ainsi la valeur se situe à la base, au fondement. Mais qu'elle est donc cette valeur ? S'agit-il d'une valeur économique ou d'une valeur culturelle ou d'une valeur naturelle, environnementale, écologique ou encore d'une valeur sociale ? C'est avant tout une valeur économique qui s'impose à nous. Cependant ne pourrait-il pas s'agir d'une valeur non vénale, telle qu'une valeur culturelle ou qu'une valeur sociale ? La valeur culturelle jouant un rôle stratégique en matière de biens culturels et se présentant comme le critère d'identification de tels biens. La valeur écologique jouant un rôle stratégique en matière de biens naturels et se présentant comme le critère d'identification de tels biens. Les biens culturels et les biens naturels ne constitueraient-ils pas précisément l'anti-valeur ? N'incarneraient-ils pas l'anti-valeur ? La valeur culturelle et la valeur naturelle ou écologique ne seraient-elles pas le contre pied de la valeur économique, patrimoniallement parlant ? Quant à la valeur sociale, cette dernière recouvre un intérêt collectif, un intérêt commun qui doit l'emporter sur l'intérêt individuel. S'agit-il de la valeur vénale, ou liquidative qui est le quotient de l'actif (et non du capital) par le nombre des actions ou de la valeur nominale qui exprime la mesure du pouvoir politique et qui renvoie à la valeur du titre initialement fixé dans les statuts, autrement dit, de la valeur indiquée par l'inscription que porte un instrument monétaire (billet de banque ou pièce de monnaie...). La valeur recouvre divers sens et des définitions foisonnantes, d'où la difficulté à

⁷⁸⁹ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en l'honneur de A. BRETON et de F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 et s. , notamment p. 278 et 279, n° 4, 5, 6, 7.

définir et à cerner un tel concept, aussi le concept actuel de la valeur s'affirme comme flou et opaque.

548. Le recentrage sur l'échange comme prémices au recentrage de l'essence du bien sur la valeur. L'aptitude du droit des biens à accueillir les valeurs dématérialisées s'accroît si l'on recentre la notion de bien sur ce qu'elle a toujours été : une valeur. En revisitant la notion de bien, le droit des valeurs dématérialisées opère une redéfinition du concept, qui doit s'analyser en un véritable enrichissement de la notion. Recentré sur sa substance, l'objet du droit des biens retrouve toute sa dimension. L'intérêt d'une réservation privative ne s'exprime vraiment qu'avec le placement de la valeur nouvelle dans la sphère du commerce juridique. De là procède l'idée qu'en matière de biens nouveaux, le droit de propriété se recentrerait sur la disposition⁷⁹⁰. Les utilités des choses considérées se ramènent souvent à leur valeur d'échange, du moins en sont-elles très proches. Et quand il n'en va pas ainsi, ces utilités sont souvent exclues du champ de la réservation. Une grande partie des nouveaux biens n'existe comme tels qu'en considération d'un échange. Il en est ainsi parce que leur valeur d'usage est étroitement liée au commerce, car elle consiste dans la possibilité d'accéder à un marché ou à une clientèle. Ainsi en est-il notamment des exploitations, des noms de domaine, des licences, des quotas et autres droits de produire. D'autres sont encore plus étroitement liés à l'échange, que l'on songe au numéro de carte de crédit, aux valeurs mobilières, aux instruments financiers. Ce recentrage sur l'échange annonce le recentrage de l'essence du bien sur la valeur. La valeur syncretise l'immatérialité et la commercialité qui sont au fondement de l'idée de bien qu'a produit la société post-industrielle. Le recentrage de l'essence du bien sur la valeur conduit à faire émerger la valeur comme nouvel objet du droit des biens (§1) mais encore la valeur comme nouvelle essence du bien (§2).

⁷⁹⁰ T. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 271 et s. , notamment p. 290, n° 23.

§1. La valeur, nouvel objet du droit des biens

549. Facteurs d'évolution. La dématérialisation des biens **(I)** ainsi que la valorisation des biens **(II)** mais peut-être par dessus tout la commercialité des biens **(III)** participent tous trois à l'affirmation que la valeur est le nouvel objet du droit des biens.

I. La dématérialisation des biens

550. Ecllosion, multiplication et diversification des valeurs. Peu à peu s'installa dans les esprits autour de l'idée de troc, la notion de valeur... d'échange. « Utile et rare, tout élément matériel comme un terrain bâti ou non, ou une automobile... ou, avec de plus en plus d'insistance depuis un ou deux siècles, tout élément immatériel comme une recette industrielle, un signe distinctif, une forme originale... constituent des « valeurs » et l'économie les reconnaît comme telles »⁷⁹¹. Mousseron précise que le concept de valeur n'acquiert donc, tout son sens que lorsque le souci de réservation se prolonge par celui de commercialisation, supposant une vie à plusieurs.

Par « biens » on doit entendre tout élément, matériel ou non, suscitant un double souci de réservation et de commercialisation chez son maître du moment qui appelle et obtient la sollicitude de l'organisation sociale. Ces sociétés peuvent un temps ignorer certaines valeurs et ne point les reconnaître comme biens. Le jour où la société répond, la « valeur » devient « biens ». Il est, donc, des valeurs dont le Droit ne se préoccupe pas et qui ne sont pas encore des biens. En effet, dès lors que le droit ne prend pas en considération certaines valeurs en les considérant et en leurs affectant un régime de protection, certaines valeurs ne sont pas des biens. L'exemple le plus criant est peut être celui des biens immatériels, révélateur de ce processus d'intervention du Droit. Ce qui se passe aujourd'hui avec les biens immatériels où sont consacrées des interventions juridiques, révèle parfaitement ce qui se passa il y a quelques milliers d'années, avec les biens matériels. Des créations immatérielles telles que les créations intellectuelles de l'art ou de l'activité artisanale ont existé. Leurs maîtres de l'époque ignorant une quelconque intervention juridique. Désormais depuis le XIX^{ème} et le XX^{ème} siècles on

⁷⁹¹ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 et s., n° 5, 6.

assiste à une véritable éclosion, multiplication et diversification des valeurs constitutives de biens immatériels⁷⁹². Mousseron ajoute qu'à ce souci de réservation et de commercialisation correspondant à l'appropriation n'est pas la seule forme d'intervention juridique⁷⁹³.

551. Caractéristiques : la valeur comme notion transversale. Le Professeur Rémy Libchaber dans son analyse faite sur les biens dans le recueil Dalloz fait très rapidement référence à la notion de valeur⁷⁹⁴. Ce dernier relève que le seul fait que des choses soient des objets de désir implique une certaine utilité mais encore et surtout la rareté, c'est parce qu'une chose est limitée en espèce et en nombre que cette dernière fait l'objet de désir et de convoitises. La rareté s'allie à l'utilité pour faire le prix des biens. La rareté est le critère primordial. Prenons une chose utile mais qui existe en abondance tel que l'air cette chose n'est pas un bien. En revanche, les choses rares mais inutiles peuvent acquérir une valeur par elles-mêmes. La seule rareté suffit le plus souvent à faire de ces biens l'enjeu d'un désir par le truchement du marché. Le Professeur Rémy Libchaber souligne que la notion de bien se situe au carrefour de l'utilité et de la rareté, c'est-à-dire qu'elle se définit par l'idée de valeur⁷⁹⁵.

Les biens se caractérisent par trois traits, ils émergent d'abord dans les relations individuelles sous la forme de valeur, ils sont ensuite appropriables, car l'appropriation est la seule relation entre un bien et une personne qui permette à cette personne d'en faire tout ce qu'elle veut et finalement ils doivent entrer dans le commerce juridique c'est-à-dire être cessibles⁷⁹⁶.

La catégorie des biens apparaît ainsi comme immense. Les choses incorporelles naissent dans les relations économiques ou y sont en tout cas repérées par l'expression de leur valeur. Les choses incorporelles sont dépourvues de composantes matérielles, ce qui constitue leur véritable spécificité, c'est qu'elles se conçoivent en esprit, mais se manifestent néanmoins dans les relations juridiques par une certaine valeur⁷⁹⁷.

⁷⁹² Formes, sons, dessins, parfums, inventions industrielles, signes distinctifs en sont autant d'exemples qui suscitent chez leurs maîtres un double souci de réservation et de commercialisation.

⁷⁹³ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 et s., notamment p. 280, n° 9.

⁷⁹⁴ R. LIBCHABER, *Les biens*, Répertoire civil Dalloz, septembre 2002, p. 3, n° 5, p. 3, n° 9 et p. 8, n° 39.

⁷⁹⁵ R. LIBCHABER, *Les biens*, Répertoire civil Dalloz, septembre 2002, p. 3, n° 5.

⁷⁹⁶ R. LIBCHABER, *Les biens*, Répertoire civil Dalloz, septembre 2002, p. 3, n° 9 et s.

⁷⁹⁷ R. LIBCHABER, *Les biens*, Répertoire civil Dalloz, septembre 2002, p. 8, n° 39. En effet, l'auteur attire l'attention sur le fait que c'est très précisément la manifestation d'une telle valeur qui conduit la doctrine à considérer de plus en plus comme un bien cette chose incorporelle qu'est l'information.

552. La valeur chose immatérielle par essence. La discipline des biens ne se réduit pas à l'immeuble foncier ou bâti, fortement inscrit dans le Code civil de 1804, elle intéresse tout l'univers oh, combien croissant, dans une ère marchande, de l'appropriation. L'immeuble a été détrôné par l'entreprise, le capital par les revenus, une fortune fragile et fugace est désormais de mise. Le Doyen Savatier a eu une perception aiguë de l'incidence sur le droit des transformations économiques, en effet, cela lui a permis de comprendre que le droit des biens communique à l'ensemble du droit sa nouvelle logique, celle de la productivité⁷⁹⁸.

Le Doyen René Savatier présage que l'érection de la valeur elle-même en un bien sera le stade suprême du raffinement de la théorie des biens. En effet, il s'en prend à la distinction des meubles et des immeubles symbole d'un monde révolu. L'économie contemporaine écrit le Professeur Zénati en reprenant l'œuvre du Doyen Savatier ne repose plus sur les richesses immobilières, comme pourrait le suggérer faussement la supériorité que reconnaît encore le droit aux immeubles. Les fortunes sont désormais le produit du travail indépendant des professions commerciales, industrielles et libérales. Elles reposent sur l'entreprise⁷⁹⁹. Les biens incorporels sont pour le Doyen Savatier profondément marqués par une tendance générale à la dématérialisation des richesses.

Le Professeur François Terré énonce que dans la République de Venise, en un sens une des plus immatérielles de toutes, la distinction des meubles et des immeubles était simple : la valeur, chose immatérielle par essence, l'emportait sur le physique des choses⁸⁰⁰.

553. Généralisation de l'immatériel. Le Professeur Frédéric Zénati fait la part belle à l'immatériel, sa généralisation progressive atteint des domaines matériels comme immatériels qui jusqu'à présent lui échappaient. La marchandise ne se réduit pas à un objet matériel. Toute chose, au sens non juridique et donc large de ce terme, peut-être échangée, à titre onéreux ou non, en ce compris les choses dépourvues de consistance matérielle. Le droit multiplie les biens immatériels au point qu'on finit par oublier le paradigme de la chose corporelle, laquelle fait de plus en plus figure de bien archaïque. Ceci permet de dévoiler et de comprendre que le

⁷⁹⁸ F. ZENATI, *Le droit des biens dans l'œuvre du doyen SAVATIER*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes journées R. SAVATIER, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF, 1991, p. 13 et s. notamment p. 15.

⁷⁹⁹ F. ZENATI, *Le droit des biens dans l'œuvre du doyen SAVATIER*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes journées R. SAVATIER, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF, 1991, p. 16, 17.

⁸⁰⁰ F. TERRE, *Avant propos*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du droit, T. 43, Sirey, éd. 1999, p. 10. Tout ce qui relevait du territoire vénitien était immeuble. Le reste ? Des meubles.

cantonnement conceptuel de la propriété et des biens à l'univers matériel est un leurre dû à une connaissance empirique de la matière que se propose de régir le droit⁸⁰¹.

554. Accélération de la tendance actuelle des biens vers l'immatériel : dématérialisation des biens. La tendance des biens vers l'immatériel n'est pas nouvelle mais connaît de nos jours une accélération. C'est l'intensité du mouvement qui le rend davantage perceptible. Ce mouvement bouleverse le donné et remet en cause le construit provoquant une crise du droit des biens et, au-delà un réexamen des notions de base du droit. Les fortunes ont été transformées par la société industrielle qui les a désincarnées. A côté des biens matériels, cette société a fait surgir des biens nouveaux, qui, malgré leur défaut de matérialité, deviennent des sources majeures de richesse⁸⁰². Par exemple certains éléments du fonds de commerce étaient eux-mêmes des biens nouveaux, reposant comme lui et à eux seuls sur un potentiel d'attraction de clientèle : marques, dessins, modèles, procédés de fabrication, produits nouveaux. Un horizon nouveau s'ouvrait ainsi pour le droit des biens, celui des biens industriels et commerciaux, étant tous incorporels. Ainsi les inventions et œuvres d'art à vocation industrielle sont devenues des biens. La transformation en un bien de la clientèle est devenue un élément majeur de la mutation⁸⁰³. Détachée de la personne, elle passe de mains en mains, enrichissant son détenteur. Les professions étrangères à l'économie marchande tendent à réifier leur clientèle. Ceux ayant une structure proche de celle de l'entreprise, les cabinets des professions libérales et les exploitations agricoles incluent dans leurs actifs la clientèle et

⁸⁰¹ F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du droit, T. 43, Sirey, éd. 1999, p. 79 et s. « La dématérialisation du droit est liée à l'évolution de l'économie. Pour autant, elle n'est pas linéaire à cause des vicissitudes accompagnant l'élaboration des représentations juridiques. En témoigne la matière des biens, qui a commencé de s'éloigner de la réalité physique depuis longtemps, mais dont l'évolution vers l'intemporel a été occultée par la récurrence du corporalisme. L'idée que les choses sont nécessairement des corps n'est pas romaine mais romaniste et l'idéalisme moderne n'a pas su se départir de cette tradition malgré sa propension à l'abstraction. C'est l'avènement de la société industrielle qui, par l'extension de l'appropriation qu'elle a provoquée, a rendu intolérable cette restriction et fait sauter le verrou. Par l'extension paroxystique qu'elle donne par ailleurs à la valeur, cette société fait découvrir que la valeur gisait dans le droit depuis toujours sans qu'on s'en soit aperçu, révélant entre lui et l'immatériel l'existence d'une complicité structurelle. »

⁸⁰² Commerçants et entreprises ont pris conscience de ce que l'essentiel de leur patrimoine ne résidait pas tant dans des immeubles et équipements que dans les moyens de conquérir et conserver une clientèle d'où l'émergence du fonds de commerce, bien universel.

⁸⁰³ F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du droit, T. 43, Sirey, éd. 1999, p. 82.

procèdent à leur transmission, le moment venu. Le marché a happé et transformé en biens des substances situées aux confins de la matière comme les ondes ou encore l'énergie⁸⁰⁴.

Un phénomène de valorisation de l'espace se fait ressentir. Promoteurs et constructeurs d'immeubles vendent non plus tant un fonds bâti qu'une fraction de l'espace⁸⁰⁵. Désormais les droits incorporels détrônent les fonds. Aujourd'hui les fortunes reposent davantage sur les titres, parts de sociétés, comptes en tous genres que sur la terre et les édifices. L'immeuble se décline en parts et actions de sociétés immobilières sur le mode du droit incorporel.

Le Professeur Frédéric Zénati ne manque pas de souligner que « deviennent juridiquement des biens certaines sécrétions et substances humaines, puis les organes du corps humain, rejoints enfin par le corps humain lui-même, dont la transformation en objet ne manque pas de soulever des problèmes éthiques »⁸⁰⁶. La réification de la personne est surtout immatérielle avec la mise du travail humain dans le commerce. Pas seulement l'activité, comme dans l'ancestral louage d'ouvrage, mais la force physique et intellectuelle de l'homme, que celui-ci loue et ce faisant dont il dispose librement comme d'un bien dont l'employeur acquiert les fruits tel un banal locataire. D'autres attributs humains telles la voix et l'image de l'homme tombent à leur tour dans l'univers des choses car devenant précieuses et objet de convoitise, condition suffisante pour en faire des biens.

Tout le régime des biens est remis en cause par l'irruption de l'immatériel, la chose comme la prérogative que la personne exerce sur elle sont en crise et leurs tensions ébranlent l'ensemble de l'édifice du droit privé. Il n'est plus sérieux au XXI^{ème} siècle de soutenir que les personnes n'ont de relations juridiques, directes ou médiates, qu'avec les choses corporelles. Le Professeur Frédéric Zénati va jusqu'à soutenir que « l'onde de choc de l'immatériel a des prolongements insoupçonnables. Il est probable que la crise que connaît la théorie du droit réel depuis la fin du XIX^{ème} siècle est en rapport avec la remise en cause de la corporéité. Dès lors que le droit réel n'est plus l'apanage des corps, qu'il se « désincorpore », il n'apparaît plus aussi différent qu'il paraissait de son antonyme. Une partie audacieuse de la doctrine remet en cause la distinction

⁸⁰⁴ P. CATALA, *La matière et l'énergie*, in *Mélanges en hommages à F. TERRE*, Dalloz-Puf, *L'avenir du droit*, 1999, éd. , Juris-Classeur, p. 557 et s.

⁸⁰⁵ Un appartement est perçu désormais comme un cube d'air.

⁸⁰⁶ F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du droit, T. 43, Sirey, éd. 1999, p. 84.

des droits réels et des droits personnels en soutenant qu'au fond, tous les droits sont des obligations »⁸⁰⁷.

555. Valeurs mobilières. Les valeurs mobilières sont devenues, en l'espace de quelques décennies, l'une des richesses les plus convoitées, faisant ainsi de l'ombre aux biens immobiliers qui avaient jusque là la faveur des investisseurs.

La valeur est une notion qui n'est pas réellement connue des juristes et affirmer que les valeurs mobilières représentent une valeur peut désorienter les esprits. En réalité, cette notion est appréhendée par le droit des biens depuis bien longtemps. Ainsi, la valeur est un bien et certains auteurs affirment qu'elle est la substance de la notion de biens.

Les valeurs mobilières représentent donc avant tout une valeur d'échange susceptible d'appropriation.

556. Distinction entre valeur nominale et valeur vénale. Madame Virginie Mercier souligne qu'il n'y a pas une mais plusieurs valeurs de l'action car tout dépend des attributs en cause : s'il s'agit d'évaluer le pouvoir politique ou les droits financiers, on prend en compte la valeur nominale ; s'il s'agit au contraire de l'exercice des droits patrimoniaux, on se réfère à la valeur vénale qui n'est autre que le prix que consent à payer l'acheteur⁸⁰⁸. Valeur nominale, valeur vénale que doit-on entendre par ces deux notions ?

La valeur nominale exprime la mesure du pouvoir politique. Elle correspond à la valeur du titre initialement fixée dans les statuts. Elle est l'équivalent de la valeur faciale inscrite sur un billet de banque ou sur un Louis d'or, d'où son immutabilité qu'elles que soient les vicissitudes de la société. En d'autre terme la valeur nominale représente une quote-part du capital social et donne ainsi la mesure des droits politiques et financiers de l'actionnaire⁸⁰⁹.

Madame Virginie Mercier définit la valeur vénale, quant à elle, comme l'expression de la dimension patrimoniale et, par voie de conséquence, présente une plus grande part de subjectivité. La valeur vénale ou liquidative, est le quotient de l'actif (et non du capital) par le

⁸⁰⁷ F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, T. 43, Sirey, éd. 1999, p. 88.

⁸⁰⁸ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 91, n° 173.

⁸⁰⁹ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 91, n° 174.

nombre des actions. Contrairement à la valeur nominale de la valeur mobilière qui n'évolue pas, la valeur vénale est une notion qui fluctue en fonction d'éléments extérieurs souvent liés à la situation économique de la société. C'est la raison pour laquelle lorsque l'actionnaire cède ses actions, il constate qu'il y a souvent une différence importante entre le nominal et le vénal. Ainsi concrètement si la société est en déconfiture, la valeur des actions peut être nulle. Par exemple, une société entière rachetée pour un franc symbolique. Au contraire, en cas de prospérité ou de spéculation, la valeur du titre est beaucoup plus élevée et les gains peuvent être importants. Le calcul de cette valeur vénale est difficile car il suppose notamment une évaluation de tous les éléments du patrimoine social. Cette valeur vénale dépend de l'offre et de la demande ; si les actions sont cotées, il existe une valeur boursière dont le cours varie chaque jour. En revanche, pour les actions non cotées, la valeur est déterminée par rapport au bilan de la société et sont souvent complétées par des méthodes diverses⁸¹⁰.

557. La valeur, substance de la notion de bien. Les valeurs mobilières représentent une valeur, mais encore la valeur s'avère être un bien. En effet, l'examen de la notion de valeur conduit à énoncer qu'elle constitue la substance de la notion de bien et que la matérialisation de tout support est inutile à l'appropriation.

Le terme de valeur est avant tout une notion économique qui exprime l'appréciation monétaire d'un bien, son prix ou sa valeur vénale. Deux courants doctrinaux s'opposent⁸¹¹. Les objectivistes affirment que les valeurs sont dans le monde ; elles sont inhérentes aux choses et il convient par conséquent de les découvrir. Les partisans de cette théorie considèrent que la valeur est une caractéristique objective de la chose. Les subjectivistes, quant à eux, considèrent que les valeurs ne sont pas des propriétés des choses. Elles existent seulement dans notre perception du monde extérieur.

Comme ceci l'a déjà été précédemment dit Mousseron soutient qu'un élément acquiert une valeur à partir du moment où il présente un intérêt pour l'homme vivant en société⁸¹². C'est

⁸¹⁰ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 92, n° 175, 176.

⁸¹¹ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 95, 96, n° 185. A rapprocher de Ch. GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, in *Les biens et les choses*, Archives de Philosophie du droit, T. 24, 1979, p. 265, 266.

⁸¹² J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en hommage à A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277. A rapprocher de C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, préface G. VILLEY, LGDJ, coll. Bibliothèque de Philosophie du droit, T. 25, 1982, p. 55, « La valeur est donc une chose vers

l'utilité de cet élément qui lui confère une valeur d'usage. C'est bien le troc, l'échange qui ont permis à ces choses d'acquérir une valeur dite d'échange. Une chose est une valeur en raison du désir suscité chez l'autre de s'en emparer et notamment en raison de son aptitude à être échangée. Ainsi la valeur constitue la source originelle du concept de bien. Dès lors que le droit appréhende telle valeur il lui construit un régime de protection et la qualifie désormais de bien.

558. Valeur économique. Les valeurs mobilières sont certainement l'une des figures les plus à même afin de caractériser ce phénomène de dématérialisation. Aussi a-t-il été nécessaire de réajuster les catégories juridiques existantes afin d'introduire ces nouvelles richesses. La valeur, notion économique n'en est pas moins une notion juridique. Traditionnellement un bien doit être entendu comme une chose susceptible d'appropriation. Seules les choses dotées d'une valeur économique et enclin à l'échange attirent toutes les attentions du droit et peuvent être objets d'un droit de propriété.

Ainsi c'est donc la valeur économique d'une chose qui permettra de l'ériger en bien et qui rendra alors possible son appropriation. Toutes choses dotées d'une valeur patrimoniale, qu'elles soient corporelles ou incorporelles, sont des biens et peuvent être objets de droits réels. La valeur économique transcende tous les biens et s'affirme ainsi comme étant l'essence même de la notion de bien. La catégorie juridique des biens permet d'appréhender des richesses dépourvues de toute matérialité comme les valeurs mobilières par le truchement de la conception valoriste de la notion de bien.

559. Valeur patrimoniale. L'insertion au sein de la catégorie des biens, des choses qui ne sont pas encore susceptibles d'être objets de droits réels, est permis grâce à l'émergence de la valeur. La récente évolution jurisprudentielle reconnaissant l'existence d'un fonds d'exercice libéral et la cessibilité de la clientèle civile en est une parfaite illustration, dans la mesure où c'est la valeur patrimoniale qu'elle représente qui permet aujourd'hui sa cession. La notion de valeur permettrait également de faire entrer dans la catégorie des biens des choses qui nécessitent une protection particulière du fait de leur caractère vital et irremplaçable. Ce serait le cas par exemple des choses de l'environnement, tel que l'eau. Cette redéfinition de l'objet du

laquelle se tourne l'intérêt humain ».

droit des biens n'est pas nouvelle, mais il semble que ce soit dans cette direction que le droit positif des biens doit continuer son évolution.

II. La valorisation⁸¹³ des biens : entre valeur économique et anti-valeur

560. La valeur comme substance intrinsèque des biens : entre valeur économique et anti-valeur. L'existence de différentes valeurs. « Utile et rare, tout élément matériel... ou tout élément immatériel... constituent des « valeurs » »⁸¹⁴ souligne Mousseron.

En effet, tous les biens, qu'ils s'agissent de biens intellectuels, culturels, naturels ou encore économiques concentrent en eux, au plus profond d'eux, cette sorte de substrat qui constitue en quelque sorte leur substantielle moelle ; qui n'est autre que leur valeur intrinsèque. Tous les biens concentrent en eux une valeur, qu'elle soit économique ou non (morale voire sociale).

Chaque bien concentre en lui soit une valeur culturelle, soit une valeur naturelle ou écologique, soit une valeur intellectuelle ou encore une valeur économique.

Ce sont ces valeurs aussi diverses soient-elles qui suscitent tout l'intérêt de ces différents biens respectifs.

Valeur culturelle (**A**), valeur naturelle, écologique, environnementale (**B**), valeur intellectuelle, valeur économique (**C**) sont autant d'acceptions qui méritent d'être ultérieurement précisées.

Une distinction mérite d'être établie cependant entre d'un côté les valeurs économiques bien entendu et celles qui ne relèvent pas de l'ordre économique mais d'un autre ordre, de l'ordre culturel ou de l'ordre naturel, écologique, ou encore intellectuel.

En effet, les biens culturels et les biens naturels, tous deux relevant respectivement de l'ordre du culturel et du naturel s'opposent de manière franche à la vision économique de la valeur, à la vision patrimoniale de la valeur. Les biens culturels et naturels sont l'incarnation de l'anti-

⁸¹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2007, p. 954. Valorisation : 1/ Mise en valeur, a) action d'améliorer la valeur intrinsèque d'une chose par des travaux, d'en accroître des rendement. b) action d'exalter les mérites d'une chose, ses qualités, par des moyens extrinsèques, afin d'en favoriser la vente. 2/ Accroissement de valeur. Fait pour un bien (terrain, créance, portefeuille financier) d'augmenter de prix sous l'effet de facteurs économiques et monétaires, parfois par le jeu de clauses spécifiques. Valorisme monétaire : Thèse selon laquelle celui qui doit une certaine quantité d'unités monétaires, correspondant, à l'origine, à un certain pouvoir d'achat doit, à l'échéance, la quantité – égale, inférieure ou supérieure – d'unités monétaires correspondant au même pouvoir d'achat, c'est-à-dire, le plus souvent, une dette revalorisée du montant de la perte de valeur subit par la monnaie.

⁸¹⁴ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en l'honneur de A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 et s., p. 278.

valeur. Ils concentrent en eux une plus-value immatérielle, une sorte de valeur ajoutée qui fait leur spécificité et qui diffère précisément des autres biens classiquement appréhendables par le Code civil.

Précisément ces biens culturels et naturels ne correspondent pas à la vision économique des choses, ils ne sont pas appropriables et commercialisables et ainsi ne sont pas voués à atteindre un marché et à circuler comme n'importe quel autres biens marchands.

A. Valeur culturelle

561. Valeur culturelle. Le bien culturel est un bien meuble ou immeuble, il appartient à un patrimoine. Il demeure qu'il n'est pas un bien comme les autres. Ce qui le distingue est la valeur culturelle dont il est porteur, de la même façon que les souvenirs de famille sont porteurs d'une valeur morale ; et qui nécessite qu'il soit isolé des autres biens. Cette valeur culturelle renvoie à l'intérêt culturel, plus-value immatérielle.

C'est cet intérêt qui fonde l'intervention du législateur. Mais plus que le bien lui-même, c'est la valeur culturelle dont il est porteur que le législateur apprécie ; d'où l'existence d'un intérêt culturel juridiquement protégé. C'est cette communauté d'intérêts qui est prise en compte et non pas l'intérêt individuel d'un seul, qui justifie la spécificité et par là la spécialisation du droit des biens culturels au regard du droit commun des biens.

B. Valeur naturelle, environnementale, écologique

562. Valeur naturelle. Les biens naturels appartiennent à un patrimoine naturel. Ce qui distingue les biens naturels des autres biens, comme ceci l'a été précédemment déterminé, c'est précisément l'intérêt environnemental dont ils sont porteurs qui nécessite qu'ils soient isolés des autres ; et l'appartenance à un patrimoine commun naturel. Cette valeur environnementale, naturelle renvoie à l'intérêt naturel, plus-value immatérielle. C'est cet intérêt naturel et commun qui nécessite l'intervention du législateur. Mais plus que le bien lui-même, c'est la valeur environnementale naturelle dont ils sont porteurs que le législateur apprécie, d'où l'existence d'un intérêt naturel juridiquement protégé. C'est cette communauté d'intérêt qui est prise en compte par le législateur (intérêt individuel d'un seul individu pris isolément est évincé, devant

cette communauté d'intérêts) qui justifie la spécificité et par là la spécialisation du droit des biens naturels au regard du droit commun des biens.

C. Valeur économique

563. Acception. La valorisation des biens correspond à une sorte de mesurage qui a éclos avec la monétarisation des échanges. Le droit a donc toujours connu la valeur et notamment l'argent, grâce auquel il a pu, comme art de l'équivalence, s'épanouir pleinement. Ainsi existe une relation de complicité structurelle avec la monnaie. Avec l'apparition et l'essor de la monnaie, l'évaluation et la réparation se font en argent. C'est ainsi qu'est né ce que les juristes appellent le droit de gage général des créanciers, qui n'est pas tant un mode d'exécution qu'un mode de réparation. A partir de là, la plupart des biens des personnes deviennent des objets de valeur et, pour tout dire, des valeurs. « Leur propriétaire ne les possède effectivement que dans la mesure où il n'est pas menacé de vente forcée par ses créanciers : à quoi bon se dire propriétaire de biens qui peuvent d'un instant à l'autre faire l'objet d'une légitime expropriation ? Ainsi naît la sensation que l'on ne possède pas tant la chose que sa valeur, laquelle ne nous appartient plus lorsqu'elle est engagée par l'obligation. Le droit qu'ont les créanciers sur la valeur des biens réduit le pouvoir qu'a sur elle le débiteur. Ce dernier est quasi dépossédé de la valeur de ses biens encore qu'il en ait formellement la propriété »⁸¹⁵.

564. Utilité et rareté. Au regard de l'évolution du droit, les biens sont déjà transformés en abstraction. Le propriétaire exerce son droit sur la chose en nature tant qu'il n'est pas exproprié, mais ne maîtrise pas la valeur de l'universalité de ses biens. Ces biens sont autant des valeurs que des objets réels, corporels ou non. Les biens existeraient à l'état de valeur avant même que d'être consacrés juridiquement. C'est l'utilité qui amène à faire d'une chose un bien. Ensuite, la rareté des choses utiles conduit à se les procurer par le commerce puis par l'argent lorsque l'échange devient monétaire. Une fois aliénable, la chose acquiert une valeur qui la mesure par rapport à l'objet contre lequel elle est échangée et qui n'est autre que celle de son utilité avant que le marché ne la transforme en valeur marchande. C'est cette valeur d'usage qui

⁸¹⁵ F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du droit, T. 43, Sirey, éd. 1999, p. 79 et s. dont notamment p. 89, 90.

crée le besoin de l'échange, lequel, à son tour, crée celui de la propriété. La chose du stade de la valeur, passe à celui de bien. Ce processus est observable à travers la genèse des biens de création récente que sont les propriétés intellectuelles faisant passer la chose de l'état de valeur à celui d'objet de propriété⁸¹⁶.

565. Biens marchands. Les biens marchands sont plus qu'hégémoniques et acquièrent dans la société industrielle le statut de paradigme. Ces biens ne sont pas de manière intrinsèque des marchandises, mais partagent avec elles la caractéristique de ne servir qu'à procurer de l'argent. La société industrielle dans laquelle l'homme évolue recense de nombreux biens qui sont conçus que pour être des sources de gain pécuniaire et qui sont qualifiés de valeurs : les valeurs mobilières, les clientèles, les brevets d'invention, le droit d'auteur (plus généralement tout monopole sur les bénéfices d'une activité organisée) tous ces biens sont intrinsèquement incorporels. Certains biens n'échappent pas au mouvement de patrimonialisation, en effet la jouissance des attributs protégés par les droits de la personnalité se monnaie. La mise de la force de travail dans le commerce fait de ce bien une valeur.

566. Scripturalisation comme incarnation de la valeur. Le Professeur Frédéric Zénati soutient que le propriétaire d'une valeur ne jouit pas de la chose comme un propriétaire ordinaire. Sa jouissance étant économique, elle consiste à exploiter la chose ou à la commercialiser ce qui peut faire acquérir à celle-ci un caractère consommptible. Toutes les marchandises le sont jusqu'à ce qu'elles soient vendues à leur destinataire final⁸¹⁷.

A ce sujet Madame Virginie Mercier souligne que cette valorisation de la notion de bien permet également d'élargir la notion de consommptibilité et d'attribuer cette qualité aux valeurs mobilières alors même qu'elles ne sont pas consommptibles par nature. En effet, la jouissance du propriétaire de valeurs mobilières est essentiellement économique et consiste à exploiter la chose ou à la commercialiser. L'objectif de l'associé est de réaliser une plus-value en achetant et en revendant des titres. Ainsi, l'exploitation de la chose peut lui faire acquérir un caractère

⁸¹⁶ F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du droit, T. 43, Sirey, éd. 1999, p. 90, 91.

⁸¹⁷ F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du droit, T. 43, Sirey, éd. 1999, p. 92.

consomptible. Le sort réservé au bien n'a pas pour conséquence leur consommation matérielle⁸¹⁸.

Le fait que les marchandises soient de plus en plus fabriquées en série fait qu'une certaine fongibilité structurelle s'installe traduction du rôle à leur égard de la valeur. De nos jours cette fongibilité s'étend aux biens immeubles. La fongibilité et la valeur qu'elle véhicule culminent avec le compte. L'aliénation ou le paiement s'effectuent à travers le débit d'un compte et le crédit d'un autre compte. Grâce à la fongibilité des biens et parce qu'ils ne sont plus que des valeurs les biens transitent par de simples opérations. L'inscription en compte réalise une véritable tradition de la valeur. Il en est de même du transfert de la possession. La chose est possédée comme valeur. La scripturalisation des biens joue un rôle révélateur. Elle incarne la valeur qui, jusqu'alors, n'était pas apparente⁸¹⁹.

567. Valeur et droit. La valeur côtoie le droit mais les juristes n'en savaient rien. La valeur est probablement un des facteurs de l'apparition de la notion des droits patrimoniaux. Une dichotomie s'est dessinée entre les droits patrimoniaux et ceux extrapatrimoniaux qui vise à dissocier les droits qui sont dans le commerce et ceux qui n'y sont pas. Ainsi sont patrimoniaux les droits qui peuvent être vendus par les créanciers et donc transformés en argent. Ceci suppose que de tels droits sont évaluables en argent et dégagent par là une valeur. Il est difficile de concevoir que c'est dans la chose même que gît la valeur et que la chose en perd sa substance physique.

III. La commercialité des biens

568. Marché, échange, circulation, commercialisation. Le concept de valeur n'acquiert tout son sens que lorsque le souci de réservation se prolonge par celui de commercialisation. Ainsi, par biens nous entendrons tout élément matériel ou non, suscitant un double souci de réservation et de commercialisation chez son maître du moment qui appelle et

⁸¹⁸ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 133, n° 280.

⁸¹⁹ F. ZENATI *L'immatériel et les choses*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du droit, T. 43, Sirey, éd. 1999, p. 93.

obtient la sollicitude de l'organisation sociale⁸²⁰. Les nouveaux biens ont en commun des caractéristiques dont il est possible de considérer qu'elles les rattachent directement aux traits modernes des richesses et de leur production. Un nouveau modèle de bien émerge, il s'agit du bien industriel. Ce nouveau modèle de bien représente la source éminente des richesses dans un système et un temps donnés, placé ainsi au centre de l'ordonnement des biens et des règles qui les gouvernent.

Le modèle du bien du Code civil est l'immeuble, qui constituait depuis longtemps et qui semblait appelé à constituer pour longtemps la source première des valeurs nouvelles, par son exploitation et son échange. Pourtant, les temps qui s'ouvrent seront ceux de la transformation générale de la Nature et, sur cette base, de la préparation puis de l'avènement du règne de l'artificiel, c'est-à-dire des produits de l'activité humaine⁸²¹.

Aujourd'hui, l'utilité d'une chose se concentre dans sa valeur d'échange, une grande partie des nouveaux biens n'existe comme tels qu'en considération de leur valeur d'échange. Ceci est dû au fait que la valeur d'usage est étroitement liée au commerce. La finalité de toute valeur est d'accéder à un marché par le biais d'une commercialisation. Tous biens sont voués à tourner, à circuler, de passer de mains en mains, telle est leur finalité. Ainsi, ce recentrage sur l'échange annonce le recentrage de l'essence du bien sur la valeur.

569. Commercialité. Le marché offre un nouvel réordonnement des biens à partir de la puissance créatrice de l'homme. Aussi le nouveau modèle de bien peut être défini comme le bien issu d'une industrie humaine et ouvert au commerce juridique. Ce nouveau paradigme n'est autre que le produit.

La valeur syncretise l'immatérialité et la commercialité qui sont au fondement de l'idée de bien qu'a produit la société post-industrielle. Ces deux traits marquent à part égale le rôle primordial de la création dans l'existence du bien-modèle. La commercialité n'est qu'une manifestation de l'artificialité qui constitue à présent le trait décisif du bien⁸²². La valeur concentre en elle ces

⁸²⁰ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en l'honneur de A. BRETON et de F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 et s.

⁸²¹ T. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 285, n° 19.

⁸²² T. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 290, n° 24.

deux concepts qui permettent d'identifier le caractère totalement construit du nouveau modèle de la chose appropriée, favorisant en outre l'expansion continue de la sphère des biens.

570. Transition. Une chose qui dispose d'une certaine propension à l'échange, d'une capacité à circuler, peut être considérée comme une valeur économique et donc constituer un bien. La valeur économique est fondamentale. Ainsi, toutes les choses, corporelles ou incorporelles dotées d'une valeur économique sont des biens et peuvent donc être objets d'un droit réel. La valeur est la substance économique des biens, elle en est leur essence.

§2. La valeur, nouvelle essence du bien

571. Valeur, substance économique des biens. Toutes les choses ne sont pas susceptibles d'appropriation encore il est nécessaire que la chose ait une certaine valeur afin d'intéresser le droit. Seules les choses ayant une valeur économique peuvent être l'objet d'un droit de propriété. En revanche, le corps humain bien que disposant d'une valeur mais dont cette dernière ne peut pas faire l'objet d'une représentation économique n'est pas qualifiable de bien. C'est l'échange, le troc qui confère à une chose une valeur économique. Ainsi peu importe qu'il s'agisse d'une chose corporelle ou incorporelle. Aussi cette accessibilité d'une chose à l'échange implique au préalable la possibilité concrète matérielle de l'échanger et donc *a fortiori* une circulation possible de la chose. Aussi une dissociation entre la chose et la personne du propriétaire est impérative ce qui explique de surcroît que l'on ne puisse pas être propriétaire des éléments de la personnalité, comme sa voix, son nom, son image. Ne pouvant pas être dissociés de notre être de tels éléments ne peuvent pas faire l'objet d'appropriation. La propriété ne peut porter sur un être humain d'où l'explication que les éléments du corps humain ne peuvent pas faire l'objet d'un contrat translatif de propriété, car n'étant pas appropriables. La seule appropriation n'est pas suffisante afin d'en faire un bien juridique, car la situation est totalement différente entre la situation d'un simple caillou ou d'un diamant et son propriétaire, il est nécessaire de plus que la chose dégage une certaine valeur afin d'attirer la protection du droit. C'est uniquement parce que ces choses s'inscrivent dans un processus économique

qu'elles deviennent ainsi sources de valeurs⁸²³. L'intérêt du droit naît uniquement au regard de la valeur syncrétisée par ces choses. C'est cette valeur économique pouvant être mise sur le marché qui permet à une chose d'être érigée en bien. La dichotomie biens corporels / biens incorporels est dès lors dépassée grâce à la valeur syncrétisée par chacun d'entre eux. La valeur permet ainsi de caractériser la substantielle moelle contenue dans chaque bien elle permet de réunir des biens hétéroclites sous un même vocable « la valeur ». Tant les choses corporelles qu'incorporelles sont des biens car dotées d'une valeur économique. La clef de voûte, la notion fondamentale est la valeur économique.

En bref, la valeur est la substance économique des biens. Elle en est leur essence. Elle constitue l'objet naturel du droit de propriété. C'est ainsi que les évolutions économiques successives ont eu pour effet de dématérialiser de plus en plus l'objet du droit des biens. Le côté matériel ou non n'est plus pris en compte, car les biens ne sont plus envisagés que par rapport à leur valeur.

572. Valeurs mobilières, des biens : consécration d'une vision économique de la propriété. Madame Virginie Mercier dans sa thèse relève que la valeur a parfois plus d'intérêt que l'utilité que l'on peut en tirer. Elle illustre cette idée en démontrant que l'œuvre d'art est appréhendée comme valeur économique, conférant des droits (droit de reproduction par exemple) ce dernier est cessible et constitue une valeur économique. Elle soutient que la propriété littéraire ou artistique, comme la propriété commerciale ne sont que des applications de ce principe : tout ce qui a une valeur économique et que l'on peut échanger est appropriable⁸²⁴.

La valeur pouvant être acquise, possédée et transmise est devenue une chose en soi.

En effet, cette dernière ajoute que « cette conception valoriste de la notion de bien a été expressément reconnue par les organes européens qui relie directement la notion de bien à celle de « valeur patrimoniale ». En effet, la Commission considère qu'une action de société anonyme, ayant une valeur économique peut être considérée comme un bien au sens de l'article 1^{er} du Protocole annexé à la Convention européenne des droits de l'homme. Selon cette jurisprudence, les actions constituent des biens lorsqu'elles sont susceptibles d'être évaluées sur

⁸²³ Ch. GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, in *Les biens et les choses*, Archives de Philosophie du droit, T. 24, Sirey, éd. 1979, p. 264, 265.

⁸²⁴ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 100, n° 195.

le plan économique. La Cour européenne a également estimé, même s'il s'agit d'une reconnaissance implicite, que les actions de sociétés nationalisées sont des biens. Il est à noter enfin, que le Conseil constitutionnel français reconnaît également la qualification de bien aux valeurs mobilières, ce qui laisse à penser que le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme semblent attachés à une vision économique de la propriété »⁸²⁵.

573. Valeur patrimoniale, essence du bien : passage d'un droit des biens à un droit des valeurs. Ainsi la valeur d'une chose dépend de son utilité et de sa rareté. L'offre et la demande sur un marché rythme la valeur patrimoniale d'une chose. Aussi la qualification de biens doit être reconnue à toutes choses incorporelles qui correspondent à ses critères. Ainsi, les « œuvres de l'esprit », logiciels, informations, slogans publicitaires, inventions industrielles ou obtentions végétales, noms commerciaux, clientèles, marques de fabriques ou dessins industriels... qui représentent autant de nouveaux biens constituent des valeurs susceptibles d'appropriation bien qu'ils fassent l'objet d'une protection particulière. Régulièrement présentés comme des droits incorporels portant sur une chose incorporelle ils ne sont pas des biens. La chose se réduit à néant pour ne faire ressortir que le droit. Cependant, la chose existe car représentant une valeur patrimoniale ainsi elle entre dans la catégorie des biens et peut faire l'objet d'un droit réel. C'est bien la valeur patrimoniale du bien qui est devenue le critère préalable de l'existence d'un objet de propriété. La valeur économique est l'essence du bien. Désormais l'objet du droit des biens ne doit plus être limité aux biens meubles corporels et immeubles. C'est la richesse que le bien concentre qui est primordiale. Le droit des biens a su évoluer avec son temps en se transformant en un droit des valeurs.

574. Les biens culturels et les biens naturels, des biens non appropriables et non commercialisables : l'incarnation de l'anti-valeur. Recentrage de l'essence du bien sur la valeur. Le Professeur Thierry Revet affirme que le recentrage sur l'échange annonce le recentrage de l'essence du bien sur la valeur. La valeur syncrétise l'immatérialité et la commercialité qui sont au fondement de l'idée de bien qu'a produit la société post-industrielle. La valeur réunit les deux expressions du caractère totalement construit du nouveau modèle de la

⁸²⁵ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 100, 101, n° 197.

chose appropriée. La valeur favorise en outre l'élargissement continu de la sphère des biens. En effet, tout est ou peut devenir valeur. Le redoutable défi de la société post-moderne sera de trouver l'anti-valeur, relève le Professeur Thierry Revet⁸²⁶.

Les biens culturels et naturels incarnent et représentent précisément l'anti-valeur. Ils ne présentent pas en eux une valeur économique, pas une valeur patrimoniale mais une valeur sociale, une sorte de valeur culturelle ou une valeur naturelle renvoyant à la préservation d'une communauté d'intérêts. D'où le recours à des régimes spéciaux de protection car ces derniers présentent en eux une valeur autre qu'économique. Tant les biens culturels et les biens naturels revêtent une valeur morale, sociale non évaluable, non estimable d'un point de vue strictement économique et ainsi ont du mal à s'insérer dans le Code civil fait pour une société commerciale où la valeur n'est appréhendée que d'un point de vue économique, d'où le recours à des régimes spéciaux de protection et le mouvement de spécialisation du droit des biens.

C'est l'intérêt culturel et naturel qui est préservé, un intérêt supérieur qui renvoie à la société, une sorte d'intérêt public qui ne répond plus aux canons présents dans le Code civil où l'individu pris dans son individualité domine, alors qu'ici c'est la société qui domine, autrement dit, l'intérêt social s'intercale entre le bien et la personne pour finalement absorber la relation toute entière.

Les biens culturels et les biens naturels ne sont ni appropriables ni commercialisables c'est en ce sens qu'ils sont spéciaux. Il s'agit de biens spéciaux et plus particulièrement ils relèvent de régimes spéciaux dérogeant au droit commun contenu dans le Code civil car ils ne répondent pas aux canons traditionnels que requiert la propriété notamment. Ces biens non appropriables et non commercialisables incarnent en tous points l'anti-valeur et ont ainsi besoin de régimes spéciaux, de régimes dérogeant au droit commun afin de se voir protégés.

575. Définition. Le Professeur Laurent Aynès souligne que toute définition est périlleuse et plus particulièrement celles contenues dans le Code civil qui sont souvent critiquables. Mais parce qu'il s'agit d'une réalité reçue et non créée par le système juridique et plus encore parce que leur contenu a vocation à évoluer, avec la vie et le développement de l'activité humaine. La notion de bien est difficile à saisir elle s'applique à des choses, par opposition aux personnes,

⁸²⁶ T. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Association Henri Capitant, 2006, p. 290, n° 24.

corporelles ou incorporelles, utiles à l'homme, désirables et dotées d'une valeur et appropriables. Monsieur Pierre Berlioz explique qu'afin qu'une chose devienne bien elle doit avoir deux caractères être susceptible d'appropriation et se trouver saisissable par des tiers⁸²⁷.

Le bien est traditionnellement défini comme une chose susceptible d'appropriation. Or la propriété, selon une analyse classique, ne pourrait avoir pour objet que des choses corporelles. Partant de ce constat, la notion apparaît en décalage avec l'évolution des richesses, qui se dématérialisent.

576. Le bien, une propriété à fonction de garantie. Monsieur Pierre Berlioz relève dans sa thèse la tendance contemporaine de définir le bien par la valeur⁸²⁸. Originellement, la conception de la notion de bien présente le bien comme une chose corporelle objet d'un droit de propriété. Cependant, peu à peu s'est dessinée une conception rénovée de la notion de bien. En effet, la tendance contemporaine a été la définition du bien par la valeur. Mais encore, la définition proposée a été celle de présenter le bien comme une propriété à fonction garantie. Cette définition purement fonctionnelle a conduit Monsieur Pierre Berlioz à approfondir la définition en étudiant les caractères essentiels du bien qui l'on amenait à dégager deux caractères essentiels celui de la propriété présentant le bien comme une chose appropriée et la saisissabilité. Le bien devient de plus en plus une propriété à fonction de garantie.

577. Valeur pécuniaire. Monsieur Pierre Berlioz affirme que l'institution de la valeur comme élément central de la notion de bien s'est faite en deux temps, par un double mouvement, d'abord de la chose vers le droit, puis du droit vers la valeur. « A mon avis, les choses ne sont jamais des biens, elles ne sont des biens que quand les droits portent sur elles. La chose, c'est la notion physique ; le bien c'est le droit de propriété sur la chose : c'est le droit qui est un bien »⁸²⁹. C'est la valeur qui permet de différencier les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux c'est donc elle qui permet de tracer les contours de la catégorie des biens. Pourquoi ne pas alors en faire l'élément premier de la notion ?

⁸²⁷ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, T. 489, LGDJ, 2007, Bibliothèque de droit privé, Avant propos préface L. AYNES.

⁸²⁸ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, T. 489, LGDJ, 2007, Bibliothèque de droit privé, p. 151 et s.

⁸²⁹ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, T. 489, LGDJ, 2007, Bibliothèque de droit privé, p. 151 citant L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Travaux de la commission de réforme du Code civil année 1946-1947, Sirey, 1948, p. 677.

La valeur pécuniaire est la substance unique de tout bien. « La valeur pécuniaire est en principe érigée en critère du bien parce que le patrimoine suppose une corrélation entre son actif et son passif. La patrimonialité signifie que les biens sont le gage commun des créanciers du titulaire du patrimoine. Cependant, la patrimonialité acquiert une signification différente, les biens correspondent avant tout à l'ensemble des richesses d'une personne et non au seul gage commun des créanciers »⁸³⁰.

578. La valeur comme abstraction. Alors que la définition traditionnelle du bien donnait une vision concrète de celui-ci, une doctrine moderne tend au contraire à adopter une conception dématérialisée des biens. Pour les uns, les biens sont des droits évaluables en argent. Pour les autres, ce sont des valeurs disponibles. Mais tous insistent sur une caractéristique abstraite : la valeur. Car celle-ci, lorsqu'elle est placée au cœur de la notion, ouvre la possibilité d'y faire figurer toutes les richesses dont une personne prétend se réserver le profit exclusif. La notion de bien embrasse tout ce qui a une valeur patrimoniale. Les biens envisagés sous l'angle juridique ne sont pas autre chose que des richesses appréhendées sous l'angle économique.

579. Démarche adoptée. La réception comme bien de nouvelles valeurs **(I)** fait émerger un nouveau paradigme des biens issu de l'industrie humaine **(II)**.

I. La réception comme bien de nouvelles valeurs

580. Expansion. Une époque dominée par les progrès techniques et gagnée par l'immatériel est caractérisée par l'apparition de nouvelles catégories de biens qui est l'un des traits majeurs. Le développement de l'emprise de l'homme sur tout ce qui l'entoure **(A)** passe par un élargissement corrélatif de la sphère marchande aux éléments qui sont gagnés à la puissance humaine **(B)**.

⁸³⁰ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, T. 489, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, p. 170, n° 528.

A. L'emprise de l'homme sur tout ce qui l'environne

581. Nouveaux biens, nouvelles valeurs. L'information, la renommée [...] les logiciels, le portefeuille de valeurs mobilières, ... le fonds libéral, les quotas laitiers, les quotas d'émission de gaz à effet de serre [...] les recettes de cuisine [...] sont autant de nouveaux biens.

Si l'on veut bien admettre que rien ne résiste à la soif d'appropriation de l'homme, le seul vrai problème est celui de savoir pourquoi une chose devient un bien et c'est l'utilité qui est la solution. Cependant, il est clair que les biens ne se limitent en aucune manière aux choses corporelles, sans quoi nombre de valeurs ne seraient pas des biens. La réception comme bien de ces nouvelles valeurs se réalise grâce à l'admission parmi les objets de propriété de tel ou tel nouveau type d'entité utile et rare. La multiplication et l'accueil des nouvelles espèces de biens pose la question de l'incidence de ce mouvement sur la conception référentielle traditionnelle des biens. Divers signes montrent qu'une évolution importante se réalise. L'immeuble, modèle des biens dans le Code civil de 1804 constitue la source première des valeurs nouvelles, par son exploitation ou son échange. Or la société qui préside à l'avènement des nouveaux biens est celle du projet de transformation générale de la nature par l'homme. C'est la prise de pouvoir générale de l'homme sur tout ce qui l'environne, après s'en être découvert les moyens suffisants, qui permette de désigner ce dernier comme la source primordiale des richesses. L'homme doué d'un génie se présente comme la source intarissable de richesses nouvelles.

B. L'élargissement corrélatif de la sphère marchande aux éléments qui sont gagnés à la puissance humaine

582. L'origine humaine. L'homme, source primordiale de ces richesses nouvelles les présente telles des produits issus de l'activité humaine. Ces produits sont mis sur un marché qui est la représentation de la puissance de l'homme. Le développement de la maîtrise progressive par lui de tout ce qui l'entoure passe par un élargissement corrélatif de la sphère marchande aux éléments qui sont gagnés à la puissance humaine d'où le recentrage de l'essence du bien sur la valeur.

583. La force de travail comme source de valeurs. Le Professeur Thierry Revet dans la seconde partie de sa thèse portant sur la force de travail présente cette dernière et l'envisage dans sa qualité de source de valeurs. Est d'abord démontrée la façon dont le droit consacre cette qualité. L'auteur s'attache, ensuite, à mesurer l'influence exercée par la force de travail sur la situation juridique des valeurs dont elle est, en tout ou partie, la source, exceptionnelle, quoi que croissante, pour les valeurs nées de l'exploitation ou de la transformation de biens préexistants, cette influence est, à l'inverse, prépondérante pour les valeurs nées de la pure activité humaine, œuvre de l'esprit, savoir-faire, clientèle civile. Est alors esquissée la trame d'un régime général de réservation et de commercialisation de ces biens, fondé sur leur qualité de produits du travail. La seconde partie aborde principalement les biens corporels et incorporels⁸³¹.

584. Le travail, source de valeur nouvelle. Le Professeur Frédéric Zénati relève que « l'argument est que la force de travail constitue une manière de bien, bien grâce auquel on peut acquérir d'autres biens, la force de travail serait source de valeurs⁸³² ». Le Professeur Thierry Revet relève que « Le travail occupe donc, dans la société, une position centrale, en raison de son importance économique majeure : il est source de valeur nouvelle. Le travail est, ainsi, une réalité prioritairement économique. Toute activité humaine n'est pas du travail : seule l'est celle s'inscrivant dans la sphère économique de l'échange et de la production, valeur, source de valeur⁸³³ ».

La force de travail est objet de contrat⁸³⁴.

585. La force de travail, objet de contrat. La force de travail est source de valeur. Son existence comme objet de contrat suffit à l'attester : elle est une valeur d'échange parce qu'elle est source de valeurs pour celui en obtenant la jouissance. Et elle est aussi source de valeurs pour le salarié conférant à un tiers la jouissance de sa force de travail : la rémunération obtenue en contrepartie constitue, pour lui, le produit de sa force de travail. Ces observations établissent

⁸³¹ T. REVET, *La force de travail*, Litec, Bibliothèque droit de l'entreprise, T. 28, 1992, sous la direction de J.-M. MOUSSERON.

⁸³² F. ZENATI, *Préface de la thèse de Monsieur T. REVET*, in *La force de travail*, Litec, Bibliothèque droit de l'entreprise, T. 28, 1992, sous la direction de J.-M. MOUSSERON.

⁸³³ T. REVET, *La force de travail*, Litec, Bibliothèque droit de l'entreprise, T. 28, 1992, sous la direction de J.-M. MOUSSERON, p. 6, n°4.

⁸³⁴ T. REVET, *La force de travail*, Litec, Bibliothèque droit de l'entreprise, T. 28, 1992, sous la direction de J.-M. MOUSSERON, p. 29 et s.

d'emblée que la force de travail est source en différents types de valeurs : les revenus rétribuant sa mise à disposition ou l'effet de la mise en œuvre ; les biens produits par cette mise en œuvre. Seuls ces derniers sont, toutefois, les véritables produits de la force de travail : les revenus qu'elle permet d'obtenir sont des produits du travail au sens large⁸³⁵.

586. Force de travail et droit des biens. Le Professeur Thierry Revet énonce que le développement majeur des productions immatérielles dues au seul travail humain et, au delà, la confrontation entre la force de travail et le droit des biens, appelleraient une réflexion de type fondamental. Les principes traditionnels du droit des biens confèrent au capital et aux réalités corporelles une place centrale. Le travail et les valeurs incorporelles sont marginales et atypiques. Un souci de prise en compte du rôle de la force de travail dans la création des richesses est mis en évidence ; traduisant un reflux de la primauté absolue du capital et découlant de l'accroissement général du rôle du travail dans la formation de l'ensemble des valeurs avec l'importance grandissante des créations immatérielles. L'augmentation continue des produits du travail dans l'ensemble des richesses ne suggère-t-il pas l'érection de la force de travail en source première ou primordiale⁸³⁶ ?

II. Le nouveau paradigme des biens issu de l'industrie humaine

587. Démarche adoptée. Les produits de l'activité humaine (**B**) sont tous issus de la puissance humaine créatrice (**A**).

A. La puissance humaine créatrice

588. Nouveau paradigme. Le nouveau paradigme des biens issu de l'industrie humaine et ouvert au commerce juridique se ramène à un seul, la puissance humaine créatrice. La reconnaissance progressive de l'industrie comme source de richesses se fit ressentir. La *summa divisio* du droit des biens entre les meubles et les immeubles dresse le décor.

⁸³⁵ T. REVET, *La force de travail*, Litec, Bibliothèque droit de l'entreprise, T. 28, 1992, sous la direction de J.-M. MOUSSERON, p. 365, n° 329.

⁸³⁶ T. REVET, *La force du travail*, Litec, Bibliothèque droit de l'entreprise, T. 28, 1992, sous la direction de J.-M. MOUSSERON, p. 607, n° 576, 577 et 578.

Le passage d'une société encore essentiellement rurale, et libérale, au début du XIX siècle à une société dominée par le développement du commerce et de l'industrie n'a fait qu'accentuer l'insuffisante prise en considération de la fortune mobilière dénoncée tant par les économistes que par les juristes, notamment du fait de l'émergence de nouvelles catégories de biens meubles de valeur : fonds de commerce, valeurs mobilières, propriétés intellectuelles...⁸³⁷.

Un décalage apparu rapidement dans le Code civil avec l'importance prise par la catégorie des meubles et notamment avec les meubles corporels qui se multiplièrent. Le lien opéré entre l'industrie et le développement des fortunes mobilières n'est pas fortuit. Aussitôt, que la catégorie des meubles revêt une quelconque importance, on prend conscience que la terre n'est pas la seule source de richesses. La production des meubles ne pouvant lui être attribuée, c'est vers l'industrie que l'on se tourne⁸³⁸.

589. Biens industriels. Monsieur Samuel Becquet souligne la part croissante des richesses produites au sein des richesses corporelles. Le constat de la prédominance des richesses produites concerne d'abord les biens meubles corporels. De tels biens trouvent en général leur origine dans un acte de production, un fait d'industrie. Mais ce qui paraît ici le plus important par rapport à notre sujet ce n'est pas que certains sont arrachés à la terre, mais surtout que la plupart sont façonnés par la main de l'homme, souvent de manière mécanique, mais toujours sous l'influence d'une volonté humaine⁸³⁹. D'autre part, il remarque de manière on ne peut plus juste la part constante des richesses produites au sein des richesses immatérielles. La dématérialisation des biens corporels va de paire avec celui que les richesses produites ne se limitent pas à leur domaine. La société industrielle a profondément transformé les fortunes en les désincarnant comme l'illustre parfaitement la multiplication des biens immatériels. Ainsi, les biens - clientèle, immatériels, fonds de commerce, artisanal ou encore libéral sont des productions de l'industrie bien qu'ils affleurent surtout à la vie juridique en leur qualité de modes d'organisation du travail et d'outils de production de biens et de services.

En effet, le développement de biens de nature immatérielle est particulièrement sensible pour les productions s'adressant à l'intellect, dont les représentants par excellence sont l'œuvre littéraire et artistique et l'invention brevetée, situées aux deux grands pôles du droit de la propriété

⁸³⁷ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, p. 9, n° 11.

⁸³⁸ S. BECQUET, *Le bien industriel*, LGDJ, Bibliothèque droit de l'entreprise, T.448, 2005, p. 4, 5, n° 2.

⁸³⁹ S. BECQUET, *Le bien industriel*, LGDJ, Bibliothèque droit de l'entreprise, T. 448, 2005, p. 5, n° 3.

intellectuelle. Ces objets immatériels par essence se caractérisent par une utilité non seulement d'ordre artistique ou technique mais encore scientifique, technique, commercial ou informatif. Aussi de nombreux objets bénéficient d'une protection spéciale tels que la marque de fabrique, les topographies de semi-conducteurs, les obtentions végétales, savoir-faire, information etc. peuvent prendre la forme du parasitisme. La diversité de ces différents objets de nature immatérielle se caractérisent par une expansion continue due au développement vertigineux des techniques et des médias en raison de l'avènement appliqué au numérique⁸⁴⁰. Ces richesses ont toutes pour trait commun qu'il s'agit de richesses produites, immatérielles, conceptualisées qu'en esprit et sont nécessairement artificielles, toutes produites sous l'influence de l'industrie.

B. Les produits de l'activité humaine

590. Le bien industriel. Monsieur Samuel Becquet souligne que le phénomène du déclin des biens corporels est précipité par le foisonnement de valeurs immatérielles de toute nature (savoir-faire, information...). Peut-il exister, aujourd'hui, un droit civil des biens comparable à celui de 1804, un droit commun pour tous les biens ? Le droit des biens du Code civil est-il apte à y occuper encore, ou à nouveau, une place éminente ? A l'observation, le trait commun de beaucoup des valeurs nouvelles est leur genèse, industrielle - travail individuel ou investissement productif. Or, ce trait se trouve partagé par un nombre grandissant de biens corporels, au caractère artificiel prononcé. Dès lors, il apparaît possible de proposer pour tous ces biens une qualification faisant fi des cloisonnements : le bien industriel.

La source fondamentale des richesses que notre époque actuelle et contemporaine connaît, n'est donc autre que l'homme lui-même, son intelligence, son énergie, son savoir-faire, bref, son industrie⁸⁴¹.

⁸⁴⁰ S. BECQUET, *Le bien industriel*, LGDJ, Bibliothèque droit de l'entreprise, T. 448, 2005, p. 7, 8, n° 3.

⁸⁴¹ T. REVET, *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2006, p. 285, n° 19.

SECTION 2

LE « PRODUIT » COMME NOUVELLE REFERENCE

591. Articulation entre la valeur et le produit : l'appropriation et la commercialité.

Les différentes démonstrations ci-dessus exposées permettent de dégager qu'en matière de biens nouveaux, le droit de propriété se recentrerait sur la disposition. C'est uniquement en leur valeur d'échange que se concentrent les utilités des choses. Ceci permet de mettre en exergue la valeur économique comme critère de détermination du bien. Ce sont plus précisément la rareté et l'utilité d'un bien qui constituent les fondements mêmes de la valeur économique. Ceci s'explique par le fait que la valeur d'usage est étroitement liée au commerce, car elle consiste dans la possibilité d'accéder à un marché ou à une clientèle. L'accès à un marché ou la vocation à la circulation est primordial. Le recentrage sur l'échange annonce le recentrage de l'essence du bien sur la valeur. La valeur n'acquiert tout son sens que lorsque se manifeste ce double souci de réservation et de commercialisation chez son maître du moment et que la société répond. Le jour où la société répond la valeur devient bien.

Ainsi, la valeur se voit érigée en bien si et seulement si un sentiment d'appropriation, autrement dit, de réservation se manifeste, couplé à l'idée de commercialisation. Tel est le nouveau modèle de bien qui se dégage aujourd'hui pouvant être entendu comme le bien issu d'une industrie humaine et ouvert au commerce juridique ; ce nouveau paradigme est « le produit ».

592. La notion de produit. L'article écrit par Monsieur Christophe André intitulé « la cohérence de la notion de produit » montre à quel point les produits peuvent être déclinés à l'infini : produits industriels, produits financiers, produits d'assurance, produits informatiques, produits pharmaceutiques, produits touristiques⁸⁴². A ces derniers peuvent être ajoutés les produits alimentaires, produits pétroliers, produits de la chasse et de la pêche, produits biologiques, produits naturels, produits de la mer, produits intellectuels, produits culturels, produits agricoles, produits de santé, produits de cinéma...

⁸⁴² Ch. ANDRE, *La cohérence de la notion de produit*, Revue de Recherche juridique, Droit prospectif, PUAM, 2003 - 2 (1), p. 751 et s.

L'existence du produit supposant toujours, même s'il est brut, une intervention humaine déterminante⁸⁴³.

L'analyse de Monsieur Christophe André conduit à affirmer que c'est bien l'activité humaine qui donne à la notion de produit sa cohérence. Toute richesse est prodiguée par la nature tandis que le travail humain est secondaire. Telle était la conception entretenue par le Code civil.

Monsieur Christophe André énonce que la spécification est bien envisagée mais elle est rattachée à l'accession si bien que le travail humain est accessoire afin de ne pas sacrifier les droits du propriétaire de la matière⁸⁴⁴. La mise en œuvre du critère de l'activité humaine principale permet de tracer une voie médiane. Il semble apparaître que les frontières du produit transcendent les catégories traditionnelles du droit des biens. Les produits embrassent les meubles corporels ou incorporels, les immeubles, les éléments et produits du corps humain, il s'agit d'une acception très large. Cependant, sont exclus les fruits, le sol et les services. La source fondamentale des richesses n'est autre que l'homme lui-même, son intelligence, son énergie, son savoir-faire, bref, son industrie.

593. Le produit comme nouveau paradigme. Le Professeur Thierry Revet met bien en exergue que le marché n'est qu'une manifestation du réordonnement des choses à partir de la puissance créatrice de l'homme. Ce qui est dans le commerce est dans la maîtrise de l'homme, qui peut l'aliéner dans l'échange. La soif insatiable de l'homme de maîtriser tout ce qui l'entoure conduit à un élargissement de la sphère marchande⁸⁴⁵. Le Professeur Thierry Revet relève que le recentrage sur l'échange annonce le recentrage de l'essence du bien sur la valeur. La valeur syncrétise l'immatérialité et la commercialité qui sont au fondement de l'idée de bien qu'a produit la société post-industrielle. A ce titre la création tient un rôle stratégique. La valeur réunit en elle les deux expressions (immatérialité et commercialité) du caractère totalement construit du nouveau modèle de la chose appropriée. Tout est ou peut devenir valeur⁸⁴⁶.

Il émerge ainsi un nouveau modèle du bien qui peut être défini comme le bien issu d'une industrie humaine et ouverte au commerce juridique. Ce nouveau paradigme c'est le « produit »,

⁸⁴³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, PUF, 2007, mot : produit, p. 727, 3^{ème} sens *in fine*.

⁸⁴⁴ Ch. ANDRÉ, *La cohérence de la notion de produit*, Revue de Recherche juridique, Droit prospectif, PUAM, 2003 - 2 (1), p. 770.

⁸⁴⁵ T. REVET, *La propriété, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, 2006, p. 286, n° 19.

⁸⁴⁶ T. REVET, *La propriété, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, 2006, p. 290, n° 24.

non au sens de la doctrine civiliste traditionnelle qui désigne par là une émanation du capital altérant la substance mais au sens que lui confère la loi du 19 mai 1998 portant transposition de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux (Article 1386-3 du Code civil).

594. Influence de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle des biens : l'émergence du produit. La spécialisation du droit des biens est un mouvement qui affecte la conception traditionnelle des biens. En effet, le mouvement de spécialisation du droit des biens dérogeant au droit commun des biens et se développant dans des pans entiers extérieurs au Code civil ne manque pas cependant d'interroger le Code civil sur ses notions fondamentales. C'est ainsi le cas avec la conception traditionnelle des biens et plus particulièrement avec la notion de produit.

La spécialisation du droit des biens culturels ou encore la spécialisation du droit des biens naturels faisant respectivement appel aux biens culturels et aux biens naturels interrogent la conception de bien traditionnellement entendue.

Les biens naturels renvoient entre autres aux produits de la chasse⁸⁴⁷ et aux produits de la pêche⁸⁴⁸.

Les biens culturels renvoient aux produits culturels.

La notion de produit renvoie avant tout aux meubles, laissant ainsi de côté les immeubles. Le concept induit également une commercialité en contradiction avec le régime des biens culturels. Le Professeur Jean-Michel Bruguière retient que l'appréhension des richesses culturelles en tant que produit résulte en grande partie de la volonté de faire circuler celles-ci librement dans un espace économique. Le rapprochement des notions de bien et de produit culturel se heurtent à deux obstacles : la nature des biens culturels et leur régime souligne le Professeur Jean-Michel Bruguière⁸⁴⁹.

La notion de produit culturel qui renvoie principalement aux meubles suggère donc une restriction qui n'est pas souhaitable, les biens culturels regroupant des meubles et des immeubles. Il est donc préférable de s'en tenir à la notion de bien.

⁸⁴⁷ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2002, p. 309, n° 415.

⁸⁴⁸ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2002, p. 310, n° 416.

⁸⁴⁹ J.-M. BRUGUIÈRE, *Le rapprochement des notions de bien et de produit culturel*, in *Les biens culturels*, Légicom N° 36, 2006/2, p. 9 et s. plus particulièrement p. 14 et s.

La notion de bien culturel regroupe d'une part, les produits culturels (films, livres etc.) qui n'obéissent nullement à une logique de transmission et de conservation, en revanche, d'autre part, les biens culturels patrimonialisés, au sens de l'article 1^{er} du Code du patrimoine, poursuivent une logique de transmission et de protection pour les léguer aux générations futures. Les biens culturels ne sont pas des marchandises comme les autres. La qualification de produit induit une commercialité totale qui serait en contradiction avec le régime juridique des biens culturels. Les biens culturels patrimonialisés ne circulent pas librement. Il en est de même, dans une moindre mesure, avec les produits culturels.

Ainsi la notion de produit est associée à la commercialisation ou plus particulièrement induit une commercialité afin d'établir un certain clivage entre les biens commercialisables relevant du Code civil et ceux qui ne le sont pas qui relèvent de la spécialisation du droit des biens.

595. Démarche adoptée. Les nouveaux biens ont en commun des caractéristiques dont il est possible de considérer qu'elles les rattachent directement aux traits modernes des richesses et de leur production. Ces nouveaux biens suggèrent l'émergence d'un nouveau modèle de bien qui peut être défini comme le bien issu d'une industrie humaine et ouverte au commerce juridique. Ce nouveau paradigme c'est « le produit » non au sens de la doctrine civile traditionnelle désignant une émanation du capital qui altère la substance mais au sens que lui donne la loi du 19 mai 1998 transposant la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux et présentant par là le produit sous l'angle d'une notion extensive (§1). Ainsi l'avènement de cette nouvelle figure du produit marque un renversement total de perspective par rapport à la modélisation antérieure des biens, puisqu'elle consacre le remplacement dans la cause première des choses, du donné par le construit (§2).

§1. Le produit, une notion extensive : la loi du 19 mai 1998 transposant la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux

596. Plan. Bien que la notion de produit soit une notion extensive (I) cette dernière recouvre des critères permettant de caractériser la notion de produit (II).

I. L'extension de la notion de produit

597. Définitions. Le mot « produit » peut recouvrir divers sens. Quatre sens peuvent être retenus⁸⁵⁰.

Le premier, en un sens large et vague, renvoie à tout ce qui est fourni par une chose (fruit ou produit) (Articles 546, 549, 552, 582 du Code civil).

Le second, au sens strict et par opposition aux fruits recouvre ce qui est retiré d'un capital moyennant une diminution de substance et en dehors d'une exploitation régulière. Par exemple matériaux extraits épisodiquement d'une carrière non exploitée (Art. 598 du Code civil) ou encore arbres abattus isolément Article 592 du Code civil.

Le troisième, au sens de l'article 1386-3 du Code civil pour la responsabilité du fait des produits défectueux. Il s'agit de tout bien corporel mobilier (même incorporé dans un immeuble) quelles qu'en soient la nature, l'origine et la destination (matière première, produit du sol, de l'élevage de la pêche et de la chasse, produit de transformation, produit manufacturé, produit de consommation, produit chimique etc.) et l'électricité, l'existence du produit supposant toujours, même s'il est brut, une intervention humaine déterminante (extraction, cueillette, exploitation etc. à défaut de circulation ou de transformation). Les produits de substitution sont des biens qui, en raison de leurs prix, usage et propriétés sont, par leur aptitude à satisfaire des besoins similaires, interchangeable pour le consommateur (ils entrent dans la définition du marché à prendre en considération pour apprécier l'existence d'une position dominante ou l'effet d'une entente sur la concurrence).

Le quatrième, correspond au résultat d'une opération. Le produit net est le solde créditeur ou débiteur d'une opération.

598. Acceptions. Le Professeur Daniel Mainguy lance certaines pistes de réflexions sur la notion de produit en droit des affaires. Ce dernier énonce que si le droit des biens utilise un terme particulier, chose ou bien, le droit commercial, le droit des affaires, tend souvent à préférer le terme de marchandise, ou plus récemment, de produits, pour désigner l'objet des contrats conclus par les commerçants. Le mot produit recouvre les choses les plus diverses au détriment des termes classiques de bien ou marchandise. Tout est produit : les marchandises,

⁸⁵⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2007, *mot : produit*, p. 727.

produits financiers (placements financiers), produits d'assurance (contrats d'assurance), produits industriels (production de biens industriels), produits informatiques, agricoles, pharmaceutiques ou cosmétiques, de la pêche, de la chasse, produits du corps humain etc.

En droit civil le terme recouvre un champ plus restreint, les produits sont tirés du capital à intervalles irréguliers au prix d'une diminution de la substance de ce capital. L'article 16 et s. du Code civil ont intégré la notion de produit du corps humain. Il peut s'agir de simple synonyme de bien, si l'article 16-1 al. 3 du Code civil n'interdisait cette lecture tout en la consacrant à l'article 16-5. Le terme de produit en droit des affaires est un terme de substitution au mot chose ou au mot bien⁸⁵¹.

599. Vers un droit des produits : un droit commercial spécial, des biens ? Le Professeur Daniel Mainguy s'interroge « l'exemple du droit des affaires caractérisé par un interventionnisme législatif actif mais anarchique, n'appelle-t-il pas une certaine parcellisation du droit des biens, vers un droit des produits c'est-à-dire un droit commercial spécial, des biens ?

La directive du 25 juillet 1985 définit le produit comme « tout meuble, à l'exception des matières premières agricoles et des produits de la chose, même s'il est incorporé dans un autre meuble ou dans un immeuble »⁸⁵², limitant cette définition à l'application de la directive.

L'article 1386-3 du Code civil définit désormais le produit comme « tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris, les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit » mais réserve un sort particulier aux « éléments et produits du corps humain » (Article 1386-12 du Code civil). La loi de 1998 définit le produit comme un bien meuble corporel ce qui n'est qu'une apparence puisque l'électricité est assimilée aux produits il s'agit d'une définition fonctionnelle afin de circonscrire les biens les plus dangereux. Les immeubles en sont exclus car un régime propre est là afin de les régir (Article 1792 du Code civil relatif aux vices cachés).

600. Le produit : une marchandise, un bien meuble corporel. Devant une dispersion des définitions de la notion de produit le Professeur Daniel Mainguy a recherché une définition

⁸⁵¹ D. MAINGUY, *Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires*, Revue Trimestrielle de droit commercial, 1999, p. 47 et 48.

⁸⁵² D. MAINGUY, *Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires*, Revue Trimestrielle de droit commercial, 1999, p. 47 et s. , notamment p. 50, n° 6.

de la notion de produit. Il reprend certaine déjà posée comme celle du Professeur Jean Calais-Auloy qui présente le produit comme « un meuble corporel susceptible d'être vendu et acheté dans le commerce » et de manière plus précise « les choses mobilières dont la production, la fabrication, la transformation, le conditionnement ou la distribution résultent d'une activité humaine ».

La notion de produit doit être évincée de la catégorie des services. Un service⁸⁵³ est, en effet, un ouvrage, une prestation, soit l'objet, au sens de l'article 1129 du Code civil, immatériel d'un contrat d'entreprise et en même temps le résultat de ce contrat. Un produit est au contraire un bien tandis que le service n'en est pas un. Tant la Cour d'Appel d'Aix-en Provence que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation que la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sont unanimes à soutenir qu'un produit est une marchandise, un bien meuble corporel⁸⁵⁴.

601. Conception extensive de la notion de produit. Sans oublier que c'est l'utilité du bien qui est pris comme critère les biens sont les choses qu'il est utile et possible de s'approprier. Si un produit est, au plus, un bien, reste à déterminer sa limite minimale, au moins d'un bien meuble corporel.

On observe que la plupart des règles qui intéressent les produits sont applicables aux biens meubles incorporels. Par exemple l'article 1386-3 du Code civil applique la responsabilité du fait des produits défectueux à tout « bien meuble » et donc aux biens meubles incorporels. Tout comme l'article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sanctionnant les pratiques de prix de produits abusivement bas prévoit expressément que ce texte ne s'applique pas « en cas de revente (de produits) en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels », identifiant l'appréhension des biens immatériels comme produits. Ces biens immatériels (créations artistiques, programmes informatiques, savoir - faire, etc...) sont autant

⁸⁵³ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préface B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2002. P. PUIG, *Contrats spéciaux*, HyperCours, Dalloz, 2005, p. 401 et s. Quelle est la finalité du contrat d'entreprise ? Est-ce un service ou un bien ? Le but du contrat d'entreprise est de toute façon le service. Par exemple, en emmenant un véhicule chez un garagiste, bien que la main d'œuvre soit couplé à la vente d'une petite pièce détachée, le but, la finalité du contrat est bien la réparation. Ainsi c'est la finalité service du contrat qui justifie la qualification. Le contrat d'entreprise se divise en deux branches translatives de propriété : la finalité est un service : le seul critère de qualification le but ; la finalité est un bien : le critère de la spécificité. Service : transfère le moyen d'un service. Bien : transfère le but du contrat. Le contrat d'entreprise par nature un contrat translatif pas par essence.

⁸⁵⁴ D. MAINGUY, *Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires*, Revue Trimestrielle de droit commercial, 1999, p. 47 et s. dont notamment p. 54, n° 12, 13.

de valeurs qui sont devenues des biens faisant l'objet de réservation et de commercialisation. Ces biens meubles incorporels sont souvent objets de contrats conclus entre professionnels.

Le Professeur Daniel Mainguy prend pour exemple la directive du 25 juillet 1985 relative aux produits dangereux, écarte expressément de son champ d'application les immeubles « en raison de la diversité des régimes spéciaux existant à leur égard dans les divers droits nationaux et de leur moindre incidence sur le marché communautaire » mais non en tant que tels. Ce qui signifie *a contrario* que si ces défauts inhérents à la nature des immeubles n'existeraient pas, l'intégration des immeubles n'aurait pas provoqué un non sens juridique⁸⁵⁵.

Toutes ces démonstrations conduisent à affirmer que les meubles incorporels comme les immeubles s'intègrent sans heurt dans la notion de produit, consacrant ainsi la réalité d'une conception extensive de la notion de produit. Les produits sont ainsi des biens de façon banale. Le Professeur Daniel Mainguy conclut en ces mots « ne retenir que la notion fonctionnelle du produit, un bien meuble corporel, ne conduit qu'à en réduire la réalité conceptuelle ».

602. Critères. Le nouveau modèle de bien comme le dit le Professeur Thierry Revet doit être entendu comme le bien issu d'une industrie humaine et ouvert au commerce juridique. Ce produit doit être entendu au sens de la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, l'article 1386-3 du Code civil énonce « est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit ». La formule est large puisqu'elle étend expressément le domaine des produits à des immeubles par nature (les meubles incorporés dans un immeuble), ainsi qu'aux fruits qui sont certes des meubles, mais qui auraient pu être exclus des produits dans un autre sens. L'article 1386-12 du Code civil relève que la catégorie « produits » comprend les produits issus du corps humain. Ceci paraît surprenant notamment au regard de son critère.

En effet, le trait commun des produits est double. Tout d'abord, s'agissant de leur source, le produit est ce qui est fabriqué, et ensuite s'agissant de leur destination, le produit est mis sur le marché. Le critère du produit se caractérise par la puissance créatrice de l'industrie humaine⁸⁵⁶.

⁸⁵⁵ D. MAINGUY, *Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires*, Revue Trimestrielle de droit commercial, 1999, p. 57.

⁸⁵⁶ T. REVET, *Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 286, n° 20.

603. Action créatrice. Monsieur Samuel Becquet après avoir souligné la métamorphose de la société contemporaine passant du déclin des biens corporels à la genèse de valeurs nouvelles industrielles basées sur le type du bien industriel. Cette catégorie est possible grâce à la spécification (Article 570 à 572 du Code civil) c'est-à-dire la formation, la fabrication d'une chose nouvelle à partir d'une autre chose préexistante. Bien que le Code civil soit fondé sur la propriété terrienne, le Code civil admettait déjà qu'une chose pût trouver son origine dans l'industrie. Rejetant l'avantage du principe donné au propriétaire de la matière, cependant, une place est faite à l'attribution de l'objet nouveau au fabricant. Présentant la production comme mode d'acquisition, mode ordinaire d'acquisition des biens immatériels⁸⁵⁷.

Le Professeur Thierry Revet relève que « Monsieur Samuel Becquet ne soutient pas que la spécification ressortirait à l'accession en tant que mécanisme imposant l'extinction du droit de propriété portant sur des choses devenues l'accessoire d'une autre chose. Il affirme et démontre que c'est le droit d'accession comme principe qui fonde la vocation du propriétaire à devenir titulaire du nouveau droit établi à l'égard de la chose issue de la transformation de son bien : ce droit d'accession est celui qu'a tout propriétaire (au titre de sa propriété) de suivre sa chose dans tous les développements qu'elle peut connaître, y compris les plus bouleversantes que sont les transformations la faisant passer dans une nouvelle espèce. Puisque la chose a une fonction causale dans la production de l'entité issue de sa modification, le droit sur la chose donne vocation à recevoir le droit nouveau créé pour la chose nouvelle. L'accession par production n'illustre-t-elle pas cette idée ?

La vocation du spécificateur n'est pas moins forte, eu égard à la contribution causale essentielle du travail dans l'existence de la chose nouvelle. Or, à son égard, nul *jus accessionis* ne peut justifier l'attribution de la propriété du bien né de son industrie transformatrice. Seule la production peut fonder cette acquisition, qui n'a rien à voir avec l'accession (même par production) puisqu'elle ne résulte pas de la propriété de la chose, mais de l'action créatrice »⁸⁵⁸.

604. Activité humaine. Monsieur Christophe André dans son article intitulé « La cohérence de la notion de produit » avait déjà dégagé que c'est l'activité humaine qui donnait à

⁸⁵⁷ S. BECQUET, *Le bien industriel*, T. 448, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2005.

⁸⁵⁸ T. REVET, préface de S. BECQUET, *Le bien industriel*, T. 448, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2005.

la notion de produit toute sa cohérence. Il met en avant que c'est cette activité humaine qui caractérise le produit si l'on considère la spécification, c'est-à-dire la formation d'une chose nouvelle par le travail d'une personne sur la matière appartenant à une autre. Cette spécification figure dans le Code civil au cœur des règles de l'accession mobilière⁸⁵⁹. Les articles 565 à 577 du Code civil est le seul endroit du Code civil où est envisagé le statut juridique des choses issues d'une transformation de la matière c'est-à-dire de la spécification. L'article 570 du Code civil affirme que « si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas à former une chose d'une nouvelle espèce, soit que la matière puisse reprendre ou non sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée en remboursant le prix de la main d'œuvre estimée à la date du remboursement. L'article 571 complète que « si cependant, la main d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, l'industrie sera alors réputée la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit de retenir la chose travaillée en remboursant au propriétaire le prix de la matière, estimée à la date du remboursement ».

L'activité humaine s'affirme ainsi comme une composante déterminante du produit et qu'elle peut même présenter une valeur supérieure à la matière transformée⁸⁶⁰. Bien que le Code civil conçoive l'activité humaine comme un élément du produit, cependant, il est regrettable que le Code civil envisagé par le législateur de 1804 fasse du propriétaire de la matière l'attributaire de principe du produit, l'activité humaine étant présentée comme accessoire. Ainsi, le rapprochement de la spécification et de l'accession témoigne d'une volonté de ne pas sacrifier les droits du propriétaire de la matière quitte à tenir l'activité humaine de transformation comme accessoire. « Le culte de la Nature se conjugue ainsi au culte de la propriété originelle pour éclipser l'activité humaine en tant que critère du produit »⁸⁶¹.

Afin de comprendre l'évolution de la notion de bien il faut séparer la question de la structure du bien et celle du critère du bien. Par structure du bien on doit entendre sa composition juridique et la manière dont les éléments qui le constituent sont liés les uns aux autres. Par critère, on vise

⁸⁵⁹ Ch. ANDRE, *La cohérence de la notion de produit*, Revue de Recherche juridique, Droit prospectif, PUAM, 2003 - 2 (Volume 1), p. 751 et s. dont notamment p. 755, n° 9 et p. 758 et s. , n° 14 et s.

⁸⁶⁰ Ch. ANDRE, *La cohérence de la notion de produit*, Revue de Recherche juridique, Droit prospectif, PUAM, 2003 - 2 (Volume 1), p. 758, n° 15, 16.

⁸⁶¹ Ch. ANDRE, *La cohérence de la notion de produit*, Revue de Recherche juridique, Droit prospectif, PUAM, 2003 - 2 (Volume 1), p. 760, n° 20 *in fine*.

les caractéristiques qui permettent d'identifier un bien. Que le point de vue soit ancien ou récent, juridique ou économique, le critère du bien est et demeure la valeur économique⁸⁶².

605. Rapprochement des notions de bien et de produit culturel : entre convergences et divergences. Les produits financiers, produits d'assurance, produits industriels, produits informatiques etc. sont partout. De plus en plus, la notion de produit se substitue à celle de bien. La Cour de justice des communautés européennes qualifie les œuvres d'art de « produits appréciables en argent ». Aussi cette véritable expansion du produit a conduit le Professeur Jean-Michel Bruguière à étudier le rapprochement des notions de bien et de produit culturel exposant successivement les points de convergences et de divergences de ces deux notions⁸⁶³.

- S'agissant des points de convergences, d'un point de vue général, économiquement parlant, la soif de l'homme de s'approprier le monde est passée par le domaine de la nature (droit des obtentions végétales) et encore récemment par le domaine de la culture, cette logique marchande appréhende aujourd'hui la culture ; ensuite juridiquement parlant, le législateur n'a cessé de se référer à la notion de produits, tant en droit interne (article 16-1 al. 3 éléments et produits du corps humain ; articles 1386-1 et s. du Code civil relatifs aux produits défectueux ; ordonnance de 1986 article 31 « tout achat de produit ou toute prestation de service »), qu'en droit externe, avec le droit communautaire (CJCE 14 décembre 1962 vise la libre circulation des produits). Ensuite d'un point de vue plus particulier, le produit culturel envahit les rayons d'hypermarché, en effet, le livre par exemple est un produit au même titre que la lessive et le fromage souligne l'auteur, de plus des espaces culturels naissent un peu partout (FNAC, Cultura etc.). L'appréhension des richesses culturelles en tant que produit résulte en grande partie de la volonté de faire circuler librement ces dernières dans un espace économique.

- S'agissant des points de divergences, relativement à la nature des biens culturels, ces derniers recouvrent tant les meubles que les immeubles alors que la notion de produit culturel renvoie essentiellement aux meubles, une telle restriction serait regrettable. La notion de bien culturel se divise en deux notions qui doivent bien être distinguées ; celle de produits culturels qui renvoient à des créations issues des industries culturelles (livres, films...) et celle de biens

⁸⁶² M. MIGNOT, *La notion de bien contribution à l'étude du rapport entre droit et économie*, Revue de Recherche juridique, Droit prospectif, PUAM, 2006 - 4 (1), p. 1805 et s. dont notamment p. 1807, n° 7.

⁸⁶³ J.-M. BRUGUIÈRE, *Le rapprochement des notions de bien et de produit culturel*, in *Les biens culturels*, LégiCom N° 36, 2006 / 2, Revue thématique de droit de la communication, p. 9 et s.

culturels patrimonialisés (collections publiques, collections de musées, monuments historiques) la finalité de ces derniers est la protection, la préservation, la transmission alors que la finalité des produits culturels n'est pas une quête de protection pour une transmission. La qualification de produit induit la commercialité, cependant le régime des biens culturels est en contradiction avec la commercialité. Pour les biens culturels patrimonialisés, le bien ne circule pas librement, la circulation est strictement encadrée il en est de même mais dans une moindre mesure avec les produits culturels.

Tout pousse donc à ne pas consacrer ce rapprochement. Ceci mérite d'être nuancé notamment par le fait de l'éclatement de bien culturel en biens culturels patrimonialisés (Pont d'Avignon) et en produits culturels (Livres, CD...).

II. Les critères de la notion de produit

606. Définition. Le nouveau modèle du bien peut être défini comme « le bien issu d'une industrie humaine et ouvert au commerce juridique ». Le trait commun aux produits est double se situant à la fois dans leur source et leur affectation, leur destination.

607. Bien issu d'une industrie humaine. L'industrie humaine, autrement dit, l'activité humaine est à la base, à la source de toute production et constitue ainsi un critère décisif du produit, distinct de l'épanouissement spontané de la nature. Bien que fruits et produits méritent d'être distingués, deux points permettent de les séparer : la périodicité de la production et l'altération de la substance. Cependant, le nouveau paradigme qu'est « le produit » ne doit pas être entendu au sens de la doctrine civile traditionnelle.

Le critère de l'activité humaine principale permet en effet de tracer les frontières du produit. Les frontières du produit, telles que dessinées par la loi du 19 mai 1998, transcendent les catégories traditionnelles de droit des biens. La première référence aux termes « éléments et produits du corps humain » remonte aux lois bioéthiques du 29 juillet 1994. La directive européenne du 14 juin 1989 qui qualifie le sang et le plasma de « matières premières » et leurs dérivés de médicaments entrent dans les circuits commerciaux de l'industrie pharmaceutique. L'activité humaine principale caractéristique du produit n'est pas nécessairement une activité de transformation, mais une activité de spécification par rapport à l'épanouissement spontané de la

nature. L'homme se situe au cœur et plus particulièrement il est à l'origine du processus de modélisation, de confection du produit. L'homme, autrement dit, son intelligence, son énergie, son savoir-faire, bref son industrie constitue la source fondamentale des richesses. Comme son nom l'indique le produit est une émanation de l'homme, il est produit par l'homme, il est en quelque sorte le prolongement de son génie. L'homme se situe au centre de la théorie traditionnelle du produit mais est totalement occulté de la philosophie qui inspire le Code civil.

608. Bien ouvert au commerce juridique. Toute création, toute valeur issue de l'industrie humaine, autrement dit, du travail de l'homme, de son génie, conduit à la convoitise et ainsi suscite en lui un double souci, à la fois de réservation et de commercialisation. Tous les nouveaux biens présentent ces caractéristiques et sont voués à accéder à un marché ou encore à une clientèle. Qui dit marché sous entend échange, circulation, commerce. En effet, l'intérêt d'une réservation privative ne s'exprime vraiment qu'avec le placement de la valeur nouvelle dans la sphère du commerce juridique. Ainsi se dégage qu'en matière de biens nouveaux, le droit de propriété se recentrerait sur la disposition. Une grande partie des biens nouveaux n'existe comme tels qu'en considération d'un échange. Les utilités des choses considérées se ramènent souvent à leur valeur d'échange, ceci est dû au fait que leur valeur d'usage est étroitement liée au commerce. Ce recentrage sur l'échange annonce le recentrage de l'essence du bien sur la valeur. Le concept de valeur concentre en lui à la fois l'immatérialité ainsi que la commercialité. La commercialité constitue la finalité, l'objectif premier poursuivi par tout propriétaire et se présente alors comme le trait décisif du bien. La valeur incarne en elle le côté entièrement construit du nouveau modèle de bien. Valeur économique, marché, circulation, échange, usage, utilité, commercialisation, commerce sont autant d'expressions qui constituent un champ lexical renvoyant à l'idée de bien qu'a produit la société post-industrielle. Le concept de produit s'insère parfaitement dans cette vision.

§2. L'avènement de cette nouvelle figure par les biens : un renversement de perspective

609. Bouleversement de l'ordre traditionnel des biens. L'émergence d'un nouveau modèle de bien se caractérisant par la puissance créatrice de l'industrie humaine (**I**) conduit à présenter « le produit » comme nouveau paradigme. Le produit est ce qui est fabriqué puis mis

sur le marché. L'avènement de cette nouvelle figure qu'est le produit conduit à un renversement total de perspective correspondant au remplacement du donné par le construit (II).

I. L'émergence d'un nouveau modèle de bien, la puissance créatrice de l'industrie humaine

610. Double trait commun. Le trait commun aux produits n'est pas leur nature mobilière. Il est double, pour se situer dans leur source et leur destination : le produit est ce qui est fabriqué (A) puis mis sur le marché (B). Le Professeur Thierry Revet concentre ces deux critères en une expression « la puissance créatrice de l'industrie humaine ». Ce dernier précise sa pensée en posant une condition « si l'on veut bien admettre que le marché ne constitue qu'une expression de cette puissance créatrice, car les choses qui sont dans le commerce sont celles qui sont placées dans le pouvoir des sujets »⁸⁶⁴.

A. Le produit est ce qui est fabriqué

611. Acception. Le produit, son existence même suppose toujours, même s'il est brut, une intervention humaine déterminante (extraction, cueillette, exploitation, fabrication ou encore transformation).

De manière plus schématique, le produit est ce qui est façonné par la main de l'homme, ce qui comporte sa griffe, sa patte, son empreinte en quelque sorte.

Ainsi le produit, nouveau paradigme permettant d'embrasser tous ces nouveaux biens doit être entendu tel que la loi du 19 mai 1998 portant transposition de la Directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux l'entend. L'article 1386-3 du Code civil énonce « est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit ».

Le Professeur Thierry Revet dans son rapport français les résume en un mot « la puissance créatrice de l'industrie humaine »⁸⁶⁵.

⁸⁶⁴ T. REVET, *Les nouveaux biens*, in *La propriété*, 2006, p. 271 et s. dont notamment p. 286, n° 20.

⁸⁶⁵ T. REVET, *Les nouveaux biens, Rapport français*, in *La propriété*, Litec, 2006, p. 286, n° 20, idée reprise par le professeur J.-L. BERGEL dans son rapport général, p. 214, b).

En effet, tous ces nouveaux biens émanent de l'activité humaine. Le Professeur Jean-Louis Bergel souligne qu'il est vrai que les nouveaux biens ne consistent pas en une chose matérielle et ne procèdent même pas d'une œuvre concrète déjà connue. Ce sont de simples produits de l'esprit ou de l'activité humaine qui ne se manifestent même pas, le plus souvent, dans le monde concret des choses. Ces nouvelles entités émergent et leur accession progressive à la vie économique et juridique n'exclut pas nécessairement de les rattacher à des catégories juridiques connues⁸⁶⁶.

B. Puis mis sur le marché

612. Le marché, expression de la puissance créatrice. La qualification de « nouveaux biens » renvoie déjà à la qualification de bien, ainsi ces derniers sont présentés comme des « choses » ou des « droits » qui par leur valeur économique relèvent des « droits patrimoniaux » où les auteurs des créations prétendent à un monopole. Ce sont alors des biens « incorporels » ou « immatériels » et « dans le commerce ». Le marché doit être entendu comme « l'expression de la puissance créatrice », en effet « les choses qui sont dans le commerce sont celles qui sont placées dans le pouvoir des sujets »⁸⁶⁷.

613. Industrie humaine. Le Professeur Jean-Louis Bergel met en exergue que tous ces nouveaux biens ont en commun leur immatérialité et leur virtualité et qu'ils sont tous issus d'une « industrie humaine ». Ceci permet de les distinguer des autres catégories de biens déjà connues c'est ainsi qu'ils acquièrent donc leur spécificité de nature et de régime au fur et à mesure de leur maturation. Ce sont donc des biens *sui generis*⁸⁶⁸. Le Professeur Jean-Louis Bergel affirme ainsi que les « nouveaux biens » sont des « biens spéciaux » comme de nouveaux contrats constituent des « contrats spéciaux ».

Au regard de l'importance que prennent aujourd'hui ces « nouveaux biens » le Professeur Jean-Louis Bergel relève qu'il n'y aurait plus que des droits spéciaux des biens avec un droit de propriété qui se diversifierait selon les biens en question. La dynamique du droit, les droits

⁸⁶⁶ J.-L. BERGEL, *Rapport général*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 203 et s. dont notamment p. 215.

⁸⁶⁷ T. REVET, *Les nouveaux biens, Rapport français*, in *La propriété*, 2006, p. 286, n° 20.

⁸⁶⁸ J.-L. BERGEL, *Rapport général*, in *La propriété*, 2006, p. 215.

spéciaux que ce soit tant celui des contrats que celui des biens finissent par innover le droit commun et le faire évoluer. Il ne peut qu'en être de même pour les nouveaux biens qui accèdent à la vie juridique en grand nombre et avec force...⁸⁶⁹.

Les nouveaux biens impliquent un renouvellement du concept même de « biens » et de droit des biens. Ils en imposent une métamorphose appréhendant le virtuel et l'immatériel notamment avec l'avènement de la valeur économique qui s'attache à la circulation des produits de l'activité humaine et des créations de l'esprit.

II. Le renversement total de perspective : le remplacement du donné par le construit

614. Substitution au donné du construit. L'avènement du produit comme nouveau paradigme marque un renversement total de perspective par rapport au modèle antérieur des biens, puisqu'elle consacre le remplacement dans la cause première des choses, du donné (**A**) par le construit (**B**).

Le Professeur Thierry Revet décrit remarquablement bien cette opposition en affirmant qu'ainsi alors que l'article 583 du Code civil continue de présenter les fruits comme « une émanation d'un fonds », l'article 1386-3 du Code civil les reçoit comme une émanation de l'activité et si ce texte parle de « produits du sol », il s'agit encore de fruits de l'industrie. S'il en était autrement, la responsabilité du fait de la défectuosité n'en serait pas une en matière de fruits de la terre, l'imputation de la dette de réparation au cultivateur ne pourrait s'expliquer que par un mécanisme de solidarité puisque, dans la fructification, le travail de celui-ci serait toujours censé avoir joué le rôle secondaire par rapport à celui de la nature⁸⁷⁰.

615. Croisement du fonds rural et de la vision économiste d'Adam Smith : création de la valeur par l'incorporation du travail à la chose. C'est à travers une étude approfondie du fonds rural et grâce au croisement de celle-ci avec la vision économiste d'Adam Smith qui a permis de dégager que ce qui fait la valeur d'une chose c'est avant tout le travail humain qui

⁸⁶⁹ J.-L. BERGEL, *Rapport général*, in *La propriété*, 2006, p. 215.

⁸⁷⁰ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, PUF, 2008, p. 30 ; T. REVET, *Les nouveaux biens, Rapport français*, in *La propriété*, 2006, p. 286, 287, n° 20.

s'incorpore à cette chose. Ainsi le travail présenté comme un simple moyen requiert aujourd'hui une véritable importance.

Etude de la situation entre le locataire détenant un droit personnel et l'usufruitier détenant un droit réel. La situation entre le nu propriétaire et l'usufruitier est claire il n'y a pas de lien existant entre eux. L'usufruitier a un droit réel d'usufruit sur la chose et le nu propriétaire a également un droit réel sur la chose. En revanche, dans la configuration suivante, en présence d'un locataire et d'un bailleur, il y a bien existence d'un lien entre ces derniers. Le bailleur est propriétaire du bien. Il y a bien une relation juridique entre le bailleur et le locataire. Le locataire détient un droit personnel contre le bailleur.

L'étude de la répartition entre les réparations permet de dégager un critère distinctif celui de la contrainte. L'usufruitier ne peut pas contraindre le nu propriétaire aux réparations car il y a absence de lien juridique entre eux. Afin de contraindre quelqu'un il faut une obligation, une créance entre le créancier et le débiteur, un lien personnel créancier, débiteur. L'usufruitier ne peut pas exiger du nu propriétaire qu'il procède aux grosses réparations car il n'y a pas de lien personnel entre les deux.

L'étude du fonds rural permet de répondre à la question suivante : Comment les fruits de la terre appartiennent-ils au fermier ? Seule l'accession par production permet d'y répondre. Un démembrement de propriété permet de l'expliquer, le bailleur perçoit les fruits de la terre. Or, par contrat il y a renoncé, ainsi les fruits viennent au locataire, sauf à admettre que le contrat de bail pose un lien entre le locataire et la chose, idée qui est partagée par Derruppé dans sa thèse. Aujourd'hui trois explications se dégagent premièrement, l'acquisition par le bailleur suivie du transfert au locataire, deuxièmement, d'un droit réel reconnu au fermier locataire, troisièmement, répercussion du droit des biens sur le droit des contrats. Une distinction doit être dressée entre les fruits (richesse supplémentaire, pas atteinte à la substance) et les produits (fraction du capital, atteinte à la substance). Différents types de fruits existent : les fruits naturels qui sont produits spontanément, sans le travail de l'homme ; les fruits industriels comprenant la chose principale ainsi que l'industrie de l'homme, son travail ; les fruits civils qui sont les revenus tirés de l'exploitation d'un bien, par exemples loyers ou encore intérêts d'un capital. La particularité des fruits industriels est qu'ils ont une double source : tout d'abord une chose principale qui produit les fruits et ensuite le travail de l'homme. Laquelle de ces deux sources est la plus importante ? Tous ces fruits constituent les accessoires de la chose principale qui les

produit et ainsi revient au propriétaire (Accessoires produits par la chose). Ce qui crée la valeur d'une chose c'est avant tout le travail humain qui s'incorpore à cette chose. Traditionnellement, le travail se présente comme un moyen. Ici il y a renversement, sans travail il n'y aurait pas de fruits, le travail a une véritable importance. Désormais les fruits sont véritablement sécrétés par le travail humain, les fruits sont les accessoires de ce travail et donc par voie de conséquence ce qui est produit par l'homme doit lui revenir. Ainsi le fermier récolte les fruits. Il s'agit d'une accession appliquée au travail donc un mécanisme extracontractuel. La valeur s'affirme comme le nouveau critère du droit des biens. Droit des biens et droit des contrats ne peuvent pas vivre en autarcie. Le contrat de bail est-ce un simple contrat de bail ou ne constitue-t-il pas un droit réel sur la chose louée ?

A. Le donné

616. Fruits émanation d'un fonds. Les fruits sont des biens produits par un autre bien sans diminuer ni altérer sa substance. Le bien producteur est synonyme d'un accroissement de richesse par sa seule exploitation. Il s'agit du capital notion qui a été forgée en contemplation de la terre.

La capacité du capital à produire des biens nouveaux s'exprime par le seul effet des forces de la nature. Les fruits qui en résultent sont donc dits naturels (Article 583 al. 1 du Code civil). Ces fruits ne se conçoivent pas autrement que comme le produit de biens corporels, ils sont une production sauvage de la nature. La participation de l'industrie humaine est nécessaire à l'accomplissement de leur fonction productive cependant la tradition considère l'intervention de l'homme comme secondaire. L'article 583 du Code civil continue de présenter les fruits comme une émanation d'un fonds.

Il ne faut pas perdre de vue que le Code civil a été conçu pour régir principalement une société agricole où la terre était l'unique source de richesse.

B. Le construit

617. Fruits industriels. Cependant différemment envisagée, la production des fruits résulte d'un concours entre la terre et le travail humain, voire, en outre, d'apports extérieurs

(semences, engrais...). Dans ce cas, les fruits sont dits industriels (Article 583 al. 2 du Code civil). Ainsi cet adjectif souligne la contribution artificielle de l'activité humaine à l'obtention des fruits. Or, juridiquement la cause éminente des fruits industriels n'est pas moins la terre. Selon les Professeurs Thierry Revet et Frédéric Zénati la tradition reprise par le Code civil n'envisage pas l'industrie comme une source de richesse comparable au capital productif. Elle n'est qu'un instrument permettant l'accomplissement des potentialités productives de la terre⁸⁷¹.

618. Fruits de la terre : fruits de l'industrie. L'article 1386-3 du Code civil présente les fruits comme une émanation de l'activité, si ce texte parle de « produits du sol », il reste que tout produit a pour cause décisive l'industrie humaine, moyennant quoi les fruits de la terre s'entendent donc dans l'article 1386-3 du Code civil comme des fruits de l'industrie.

619. Statut du travail dans le droit des biens. La notion de fruits industriels existe déjà chez Demolombe qui considère que tous les fruits résultant de l'effet combiné du capital et du travail sont des fruits industriels. La fructification pose inmanquablement la question du statut du travail dans le droit des biens. Les fruits industriels marquent la prise en compte de l'activité dans la création des richesses mais seulement comme simple auxiliaire du capital dans la production des fruits. L'attribution des fruits au possesseur de bonne foi par le Code civil (Article 549 du Code civil) n'est qu'un hommage implicite au rôle du travail dans l'acquisition des fruits⁸⁷².

620. Force de travail, source de valeurs. Le Professeur Thierry Revet dans sa thèse⁸⁷³ portant sur la force de travail, envisage cette dernière dans sa qualité de source de valeurs. L'auteur mesure l'influence exercée par la force de travail sur la situation juridique des valeurs dont elle est en toute ou partie la source, exceptionnelle, quoique croissante, pour les valeurs nées de l'exploitation ou de la transformation de biens préexistants, cette influence est à l'inverse, prépondérante pour les valeurs nées de la pure activité humaine, œuvre de l'esprit,

⁸⁷¹ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, PUF, 2008, p. 188, n° 123.

⁸⁷² F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, PUF, 2008, p. 196.

⁸⁷³ T. REVET, *La force de travail*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, sous la direction de J.-M. MOUSSERON, T. 28.

savoir - faire, clientèle civile. Est alors esquissée la trame d'un régime général de réservation et de commercialisation de ces biens, fondé sur leur qualité de produits du travail.

621. L'appréhension des nouveaux biens par le produit. L'ensemble de ces nouveaux biens, marqués par le sceau du virtuel et de l'immatériel et par la valeur économique qui s'attache à la circulation des produits de l'activité humaine et des créations de l'esprit, impliquent un renouvellement du concept même de « biens » et de droit des biens.

Les nouveaux biens semblent entrer parfaitement dans le moule de la notion de produit qui vient d'être dessiné ; ne constituent-ils pas tous des résultats de l'industrie humaine, les logiciels, les topographies de semi conducteurs, les banques de données, les instruments financiers, le fonds libéral, les valeurs mobilières, les appellations d'origine etc... ?

Les propriétés intellectuelles que sont les propriétés littéraires et artistiques et les propriétés industrielles n'en seraient-elles pas les exemples types ?

Produit alimentaire, pharmaceutiques, pétroliers, de la chasse et de la pêche, de la mer, financier, de santé, d'assurance, de cinéma, intellectuel, industriel, culturel, agricole, technologique, de haute définition, automobile, de consommation, environnementaux, le produit est partout marquant ainsi l'importance de l'empreinte de l'homme au quotidien soulignant par là la puissance créatrice de l'industrie humaine.

622. Le produit, nouveau paradigme du droit des biens. Le recentrage de l'essence du bien sur la valeur syncretisant l'immatérialité et la commercialité fonde l'idée de bien qu'a produit la société post-industrielle. La valeur réunit en elle le caractère totalement construit du nouveau modèle de la chose appropriée. Le produit s'affirme ainsi comme le nouveau paradigme du droit des biens. Il permet d'unifier, d'embrasser l'ensemble des nouveaux biens.

623. Conclusion du chapitre. L'objet de ce chapitre a été de démontrer et de parvenir à mettre en exergue tout l'intérêt de l'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle des biens. Les conclusions auxquelles cette étude nous a conduit sont les suivantes, permettant alors de tirer différents enseignements fondamentaux. Les utilités des choses se concentrent en leur valeur d'échange, et présentent ainsi la valeur économique comme critère de détermination du bien, cette valeur économique est basée

principalement sur l'utilité et la rareté. Aussi, la valeur d'usage est étroitement liée au commerce. La valeur n'acquiert tout son sens que lorsque se manifeste un double souci de réservation et de commercialisation chez son maître du moment et que la société répond. Le jour où la société répond la valeur devient bien. Ainsi, la valeur se voit érigée en bien si et seulement si un sentiment d'appropriation, autrement dit, de réservation se manifeste, couplé à l'idée de commercialisation. Tel est le nouveau modèle de bien qui se dégage aujourd'hui pouvant être entendu comme le bien issu d'une industrie humaine et ouvert au commerce juridique ; ce nouveau paradigme est « le produit ». Ainsi l'appropriation et la commercialité ont permis d'établir la connexion entre la valeur et le produit.

En effet, ce recentrage sur l'échange annonce le recentrage de l'essence du bien sur la valeur. La valeur puise ses racines dans l'immatérialité et la commercialité qui sont au fondement de l'idée de bien qu'a produit la société post-industrielle. La valeur se présente alors comme le nouvel objet du droit des biens mais encore par dessus tout comme la nouvelle essence du bien. Le produit s'affirme comme nouvelle référence, issu d'une industrie humaine et ouvert au commerce juridique, occasionnant ainsi un véritable bouleversement dans l'ordonnement traditionnel contenu dans le Code civil substituant au donné le construit.

Tout l'intérêt mené par cette étude sera de confronter les conclusions auxquelles nous sommes parvenues au mouvement de spécialisation du droit des biens et notamment au mouvement de spécialisation du droit des biens culturels et du droit des biens naturels. Tant les biens culturels que les biens naturels incarnent l'anti-valeur, ils en sont l'exemple type. Ces biens ne sont ni appropriables ni commercialisables d'où l'éviction de la valeur économique de ces derniers. Les biens culturels et les biens naturels font appel respectivement à une valeur culturelle et à une valeur naturelle. Ainsi le schéma type où la valeur se transforme en produit par le biais de l'appropriation et de la commercialisation ne s'applique pas à ces derniers. Le produit est un bien mais le concept de produit ne permet pas d'intégrer les biens culturels et les biens naturels qui sont par nature pas voués à atteindre un circuit de commercialisation.

En effet, les biens traditionnellement entendus par le Code civil d'une part, ainsi que les biens culturels et les biens naturels d'autre part, poursuivent des finalités différentes. Les biens traditionnels ou encore appelés produits poursuivent comme finalité, la commercialisation, la circulation, l'échange ou encore la consommation ; tandis que les biens culturels et les biens naturels ont pour finalité quant à eux la protection, la préservation, la transmission.

La qualification de produit induit la commercialité.

Or, cependant, les biens culturels et les biens naturels ne sont pas des produits, aussi leur régime est en contradiction avec la commercialité. Leur régime a pour finalité de se soucier de la protection, préservation et transmission afin que les générations futures puissent en bénéficier.

La valeur économique appelle la commercialisation tandis que l'anti-valeur (non économique) que l'on retrouve dans les biens culturels et les biens naturels appelle la protection, la préservation, la transmission.

Tel est le clivage auquel nous sommes parvenus d'un côté, valeur / anti-valeur et d'un autre côté, commercialisation, circulation, voire parfois consommation / protection, préservation, transmission.

Les biens culturels et les biens naturels incarnent l'anti-valeur et correspondent à une valeur sociale voire morale où la communauté d'intérêts, l'intérêt collectif est primordial.

Le rapprochement des notions de bien et de produit culturel révèlent une opposition de nature et de régime des biens culturels. La qualification de produit induit la commercialité mais le problème est qu'avec les biens culturels, nous ne sommes pas dans le droit commercial.

Une commercialité en contradiction avec le régime des biens culturels. « Le rapprochement du produit et du bien culturel est aujourd'hui favorisé par un double mouvement : économique (tout se produit) et juridique (le législateur, le juge ou la doctrine se réfèrent de plus en plus souvent, dans ce contexte à la notion). Pour des raisons techniques, l'assimilation ne nous semble pas souhaitable. La notion de produit renvoie en effet avant tout aux meubles, laissant ainsi de côté les immeubles. Le concept induit également une commercialité en contradiction avec le régime des biens culturels. Tout pousse donc à ne pas consacrer ce rapprochement »⁸⁷⁴.

Cette mutation occasionnée par l'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle des biens ne se réalise pas de manière isolée, ce mouvement de spécialisation du droit des biens affecte également la conception traditionnelle du patrimoine.

⁸⁷⁴ J.-M. BRUGUIÈRE, *Le rapprochement des notions de bien et de produit culturel*, in *Les biens culturels*, LégiCom N° 36 - 2006 / 2, Revue thématique de droit de la communication, p. 9 et s.

CHAPITRE II

L'INCIDENCE DU MOUVEMENT DE LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS SUR LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DU PATRIMOINE

624. Inflation du patrimoine. Les paysages, la diversité biologique, le château de Versailles, les fonds des mers et des océans, la lune, l'eau, la langue, le territoire⁸⁷⁵ ou encore de manière plus générale la nature et la culture sont autant de nouveaux domaines faisant référence à l'irrésistible ascension du patrimoine. Nul doute que le domaine du patrimoine est en pleine extension⁸⁷⁶ passant par une augmentation du nombre d'objets et du nombre de sujets. « Plus fondamentalement, la multiplication des patrimoines spéciaux pose une interrogation essentielle : peut-on dégager une essence commune à ces existences multiples ? »⁸⁷⁷. Par exemple en partant de la culture et de la nature peut-on dégager un droit spécial du patrimoine ? Oui, certaines notions transversales se dégagent telles que celles de transmission aux générations futures, de préservation, d'héritage commun, d'humanité sous couvert de l'intérêt général ; un intérêt général juridiquement protégé.

625. Patrimoine culturel. Entendu largement le patrimoine culturel recouvre un ensemble de valeurs dont il faut assurer la transmission aux générations futures, c'est-à-dire les biens, les lieux, objets, etc. qui sont porteurs de ces valeurs. En revanche, le patrimoine culturel, au sens juridique, est plus restrictif : il protège seulement le sous-ensemble centré sur les

⁸⁷⁵ J.-M. BRUGUIÈRE, *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Droit et patrimoine, janvier 2005, N° 133, p. 63.

⁸⁷⁶ J.-M. BRUGUIÈRE et A. MAFFRE-BAUGE, *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Droit et patrimoine, janvier 2005, N° 133, p. 65.

⁸⁷⁷ J.-M. BRUGUIÈRE et A. MAFFRE-BAUGE, *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Droit et patrimoine, janvier 2005, N° 133, p. 65.

éléments matériels du patrimoine. Le droit du patrimoine culturel consiste à assurer la protection des biens culturels au nom d'un intérêt historique, artistique, esthétique, etc. Pour l'instant, le patrimoine immatériel (traditions, arts du spectacle, savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel...) n'est pas pris en compte.

626. Patrimoine naturel. Une loi du 2 mai 1930 (Article L. 341-1 al. 1 du Code de l'environnement) a protégé les « monuments naturels » et les « sites dont la conservation ou la préservation présente, aux points de vue artistique, historique, scientifique ou légendaire, un intérêt général ».

L'inquiétude que ressent l'humanité notamment sous l'influence de la montée de l'écologisme, lui inspire le souci d'affirmer le caractère commun⁸⁷⁸ de ses richesses et d'en assurer la transmission aux générations futures, qu'il s'agisse de richesses naturelles ou de biens culturels⁸⁷⁹. Le droit international public a vu naître et se développer la notion de « patrimoine commun de l'humanité » se référant aux ressources de la mer, du fond des mers ou encore de l'atmosphère⁸⁸⁰. La notion de « patrimoine national » émerge aussi avec l'article L. 110 du Code de l'urbanisme « Le patrimoine français est le patrimoine commun de la nation » ; l'article L. 210-1 al. 1 du Code de l'environnement « L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation », l'article L. 110-1 du Code de l'environnement « les espaces, ressources et milieux naturels, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation ». Et finalement l'article 1^{er} al. 1 de la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française énonce que « la langue de la République en vertu de la Constitution, la langue française est un élément fondamental de la personnalité et du patrimoine de la France »⁸⁸¹. Sans évoquer le « patrimoine spirituel et moral » du Préambule de la Charte des droits fondamentaux... La diversité de ces patrimoines ne peut laisser le juriste indifférent. Le patrimoine connaît aujourd'hui une irrésistible extension de son domaine. Ce patrimoine mondial, culturel et naturel pourrait bientôt devenir aussi « patrimoine culturel immatériel »⁸⁸².

⁸⁷⁸ M.-J. DEL REY, *La notion controversée de patrimoine commun*, Recueil Dalloz, 2006, p. 388 et s. , point de vue.

⁸⁷⁹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd. refondue, 2008, p. 36.

⁸⁸⁰ Ph. SIMLER et F. TERRE, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2002, p. 19, 20.

⁸⁸¹ Ph. SIMLER et F. TERRE, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^{ième} éd. , 2002, p. 20.

⁸⁸² J.-M. BRUGUIÈRE et A. MAFFRE-BAUGE, *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Droit et patrimoine, N° 133, janvier 2005, p. 63 et s. , notamment p. 66, Patrimoine commun de l'humanité. Colloque

627. Droit spécial du patrimoine. Le patrimoine paraît bien être un concept juridique. « En ce qui concerne le droit spécial du patrimoine, les choses semblent assez faciles. Un droit patrimonial culturel coexiste au côté d'un droit patrimonial naturel. A l'intérieur de chaque catégorie, le droit spécial tend bien à se spécialiser. La Convention de l'Unesco, au cœur de l'affaire des pyramides, repose sur l'idée qu'au-delà des biens culturels qui restent dans le commerce international, que l'on pourrait qualifier de biens culturels de droit commun, existent des monuments et des sites qui présentent une charge historique et artistique tellement forte qu'ils acquièrent une signification qui dépasse le cadre local et qui intéresse l'humanité tout entière (de telle sorte que la commercialité est fortement contredite) »⁸⁸³.

Au côté l'un de l'autre le droit patrimonial culturel et le droit patrimonial naturel semblent tous deux contribuer à l'émergence d'un droit spécial du patrimoine.

L'humanité semble véritablement transcendée par le souci croissant d'affirmer le caractère commun de ses richesses et d'en assurer la transmission aux générations futures qu'il s'agisse de biens culturels ou de richesses naturelles.

628. Intérêt parallèle du patrimoine culturel et du patrimoine naturel. Le patrimoine culturel et le patrimoine naturel ont tous deux un intérêt parallèle⁸⁸⁴. En effet, il suffit de se plonger dans les mécanismes législatifs applicables à l'un ou à l'autre des patrimoines pour constater la similitude des règles du point de vue de l'objet et du contenu de la protection. Les motifs liés à un intérêt d'ordre culturel s'ils ne sont pas exactement symétriques, restent très proches. Certains se retrouvent dans les deux corps de règles. L'intérêt artistique et historique, critère fondateur de la législation des monuments historiques, est aussi appliqué en matière d'environnement. Par exemple la loi du 31 décembre 1913 a constitué le socle, la base dans l'élaboration de la loi sur les monuments naturels et les sites. Les mêmes méthodes protectrices d'inscription et de classement sont utilisées. Ainsi le droit de propriété se voit restreint. La loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque permet en l'occurrence de protéger non

Avignon.

⁸⁸³ J.-M. BRUGUIÈRE et A. MAFFRE-BAUGE, *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Droit et patrimoine, N° 133, janvier 2005, p. 67, Droit spécial du patrimoine.

⁸⁸⁴ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 72 à 75.

seulement des éléments du patrimoine naturel mais également des biens culturels. Certaines fois les deux patrimoines se trouvent réunis au sein d'un même texte. Ainsi la loi du 4 août 1962 dite Malraux relative aux secteurs sauvegardés visait d'abord le patrimoine bâti, la législation sur les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager (ZPPAUP) qui s'y substitue envisage les deux patrimoines.

Au plan international, la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (Paris, 16 novembre 1972) réunie au sein d'un même texte les deux patrimoines. De même la loi littoral consacre un rapprochement entre les deux patrimoines. L'article L. 146-6 du Code de l'urbanisme vise expressément la préservation des « espaces terrestres et marins, sites et paysages remarquables ou caractéristiques du patrimoine naturel et culturel du littoral ». Patrimoine culturel et patrimoine naturel interagissent l'un l'autre. « La réunion au sein de mêmes dispositions de biens d'intérêts culturel et naturel suggère l'existence d'un patrimoine commun, considéré dans sa double composante naturelle et culturelle. Mais si les exemples ne manquent pas quant à l'existence d'une communauté d'intérêts entre « patrimoine culturel » et patrimoine naturel, ils n'obéissent pas à une cohérence d'ensemble. Le plus souvent, ces deux branches du droit spécial que sont le droit de la culture et le droit de l'environnement se tiennent dans l'ignorance. On peut souhaiter un rapprochement des deux dispositifs car il y a quelque chose d'artificiel à traiter l'un et l'autre des patrimoines séparément »⁸⁸⁵.

En admettant que la matrice de la culture constitue l'apport de la civilisation, il s'avère impossible de reconnaître un caractère culturel à des biens qui n'ont pas été modifiés par l'homme. L'étude des différentes législations ne permettent pas d'apporter une réponse nette et précise à l'épineux problème de savoir si le naturel peut être assimilé au culturel. Par exemple en Arabie Saoudite ou encore dans les Emirats Arabes Unis les législations imposent le critère de l'intervention humaine pour qualifier un bien de culturel, en précisant, suivant les cas, que les biens doivent être « créés par l'homme », « produits par l'être humain » ou « fait par l'homme ». En revanche, d'autres lois mentionnent expressément les biens naturels. Le degré de connexion avec l'intervention humaine peut être plus ou moins étendue⁸⁸⁶.

⁸⁸⁵ M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 75 in fine.

⁸⁸⁶ V. PARISOT, *Essai sur la notion juridique de bien culturel*, sous la direction de Ph. KAHN, Université de Bourgogne, 1993, p. 69.

629. Mouvement. La théorie du patrimoine est récente. Elle était ignorée du droit coutumier, mais connue du droit romain, notamment celui du Moyen Âge. Elle a été essentiellement l'œuvre au XIX^{ème} siècle d'Aubry et Rau, puis a été critiquée. Maintenant elle décline en droit civil et se développe ailleurs, avec d'autres sens, moins précis et moins juridiques, désignant les « valeurs » humaines qui nous viennent de nos ancêtres pour être transmises aux générations futures : le patrimoine moral (transmission de règles de conduite), le patrimoine culturel (richesses artistiques et intellectuelles qui nous viennent du passé et doivent être sauvegardées)⁸⁸⁷ ; ou le patrimoine génétique ou le patrimoine commun de l'humanité (Convention de l'Unesco du 16 novembre 1972) ; ou bien encore le patrimoine faunistique, floristique (Article L. 411-5 du Code de l'environnement), patrimoine piscicole (Article L. 430-1 du Code de l'environnement), patrimoine faunique (Article L. 420-1 du Code de l'environnement), patrimoine cynégétique (Article L. 421-5 du Code de l'environnement) ou encore patrimoine minéralogique (Article L. 342-1 du Code de l'environnement) tel est ainsi que se décline le patrimoine naturel.

Le législateur va jusqu'à dire que « le patrimoine français est le patrimoine commun de la nation » (Article L. 110-1 du Code de l'urbanisme), ce qui n'a qu'une valeur symbolique, n'excluant pas la propriété privée du sol, parlant également de patrimoine biologique de la nation (Article L. 411-1 du Code de l'environnement). Ces nouvelles acceptions traduisent une idée de stabilité, d'enracinement des valeurs et de piété pour le passé parce qu'il est le passé, alors qu'au sens civil, le patrimoine n'est qu'un cadre n'ayant pour objet que ce qui est évaluable en argent⁸⁸⁸.

Autant de nouvelles acceptions participent de manière inévitable au renouvellement de la notion de patrimoine (**Section 1**), mais c'est peut être plus récemment encore, avec l'émergence du patrimoine d'affectation et l'emploi par certains auteurs comme par exemple le Professeur Bertrand Fages de mots comme « patrimoine vital » et notamment avec la consécration du patrimoine fiduciaire à travers la loi du 19 février 2007 que le concept de patrimoine se trouve le plus affecté, en effet, ces derniers exemples criants illustrent une profonde mutation dans l'appréhension du patrimoine (**Section 2**).

⁸⁸⁷ Code du Patrimoine article L. 111-1 « Le patrimoine s'entend [...] de l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers relevant de la propriété publique ou privée qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique, par exemple la langue française « un élément fondamental de la personnalité et du patrimoine de la France ». (Loi du 4 Août 1994 article1).

⁸⁸⁸ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd. , Defrénois, 2007, p. 7, 8, n° 10.

SECTION 1

LE RENOUVELLEMENT DE LA NOTION DE PATRIMOINE

630. Renouveau. L'apparition du renouvellement des notions se manifeste au travers de l'émergence de nouveaux sujets et de nouveaux objets (§1) mais encore l'unification de la notion de patrimoine se traduit au regard de l'émergence de l'idée de patrimoine commun (§2), ce sont ces deux volets qui participent au renouvellement de la notion de patrimoine.

§1. Le renouvellement des notions : de nouveaux sujets, de nouveaux objets

631. Démarche adoptée. Le renouvellement de la notion de patrimoine transparaît exactement à travers l'émergence de nouveaux sujets (I) et de nouveaux objets (II).

I. Les nouveaux sujets

632. Panorama. L'ampleur du domaine que le patrimoine est appelé à recouvrir y est d'ailleurs très variable, pas seulement en droit privé. Les Professeurs François Terré et Philippe Simler relèvent que l'on a vu naître et se développer, en droit international public, de manière diffuse ou non, la notion de patrimoine commun de l'humanité, notamment afin d'assurer un certain équilibre entre forces contraires quant aux ressources de la mer, du fond des mers, ou encore de l'atmosphère... Ils révèlent aussi l'existence d'une approche juridique de la notion de patrimoine national, article L. 110 du Code de l'urbanisme « Le territoire français est le patrimoine commun de la nation ». Il en va de même de l'eau, l'article L. 210-1 al. 1 du Code de l'environnement dispose en effet « l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation ». Il est aussi précisé, à l'article L. 110-1 (I) du même Code que « Les espaces, ressources et milieux naturels, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation ». De l'article 1^{er} al. 1, de la loi du 4 Août 1994, relative à l'emploi de la langue française, il résulte aussi que, « langue de la République en vertu de la Constitution, la langue française est un élément fondamental de la personnalité et du patrimoine de la France »⁸⁸⁹.

⁸⁸⁹ F.TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd., Dalloz Précis, 2002, p. 19, 20, n° 16.

633. L'humanité. Monsieur Alexandre-Charles Kiss souligne que depuis moins d'un demi-siècle un nouveau concept est reconnu en droit international : le patrimoine commun de l'humanité se fondant sur deux piliers l'intérêt général de l'humanité et le droit des générations futures. Le contenu de l'intérêt général de l'humanité est défini par des traités de plus en plus nombreux, conventions garantissant les droits de l'homme sous diverses formes, traités cherchant à protéger la biosphère, les objets historiques et culturels, visant à sauvegarder les conditions de la recherche scientifique ou à assurer l'exploitation équitable de ressources communes. Ainsi une obligation de prendre en compte l'humanité future se dessine. « Le patrimoine commun de l'humanité est la matérialisation de l'intérêt général de l'humanité dans le présent et dans l'avenir ». Certains biens du patrimoine commun de l'humanité peuvent faire l'objet d'appropriation constituant des biens publics ou privés placés sous la souveraineté territoriale d'un Etat (Convention de l'Unesco de 1972 sur le patrimoine mondial, culturel et naturel). D'autres ne peuvent pas faire l'objet d'appropriation et se distinguent donc des *res nullius*. Certaines fois comme l'avance Monsieur Alexandre-Charles Kiss c'est l'intérêt général de l'humanité à travers le statut de patrimoine commun qui poursuit un but de sauvegarde de l'environnement et de progrès scientifique (Antarctique, Lune). Tandis que d'autres fois le but poursuivi est essentiellement économique et politique (les fonds marins)⁸⁹⁰. Préservation, conservation et transmission à l'humanité future des éléments du patrimoine sont les maîtres mots en la matière.

634. La nation. Madame Caroline Chamard relève que le droit public a, en revanche, complètement déformé la théorie classique en créant le patrimoine commun de la nation. Elle présente le patrimoine commun de la nation comme une institution juridique hybride. En effet, elle le présente comme une structure à la confluence des *res communes* et de l'universalité de fait. Il est vrai que la présence de *res communes* en son sein devrait conduire à l'exclusion de la qualification juridique de patrimoine, lequel ne comprend en principe que des choses susceptibles d'appropriation. D'autre part, le patrimoine commun de la nation présente des ressemblances avec la notion d'universalité de fait, conçue comme l'agrégation de biens divers

⁸⁹⁰ A.-C. KISS, *L'humanité*, extrait du Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ? ; La notion de patrimoine commun de l'humanité*, Cours acad. Dr. int. La Haye, 1982, vol. 75, p. 99 et s.

réunis par une communauté d'intérêt. Pourtant souligne Madame Caroline Chamard, « l'impératif de bonne gestion, la nécessité de préservation et la transmission aux générations futures de ce nouvel objet patrimonial fait davantage référence à la notion classique de patrimoine. Quant à la jouissance collective des éléments qui le composent, elle peut être le signe d'un patrimoine indivis. Enfin, l'absence de propriétaire, la nation ne disposant pas de la personnalité juridique, rappelle plutôt la théorie du patrimoine d'affectation »⁸⁹¹.

635. Idée de continuité. Ces nouvelles acceptions que l'on attribut au patrimoine traduisent une idée de stabilité, d'enracinement des valeurs et de piété pour le passé parce qu'il est le passé, alors qu'au sens civil, le patrimoine n'est qu'un cadre n'ayant pour objet que ce qui est évaluable en argent⁸⁹².

II. Les nouveaux objets

636. Evolution. Les Professeurs Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet partagent tous deux l'idée que l'inquiétude que ressent l'humanité, notamment sous l'influence de la montée de l'écologisme, lui inspire le souci d'affirmer le caractère commun de ses richesses et d'en assurer une transmission aux générations futures qu'il s'agisse de richesses naturelles ou de biens culturels. D'où l'émergence d'une notion renouvelée du patrimoine, débarrassée des créanciers et de la personnalité juridique dont l'avaient affublée les théories du XIX^{ème} siècle, remarque ces derniers. Aujourd'hui on l'utilise pour conceptualiser les biens communs de l'humanité, ceux de la nation, ceux de la culture, les ressources animales et végétales et même les ressources génétiques humaines⁸⁹³.

Une étude de ces nouveaux objets sera faite de manière successive, aussi, il y aura lieu d'exposer le patrimoine culturel **(A)**, le patrimoine naturel **(B)**, le patrimoine génétique **(C)** et le patrimoine architectural **(D)**.

⁸⁹¹ C. CHAMARD, *La nation*, extrait du Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*.

⁸⁹² Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 8, n° 10.

⁸⁹³ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 36, n° 8 g.

A. Le patrimoine culturel

637. Définitions. Madame Marie Cornu relève que le droit des biens culturels concerne les éléments du patrimoine culturel. Le patrimoine culturel, au sens large, recouvre un ensemble de valeurs dont il faut assurer la transmission aux générations futures, c'est-à-dire les biens, lieux, objets, etc... qui sont porteurs de ces valeurs. Le patrimoine culturel, au sens juridique, est plus restrictif : il protège seulement le sous-ensemble centré sur les éléments matériels du patrimoine. Le droit du patrimoine culturel⁸⁹⁴ consiste à assurer précise-t-elle la protection de biens culturels au nom d'un intérêt historique, artistique, esthétique, etc... Pour l'instant le patrimoine immatériel n'est pas pris en compte (traditions, savoir-faire lié à l'artisanat traditionnel). Toutefois ajoute-t-elle qu'une Convention internationale pour la protection du patrimoine immatériel a été adoptée sous l'égide de l'Unesco qui tendrait à faire évoluer la vision traditionnelle nationale de protection du patrimoine, notamment en y intégrant une dimension immatérielle⁸⁹⁵.

La Convention de l'Unesco ou encore appelée la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel en date du 16 novembre 1972 relève en son article premier « Aux fins de la présente Convention sont considérés comme « patrimoine culturel » :

- Les monuments : œuvres architecturales, de sculpture ou de peinture monumentales, éléments ou structures de caractère archéologique, inscriptions, grottes et groupes d'éléments, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science,
- Les ensembles : groupes de constructions isolées ou réunies, qui, en raison de leur architecture, de leur unité, ou de leur intégration dans le paysage, ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science,
- Les sites : œuvres de l'homme ou œuvres conjuguées de l'homme et de la nature, ainsi que les zones y compris les sites archéologiques qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue historique, esthétique, ethnologique ou anthropologique ».

638. Composantes du patrimoine culturel. Madame Marie Cornu a dégagé certains critères afin de déterminer ce qui va appartenir au patrimoine culturel. Le critère primordial est

⁸⁹⁴ P.-L. FRIER, *Droit du patrimoine culturel*, PUF, coll. Droit fondamental, 1997, p. 25 et s. , n° 8 et s.

⁸⁹⁵ M. CORNU, Cours 2006 / 2007, Master II Recherche Droit des biens culturels Avignon, dirigé par Monsieur le Professeur Jean-Michel BRUGUIÈRE. V. *supra*, n° 248.

l'intérêt historique ou artistique, il s'agit du critère dominant qui motive la protection, dans le droit français où la valeur historique ou artistique du bien en question est appréciée. De nombreux textes font expressément référence à ce critère la loi du 31 décembre 1913 renvoyant à l'intérêt d'art et d'histoire, l'art 1716 bis du Code général des impôts renvoyant également à la valeur historique ou artistique, la loi du 3 janvier 1979 qui traite des archives classées en raison de leur intérêt historique, les textes sur l'archéologie terrestre ou maritime (loi du 27 septembre 1941, loi du 17 janvier 2001, loi du 1^{er} août 2003 et 1^{er} décembre 1989) qui prennent en compte la valeur historique, archéologique, préhistorique des produits de fouille. Les autres critères sont la catégorie de l'œuvre (aquarelles, dessins, peintures etc...), la valeur ainsi que l'ancienneté des œuvres, en revanche le critère de nationalité n'est pas retenu pour la protection⁸⁹⁶.

639. La codification du patrimoine, l'exemple de la culture. La notion de patrimoine est définie dans le Code du patrimoine adopté par une ordonnance en date du 20 février 2004⁸⁹⁷. « Le patrimoine s'entend, au sens du présent Code, de l'ensemble des biens immobiliers ou mobiliers relevant de la propriété publique ou privée qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique »⁸⁹⁸. De plus, l'article L. 111-1 du Code du patrimoine précise que « Les biens appartenant aux collections publiques et aux collections des musées de France, les biens classés en application des dispositions relatives aux monuments historiques et aux archives, ainsi que les autres biens qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie sont considérés comme trésors nationaux ». Madame Marie Cornu relève que la notion civiliste a donc été « réappropriée » par le droit public, afin de désigner le patrimoine culturel. « L'emprunt s'explique, entre autres, par la référence à l'idée d'un héritage, universalité formée de l'ensemble de nos richesses culturelles dont il faut assurer la transmission aux générations futures. Plus intimement il nomme la relation particulière que l'homme entretient avec les choses, et c'est bien là une des pierres d'angles sinon la clé de voûte de la théorie d'Aubry et Rau, dimension personnelle sans doute portée à son point le plus élevé s'agissant non pas

⁸⁹⁶ M. CORNU, Cours 2006 / 2007, Master II Recherche Droit des biens culturels Avignon, dirigé par Monsieur le Professeur Jean-Michel BRUGUIÈRE.

⁸⁹⁷ Ordonnance n° 2004 - 178 du 20 février 2004 relative à la partie législative du Code du patrimoine.

⁸⁹⁸ Article L. 1 du Code du patrimoine.

seulement de valeurs économiques mais des biens que nous considérons comme les plus précieux »⁸⁹⁹.

Il existe également la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, conclue à Paris le 23 novembre 1972 précise que « Chacun des Etats parties à la présente Convention reconnaît que l'obligation d'assurer l'identification, la protection, la conservation la mise en valeur et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel visé aux articles 1 et 2 et situé sur son territoire, lui incombe en premier chef. Il s'efforce d'agir à cet effet tant par son propre effort au maximum de ses ressources disponibles que, le cas échéant, au moyen de l'assistance et de la coopération internationales dont il pourra bénéficier, notamment aux plans financier, artistique, scientifique et technique ».

640. Patrimoine culturel et théorie générale du patrimoine entre différences et ressemblances. Madame Marie Cornu souligne que « de la notion de patrimoine telle qu'elle apparaît dans la théorie générale à celle, transposée, de « patrimoine culturel », on a, de prime abord, le sentiment de deux terres étrangères sans grand lien l'une avec l'autre. Mais en dépit de cela demeure une inspiration commune ».

- Comparée, à celle du « patrimoine culturel », la définition juridique du patrimoine, caractérisée par un certain nombre d'éléments constants, fait apparaître des différences profondes entre les deux notions. Le patrimoine, au sens du droit privé est « l'ensemble des biens et des obligations d'une même personne (c'est-à-dire de ses droits et charges appréciables en argent) de l'actif et du passif envisagés comme formant une universalité de droit, un tout comprenant non seulement ses biens présents mais aussi ses biens à venir ». Quant au « patrimoine culturel », il s'agit « d'un ensemble de biens communément reconnus comme ayant une valeur éminente. Par exemple patrimoine mondial, culturel et naturel comprenant des monuments, des ensembles architecturaux, des sites naturels dignes d'être conservés et transmis aux générations futures... ». Ce qui distingue les deux ensembles est tout à la fois dans la nature des

⁸⁹⁹ M. CORNU, *La codification du patrimoine, l'exemple de la culture*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, extrait du Colloque du 12 mars 2007 en Avignon.

constituants⁹⁰⁰, dans le lien qui en forme l'unité⁹⁰¹ ainsi que la matière⁹⁰² qui en dicte les règles⁹⁰³.

- Cependant, persistent certaines ressemblances. L'existence d'un fonds commun aux deux patrimoines se révèle au travers d'un certain nombre d'éléments relatifs à sa transmission (idée d'héritage, dimension verticale), à sa consistance (caractère évolutif du contenu des deux patrimoines, vocation de tous deux à recueillir de nouveaux éléments, biens, droits ou valeurs) ou encore dans les liens qui se nouent avec la personne du titulaire (idée d'un patrimoine commun, richesse collective dont la caractéristique essentielle est qu'elle est la propriété de tous).

641. Droit spécial du patrimoine. Le Professeur Jean-Michel Bruguière relève qu'un droit patrimonial culturel coexiste au côté d'un droit patrimonial naturel. A l'intérieur de chaque catégorie, le droit spécial tend bien à se spécialiser. La Convention de l'Unesco repose sur l'idée qu'au-delà des biens culturels qui restent dans le commerce international, que l'on pourrait qualifier de biens culturels de droit commun, existent des monuments et des sites qui présentent une charge historique et artistique tellement forte qu'ils acquièrent une signification qui dépasse le cadre local et qui intéresse l'humanité toute entière de telle sorte que la commercialité est fortement contredite⁹⁰⁴.

⁹⁰⁰ Les catégories qui forment le patrimoine sont parfaitement identifiés (un actif et un passif) contrairement au patrimoine culturel où l'incertitude domine. Ainsi le patrimoine culturel désigne l'ensemble des biens culturels de la nation, des œuvres d'art, des monuments, des sites que renferme le territoire, recouvrant à la fois une dimension matérielle et une dimension intellectuelle (œuvres de l'esprit, langue, coutumes etc...).

⁹⁰¹ Le problème de l'unité peut être vue sous deux angles. 1. Le patrimoine en tant qu'entité abstraite, une sorte d'universalité de droit tire son unité de la cohésion entre les éléments de l'actif et du passif. L'actif répond du passif (Article 2092 du Code civil devenu Article 2284 du Code civil). En revanche, le patrimoine culturel est une simple collection d'objets reconnus ou non par le droit, une sorte d'universalité de fait qui trouve sa cohérence dans l'intérêt culturel attaché aux biens qui y sont contenus. 2. D'après la théorie d'Aubry et Rau un même patrimoine ne peut avoir plusieurs titulaires. L'unité du patrimoine est constituée par l'unité de la personne et le lien qui la rattache à cet ensemble de biens. En revanche, le patrimoine culturel pris dans sa globalité embrasse un certain nombre de biens issus de différents patrimoines, impliquant ainsi une pluralité de personnes physiques ou morales privées ou publiques. Font partie du « patrimoine culturel » aussi bien des éléments du domaine public, du domaine privé de l'Etat ou des collectivités territoriales que certains biens en main privée.

⁹⁰² Le patrimoine constitue une notion fondamentale dans le droit privé des biens, le « patrimoine culturel » serait une notion purement administrative, employée pour les besoins de la politique de protection développée par l'administration de la culture.

⁹⁰³ M. CORNU, *Le droit culturel des biens, L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 26 et s.

⁹⁰⁴ J.-M. BRUGUIÈRE, *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, Droit et patrimoine 2005, Dossier spécial, N° 133, janvier 2005, p. 67.

B. Le patrimoine naturel

642. Acceptions. Entendu strictement, une loi en date du 2 mai 1930 actuellement codifiée à l'article 341-1 al. 1 du Code de l'environnement protège les « monuments naturels » et les « sites dont la conservation ou la préservation présente, aux points de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, un intérêt général » ; on trouve le « patrimoine architectural, urbain et paysager » aux articles L. 642-1 et s. du Code du patrimoine.

Le patrimoine naturel se décline notamment en patrimoine minéralogique (L. 342-1 du Code de l'environnement), patrimoine biologique (Article L. 411-1 et s. du Code de l'environnement), patrimoine faunistique et floristique (Article L. 411-5 du Code de l'environnement), patrimoine faunique (Article L. 420-1 du Code de l'environnement), patrimoine cynégétique (Article L. 421-5 du Code de l'environnement), patrimoine piscicole (Article L. 430-1 du Code de l'environnement)⁹⁰⁵.

La Convention de l'UNESCO concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel signée à Paris, le 16 novembre 1972 précise en son article 2 la définition du patrimoine naturel⁹⁰⁶. En effet, « Aux fins de la présente Convention sont considérés comme « patrimoine naturel » : - Les monuments naturels constitués par des formations physiques et biologiques ou par des groupes de telles formations qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue esthétique ou scientifique, - Les formations géologiques et physiographiques et les zones strictement délimitées constituant l'habitat d'espèces animale et végétale menacées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science ou de la conservation, - Les sites naturels ou les zones naturelles strictement délimitées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science, de la conservation ou de la beauté naturelle ».

643. La patrimonialité environnementale. La loi du 10 juillet 1976 assimile à plusieurs reprises la nature à un patrimoine. Notamment à l'article 1, lorsqu'elle institue le devoir de chacun à veiller à la sauvegarde du « patrimoine naturel » dans lequel il vit, et à l'article 3 au sujet de la faune et de la flore qui représente un « patrimoine biologique national ». L'eau s'est

⁹⁰⁵ F.-G. TREBULLE, *L'environnement et le droit des biens*, p. 17, 6 avril 2005.

⁹⁰⁶ Ph. Ch.-A. GUILLOT, *Droit du patrimoine culturel et naturel*, Mise au point, Ellipses, 2006, p. 6 et s. notamment p. 8.

vue reconnaître une valeur nouvelle grâce à l'article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1992, faisant désormais partie du patrimoine commun de la nation. Il s'agit donc d'une nouvelle conception de la nature juridique de cet élément qui dispose dorénavant d'une valeur patrimoniale intrinsèque. Le territoire a lui aussi bénéficié de cette qualification valorisante « le territoire français est le patrimoine commun de la nation » (Article L. 110 du Code de l'urbanisme). D'autres éléments naturels relèvent désormais également de ce patrimoine : forêts, ressources cynégétiques, paysage...⁹⁰⁷. La patrimonialité environnementale postule une solidarité à la fois spatiale et temporelle dans l'utilisation du patrimoine naturel. En effet, en matière d'environnement, intérêt général et intérêts particuliers semblent coïncider. Aussi face à l'injonction faite à chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit, certains admettent la reconnaissance d'une sorte d'intérêt individuel à la protection du patrimoine commun.

644. Gestion. Madame Marie-José Del Rey considère que tout patrimoine naturel possède une valeur inestimable et qu'étant indispensable à tous il doit être géré dans l'intérêt du plus grand nombre, une gestion rationnelle de celui-ci implique qu'elle soit conservatoire et menée à des fins de transmission tout en ménageant l'ensemble des usages potentiels. S'agissant de biens ayant vocation à satisfaire un usage prolongé, ainsi les ressources naturelles doivent notamment être conservées. Une des caractéristiques de la gestion patrimoniale est justement de sauvegarder la permanence des composantes s'agissant d'une gestion à long terme⁹⁰⁸.

La Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, signée à Paris le 16 novembre 1972 en son article 4 relève que « Chacun des Etats parties à la présente Convention reconnaît que l'obligation d'assurer l'identification, la protection, la conservation, la mise en valeur et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel visé à aux articles 1 et 2 et situé sur son territoire, lui incombe au premier chef. Il s'efforce d'agir à cet effet tant par son propre effort au maximum des ressources disponibles que, le cas échéant, au moyen de l'assistance et de la coopération internationales dont il pourra bénéficier, notamment aux plans financier, artistique, scientifique et technique ».

⁹⁰⁷ M.-J. DEL REY, *Droit des biens et droit de l'environnement*, Thèse Paris I, 2002, p. 187, n° 180. M.-J. DEL REY, *La notion controversée de patrimoine commun*, Recueil Dalloz 2006, p. 388, point de vue. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 8, n° 10.

⁹⁰⁸ M.-J. DEL REY, *La notion controversée de patrimoine commun*, Recueil Dalloz 2006, p. 388, point de vue.

C. Le patrimoine génétique

645. Définition. La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de 1997 énonce que le génome fait partie du « patrimoine de l'humanité »⁹⁰⁹. Son article 1^{er} énonce que « Le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité intrinsèque et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité ».

Le patrimoine génétique est entendu selon les Professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès comme « les forces vitales qui nous rattachent à nos origines et sont transmises à nos descendants »⁹¹⁰.

646. Avant-propos. Le Professeur Florence Bellivier fait ressortir que « la juxtaposition de la notion de patrimoine et de cet objet biologique que sont les ressources génétiques n'a pour elle que la séduction d'une métaphore celle de « patrimoine génétique ». Ce sont les lois dites de bioéthique du 29 juillet 1994 qui ont posé le caractère extrapatrimonial du corps humain et de ses composants. Le caractère non évaluable en argent du corps humain et de ses composants devient de moins en moins vérifiable au fur et à mesure que l'on s'éloigne de l'acte initial du don d'éléments et produits, à propos duquel le législateur a nettement voulu marquer la gratuité, afin d'éviter les effets pervers d'une marchandisation du corps humain. A aucun moment il ne sera parlé d'indisponibilité ou d'extracommercialité car le corps humain en son entier et surtout ses composants sont l'objet de conventions diverses⁹¹¹.

647. Une théorie pour le patrimoine génétique ? Les gènes illustrent qu'il n'y a pas de patrimonialité ou d'extrapatrimonialité par nature, la patrimonialité s'identifie souvent à l'accessibilité à l'échange. Le patrimoine est un outil d'administration, de gestion et de transmission, alors les gènes sont bien dans le patrimoine. Ils n'y sont pas poursuit le Professeur Florence Bellivier comme n'importe quel bien : d'une part, ils portent la marque de leur origine, ce qui rend difficile leur fongibilité totale dans une universalité, d'autre part, ils ne passent pas

⁹⁰⁹ J.-M. BRUGUIÈRE, *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, Droit et patrimoine 2005, Dossier spécial, N° 133, janvier 2005, introduction, p. 66.

⁹¹⁰ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 8, n° 10.

⁹¹¹ F. BELLIVIER, *La génétique*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, Droit et patrimoine 2005, Dossier spécial, N° 133, janvier 2005, p. 77 et s.

de mains en mains mais ils sont plutôt l'objet de maîtrises simultanées, à des titres divers (donneur, chercheur, industriel). La théorie d'Aubry et Rau ne convient pas lorsque l'on a affaire à un patrimoine sur lequel plusieurs personnes peuvent prétendre exercer les mêmes prérogatives. C'est pourquoi le recours aux théories finalistes, fondées sur le but ou l'affectation plus que sur la personnalité d'un unique titulaire, fournit des concepts plus opératoires. Le trust est davantage appréciable pour la construction d'un régime juridique du patrimoine génétique. Une fois de plus, relève encore le Professeur Florence Bellivier l'on voit que de nouveaux objets obligent à envisager les théories mettant en avant la notion d'affectation. Intégré au corps humain, le patrimoine génétique suit le régime de ce dernier, tel que le dessinent les articles 16 et suivants du Code civil, mis en œuvre par le Code de la santé publique, détachés, les gènes entrent dans divers patrimoines.

La question de la propriété ressurgit toujours : qui est propriétaire de quoi ? « C'est à ce point que l'on se rend compte à quel point Aubry et Rau étaient visionnaires : à travers ce que la personne possède, c'est la personnalité juridique qui est à construire, à savoir, aujourd'hui une personnalité génétique à la fois individuelle et collective »⁹¹².

Le patrimoine est utilisé pour conceptualiser les biens communs de l'humanité, ceux de la nation, ceux de la culture, les ressources animales et végétales et même les ressources génétiques humaines⁹¹³.

D. Le patrimoine architectural

648. Définition. Le patrimoine architectural est l'ensemble des constructions humaines qui ont une grande valeur parce qu'elles caractérisent une époque, une civilisation ou un événement et que, à cause de cette valeur, nous voulons transmettre aux générations futures.

L'architecture produite depuis des siècles reste une mémoire considérable pour comprendre l'évolution des sociétés humaines. Ainsi les enseignements de l'architecture égyptienne, de l'architecture des civilisations du monde méditerranéen, ceux des différentes civilisations

⁹¹² F. BELLIVIER, *La génétique*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, Droit et patrimoine 2005, Dossier spécial, N° 133, janvier 2005, p. 77 et s. dont notamment p. 81.

⁹¹³ F. ZENATI-CASTAING, et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 36, n° 8 g, citant Florence Bellivier, *Le patrimoine génétique humain*, Thèse Paris I, 1997.

historiques de l'Afrique, de l'Asie, de l'Amérique et des autres endroits du monde nous apprennent autant sur la vie de ces sociétés que les écrits historiques.

C'est de ce point de vue que le patrimoine architectural est indispensable au monde moderne pour comprendre d'où nous venons, et, comme le dit la tradition africaine, voir où nous voulons aller.

La communauté internationale, à travers l'UNESCO, a compris l'importance de ce patrimoine et a décidé de la création d'une liste du patrimoine architectural mondial qui répertorie tous les sites témoins du génie créateur de l'humanité.

649. Evolution des critères du patrimoine. Selon l'historien Monsieur André Chastel on peut considérer qu'« est patrimonial, l'édifice, le complexe architectural qui, dans le cadre de nos vies, révèle et symbolise la lenteur de l'histoire, la longue durée ». Comme le souligne Monsieur Eric Mirieu de Labarre une telle définition ne peut satisfaire le juriste et le praticien de l'architecture et de l'urbanisme qui s'efforcent de déterminer exactement les motifs de droit et de fait de la patrimonialisation, c'est-à-dire les raisons de la sélection d'un bâtiment par la puissance publique. Les critères de la patrimonialisation sont déterminés par le législateur et par le pouvoir réglementaire.

Monsieur Eric Mirieu de Labarre poursuit en disant qu'au regard de ces critères, une extension de la notion de bien patrimonial s'opère « du monument historique au patrimoine architectural ». Pendant longtemps, seuls les édifices exceptionnels, ont été considérés comme méritant une protection. Ainsi, dans une telle vision, la protection concernait essentiellement les églises et les châteaux les plus significatifs. A cela correspond la législation traditionnelle relative aux monuments historiques dont la vocation a toujours été et demeure la conservation de l'excellence architecturale.

Cependant, petit à petit, on a pris conscience que le patrimoine architectural devait concerner non seulement des chefs-d'œuvre, mais encore des édifices moindre, plus modestes dont l'intérêt patrimonial se trouve dans le fait qu'ils sont insérés dans un ensemble bâti cohérent. La patrimonialisation ainsi poursuit à travers la conservation des ensembles architecturaux, une préoccupation plus large de planification urbaine⁹¹⁴.

⁹¹⁴ E. MIRIEU DE LABARRE, *Droit du patrimoine architectural*, Litec immo, 2006, p. 23, 24, n° 52.

§2. L'unification de la notion de patrimoine autour de l'idée d'intérêt général juridiquement protégé : l'émergence de l'idée de patrimoine commun

650. Plan. L'émergence de l'idée de patrimoine commun contribue tout d'abord à la résurgence de la notion classique de patrimoine **(I)** mais encore à la résurgence des propriétés simultanées **(II)**.

I. La résurgence de la notion classique de patrimoine

651. Patrimoine commun. Les paysages, la diversité biologique ou le château de Versailles font partie d'un patrimoine que l'on transmet. Les fonds des mers et des océans, la lune et certaines ressources naturelles sont consacrées « patrimoine commun de l'humanité ». L'eau dans la loi du 3 janvier 1992, la langue dans la loi du 4 août 1994 ou le territoire à l'article L. 110 du Code de l'urbanisme sont qualifiés de « patrimoine commun de la nation »⁹¹⁵.

Dans la Convention de l'UNESCO pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de 1972, ce patrimoine pourrait bientôt devenir « patrimoine culturel immatériel » se définissant comme l'ensemble des manifestations culturelles traditionnelles et populaires ainsi que les créations collectives, émanant d'une communauté fondée sur la tradition. C'est dans le même ordre d'idées que les grands fonds marins sont devenus le « patrimoine commun de l'humanité » selon la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, tandis que plus récemment, la Convention de 2001 consacre le concept de « patrimoine culturel subaquatique ». La même qualification vaut pour la lune et les corps célestes selon le traité du 27 janvier 1977. Plus récemment, la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de 1997 énonce que le génome fait partie du « patrimoine de l'humanité »⁹¹⁶.

Le concept de patrimoine commun fait appel à l'idée d'un héritage légué par les générations précédentes afin de le transmettre en succession aux générations suivantes. L'idée d'un devoir

⁹¹⁵ J.-M. BRUGUIÈRE, *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, Droit et patrimoine 2005, Dossier spécial, N° 133, janvier 2005, p. 63. F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2002, p. 20, n° 16. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 8, n° 10.

⁹¹⁶ J.-M. BRUGUIÈRE, *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, Droit et patrimoine 2005, Dossier spécial, N° 133, janvier 2005, p. 66.

de transmission a d'ailleurs été avancée comme représentant l'essence même du concept de patrimoine commun.

652. Le patrimoine culturel. Le caractère privé ou public de la propriété ne doit pas dominer l'ensemble des règles relatives à la préservation de l'intérêt culturel. La spécificité des deux propriétés doit en effet céder à certains égards devant un objectif commun. Voilà pourquoi Madame Marie Cornu suggère de raisonner en termes d'affectation culturelle avant que de penser propriété. Le « droit » d'accès à la culture est une composante de l'intérêt culturel mais non pas la seule. La préservation du « patrimoine culturel » en est une autre, et non des moindres. Encore que, derrière la conservation du patrimoine, il y a l'idée que puisse y accéder les générations futures. Ce qu'il faut considérer c'est à nouveau l'intérêt culturel lié au bien. L'intérêt culturel doit être au service du bien public, en tant que composante de l'intérêt général⁹¹⁷.

653. Le patrimoine naturel. La nécessité vitale pour tous les individus de bénéficier des bienfaits d'un environnement sain, les règles de l'appropriation s'estompent pour laisser place à un usage commun potentiel préservé pour l'avenir. Bien que le concept privatiste de patrimoine et celui de patrimoine « commun », présentent une apparente contradiction car le second prône la non-exclusivité des droits. Cependant, des ressemblances se dégagent. Les deux acceptions de patrimoine présentent des caractères d'unicité et de permanence qu'il tire de la personnalité juridique dont il est l'émanation. Une idée de transmission se dégage également, tout comme, une relation patrimoniale entre lui-même et le titulaire qui l'investit ainsi que la gestion en bon père de famille. Tout comme ceci l'a été précédemment souligné le patrimoine en tant que notion civiliste se base sur l'appropriation tandis que le patrimoine commun sur celle de non appropriation. Madame Marie-José Del Rey relève qu'il s'agit uniquement de non-appropriation exclusive, car en fait semble apparaître une sorte de propriété commune. Le point majeur de divergence résiderait donc dans la nature du titulaire du patrimoine : privée dans un cas, communautaire dans l'autre. Néanmoins, même la notion privatiste de patrimoine possède des

⁹¹⁷ M. CORNU, *Le droit culturel des biens, L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 575.

relents « communautaires » restreints, il est vrai, à la communauté familiale⁹¹⁸. La notion de patrimoine commun a des contours qui sont fort imprécis. Mis à part les traits du patrimoine romain - pas de passif et une vocation à la transmission, qui confère à chacun une âme de fidéicommiss - on doit relever l'indétermination de son titulaire. S'agit-il d'une propriété collective des hommes de toutes les générations passées, présentes et futures ou faut-il voir dans la notion de patrimoine commun, annonçant la fin des choses communes (ces choses qui n'appartiennent à personne), la préfiguration de la naissance d'un nouveau sujet de droit (l'humanité ou la nation) s'interrogent les Professeurs Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet⁹¹⁹.

654. Synthèse : un recentrage par rapport à l'homme. Le Professeur Rémy Cabrillac relève de manière plus générale que « le patrimoine peut être aussi séduisant, sécurisant : ce sont nos racines et nos ailes, ce qui nous permet de plonger dans notre passé pour mieux nous projeter dans notre avenir, notre avenir individuel d'homme, notre avenir partagé avec le reste d'une communauté ou même de l'humanité ». A travers la théorie d'Aubry et Rau qui définit « Le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droits » transparait l'idée de globalité que l'on retrouve dans les différentes applications contemporaines du patrimoine. Le Professeur Rémy Cabrillac dresse un constat vis à vis de la théorie classique d'Aubry et Rau, la personne permet de définir le patrimoine, conçu comme une « émanation de la personnalité » alors qu'aujourd'hui le patrimoine permet de mieux cerner ces entités aux contours flous, les fédère, les unit⁹²⁰. Aujourd'hui, il est reproché la rigidité de la théorie d'Aubry et Rau établissant le lien entre personne et patrimoine qui a engendré en contrepoint la théorie du patrimoine d'affectation. Le lien entre personne et patrimoine a tendance à se dissoudre aujourd'hui dans un collectif imprécis : humanité, nation. Le Professeur Rémy Cabrillac met en exergue un petit dénominateur commun du patrimoine autour des idées de globalité, d'homme, de transmission, de protection. « Le patrimoine ne se définirait plus par rapport à la personne sujet de droit mais par rapport à l'homme. Ce recentrage

⁹¹⁸ M.-J. DEL REY, *La notion controversée de patrimoine commun*, Recueil Dalloz 2006, p. 388 et 389, point de vue.

⁹¹⁹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 37, n° 8 g.

⁹²⁰ Ce n'est plus la personne qui définit le patrimoine mais le patrimoine qui permet de définir l'entité qui en est affublée (patrimoine dit « de l'humanité »). R. CABRILLAC, *Rapport de synthèse*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, Droit et patrimoine 2005, Dossier spécial, N° 133, janvier 2005, p. 84.

pourrait peut-être permettre de libérer la théorie classique d'Aubry et Rau de son absolue incompatibilité avec le patrimoine d'affectation. Ce recentrage pourrait également permettre à la théorie classique de se montrer plus accueillante avec ses nouveaux sujets et ces nouveaux objets qui se bousculent à sa porte »⁹²¹.

II. La résurgence des propriétés simultanées

655. Question. Un problème à résoudre se dégage relèvent les Professeurs Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet : Comment la collectivité peut-elle être propriétaire de choses dont certaines sont par ailleurs appropriées privativement ? Ces derniers suggèrent que la solution doit probablement être recherchée, autre revanche de l'histoire, dans le retour des propriétés simultanées honnies par le droit moderne (l'humanité et la nation auraient une espèce de domaine éminent)⁹²².

656. Parallélisme avec les propriétés simultanées du droit coutumier féodo-seigneurial. Les propriétés simultanées du système féodo-seigneurial est synonyme de saisine impliquant la pluralité des propriétaires sur le même fonds. Les hommes tirent profit solidairement, de la même terre, chacun jouissant à titre privatif ou collectif d'une utilité différente du bien. Le régime féodo-seigneurial est à l'origine d'un partage des profits du sol entre seigneur et tenancier. Suite à l'émiettement du pouvoir central les puissants à compter du IX^{ème} siècle s'usurpent les pouvoirs régaliens tenus du roi. Ces derniers s'emparent du droit de ban, droit d'ordonner et de punir. Le suzerain concède un fief à son vassal qui en échange lui promet fidélité (lien vassalique). Une sorte d'enchevêtrement se réalise entre la seigneurie (puissance terrienne, foncière ou banale) et la féodalité (lien personnel de fidélité), d'où le nom de système féodo-seigneurial⁹²³.

La théorie dite « du double domaine » opposant « la propriété éminente ou directe » à « la propriété utile » est une construction doctrinale permettant de relier les propriétés simultanées coutumières au *dominium* romain. Rapprochant la propriété directe du seigneur et la propriété

⁹²¹ R. CABRILLAC, *Rapport de synthèse*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, Droit et patrimoine 2005, Dossier spécial, N° 133, janvier 2005, p. 82 et s. notamment p. 85 *in fine*.

⁹²² F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 37, n° 8 *g in fine*.

⁹²³ A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, p. 42, n° 27.

utile du tenancier. Le seigneur restant propriétaire de la terre concédant au tenancier la jouissance de celle-ci. Le tenancier avait alors la propriété de fait, « le domaine utile », en payant des redevances à son suzerain qui conservait quant à lui la terre « le domaine éminent » et une sorte de maîtrise des aliénations, c'est-à-dire qu'il reste le véritable propriétaire des biens à l'exception des utilités qui avaient été concédées⁹²⁴.

657. Analogie. Par analogie, une assimilation pourrait être faite d'une part, entre l'humanité ou la nation et le seigneur qui détiennent tous deux le « domaine éminent » et d'autre part, entre le propriétaire pris individuellement et le tenancier qui jouissent quant à eux du « domaine utile », faisant ainsi une sorte de clin d'œil à la théorie dite « du double domaine ».

658. Transition. Après s'être attelé à démontrer le renouvellement de la notion de patrimoine, il aura lieu à présent d'exposer la mutation qui se réalise dans l'appréhension du patrimoine. En effet, cette mutation transparaît à travers l'émergence de la valeur morale que recouvre le concept de patrimoine, ainsi qu'au regard des dernières avancées juridiques en matière de divisibilité du contenu du patrimoine notamment avec la consécration récente du patrimoine fiduciaire.

SECTION 2

LA MUTATION DANS L'APPREHENSION DU PATRIMOINE

659. Mutation. Le patrimoine, poursuivant diverses finalités (culturelle, naturelle, génétique, architecturale), éclate en patrimoine culturel, patrimoine naturel... Ainsi, cet éclatement du patrimoine est le produit de la spécialisation. Cet éclatement du patrimoine en plusieurs patrimoines participe logiquement à la spécialisation du droit des biens.

Aussi, cette spécialisation du droit des biens va naturellement interroger les principes fondamentaux (unité du patrimoine...) qui irriguent le concept de patrimoine, c'est précisément en cela que la spécialisation du droit des biens se présente comme un enrichissement, une source de régénérescence du droit commun des biens. Elle permet d'interroger les ressorts du Code

⁹²⁴ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, p. 64, n° 64.

civil, ses principes fondamentaux et transversaux. Ces derniers se retrouvent revigorés par la spécialisation du droit des biens.

En effet, une réelle mutation dans l'appréhension du patrimoine s'opère parce que la nouvelle finalité morale (§1) qu'on lui attribue conduit à un nouvel éclatement, à une nouvelle divisibilité du patrimoine (§2).

Ainsi, la mutation dans l'appréhension du patrimoine passe par une moralisation de la valeur transcendant le concept de patrimoine, autrement dit, par une moralisation du patrimoine consistant en une nouvelle finalité morale, mais encore, par la reconnaissance d'un nouvel éclatement, d'une nouvelle divisibilité du patrimoine.

§1. Une nouvelle finalité morale

660. Influence de la spécialisation du droit des biens en faveur d'une nouvelle finalité morale. Les biens culturels et les biens naturels et par dessus tout la spécialisation du droit des biens est l'ensemble des règles visant à la préservation, conservation, protection de ces patrimoines culturel et naturel. Aussi le devoir de mémoire, de conservation, de préservation et de transmission aux générations futures est stratégique en la matière. L'intérêt supérieur de la communauté est primordial.

L'intérêt culturel et naturel doit être au service du bien public, en tant que composante de l'intérêt général.

Les valeurs culturelle et naturelle dont sont respectivement porteurs les biens culturels et les biens naturels correspondant et renvoyant à une préservation d'un certain ordre supérieur social et commun. La morale de l'intérêt commun doit toujours primer.

Les biens culturels et les biens naturels et les patrimoines auxquels ils renvoient respectivement poursuivent tous deux une finalité morale, correspondant à la préservation de l'ordre social, de l'intérêt commun. Le but, la visée, l'objectif, poursuivi relève bien de l'ordre moral.

Les patrimoines culturel et naturel sont ici afin de préserver un idéal, une morale celle de l'intérêt général et social. Ils participent et contribuent à un certain ordre social et moral.

Aussi, c'est ainsi que la spécialisation du droit des biens qui contribue à cette préservation morale affecte aujourd'hui et influence le droit commun des biens et notamment la conception traditionnelle des biens et plus particulièrement la mutation dans l'appréhension du patrimoine.

Les souvenirs de famille ou encore l'émergence d'un patrimoine vital relèvent bien tout deux d'une certaine finalité morale.

Aussi aujourd'hui il est intéressant de souligner que la spécialisation du droit des biens doit davantage irriguer le droit commun des biens.

661. Moralisation. Cette idée de moralisation de la valeur transcendant le concept de patrimoine s'analyse parfaitement à travers deux exemples : tout d'abord, les souvenirs de familles **(I)** où leur connotation morale éclipse totalement leur valeur vénale faisant appel à un « patrimoine familial » ; ensuite, l'exemple du droit des affaires, avec l'éclatement du patrimoine, à travers l'émergence d'un « patrimoine vital » **(II)**.

I. La connotation morale des souvenirs de famille

662. Définition : affectation familiale / patrimoine moral d'affectation. Les souvenirs de famille sont des objets mobiliers ayant appartenu à des ancêtres et ayant, à l'égard d'une famille, une signification symbolique ou affective. Il peut s'agir de bijoux, de tableaux, d'armes, de décoration, voire de simples documents ou de lettres missives. De tels attachements existent surtout dans les familles illustres ou aristocratiques⁹²⁵. Une partie de la doctrine analyse les souvenirs de famille comme une propriété individuelle grevée d'une affectation familiale. Une autre doctrine soutient que ces choses sont l'objet d'un droit de propriété individuelle exercé par la famille comme une entité plus ou moins personnifiée⁹²⁶. En bref, entrent dans cette catégorie les objets, nécessairement mobiliers, évoquant le passé de la famille, tels que décorations, diplômes... Ne méritent cependant cette qualification que des objets présentant « une valeur avant tout morale, l'emportant sur toute valeur vénale ». La prépondérance de la dimension extrapatrimoniale constitue le fondement de l'affectation familiale qui est réservée à de tels objets. L'objectif est, fondamentalement, d'éviter que le partage successoral ne se traduise par une dispersion qui priverait ces souvenirs de famille, précisément, de la dimension familiale qui fait l'essentiel de leur intérêt⁹²⁷. Une diversification de ce droit liée à la diversité de ses objets modifie le système. De manière plus précise, la valeur familiale et affective d'un souvenir de

⁹²⁵ F. ZENATI CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, 2008, p. 68, 69, n° 28.

⁹²⁶ F. ZENATI CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, 2008, p. 77, n° 36 d.

⁹²⁷ F. TERRE et F. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 6^{ème} éd. , 2002, p. 626, n° 771. V. *supra*, n° 427 et s.

famille, expression privilégiée d'une mémoire familiale, appelle un traitement singulier. Il s'agit en quelque sorte d'un patrimoine moral d'affectation.

663. Une valeur morale supérieure à la valeur vénale : mémoire de la famille.

Madame Marie Cornu souligne que les souvenirs de famille sont des biens d'une nature particulière, car à leur valeur économique, vient s'agréger une valeur d'un autre ordre qui traduit le rattachement de la famille. La valeur économique est une donnée objective liée à la circonstance que le bien est dans le commerce, qu'il est donc évaluable en argent. A l'inverse la valeur morale d'un bien n'existe que dans son rapport avec le propriétaire ou détenteur. Objets matériels ils ont cela en plus qu'ils sont affectés d'une certaine finalité. Ils sont la mémoire de la famille. Plus récemment, Monsieur Barbiéri parle de biens liés à l'histoire familiale et met en lumière l'influence du temps dans la constitution de ce patrimoine⁹²⁸. D'autres tels que le Professeur Rémy Libchaber envisage la protection des souvenirs de famille, il conçoit ces derniers comme l'expression du respect de la mémoire d'un ou plusieurs grands ancêtres incarnés dans l'idée de famille⁹²⁹.

Madame Véronique Parisot relève également de manière très fine l'attachement des souvenirs de famille à la mémoire. Les souvenirs de famille sont donc des biens dont la valeur affective, morale ou subjective, l'intérêt extra-patrimonial l'emportent sur la valeur vénale ou objective, sur le simple intérêt patrimonial⁹³⁰. Le souvenir devrait pourtant se définir comme la fraction du temps passé, apprécié avec le recul du temps présent : c'est l'écoulement du temps qui forge le souvenir dans la mémoire individuelle ou collective et qui subsiste dans le bien matériel.

Bien que la notion prenne une importance croissante, elle demeure floue et prétorienne. Il s'agit de biens dont la signification familiale, morale et affective est si profonde qu'elle éclipse leur valeur vénale, si importante puisse tel être : la « mémoire de la famille », le « musée familial » :

⁹²⁸ M. CORNU, *Le droit culturel des biens, L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 147, 148.

⁹²⁹ R. LIBCHABER, *Les biens*, Répertoire civil Dalloz, septembre 2002, p. 16, n° 86.

⁹³⁰ V. PARISOT, *Essai sur la notion juridique de bien culturel*, 1993, p. 459, 460, citant l'affaire Ménéval « Attendu que des lettres, réunies par un ancêtre qui a eu contact avec les auteurs, personnages illustres de notre histoire, transmises en bloc au cours de cent cinquante années suivantes, dans la famille à un héritier mâle porteur du nom, constitue un trésor familial d'une valeur avant tout morale l'emportant très certainement sur toute valeur vénale et qu'il ne saurait suivre la dévolution légale en matière de partage (...) que les archives familiales dont il s'agit doivent être soustraites à la règle légale du partage entre héritiers qu'en conséquence elles doivent rester indivises et être tenues par le dépositaire familial apte à les recevoir à la disposition des membres de la famille aux fins de consultation éventuelle et pour assurer la transmission à un autre dépositaire porteur du nom de la génération suivante, et ce, sans compensation entre les cohéritiers ».

ces documents et ces meubles qui contribuent à l'honneur et à l'histoire d'une famille, adressés à un de ses membres ou en provenant⁹³¹. Le patrimoine d'Aubry et Rau ne comprend pas qu'exclusivement des choses patrimoniales. Le Professeur Jean-Michel Bruguière souligne qu'aujourd'hui des droits extrapatrimoniaux sont parfois intégrés par les juges dans le patrimoine. Tel par exemple « La mémoire d'un mort entre dans le patrimoine de sa famille » ou encore l'on admet bien, au travers de l'action en usurpation du nom, l'idée de la défense d'un patrimoine familial protégé comme une propriété collective⁹³².

664. Nature particulière. L'empreinte de l'intérêt moral dans cette catégorie particulière de biens a conduit les juges à écarter les règles du droit commun⁹³³. En effet, Madame Véronique Parisot relève que « les souvenirs de famille, tout comme les biens culturels, échappent aux qualifications traditionnelles de droit civil. Ainsi, dans un arrêt du 30 juin 1942 qui concernait entre autres la qualification de tableaux de famille intégrés dans les boiseries d'un château, l'interprétation est la suivante : la Cour de Cassation décide qu'un souvenir de famille ne peut être considéré comme un immeuble par destination, pour cette raison qu'il est soustrait au droit commun des biens. Etant familial de valeur purement morale et rappelant le passé, il n'avait pas pour affectation le service ou l'exploitation d'un immeuble. Il échappe donc aux règles normales du patrimoine, tel que le régit le Code civil qui s'attache exclusivement aux biens constituant la fortune pécuniaire, et non à ceux qui forment la richesse morale d'une famille »⁹³⁴.

665. Régime spécial. La théorie de la propriété individuelle est inadéquate à propos des souvenirs de famille. Ces derniers échappent à l'essentiel du régime des biens (commercialité, dévolution successorale, partage), au profit d'un régime *ad hoc* qui ne trouvera pas ses repères dans le système moderne. On n'a pas affaire à des choses communes, car les souvenirs de famille entretiennent un rapport très étroit avec un groupe humain particulier⁹³⁵. Tout au long du XIX^{ème} siècle s'est donc développée une jurisprudence tendant à exclure certains biens

⁹³¹ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 14, n° 23.

⁹³² J-M. BRUGUIÈRE et A. MAFFRE-BAUGE, *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque en Avignon du 12 mars 2004, Droit et patrimoine, Dossier spécial, 2005, N° 133, janvier 2005, p. 71.

⁹³³ M. CORNU, *Le droit des biens culturels, L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant Bruxelles, 1996, p. 148.

⁹³⁴ V. PARISOT, *Essai sur la notion juridique de bien culturel*, 1993, p. 462.

⁹³⁵ F. ZENATI CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 77, n° 36 d.

chargés de la mémoire familiale du droit commun de la dévolution successorale et des libéralités et donc par là même, à les exclure aussi de la sphère commerciale⁹³⁶.

Madame Marie Cornu souligne qu'en matière de droit successoral, l'article 815 du Code civil dispose que « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par le jugement ou par convention ». L'action en partage risque donc de provoquer la dispersion, voire la sortie, des biens du patrimoine familial, nonobstant la règle de l'article 832 du Code civil qui recommande d'« éviter de morceler les héritages », dans la formation et la composition des lots. La jurisprudence a dans certains cas écarté les règles habituelles du partage en raison de l'intérêt particulier que représentent ces « biens saturés d'éléments moraux ». Il s'agissait uniquement d'une règle de dévolution et de partage successoral dérogatoire au droit commun, elle touche maintenant la libre disposition à titre onéreux et en empêche la saisie par les créanciers du « dépositaire », une sorte de copropriété familiale⁹³⁷.

La réunion des biens se réalise entre les mains d'un seul destinataire. Antérieurement, les souvenirs de famille échappant au droit commun étaient attribués au fils aîné, censé plus que les autres assurer la continuation de la famille. Cependant, la règle a évolué pour confier la garde du bien « à celui des membres de la famille que les tribunaux estiment le plus qualifié » cette solution s'interprète de manière analogique lorsqu'aucun des héritiers ne porte le nom du défunt, c'est donc en tant que gardiens qu'ils ont la charge de conserver les biens⁹³⁸.

Il a des droits spéciaux parce que sa personnalité est la continuation des personnalités précédentes.

Les souvenirs de famille sont indisponibles mais c'est plutôt une extra-commercialité qui est limitée à leur inaliénabilité hors du cercle familial⁹³⁹.

Les souvenirs de famille sont surtout exclus du domaine marchand. C'est uniquement à titre de gardien dépositaire que l'attributaire des souvenirs se les voit remettre ; il n'en est pas le maître, il n'en a pas la propriété mais seulement le dépôt et la garde avec une mission d'intérêt familial⁹⁴⁰. La soustraction des biens du commerce juridique se réalise. En effet, on fait prévaloir

⁹³⁶ V. PARISOT, *Essai sur la notion juridique de bien culturel*, 1993, p. 458.

⁹³⁷ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 14, n° 23.

⁹³⁸ M. CORNU, *Le droit des biens culturels, L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant Bruxelles, 1996, p. 149.

⁹³⁹ R. LIBCHABER, *Les biens*, Répertoire civil Dalloz, septembre 2002, p. 17.

⁹⁴⁰ V. PARISOT, *Essai sur la notion juridique de bien culturel*, 1993, p. 462.

l'intérêt moral pour écarter les règles habituellement suivies en la matière, soit en admettant l'indivision, soit en limitant la licitation au cercle des héritiers. Les biens étaient ainsi soustraits au droit commun parce que n'ayant de « réelle valeur que pour les héritiers » ou encore lorsque l'intérêt familial dominait⁹⁴¹.

666. Parallélisme de l'intérêt culturel et de l'intérêt moral. Le souvenir de famille est attaché à la mémoire, et donc comme le bien culturel, est destiné à la conservation, mais surtout, il est lié à la mémoire d'une communauté déterminée. Il s'agit donc, d'un bien symbolique, rattaché à une collectivité définie et dont la destination est la conservation.

Par ailleurs, Madame Marie Cornu souligne qu'en regardant les biens susceptibles d'entrer dans la catégorie des souvenirs de famille, on s'aperçoit qu'ils peuvent revêtir un intérêt historique ou artistique certain. C'est le cas des portraits de famille réalisés par un peintre illustre, des archives familiales, de la correspondance ou des objets ayant appartenu à des personnages connus ou encore se rapportant à des événements remarquables, autant de biens susceptibles de présenter un intérêt sous un double rapport, culturel et moral⁹⁴².

II. L'exemple du droit des affaires : l'éclatement du patrimoine, l'émergence « d'un patrimoine vital »

667. Généralités. Le législateur, en édictant des règles spéciales pour certaines masses de biens, a admis, dans des domaines variés, l'existence d'universalités se détachant plus ou moins de la notion classique de patrimoine. Le phénomène est frappant en matière de régimes matrimoniaux. Sous les régimes matrimoniaux communautaires, il existe généralement trois masses de biens. La trilogie classique est celle des propres du mari, des propres de la femme et des biens communs. Cette dernière masse se compose dans le régime légal (sans contrat de mariage), des économies des époux et des biens acquis avec elles, constituant par là une sorte d'universalité juridique, avec un actif et un passif. Dans le droit des successions il existe des situations dans lesquelles une même personne se trouve à la tête de deux masses.

⁹⁴¹ M. CORNU, *Le droit des biens culturels, L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 150.

⁹⁴² M. CORNU, *Le droit des biens culturels, L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 151.

En principe, au décès d'une personne, son patrimoine se fond dans celui de l'héritier, tenu de ce fait des dettes du défunt, donc personnellement au-delà de l'actif de la succession. Cette situation pouvant être désastreuse pour l'héritier, la loi lui accorde le droit de n'accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire nouvellement appelé depuis 2006 avec acceptation à concurrence de l'actif net ; bien qu'il soit propriétaire des biens héréditaires, il en résulte une séparation entre ses biens et ceux du défunt ; l'héritier ne sera tenu des dettes du défunt que dans les limites de l'actif successoral⁹⁴³.

Le droit des affaires entretient avec la théorie du patrimoine une respectueuse indifférence, c'est ainsi que le souligne le Professeur Bertrand Fages, car même si elle s'est construite *via* l'Allemagne, dans la première moitié du XIX^{ème} siècle, en s'inspirant des dispositions du droit successoral contenues dans le Code civil, c'est-à-dire très loin du droit contemporain des affaires la théorie d'Aubry et Rau a traversé les époques et les disciplines. La théorie classique du patrimoine apparaît selon les dires du Professeur Bertrand Fages comme « un vieil arc de triomphe » que nul ne songe à détruire et qui est tout simplement planté là, dans l'axe historique. Indifférence, laissant passer beaucoup d'air entre ses deux piliers fondateurs que sont la personnalité et l'universalité du patrimoine⁹⁴⁴.

668. Inconvénients de la théorie classique. La conception française d'un patrimoine unique et indivisible, attribut et émanation de la personnalité a été critiquée. D'un point de vue pratique, on a fait justement valoir qu'elle ne permettait pas de donner satisfaction à de justes besoins et qu'elle entravait à tort, certaines initiatives privées. On a aussi souhaité qu'un commerçant puisse n'affecter qu'une partie de sa fortune aux aléas des affaires, afin de préserver le reste de ses biens pour la sécurité de sa famille, étant précisé que les créanciers commerciaux auraient alors un droit de préférence par rapport aux créanciers civils sur le patrimoine commercial. La construction logique et abstraite d'Aubry et Rau, à base individualiste, est bien trop étroite. On peut en effet considérer que l'universalité juridique implique un lien entre les éléments qui la composent ; or ce lien existe lorsqu'une masse de biens et de dettes trouve sa cohérence dans une affectation commune à un but déterminé

⁹⁴³ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd. , Précis Dalloz, 2002, p. 24 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd. , Defrénois, 2007, p. 13, n° 19.

⁹⁴⁴ B. FAGES, *Théorie du patrimoine et droit des affaires : une respectueuse indifférence*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?* , Colloque en Avignon du 12 mars 2004, Droit et patrimoine, Dossier spécial, 2005, N° 133, janvier 2005, p. 73 et s.

indépendamment du rattachement à une personne ; lorsque des biens et des dettes ont une telle affectation, ils sont nécessairement liés et devraient pouvoir constituer une universalité juridique, un patrimoine.

669. L'idée d'affectation. Les patrimoines d'affectation, il s'agirait ainsi de reconnaître « des patrimoines d'affectation » caractérisés par une destination déterminée et, sans porter atteinte au rattachement de tout patrimoine à un titulaire, de renoncer au principe de l'unité du patrimoine⁹⁴⁵.

Tant la personne morale que la personne physique constitue le point d'ancrage où viennent se rattacher les divers éléments du patrimoine. Le droit des affaires est une véritable usine à patrimoines et aussi à personnes. Le patrimoine d'affectation est un patrimoine que le législateur n'a jamais officiellement institué en tant que tel, mais qu'il a pragmatiquement consacré à travers la création de l'EURL en 1985. Afin de créer des patrimoines il faut et il suffit de créer des personnes morales même unipersonnelles⁹⁴⁶.

670. Eclatement du patrimoine. La théorie de l'universalité du patrimoine consiste à soutenir que le patrimoine forme un tout, unique, indivisible, où se fondent tous les biens, présents et futurs qui servent de gage à toutes les dettes il s'agit de la théorie du gage général exprimée aux articles 2092 et 2093 du Code civil devenus les articles 2284 et 2285 du Code civil. Cet éclatement du patrimoine est perceptible dans le droit des procédures collectives entendues largement (redressement et liquidation judiciaires ainsi que surendettement des particuliers). Le patrimoine est rarement traité comme un tout. Des distinctions sont établies afin de soumettre à des régimes juridiques distincts tels ou tels groupes de valeurs constituant des masses autonomes au sein d'un même patrimoine.

- Dans le cas de la liquidation du patrimoine du débiteur surendetté⁹⁴⁷, seul est liquidé le patrimoine personnel, par opposition au patrimoine professionnel qui est laissé en dehors de la procédure. Au cœur du patrimoine personnel sont exclus de la procédure de liquidation d'une part « les biens meubles nécessaires à la vie courante » et surtout d'autre part les biens non

⁹⁴⁵ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, p. 3, n° 5.

⁹⁴⁶ B. FAGES, *Théorie du patrimoine et droit des affaires : une respectueuse indifférence*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque en Avignon du 12 mars 2004, Droit et patrimoine, Dossier spécial, 2005, N° 133, janvier 2005, p. 74.

⁹⁴⁷ Loi du 1^{er} Août 2003 n° 2003-710.

professionnels du débiteur qui sont « indispensables à l'exercice de son activité professionnelle ». Le patrimoine personnel préserve ici une partie qui est vitale à l'activité professionnelle⁹⁴⁸. Ici tout est mis en œuvre afin d'épargner l'entreprise.

- La loi n° 2003-721 du 1^{er} Août 2003 pour l'initiative économique permet à la personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante de déclarer insaisissable ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale. La déclaration est publiée au bureau des hypothèques. Elle n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent postérieurement à la publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant⁹⁴⁹. L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel est proclamée ; l'idée étant « d'ériger la résidence principale de l'entrepreneur individuel en îlot autonome au sein de son patrimoine »⁹⁵⁰.

671. L'émergence d'un patrimoine vital. Tant la loi pour l'initiative économique que la réforme du droit du surendettement contribuent à l'émergence d'un « patrimoine de dignité ». Comme le souligne le Professeur Bertrand Fages, il s'agit, d'une part, d'une « dignité personnelle de l'entrepreneur, qui, en dépit de ses difficultés financières professionnelles, a le droit de poursuivre une vie personnelle normale ou à tout le moins minimale en continuant à profiter de sa résidence principale » et d'autre part, il s'agit, « d'une dignité professionnelle du débiteur surendetté qui, comme on l'a vu dans le nouveau droit du rétablissement personnel, se voit reconnaître la possibilité de poursuivre une vie professionnelle normale ou à tout le moins minimale par l'exclusion de la procédure de liquidation des biens indispensables à l'exercice de son activité professionnelle ». L'émergence d'un « patrimoine vital » semble se réaliser. « Il est vital pour l'entrepreneur de préserver ce qui est indispensable à sa vie personnelle ; comme il est vital pour le particulier de préserver ce qui est indispensable à son activité professionnelle »⁹⁵¹.

⁹⁴⁸ B. FAGES, *Théorie du patrimoine et droit des affaires : une respectueuse indifférence*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque en Avignon du 12 mars 2004, Droit et patrimoine, Dossier spécial, 2005, N° 133, janvier 2005, p. 75 et 76 *in fine*.

⁹⁴⁹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 36, n° 8 g.

⁹⁵⁰ B. FAGES, *Théorie du patrimoine et droit des affaires : une respectueuse indifférence*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque en Avignon du 12 mars 2004, Droit et patrimoine, Dossier spécial, 2005, N° 133, janvier 2005, p. 76.

⁹⁵¹ B. FAGES, *Théorie du patrimoine et droit des affaires : une respectueuse indifférence*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque en Avignon du 12 mars 2004, Droit et patrimoine, Dossier spécial, 2005, N° 133, janvier 2005, p. 76.

Ainsi le droit des affaires s'éloigne fortement de la théorie d'Aubry et Rau rompant le principe de personnalité du patrimoine mais encore et surtout celui d'universalité du patrimoine.

§2. Une nouvelle divisibilité

672. Influence de la spécialisation du droit des biens en faveur de l'éclatement du patrimoine. Divisibilité du patrimoine : attachement à une finalité déterminée. La spécialisation du droit des biens culturels et la spécialisation du droit des biens naturels constituent deux branches de la spécialisation du droit des biens qui ont pour objet respectif le patrimoine culturel et le patrimoine naturel, d'où le clivage ou plus particulièrement l'éclatement du patrimoine. Le patrimoine se divise en patrimoine culturel, patrimoine naturel, patrimoine génétique, patrimoine architectural.

Le patrimoine fiduciaire constitue un nouvel exemple de divisibilité du patrimoine. Après les patrimoines d'affectation, en droit commercial, le patrimoine fiduciaire en constitue une variété, en droit civil.

La spécialisation du droit des biens fait apparaître un cloisonnement des patrimoines.

Ainsi, cette multitude de patrimoines qui font appel respectivement à diverses législations spécifiques souligne exactement la divisibilité du patrimoine. Tous ces patrimoines appartiennent à une communauté de personnes afin de répondre à une communauté d'intérêts que ce soit d'ordre culturel, naturel etc.

Cette logique de divisibilité d'un patrimoine commun apparaît à travers diverses législations externes au Code civil.

Cependant, le Code civil, qui est empreint de la théorie unitaire du patrimoine d'Aubry et Rau, semble enclin à admettre une nouvelle figure, « le patrimoine fiduciaire » renvoyant à la consécration de la divisibilité du contenu du patrimoine.

C'est en cela que le mouvement de spécialisation du droit des biens semble avoir influencé, semble avoir eu une incidence sur la conception traditionnelle du patrimoine. En effet, la conception traditionnelle du patrimoine chute devant la consécration du « patrimoine fiduciaire » où est admis la divisibilité du patrimoine. Cette nouvelle figure affecte aujourd'hui le Code civil sous l'influence indirecte de la spécialisation du droit des biens. C'est en cela que nous pouvons voir que la spécialisation du droit des biens culturels et naturels notamment

participe à influencer la conception traditionnelle du patrimoine en la faisant passer, autrement dit, en la transformant de l'état d'unitaire à celle de divisible.

Tout comme « les patrimoines d'affectation », c'est en termes de « finalité » qu'il faut se positionner car l'instauration d'un patrimoine culturel, naturel, génétique, architectural ont tous respectivement une visée, un but, une finalité déterminée et précise d'ordre culturel, naturel, génétique etc. (répondant à un ordre moral supérieur, préservation d'une valeur culturelle, naturelle...). C'est précisément à travers eux, peut-être, que cette finalité est la plus visible.

Aussi c'est à leur image que la consécration du patrimoine fiduciaire c'est faite. L'article 2011 du Code civil énonce que la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. Cet article spécifie et évoque bien un but déterminé.

Le patrimoine fiduciaire s'inscrit dans le sillage des patrimoines d'affectation, mais encore, de manière plus inattendue dans celui des nouveaux patrimoines que sont les patrimoines culturels, naturels...

673. Plan. Il aura lieu d'exposer les fondements et les conséquences théoriques de la divisibilité du contenu du patrimoine **(I)** avant de présenter la consécration du « patrimoine fiduciaire » au travers de la loi du 19 février 2007 **(II)**.

I. Fondements et conséquences théoriques de la divisibilité du contenu du patrimoine

674. Théorie du patrimoine d'affectation. Cette théorie a pour origine le droit allemand. En droit allemand, la doctrine du « patrimoine d'affectation » (Zweckvermögen) permet de reconnaître à une même personne des patrimoines distincts caractérisés par une affectation commune à des destinations déterminées et indépendantes de son patrimoine personnel général. Dans une telle conception, le patrimoine n'est pas indivisible et peut être scindé en détachant par des libéralités ou des transmissions d'universalités actives et passives

spécifiques des masses de biens déterminés⁹⁵². La théorie du patrimoine d'affectation estime inutile de lier le patrimoine à la personne et permet d'affecter une partie (une masse) des biens d'une personne à un but déterminé sans que cette masse soit rattachée à une personne. Cette théorie est susceptible de degré ; les créanciers du patrimoine d'affectation bénéficient de droits préférentiels plus ou moins marqués ; de même les pouvoirs de la personne sur le patrimoine d'affectation sont plus ou moins limités⁹⁵³.

675. Discussion. Les inconvénients attachés à la conception classique du patrimoine ont conduit à proposer de lui substituer la théorie du patrimoine d'affectation. La théorie d'Aubry et Rau a été vivement combattue lui reprochant son abstraction et sa systématisation. On a dit aussi que ce qui constituait le patrimoine, c'étaient les biens qui le composaient, plus que la personne qui en était titulaire. Sa rigidité a également été soulevée empêchant qu'une personne puisse avoir plusieurs patrimoines, ou qu'il y ait des patrimoines sans sujet, tels que les patrimoines d'affectation. Aussi serait-il opportun de soutenir une conception objective du patrimoine comme en Allemagne où les liens avec la personne sont relâchés et qu'au contraire ceux du patrimoine avec les biens qui le composent renforcés. Aussi la théorie d'Aubry et Rau n'a pu survivre au capitaliste que parce que s'est développée la théorie de la personnalité morale, qui a fait du lien entre la personne et le patrimoine un rapport purement juridique, puisqu'il existait un grand nombre de personnes qui n'étaient pas physiques⁹⁵⁴.

676. La personnalité morale, une technique de scission du patrimoine d'un individu unique. La doctrine majoritaire et la pratique ont vu dans la personnalité morale, un instrument ou un outil permettant de contourner l'unité du patrimoine, ou de lui porter atteinte. Du fait de l'impossibilité de diviser le patrimoine, la personnalité morale est présentée comme la seule technique juridique à la disposition des acteurs de la vie juridique pour créer un patrimoine autonome. L'accent est mis sur l'utilité de la personnalité morale qui est considérée comme un « outil de séparation des patrimoines ». La multiplication des patrimoines permet de diviser le patrimoine. Ceci mérite une précision car on pourrait croire que la personne peut disposer de deux ou de plusieurs patrimoines, ce qui n'est pas le cas puisque les biens sont affectés

⁹⁵² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2000, p. 4, n° 6.

⁹⁵³ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 13, n° 19.

⁹⁵⁴ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 15, n° 24.

indirectement à une activité exercée par un autre sujet de droit la personne morale. La notion de patrimoine utilisée fait ici référence aux biens que la personne cherche à utiliser dans un certain but, pour répondre à certains besoins.

677. Fondements théoriques de la divisibilité du contenu du patrimoine. D'après Aubry et Rau l'unité du patrimoine doit être entendue, tout d'abord, comme fondée sur l'unité de la personne et ensuite sur l'abstraction du contenu du patrimoine.

Aussi Madame Anne-Laure Thomat-Raynaud en recherchant les fondements théoriques de la divisibilité du contenu du patrimoine, est amenée à revenir à la théorie originelle de Zachariae, auteur allemand avait en effet expressément envisagé une exception générale à l'unicité du patrimoine reposant sur la reconnaissance légale d'une pluralité de personnalités. L'étude de la théorie originelle de Zachariae a permis de modifier la conception héritée d'Aubry et Rau sans en altérer la signification profonde. Madame Anne-Laure Thomat-Raynaud par le biais de cette reconnaissance légale d'une pluralité de personnalités la présente comme le fondement de la pluralité de sous-patrimoines. Pour cela cette dernière reconnaît qu'il serait encore nécessaire de reconnaître un contenu concret au patrimoine de façon à rendre son contenu divisible. Ces deux fondements qu'elle analyse lui permettra de montrer que l'aménagement proposé se présente comme une alternative entre la théorie subjective d'Aubry et Rau et la théorie objective dite des patrimoines d'affectation qui lui est traditionnellement opposée⁹⁵⁵. En effet, cette dernière relève que l'auteur allemand Zachariae fait découler le principe de l'unicité du patrimoine de la définition du patrimoine « une seule et même personne ne peut posséder plus d'un patrimoine, à moins que la loi ait attribué à un seul et même individu une personnalité multiple, ou n'ait permis, soit au propriétaire du patrimoine soit à un tiers de séparer du patrimoine d'une personne, certains biens, comme pour en former un patrimoine à part »⁹⁵⁶.

678. Conséquences théoriques de la divisibilité du contenu du patrimoine. Madame Anne-Laure Thomat-Raynaud tire pour conséquences de la reconnaissance de la divisibilité proposée du contenu du patrimoine tout d'abord qu'elle permettrait de reconnaître l'existence

⁹⁵⁵ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, T. 25, Defrénois, 2007, p. 375, n° 796 et s.

⁹⁵⁶ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, T. 25, Defrénois, 2007, p. 376, n° 800.

d'une pluralité d'universalités de droit⁹⁵⁷. De plus, comme cette divisibilité proposée repose sur la reconnaissance fictive d'une pluralité de personnalités à la personne, elle va développer des conséquences à l'égard du titulaire du patrimoine. En effet, la doctrine s'accorde à dire que l'instauration du patrimoine d'affectation suppose la limitation de l'exercice des droits du propriétaire, de façon à ce que l'affectation des biens soit respectée⁹⁵⁸. Par ailleurs, les conséquences théoriques de la divisibilité du contenu du patrimoine ont des effets pour les créanciers, cette dernière relève que la divisibilité du contenu du patrimoine proposée conduirait à la divisibilité du droit de gage des créanciers ainsi qu'à la spécialisation de leur droit de gage⁹⁵⁹.

C'est le fondement donné à la divisibilité qui permettrait de justifier l'étanchéité entre les gages. Les sous-ensembles qui naîtraient de la division se rattacheraient à une personnalité spéciale et seraient différenciés des autres universalités en raison de l'affectation commune de leurs éléments à une même utilité. L'autonomie du sous-ensemble, c'est-à-dire son indépendance par rapport aux autres sous-ensembles, est liée à l'absence d'interchangeabilité qui permet de séparer juridiquement les sous-ensembles. De ce fait, les créanciers ne pourraient plus avoir un droit égal sur tout le contenu du patrimoine, puisque le contenu du patrimoine ne serait plus fongible à leur yeux. Cette perte de fongibilité du contenu du patrimoine expliquait déjà la divisibilité du droit de gage que connaît le droit positif⁹⁶⁰.

II. La consécration du « patrimoine fiduciaire » au travers de la loi du 19 février 2007

679. Origines. La fiducie a été couramment pratiquée en droit romain jusqu'au Bas-Empire. D'une part, la première forme était *la fiducia cum amico*, était un pacte adjoint au transfert de propriété par lequel le nouveau propriétaire (parent, ami) s'obligeait à restituer prenant la forme d'un dépôt ou d'un prêt à usage, à une époque où ces contrats étaient ignorés. D'autre part, la seconde forme était *la fiducia cum creditore*, le débiteur remettait au créancier

⁹⁵⁷ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, T. 25, Defrénois, 2007, p. 427, 428 et s. , n° 928, 929 et s.

⁹⁵⁸ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, T. 25, Defrénois, 2007, p. 432 et s. , n° 944 et s.

⁹⁵⁹ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, T. 25, Defrénois, 2007, p.438 et s., n° 962 et s.

⁹⁶⁰ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, T. 25, Defrénois, 2007, p. 442, n° 974.

un bien en garantie du paiement de sa dette, le créancier s'engageant à rétrocéder ce bien au débiteur à l'échéance, si la dette était remboursée. La fiducie s'effaça devant l'essor notamment du gage puis de l'hypothèque. Cependant, cette institution perdura sous une forme étrange, le fidéicommiss, lié à un acte à cause de mort où une personne chargeait son héritier, fidéicommiss, de remettre des biens après son décès au fidéicommissaire⁹⁶¹.

680. Tendances actuelles. Le patrimoine se présente non seulement comme « une entité juridique », mais aussi comme une « réalité concrète ». C'est l'évolution du contenu du patrimoine qui focalise l'attention. Ces études relèvent que ce contenu n'a plus la même composition qu'au temps d'Aubry et Rau, et que la notion de bien serait peut être en train de subir des transformations. Cet intérêt porté au contenu du patrimoine se révèle important car Aubry et Rau ne s'étaient pas intéressés à cet aspect et d'autre part, car la loi contemporaine semble de la même façon appréhender la réalité par masses et non par unité abstraite. Ceci appelle une autre façon d'envisager le concept de patrimoine, ce qui est susceptible de rejaillir sur son unité⁹⁶².

681. Présentation de la propriété fiduciaire. L'article 2011 du Code civil relève que la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. Cette définition est imparfaite car elle ne désigne que de manière allusive le patrimoine fiduciaire, qu'elle ne mentionne clairement en tant que patrimoine d'affectation que dans les dispositions non codifiées. La fiducie est un contrat (Article 2012 du Code civil) translatif même que le mot soit éludé et rend l'acquéreur propriétaire des biens qui lui sont transmis. Ceci se vérifie en regardant le titre de la fiducie qui est intégré dans le livre III du titre XIV du Code civil (Articles 2011 à 2031) consacré aux différentes manières dont on acquiert la propriété. Aussi cette notion d'un transfert de propriété

⁹⁶¹ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd. , Defrénois, 2007, p. 245, 246, n° 761. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, 2008, p. 404, n° 252.

⁹⁶² A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, T. 25, Defrénois, 2007, p. 12, n° 19.

au fiduciaire écarte sans équivoque le dédoublement de la propriété entre le bénéficiaire et le fiduciaire⁹⁶³.

La propriété fiduciaire est la conséquence d'un acte juridique par lequel une personne, appelée le fiduciaire ou le constituant, transmet à une personne de confiance, appelée le fiduciaire, la propriété temporaire de certains biens, à charge par elle d'en transmettre à son tour la propriété, à un bénéficiaire, après en avoir fait l'usage convenu dans l'intérêt de celui-ci. Le fiduciaire est donc titulaire du droit de propriété. Les obligations qui s'imposent au fiduciaire dans l'intérêt d'autrui (le bénéficiaire) et surtout le caractère nécessairement temporaire de la fiducie limitent de manière importante l'exercice des prérogatives de propriétaire : pour le fiduciaire, le droit de propriété n'est pas un absolu, il lui est confié en considération d'un objectif déterminé. Aussi, les biens qui sont l'objet de la fiducie ne se mélangent-ils pas avec les autres biens du fiduciaire. Ils forment une masse particulière, le patrimoine fiduciaire. Les pouvoirs du fiduciaire sont ceux d'un propriétaire : *usus, fructus, abusus*. La fiducie consiste donc à faire de la propriété un simple instrument au service d'une finalité particulière⁹⁶⁴.

682. Institutions voisines : mandat et prête-nom. Le droit civil paraît offrir des institutions permettant d'atteindre le but que se donne la fiducie. Cependant ce n'est qu'une apparence. Institution voisine au *trust* développé dans les pays de *common law*⁹⁶⁵.

- Le mandat permet de conclure un acte juridique au nom et pour le compte d'autrui, il s'agit d'une représentation parfaite. Lorsque le mandataire conclut un acte pour le compte du mandant, celui-ci est présent, ses intérêts sont au cœur de l'acte conclu pour lui. Pareillement, dans la fiducie-gestion, le fiduciaire agit dans l'intérêt d'autrui. Le mandat doit être cantonné à un acte déterminé, lorsqu'il confère au mandataire le pouvoir de disposer d'un bien du mandant (Article 1988 du Code civil) et est révocable *ad nutum* (Article 2004 du Code civil). Or la gestion d'une entreprise ou d'un portefeuille de valeurs mobilières ... nécessite l'accomplissement fréquent d'actes de disposition, à la seule initiative du gérant. Les tiers traitant avec le gérant ne doivent pas avoir de doutes sur l'existence et l'étendue de ses pouvoirs : la gestion avisée implique la

⁹⁶³ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, 2008, p. 409, n° 255.

⁹⁶⁴ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd. , Defrénois, 2007, p. 243, n° 757.

⁹⁶⁵ Le schéma d'ensemble est le suivant le constituant du *trust, settlor of the trust*, décide que certains biens seront administrés par un *trustee*, dans lequel il place sa confiance, à charge pour celui-ci de leur donner une affectation convenue, déterminée dans l'acte constitutif, et généralement de faire bénéficier de sa gestion une ou plusieurs autres personnes, les *cestuis que trust*.

sécurité, laquelle est difficilement compatible avec la révocabilité des pouvoirs du gérant. Au contraire, la fiducie confère au fiduciaire la plénitude des droits d'un propriétaire (*usus / fructus / abusus*) et n'est pas révocable *ad nutum*.

- Le prête-nom consiste en une dissimulation d'existence. Il s'agit d'un contrat à la limite de la légalité, quasiment occulte. A la différence de ce qui se passe dans la déclaration de command, ici le cocontractant dissimule non seulement l'identité du véritable bénéficiaire du contrat mais aussi son existence même. Le prête-nom n'est que le complice d'une simulation entre prête-nom et donneur d'ordre où les règles du mandat s'appliquent. Le prête-nom, l'homme de paille, agit pour le compte de son cocontractant mais en son propre nom. Le tiers contractant a, quant à lui, l'option d'invoquer soit le contrat apparent, soit le contrat que le prête-nom a avec son donneur d'ordre appelé contre-lettre. « Il résulte de ces règles une asymétrie puisque le tiers contractant peut agir soit contre le prête-nom, soit contre le donneur d'ordre, tandis que celui-ci (ce dernier) ne peut agir que contre le prête-nom. Cette asymétrie est la sanction de la déloyauté de l'opération »⁹⁶⁶.

L'obscurité est volontairement créée en l'espèce. Aussi peut être employé le terme de représentation imparfaite comme mécanisme d'opacité. L'acquéreur apparent c'est-à-dire le prête-nom est devenu le propriétaire du bien. Le prête-nom agit pour le compte du véritable propriétaire, tout comme le fiduciaire agit dans l'intérêt d'autrui, mais les actes qu'il accomplit produisent leurs effets à son égard.

Des différences essentielles existent entre la fiducie et le prête-nom. Le fiduciaire acquiert du fiduciaire un droit de propriété, il s'agit d'une aliénation qui n'est pas fictive. Le fiduciaire est réellement propriétaire des biens sur lesquels il agit contrairement à la convention de prête-nom où le prête-nom est fictivement propriétaire. Les tiers peuvent agir directement contre le mandant en déclaration de simulation s'ils le souhaitent. La convention de prête-nom n'est pas destinée à confier à un tiers les pouvoirs de gestion les plus étendus, mais à masquer le véritable titulaire du droit acquis au moyen de l'acte. Les pouvoirs donnés au fiduciaire ont au contraire pour objet d'être effectivement exercés par lui, le fiduciaire les aliène réellement au profit du fiduciaire, afin de donner à celui-ci une autonomie complète⁹⁶⁷.

⁹⁶⁶ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, T. 339, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2000, p. 72, n° 109.

⁹⁶⁷ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 244, 245, n° 759.

683. Etablissement du patrimoine fiduciaire. Le patrimoine est l'universalité qui répond des dettes contractées par toute personne. Cette notion théorique apporte peu aux attributs de la propriété. Son utilité se réduit à faciliter l'exercice du droit de gage général des créanciers, lesdits biens répondant, en principe, de l'ensemble des dettes (Articles 2284-2285 du Code civil). A côté de ce patrimoine général, la loi admet l'existence d'autres universalités de droit, il s'agit des patrimoines particuliers, qui rassemblent des biens fédérés autour d'un but spécifique et qui répondent des dettes nées de la réalisation du même but. Ces patrimoines sont en principe isolés du patrimoine général. Ce sont des patrimoines d'affectation. Le patrimoine fiduciaire en constitue une variété. Toute acquisition fiduciaire emporte constitution d'un patrimoine fiduciaire n'aurait-elle pour objet qu'un bien. Car le fiduciaire peut être amené à acquérir d'autres biens qui viendront se greffer aux biens fiduciaires originels d'une part mais d'autre part l'activité juridique du fiduciaire provoque inmanquablement l'apparition d'un passif qui grève naturellement les biens fiduciaires⁹⁶⁸.

684. Transmission du patrimoine fiduciaire. Il s'agit du constituant lorsqu'il a été désigné bénéficiaire dans le contrat ou lorsque le contrat prend fin en l'absence de bénéficiaire (Article 2030 du Code civil). Lorsque le bénéficiaire accepte le patrimoine fiduciaire est transféré à son profit. Dans le cas où il disparaît avant la fin du contrat, décès ou dissolution par exemple, le transfert a lieu au profit de ses successeurs. Le contrat peut prévoir la désignation d'un bénéficiaire de substitution. Quelque soit le motif d'expiration le respect du contrat en matière de désignation s'impose. Tout dépend de la mission du fiduciaire, s'il s'agit de conserver à titre de garantie le bien fiduciaire jusqu'au paiement, le défaut de paiement ne se traduit pas par une transmission, à titre commissaire, de la propriété de la chose puisque le fiduciaire créancier en est déjà propriétaire. Dans le cas où le débiteur paie la dette, la sûreté cesse instantanément et la chose donnée en garantie est transmise en retour au débiteur sans qu'une tradition soit nécessaire. Il en est de même lorsque la chose transmise au fiduciaire l'a été dans un unique but de conservation ou de gestion. La fin de la mission fait automatiquement cesser le patrimoine fiduciaire⁹⁶⁹.

⁹⁶⁸ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, 2008, p. 435, n° 276.

⁹⁶⁹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, 2008, p. 447, 448, n° 287.

685. La consécration du patrimoine fiduciaire au travers de la loi du 19 février 2007. Cette loi « instituant la fiducie » a été proposée par le sénateur Marini en 2005, elle comporte des dispositions civiles qui constituent le titre XIV du livre III du Code civil (Articles 2011 à 2031). La fiducie est une opération à trois personnes où le ou les constituants transfèrent « des biens, des droits ou des sûretés » ou un ensemble de biens, droits, ou sûretés à un ou plusieurs fiduciaires, lesquels agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires (Article 2011 du Code civil). La fiducie peut prendre deux formes soit il peut s'agir d'une fiducie-gestion où le bénéficiaire est le constituant ou sinon il peut s'agir d'une fiducie-sûreté où le fiduciaire peut aussi être bénéficiaire (Article 2016 du Code civil). Les biens confiés demeurent distincts des biens personnels du fiduciaire. Ils ne peuvent être poursuivis que par ceux dont la créance est née de la conservation ou de la gestion des biens confiés. C'est ainsi qu'est né le patrimoine fiduciaire⁹⁷⁰ masse autonome comportant à l'actif les biens initiaux ainsi que le produit de leur gestion, et au passif les dettes nées de la conservation et de la gestion de ces biens. Les créanciers personnels du constituant ou du bénéficiaire ne peuvent pas agir sur ces biens sauf à être titulaire d'un droit de suite antérieur ou exerçant l'action paulienne. Ce patrimoine doit faire l'objet d'une publicité (Article 2021 al. 2 du Code civil) afin que ce patrimoine soit publiquement isolé du patrimoine propre du fiduciaire (Article 2011 du Code civil) ainsi qu'une déclaration doit être faite par le fiduciaire lorsqu'il exerce son pouvoir sur ces biens (Article 2021 al. 1 du Code civil). Les créanciers fiduciaires peuvent agir sur le patrimoine fiduciaire et en cas d'insuffisance sur les biens du constituant sauf clause contraire mettant ce passif à la charge du fiduciaire ; ou au contraire excluant tout recours contre le constituant, efficace seulement à l'égard des créanciers qui l'auront expressément acceptée (Article 2025 al. 2 et 3 du Code civil)⁹⁷¹. Le concept de fiducie, au cœur de la notion de patrimoine fiduciaire est entré en droit positif français. Le droit de propriété ou plutôt les pouvoirs qu'il comporte, peuvent être affectés temporairement à un but déterminé.

686. Conclusion du chapitre. L'enjeu de ce chapitre, pointant du doigt le renouvellement de la conception traditionnelle du patrimoine, nous a conduit à un double constat. Après avoir étudié l'incidence du mouvement de spécialisation du droit des biens sur la

⁹⁷⁰ Articles 2021, 2023, 2024, 2025, 2030 du Code civil.

⁹⁷¹ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3^{ème} éd. , 2007, p. 249, 250.

conception traditionnelle du patrimoine, nous sommes parvenus à dégager deux lignes directrices.

Tout d'abord, sous l'influence du mouvement de la spécialisation du droit des biens, le renouvellement de la notion de patrimoine s'est fait ressentir. En effet, la conception traditionnelle du patrimoine s'est vue fortement affectée par la spécialisation du droit des biens avec l'émergence de nouveaux sujets et de nouveaux objets. Cependant, la notion de patrimoine a pu être unifiée autour de l'idée d'intérêt général juridiquement protégé avec la mise en exergue du patrimoine commun faisant écho à la fois à la résurgence de la notion classique de patrimoine ainsi qu'à celle des propriétés simultanées.

Ensuite, également une mutation dans l'appréhension du patrimoine s'est opérée. En effet, la spécialisation du droit des biens et notamment la spécialisation du droit des biens culturels et naturels renvoie aux concepts de patrimoine culturel et naturel, mais il en existe bien d'autres, tels que le patrimoine génétique ou encore architectural. Le patrimoine se divise, d'où son éclatement. C'est ainsi que l'on peut dire que le patrimoine se divise sous l'influence de la spécialisation du droit des biens. En effet, la conception traditionnelle du patrimoine se voit influencée par la spécialisation du droit des biens et paraît avoir du plomb dans l'aile. Tout comme, « les patrimoines d'affectation », c'est en termes de « finalité » qu'il faut se positionner car l'instauration d'un patrimoine culturel, naturel, etc. poursuivent tous une visée, un but, une finalité déterminée. La spécialisation du droit des biens et notamment l'émergence des patrimoines culturel et naturel paraissent véritablement influencer, avoir une incidence sur la manière d'appréhender le patrimoine. Les patrimoines culturel et naturel et la spécialisation du droit des biens qui les accompagne sont affectés par une nouvelle finalité morale (finalité culturelle et naturelle) et contribuent à l'éclatement du patrimoine. Cet éclatement du patrimoine est le produit de la spécialisation. Ces deux mouvements (une nouvelle finalité morale et une nouvelle divisibilité, un nouvel éclatement) nés au cœur de la spécialisation du droit des biens culturels et naturels participeront à la mutation dans l'appréhension du patrimoine.

Cette mutation dans l'appréhension du patrimoine se manifeste d'une part, par une nouvelle finalité morale. En effet, le patrimoine se voit véritablement habité par une certaine connotation morale. La moralisation du patrimoine se traduit de manière plus concrète à travers la moralisation de la valeur transcendant le concept de patrimoine. Cette moralisation du patrimoine peut parfaitement être illustrée à travers deux exemples, les souvenirs de famille qui

revêtent une connotation morale indéniable mais encore à travers l'émergence « d'un patrimoine vital » en droit des affaires où l'on assiste à un éclatement réel du patrimoine. Or, la reconnaissance de la divisibilité du contenu du patrimoine contraste avec la théorie classique du patrimoine, où ce dernier se présente comme un et indivisible, faisant ainsi la part belle à la théorie allemande. D'autre part, la mutation dans l'appréhension du patrimoine se manifeste par l'émergence d'une nouvelle divisibilité ou plus exactement d'un nouvel éclatement. Ce nouvel éclatement est influencé par la spécialisation du droit des biens et affecte maintenant le Code civil par le biais de la consécration du « patrimoine fiduciaire ». Cette reconnaissance de la divisibilité du contenu du patrimoine est de toutes les actualités se prolongeant jusque dans la loi du 19/02/2007 où est consacré le patrimoine fiduciaire.

Cette spécialisation du droit des biens va naturellement interroger les principes fondamentaux (unité du patrimoine...) qui irriguent le concept de patrimoine, c'est précisément en cela que la spécialisation du droit des biens se présente comme un enrichissement, une source de régénérescence du droit commun des biens.

Il est intéressant et indispensable de souligner à ce stade de notre étude que la spécialisation du droit des biens doit davantage irriguer le droit commun des biens. La spécialisation du droit des biens participe ainsi au renouvellement des notions irriguant le Code civil.

CONCLUSION DU TITRE I

687. Enrichissement des notions du Code civil : la spécialisation du droit des biens doit davantage irriguer le Code civil. En apparence le Code civil peut paraître vieillissant sous l'impulsion de la spécialisation du droit des biens, cependant cela se révèle vite être que fiction. En effet, *de lege lata*, s'est peu à peu dessiné le renouveau des concepts notamment à travers l'affirmation du renouvellement des notions irriguant le Code civil.

Le mouvement de spécialisation du droit des biens a une incidence d'une part, sur la conception traditionnelle des biens et d'autre part, sur la conception traditionnelle du patrimoine.

L'incidence de ce mouvement sur la conception traditionnelle des biens est double ; permettant tout d'abord le recentrage de l'essence du bien sur la valeur et présentant ensuite le « produit » comme nouvelle référence. Désormais la valeur incarne le nouvel objet du droit des biens, la nouvelle essence du bien. Le produit en tant que nouveau référent apparaît à travers la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, mais cependant l'avènement de cette nouvelle figure par les biens provoque un renversement de perspectives.

L'incidence de ce mouvement sur la conception traditionnelle du patrimoine peut se diviser en deux branches. D'une part, le renouvellement de la notion de patrimoine se réalise par un enrichissement de nouveaux sujets et de nouveaux objets ainsi qu'à travers l'émergence de l'idée de patrimoine commun. D'autre part, la mutation dans l'appréhension du patrimoine s'opère parce que la nouvelle finalité morale qu'on lui attribue conduit à une nouvelle divisibilité, à un nouvel éclatement. Cet éclatement du patrimoine est le produit de la spécialisation du droit des biens.

Il est indispensable et intéressant de souligner à ce stade de notre étude que la spécialisation du droit des biens doit davantage irriguer le droit commun des biens, participant alors à son renouvellement.

La spécialisation du droit des biens interroge naturellement les notions transversales et fondamentales du droit civil des biens, c'est précisément en cela que la spécialisation du droit

des biens se présente comme un enrichissement, une source de régénérescence du droit commun des biens. En effet, ces notions se retrouvent revigorées, renouvelées, autrement dit, régénérées par la spécialisation.

La spécialisation du droit des biens et le renouvellement des notions que celle-ci entraîne dans son sillage conduit indéniablement à un enrichissement de la notion de bien et illustre par ailleurs, parfaitement la vitalité du droit des biens.

688. Transition, articulation. La spécialisation du droit des biens est amenée non comptant au renouvellement des concepts de biens et de patrimoine comme ceci l'a été ci-dessus exposé, mais encore outre ces dites notions, ceux sont les régimes mêmes transversaux du Code civil qui subissent eux aussi les assauts de la spécialisation du droit des biens. Sous l'influence de la spécialisation du droit des biens ces régimes présentent de nouveaux visages et s'affinent participant ainsi à la renaissance des principes féconds posés par le Code civil.

TITRE II

L’AFFINEMENT DES REGIMES : LA RENAISSANCE DES PRINCIPES FECONDS POSES PAR LE CODE CIVIL

689. Constat de la spécialisation du droit des biens : contraste entre l’immobilisme du *in* et la vitalité du *off*. Au regard de la véritable explosion de la spécialisation du droit des biens à laquelle l’on assiste, se caractérisant par le développement d’un droit des biens hors le Code civil, proliférant dans un univers parallèle (Loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété, Code rural, Code de l’environnement, Code de la construction et de l’habitation, Code de l’urbanisme, Code de commerce, Code de la propriété intellectuelle...) conduit à une situation contrastée. La vitalité du droit des biens hors le Code civil contraste avec la tranquillité, le quasi-immobilisme du droit des biens inséré au sein du Code civil. Les nouveaux biens que sont les fonds, les créations intellectuelles ou encore les valeurs mobilières..., se sont développés à l’écart du Code civil soulignant par là la réelle désertification du Code civil, victime d’une décodification⁹⁷². Certains expliquent cet immobilisme par plusieurs facteurs de blocage⁹⁷³ : en 1804, l’immeuble constituait la valeur centrale de l’époque laissant de côté les meubles, mais encore seuls les biens corporels attiraient toutes les attentions, bien que la protection de certaines créations de l’esprit ait été admise, laissant hors du Code civil les biens incorporels et ceux tirés de l’industrie humaine.

⁹⁷² J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Doctrine, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 4, n° 3.

⁹⁷³ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Doctrine, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 4, n° 3.

690. Incidence de la spécialisation du droit des biens sur le Code civil : entre vieillissement et rajeunissement. L'examen des livres, titres et sections consacrés aux biens au sein du Code civil permette d'avancer que ce dernier se trouve dans un état figé. En effet, dans le Code civil les notions vénérables sont restées intactes et certains vestiges d'une société rurale comme les moulins à vent ou à eau, les lapins de garennes... jouxtent l'écrit électronique et le pacte civil de solidarité. Le Code civil pourrions-nous dire se trouve dans un état de léthargie, de latence, autrement dit, dans un état végétatif ; le Professeur Jean-Baptiste Seube préfère parler de somnolence traduisant en réalité l'épuisement et la sclérose du droit des biens. Resté à l'écart du mouvement, le Code civil a laissé le droit des biens évoluer en dehors de lui. De nombreux textes se sont développés à l'extérieur du Code civil évoluant dans un univers parallèle (Code rural, Code de l'environnement, Code de la construction et de l'habitation, Code de l'urbanisme, Code de commerce, Code de la propriété intellectuelle, etc.).

Un contraste s'opère où la vitalité du droit des biens hors le Code civil s'oppose à la tranquillité du droit des biens dans le Code civil, restant silencieux sur les nouveaux biens que sont les fonds, les créations intellectuelles ou encore les valeurs mobilières... le Code civil se désertifie, victime d'une décodification⁹⁷⁴.

Ceci s'explique d'un point de vue historique, en 1804 le Code civil fut instauré afin de régir une société profondément agraire où l'immeuble (fonds de terre, bâtiments ensuite) était le pivot. La lecture de ses articles le démontre renvoyant aux récoltes pendantes par racines ou aux fruits des arbres, eaux de sources, plantations...

Le droit des biens du Code civil correspondait essentiellement en l'immeuble. Le Code civil n'a pas su répondre aux attentes de la Révolution industrielle. Ainsi créations de l'esprit, biens incorporels et ceux tirés de l'industrie humaine se sont développés hors du Code civil car trop axé sur les seuls biens corporels.

Que ce soient les lots de copropriété, les certificats d'obtention végétale, les clientèles, les fonds de commerce ou encore les créations de l'esprit n'ont aucun point commun mis à part de s'être développés à l'écart du Code civil.

Ce droit extérieur au Code civil ou plus précisément nommé spécialisation du droit des biens exerce sur le Code civil une double influence : d'une part, il contribue à l'élargissement

⁹⁷⁴ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Doctrine, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 4, n° 3.

considérable de l'horizon dans lequel s'était enfermé le droit des biens conduisant par là à son vieillissement ; d'autre part, face à l'hétérogénéité de ce droit des biens extérieur au Code civil conduit nécessairement à s'interroger sur les principes directeurs existants dans le Code civil et ainsi paradoxalement d'en assurer le rajeunissement. Les principes fondateurs posés par le Code civil se révèlent non seulement nécessaires mais indispensables à la vie des biens nés à l'écart du Code civil. Le Professeur Jean-Baptiste Seube souligne qu'ainsi le Code civil démontre sa fabuleuse jeunesse⁹⁷⁵.

691. Le Code civil, matrice du droit des biens : le Code civil siège du droit commun des biens. Les biens sont envisagés par le Code civil surtout comme des objets de droit. La raison technique de cette approche subjectiviste est que les droits sont la principale traduction juridique des rapports que les personnes sont susceptibles d'avoir à propos des biens. Plusieurs types de prérogatives peuvent avoir un bien pour objet. La propriété est la prérogative de principe à laquelle les biens sont nécessairement soumis, puisqu'elle entre dans leur définition. Elle s'oppose aux droits réels, entendus dans l'acception stricte des droits sur la chose d'autrui ; ces droits constituent un mode exceptionnel d'appréhension des choses appropriées.

Les droits autres que la propriété sont des biens, comme les choses appropriées on parle alors de droits incorporels. Les droits réels forment un rapport aux choses différent de la propriété. Comme elle, ils peuvent se définir comme une prérogative qu'a une personne sur un bien. Mais ils s'en distinguent radicalement parce qu'ils portent sur la chose d'autrui.

La propriété est une notion cardinale du droit car elle se présente comme l'épine dorsale du Code civil, autrement dit, elle constitue le pilier du Code civil.

Le Professeur Frédéric Zénati-Castaing relève que « la propriété est un mécanisme fondamental du droit ». En effet, « le Code civil a fait de la propriété un système qui rend compte des principales notions fondamentales du droit. Les biens sont des propriétés. Les droits sont tous des droits de propriété, sauf les droits incorporels, qui n'en sont que l'assiette. Les personnes constituent une technique d'appropriation quand elles ne sont pas, ce que devait révéler le droit postérieur, elles-mêmes objet de propriété »⁹⁷⁶.

⁹⁷⁵ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Doctrine, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 4.

⁹⁷⁶ F. ZENATI-CASTAING, *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTD Civ. juillet, septembre, 2006, p. 445 et s.

Aussi incomplet soit-il devenu, le Code civil ne demeure pas moins le siège du droit commun des biens : l'article 544 du Code civil reste d'une parfaite modernité, et, par le caractère universel qu'il confère au droit de propriété, détermine l'ensemble des appropriations particulières. Les textes spéciaux qui s'emploient à organiser et étendre le règne de l'appréhension privée doivent donc être reçus comme des instruments de mise en œuvre du droit de propriété relativement aux différents objets que ces textes appréhendent⁹⁷⁷.

Le Professeur Thierry Revet fait remarquer à fort juste titre que « placés en contact des richesses dites « nouvelles », les mécanismes fondamentaux du droit des biens retrouvent la voie d'une source vitale pour toute institution, celle du bain de jouvence. La connexion s'établit parce que les mécanismes dont s'agit sont, à bien des égards, uniques et irremplaçables : le rapport d'exclusivité, les droits sur les choses d'autrui, la possession, l'indivision, etc. ont pu avoir des sens, des applications ou des portées variables, ils sont et demeurent à la base du droit des biens »⁹⁷⁸.

Le Professeur Jean-Baptiste Seube relève que « même dépassé sur certains points, le Code civil offre au droit des biens qui s'est développé hors de sa structure un cadre dans lequel il pourra s'épanouir ». En effet, le droit des biens hors le Code civil ne peut échapper à la propriété **(Chapitre I)** et aux droits réels **(Chapitre II)** qui sont la sève nourricière de toutes les nouveautés. Le Code civil recèle sans doute des notions fondamentales lui permettant de s'adapter au droit des biens développé hors de son *corpus*. « La contemplation du droit des biens hors le Code civil révèle en même temps le vieillissement et les capacités d'adaptation du Code civil. Si une recodification est nécessaire, l'ossature et les notions fondamentales restent, plus de 200 ans après la promulgation du Code civil, incontournables »⁹⁷⁹.

⁹⁷⁷ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ième} éd., 2008, p. 42 ; Ch. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, J.C.P. Cahier de Droit de l'Entreprise, N° 4, Année 2004, p. 3 et s.

⁹⁷⁸ T. REVET, *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire*, Droit et Patrimoine, N° 124, Mars 2004, p. 20 et s. notamment p. 30.

⁹⁷⁹ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Doctrine, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 4 et s., notamment n° 31.

CHAPITRE I

LA PROPRIETE TRANSPOSABLE AUX NOUVELLES RICHESSES

692. Généralité potentielle du domaine du droit de propriété. La Révolution et le Code civil ont redonné à la propriété sa position de puissance, *via*, le droit subjectif, ils confèrent tous deux au pouvoir d'exclusivité un domaine universel en tant que mode d'établissement de toute relation entre la personne et les choses, le droit de propriété est nécessairement apte à saisir toutes espèces de chose. En effet, ni leur origine, ni leur incorporalité ne sauraient empêcher leur appropriation.

Le Professeur Thierry Revet relève quant à lui que « le développement hors le Code civil des dispositifs relatifs aux créations immatérielles n'est donc pas le signe que cet instrument ne constituerait plus le droit commun des biens puisqu'une partie essentielle de ceux-ci échapperait à son empire et ne pourrait revenir sous son égide : l'universalité du domaine de l'article 544 du Code civil fait que les créations immatérielles entrent dans la sphère de cette disposition. Les textes spéciaux qui en assurent la « réservation » doivent donc être reçus comme des instruments de mise en œuvre du droit de propriété relativement aux différentes valeurs qu'ils appréhendent. Ils placent les maîtres de ces créations en position d'exclusivité à leur égard. L'établissement

d'une relation d'exclusivité se réalise. Les propriétés incorporelles sont des propriétés »⁹⁸⁰. D'où la généralité potentielle du domaine du droit de propriété.

693. Généralité potentielle du régime des biens du Code civil. Le régime général des biens énoncé par le Code civil est applicable tant aux créations immatérielles qu'aux valeurs mobilières. Les textes spéciaux propres aux différentes valeurs immatérielles sont loin de tout régir, notamment à propos de leur régime. En cas de carence ou de silence sur tel ou tel point, la solution consiste à interroger le régime général des biens, dont le siège est et demeure le Code civil. Ainsi en présence de créations intellectuelles indivises, tant la pratique que la doctrine puisent dans les mécanismes généraux du Code pour établir un encadrement satisfaisant des œuvres de collaboration, des brevets ou des marques indivis etc. Il en est de même de la théorie générale de la possession, loin d'être bornée par le Code aux choses corporelles, est susceptible d'appréhender les choses incorporelles⁹⁸¹ notamment par le biais de l'article 2228 du Code civil la définissant comme « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom »⁹⁸².

Le phénomène de généralité potentielle du régime des biens du Code civil n'est pas réservé aux créations intellectuelles, en effet ce phénomène a su s'exporter aux valeurs mobilières, la théorie de l'universalité a récemment connu un rajeunissement avec la qualification comme telle du portefeuille de valeurs mobilières où le mécanisme de l'usufruit a su s'appliquer ; enrichissant ainsi le régime de l'usufruit.

694. Régénérescence des mécanismes fondamentaux du droit des biens confrontés aux richesses dites « nouvelles ». Les mécanismes fondamentaux du droit des biens face aux

⁹⁸⁰ T. REVET, *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire*, Droit et patrimoine 2004, N° 124, mars 2004, spécial bicentenaire, p. 20 et s. dont notamment p. 29. F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, in *Le droit et l'immatériel*, T. 23, Sirey, Archives de philosophie du droit, 1999, p. 79 et s. J.-M. MOUSSERON, *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention, Etude de l'évolution récente*, Thèse, soutenu le 2 mai 1958, Montpellier, paragraphe II Le droit du breveté, droit de propriété, p. 272 et s., n° 247 et s. notamment p. 277, n° 253 *in fine*.

⁹⁸¹ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Thèse Montpellier I, soutenue le 4 janvier 2000, Dalloz, 2001, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses et B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Thèse Paris I, 2003, LGDJ, T. 15, 2008.

⁹⁸² T. REVET, *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire*, Droit et patrimoine 2004, N° 124, mars 2004, spécial bicentenaire, p. 30.

richesses dites « nouvelles » se sentent véritablement renaître, régénérer de l'intérieur ce qui permet d'affirmer aujourd'hui la belle vitalité du droit des biens. En effet, les mécanismes fondamentaux irriguant le Code civil que sont le rapport d'exclusivité en d'autres termes la propriété, l'usufruit, la possession, l'indivision etc. se présentent tels des mécanismes uniques et irremplaçables constituant la base du droit des biens. Ils sont et demeurent à la base du droit des biens, ils en constituent l'ossature.

Le Professeur Thierry Revet souligne avec pertinence que « l'éclatement de ses pôles d'édiction, le vieillissement de nombreuses dispositions, l'absence de révision générale et le dépassement actuel de certaines orientations initiales du Code civil nourrissent l'impression d'une sorte de caducité du droit des biens établi en 1804. Or, s'il y a assurément beaucoup à revoir en matière de régime des biens selon la lettre du Code, ses orientations les plus fondamentales demeurent »⁹⁸³.

695. Justification de la démarche. Désormais, la valeur se présente comme la nouvelle essence des biens, à ce titre la propriété recouvre un nouveau visage. Ainsi, par exemple, le droit de propriété *via* le droit d'auteur prend une forme différente vis à vis de la forme traditionnelle, ouvrant des prérogatives nouvelles à la propriété avec le droit de reproduction et le droit de représentation, participant alors à l'enrichissement des régimes, autrement dit, à l'affinement des régimes.

La propriété reste et demeure l'épine dorsale du droit des biens et s'avère transposable aux nouvelles richesses. Elle constitue le squelette, autrement dit, la colonne vertébrale du droit des biens.

Les métamorphoses de la propriété (**Section 1**) sont dues à l'appréhension de l'immatériel par la propriété (**Section 2**). En effet, la propriété saisit l'immatériel mais c'est en réalité l'ensemble des différents mécanismes fondamentaux et transversaux du droit des biens issus du Code civil qui appréhende aujourd'hui l'immatériel. Au-delà de la propriété, l'appréhension de l'immatériel par la possession ou encore par l'indivision se réalise (**Section 3**).

Ceci permet de mettre en exergue la vitalité actuelle du droit des biens, confrontant richesses nouvelles et mécanismes fondamentaux du droit des biens.

⁹⁸³ T. REVET, *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire*, Droit et patrimoine 2004, N° 124, mars 2004, spécial bicentenaire, p. 30. J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 4 et s.

SECTION 1

LES METAMORPHOSES DE LA PROPRIETE

696. Plan. La confrontation entre les pouvoirs du propriétaire tels que les décline l'article 544 du Code civil et les prérogatives des titulaires de nouveaux biens, tels que les organisent les lois spéciales ou la jurisprudence, crée souvent un contraste saisissant. Alors que le premier est placé par le Code dans la situation de souverain de sa chose, les seconds ne reçoivent, fréquemment, que des portions de pouvoirs de propriétaire.

Ainsi, les métamorphoses, les mutations de la propriété se manifestent essentiellement par l'émergence de prérogatives nouvelles de la propriété (§1) conduisant à la dispersion des prérogatives de la propriété correspondant autrement dit à un régime de réservation diminué par rapport au droit commun de la propriété (§2) ; mais encore, la redécouverte de l'utilisation du droit de propriété pour garantir le recouvrement des créances est, sans aucun doute, l'un des éléments les plus marquants de l'évolution actuelle du droit patrimonial, faisant alors apparaître de nouvelles fonctions à la propriété (§3).

§1. Les prérogatives nouvelles de la propriété

697. Démarche adoptée. L'exposé des prérogatives nouvelles de la propriété *stricto sensu* (I) laissera place à un constat quant à l'application et aux transformations des prérogatives de la propriété (II).

I. Les prérogatives nouvelles de la propriété *stricto sensu*

698. Prérogatives nouvelles de la propriété et droit d'auteur. Le droit d'auteur offre une double facette, parfaitement incarnée dans l'article L. 111-1 du Code de propriété intellectuelle, où les droits moraux jouxtent les droits patrimoniaux. Les droits moraux constituent l'accessoire du droit patrimonial. Tout l'intérêt de ces développements sera de démontrer en quoi consiste ces prérogatives nouvelles de la propriété *via* le droit d'auteur.

699. Le droit d’auteur, droit dualiste ? Le droit d’auteur présente deux facettes un côté extrapatrimonial et un côté patrimonial, une autre voie, somme toute, logique, est alors de le voir comme dualiste. Si l’article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle parle bien de propriété, son deuxième alinéa vient appuyer cette thèse puisqu’il poursuit en ces termes : « Ce droit comporte des attributs d’ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d’ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres I et II du présent Code ». Au-delà de la lettre du texte, l’option dualiste correspond très certainement au choix fait par le législateur de 1957. La Cour de Cassation dans son arrêt Lecocq en date du 25 juin 1902 établit une distinction entre droit d’exploitation devant tomber en communauté et droit moral (« droit de faire ultérieurement subir des modifications à la création ou même de la supprimer ») échappant à ce sort. Il s’agit de la thèse majoritaire que la doctrine partage. Intérêts moraux et intérêts d’ordre patrimonial poursuivent respectivement deux objectifs distincts.

Les Professeurs Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière partagent l’analyse du Professeur Frédéric Pollaud-Dulian : « En tant que moyen juridique de protection de l’individu, (le droit moral) nous paraît relever des droits de la personnalité. Quant au droit exclusif d’exploitation, droit essentiellement patrimoniaux, il n’est pas interdit d’y voir un droit réel incorporel ou une forme très particulière de propriété »⁹⁸⁴.

700. Le droit d’auteur, droit de propriété ? Le droit d’auteur est une forme particulière de propriété. Une telle affirmation consiste à réduire à néant la dimension morale du droit d’auteur. En effet, « toute référence au droit moral dans la qualification des droits de propriété intellectuelle et spécialement du droit d’auteur doit être réfutée, cette notion procédant (...) de l’accessoire »⁹⁸⁵.

D’autres tel que le Professeur Jacques Raynard soutenant que le droit d’auteur est une propriété ne partage pas la même vision. En effet, le Professeur Jacques Raynard soutenant la thèse propriétaire, fait observer lui-même que la propriété de l’article 544 du Code Civil est

⁹⁸⁴ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d’auteur*, 1^{ère} éd., Précis Dalloz, 2009, p. 33, n° 25, citant F. Pollaud-Dulian.

⁹⁸⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d’auteur*, 1^{ère} éd., Précis Dalloz, 2009, p. 34, n° 26, citant J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET « De la propriété comme modèle » in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

parfaitement à même d'« assurer la protection d'intérêts désintéressés », extrapatrimoniaux donc⁹⁸⁶.

Le Professeur Mikhaïl Xifaras quant à lui relève que la propriété serait à rapprocher de la « saisine » du vieux droit coutumier qui « opère une réservation privative des seuls usages de la chose ». En revanche, le Professeur Laurent Pfister rappelle qu'au XIX^{ème} siècle certains auteurs, partisans d'une analyse propriétaire, restaient « fidèles à l'idée qu'elle constitue une propriété marquée de l'empreinte de la personnalité »⁹⁸⁷.

Aussi, les Professeurs Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière soulignent que « quand le mouvement international et européen est à la qualification du droit d'auteur comme un droit de propriété, quand le Conseil Constitutionnel français s'est expressément prononcé en ce sens, quand rien ne s'oppose à cette qualification pourvu qu'on reconnaisse à la propriété la plasticité qui est la sienne, il nous semble que, contre toutes les préventions, il est raisonnable d'envisager effectivement le droit d'auteur comme un droit de propriété. Mais, nous en convenons volontiers, comme un droit de propriété spécifique »⁹⁸⁸.

701. L'intérêt : les nouveaux visages de la propriété. Le droit de propriété *via* le droit d'auteur revêt de nouveaux visages. Les nouveaux visages de la propriété peuvent prendre diverses formes au travers du droit d'auteur avec notamment les droits d'exploitation que sont le droit de reproduction et le droit de représentation. Ces derniers paraissent les plus criants et conduisent à l'affinement des régimes.

702. Prérogatives patrimoniales. Le droit de propriété se métamorphose totalement vis à vis de la conception traditionnelle l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* prennent des formes atypiques *via* le droit d'auteur.

Le droit d'auteur comporte, aux côtés des droits moraux, comme le précise l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, des « attributs d'ordre patrimonial ». Ces prérogatives

⁹⁸⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Précis Dalloz, 2009, p. 34, n° 26, citant J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, Bibliothèque droit de l'entreprise, t. 26, 1990, n° 376.

⁹⁸⁷ M. XIFARAS, *La propriété, Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 440 et s., notamment p. 453.

⁹⁸⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Précis Dalloz, 2009, p. 35, n° 26 *in fine*. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le droit d'auteur doit être considéré comme un « bien » au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 de la Convention européenne (CEDH, 4^{ème} section 29 janvier 2008, Balan c/ Moldavie, Prop. intell. 2008, n° 28, p. 338, obs. J.-M. BRUGUIÈRE).

patrimoniales expriment le pouvoir juridique de l'auteur sur son œuvre, pouvoir représentant tous les traits du droit de propriété permettant à celui-ci de vivre⁹⁸⁹. A travers ses droits patrimoniaux, le propriétaire va, en effet pouvoir contrôler la circulation de son œuvre, la céder, la louer ou encore la mettre en gage... qui constituent autant d'opérations juridiques qui sont destinées à tirer profit de toutes les utilités économiques de la création.

Ces droits patrimoniaux comprennent trois prérogatives, le droit de reproduction, de représentation énoncés à l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle regroupés sous le vocable de « droit d'exploitation ». Le droit de suite doit être envisagé comme le droit d'exiger un pourcentage à l'occasion de certaines ventes de support. Une présentation de ces différentes formes d'exploitation sera dressée selon le schéma suivant correspondant au découpage traditionnel énoncé à l'article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle viendra alors le droit de reproduction et le droit de représentation et finalement le droit de suite.

703. Le droit de reproduction. Dans un premier temps la reproduction doit être entendue comme « l'intercalation d'un support entre l'œuvre incorporelle et le public, qui y accèdera, « de manière indirecte »⁹⁹⁰, par son intermédiaire (par exemple livre, disque, écran (art. L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle)).

Le droit de reproduction est une prérogative essentielle du droit d'auteur, il s'agit d'une notion revêtant une certaine plasticité. En effet, conçu à l'origine pour le livre, il accueillera sans difficultés les phonogrammes ou le cinématographe. Cette même capacité d'adaptation se vérifie aujourd'hui avec la numérisation. La fixation numérique sur CD-ROM, par transmission téléchargement en ligne constitue bien une reproduction⁹⁹¹.

704. Le droit de représentation⁹⁹². Représenter une œuvre, c'est l'exhiber au public, la porter à sa connaissance par son exécution : jouer une pièce, réciter un poème une sorte de représentation vivante car les interprètes de l'œuvre sont en chairs et en os. Diffuser le film ou l'émission de radio ou encore transmettre l'œuvre en ligne sur l'ordinateur. Il est indispensable

⁹⁸⁹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Précis Dalloz, 2009, p. 319 et s., n° 475.

⁹⁹⁰ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 297, n° 247.

⁹⁹¹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Précis Dalloz, 2009, p. 323, n° 481.

⁹⁹² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Précis Dalloz, 2009, p. 341 et s., n° 503 et s.

de préciser à ce stade que l'usage collectif des œuvres est primordial, en effet les œuvres de l'esprit ont vocation à être massivement diffusées, selon des procédés divers.

C'est l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle qui énonce que la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque. Cette communication peut s'effectuer directement par une interprétation ou une présentation au public ou de manière différée par la diffusion d'un enregistrement.

La communication peut être « directe » ou « indirecte ». La première correspond aux hypothèses de représentation qui existaient avant l'apparition de moyens techniques modernes : présentation publique (exposition d'un tableau) ou représentation faite par le moyen d'interprètes présents face au public (représentation dramatique...). La communication « indirecte » au public met en œuvre les moyens modernes de diffusion, grâce à des supports matériels ou des vecteurs techniques : l'audition de phonogrammes et la projection de vidéogrammes, la télédiffusion (diffusions par radio, par télévision, par câbles (Article L. 132-20-1°) et par satellite (Article L. 122-2-1 et L. 122-2-2 , article L. 132-20-3°) *via* le réseau internet..., nouveaux procédés techniques permettant d'atteindre un public plus vaste.

705. Le droit de suite. L'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle concerne le droit de suite. Cet article permet au créateur seulement de percevoir un pourcentage sur le prix de revente de son œuvre. L'artiste ne dispose pas alors des mêmes pouvoirs que dans le cadre d'un droit exclusif. L'artiste ne peut ni s'opposer à la revente du support de l'œuvre ni fixer lui-même le pourcentage du prix qui lui reviendra.

Le droit de suite repose sur une logique différente de celle des droits de reproduction et représentation où un monopole d'exploitation est présent. Il ne consiste pas en un droit d'autoriser ou d'interdire mais dans la possibilité de toucher un pourcentage lors de certaines reventes du support matériel de certaines œuvres.

Le droit de suite s'applique aux œuvres graphiques et plastiques, normalement conçues en un exemplaire, mais peut aussi concerner des œuvres réalisées en plusieurs exemplaires, à la condition que ces divers exemplaires portent l'empreinte de la personnalité de l'auteur.

706. Prérogatives nouvelles de la propriété et droit de brevet. Le contenu des prérogatives du breveté se trouve énoncé aux articles L. 613-3 et L. 613-4 du Code de la

propriété intellectuelle ; le droit de brevet y apparaît comme une faculté d'interdire, un pouvoir d'exclure les tiers du bénéfice de l'exploitation d'une invention.

707. Le contenu des prérogatives du breveté. Le brevet confère le droit d'interdire à tout tiers, en l'absence du consentement du propriétaire du brevet : - la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention à ces fins du produit objet du brevet ; - l'utilisation d'un procédé objet du brevet et son offre ou son utilisation sur le territoire français ; - l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet ; - la livraison ou l'offre de livraison sur le territoire français à une personne autre que celle habilitée à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre (article L. 613-3 et L. 613-4).

Bien que la loi évoque un « droit d'interdire », définissant le droit de brevet de façon négative, il s'agit bien d'un droit positif qui s'apparente à une forme de propriété⁹⁹³.

708. L'exploitation de l'invention. Le droit de brevet donne naissance à des prérogatives mais également à des obligations. Elles consistent à payer les annuités destinées à maintenir le brevet en vigueur et notamment dans l'exploitation de l'invention.

On pourrait penser que l'obligation d'exploiter une invention va de soi puisque l'Etat confère au breveté un monopole à cette fin. Pourtant, le Code de la propriété intellectuelle n'affirme nulle part une telle obligation : elle se déduit, *a contrario*, des dispositions de l'article L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle. « Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date de dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet (...) si au moment de la requête, et sauf excuse légitime, le propriétaire du brevet ou son ayant cause (a) n'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs sérieux pour exploiter l'invention (...), (b) n'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantités suffisantes pour satisfaire aux besoins du

⁹⁹³ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} éd. , Précis Dalloz, 2006, p. 267 et s. , n° 429.

marché français ». Le régime de cette licence obligatoire sera examiné ultérieurement avec l'ensemble des actes d'exploitation du brevet.

A la différence d'autres droits de la propriété industrielle comme la marque, la sanction de l'obligation d'exploiter n'est pas la déchéance comme le législateur l'envisagera avant 1953, mais la simple faculté pour des tiers de solliciter une licence⁹⁹⁴.

L'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* prennent des formes, des visages différents *via* le droit de brevet, l'exploitation de l'invention consiste en une prérogative du droit de propriété, en une prérogative nouvelle du droit de propriété participant ainsi à l'enrichissement des régimes et par là à l'affinement des régimes.

709. Prérogatives nouvelles de la propriété et droit des dessins et modèles. Les différents attributs du droit d'auteur se divisent en attributs d'ordre patrimonial et en attributs d'ordre extrapatrimonial.

Les attributs à caractère patrimonial sont énumérés aux articles L. 122-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle citant le droit de reproduction, le droit de représentation et le droit de suite.

La représentation, selon l'article L. 122-2, consiste dans la communication directe de l'œuvre au public. S'agissant des dessins et des modèles, la communication réside essentiellement dans la diffusion par les images. Tel est le cas de l'apparition non autorisée d'un modèle de chaise dans un spot télévisé, la figuration d'un dessin ou modèle protégé sur la page d'un site web, voire, la seule exposition de ce dernier en vue de sa vente.

La reproduction est définie par l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle comme étant la fixation de l'œuvre par tous procédés permettant de la communiquer au public d'une manière indirecte. Sont ainsi considérées comme des contrefaçons, la reproduction non autorisée par voie de photocopie d'une œuvre protégée ou sous la forme d'une miniature⁹⁹⁵.

Le droit de suite permet aux auteurs de percevoir une somme égale à 3% en cas de vente de leur œuvre aux enchères publiques ou par l'intermédiaire d'un commerçant (article L. 122-8).

⁹⁹⁴ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} éd. , Précis Dalloz, 2006, p. 275, n° 442.

⁹⁹⁵ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} éd. , Précis Dalloz, 2006, p. 689, n° 1241, 1242, 1243.

Les attributs à caractère extrapatrimonial renvoient aux attributs du droit moral que sont le droit de divulgation, le droit au respect de l'œuvre, le droit à la paternité et au nom ainsi que le droit de repentir ou de retrait.

710. Prerogatives nouvelles de la propriété et droit des obtentions végétales.

L'article L. 623-4 du Code de la propriété intellectuelle pose que le certificat d'obtention végétale confère à son titulaire « un droit exclusif à produire, à introduire sur le territoire (...), à vendre ou à offrir en vente » les matériels végétaux.

La notion de production doit être ici prise dans son sens strict, à savoir la production à des fins d'écoulement commercial, ce qui ne comprend donc pas la simple utilisation, notamment des semences. L'utilisation de ces dernières est évidemment un acte auquel l'obteneur ne peut s'opposer si les produits ont été acquis licitement. L'obteneur peut s'opposer à l'importation en France des éléments végétaux protégés. Il convient d'interpréter les notions de vente et d'offre à la vente de façon plus large que les termes ne le laissent accroire : en effet, le texte de la Convention UPOV vise la commercialisation du matériel protégé, ce qui dépasse la simple vente⁹⁹⁶.

II. L'application et les transformations des prerogatives de la propriété

711. La propriété en pleine métamorphoses. Le pouvoir d'exclusivité posé par l'article 544 n'est pas cantonné à l'immeuble et aux biens corporels, tous les biens, y compris ceux que le Code civil n'évoque pas, restent soumis à la propriété.

Cependant, l'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle de la propriété n'est pas sans avoir engendrée les métamorphoses de la propriété.

712. Constat. Comme cela a été précédemment étudié tant la Cour européenne des droits de l'homme, que le Conseil constitutionnel français semblent accueillir les nouveaux biens tels que les créations intellectuelles, les droits de produire, etc. parmi les choses susceptibles d'appropriation. Les valeurs produites par l'industrie humaine ou encore appelées « nouveaux

⁹⁹⁶ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2006, p. 589 et s. , n° 1011, 1012, 1013 et 1014.

biens » se singularisent par leur diversité qui implique des particularités de régime juridique qui semblent les éloigner sensiblement du régime juridique des biens traditionnels souligne le Professeur Jean-Louis Bergel⁹⁹⁷.

Dès lors qu'un bien est susceptible d'appropriation il y a droit de propriété. Le pullulement des choses appropriables conditionne une multiplication des droits de propriété. La plupart des nouveaux biens sont marqués par le sceau de l'immatériel et du virtuel ce qui n'est pas sans être source de difficultés. Aussi, aujourd'hui, le critère de détermination des biens est la valeur économique qui s'est substituée à la matérialité. La question de la propriété des nouveaux biens repose en réalité sur l'application à ces biens des prérogatives de la propriété avec les transformations qu'elle comporte.

713. Droit de jouissance. Le Professeur Jean-Louis Bergel relève en effet que l'exploitation des nouveaux biens et le droit d'en tirer profit ne suscite aucune difficulté théorique, ni pratique.

Certains biens nouveaux toutefois suscitent des difficultés quant au fait de leur exploitation et du droit d'en tirer profit tel est le cas lorsqu'un texte spécifique vient l'interdire ce qui est le cas pour les produits du corps humain. C'est la nature même de certains biens qui s'avère incompatible avec les droits de jouissance traditionnels⁹⁹⁸.

Certes, le droit, en tant que prérogative, est une chose incorporelle. Mais rien ne s'oppose à ce que l'objet du droit soit aussi une chose incorporelle. Il en résulte que la personne est susceptible d'exercer un pouvoir sur une chose appropriée qui sera immatérielle. C'est ce droit réel que consacre la propriété intellectuelle. Mais s'agit-il encore de propriété au sens classique du terme ? Le Code de la propriété intellectuelle est truffé de références au pouvoir de droit qu'est la propriété, à l'instar de son intitulé : le « droit de propriété incorporelle » de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, la « propriété commune de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle, le « titre de propriété industrielle » de l'article L. 611-1 ou encore, « le droit de propriété sur cette marque » de l'article L. 713-1 du Code de la propriété

⁹⁹⁷ J.-L. BERGEL, *Les nouveaux biens, Rapport général*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2006, p. 203 et s. , dont notamment p. 216, 217.

⁹⁹⁸ J.-L. BERGEL, *Les nouveaux biens, Rapport général*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 217, 218.

intellectuelle. La propriété innervent totalement le Code de la propriété intellectuelle au point où le mot « propriété » semble y apparaître davantage que dans le Code civil.

Or, si cette propriété s'apparente à celle de l'article 544 du Code civil, il conviendrait d'en déduire que cette clé de voûte du droit des biens qu'est la propriété constituerait un véritable droit commun de la propriété intellectuelle. La célèbre formule selon laquelle « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue » est-elle susceptible d'accueillir les choses immatérielles du Code de la propriété intellectuelle ? Force est de constater que la « jouissance » de l'article 544 s'applique incontestablement aux meubles incorporels, dont une des finalités principales réside dans l'exploitation⁹⁹⁹.

Le droit de jouissance réside essentiellement dans l'exploitation qui consiste en un droit de reproduction et de représentation, telles sont les prérogatives accordées en matière de droit d'auteur.

714. Droit d'en disposer : évolution fondamentale. Seuls l'échange et la circulation de biens dits nouveaux procurent à leur titulaire les prérogatives de la propriété. Le Professeur Jean-Louis Bergel souligne que de nombreux nouveaux biens n'existent comme tels qu'au regard d'une mise sur le marché et d'échanges potentiels, car leur valeur d'usage est profondément ancrée dans le commerce en effet, elle consiste au fait d'accéder à une clientèle ou à un marché déterminé (noms de domaines, licences, quotas...). S'agissant de l'information, c'est parce que les tiers peuvent atteindre l'information que leur auteur peut être qualifié de propriétaire.

Une évolution fondamentale se dessine souligne ce dernier, alors que traditionnellement le droit de propriété se définit comme le pouvoir d'exclure autrui, en revanche l'accès des tiers aux nouveaux biens est au contraire la condition de leur valeur patrimoniale, leur valeur économique étant étroitement liée à leur circulation¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁹ Ch. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, J.C.P. Cahiers de Droit de l'Entreprise, N° 4, Année 2004, p. 3 et s., notamment p. 4, n° 3.

¹⁰⁰⁰ J.-L. BERGEL, *Les nouveaux biens, Rapport général*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 218, 219. « Autrement dit, alors que le droit de propriété des immeubles se caractérise par la faculté d'en exclure les tiers, la propriété des nouveaux biens se caractérise par leur accessibilité aux tiers ».

§2. La dispersion des prérogatives de la propriété : un régime de réservation diminué par rapport au droit commun de la propriété

715. Préservation du noyau dur du droit de propriété. Le Professeur Jean-Louis Bergel relève qu'au delà des particularités de la propriété des biens et de leurs régimes spéciaux, le noyau dur du droit de propriété y est partout conservé. La propriété se diversifie selon les biens en question, de sorte que les droits spéciaux de la propriété doivent coexister et s'articuler avec le droit commun de la propriété. Au delà du noyau dur de la propriété, de ce qui en reste le fonds commun, se côtoient parallèlement des droits spéciaux de la propriété. Ainsi la propriété immobilière telle que la conçue le Code civil n'est finalement, qu'un régime spécial de la propriété, parmi d'autres¹⁰⁰¹.

716. Manifestations. Un réel contraste existe entre les pouvoirs du propriétaire tels que les décline l'article 544 du Code civil et les prérogatives que détiennent les titulaires des nouveaux biens. Le premier se présente comme le souverain de la chose tandis que les seconds ne reçoivent, fréquemment que des portions de pouvoirs de propriétaire. Des restrictions dans la disposition de nouveaux biens se dessinent. Une partie des nouveaux biens est purement et simplement inaliénable (image et voix de la personne). Dans un autre ordre d'idée, une partie des biens nouveaux connaît une aliénabilité limitée, telle est l'exclusion de tous transferts à titre onéreux des produits du corps humain. Pour d'autres biens nouveaux, la limitation de l'aliénabilité se manifeste par l'impossibilité de leur cession isolée, leur circulation ne pouvant intervenir qu'à l'occasion du transfert d'un autre bien, dont le nouveau bien constitue l'accessoire tel est le cas des droits de produire qui sont attachés à leur terre agricole (circulant ensemble). Le Professeur Thierry Revet ajoute même que parfois l'aliénation est l'unique acte de disposition auquel s'ouvrent les nouveaux droits (autorisation d'exercer l'activité de taxi)¹⁰⁰². Des restrictions dans l'utilisation de nouveaux biens se dégagent également. Ainsi en pratique la possession de biens nouveaux se révèle délicate (possession de quota laitier) notamment lors de leur mise en œuvre. Leur immatérialité rend moins visible et plus équivoque leur possession¹⁰⁰³.

¹⁰⁰¹ J.-L. BERGEL, *Les nouveaux biens, Rapport général*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 219, 220.

¹⁰⁰² T. REVET, *Les nouveaux biens, Rapport français*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 271 et s., plus particulièrement p. 279 et s., n° 12 et s.

717. Causes. Les nouveaux biens sont non seulement nouveaux comme individus mais aussi comme catégorie. Leur réception ne découlant pas de source. De plus, la spécificité des biens nouveaux (immatérialité ou relevant d'une nature personnelle) les éloigne des catégories type du droit commun des biens. Ce sont ces deux raisons qui permettent d'affirmer le régime diminué de la réservation des biens nouveaux¹⁰⁰⁴.

718. Mutation des fonctions du droit de propriété. La nouvelle fonction du droit de propriété intègre les préoccupations écologiques et environnementales. Ceci s'illustre notamment par l'introduction de notions comme celle d'intérêt général dans la protection des biens de l'environnement même alors soumis à une appropriation privée¹⁰⁰⁵. Ceci a conduit à des restrictions qui se sont traduites par un refoulement du droit d'usage ou du droit de propriété pour de nombreux biens de l'environnement¹⁰⁰⁶.

Madame Marthe Torre-Schaub relève que l'on est passé du modèle du bien appropriable du Code civil à celui du patrimoine commun de la nation et donc de chose dont l'usage est commun à tous. Ainsi le droit de propriété se voit limité, sacrifié par l'usage commun. La protection de l'environnement conduit des biens immobiliers comme les forêts, le littoral à se développer à travers un droit spécial (propriété immobilière environnementale) avec un régime spécifique où les prérogatives du propriétaire sont fort limitées, échappant ainsi au droit de propriété classique¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰³ T. REVET, *Les nouveaux biens, Rapport français*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 282, n° 16.

¹⁰⁰⁴ T. REVET, *Les nouveaux biens, Rapport français*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 283 et s., n° 17, 18.

¹⁰⁰⁵ Loi du 3 janvier 1992 sur l'eau, loi du 4 décembre 1985 sur la protection de la forêt, celle sur le littoral français du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement et à la protection du littoral, loi du 9 janvier 1985 sur la montagne et celle du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

¹⁰⁰⁶ Loi du 3 janvier 1992 a conduit à la modification de l'article 544 du Code civil sur le droit d'usage des riverains sur les eaux.

¹⁰⁰⁷ M. TORRE-SCHAUB, *Existe-t-il un modèle dans la classification des biens ? L'exemple des biens de l'environnement*, in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la direction de T. REVET, LGDJ, Tome 6, 2005, Bibliothèque de l'institut André Tunc, p. 139 et s., plus précisément p. 154 et s., n° 34 et s.

§3. Les nouvelles fonctions de la propriété

719. Démarche. Les métamorphoses de la propriété s'illustrent également par l'émergence de nouvelles fonctions de la propriété. Le domaine de la propriété garantie **(I)** puis le régime de la propriété garantie **(II)** seront tour à tour exposés.

I. Le domaine de la propriété garantie

720. Domaine de la propriété retenue. Lorsque la propriété est retenue, le créancier conserve le bien dont il est propriétaire, soit parce qu'il vient de l'acquérir pour le louer, soit parce qu'il en est le vendeur. La garantie est alors imbriquée avec des contrats tels que la vente ou le louage.

La principale figure que peut prendre la propriété garantie est le crédit-bail (Articles L. 313-7 et s. du Code monétaire et financier). Le mécanisme correspond à une substitution à un prêt qui aurait été garanti par un nantissement matériel ou une hypothèque. Est ainsi incontestable sa fonction de garantie. Le crédit-bail peut porter sur un meuble, un immeuble, un fonds de commerce ou un fonds artisanal. La caractéristique principale du mécanisme est l'option d'achat nécessairement reconnue au preneur à l'issue de la période d'utilisation du bien.

L'illustration la plus marquante de la propriété retenue est la réserve de propriété qui a été initialement conçue pour s'appliquer aux ventes de marchandises. La réserve de propriété concerne tant les biens immobiliers que les biens incorporels (logiciels, brevet d'invention, fonds de commerce, etc.)¹⁰⁰⁸.

721. Domaine de la propriété transférée à des fins de garantie : la fiducie. Seul le transfert de propriété à titre de garantie rapproche le plus la propriété garantie d'une véritable sûreté. Il s'agit d'un véritable mécanisme de substitution des garanties classiques comme le gage. La tradition française, issue de 1789 a du mal à admettre que la propriété puisse être mise au service d'intérêts différents de ceux du propriétaire. Le droit français connaît depuis longtemps spécialement dans les relations entre banques, la cession fiduciaire de créances ou

¹⁰⁰⁸ D. LEGAIS, *Les nouvelles fonctions de la propriété, Rapport français*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2006, p. 419 et s., dont notamment p. 423 et s.

d'effets. La loi du 2 janvier 1981, loi Dailly modifiée par celle du 24 janvier 1984, tout en instituant un procédé simplifié de cession des créances professionnelles, a consacré la cession fiduciaire de créance (Article 1^{er} -1). Il s'agit plus spécialement de fiducie-sûreté portant sur un meuble incorporel comme une créance ou une valeur mobilière¹⁰⁰⁹.

C'est la loi du 19 février 2007 qui a véritablement consacré la fiducie (Articles 2011 à 2031 du Code civil). Cette dernière peut se définir comme une « opération » à trois acteurs le ou les constituants transfèrent « des biens, des droits ou des sûretés » ou un ensemble de biens, droits ou sûretés, à un ou plusieurs fiduciaires, lesquels agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires (Article 2011 du Code civil). Dans le cas où le fiduciaire est bénéficiaire il s'agit alors d'une fiducie-sûreté (Article 2016 du Code civil).

La « propriété fiduciaire est la conséquence d'un acte juridique par lequel une personne, appelée le fiduciaire ou le constituant, transmet à une personne de confiance, appelée le fiduciaire, la propriété temporaire de certains biens, à charge par elle d'en transmettre à son tour la propriété, à un bénéficiaire, après en avoir fait dans l'intérêt de celui-ci, l'usage convenu »¹⁰¹⁰.

II. Le régime de la propriété garantie

722. Adaptation du droit de la propriété à sa fonction de garantie. En cas de défaillance du débiteur, la propriété garantie est essentiellement une garantie. Cependant jusqu'en 1980, la clause de réserve de propriété était déclarée inopposable aux créanciers en cas d'ouverture d'une procédure collective. L'absence de formalisme qui la caractérise est l'un de ses atouts pour sa constitution. En effet, la réserve de propriété résulte d'un accord entre le vendeur et l'acheteur, plus précisément d'une clause subordonnant le transfert de la propriété au paiement intégral du prix. Cependant cette carence au point de vue du formalisme se révèle une faiblesse dès lors que l'on envisage les règles d'opposabilité¹⁰¹¹.

723. La plénitude du droit de propriété lors de la mise en œuvre de la garantie. Le principal intérêt reconnu au bénéficiaire de la propriété garantie est de contourner

¹⁰⁰⁹ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd. , Defrénois, 2007, p. 243 et s. , plus précisément p. 248, n° 765.

¹⁰¹⁰ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd. , Defrénois, 2007, p. 241, n° 757.

¹⁰¹¹ D. LEGAIS, *Les nouvelles fonctions de la propriété, Rapport français*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2006, p. 429 et s.

essentiellement les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective ouverte au nom du débiteur constituant. Le principe est la toute puissance de la propriété garantie reconnue en droit français ; or une exception à cette toute puissance résiste, celle du droit des procédures collectives, dans le cas où par exemple des limites sont posées au jeu de la propriété garantie avec la privation d'effet de cession de créance à titre de garantie dans le cadre de contrat à exécution successive lorsque s'ouvre une procédure collective¹⁰¹².

SECTION 2

L'APPREHENSION DE L'IMMATERIEL PAR LA PROPRIETE

724. Définition du droit de propriété. Le droit de propriété est le plus important des droits réels. Son importance est telle que les rédacteurs du Code civil en ont presque fait le centre du Code. A lire l'intitulé des Livres du Code civil, il semble que, sauf le Livre I intitulé « Des personnes », tout le Code est consacré au droit de propriété : le Livre II (Articles 516 à 710 du Code civil) traite « Des biens et des différentes modifications de la propriété », le Livre III et dernier (Articles 711 à 2283 du Code civil) est intitulé quant à lui « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ». L'objet du Livre III est beaucoup plus vaste en effet le législateur y décrit les différentes manières dont on acquiert les droits et non pas seulement celui de propriété. Ainsi au travers du plan du Code et des intitulés des Livres transparaît la volonté du législateur et notamment des rédacteurs du Code de tout ramener au droit de propriété.

A proprement parler les textes qui sont consacrés au droit de propriété sont les articles 544 à 577 du Code civil ; puis les textes éparés dans les dispositions relatives aux contrats ainsi que ceux qui visent, dans le Livre III, l'un des modes d'acquisition de la propriété, que l'on appelle usucapion ou prescription acquisitive¹⁰¹³. La théorie générale du droit de propriété réside en un seul texte, mais quel texte, il s'agit de l'article 544 du Code civil qui est d'une grande ampleur. L'article 544 du Code civil énonce que « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses

¹⁰¹² D. LEGEAIS, *Les nouvelles fonctions de la propriété, Rapport français*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2006, p. 437 et 438.

¹⁰¹³ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd. , Précis Dalloz, 2002, p. 85, n° 74.

de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ».

Il s'agit d'un droit réel conférant toutes les prérogatives que l'on peut avoir sur un bien (*usus*, *fructus* et *abusus*)¹⁰¹⁴. Schématiquement, « le droit de propriété est le droit d'exercer une complète maîtrise sur un bien ». On peut la définir comme « un pouvoir juridiquement protégé sur une chose ». Il constitue la quintessence des liens entre la personne et la chose qui permet une « fusion entre l'être et l'avoir » et se place ainsi au cœur du droit civil¹⁰¹⁵. Même si elle se situe dans le contexte historique de la rupture avec l'Ancien Régime et même si elle a vieilli, cette définition demeure le pivot du droit des biens, en dépit de l'évolution considérable de ce droit, depuis le Code civil.

725. La notion de propriété : dimensions subjective et objective. Les Professeurs Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing soulignent tous deux que « la propriété est le caractère de ce qui est propre et le droit par lequel ce caractère s'établit. Il y a donc deux manières d'entendre la propriété. Dans un premier sens, la propriété exprime le pouvoir exclusif d'une personne sur un bien. Hormis ce sens qui est le plus répandu, et qui traduit une vision subjective de la propriété, il existe un sens objectif de ce terme, désignant le bien lui-même, envisagé dans sa situation privative : la propriété objective est la qualité qu'a un bien d'appartenir à une personne, comme l'utilité est sa qualité d'être utile. Sous ce rapport, la propriété ne peut pas être envisagée comme un droit subjectif, puisqu'elle ne se distingue pas de la chose elle-même »¹⁰¹⁶. La propriété envisagée comme un pouvoir est ce qui permet aux choses et aux droits d'être des biens : elle constitue donc le rapport existant entre les personnes et les biens qui leur appartiennent, sous toutes leurs formes, choses corporelles, droits incorporels ou propriétés incorporelles.

La propriété est une notion cardinale du droit et apparaît comme la technique de base du droit des biens. Le droit de propriété n'est pas un droit incorporel ; la raison en est qu'il ne constitue pas un bien mais le rapport juridique grâce auquel les choses deviennent des biens.

¹⁰¹⁴ R. GUILLIEN et J. VINCENT, sous la direction de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 12^{ème} éd. , Dalloz, 1999, mot Droit de propriété, p. 211.

¹⁰¹⁵ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, p. 81, n° 79.

¹⁰¹⁶ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, 2008, p. 259, n° 163.

726. Propriété corporelle / propriétés incorporelles. Selon le critère physique qui remonte au droit romain, les richesses peuvent être classées en deux catégories. D'une part, les biens corporels, c'est-à-dire les biens tangibles pouvant être touchés par la main ; ils sont ainsi dotés d'un *corpus* et sont susceptibles d'une appréhension matérielle : sol, immeubles, meubles meublants, bijoux... D'autre part, ceux qui ne comportent aucune matière, les biens incorporels, dont le droit reconnaît l'existence par une opération intellectuelle et abstraite. Certains constituent un droit contre un tiers (droit de créance, droit d'associé ou d'actionnaire dans une société)¹⁰¹⁷.

A côté des droits incorporels de la tradition, sont apparus, à l'époque moderne, des biens immatériels qui ne procèdent pas du commerce juridique. Une œuvre d'art, un ouvrage littéraire ou scientifique, une marque de fabrique, un fonds de commerce, une clientèle civile etc. , sont venus s'ajouter à la liste des biens. Comme le soulignent justement les Professeurs Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet « Ils ne sont pas le produit de l'art juridique mais de la créativité ou de l'industrie de l'homme. En dépit des efforts prodigués pour les qualifier de tels, ce ne sont pas des droits mais, comme les choses corporelles, des choses réelles. C'est pour cette raison, qu'ils méritent, comme elles, d'être qualifiés de propriétés, au sens objectif de ce mot, celui de choses ayant la qualité d'appartenir à quelqu'un »¹⁰¹⁸. Les propriétés incorporelles sont un domaine d'intense activité législative.

727. La propriété, clef de voûte du système des biens. Le Professeur Frédéric Zénati-Castaing remarque qu'« autrefois réservée aux objets corporels, la propriété a conquis des formes inédites d'assiette avec le développement des biens immatériels. Après la réservation des créations intellectuelles et des clientèles, la propriété appréhende aujourd'hui l'information. Le Code napoléon ne réduit pas l'objet de la propriété aux choses corporelles. La propriété y est décrite comme un droit portant sur une chose, ou sur un bien. Or nulle part le Code ne réduit les choses aux corps et n'exclut qu'elles puissent, à l'instar du droit romain, avoir une nature incorporelle. Par ailleurs, Pothier va même jusqu'à affirmer qu'une chose incorporelle peut être revendiquée et usucapée tout autant qu'une chose corporelle. Les biens incorporels sous toutes leurs formes sont bien entendu sujets à transmission et donc à acquisition de la propriété,

¹⁰¹⁷ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd. , Defrénois, 2007, p. 55, n° 200.

¹⁰¹⁸ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd. , PUF, 2008, p. 99, n° 53.

puisque la transmission est qualifiée comme telle par l'article 711 du Code civil. La spécificité de la transmission entre vifs ou à cause de mort de certains biens incorporels n'altère pas cette évidence »¹⁰¹⁹.

« Toutes ces applications de la technique de la propriété montrent que la propriété des biens incorporels ne constitue pas un abus de langage, mais une réalité du droit positif. Les consécutions multiples dont elle fait l'objet dans le droit contemporain, loin d'être le produit d'une approche laxiste, apparaissent comme la consécration d'un mécanisme éprouvé dont les lettres de noblesse ont été occultées voire ternies par la résistance farouche d'une théorie récurrente et surannée »¹⁰²⁰. La propriété se présente comme un mécanisme fondamental du droit. Par son omniprésence dans les notions fondamentales du droit, la propriété apparaît comme inhérente à l'art juridique. A travers l'accent qu'elle met sur le sujet et sur ses pouvoirs, il se vérifie qu'elle est, en outre, la clef de voûte du droit moderne¹⁰²¹.

728. Le Code civil entre éclatement et recodification. Le Professeur Jean-Luc Aubert entend par éclatement naturellement une idée de fragmentation et de dispersion. C'est l'éclatement du droit civil « hors le Code » qu'il s'agit. S'agissant des biens et de la propriété, n'ayant pas fait l'objet de retouches importantes, en revanche ils se trouvent affectés ou complétés par de nombreuses dispositions extérieures du Code : la propriété intellectuelle (lois des 13-19 janvier 1791 et 19-24 juillet 1793), la copropriété (loi du 10 juillet 1965), mais encore le Code rural, le Code de l'urbanisme, celui de l'environnement et du Code de la construction et de l'habitation¹⁰²².

Deux visions s'opposent, certains comme le Professeur Jean-Baptiste Seube¹⁰²³ voient à travers l'émiettement du droit des biens une sorte de rajeunissement du Code civil se dégager, tandis que d'autres comme le Professeur Rémy Libchaber considèrent que ces corps de règles n'ont en

¹⁰¹⁹ F. ZENATI, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, Revue trimestrielle de droit civil 1993, p. 305 et s., dont notamment p. 307, 309, 311.

¹⁰²⁰ F. ZENATI, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, Revue trimestrielle de droit civil 1993, p. 305 et s., dont notamment p. 312.

¹⁰²¹ F. ZENATI-CASTAING, *La propriété mécanisme fondamental du droit*, Revue trimestrielle de droit civil 2006, p. 445 et s., notamment p. 466.

¹⁰²² J.-L. AUBERT, *La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, mars 2004, p. 123 et s., notamment p. 127, n° 10.

¹⁰²³ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 4 et s.

rien contribué à la revitalisation du droit des biens, développés à l'écart de la vénérable matière¹⁰²⁴. Le détail s'est sclérosé, quoique la structure ait admirablement résisté, la propriété demeure la poutre maîtresse. La propriété doit être entendue comme le modèle de la relation aux biens. La propriété est le paradigme des relations entre personnes et biens.

729. Le droit des biens entre métamorphoses et fondamentalisation. Les Professeurs Jean-Baptiste Seube et Thierry Revet relèvent tous deux à juste titre l'activité du législateur en matière de droit des biens, soulignant que la périphérie du droit des biens du Code civil, là où vit le droit des nouveaux biens (valeurs mobilières, créations intellectuelles etc.) est ouverte à toutes les influences et à tous les changements¹⁰²⁵. En dépit de son apparent immobilisme, le droit des biens connaît de profondes mutations, métamorphoses. L'importance des richesses incorporelles traduit à la fois l'insuffisance des classifications traditionnelles et le formidable pouvoir d'adaptation bi-séculaires¹⁰²⁶. Tous deux soulignent la véritable émergence des droits fondamentaux dans le droit des biens. En effet, le dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, grâce aux notions autonomes, lui permet de retenir de certains termes une acception différente de celle communément admise dans les droits internes. Phénomène nécessaire à l'émergence d'un véritable droit européen des droits de l'homme auquel la notion de « bien » n'échappe évidemment pas¹⁰²⁷.

730. Appréhension des choses incorporelles par la propriété. Deux visions s'opposent relève le Professeur Jean-Baptiste Seube, en effet, les arguments contre et ceux pour méritent d'être exposés brièvement, afin d'illustrer cette adaptabilité de la propriété à tous les biens en prenant l'exemple des « propriétés intellectuelles ».

Tout d'abord, les arguments contre, consistent à affirmer que l'article 544 du Code civil ne concerne que les choses corporelles, ensuite, le fait que les propriétés intellectuelles sont temporaires alors que la propriété est perpétuelle, enfin, attachées à la personne de leur créateur,

¹⁰²⁴ R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297 et s., dont notamment p. 301, n° 4.

¹⁰²⁵ J.-B. SEUBE et T. REVET, *Janvier - Août 2005 : du classicisme et des innovations*, Droit et patrimoine, 2005, N° 142, novembre 2005, Jurisprudence et législation, Chroniques, p. 90 et s.

¹⁰²⁶ J.-B. SEUBE et T. REVET, *Juillet 2005 - juin 2006 les discrètes métamorphoses du droit des biens*, Droit et patrimoine, 2006, N° 153, novembre 2006, Jurisprudence et législation, Chroniques, p. 90 et s.

¹⁰²⁷ J.-B. SEUBE et T. REVET, *Juin - décembre 2006 Un souffle de fondamentalisation du droit des biens*, Droit et patrimoine, 2007, N° 161, juillet août 2007, p. 82 et s.

les propriétés intellectuelles ne peuvent pas être aliénées, imprimant au droit reconnu une dimension trop personnelle pour être prise en compte par le droit des biens. De tout cela on déduit que « les droits d'auteur et le monopole qu'ils confèrent sont désignés à tort, soit dans le langage usuel, soit dans le langage juridique, sous le nom de propriété ; loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens meubles et immeubles, ils donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire »¹⁰²⁸.

Les arguments pour, développés par le Professeur Jean-Baptiste Seube sont d'abord de montrer combien le bornage de l'article 544 du code civil aux choses corporelles relevait d'un manque d'audace, ensuite la précarité des propriétés intellectuelles n'exclut en rien la propriété comme le montre l'existence d'une propriété temporaire en matière corporelle, enfin l'attachement de l'œuvre au créateur n'exclut pas son appropriation. Les propriétés intellectuelles ne peuvent pas se priver du Code civil car il constitue leur droit commun¹⁰²⁹.

« Les propriétés intellectuelles sont des propriétés en tant que telles, soumises à l'article 544 du Code civil. Se présentant comme la relation de principe entre les personnes et les biens, la propriété est apte à saisir tous les biens sans égard à leur incorporelité ou à leur régime : comme tous les biens, les créations immatérielles entrent donc dans la sphère de l'article 544 du Code civil et les nombreux textes qui en assurent la réservation ne sont que la mise en œuvre du droit de propriété relatif à ces différentes valeurs »¹⁰³⁰.

731. Réforme du droit des biens : la propriété. L'article 544 du Code civil serait évincé au profit d'une définition de la propriété plus actuelle en liaison directe avec le droit positif comme avec les définitions généralement retenues par la doctrine. L'accent est mis sur son caractère exclusif, perpétuel, absolu, mais aussi sur les limites que posent les lois et les règlements. L'article 534, issu des travaux du groupe de travail sur la réforme du droit des biens énonce que « la propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des

¹⁰²⁸ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 4 et s. , notamment p. 10, n° 24.

¹⁰²⁹ Ch. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, JCP Cahiers de Droit de l'Entreprise, N° 4 supplément à la semaine juridique, n° 42 du 14 octobre 2004, p. 3 et s.

¹⁰³⁰ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 10, 11, n° 25.

choses et des droits. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent »¹⁰³¹.

732. Constat. L'intégration des propriétés intellectuelles dans le domaine de l'article 544 du Code civil n'entraîne pas, de fait, l'application du régime des biens du Code civil qui renvoie essentiellement à l'immeuble. En effet, l'article 544 ne doit pas se cantonner à une vision étriquée que sont les immeubles et les biens corporels, tous les biens y compris ceux omis par le Code civil restent soumis à la propriété. Bien que la propriété demeure une notion immuable, le régime concret qu'elle adopte varie en fonction de son objet.

733. Propriété intellectuelle et droit commun¹⁰³². Désormais les richesses immatérielles telles que les valeurs mobilières, les œuvres, les inventions, les marques ou encore les fonds de commerce sont autant de biens immatériels qui ne peuvent plus être ignorés par le droit des biens. Plus particulièrement le droit des biens est, non seulement le droit commun du droit spécial de la propriété intellectuelle, mais réalise également une certaine unité de cette discipline car ces principes innervent toutes prérogatives. Le droit de la propriété intellectuelle accueille largement le droit des biens, matrice de toutes les propriétés (propriété, possession, indivision). Cependant quelques limites semblent se dresser. Une uniformisation excessive des différents droits de propriété intellectuelle risque de gommer les précieuses spécificités de cette discipline. De même, il peut être dangereux que la réception de l'incorporel par le droit des biens, suscitée par la propriété intellectuelle, se développe trop en dehors de cette discipline. Ainsi un droit des biens trop accueillant risquerait d'engendrer des effets pervers.

Le Code civil doit se contenter d'accueillir de grands principes, tels que celui de la propriété de l'immatériel, sans entrer dans les caractéristiques des régimes de protection qui sont l'apanage exclusif du Code de la propriété intellectuelle souligne le Professeur Christophe Caron¹⁰³³.

¹⁰³¹ Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Panthéon - Assas (Paris II), Présentation des travaux du groupe de travail sur la réforme du droit des biens, 12 novembre 2008, maison du barreau de Paris ; présidé par Monsieur le Professeur Michel GRIMALDI.

¹⁰³² J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007.

¹⁰³³ Ch. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, JCP Cahiers de Droit de l'Entreprise, N° 4 supplément à la semaine juridique, n° 42 du 14 octobre 2004, p. 3 à 6, dont notamment p. 6, n° 8 *in fine*.

734. Spécificité des créations intellectuelles. Les créations intellectuelles, sans doute, ne peuvent-elles se voir appliquer l'ensemble des règles aménagées pour les choses matérielles, et, à ce titre, la qualification de propriété « intellectuelle » rend bien compte des spécificités de la matière. En effet, chacun des régimes de propriété intellectuelle peut témoigner de certaines particularités, dont la plus originale est, incontestablement la reconnaissance au profit de l'auteur de prérogatives morales, tout comme il existe des particularités à la propriété immobilière et d'autres à la propriété mobilière ; pas davantage.

Des propriétés donc, différentes sans doute de la propriété de droit commun, mais qui en ont les caractéristiques qualifiantes.

735. Démarche adoptée. La propriété des philosophes révolutionnaires était un concept hautement symbolique, traducteur d'un droit naturel de l'Homme à posséder le fruit de son travail ; à ce titre elle avait vocation à s'appliquer uniformément à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. Au cours des siècles s'est ensuite élaborée une conception cette fois juridique, technique, du mécanisme ; élaboration dont les controverses ont directement rejailli sur l'analyse menée des droits de propriété intellectuelle relève Madame Sophie Alma-Delettre¹⁰³⁴.

Désormais, poursuit cette dernière, épurée, ramenée à deux caractères définitoires, l'exclusivité et l'opposabilité *erga omnes*, la propriété se révèle la qualification la plus apte à traduire la nature de la relation unissant le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle à sa création¹⁰³⁵.

La propriété appréhende l'immatériel.

La propriété se présente tour à tour comme une philosophie (§1), mais encore, comme un mécanisme (§2).

¹⁰³⁴ S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Thèse Montpellier, 1999, p. 455, n° 662.

¹⁰³⁵ S. ALMA-DELETTRE, *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, p. 25 et s. , notamment p. 31, n° 9, *in fine*.

§1. La propriété comme philosophie

736. Les droits de propriété intellectuelle au cœur de la spécialisation du droit des biens. Droit d'auteur et droit des inventeurs sont nés d'un même mouvement législatif, suscités par des revendications économiques de même nature mais ont cependant fait l'objet de textes distincts.

Madame Sophie Alma-Delettre souligne qu'aujourd'hui, les propriétés intellectuelles subissent de plein fouet l'emballlement législatif ; plus encore même que n'importe quel autre secteur juridique, puisqu'en un domaine né de l'évolution de la technique et qui a, de ce seul fait, vocation à s'y adapter, apparaissent constamment de nouveaux objets potentiels sollicitant une protection légale. C'est en répondant à cette attente que le législateur a, ces 25 dernières années, admis dans le cénacle des « productions » légalement protégées les obtentions végétales (Loi n° 70-489 du 11 juin 1970), les prestations des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes (Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985), les logiciels (Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985, modifiée par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994), les topographies de semi-conducteurs (Loi n° 87-890 du 3 novembre 1987), les bases de données (Loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998), et les biotechnologies (Directive 98/44/CE relative à la protection par brevet des inventions biotechnologiques).

Il résulte de cet allongement incessant d'une liste par essence non exhaustive, qu'il est impossible de définir rigoureusement et définitivement le champ d'intervention de la propriété intellectuelle.

Par ailleurs, ces régimes originellement fixés en quelques articles, en comptent aujourd'hui un nombre sans cesse grandissant, multipliant les règles d'exceptions et les mécanismes dérogatoires.

Or, l'éclatement des régimes affaiblit leurs principes directeurs et nourrit la suspicion sur leur capacité à intégrer les évolutions de la matière, participant ainsi à un émiettement toujours plus important¹⁰³⁶.

Madame Sophie Alma-Delettre poursuit en soutenant que sans que le phénomène soit exclusif à la propriété intellectuelle, l'on constate donc ici avec une particulière acuité que « le droit se compose désormais d'une myriade de lois spéciales et catégorielles, changeantes, car résultant

¹⁰³⁶ S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Montpellier, 1999, p. 17 et s., n° 8.
507

de compromis fragiles entre intérêts antagonistes des groupes sociaux ou économiques : ces textes prétendent s'ériger en innombrables micro-systèmes autonomes les uns des autres, sans la contrainte d'obéir à une rationalité globale ; or, il est évident qu'une telle fragmentation des sources est radicalement contraire à ce que postule, dans son essence même, l'idée de codification ».

Pourtant, c'est bien au regroupement des différents droits de propriété intellectuelle en un Code unique qu'a eu recours le législateur, ce qui, dans un même mouvement, suggère, au-delà des différentes techniques accusées de traitement un bloc de parenté entre ces régimes¹⁰³⁷.

Les droits de propriété intellectuelle ont en commun deux caractéristiques élémentaires : ce sont des droits nouveaux, des droits qui se créent dans le patrimoine de leur titulaire, et ce sont des droits qui ont pour objet une « chose » incorporelle.

737. Les droits de propriété intellectuelle : la philosophie de la propriété¹⁰³⁸.

Originellement, les droits de propriété intellectuelle ont tous été proclamés « Droits de propriété » **(I)**, cependant quelques décennies plus tard, le débat civiliste n'a pas manqué de remettre en cause une telle qualification afin de répondre aux spécificités des régimes en cause d'où des tentatives de requalification **(II)**.

I. Le rattachement historique à la propriété

738. Mouvement. Madame Sophie Alma-Delettire relève que l'individualisme du XVIII^e siècle, percevant la propriété comme l'expression la plus frappante de l'appropriation, à la consécration révolutionnaire érigeant celle-ci au rang de « Droit de l'Homme », la qualification première des droits de propriété intellectuelle se révèle d'une portée hautement symbolique voire philosophique¹⁰³⁹.

739. L'apparition des droits modernes des créateurs. Madame Sophie Alma-Delettire énonce que « depuis que les créations intellectuelles constituent des valeurs, c'est-à-dire des sources de profit, des lois se sont chargées d'en réglementer l'usage ». Cette dernière poursuit

¹⁰³⁷ S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Montpellier, 1999, p. 18 et s., n° 9.

¹⁰³⁸ S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Montpellier, 1999, p. 370, n° 548.

¹⁰³⁹ S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Montpellier, 1999, p. 371, n° 549.

qu' « on ne saurait qualifier les réglementations de l'Ancien Régime y afférant de « droit d'auteur » ou de « droit d'inventeur », car la fonction de celles-ci n'était pas d'assurer la protection de celui qui a généré la création par son travail intellectuel, mais de donner à ceux capables d'assurer l'exploitation de cette création - imprimeurs et manufacturiers - les moyens de l'optimiser. Cette protection était, de plus, laissée à l'arbitraire du pouvoir royal ; accordée, de façon exceptionnelle par lettres de chancellerie, elle consistait en l'octroi de « privilèges ». Sans doute, les créateurs étaient-ils titulaires d'un droit de propriété, mais, dans la mesure où l'on n'envisageait pas alors une existence de la création intellectuelle indépendante de son support, ce droit de propriété était fatalement circonscrit au manuscrit, à l'objet matériel dans lequel la création était retranscrite. Ainsi, une fois le manuscrit, l'objet inventif, vendu au libraire ou au manufacturier, l'auteur avait tout cédé et ne pouvait prétendre à aucun droit sur l'exploitation de sa création »¹⁰⁴⁰.

Elle ajoute que « pour que cet état de fait évolue, il faudra imaginer que la création intellectuelle existe indépendamment de son support, et qu'une fois celui-ci cédé, l'auteur conserve un droit sur la reproduction dont son œuvre est susceptible d'être l'objet. Or, dès le XVIII^{ème} siècle, et, plus sûrement, à partir du début du XVIII^{ème} siècle, cette idée commence à faire son chemin ; une évolution déterminante dans la compréhension de la nature véritable de la création intellectuelle est en train de voir le jour. Celle-ci résulte, en grande partie, du développement des moyens de reproduction et de diffusion des créations intellectuelles qui, en permettant la multiplication des supports, participent à la prise de conscience de l'indépendance des créations de l'esprit vis-à-vis de ceux-ci »¹⁰⁴¹.

Dès le début du XVIII^{ème} siècle, commencent à émerger en France des philosophies, fondées sur l'idée d'un droit naturel, prônant le triomphe de la liberté individuelle, et de la propriété individuelle qui en est le corollaire. Et l'on pressent alors l'évolution inéluctable de l'industrie et du commerce vers une organisation de type capitaliste.

Ainsi, conclut cette dernière, « l'idée d'une propriété naturelle du créateur - ou tout au moins des auteurs d'œuvres de l'esprit - s'imposa-t-elle dès avant la Révolution ; avec celle-ci la portée symbolique de la qualification de « propriété » de la relation du créateur à sa réalisation intellectuelle allait parvenir à son paroxysme »¹⁰⁴².

¹⁰⁴⁰ S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, op. cit., p. 371, 372, n° 550.

¹⁰⁴¹ S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, op. cit., p. 372, n° 551.

¹⁰⁴² S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, op. cit., p. 374, n° 554.

740. La consécration révolutionnaire. Madame Sophie Alma-Delettire ne manque pas de faire remarquer, qu'avec la Révolution, le droit de propriété fut promu au rang des droits naturels, imprescriptibles, inviolables et sacrés de l'Homme. Révolution, d'essence bourgeoise, la société ne pouvait qu'aspirer à un système libéral, émancipé des pesantes hiérarchies de l'Ancien Régime, et au sein duquel l'initiative individuelle aurait la part belle¹⁰⁴³.

Le 4 Août 1789 tous les privilèges de l'ère féodale furent abolis. L'idéologie libérale de la Révolution imprégnait alors l'ensemble d'un système économique dont le principe fondamental réside dans la liberté d'entreprise. Ainsi une réglementation fut mise en place rapidement afin de protéger les créations intellectuelles. En effet, ce contexte de liberté totale, d'une part, contrariait le courant naturaliste dominant, d'autre part, se révéla en pratique particulièrement néfaste à la production de créations intellectuelles, tant inventions techniques qu'œuvres de l'esprit.

« Le choix de la nature à donner à ces droits s'imposa d'elle-même. En effet, la notion même de citoyenneté s'envisageait à partir de l'égale vocation à devenir propriétaire. (...) C'est pourquoi les droits des créateurs, tant auteurs qu'inventeurs furent, dès 1791, érigés au rang de « propriété sacrée ». Ainsi, « Droits d'auteur et de brevet naissent dans le même berceau du libéralisme triomphant du XVIII^e siècle, sous le label du droit naturel de propriété »¹⁰⁴⁴.

A partir de ce moment, le droit sur les créations intellectuelles ne dépendra plus du bon vouloir de l'autorité publique, mais appartiendra, automatiquement, au créateur par le seul fait de sa réalisation immatérielle ; le créateur n'est plus tributaire d'un privilège discrétionnaire, mais bénéficie d'un droit véritable, un droit ferme et efficace. Fondé sur le droit naturel, élevé au rang de droit de l'Homme, le droit de propriété des créateurs intellectuels ne prêtait désormais plus à discussion¹⁰⁴⁵.

II. Les tentatives de requalification

741. Mouvement. Les objections avancées, se fondaient, de façon générale sur l'inadéquation d'une classification juridique élaborée pour des biens matériels et des créations, par essence, immatérielles et, de façon particulière, sur la prise de confiance du devoir de

¹⁰⁴³ S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, op. cit., p. 375, n° 555.

¹⁰⁴⁴ S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, op. cit., p. 376, n° 556.

¹⁰⁴⁵ S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, op. cit., p. 377, n° 557.

consentir à l'auteur d'une œuvre de l'esprit des prérogatives spécifiques, en raison du rapport particulier l'unissant à sa création ; prérogatives difficilement conciliables avec le caractère prétendu absolu du droit de propriété. Au travers de ces interrogations sur l'opportunité d'une qualification des droits intellectuels en des propriétés, c'est le concept même de « propriété » qui est au cœur des débats. La propriété, rapport direct et exclusif d'une personne sur une chose est-elle un droit absolu ? Quels en sont les caractères irréductibles ? Et, plus généralement, est-ce une notion souple ou un carcan rigide¹⁰⁴⁶ ?

742. L'inadéquation aux caractéristiques de la propriété. Un mouvement d'opposition à l'assimilation des droits de propriété intellectuelle à la propriété traditionnelle se dessina.

- S'agissant des critiques, parmi les caractéristiques jugées déterminantes de la propriété, il en était principalement deux qui, aux yeux des spécialistes, rendaient cette figure juridique non techniquement transposable aux régimes de propriété intellectuelle. Tout d'abord la propriété a, par essence, pour objet une chose matérielle et ensuite la propriété en tant que droit absolu est nécessairement perpétuelle.

La classification juridique civiliste française s'inspirant directement du droit romain, c'est en analysant celui-ci que la doctrine a constaté que le système juridique antique ne connaissait pas les choses immatérielles et que, par conséquent, les catégories juridiques par lui élaborées n'avaient pu être pensées pour intégrer les créations de l'esprit. De ce fait, notre conception civiliste du droit réel, directement inspirée de celle romaine, ne pouvait qu'être inhospitalière à ces nouveaux objets de droit. En effet, la difficulté de la nature de l'objet de droit, entre le support et l'idée, la création n'apparaît pas toujours très nettement¹⁰⁴⁷.

L'un des éléments déterminants de la propriété avec lequel les droits de propriété intellectuelle sont encore en contradiction est la perpétuité du droit, caractère inhérent à son absoluité. Madame Sophie Alma-Delettire souligne que cette concordance parfaite de durée entre l'existence du droit et celle de l'objet sur lequel il porte apparaissait alors à l'ensemble de la doctrine comme un élément fondamental du régime de la propriété, de telle manière que la doctrine se partageait entre ceux voyant dans la limitation de durée du droit une objection

¹⁰⁴⁶ S. ALMA-DELETTIRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, *op. cit.*, p. 379, 380, n° 559.

¹⁰⁴⁷ S. ALMA-DELETTIRE, *op. cit.*, p. 382, n° 563.

suffisante à la qualité de propriété aux droits sur les créations immatérielles, et ceux qui, voulant préserver cette qualification, prêchaient en faveur de la perpétuité des droits sur les créations en cause¹⁰⁴⁸.

- Quant à la recherche d'une qualification nouvelle, les systèmes envisagés présentent pour trait commun d'être fondés sur une vision unitaire de la propriété intellectuelle ; au concept de « propriété » en est substitué un autre, mais une appréhension globale de la propriété intellectuelle est préservée. Ces théories ont, en commun la particularité de préserver en tant qu'élément essentiel la qualité de droit pécuniaire des droits de la propriété intellectuelle, mais en refusant l'assimilation au droit de propriété classique applicable aux choses matérielles¹⁰⁴⁹.

Ainsi, à côté des auteurs favorables à une solution de compromis, et parlant des propriétés incorporelles en termes de « monopole d'exploitation », l'on peut distinguer, essentiellement, deux pistes de réflexion ; d'une part, celle axée sur l'objet de droit, qui va donner naissance aux « droits intellectuels », et d'autre part, celle mettant l'accent sur la fonction du droit, qui va aboutir à l'émergence des « droits de clientèle »¹⁰⁵⁰.

- Certains convaincus par les arguments développés à l'encontre de la qualification de propriété, mais ne souhaitant pas pour autant rompre avec la classification juridique fondamentale de notre droit privé, en sont venus à désigner les droits sur les créations intellectuelles comme étant, tout simplement, des « monopoles » des « droits exclusifs » ou encore des « privilèges » ; adoptant ainsi une approche plus descriptive qu'analytique des propriétés incorporelles. Les droits de propriété intellectuelle ont été rattachés à la catégorie des droits obligationnels. C'est Renouard dès 1825 qui a proposé une telle qualification ; partant de l'idée que la divulgation fait naître un contrat entre le créateur et la société. Il en conclut (pour le droit d'auteur) qu'un livre est la prestation de service à la société et que de ce fait l'auteur a droit à recevoir de la société un juste prix de son service et enfin que la garantie d'un droit exclusif de copie sur la reproduction de l'ouvrage est le meilleur mode de salaire de la société envers l'auteur. Roguin précise cette théorie en soutenant que le contenu du monopole consiste en une « obligation passive universelle »¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁸ S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 383, n° 564.

¹⁰⁴⁹ S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 384, n° 567.

¹⁰⁵⁰ S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 385, n° 568.

¹⁰⁵¹ S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 385, 386, n° 570.

- La théorie des droits intellectuels est avancée par Picard, son concept, fondé sur le postulat suivant lequel les catégories juridiques se définissent par l'homogénéité des objets qui les composent, entre chose matérielle et chose intellectuelle, les différences de nature et d'origine sont beaucoup trop grandes pour que le même régime puisse s'appliquer. Aussi proposa-t-il d'ajouter un terme supplémentaire à la division romaine classique, une nouvelle catégorie juridique les « droits intellectuels ». L'objet de droit, comme leur nom l'indique est intellectuel, dégagé de tout support, il s'agit de droits patrimoniaux¹⁰⁵².
- La théorie élaborée par Roubier avait vocation à regrouper l'ensemble des éléments incorporels d'un fonds de commerce ayant pour objectif direct la conquête d'une clientèle, poursuivant une finalité économique des droits qui la composent. Ainsi Madame Marie-Angèle Hermitte analyse l'évolution contemporaine du droit comme de plus en plus axée autour du concept de « marché ». Les juges et le législateur tente de juridiciser ce concept par l'intermédiaire du droit de la consommation et du droit de la concurrence. En droit, les clients sont toujours libres de s'approvisionner où bon leur semble, aucun droit personnel n'existe sur leur personne, ainsi le droit sur la clientèle dégénère en un droit simplement relatif à la clientèle¹⁰⁵³.

743. La révélation du lien auteur-création¹⁰⁵⁴. Avec le siècle du romantisme, la relation particulière qui unit l'auteur d'une œuvre de l'esprit à sa création intellectuelle va progressivement s'imposer comme élément hautement caractéristique de la production intellectuelle. Or, cette analyse, en brouillant les limites entre le sujet et l'objet de droit, heurtait de front la conception civiliste de la propriété définie comme la relation directe du sujet à l'objet, c'est-à-dire le rapport de deux éléments de droits indépendants. En rejetant la propriété, les partisans de ces idées « nouvelles » avaient à l'esprit la nécessité de protéger ce lien « sacré » en assurant au créateur le maintien d'une maîtrise particulière sur la création. Les objectifs sont similaires entre les opposants ici de la propriété et ceux qui, un siècle plutôt, la proclamaient à toute force, comme la qualification la mieux à même d'assurer le pouvoir du créateur sur sa création... La mise en exergue des différences entre les régimes de la propriété littéraire et artistique et de la propriété industrielle sert la cause de la qualification de « propriété » du droit

¹⁰⁵² S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 387, n° 573

¹⁰⁵³ S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 390, n° 578.

¹⁰⁵⁴ S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 392, n° 580.

d'auteur. Fut alors dégagée l'idée selon laquelle l'œuvre serait l'émanation de la personnalité de son auteur, en quelque sorte une part de lui-même, conceptualisé sous le vocable de « droit moral » de l'auteur, autrement dit le droit à l'intégrité de l'œuvre, le droit de paternité, puis le droit de divulgation. Deux chemins ont été suivis afin de rechercher la qualification intégrant ces nouvelles prérogatives ; la propriété démembrée puis celui de l'élaboration de la théorie des droits de la personnalité.

- Ceux penchant pour la propriété démembrée expliquent que ce droit de propriété comprend des prérogatives ayant des fonctions différentes ; la propriété en question serait, par essence, « démembrable » entre un domaine éminent intrinsèque attaché à l'auteur et un domaine utile, cessible. Le droit moral consiste en une sorte de propriété retenue avance Cabrillac, ainsi l'auteur tel un seigneur féodal conservait le domaine éminent tandis que le cessionnaire tel un vassal n'aurait accès qu'au domaine utile. Or, une telle théorie doit être repoussée car en opposition avec le principe que la propriété est absolue justement par réaction au système de démembrement de la propriété sous l'Ancien Régime.

- Ceux soutenant la nature profonde de la création littéraire et artistique totalement incompatible avec une qualification en terme de propriété. La création ne serait que l'expression du génie du créateur une émanation de sa pensée. Le créateur serait tout à la fois homme et chose, sujet et objet d'un droit pécuniaire relève Madame Sophie Alma-Delettre, rejoignant par là l'idée de Madame Agnès Maffre-Baugé¹⁰⁵⁵ que l'œuvre se réduirait à l'auteur. L'œuvre, issue de l'intellect d'une personne physique est une réalité juridique autonome qui existe indépendamment et au-delà de son créateur. En réaction à la théorie purement personnaliste s'est développée la théorie du droit double selon laquelle le droit d'auteur a une nature hybride, les prérogatives morales caractérisant un droit de la personnalité, alors que les prérogatives pécuniaires, un droit d'essence patrimoniale. Ceci est devenu la conception dominante en France. La thèse majoritaire voit alors dans le droit d'auteur un droit hybride composé à la fois de prérogatives patrimoniales (droit d'exploitation) rattachées à la catégorie des droits réels et de prérogatives extra-patrimoniales (droit moral) rattachées à celle des droits de la personnalité¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁵ A. MAFFRE-BAUGE, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, Thèse Montpellier, 1997.

¹⁰⁵⁶ S. ALMA-DELETTRE, *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la Direction de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, p. 25 et s., notamment p.32, n° 9 *in fine*.

§2. La propriété comme mécanisme

744. Les droits de propriété intellectuelle : la technique de la propriété. En suivant, une approche globale, comme le fait notamment Madame Sophie Alma-Delettire l'application de la qualification de propriété aux droits de propriété intellectuelle, passe par la recherche des éléments caractéristiques de celle-ci et de leur possible ou non application aux droits en question. Très classiquement, il nous faut donc vérifier l'adéquation aux propriétés incorporelles des caractéristiques, en premier lieu, des droits réels **(I)** et, en second lieu, les spécificités du droit de propriété **(II)**¹⁰⁵⁷.

I. La propriété intellectuelle et les caractéristiques du droit réel

745. Mouvement. Au XIX^{ème} siècle, une partie substantielle de la doctrine a privilégié une conception restrictive du droit réel. Madame Sophie Alma-Delettire relève que cette approche restrictive reposait sur le postulat que l'élément caractéristique du droit réel, rapport de droit direct entre une personne et une chose, est la chose. Or, ce rapport s'exprime pour le droit en terme de « pouvoir » ; c'est donc dans l'appréhension, la maîtrise de la chose que va se concrétiser le fameux rapport de droit ; réduire la chose à sa matérialité est alors un moyen facile et fiable de s'assurer de cette maîtrise. C'est ainsi que la propriété, entendue ici en tant que figure la plus achevée du droit réel, a initialement été conçue pour des objets matériels, et se caractérisant classiquement par la « possession », il fut tentant de limiter cette forme d'appréhension juridique aux choses corporelles, c'est-à-dire celles sur lesquelles le sujet pouvait avoir une maîtrise matérielle. Or, les créations intellectuelles ne permettent pas, par définition, une telle emprise puisque, de par leur nature même, elles sont intangibles, non palpables, et ont, de ce fait, vocation à être appréhendées par plusieurs personnes en même temps. C'est pourquoi la doctrine soutenait que le droit réel est insusceptible d'extension aux valeurs immatérielles.

La qualification des droits incorporels en droit de propriété a toujours conservé ses partisans. Un retour en force de la théorie du droit réel a lieu tant dans le discours civiliste que dans celui des spécialistes de la propriété intellectuelle. D'une part, notre droit positif ne s'oppose pas à ce

¹⁰⁵⁷ S. ALMA-DELETTIRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, op. cit., p. 405, n° 596.

qu'un droit réel porte sur une chose immatérielle, et d'autre part, l'élément caractéristique du droit réel est non l'objet mais le rapport de droit¹⁰⁵⁸.

746. Nature de l'objet¹⁰⁵⁹. Les opposants à l'intégration des droits intellectuels dans la catégorie des droits réels est que cette dernière ne pourrait englober les choses immatérielles ; la raison en serait que le droit romain, auquel nous devons notre classification, ne les connaissait pas. Or, de nombreux juristes ont, au contraire, démontré que le droit romain appréhendait parfaitement les choses incorporelles, en admettant, au minimum, qu'un droit puisse porter sur un autre droit.

Car, quel est l'objet d'un droit réel ? C'est la chose telle qu'appréhendée par le droit, il s'agit d'une représentation intellectuelle. Cependant, considérer que les droits réels ne peuvent avoir d'autres objets que des choses corporelles, c'est ramener un rapport de droit à un rapport physique. Dès lors que le concept juridique est dissocié de l'objet, appréhendé comme un rapport entre une personne, sujet de droit et une chose, objet de droit, le droit de propriété à l'instar de toutes les prérogatives juridiques présente un caractère immatériel, incorporel. Une fois le droit réel de propriété détaché de son objet, son application à des biens immatériels devient possible ; les créations intellectuelles peuvent alors prétendre à l'appropriation.

Ainsi une fois le clivage lié à la corporalité écarté, la recherche de l'élément déterminant de la qualification d'une chose en bien appropriable se déplace. Reprenant les éléments définitoires du droit réel, l'on observe alors en celui-ci un droit du patrimoine, un droit qui se définit, par conséquent, dans sa capacité à être apprécié pécuniairement ; ainsi une chose pour pouvoir prétendre faire l'objet d'un droit réel doit démontrer sa qualité de « valeur » ; parce que le droit qui la protège s'analyse en un droit d'exploitation, c'est-à-dire un droit à finalité économique.

747. Caractéristiques du rapport de droit¹⁰⁶⁰. En droit français, toute propriété est une valeur patrimoniale ; mais toute valeur patrimoniale est-elle pour autant une propriété ? Certainement pas ; encore faut-il que le droit réponde au souci de réservation et de commercialisation par l'instauration d'un rapport de droit exclusif et opposable à tous. C'est donc dans les caractéristiques du rapport de droit que se trouve la clé de la qualification. L'on

¹⁰⁵⁸ S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 407, n° 599.

¹⁰⁵⁹ S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 407 et s., n° 600 à 602.

¹⁰⁶⁰ S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 411, 412, n° 603.

constate alors que l'exclusivité, en tant que caractéristique, est un élément essentiel au point de faire partie de la définition même de la propriété. Il n'est pas difficile alors de vérifier que ce qualificatif est systématiquement affirmé pour chacun des droits de propriété intellectuelle.

Tout au plus doit-il être établi que cet objet figure bien une « valeur » de nature à l'intégrer dans la catégorie des biens. Les qualités du rapport de droit sont donc, par élimination, les seules à même de participer à la qualification, si le droit réel se définit par la nature de la maîtrise du titulaire sur la chose, alors force est d'admettre que l'affirmation expresse de l'exclusivité du rapport de droit entre le titulaire et la création, répond à cette définition. L'objet ne compte qu'en ce qu'il doit figurer un bien.

II. La propriété intellectuelle et les caractéristiques du droit de propriété

748. Mouvement. Le droit de propriété est l'archétype des droits réels ; il est défini comme « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue... ». Cette définition met ainsi indiscutablement l'accent sur les attributs du droit et leurs caractéristiques. Mais le droit de propriété a d'autres spécificités, et, notamment, celles liées à ses modes possibles d'acquisition.

749. Particularité du mode d'acquisition du droit¹⁰⁶¹. La question de savoir si la loi attribue un droit de propriété à l'auteur impose que ce droit naisse conformément aux principes civilistes d'acquisition de la propriété. Par conséquent, s'il n'est pas possible de trouver dans le Code civil une traduction juridique parfaite de l'acquisition par création pure et simple, c'est qu'il faut rechercher le mécanisme existant le plus compatible avec celle-ci. C'est cette compatibilité que nous allons vérifier pour les deux modes d'acquisition originaire que sont l'accession et la possession, dont l'application à la propriété intellectuelle a été proposée.

- L'accession a été présentée par le Professeur Thierry Revet comme le mécanisme applicable à la propriété intellectuelle. Celui-ci démontre en effet dans sa thèse que « la force de travail » d'une personne peut être objectivement détachée de cette personne, et, ainsi réifiée, constituer la chose première donnant droit pour son propriétaire sur ce qui est par elle produit, les créations intellectuelle en l'occurrence. Dans l'esprit du législateur, l'accession a vocation à jouer pour

¹⁰⁶¹ S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 413 et s., n° 605 et s.

« les fruits naturels ou industriels de la terre, les fruits civils, le croît des animaux », la liste par sa connotation strictement « agricole » semble bien limiter les cas de mise en œuvre du mécanisme, à tout le moins le rend difficilement transposable aux créations immatérielles.

- L'occupation a connu les faveurs de la doctrine du tournant du siècle, sur l'idée que c'est le seul mécanisme véritablement réservé aux biens nouveaux. Une création intellectuelle lorsque elle émerge de l'acte créatif se présente effectivement comme un bien nouveau, juridiquement sans maître, avant que quiconque ne manifeste la volonté de se l'approprier. La propriété-création s'explique de la même façon que « l'*occupatio* » de l'époque archaïque.

L'application de ce mécanisme aux créations intellectuelles a été discutée. A tout d'abord était avancée sa non application aux meubles incorporels car le caractère incorporel d'un objet de droit n'était pas de nature à lui fermer l'accès aux qualifications classiques traditionnelles. A ensuite été présentée incompatible au mécanisme d'occupation, curieusement le fait générateur de chacun des droits en cause. Ainsi l'exigence d'un dépôt pour la réservation des propriétés industrielles serait-elle une formalité inconciliable avec l'occupation. A l'inverse, ce serait l'absence d'événement intermédiaire entre l'acte de création et l'appropriation de l'œuvre de l'esprit qui en résulte, qui ne laisserait pas de place à l'exercice de l'acte d'occupation. L'occupation se réalise par la réunion de deux éléments, l'emprise sur la chose d'une part, et l'intention, d'appropriation d'autre part. En matière de propriété littéraire et artistique l'auteur jouit de son droit « du seul fait de sa création » sans avoir manifesté une quelconque volonté d'appropriation.

750. Limites à la jouissance du droit¹⁰⁶². A la différence des autres droits réels qui instituent un rapport d'exclusivité entre la personne et la chose limité aux prérogatives constitutives du droit en question, le droit de propriété est un rapport d'exclusivité « absolu », autrement dit, portant sur l'ensemble des utilités de la chose. Ainsi le caractère absolu de la propriété renvoie à la réservation en exclusivité de ses prérogatives à son titulaire et ce à perpétuité. Cependant, les droits de propriété intellectuelle, connaissent un certain nombre de limites, liées soit à la nature de l'objet soit à la fonction sociale du droit, qui suscite l'interrogation quant à la pertinence de leur qualification en terme de propriété.

¹⁰⁶² S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 416 et s., n° 610 et s.

- Quant aux limites suscitées par la nature de l'objet, si la qualification de droit de propriété est soumise à la réservation exclusive au titulaire de l'ensemble des jouissances possibles de la chose, alors une telle qualification mérite d'être nuancée vis à vis des propriétés intellectuelles. De par la nature même de son objet, le titulaire ne peut jouir en exclusivité de l'usage de sa création. Cette création étant immatérielle ne peut être réservée à une unique personne sa vocation étant de se propager d'où une sorte de don d'ubiquité. Le titulaire de droits intellectuels ne peut se prévaloir d'une exclusivité absolue, ainsi la qualification de propriété semble inadaptée. Cependant, une telle qualification a vocation à s'appliquer et à assurer l'exclusivité des utilités économiques de l'objet. Il en résulte que le libre accès intellectuel aux créations réservées par un des droits de propriété intellectuelle, ne constitue pas une atteinte aux caractéristiques fondamentales du droit de propriété.

- Quant aux limites suscitées par la « finalité sociale » du droit, pour certains auteurs, la perpétuité est un des caractères incontournables du droit de propriété. Or, à l'exception du droit sur les marques, les droits de propriété intellectuelle ont tous pour particularité d'avoir une durée pré-définie par le législateur. Il s'agit de droits temporaires¹⁰⁶³. Ce caractère relève d'une certaine logique, d'une certaine finalité sociale, qui est la diffusion des connaissances culturelles et scientifiques. A l'inverse du droit de propriété sur des choses corporelles où la durée est calquée sur la durée de vie de l'objet, la durée du droit sur une œuvre de l'esprit en est détachable. Une telle limitation dans le temps serait vue comme une atteinte essentielle à l'absoluité du droit de propriété. Le droit de propriété contemporain n'a plus les mêmes fondements qu'à l'époque révolutionnaire où ce dernier était synonyme de liberté individuelle. Aujourd'hui il est conçu comme un instrument d'organisation de la société d'où les exceptions de plus en plus croissantes quant à son étendue et comme un stimulant à l'esprit d'initiative, à la créativité de ceux ayant vocation à devenir propriétaire, ce qui correspond idéalement à la fonction attendue des droits intellectuels. Les Professeurs Mousseron, Raynard et Revet opèrent une distinction entre ceux qu'ils nomment les éléments « invariants » et les éléments « contingents » de la propriété ; au premier rang des invariants figure l'opposabilité dudit droit aux tiers ; comme le souligne Madame Sophie Alma-Delettre reprenant les propos du Professeur Catala qui explique que « le droit de propriété vaut surtout par l'opposabilité absolue de la

¹⁰⁶³ S. ALMA-DELETTRE, *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, p. 25 et s. , notamment p. 28 et s. , n° 6.

protection dont jouit son titulaire. Un droit réel inopposable (faute de publication) n'est qu'une ombre. En revanche, un droit sans « *corpus* » mais opposable à tous emprunte à la propriété son caractère essentiel et possède une valeur propre »¹⁰⁶⁴.

751. Conclusion quant à l'appréhension des propriétés intellectuelles par le droit de propriété. Le droit de propriété se présente comme un mécanisme efficace d'exploitation de nos richesses. Le droit de propriété n'est pas un droit comme les autres, il est « la clef de voûte du droit des biens », mais encore le symbole d'une société axée sur l'individu et sa maîtrise du monde qui l'entoure. « Dire que les droits de propriété intellectuelle ne sont pas de véritables propriétés, alors qu'ils en remplissent les conditions définitoires, c'est ne réserver à ses valeurs aujourd'hui primordiales qu'une protection de « seconde zone », les enfermer dans un « carcan autonomiste ». Dire que le droit de propriété est un mécanisme rigide qui ne peut s'appliquer qu'à des biens corporels, c'est le condamner à l'archaïsme, le reléguer à la protection de certains biens qui n'ont plus dans nos économies qu'une place secondaire. C'est pour l'ensemble de ces raisons que le droit communautaire peut affirmer que « la propriété intellectuelle a été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété »¹⁰⁶⁵.

752. Analyse du droit d'auteur en un droit de propriété. Le droit d'auteur représente bien une maîtrise exclusive et absolue d'un créateur sur un bien ; ce rapport est caractéristique de l'idée de propriété. Cependant, afin de mener cette analyse, le droit moral mérite d'être élevé au rang de simple accessoire du droit pécuniaire. Le Professeur Jacques Raynard a eu bien des difficultés afin de faire entrer les prérogatives morales dans ce droit patrimonial . C'est ainsi que ce dernier a abaissé ces prérogatives morales à de simples accessoires du droit pécuniaire. Cela a permis de retenir la qualification de droit de propriété¹⁰⁶⁶.

753. Nouvelle analyse de la propriété. Le Professeur Frédéric Zénati a proposé une conception renouvelée du droit d'auteur. Selon lui l'essence de la propriété réside dans le pouvoir du propriétaire d'exclure autrui des utilités de sa chose. La propriété se présente alors

¹⁰⁶⁴ S. ALMA-DELETTRE, *op. cit.*, p. 421, n° 615 *in fine*.

¹⁰⁶⁵ S. ALMA-DELETTRE, *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, p. 36, 37, n° 18.

¹⁰⁶⁶ B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, LGDJ, 2008, Tome 15, p. 167, n° 214.

comme la relation qui existe entre chaque bien et la personne à laquelle il appartient, telle une prérogative attachée à la personne. Vis à vis du droit d'auteur la propriété se présente comme une forme particulière de propriété résultant du lien indéfectible existant entre l'auteur et son œuvre. Ainsi, l'auteur jouit sur son œuvre d'une exclusivité, qui est le bien objet de cette propriété. Parce qu'elles portent l'empreinte de la personne de leur auteur. Cette réification est nécessaire, car l'entrée de l'œuvre dans le commerce juridique est la condition de la rémunération et de l'entretien de l'auteur. La présence du droit moral ne constitue plus un obstacle à la qualification de propriété. Au contraire, ce droit moral est une manifestation de l'exclusivité du propriétaire sur son œuvre¹⁰⁶⁷.

754. Le brevet, droit de propriété sur l'invention. Le droit de brevet a été reconnu comme un droit de propriété du breveté sur son invention. Le breveté jouit des principales prérogatives d'un propriétaire sur l'invention. Il peut faire de nombreux usages de son invention : exploitation du brevet par sa mise sur le marché, ou la concession d'une licence ayant pour objet le brevet, renonciation à un droit, transfert de propriété à un tiers. L'article 611-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « Toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation »¹⁰⁶⁸.

755. Résistance doctrinale. Certains auteurs ont remis en question l'idée que le breveté ait l'*usus* de l'invention. Mais le fait que le monopole du breveté ne porte que sur le bénéfice économique de l'invention, et que l'accès intellectuel à l'invention soit ouvert à tous, ne constitue pas du tout un obstacle à la qualification de propriété dans la mesure où le bénéfice économique de l'invention constitue l'objet même du droit de brevet c'est ce que souligne Madame Béatrice Parance.

La qualification du droit de brevet en un droit de propriété a été difficilement admise. Certains en doutaient avançant que le breveté ayant l'obligation d'exploiter l'invention qui fait en l'occurrence l'objet du brevet, sous peine de voir l'invention faire l'objet d'une licence autoritaire. Ceci est envisagé par ces derniers comme une limite importante au droit du breveté

¹⁰⁶⁷ B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, LGDJ, 2008, Tome 15, p. 167, 168, n° 215.

¹⁰⁶⁸ B. PARANCE, *op. cit.*, p. 170, 171, n° 219.

et notamment au caractère absolu du droit de propriété. Cependant, il est expressément partagé par tous que l'exercice du droit de propriété est de plus en plus limité, notamment par les contraintes que la société fait peser sur les propriétaires¹⁰⁶⁹. Or, ceci n'entraîne pas une disqualification du droit de propriété. Par analogie, le droit du breveté est victime du même dessein. Ici la fonction sociale jouée par le droit de propriété sur l'invention est incontournable car le législateur soutient le progrès technique et scientifique.

SECTION 3

L'APPREHENSION DE L'IMMATÉRIEL PAR D'AUTRES MECANISMES FONDAMENTAUX

756. Démarche adoptée. Successivement mériteront d'être exposés tour à tour l'appréhension de l'immatériel par la possession (§1) ainsi que l'appréhension de l'immatériel par l'indivision (§2).

§1. L'appréhension de l'immatériel par la possession

757. Définitions. Aux termes de l'article 2228 du Code civil, « la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ». De cette définition il résulte que la possession n'est pas une prérogative juridique mais un pouvoir de fait sur un bien. Le possesseur, abstraction faite de son titre, est celui qui détient la chose, que ce soit de manière directe ou par l'intermédiaire d'un tiers. Il découle ainsi de l'article 2228 du Code civil que tous les biens sont *a priori* susceptibles de possession, qu'ils soient incorporels ou corporels¹⁰⁷⁰. La possession se définit comme le pouvoir de fait (*corpus*, détention matérielle) exercé sur une chose avec l'intention de s'en affirmer le maître (*animus domini*), même si, le sachant ou non,

¹⁰⁶⁹ B. PARANCE, *op. cit.*, p. 171, 172, n° 220.

¹⁰⁷⁰ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 137 et s. ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 647 et s., n° 441.

on ne l'est pas, qui permet, à certaines conditions, d'en acquérir la propriété par la prescription et de jouir de la protection possessoire¹⁰⁷¹.

758. Éléments constitutifs de la possession : *corpus* et *animus*. La possession ne se conçoit pas seulement comme un pouvoir matériel sur une chose, qui n'en est que le révélateur. L'analyse juridique de la possession suppose aussi un élément psychologique. La réunion de ces deux éléments constitutifs, le *corpus* et l'*animus*, est nécessaire à la reconnaissance de la possession que celle-ci se dégénère en simple détention, lorsqu'ils sont dissociés¹⁰⁷².

- Selon l'article 2228 du Code civil, l'élément matériel de la possession est d'abord « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit réel... ». Le *corpus* correspond à l'accomplissement des actes matériels que le titulaire du droit réaliserait en cette qualité, autrement dit les actes de détention, de jouissance et d'exercice de son droit : habitation, occupation et perception des loyers, travaux de réparation, paiement de taxes foncières. Autrement dit le *corpus* est l'élément objectif de la possession, il s'agit de l'exercice de fait des prérogatives correspondant au droit. S'il s'agit de la possession de la propriété, le *corpus* sera le fait de se comporter comme un propriétaire, d'exercer sur la chose l'*usus*, le *fructus*, l'*abusus*. Le *corpus* est analysé comme l'accomplissement d'actes purement matériels sur la chose, qu'elle soit corporelle ou incorporelle¹⁰⁷³.

- La possession suppose aussi un élément psychologique, la volonté (*animus domini*) de se comporter comme propriétaire de la chose. Cet élément psychologique, intentionnel porte le nom d'*animus*, c'est-à-dire la volonté de se comporter comme le véritable titulaire du droit. Il s'agit de la volonté qui implique que le possesseur soit conscient et apte à se déterminer librement et en toute connaissance de cause.

759. Controverse doctrinale : théorie subjective et théorie objective. Pour Savigny, l'élément déterminant et souverain créant la possession est l'*animus*. Les actes matériels exercés sur la chose constituant le *corpus* peuvent être accomplis à des titres divers. L'élément essentiel de la possession plus particulièrement l'élément distinctif va donc être l'*animus*, l'intention qui

¹⁰⁷¹ R. GUILLIEN et J. VINCENT, sous la direction de S. GUINCHARD et de G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 12^{ème} éd. , Dalloz, 1999, p. 400, 401.

¹⁰⁷² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, p. 145, n° 132.

¹⁰⁷³ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd. , Dalloz Précis, 2002, p. 142, n° 155. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, p. 145, n° 133.

anime le possesseur : de là le nom de théorie subjective donné à ce système, car il attribue à la volonté une action prépondérante. En revanche, pour Ihering ce qui est important c'est le fait extérieur, objectif des actes d'utilisation d'où le nom de théorie objective. Cependant il ne supprime pas totalement l'élément intentionnel car sans volonté il n'existe pas de rapport possessoire¹⁰⁷⁴.

760. Possession et propriété intellectuelle. Le Professeur Patrick Tafforeau relève qu'il peut arriver que le possesseur du support matériel d'une œuvre soit investi d'un droit d'exploitation ce qui est notamment le cas des œuvres publiées à titre posthume après la révolution du monopole soit, en principe, plus de 70 ans *post mortem*. Le droit positif offre la possibilité de démontrer l'existence de la possession d'un objet de propriété intellectuelle. La possession d'une œuvre, d'un dessin ou d'un modèle, d'un brevet ou d'une marque constituent une notion de droit positif. Que ce soit dans la loi ou la jurisprudence, la possession d'un droit de propriété intellectuelle nous paraît bel et bien exister¹⁰⁷⁵.

La première différence avec la possession d'un meuble corporel provient de l'ubiquité des objets immatériels : car ils peuvent s'incorporer simultanément dans plusieurs supports en plusieurs lieux. Dès lors, le *corpus* consistera en des actes d'exploitation et pourra fort bien être le fait de plusieurs personnes agissant en même temps, dans des pays différents. Quant à l'*animus*, il ne présente guère de spécificité : une personne entend se comporter comme un propriétaire, son comportement correspond à son état d'esprit, son intention. Il ne s'agit pas d'un simple détenteur précaire. En droit de la propriété industrielle, il s'agit donc d'une personne qui s'estime propriétaire soit originaire (titre, enregistrement à son nom) soit par transfert de propriété (cession). En droit d'auteur et en droit des brevets, la possession est une notion nommée, par les juges dans le premier domaine, par la loi elle-même dans le second. En droit des dessins et modèles et en droit des marques, la notion est implicite et résulte des effets de la prescription extinctive des actions en revendication ou en contrefaçon.

¹⁰⁷⁴ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, p. 136, 137, n° 124, n° 125 ; F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd., Dalloz Précis, 2002, p. 143, n° 157 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Université Paris I, Préface de L. AYNES, avant-propos de F. TERRE, Tome 15, LGDJ, 2008, p. 75, 76, n° 87, 88, 89.

¹⁰⁷⁵ P. TAFFOREAU, *Possession et propriété intellectuelle*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, p. 111 et s.

761. Extension du domaine de la possession. La possession est la détention d'une chose ou d'un droit. L'extension de la possession aux meubles incorporels est dans la logique d'un système qui reconnaît une place sans cesse accrue à l'immatériel ou à l'incorporel, qu'il s'agisse notamment du fonds de commerce, de valeurs mobilières dématérialisées ou de créations intellectuelles¹⁰⁷⁶. La notion de *corpus* a pu évoluer et il est désormais admis qu'une action physique sur la chose n'est plus nécessaire pour caractériser la possession. En effet, l'on assiste à un renouveau de l'analyse de cet élément et ce qui est primordial aujourd'hui c'est de pouvoir déterminer une « maîtrise sur la chose », c'est-à-dire un véritable contrôle qui peut se manifester aussi bien par des actes matériels que par des actes juridiques. Selon Ihering, partisan de la théorie objective, ce qui est important c'est le fait extérieur, objectif, des actes d'utilisation. « Ainsi, le contact matériel avec la chose possédée n'est plus nécessaire, car on peut lui substituer un autre acte permettant au possesseur de se réserver la maîtrise de la chose, c'est-à-dire de s'en assurer l'exclusivité »¹⁰⁷⁷.

Pour le Professeur Thierry Revet, la théorie générale de la possession, loin d'être bornée par le Code aux choses corporelles, est susceptible de régir les choses incorporelles puisque l'article 2228 du Code civil la définit comme « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom » : ces seuls termes révèlent que la possession concerne autant les *corpora* que les *jura*, les premières étant « détenues » tandis que les seconds sont « exercés », ce qui va nécessairement dans le sens d'une possible possession de l'autre variété de *res incorporales* que sont les choses incorporelles¹⁰⁷⁸.

Le Professeur Jean-Baptiste Seube souligne que définie par l'article 2228 du Code civil la possession est « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit », présentant ainsi la possession comme étant susceptible de s'appliquer aux choses incorporelles¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁶ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd., Dalloz, Précis, 2002, p. 141, n° 154.

¹⁰⁷⁷ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 174, n° 385 *in fine*.

¹⁰⁷⁸ T. REVET, *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire*, Droit et patrimoine, 2004, N° 124, mars 2004, p. 30.

¹⁰⁷⁹ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 11, n° 25 ; A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Thèse Montpellier I, soutenue le 4 janvier 2000, Dalloz, 2001, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Thèse Paris I, 2003, LGDJ, Tome 15, 2008, Bibliothèque de l'institut André Tunc.

762. Possession et meubles incorporels. Le Professeur Anne Pélissier relève que l'œuvre représente pour son auteur d'une part, une valeur patrimoniale, et d'autre part, un intérêt extrapatrimonial étant une émanation de sa personne. Aussi afin de répondre aux aspirations du créateur un droit privatif, le droit d'auteur a été créé. L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle souligne que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». L'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle disposant que « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ». N'est-ce pas la personne qui a le pouvoir de fait sur la création ? Le fait de divulguer l'œuvre n'est-il pas un acte manifestant le pouvoir de fait sur cette œuvre ? Les cessions partielles ou totales de droit d'exploitation, l'action en contrefaçon ou encore la constitution de gage sur les créations littéraires et artistiques concourent à l'efficacité du pouvoir de fait de la possession. La possession des créations littéraires et artistiques est dès lors admissible¹⁰⁸⁰.

- L'article L. 613-7 du Code de la propriété intellectuelle pose une limitation au monopole du breveté. En effet, certains auteurs comme les Professeurs Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux soulignent que le droit du breveté voit son monopole limité par la faculté reconnue au tiers d'exploiter l'invention dont il avait connaissance au moment du dépôt de la demande. La reconnaissance des droits de possession personnelle antérieure a pour effet de paralyser l'action en contrefaçon engagée par le breveté ou ses ayants droits. Il s'agit d'une véritable possession. Une telle reconnaissance permet d'affirmer l'existence d'une possession en matière de brevet¹⁰⁸¹.

- L'information correspond à la jonction de deux éléments tout d'abord, la simple idée dans l'esprit de son auteur, une sorte de mise en forme joint à sa communication sous entendant un émetteur et un récepteur. L'information concentre en elle deux acceptions complémentaires une action et un produit¹⁰⁸². L'information doit être entendue dans une acception large recouvrant les œuvres littéraires et artistiques, les idées, les inventions, logiciels, savoir-faire, secret industriel etc. Ainsi source de valeur, l'information doit être considérée comme un bien. Certains considèrent comme le Professeur Jérôme Passa que l'information en tant que valeur économique

¹⁰⁸⁰ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Thèse Montpellier I, soutenue le 4 janvier 2000, Dalloz, 2001, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, p. 134 et s. , n° 290 et s.

¹⁰⁸¹ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} éd. , Dalloz, Précis, 2006, p. 271 et s. , n° 436 et s.

¹⁰⁸² J.-M. BRUGUIÈRE, *La diffusion de l'information publique*, Thèse Montpellier I, juin 1995, p. 3 et s. , n° 4 et s.

immatérielle est appropriable¹⁰⁸³. Autrement dit que le droit de propriété existe sur l'information ou au moins que l'information est susceptible d'appropriation puisqu'elle peut être l'objet de vol ou de contrat de vente. D'autres au contraire estiment que les mécanismes généraux du Code civil sont suffisants pour assurer la protection du bien. Certains voient à travers l'usage de l'information une manière de révéler un pouvoir de fait de la possession. Ainsi le recours au pouvoir de fait de la possession, souligne le Professeur Anne Pélissier, permet en effet de désigner le titulaire de l'information et l'autorise à accéder aux mécanismes généraux de protection de son bien¹⁰⁸⁴.

- De plus souligne cette dernière l'enseigne tout comme le nom commercial n'étant pas soumis à un régime de publicité sont laissés à l'emprise du pouvoir de fait de la possession. Ils s'acquièrent par le premier usage, usage, qui doit présenter un caractère public, non équivoque, ne doit pas être précaire et doit se justifier par une certaine stabilité dans le temps. Faisant ainsi écho à l'article 2229 du Code civil qui pose les caractères que doit revêtir la possession pour aboutir à la prescription¹⁰⁸⁵.

763. Synthèse : la reconnaissance d'un pouvoir de fait. La possession n'est donc plus limitée à un pouvoir physique, mais doit être appréhendée comme un pouvoir de fait dans son sens le plus large, ce qui permet au Professeur Anne Pélissier de le définir comme « un rapport de puissance conscient sur une chose dont l'existence se traduit naturellement par sa conscience chez les tiers »¹⁰⁸⁶. Une telle vision de la possession, qui se base sur un rapport de pouvoir sur la chose ne se cantonnant plus seulement à un contact physique sur la chose, permet ainsi l'adaptation de la possession aux meubles incorporels. Se présentant tel un pouvoir de fait le *corpus* possessoire n'altère en rien l'essence de la possession. C'est par le biais d'une simple dilatation du *corpus* possessoire qu'une telle adaptation fut permise. Une telle dilatation se présente comme nécessaire à l'évolution du droit des biens et de ses institutions traditionnelles. « Cette redéfinition du *corpus* possessoire par la notion, plus ouverte, de pouvoir de fait se

¹⁰⁸³ J. PASSA, *La propriété de l'information : un malentendu ?*, Droit et patrimoine, 2001, N° 91, mars 2001, Dossier, renouveau du droit de propriété ?, p. 64 et s.

¹⁰⁸⁴ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Thèse Montpellier I, soutenue le 4 janvier 2000, Dalloz, 2001, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, p. 137 et s., n° 295 et s. dont notamment p. 139, n° 296 *in fine*.

¹⁰⁸⁵ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Thèse Montpellier I, soutenue le 4 janvier 2000, Dalloz, 2001, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, p. 139, n° 298.

¹⁰⁸⁶ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Thèse Montpellier I, soutenue le 4 janvier 2000, Dalloz, 2001, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, p. 100, n° 220.

traduit par une conception objective de la possession »¹⁰⁸⁷ ; présentant ainsi une conception moins matérielle de la notion et ouvrant par là le domaine de la possession aux meubles incorporels.

764. Possession et biens incorporels : le *corpus* dématérialisé en tant qu'application du critère essentiel de la possession aux biens incorporels. Malgré les divergences doctrinales un point commun perdure : la maîtrise, la puissance du possesseur sur sa chose. Le premier projet de l'article 2228 énonçait « La possession est la détention d'une chose ou d'un droit que nous tenons en notre puissance, ou par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient en notre nom ». C'est d'ailleurs cette idée qu'ont retenue les rédacteurs du BGB, Code civil allemand, où le paragraphe 854, alinéa 1^{er} dispose : « la possession d'une chose s'acquiert par l'obtention d'un pouvoir de fait sur cette chose ». Le terme de pouvoir traduit bien l'idée de puissance et la possibilité d'agir sur la chose.

Madame Béatrice Parance reconnaît qu'admettre l'extension du *corpus* possessoire aux biens incorporels suppose la reconnaissance d'un *corpus* dématérialisé. En effet, souligne cette dernière il est avéré que les biens incorporels ne peuvent être l'objet d'une emprise matérielle. Seule une emprise immatérielle est susceptible de manifester l'exercice d'un pouvoir de fait sur ces biens. D'où la tentation de parler de *corpus* virtuel. Dès lors s'interroger sur l'extension du *corpus* possessoire aux biens incorporels revient à s'interroger sur les modes de réalisation d'une puissance sur ces biens. Bien que la doctrine et la jurisprudence considèrent que le *corpus* nécessite un contact physique entre le possesseur et la chose se réalisant par l'accomplissement d'actes matériels sur celle-ci. Le défaut de matérialité des biens incorporels serait alors la pierre d'achoppement de tout *corpus* possessoire¹⁰⁸⁸ relève Madame Béatrice Parance. Madame Béatrice Parance démontre que l'exercice du *corpus* possessoire en dehors de toute emprise physique est réalisable tout d'abord par l'absence d'exigence d'un contact physique entre le possesseur et la chose possédée mais encore par la prise en considération des actes juridiques comme signes du *corpus* possessoire. De plus, cette dernière démontre que l'adaptation de la

¹⁰⁸⁷ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Thèse Montpellier I, soutenue le 4 janvier 2000, Dalloz, 2001, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 598, n° 309. Elle démontre ainsi que les meubles incorporels sont susceptibles de possession et que le reconnaître permettrait de les doter d'un régime satisfaisant (Partie II de la thèse de Madame Anne PELISSIER).

¹⁰⁸⁸ B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Université Paris I, Tome 15, Bibliothèque de l'institut André Tunc, LGDJ, 2008, p. 80, n° 94.

nature de la possession aux caractères des biens incorporels est possible par le biais d'une possession intellectuelle adaptée à la nature incorporelle et artificielle des biens incorporels mais encore par une possession *corpore alieno* adaptée à la nature intermédiée des biens scripturaux. En revanche, elle émet une limite de l'adaptation de la possession en prenant l'exemple de l'ubiquité des propriétés intellectuelles interdisant toute possession exclusive¹⁰⁸⁹.

765. Les freins à l'extension du domaine de la possession aux biens incorporels. La Cour de Cassation continue d'avoir une vision restrictive du domaine de la possession en la cantonnant aux choses corporelles. L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation en date du 7 mars 2006¹⁰⁹⁰ vient de réitérer la vision restrictive de la Cour de Cassation quant au champ de restriction de l'article 2279. L'article 2279 du Code civil ne s'applique pas à une licence d'exploitation. « Attendu que l'article 2279 du Code civil ne s'applique qu'aux seuls meubles corporels individualisés ; que la licence d'exploitation d'un débit de boissons ayant la même nature de meuble incorporel que le fonds de commerce dont elle est l'un des éléments et ne se transmettant pas par simple tradition manuelle, c'est à bon droit que la Cour d'appel a écarté pour ladite licence d'exploitation la présomption prévue par ce texte ». Aussi le Professeur Jean-Baptiste Seube souligne qu'alors que l'article 2279 ne distingue pas entre les meubles corporels et incorporels et devrait de ce fait s'appliquer à tous, les juridictions françaises ont toujours opté pour une interprétation restrictive. Les fonds de commerce, les droits d'auteur, les créances et plus généralement tous les meubles incorporels échappent ainsi à la présomption qu'il pose¹⁰⁹¹. Cependant, en revanche, l'article 2279 du Code civil s'applique aux bons au porteur récemment rappelé par un arrêt en date du 29 mars 2006

¹⁰⁸⁹ B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Tome 15 LGDJ, 2008, p. 80 et s. , n° 95 et s. , plus particulièrement p. 80 à 95, n° 95 à 115.

¹⁰⁹⁰ T. REVET, *Propriété et droits réels*, Revue trimestrielle de droit civil, 2006, Chroniques, p. 343 et s. , dont notamment p. 348 à 351, 3) L'article 2279 du Code civil n'est applicable qu'aux seuls meubles corporels individualisés, Cass. com. 7 mars 2006, n° 04-13.569.

¹⁰⁹¹ J.-B. SEUBE et T. REVET, *juillet 2005 à juin 2006, les discrètes métamorphoses du droit des biens*, Droit et patrimoine, 2006, N° 153, novembre 2006, Jurisprudence et législation, Chroniques, p. 90 et s. , plus particulièrement p. 103 et s. ; J.-M. BRUGUIÈRE, *L'immatériel à la trappe ?*, Recueil Dalloz, 2006, n° 41, point de vue, p. 2804.

rendu par la 2^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation¹⁰⁹². Il convient d'étendre la règle aux titres au porteur qui se transmettent par simple tradition manuelle¹⁰⁹³.

La possession attire l'attention du fait de l'effet acquisitif de la propriété mobilière posé à l'article 2279 du Code civil¹⁰⁹⁴. Cependant, certains auteurs prônent pour une conception renouvelée de la possession¹⁰⁹⁵, bien que Madame Béatrice Parance paraisse émettre des réserves quant au jeu de la possession dans l'immatériel¹⁰⁹⁶.

766. Possession et avant-projet de réforme du droit des biens. L'article 543 énonce que « La possession est l'exercice paisible, public et non équivoque d'un droit par celui qui, alors même qu'il n'en serait pas titulaire, se comporte, en fait et en intention, comme s'il l'était ». Ainsi la notion de possession a été posée. Pour clarifier le droit applicable à la possession ont été distinguées les règles propres à toutes les possessions et celles spécifiques à la possession des meubles et des immeubles. Une distinction bien nette a été posée entre le possesseur d'un meuble corporel visé à l'article 555 de l'avant-projet de réforme du droit des biens précisant que « le possesseur d'un meuble corporel est présumé le posséder en vertu du titre qu'il allègue » et l'article 558 renvoyant « la possession des meubles incorporels aux lois spéciales qui les régissent ». Les règles concernant la possession s'étalent de l'article 543 à l'article 558 de l'avant-projet de réforme du droit des biens¹⁰⁹⁷.

767. Mouvement : manifestations de la possession des choses incorporelles. Les manifestations de la possession des choses incorporelles se réalisent, soient au travers de l'exercice du *corpus* possessoire sur les choses incorporelles douées d'ubiquité **(I)** ou soient au travers de l'exercice de la possession des choses incorporelles localisées **(II)**.

¹⁰⁹² J.-B. SEUBE et T. REVET, *juillet 2005 à juin 2006, les discrètes métamorphoses du droit des biens*, Droit et patrimoine, 2006, N° 153, novembre 2006, Jurisprudence et législation, Chroniques, p. 90 et s. , plus particulièrement p. 105 et s.

¹⁰⁹³ Civ. 4 juillet 1876 : DP 1877.1.33.

¹⁰⁹⁴ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Dalloz, Précis, 1^{ère} éd. , 2009, p. 268, n° 380.

¹⁰⁹⁵ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz 2001 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, LGDJ, 2008, Partie I : L'admission de la possession des biens incorporels.

¹⁰⁹⁶ B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, LGDJ, 2008, p. 191 et s. , n° 250 et s. , Partie II : L'efficacité relative de la possession des biens incorporels.

¹⁰⁹⁷ Extrait du texte de l'avant-projet. Présentation des travaux du groupe de travail sur la réforme du droit des biens, 12 novembre 2008, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française université Panthéon-Assas (Paris II), Barreau de Paris.

I. L'exercice du *corpus* possesseur sur les choses incorporelles douées d'ubiquité

768. Manifestations du *corpus* possesseur sur les choses incorporelles douées d'ubiquité. La possession consiste, comme nous l'avons défini antérieurement, en l'exercice d'un pouvoir de fait sur ces diverses choses incorporelles que sont l'œuvre (**A**) et l'invention (**C**). Cependant, il convient de présenter séparément la possession des droits d'exploitation portant sur l'œuvre puisque celle-ci reste indéfectiblement attachée à son auteur (**B**).

A. Manifestation du *corpus* possesseur sur une œuvre de l'esprit

769. Manifestations : faculté de l'auteur à l'égard de son œuvre. Ces manifestations s'analysent en l'exercice de fait des principales facultés de l'auteur à l'égard de son œuvre. Il s'agit d'une part de la divulgation de l'œuvre, d'autre part de l'exercice des prérogatives morales de l'auteur, enfin des actes d'exploitation portant sur l'œuvre.

770. Divulgarion de l'œuvre de l'esprit. La divulgation fait partie des prérogatives morales de l'auteur. Il s'agit de « porter à la connaissance du public » l'œuvre de l'esprit. Il s'agit d'un fait matériel qui traduit la volonté de l'auteur de communiquer son œuvre au public : publication d'un écrit, exposition d'une peinture ou d'une sculpture ou encore sous forme de représentation. Le Code de la propriété intellectuelle établit une présomption selon laquelle le divulguant est l'auteur de l'œuvre. Ainsi en matière d'œuvre de l'esprit, divulgation vaut titre, venant pallier la difficile preuve de la création de l'esprit¹⁰⁹⁸. Seul l'auteur a le droit de divulguer son œuvre, preuve de la possession de l'œuvre uniquement, mais non de la possession des droits d'exploitation portant sur une œuvre.

771. Exercice des prérogatives morales de l'auteur. L'exercice des droits moraux attachés à l'œuvre pourra démontrer l'exercice d'une maîtrise de l'œuvre et constituer un élément du *corpus* possesseur. Ainsi toute action en justice visant au respect de l'intégrité de l'œuvre peut être analysée comme un élément constitutif de la possession de l'œuvre¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁸ B. PARANCE, *Possession des biens incorporels*, LGDJ, Tome 15, 2008, p. 179, n° 231.

¹⁰⁹⁹ B. PARANCE, *Possession des biens incorporels*, LGDJ, Tome 15, 2008, p. 180, n° 232.

772. Actes d'exploitation commerciale de l'œuvre. Les actes d'exploitation commerciale d'une œuvre de l'esprit participe du *corpus* possesseur sur l'œuvre de l'esprit car traduisant une certaine puissance sur l'œuvre. Les actes d'exploitation interviennent tant dans la preuve de la possession des œuvres de l'esprit que dans celle des droits d'exploitation portant sur l'œuvre de l'esprit. Ainsi il n'est pas évident de savoir si la personne qui exerce les droits d'exploitation les exerce à titre d'auteur ou en tant que simple titulaire. Ainsi les actes d'exploitation de l'œuvre sont moins probants que ceux de divulgation. Les actes d'exploitation commerciale doivent être regardés avec prudence et méfiance¹¹⁰⁰.

B. Manifestation du corpus possesseur des droits d'exploitation portant sur l'œuvre

773. Nature de ces droits. Possession des droits d'exploitation et possession de l'œuvre sont à distinguer. Il ne s'agit pas ici de la possession d'une chose incorporelle, mais de la possession d'un droit réel, le droit concédé d'exploitation de l'œuvre. Le *corpus* possesseur d'un tel droit résidera dans l'exercice de fait de ce droit. Cet exercice consistera en des actes d'exploitation de l'œuvre.

774. Incertitude quant aux actes d'exploitation commerciale de l'œuvre. Madame Béatrice Parance souligne que ces actes d'exploitation de l'œuvre ne sont pas un moyen de preuve infaillible quant à la possession de l'œuvre ou de droits portant sur l'œuvre étant donné qu'ils peuvent être exercés simultanément par différentes personnes. En effet, cette faculté d'ubiquité place le concept de possession des droits réels sur l'œuvre dans une position ambiguë car les actes d'exploitation de l'œuvre doivent être appréciés avec prudence comme éléments de preuve d'une possession des droits d'exploitation de l'œuvre, de par le fait que l'exploitation de l'œuvre peut être exercée par plusieurs personnes¹¹⁰¹. L'existence d'une véritable possession de l'œuvre peut être reconnue tandis que la possession des droits concédés sur l'œuvre nous paraît beaucoup plus incertaine.

¹¹⁰⁰ B. PARANCE, *Possession des biens incorporels*, LGDJ, Tome 15, 2008, p. 180, 181, n° 233, 234.

¹¹⁰¹ B. PARANCE, *op. cit.*, p. 181, 182, n° 236.

C. Manifestation du corpus possesseur sur l'invention

775. Absence de pertinence de la divulgation de l'invention. Ici on ne retrouve pas comme en matière d'œuvre de l'esprit d'acte de divulgation. La divulgation de l'œuvre a pour effet de rendre l'œuvre publique et donc de rendre opposable aux tiers le droit d'auteur, qui lui est né du seul fait de la création. La divulgation de l'invention ne crée aucun effet juridique. Elle peut se révéler dangereuse si un autre que l'inventeur en vient à procéder au dépôt de l'invention.

776. Dépôt de la demande de brevet¹¹⁰². Le dépôt de la demande de brevet fait naître un droit de propriété sur l'invention. C'est précisément cet acte qui permettra de démontrer la maîtrise de l'invention par le déposant et sa volonté de se voir protéger en obtenant un droit d'exploitation exclusif de son invention. L'article L. 611-6 du Code de la propriété intellectuelle crée une présomption de titularité de l'invention au profit du déposant de la demande. L'alinéa 1^{er} de cet article dispose que le droit de propriété du brevet appartient à son inventeur et l'alinéa 3 de ce même article précise que le demandeur est réputé avoir droit au titre de propriété industrielle. Ainsi de la fusion de ces deux alinéas, il en ressort que le demandeur est réputé être l'inventeur ayant droit à un monopole durant une certaine période.

777. Le brevet, représentation de l'invention¹¹⁰³. A compter de cet enregistrement de l'invention à l'INPI, le brevet se substitue au droit sur l'invention elle-même. Le brevet assure, incarné pourrions-nous dire, une représentation parfaite de l'invention dans le monde juridique. Les opérations ne portent plus dès lors sur l'invention directement, mais sur la représentation qui lui est faite qui n'est autre que le brevet. La maîtrise économique et juridique de l'invention se manifeste par des actes d'exploitation commerciale du brevet (concession, licence). L'ubiquité de l'invention fait planer sur elle une certaine ambiguïté car les exploitations commerciales sont concomitantes de la même invention. Aussi aura-t-il lieu d'agir avec prudence et une certaine retenue.

¹¹⁰² B. PARANCE, *op. cit.*, p. 183, n° 238.

¹¹⁰³ B. PARANCE, *op. cit.*, p. 183, n° 239.

778. Reconnaissance de la possession de l'invention. Le Professeur Patrick Tafforeau relève que dans le cas « des inventions concomitantes », seul le premier déposant aura droit au titre de brevet, ce qui est précisé par l'article L. 611-6 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle. L'autre bénéficiera non pas d'un titre de propriété industrielle, protégé par une action en contrefaçon, mais « d'un droit de possession personnelle antérieur », accordé par l'article L. 613-7 du Code de la propriété intellectuelle. La loi emploie le terme « possession » pour définir la situation de cet inventeur de bonne foi qui n'a pas pu déposer parce qu'il a été devancé auprès de l'INPI par son homologue. C'est dire que le Code reconnaît expressément que l'invention est susceptible de possession. En se reportant au droit commun, l'inventeur non déposant possède bien sa propre invention à titre de propriétaire. Le *corpus* et l'*animus* sont donc bien présents. N'étant ni usurpateur ni contrefacteur, il possède paisiblement. La loi reconnaît sa possession qui ne peut pas être équivoque. Dès lors qu'il exploitera son invention, sa possession sera bien publique¹¹⁰⁴.

779. Transition. En effet, l'ubiquité des choses incorporelles engendre des incertitudes quant à la signification des actes d'exploitation commerciale de ces choses où la prudence est de mise quant à la possession de ces choses. Cependant, le fonds de commerce qui comprend des éléments corporels, lui permettront de faciliter l'exercice de sa possession, en effet sa localisation géographique permet d'évacuer toute ubiquité.

II. L'exercice de la possession des choses incorporelles localisées

780. Mouvement. Un bref rappel de la nature juridique du fonds de commerce est nécessaire **(A)** afin d'étudier les manifestations du *corpus* possessoire sur le fonds de commerce **(B)**.

¹¹⁰⁴ P. TAFFOREAU, *Possession et propriété intellectuelle*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 111 et s., notamment p. 119, 2. *Droit des brevets*.

A. Nature juridique du fonds de commerce

781. Qualification du fonds de commerce. La nature juridique du fonds de commerce demeure controversée. Certains auteurs ont soutenu que le fonds de commerce constituait une universalité de droit, tandis que d'autres y ont vu une universalité de fait. Mais cette qualification qui exprime que le fonds de commerce est une entité juridique distincte des éléments qui la composent, n'est d'aucun soutien pour expliquer le régime juridique du fonds de commerce, ni pour déterminer quels sont les éléments nécessaires à l'existence du fonds. Aussi certains auteurs contemporains retiennent que le fonds de commerce est un droit de clientèle, soit une propriété incorporelle constituée par la réunion d'éléments corporels et incorporels affectés au service d'une clientèle¹¹⁰⁵.

B. Manifestations du corpus possessoire sur le fonds de commerce

782. Publicité des opérations portant sur le fonds de commerce. Un certain nombre d'opérations portant sur le fonds de commerce font l'objet d'une publicité au registre du commerce et des sociétés. En premier lieu, le commerçant qui exploite un fonds de commerce doit immatriculer celui-ci au registre du commerce et des sociétés dans un délai d'un mois avant et de quinze jour après la date de début d'exploitation. De même, la vente, le privilège du vendeur, le nantissement et la saisie d'un fonds de commerce doivent faire l'objet d'une publicité, organisée par la loi du 17 mars 1909, depuis plusieurs fois modifiée. Ainsi l'inscription du fonds de commerce au registre du commerce et des sociétés n'assure nullement une représentation du fonds, puisque ce dernier peut exister en dehors de cette immatriculation. La publicité des actes de cession du fonds joue un rôle mineur. En cas de non accomplissement de cette publicité la sanction est l'inopposabilité aux créanciers du cédant, et n'a aucune conséquence à l'égard des tiers. Aucune formalisation de ce bien incorporel qu'est le fonds de commerce n'existe, aussi l'accomplissement des formalités de publicité concernant un fonds de commerce ne sera qu'un faible indice de sa possession¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁵ B. PARANCE, *op. cit.*, p. 185, n° 243. V. *supra*, n° 123 et s.

¹¹⁰⁶ B. PARANCE, *op. cit.*, p. 186, n° 244.

783. Recherche des éléments principaux du fonds de commerce. Il est nécessaire de dégager les éléments caractéristiques du fonds de commerce puisque ce seront les actes relatifs à ces éléments qui rapporteront la preuve de la possession du fonds de commerce. La clientèle est reconnue comme ceci l'a été précédemment développée comme l'élément essentiel du fonds de commerce. En effet, sans clientèle le fonds de commerce ne peut exister. L'exploitation effective du fonds de commerce est donc nécessaire, ce sont les actes d'exploitation ostensibles du fonds de commerce qui seront susceptibles de rapporter l'existence d'une possession du fonds de commerce. Cette exploitation se déduira de tous les actes relatifs à l'ensemble des éléments composant le fonds de commerce : utilisation d'une enseigne ou d'un nom commercial pour dénommer un commerce, acquisition d'un brevet pour une production spécifique, achats et ventes de marchandises¹¹⁰⁷....

784. Matérialisation du fonds de commerce par sa localisation géographique. La preuve de la possession du fonds de commerce se réalise d'une part par la présence d'éléments corporel (matériel, outillage, marchandise), d'autre part par une localisation fixe du fonds de commerce, qui interdit tout exercice concomitant de deux possessions sur le même fonds de commerce. La preuve de la possession de ces éléments corporels sera un indice fort de la possession du fonds de commerce auquel ces éléments sont rattachés. Dans certains cas celui qui exploite le fonds en est aussi le propriétaire des murs, ou le plus souvent le propriétaire du fonds jouira d'un bail commercial (propriété commerciale). Ainsi cette localisation fixe circonscrite à un endroit précis permet de limiter l'incidence de sa nature incorporelle et facilite la preuve de sa possession puisque l'exploitation du commerce dans les lieux vaudra preuve de la possession du fonds de commerce. Ainsi la possession du fonds de commerce sera aisément caractérisée. De par sa localisation, la possession d'un fonds de commerce s'assimile facilement à celle d'un immeuble¹¹⁰⁸.

785. Conclusion. La possession des choses incorporelles peuvent se manifester de deux formes différentes. D'une part, la possession du fonds de commerce qui est d'une grande qualité en raison de son caractère public, et de la localisation du fonds de commerce qui exclut tout

¹¹⁰⁷ B. PARANCE, *op. cit.*, p. 186, 187, n° 245.

¹¹⁰⁸ B. PARANCE, *op. cit.*, p. 187, 188, n° 246.

exercice concomitant du même fonds ; comparable à la possession d'une chose corporelle. En revanche, la possession des propriétés intellectuelles se réalise principalement par l'exploitation commerciale de la création. Or, en raison de son ubiquité les créations intellectuelles sont susceptibles d'exercices concomitants. Leur possession n'offre donc aucune exclusivité factuelle.

§2. L'appréhension de l'immatériel par l'indivision

786. Mouvement : l'extension du champ d'application de l'indivision. L'indivision a vocation à s'appliquer aux meubles corporels **(I)** comme aux meubles incorporels **(II)**.

I. L'indivision de meubles corporels

787. Acception. Les Professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès soulignent qu'aujourd'hui l'indivision est abstraite, afin d'embrasser toutes les situations diverses qu'elle recouvre. Elle est le concours de plusieurs droits de même nature sur un même bien, sans qu'il y ait division matérielle des parts ; ce qui la caractérise est donc la coexistence de plusieurs sujets ayant des droits de même nature portant sur les mêmes biens. Il s'agit d'un état temporaire. Par conséquent, il n'existe pas d'indivision entre les titulaires de droits différents sur une même chose : par exemple, entre le nu-propriétaire et l'usufruitier ou encore entre le propriétaire du sol et celui de la superficie. Le droit indivis peut être une propriété, ou plus rarement un usufruit ou une nue-propriété¹¹⁰⁹.

Autrement dit, plusieurs personnes sont en indivision lorsqu'elles sont titulaires simultanément de droits identiques et concurrents sur un même bien. Cette situation juridique qui existe jusqu'au partage d'une chose (immeuble acquis en commun) ou d'un ensemble de choses (masse successorale, communauté dissoute) se traduit par le fait que chaque coïndivisaire se partage, par fractions indifférenciées plus ou moins égales, un même droit qui n'est pas démembré, portant sur un bien indivis qui n'est pas partagé matériellement.

¹¹⁰⁹ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 201, n° 666.

788. Domaine. L'indivision ordinaire successorale entre les héritiers d'un même défunt, post communautaire entre anciens époux ou conventionnelle..., peut affecter tous les droits réels ou personnels, un bien unique ou une masse de divers biens, des meubles et des immeubles... Elle n'affecte pas, *a priori*, la structure du droit auquel elle s'applique, mais seulement le nombre de ses titulaires. Elle se caractérise à la fois par la particularité de son objet, la quote-part dont chacun d'entre eux est titulaire, et l'originalité des droits qu'elle confère aux coïndivisaires et qui sont mêlés de prérogatives et de contraintes à la fois individuelles et collectives. Cependant l'indivision est aussi un mode particulier de gestion de la proximité des propriétés immobilières, en ce qui concerne les parties communes d'un immeuble bâti en copropriété ou une clôture, un mur, une haie ou encore un fossé mitoyen. Un régime juridique différent s'applique car impliquant une indivision forcée et perpétuelle, générant des contraintes liées à la proximité des fonds considérés¹¹¹⁰.

789. Régime légal de l'indivision. Les articles 815 à 815-18 du Code civil forment le droit commun de l'indivision, applicable quelle que soit son origine ou sa consistance. Pour singulariser ce régime de base, le législateur lui-même et certains commentateurs ont suggéré une comparaison avec le régime matrimonial primaire, tel qu'il résulte de la loi du 13 juillet 1965, par opposition au régime matrimonial proprement dit, parfois appelé secondaire. L'indivision ordinaire est principalement la situation qui existe entre les héritiers depuis l'ouverture de la succession jusqu'au partage. L'article 815 du Code civil prévoit que « les actes d'administration et de disposition relatifs aux biens indivis requièrent le consentement de tous les indivisaires ». Pour les actes conservatoires, chaque indivisaire peut les accomplir seul¹¹¹¹. Au fur et à mesure, les inconvénients résultant de l'inorganisation de l'indivision étaient devenus de plus en plus sensibles. Le statut de l'indivision s'est vu transformé suite aux lois du 31 décembre 1976 et du 23 juin 2006, s'agissant plus d'une transformation qu'une révolution radicale. Par exemple, la règle de l'unanimité en matière d'acte d'administration s'est vu modifiée à l'article 815-3 du Code civil issu de la loi du 23 juin 2006 où il n'est plus que requis la majorité au moins des 2/3 des droits indivis afin d'effectuer des actes d'administration sur des biens indivis.

¹¹¹⁰ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, p. 465, n° 467.

¹¹¹¹ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd., Dalloz, Précis, 2002, p. 423, n° 563.

790. Indivisions spéciales. Il existe en plus de l'indivision ordinaire des indivisions spéciales. Ainsi, en est-il des indivisions forcées, par exemple le mur mitoyen ou les propriétés intellectuelles résultant d'une collaboration. Il y a aussi les indivisions organisées comme la copropriété des immeubles bâtis ou encore la communauté conjugale. Régimes spéciaux posés dans le Code civil.

II. L'indivision de meubles incorporels

791. La copropriété intellectuelle¹¹¹² : acception et caractéristiques.

Traditionnellement entendue, l'indivision ou copropriété est la situation de plusieurs personnes ayant la propriété d'un même bien. Elle désigne une pluralité de droits de propriété s'exerçant sur un objet identique. Madame Agnès Robin dans sa thèse intitulée « la copropriété intellectuelle »¹¹¹³, la conçoit d'abord comme une modalité d'exercice de la propriété intellectuelle¹¹¹⁴.

En effet, cette dernière relève que comme dans n'importe quelle autre situation d'indivision, la copropriété intellectuelle existe dès que plusieurs personnes exercent chacune leur droit de propriété sur un objet unique. L'unité d'objet est le corollaire d'une pluralité de propriétaires. L'état de copropriété postule qu'autour d'un objet unique gravitent plusieurs propriétaires. La qualité de ces derniers variant cependant en fonction de l'objet considéré (création intellectuelle ou droit sur la création intellectuelle).

La désignation par la loi des personnes copropriétaires d'une création intellectuelle varie en fonction de l'objet de propriété envisagé. Alors que les propriétaires d'une création industrielle seront les codemandeurs d'un titre de propriété industrielle, la qualité de cocréateur, et plus précisément de coauteur, sera directement nécessaire à l'acquisition de la propriété d'une œuvre de l'esprit.

¹¹¹² M.-Ch. PIATTI, *La copropriété intellectuelle*, JCP Cahiers de Droit de l'Entreprise, N° 4 supplément à la semaine juridique, n° 42 du 14 octobre 2004, p. 7 à 12.

¹¹¹³ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2005, Fondation Varenne. A. ROBIN, *La propriété intellectuelle indivise*, Thèse Montpellier I, 2002.

¹¹¹⁴ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle : entre tradition et modernité*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, p. 149 et s., plus précisément p. 155 et s.

Dans le cas de copropriété des droits sur une création intellectuelle, l'on pourra relever les hypothèses de copropriétés des droits sur une création intellectuelle à condition que ces droits soient des droits réels. Le droit réel reste soumis à l'application du régime de l'indivision contrairement au droit personnel.

L'unité d'objet est la seconde condition de l'existence d'une copropriété intellectuelle que l'objet soit la création elle-même (copropriété originaire) ou qu'il soit le droit exercé sur la création (copropriété dérivée). Il n'est pas évident de déceler une unité dans des créations plurales ou complexes, seule susceptible d'autoriser une acquisition originaire en copropriété. La création intellectuelle présente une certaine complexité dans sa composition, soit car étant le résultat d'un travail collaboratif de manière subjective (création littéraire et artistique), soit parce que, de façon objective elle est composée de plusieurs éléments distincts (création industrielle). Dire qu'un droit réel est en indivision suppose qu'il soit unique, c'est-à-dire qu'il soit le seul bien à faire l'objet d'une acquisition en copropriété. Ce qui implique, non seulement que le droit cédé ou concédé soit clairement identifié et qu'il soit indépendant des autres droits, en particulier du droit de propriété¹¹¹⁵.

792. Oeuvres littéraire et artistique et indivision. Les Professeurs Thierry Revet et Frédéric Zénati-Castaing¹¹¹⁶ soulignent tous deux que la création intellectuelle plurale d'une œuvre littéraire et artistique s'organise autour de deux figures que sont l'œuvre de collaboration et l'œuvre collective¹¹¹⁷.

L'œuvre de collaboration est celle à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques (Article L. 113-2, al. 1 du Code de la propriété intellectuelle). Chacun des contributeurs doit avoir participé à la conception de l'œuvre, à la création de l'œuvre. L'œuvre de collaboration étant l'expression de la personnalité de tous et de chaque contributeur. Elle est leur « propriété commune » (Article L. 113-3, al. 1 du Code de la propriété intellectuelle) et relève comme telle, du régime général de l'indivision, à défaut de disposition dérogatoire du Code de la propriété intellectuelle ou d'incompatibilité avec tel principe du droit d'auteur

¹¹¹⁵ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle : entre tradition et modernité*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, p. 155 et s.

¹¹¹⁶ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 544, n° 366.

¹¹¹⁷ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 760 et s., n° 686 et s., p. 771, n° 697.

(inaliénabilité du droit moral). La quote-part de chacun dépendant de l'ampleur de sa contribution.

L'œuvre collective quant à elle est conçue par une personne physique et morale qui rassemble, ensuite, des contributions dont la réunion forme l'œuvre, sans que les contributeurs puissent prétendre à la paternité de l'ensemble (Article L. 113-2, al. 3 du Code de la propriété intellectuelle). Or, l'œuvre collective n'est pas indivise mais appartient à la personne sous le nom de laquelle elle est divulguée, qui est souvent une personne morale.

Bien que la création d'un logiciel de collaboration soit exclue entre deux ou plusieurs personnes morales ; ceci n'empêche pas en revanche que soit reconnue l'indivision du droit relatif à une base de donnée (Article L. 342-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle) ne se heurtant à aucun obstacle malgré le silence de la loi spéciale du Code de la propriété intellectuelle sur ce point.

793. Copropriété des valeurs mobilières. Après le régime légal de l'indivision posé aux articles 815 à 815-18 du Code civil. Existe en parallèle un régime conventionnel de l'indivision juste après le contrat de société (Articles 1873-1 à 1873-18 du Code civil).

L'indivision conventionnelle consiste en une situation où des personnes décident par une convention de mettre des biens en indivision volontairement par un contrat. Il s'agit d'un acte volontaire proche du contrat de société posé à l'article 1832 du Code civil mettant en commun des biens. Cependant, l'indivision conventionnelle n'est pas une personne morale mais chacun a des droits sur les biens apportés¹¹¹⁸. La durée peut être déterminée dans le contrat tout en excédant pas 5 ans, tout en sachant que pendant cette période le partage ne pourra pas être demandé sauf juste motif Article 1873-3 du Code civil. En revanche, si la convention stipule une durée indéterminée alors dans ce cas le partage pourra être demandé à tout moment. L'organisation de cette indivision conventionnelle correspond à la mise en place d'une gérance où un ou plusieurs gérants vont être désignés aux fins d'administrer les biens mis en indivision. La loi régleme les pouvoirs des gérants à la convention où leur pouvoir peut accroître ou diminuer selon les cas.

¹¹¹⁸ J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ème} éd. , LGDJ, 2003, p. 233, n° 299. Article 1844 al. 2 du Code civil.

L'intégration des valeurs mobilières au sein de l'indivision s'est réalisée au regard du respect scrupuleux de ses principes fondamentaux. L'insertion des valeurs mobilières au sein de l'indivision a eu une influence directe sur la figure traditionnelle du droit des biens. Ainsi, un certain nombre de dispositions régissant les valeurs mobilières ont été transposées en droit des biens, faisant ainsi évoluer l'indivision. Celle-ci tend de plus en plus à se rapprocher de la société personne morale, et la distinction entre l'associé et l'indivisaire s'amenuise de plus en plus¹¹¹⁹.

794. Copropriété des brevets. La réalisation commune d'une invention place les inventeurs en situation de propriété simultanée de leur création. L'accès au régime spécial de réservation supposant la décision de breveter une invention brevetable, la naissance du brevet indivis est acquise non avec la création de l'invention brevetable, mais lors du dépôt de la demande de brevet (Article L. 613-29 du Code de la propriété intellectuelle) contrairement aux conditions d'appropriation d'une œuvre littéraire et artistique¹¹²⁰. Lorsque l'invention brevetable est le fait de plusieurs inventeurs, la demande de brevet est déposée en commun, en vertu d'une décision unanime. Il y a alors indivision du brevet l'article L. 613-29 du Code civil parle clairement quant à lui de « copropriété ». Ces règles s'étendent de l'article L. 613-29 à L. 613-32 du Code de la propriété intellectuelle. Le sujet de cette thèse portant « sur la spécialisation du droit des biens » prend réellement toute son ampleur et révèle tous ses ressorts au regard de tels régimes spéciaux, en effet la copropriété des brevets en est une illustration parfaite.

Lorsque l'un des coinventeurs n'a pas été associé à la demande de brevet, il peut revendiquer ses droits sur celui-ci par le biais d'une action en revendication (Article L. 611-8 du Code de la propriété intellectuelle) où la décision rétroagira au jour de la demande.

De plus, le copropriétaire d'un brevet peut, à tout moment, céder sa quote-part (Article L. 613-29 du Code de la copropriété intellectuelle), sous réserve de respecter le droit de préemption reconnu aux autres propriétaires. Tout en sachant que la cession de la totalité du brevet ne peut être possible¹¹²¹.

¹¹¹⁹ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, Préface de D. PORACCHIA, PUAM, 2005, p. 209 et s., n° 448 et s., dont notamment p. 223, n° 477.

¹¹²⁰ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 550, n° 371.

¹¹²¹ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, 4^{ème} éd., Litec, 2007, p. 104, 105, n° 257.

795. Copropriété des marques. Madame Agnès Robin relève qu'il est expressément admis par la loi que la marque puisse être enregistrée en copropriété (Article L. 712-1, al. 1 du Code de la propriété intellectuelle), ce qui permet de distinguer cette hypothèse d'une autre avec laquelle elle est parfois confondue : la marque collective dont l'enregistrement n'est demandé que par une seule personne, en général une personne morale (Article L. 715-1, al. 1 du Code de la propriété intellectuelle)¹¹²².

Les Professeurs Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet remarquent qu'outre l'enregistrement des marques de fabrique, de commerce ou de services indivis (Article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle), les mêmes solutions doivent prévaloir pour l'enregistrement des dessins et modèles indivis (Articles L. 511-9 et s. du Code de la propriété intellectuelle), de dépôt des topographies finales ou intermédiaires indivises d'un produit semi-conducteur (Article L. 622-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle) ou de demande de certificats d'obtention végétale indivis (Article L. 623-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle) alors même qu'à l'exception des marques, le Code de la propriété intellectuelle ne comporte aucun développement relatif à l'indivision de ces propriétés incorporelles : les principes généraux suffisent à fonder la reconnaissance de l'indivision en cas de cocréation¹¹²³. En cas de copropriété de la marque, chaque copropriétaire a le droit d'exploiter pour son compte, mais ne peut valablement accomplir d'actes de disposition qu'avec l'accord des autres. Le titulaire peut donc opposer son droit à quiconque l'exploite sans son autorisation. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 7 décembre 1989 relève que la marque en copropriété est soumise aux règles du Code civil sur l'indivision¹¹²⁴.

796. Synthèse : renaissance des principes féconds posés par le Code civil. Ainsi l'absence, la carence, de règles particulières régissant la copropriété des marques et de bien d'autres créations industrielles conduit à se retourner naturellement sur les principes directeurs contenus dans le Code civil assurant par là le rajeunissement du Code civil et illustrant parfaitement la renaissance des principes féconds posés par le Code civil. Seule une étude

¹¹²² A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle : entre tradition et modernité*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, p. 149 et s., dont notamment p. 157 *in fine*.

¹¹²³ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 550, n° 371 *in fine*.

¹¹²⁴ Paris 7 décembre 1989, Ann. prop. ind. 1990, p. 154, cité par J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, in *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2007, p. 234, n° 540.

approfondie des propriétés intellectuelles est à même de révéler les ressorts que concentre encore aujourd'hui le Code civil.

Le Professeur Jean-Baptiste Seube rejoint cette idée lorsqu'il soutient que « le Code civil recèle sans doute des notions fondamentales lui permettant de s'adapter au droit des biens développé hors de son *corpus* »¹¹²⁵. Tout se passe donc comme si les biens nés à l'écart du Code ne pouvaient se passer des principes fondateurs qu'il a posés.

797. Conclusion. La copropriété intellectuelle : entre application exclusive du droit spécifique et intervention résiduelle du droit commun. Le droit commun de l'indivision ne s'applique pas systématiquement fait remarquer Madame Agnès Robin. La nécessité d'un recours au droit commun est d'autant moins forte que le droit spécifique est abouti. Seul le recours au droit commun aura lieu en cas de carence de dispositions spécifiques ou en cas de règles incomplètes. Les régimes de la copropriété intellectuelle varient. Concernant des œuvres de l'esprit ce sont les dispositions des articles L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle relatives au régime juridique de l'œuvre de collaboration qui s'appliquent. S'agissant de la marque et du brevet, si l'article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle se cantonne à affirmer ce qui ne tend guère à renseigner sur les conditions d'application du régime, que « la marque peut être acquise en copropriété », les articles L. 613-29 et s. du Code de la propriété intellectuelle organisent quant à eux un véritable régime de copropriété, servant de socle, de base aux certificats d'obtention végétale (Article L. 623-24 du Code de la propriété intellectuelle). Cependant rien n'existe pour les dessins et modèles ou encore pour les produits semi-conducteurs. Madame Agnès Robin relève que si l'application exclusive du droit spécifique est possible, le recours à l'intervention résiduelle du droit commun de l'indivision est hélas cependant nécessaire¹¹²⁶.

Madame Agnès Robin note que « la confrontation que propose cette étude, de la notion de propriété intellectuelle avec celle d'indivision révèle, malgré la différence d'âge qui les sépare, toute la richesse de leur mutuelle rencontre. La lecture de la propriété intellectuelle à travers le prisme de la définition de l'indivision, qui est un concours de droit de propriété sur une chose

¹¹²⁵ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 12, 13, n° 30 *in fine*.

¹¹²⁶ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle entre tradition et modernité*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 149 et s., notamment p. 165, 166 et s.

unique, a permis, non seulement de constater toute la vigueur, consacrée par la réforme du 31 juillet 1976, que recèle l'institution, mais aussi de révéler les multiples occasions pour les biens incorporels que sont les créations intellectuelles (œuvres de l'esprit, brevet, marque etc.), d'y trouver refuge »¹¹²⁷.

Ainsi, en présence de créations intellectuelles indivises, les mécanismes généraux du Code civil offrent un encadrement minimal des œuvres de collaboration, ou de la copropriété des brevets¹¹²⁸.

798. Réforme du droit des biens et indivision. Les travaux du groupe de travail sur la réforme du droit des biens ont conduit à poser dans une section 1 intitulée de l'indivision ordinaire à l'article 569 une définition « L'indivision est la situation d'un bien ou d'un ensemble de biens sur lequel plusieurs personnes sont titulaires de droits de même nature, sans qu'aucune d'entre elles n'ait de droit exclusif sur une partie déterminée »¹¹²⁹. Cependant l'article 570 se contente d'énoncer que « L'indivision est régie par les articles 815 à 815-18, 1873-1 à 1873-18 ».

799. Conclusion du chapitre. L'objet du droit des biens évolue, le droit de propriété s'appliquant à ces derniers est amené naturellement à évoluer à son tour faisant ressortir et mettant en exergue les métamorphoses nouvelles de la propriété. Tout l'intérêt de ce chapitre a été de mettre l'accent sur l'appréhension de l'immatériel par les divers mécanismes fondamentaux qui irriguent le Code civil (propriété, possession, indivision) mais encore peut-être par dessus tout sur la consistance des prérogatives nouvelles de la propriété. L'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, prérogatives traditionnelles du droit de propriété se sont métamorphosées face aux nouveaux biens prenant des visages différents ; ainsi le droit de propriété *via* le droit d'auteur prend la forme de droits d'exploitation (droit de reproduction et droit de représentation).

Le droit de propriété ne doit pas se cantonner et se cloisonner aux trois prérogatives traditionnelles (*usus*, *fructus*, *abusus*). La propriété ne doit plus dès lors être conçue comme la

¹¹²⁷ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, Préface T. REVET, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, Fondation Varenne, 2005, résumé couverture.

¹¹²⁸ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 11, n° 25.

¹¹²⁹ Extrait de l'avant-projet de réforme du droit des biens.

superposition de trois prérogatives prédéfinies mais comme la vocation du propriétaire à bénéficier des utilités de la chose, aussi les droits de reproduction et de représentation pourraient être envisagés comme des droits d'utilisation. Une remarque mérite d'être avancée, le monopole conféré par les droits d'auteur sont désignés à tort sous le nom de propriété ; loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens meubles et immeubles, ils donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire. Tous les biens, y compris ceux que le Code civil n'évoque pas, restent soumis à la propriété. La propriété est ainsi une notion qui demeure constamment identique à elle-même, tandis que le régime concret qu'elle épouse varie en fonction de son objet.

Ces métamorphoses de la propriété sont marquées également par la dispersion des prérogatives de la propriété ainsi que par l'émergence de nouvelles fonctions de la propriété.

Les métamorphoses de la propriété sont dues à l'appréhension de l'immatériel par la propriété. En effet, la propriété saisit l'immatériel mais c'est en réalité l'ensemble des différents mécanismes fondamentaux et transversaux du droit des biens issus du Code civil qui appréhende aujourd'hui l'immatériel. Au-delà de la propriété, l'appréhension de l'immatériel par la possession ou encore par l'indivision se réalise.

CHAPITRE II

LES DROITS REELS TRANSPOSABLES AUX NOUVELLES RICHESSES

800. Lois spéciales et droit commun. Traditionnellement, on entend par lois spéciales celles qui donnent une règle particulière à une série de cas déterminés. On les oppose aux lois générales qui déterminent les règles applicables à tous les cas qui composent un genre donné de rapports juridiques. Le Professeur Raymond Gassin relève que le droit civil constitue le droit commun des rapports privés, afin de l'opposer aux autres branches du droit privé, qui ne contiendraient que des règles particulières. Cette affirmation est à la fois excessive et insuffisante. Excessive car toutes les règles de droit civil ne sont pas des règles de droit commun, le droit civil a ses règles spéciales. Par exemples, les articles 1384 à 1386 du Code civil en ce qu'ils posent des règles particulières de responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui, tandis que les articles 1382 et 1383 constituent la loi générale en matière de responsabilité civile. Depuis, de nombreuses autres législations spéciales sont intervenues notamment la loi du 19 mai 1998 qui a inséré les articles 1386-1 et s. dans le Code civil. Insuffisante car semble se dessiner un droit commun en dehors des règles du droit civil; tel l'exemple d'un droit commun des sociétés commerciales¹¹³⁰.

Ce dernier relève à juste titre que « si les lois spéciales apparaissent ainsi comme des dérogations au droit commun, elles constituent l'instrument particulièrement adapté du réformisme juridique ».

¹¹³⁰ R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, Recueil Dalloz, 1961, 1, p. 91 à 98, Chronique XVIII, notamment p. 92, n° 4.

Les lois spéciales se présentent tour à tour comme des dispositions dérogatoires au droit commun mais encore telles des dispositions créatrices de droit commun¹¹³¹.

801. Droits réels et droit des biens. Les droits réels méritent d'être distingués dès à présent des droits personnels. La distinction est simple le droit réel porte directement sur les choses (exemple : usufruit), tandis que le droit personnel ou encore appelé droit de créance, confère le droit d'obtenir une prestation d'une personne (relation entre locataire et bailleur), dans ce dernier cas la chose est atteinte par l'intermédiaire d'une personne contrairement à la situation des droits réels où la relation est établie directement entre la personne et la chose. L'usufruitier diffère du locataire en ce que l'usufruitier a un droit réel sur la chose alors que le locataire n'a qu'un droit personnel contre le propriétaire (un contrat).

Planiol et d'autres après lui ont proposé de redéfinir le droit réel comme « une obligation passive universelle » : le droit réel aurait un sujet actif, le titulaire du droit, et une infinité de sujets passifs, car les tiers seraient tous débiteurs de l'obligation de respecter la titularité de son droit¹¹³².

Les droits réels principaux sont le droit de propriété et ses démembrements. Le droit de propriété comporte trois prérogatives: le droit d'user de la chose, le droit d'en percevoir les fruits, le droit d'en disposer. Certains droits réels ne confèrent à leur titulaire qu'une partie de ces attributs ; on les qualifie de démembrements du droit de propriété (servitude, usufruit). Par opposition aux droits réels principaux, il existe des droits réels accessoires ; ils sont liés à l'existence d'une créance dont ils garantissent le recouvrement (hypothèque)¹¹³³.

Les droits réels peuvent constituer un cadre accueillant pour embrasser les nombreuses figures nées hors du Code civil relève le Professeur Jean-Baptiste Seube¹¹³⁴.

L'appréhension de l'immatériel par l'usufruit (**Section 1**), l'appréhension de l'immatériel par les sûretés réelles (**Section 2**), l'appréhension de l'immatériel par les servitudes (**Section 3**) ainsi que l'appréhension de l'immatériel par la situation du preneur à bail (**Section 4**) témoignent des virtualités du Code civil. Le Code civil se présente ainsi toujours comme la matrice du droit des biens, il reste et demeure le siège du droit commun des biens.

¹¹³¹ R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, Recueil Dalloz, 1961, 1, p. 93 et s. , n° 6 *in fine*.

¹¹³² R. LIBCHABER, Répertoire civil Dalloz, *Les biens*, septembre 2002, p. 10, n° 48.

¹¹³³ R. GUILLIEN et J. VINCENT, sous la direction de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 12^{ème} éd. , Dalloz, 1999, *Droit réel*, p. 211.

¹¹³⁴ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 11, n° 27.

SECTION 1

L'APPREHENSION DE L'IMMATERIEL PAR L'USUFRUIT

802. Domaine. Au regard de l'article 581 du Code civil l'usufruit peut porter sur toute espèce de biens meuble ou immeuble. Le Code civil s'est particulièrement attaché aux immeubles. L'usufruit comme institution permet d'assurer à une personne la jouissance d'un bien sans que celui-ci sorte du patrimoine du nu-propiétaire. L'usufruit est encore très utilisé. Par exemple, une personne âgée, propriétaire d'une maison, a besoin d'argent, mais souhaite continuer à habiter cette maison, elle la vend, en s'en réservant l'usufruit. Ou encore donation d'un bien immobilier par une personne âgée à l'un de ses enfants avec réserve d'usufruit sa vie durant. Ainsi si l'immeuble en question est loué, la personne âgée continuera à percevoir les loyers encore appelés fruits civils jusqu'à sa mort. Il s'agit d'un droit temporaire, sa durée ne peut pas excéder la vie de l'usufruitier c'est en cela que l'on avance qu'il s'agit d'un droit viager. Si l'usufruitier est une personne morale la durée de l'usufruit ne peut pas excéder 30 ans. L'usufruit peut être d'origine légale (conjoint survivant, droit d'usufruit sur tout ou partie de la succession) ou conventionnelle (acte de vente ou de donation ou par testament)¹¹³⁵.

803. L'usufruit de chose consommable : le quasi-usufruit. L'article 587 du Code civil régit le cas où l'usufruit porte sur des choses consommables. Dans un tel cas, le mécanisme de l'usufruit se déforme, puisqu'on ne peut user de ces choses sans les détruire : l'*usus* se confond alors avec l'*abusus*. L'usufruitier a le pouvoir de disposer de la chose à charge d'en restituer une semblable ou d'une valeur équivalente, d'où l'appellation de quasi-usufruit¹¹³⁶. L'établissement d'un véritable usufruit sur des choses telles que l'argent ou les denrées n'est pas véritablement concevable. Le quasi-usufruitier est considéré comme un usufruitier, il s'agit d'un propriétaire avec charge de rendre, à l'expiration du quasi-usufruit, soit des choses de même qualité et en même quantité, soit une somme d'argent correspondant à leur valeur.

¹¹³⁵ Article 579 du Code civil.

¹¹³⁶ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2002, p. 640, n° 790.

804. L'usufruit entre biens corporels et biens incorporels : extension du domaine, extension de l'objet de l'usufruit. L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance¹¹³⁷. L'article 581 du Code civil poursuit en ajoutant « qu'il peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles » faisant ainsi preuve d'une grande généralité. L'usufruit peut s'appliquer aussi bien à des biens corporels qu'à des biens incorporels. Tel fut le mouvement suivi par l'usufruit, laissant les choses corporelles au profit des biens nés hors du Code civil. Aussi, il sera nécessaire de présenter tour à tour l'usufruit des biens incorporels (§1) et l'usufruit des droits de propriété intellectuelle (§2).

§1. L'usufruit des biens incorporels

805. Usufruit et biens incorporels : extension du domaine. L'usufruit a délaissé peu à peu les choses corporelles pour s'appliquer aux biens incorporels. En effet, bien que le Code civil ne l'ait pas prévu, le domaine de l'usufruit s'est étendu aux biens incorporels tels que fonds de commerce, valeurs mobilières, propriétés intellectuelles, créances etc.

Une étude approfondie de l'appréhension de chacun de ces biens incorporels par l'usufruit est nécessaire. Il est intéressant de remarquer, qu'il est inévitable, plus encore que pour les autres biens, que des rapports s'établissent entre usufruitier et nu-propriétaire.

806. Usufruit et fonds de commerce : subrogation réelle. Le fonds de commerce, composé à la fois d'éléments corporels (marchandises, matériel) et d'éléments incorporels (nom, clientèle, marque), constitue une entité soumise à l'usufruit et non à un quasi-usufruit. L'usufruitier ne pouvant pas disposer du fonds devra restituer l'entité juridique qu'il constitue à l'expiration de l'usufruit.

L'usufruitier étant tenu de conserver la substance de la chose est en l'occurrence obligé de poursuivre l'exploitation du fonds, soit par lui-même en qualité de commerçant, soit par autrui, par le biais d'une location-gérance, afin de conserver et de préserver l'existence d'une clientèle élément fondamental du fonds de commerce. En cas d'impossibilité de sa part il pourra alors céder son usufruit.

¹¹³⁷ Article 578 du Code civil.

L'exploitation du fonds implique l'utilisation de matières premières et la vente de marchandises tant en vertu des règles du quasi-usufruit que de l'obligation d'exploiter le fonds, supposant l'accomplissement de tels actes. Le bon fonctionnement du fonds suppose nécessairement le renouvellement du stock (matières premières et marchandises). L'opération ici utilisée est bien la subrogation réelle¹¹³⁸. L'usufruit porte sur le fonds de commerce, qui est son objet, sur l'ensemble de cette entité.

L'usufruitier peut disposer des objets compris dans le fonds de commerce, à charge d'employer le prix en remplacement de la chose aliénée qui intégrera l'usufruit par l'effet de la subrogation réelle.

807. Usufruit et valeurs mobilières. Lorsque son droit porte sur des actions, obligations ou parts sociales, l'usufruitier perçoit les intérêts, dividendes ou parts de bénéfices qui constituent des fruits civils. La décision de distribuer des bénéfices sous forme de dividendes appartient à l'assemblée générale des associés¹¹³⁹.

Lorsqu'un droit social (part sociale ou action sociale) est l'objet d'un usufruit ceci soulève quelques difficultés. En premier lieu qui exerce le droit de vote ? Sauf disposition contraire des statuts, c'est le nu-propiétaire qui vote aux assemblées générales, sauf toutefois pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où le droit de vote est attribué à l'usufruitier (Article 1844 al. 3 du Code civil ; pour les SA article L. 225-110 du Code de commerce).

C'est donc le nu-propiétaire qui est le véritable associé, et l'article 1844-5 al. 2 du Code civil précise d'ailleurs que l'appartenance de l'usufruit de toutes les parts sociales à une même personne reste sans conséquence sur l'existence de la société. Toutefois, les statuts peuvent déroger à une telle répartition des pouvoirs, si bien par exemple qu'un associé qui, pour préparer la transmission de l'entreprise, a donné ses parts à ses enfants, peut, s'il s'en est réservé l'usufruit, continuer à voter dans les assemblées générales de la société¹¹⁴⁰. Une autre question s'élève celle de savoir qui a la qualité d'associé ? Tout le monde semble admettre que seul le nu-propiétaire détienne cette qualité¹¹⁴¹.

¹¹³⁸ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd., Dalloz, Précis, 2002, p. 643, n° 794 c.

¹¹³⁹ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd., Dalloz, Précis, 2002, p. 654, n° 814.

¹¹⁴⁰ J. MESTRE et M.-E PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ème} éd., LGDJ, 2003, p. 233, n° 299.

¹¹⁴¹ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 262, 263, n° 814.

808. Influence du droit des valeurs mobilières sur la notion d'usufruit. Madame Virginie Mercier relève à juste titre que pour « déterminer l'influence du droit des valeurs mobilières sur la notion d'usufruit, il suffit pour cela de comparer le régime juridique de cette institution aux dispositions destinées à régir les titres dématérialisés. Un tel examen permettra de montrer que cette confrontation, loin de stigmatiser d'éventuelles contradictions ou incompatibilités, se révèle fructueuse en raison de la belle harmonie qui existe entre ces deux matières »¹¹⁴². Madame Virginie Mercier poursuit que l'usufruitier de valeurs mobilières, conformément au droit commun dispose du droit de jouissance, c'est-à-dire de l'*usus* et du *fructus* de ses biens. Il est donc titulaire de droits financiers (percevoir les fruits, article 582 du Code civil) mais encore de droits politiques. En effet, outre le *fructus* de la valeur mobilière l'usufruitier détient aussi l'*usus*. Celui-ci consiste en un droit à l'information. Ainsi tant le nu-propiétaire que l'usufruitier de valeurs mobilières ont donc droit à la communication des mêmes documents que n'importe quel associé¹¹⁴³. L'article L. 225-110 du Code de commerce précise que « le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-propiétaire dans les assemblées générales extraordinaires. L'alinéa 4 de l'article L. 225-110 du Code de commerce précise que les statuts peuvent déroger aux dispositions du premier alinéa¹¹⁴⁴. Un aménagement des droits et obligations respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire prévoyant une répartition statutaire de leur pouvoir peut être aménager entre les parties (Article 1844 al. 4 du Code civil et L. 225-110 du Code de commerce).

809. Une évolution de la notion d'usufruit influencée par le droit des valeurs mobilières¹¹⁴⁵. On peut constater que l'usufruit de valeurs mobilières qui tire sa force de la particularité de son objet engendre une évolution de la notion civiliste, l'institution évolue. D'une relation traditionnellement antagoniste, l'usufruitier et le nu-propiétaire de valeurs mobilières tendent à organiser une véritable collaboration entre eux, facilitée par l'émergence

¹¹⁴² V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 226, n° 482.

¹¹⁴³ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 228, n° 489, 490 et p. 232, n° 499.

¹¹⁴⁴ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 233, n° 500 *in fine*.

¹¹⁴⁵ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM, 2005, p. 251 et s.

d'intérêts communs. A l'indépendance traditionnelle du nu-propriétaire et de l'usufruitier se substitue une véritable coopération, de droit et de fait. Désireux de maintenir et de préserver la valeur et la rentabilité du bien, les deux protagonistes de l'institution d'usufruit convergent vers un but unique, permettant d'instaurer une certaine complémentarité quant à leurs prérogatives respectives. Une véritable collaboration entre usufruitier et nu-propriétaire se dégage, participant ainsi à l'émergence d'intérêts communs entre ces deux acteurs (Article 578 du Code civil ; Article 1844 du Code civil et Article L. 225-110 du Code de commerce ; quant à la liberté statutaire Article 1844 *in fine* et L. 225-110 du Code de commerce *in fine*).

810. Usufruit et propriétés intellectuelles. L'usufruit des droits de propriété littéraire ou artistique permet à son titulaire de percevoir tous les droits d'auteur et même d'autoriser les éditions et reproductions dans la mesure nécessaire à la mise en valeur de son droit. En revanche, le nu-propriétaire reste titulaire du droit moral (droit à la paternité). S'agissant de l'usufruit des brevets d'invention, ce dernier n'a fait l'objet d'aucune réglementation spécifique. La transposition du droit commun conduit à admettre que l'usufruitier est pleinement titulaire du droit d'exploiter le brevet, par lui-même ou au moyen de la concession de licences. Ces solutions reviennent cependant à investir l'usufruitier, pour peu que la durée du brevet soit inférieure à celle de l'usufruit, de la plénitude des droits conférés par le brevet, ce qui suscite les regrets d'une partie de la doctrine soulignent les Professeurs François Terré et Philippe Simler¹¹⁴⁶.

811. Controverse doctrinale. Un dilemme s'élève s'agissant du caractère viager que peut prendre un usufruit portant sur une création, un tel usufruit peut avoir pour effet, compte tenu du caractère temporaire de la propriété intellectuelle, de vider de sa substance le droit du nu-propriétaire. Aussi Madame Agnès Robin relève que l'on a ainsi longtemps hésité, en matière de brevet, sur le point de savoir si l'on devait attribuer la totalité des revenus de l'exploitation à l'usufruitier ou s'il y avait lieu, comme le préconisait Pouillet, de ventiler des bénéfices et d'apprécier la part revenant à l'industrie personnelle ou aux capitaux de l'usufruitier, et la part revenant à l'invention brevetée elle-même. Roubier fait remarquer à juste titre que l'attribution au nu-propriétaire de tout ce qui relève du brevet reviendrait à ne conférer

¹¹⁴⁶ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd. , Dalloz, Précis, 2002, p. 657, n° 815.

à l'usufruitier qu'une simple licence d'exploitation. Une telle situation dans laquelle se trouve le nu-propiétaire du brevet n'est pas isolée, les articles 588 et 589 du Code civil en sont des illustrations. L'usufruitier est tenu de restituer les choses à la fin de son usufruit, de les rendre que dans l'état où elles se trouvent. En revanche, la situation du nu-propiétaire d'un bien grevé d'un quasi-usufruit paraît plus favorable car l'usufruitier doit restituer des choses de même quantité et de même qualité que celles qui lui ont été confiées ou à défaut d'une somme d'argent¹¹⁴⁷. La question est identique concernant l'usufruit d'une œuvre de l'esprit dont le titulaire est, dans la plupart des cas le conjoint survivant recueillant la succession de l'auteur défunt. Le conjoint peut ainsi recueillir l'usufruit mais encore conclure les contrats nécessaires à l'exploitation des œuvres.

812. Dépassement de la controverse doctrinale. Madame Agnès Robin fait remarquer que le nu-propiétaire est investi des prérogatives morales et que ceci semble tout à fait logique lorsque l'on définit, d'une part, le nu-propiétaire comme le « gardien de la destination du bien grevé », dont l'usufruitier doit assurer la conservation et, d'autre part, les prérogatives morales comme l'expression du pouvoir d'exclusivité attaché à la propriété. « Non seulement la définition ainsi proposée de l'usufruit, qui fait fi de la dimension matérielle de la substance, correspond à la répartition des pouvoirs entre l'usufruitier et le nu-propiétaire d'une création intellectuelle, mais elle permet, en outre, d'affirmer que l'usufruitier doit pouvoir, par principe, procéder à toutes les exploitations de la création sans en altérer la substance, sauf s'il modifie sa destination dont le contrôle est assuré par le nu-propiétaire. L'usufruitier d'une création intellectuelle bénéficie donc de toutes les utilités auxquelles la création est destinée, sauf opposition du nu-propiétaire (que celui-ci soit d'ailleurs titulaire de droits moraux ou non) quant à l'affectation de celle-ci. Ce n'est donc pas en termes de quantité que doit être appréciée l'étendue des prérogatives juridiques de l'usufruitier d'une création, mais en termes de qualité, c'est-à-dire du choix des exploitations de la création conformément aux prérogatives morales dont dispose le nu-propiétaire »¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁷ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, Préface T. REVET, Fondation Varenne, 2005, p. 227, n° 235, 236.

¹¹⁴⁸ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, Préface T. REVET, 2005, Fondation Varenne, p. 231, n° 240.

813. Usufruit et créances. Le domaine de l'usufruit s'est également étendu aux créances.

La constitution d'un usufruit sur une créance est possible. L'usufruitier exercera sur la créance la plénitude de son droit. C'est à lui notamment qu'il incombera de procéder au recouvrement duquel il résultera une conversion de l'usufruit en quasi-usufruit¹¹⁴⁹. Autrement dit l'usufruitier d'une créance a droit aux intérêts, mais seul le nu-propiétaire reste titulaire des créances. Ainsi, l'usufruitier ne peut en aucun cas par exemple les aliéner, si cela était réalisé l'aliénation serait inopposable au nu-propiétaire. A l'échéance, l'usufruitier doit poursuivre le recouvrement de la créance de somme d'argent, dépassant par là la notion d'actes d'administration¹¹⁵⁰ et peut valablement en percevoir le montant. Son droit se transforme alors en quasi-usufruit¹¹⁵¹.

814. Proposition de réforme quant à l'usufruit. Le groupe de travail sur la réforme du droit des biens a fait différentes propositions. S'agissant de l'usufruit il a notamment dans sa section 1 intégré une définition de l'usufruit qui n'existait pas en tant que telle dans le Code. « L'usufruit est le droit réel d'user et de jouir d'un bien appartenant à un autre, à charge d'en conserver la substance ». Une précision est apportée quant à l'objet de l'usufruit. « Il peut être établi sur toute espèce de biens ou tout ensemble de biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels ». La section 5 est totalement nouvelle, la commission a senti nécessaire de préciser le régime d'un certain nombre d'usufruits spéciaux. Ainsi se trouvent aux articles 596 et s. les règles spécifiques applicables au quasi-usufruit (choses consommables), ainsi que celles portant sur l'usufruit des créances (Article 600), des droits sociaux (Article 601) et des universalités (Article 602)¹¹⁵².

815. Conclusion. L'usufruit reste une notion unitaire qui, comme la propriété, peut s'appliquer à tous les biens. Le Code civil conserve donc à cet égard sa généralité initiale et reste le siège du droit commun du droit des biens hors le Code civil¹¹⁵³.

¹¹⁴⁹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 483, n° 319.

¹¹⁵⁰ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 263, n° 814 *in fine*.

¹¹⁵¹ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Les biens*, 6^{ème} éd., Dalloz, Précis, 2002, p. 653, n° 812.

¹¹⁵² Extrait de l'avant-projet de réforme du droit des biens. Présentation des travaux du groupe de travail sur la réforme du droit des biens, 12 novembre 2008, Association Henri Capitant, Barreau de Paris.

¹¹⁵³ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 11, n° 28.

§2. L'usufruit des droits de propriété intellectuelle

816. Usufruit et propriété intellectuelle¹¹⁵⁴. Monsieur Bertrand Laronze relève que la confrontation des notions d'usufruit et de propriété intellectuelle fait naître un sentiment de suspicion. Comment l'usufruit, institution d'origine romaine, construite à partir du paradigme de la propriété des choses corporelles, peut-il être marié à la propriété intellectuelle qui, par essence, relève de l'immatériel ? C'est cette question que se pose Monsieur Bertrand Laronze. Et pourtant, cet usufruit existe, en atteste notamment le fait qu'il soit mentionné dans le Code de la propriété intellectuelle. Son existence est donc avérée mais quant à son fonctionnement quel est-il ? Plus fondamentalement, son étude permet de contribuer à la réflexion d'ensemble menée actuellement en droit des biens. L'un des objectifs poursuivis est de déterminer si l'usufruit des droits de propriété intellectuelle est un usufruit spécifique, à l'image de l'usufruit des droits sociaux, des créances ou du fonds de commerce.

« Au premier abord, certains indices semblent indiquer que l'on est en présence d'un usufruit d'un genre particulier : ainsi, il nous apparaît que l'usufruit appliqué à la propriété intellectuelle n'est pas un démembrement de propriété et que son objet n'est pas la création mais les droits eux-mêmes. De même, l'usufruit légal du conjoint survivant connaît, en droit d'auteur, un régime en partie dérogatoire au droit commun et la constitution d'un usufruit conventionnel doit respecter un certain formalisme.

Pourtant, ce constat doit être nuancé. Le régime de l'usufruit des droits de propriété intellectuelle révèle, en effet, que le Code civil apporte bon nombre de solutions parfaitement transposables à la propriété intellectuelle. On remarquera, par exemple, que l'abus de jouissance de l'article 618 permet un contrôle efficace des actes de l'usufruitier. En définitive, s'il est indéniable que l'usufruit des droits de propriété intellectuelle présente certaines spécificités, il semble que celles-ci doivent pas être exagérées »¹¹⁵⁵.

817. Objet de l'usufruit et propriété intellectuelle. Si le Code civil est source d'hésitations sur le point de savoir si le bien est la chose ou le droit, le Code de la propriété intellectuelle permet, à l'inverse, de prendre position. L'objet des échanges que ce soit par voie

¹¹⁵⁴ B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006.

¹¹⁵⁵ B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, Résumé.

contractuelle ou par voie de succession est le droit lui-même. Ainsi la thèse de l'objet-crédation mérite d'être repoussée au profit de celle de l'objet-droits. Ainsi la propriété intellectuelle s'attache moins à la création qu'aux droits. Ceci semble conforter la vision reconnue au créateur par le biais d'un monopole. Si la création reste unique, il peut y avoir plusieurs titulaires de droits, contrairement à la propriété de l'article 544 du Code civil qui est en principe le symbole de l'individualisme. Aussi, la titularité des droits est au cœur de la propriété intellectuelle. Le droit moral ne peut pas faire l'objet de l'usufruit car il n'est pas un bien. Cependant, ce dernier joue un rôle stratégique car il peut conduire jusqu'à la paralysie de la jouissance de l'usufruitier, ceci résultant de la dissociation entre prérogatives morales et prérogatives patrimoniales. Le droit moral est un frein à l'*usus*. Sur le terrain du droit civil, l'attraction du droit moral remet en cause l'indépendance qui existe en principe entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. Ensuite, Monsieur Bertrand Laronze poursuit en soutenant que le Code civil peut parfaitement accueillir les droits patrimoniaux de propriété intellectuelle, objets de l'usufruit, au sein de la catégorie des meubles par détermination de la loi. La qualification de droit réel semble pouvoir être étendue à ces droits. L'objet de l'usufruit des droits de propriété intellectuelle est donc de manière incontestable « saisi » par le droit civil. Propriété intellectuelle et droit civil se rejoignent¹¹⁵⁶.

818. Modes de constitution de l'usufruit des droits de propriété intellectuelle. En matière d'usufruit légal, l'usufruit spécial du conjoint survivant, qui existe en droit d'auteur apparaît à la fois complexe et archaïque. Complexe car l'articulation entre droit de la propriété intellectuelle et droit commun n'est pas toujours facile (réduction en cas d'atteinte à la réserve). Archaïque ensuite car l'usufruit spécial doit supporter une éventuelle réduction en cas de dépassement de la réserve, en revanche, l'usufruit de droit commun s'exerce sur l'intégralité des biens existants au jour de la succession. Une différence de traitement entre le droit d'auteur et le droit de la propriété industrielle qui relève du droit commun des successions apparaît. Entre autre Monsieur Bertrand Laronze souligne que le fait que le droit civil surtout depuis la loi du 3 décembre 2001, tienne mieux compte des intérêts du conjoint survivant postule l'abandon pur et simple de l'usufruit spécial de l'article L. 123-6 du Code de la propriété intellectuelle. Le retour au droit commun permettrait sans doute d'aborder l'ensemble de la propriété intellectuelle de manière plus unitaire et de simplifier bon nombre de situations. Le conjoint survivant n'y

¹¹⁵⁶ B. LARONZE, *op. cit.*, p. 153, n° 331 et 332.

perdrait rien, notamment parce que le caractère exorbitant de l'usufruit spécial n'est plus une exception propre au droit d'auteur puisqu'il a été reconnu, dans une certaine mesure, pour le droit commun avec la loi de 2001¹¹⁵⁷. En matière d'usufruit conventionnel, en l'état actuel des textes l'absence d'homogénéité de la législation interne à la propriété intellectuelle se dessine : le droit de la propriété littéraire et artistique tend à une protection maximale de l'auteur alors que la propriété industrielle s'attache tout autant à la protection de l'intérêt des parties qu'à celui des tiers, d'où une absence de cohérence et des difficultés à établir un régime unitaire¹¹⁵⁸.

819. L'exploitation des droits. Monsieur Bertrand Laronze établit une frontière entre existence ou non d'une exclusivité. Si le cédant entend conserver le droit dans son patrimoine il se contentera d'une cession non exclusive, tandis que s'il est déterminé à aliéner purement et simplement son droit, il consentira une cession exclusive. Il poursuit en disant que s'agissant des cessions non exclusives peuvent être qualifiées d'acte d'administration. Même si ces opérations doivent être opposables au nu-propiétaire à l'échéance de l'usufruit, cette opposabilité doit être nécessairement limitée dans le temps. Cette règle pourrait s'inspirer de l'article 595 du Code civil. Quant aux contrats de cession exclusive, ils ne relèvent pas du pouvoir de l'usufruitier dans la mesure où aucun système satisfaisant ne permet d'assurer cumulativement les intérêts du nu-propiétaire et la sécurité juridique du cessionnaire.

Si l'usufruitier peut jouir des droits de propriété intellectuelle encore doit-il s'abstenir de commettre un abus de jouissance. L'article 618 du Code civil assure ici une protection efficace du nu-propiétaire. Certaines notions ont la capacité de s'adapter aux biens de nature différente. L'abstraction permet d'étendre aux biens incorporels des concepts pourtant élaborés en contemplation des choses matérielles.

La propriété intellectuelle retrouve sa spécificité sur un autre point, alors que l'usufruitier reste, en principe, libre de jouir ou de ne pas jouir du bien, il est des situations où il est contraint d'exploiter l'objet de l'usufruit. L'usufruit des droits de propriété intellectuelle connaît alors un régime proche de l'usufruit d'un fonds de commerce¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁷ B. LARONZE, *op. cit.*, p. 191, n° 426.

¹¹⁵⁸ B. LARONZE, *op. cit.*, p. 192, n° 428.

¹¹⁵⁹ B. LARONZE, *op. cit.*, p. 263, n° 623 et s., notamment n° 626.

820. L'exercice de l'action en contrefaçon. L'action en contrefaçon est réservée au titulaire du droit de propriété intellectuelle objet de l'atteinte. Dès lors, il apparaît que l'usufruitier n'a pas qualité pour agir en contrefaçon. Cette solution est, qui plus est, parfaitement conforme à l'article 614 du Code civil. Cependant, l'usufruitier ne sera pas dépourvu de tout moyen d'action. Dans la mesure où la contrefaçon lui cause un préjudice, il doit pouvoir intervenir dans l'instance en contrefaçon intentée par le nu-propiétaire contre le contrefacteur. S'agissant d'une action en vue d'obtenir réparation d'un dommage et en l'absence d'un texte spécial, l'usufruitier devra respecter les conditions de droit commun de la responsabilité civile délictuelle. La violation du droit subjectif présumera la faute du contrefacteur, mais ce dernier pourra renverser cette présomption simple relève Monsieur Bertrand Laronze¹¹⁶⁰.

821. Conclusion quant à la confrontation entre droit commun et usufruit des droits de propriété intellectuelle. Le régime de l'usufruit a révélé que les règles de droit commun trouvaient un certain écho en matière de propriété intellectuelle. La jouissance de l'usufruitier de droits de propriété intellectuelle ne peut être entièrement calquée sur celle des biens corporels. Cependant, il n'en demeure pas moins que les solutions auxquelles Monsieur Bertrand Laronze est parvenues révèlent un certain parallélisme avec le droit commun : l'aliénation pure et simple des droits par l'usufruitier n'est pas possible.

Si la jouissance est le droit fondamental de l'usufruitier, il ne faut pas oublier qu'il peut également percevoir les fruits de cette jouissance. En matière de propriété intellectuelle, la définition classique du concept de fruit n'est pas facile à transposer. Y aurait-il divergence entre usufruit de droit commun et usufruit des droits de propriété intellectuelle ? Non, répond Monsieur Bertrand Laronze. Mieux vaut sans doute affiner la définition classique et admettre que sont des fruits toute chose que produit le bien, objet de l'usufruit, dans une utilisation conforme à sa destination. Ainsi, l'usufruitier a droit à la totalité des bénéfices d'exploitation en propriété intellectuelle¹¹⁶¹.

¹¹⁶⁰ B. LARONZE, *op. cit.*, p. 293, n° 695, 696.

¹¹⁶¹ B. LARONZE, *op. cit.*, p. 295, n° 697, notamment n° 699.

SECTION 2

L'APPREHENSION DE L'IMMATÉRIEL PAR LES SÛRETÉS RÉELLES

822. Importance prise par la valeur des propriétés intellectuelles. Au regard de l'adage « *Res mobilis, res vilis* » les auteurs du Code civil ont fait de la propriété immobilière le cœur du système de crédit de 1804. Plus de deux cents ans après, la société a fait mentir cet adage en reconnaissant une valeur significative aux biens mobiliers et surtout aux propriétés immatérielles. Les propriétés intellectuelles, biens mobiliers incorporels ont fortement dépassé en valeur la traditionnelle propriété immobilière. Afin de s'adapter à l'évolution du temps, le droit, et surtout le droit des sûretés devait prendre en compte l'importance économique des droits de propriétés intellectuelles en les considérant comme des moyens de crédit¹¹⁶².

823. Causes d'échec des sûretés sur propriétés intellectuelles. C'est la complexité du système de garanties proposé à la pratique qui constitue l'échec du droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles. La diversité des droits intellectuels, la pluralité des modes de constitution des sûretés et l'absence ou les lacunes des régimes susceptibles de faire fonctionner ces mécanismes ont ainsi contribué à l'impression de désordre qui règne au sein de la matière. Afin de permettre aux praticiens de faire usage des propriétés intellectuelles comme instruments de crédit encore faut-il rendre accessibles les garanties que l'on peut constituer sur ces droits intellectuels, d'où la nécessité d'une réforme.

824. Abandon de la qualification inappropriée de gage pour définir les sûretés sur propriétés intellectuelles. La tradition française et notamment le législateur a qualifié ces institutions de « gages » indépendamment des caractéristiques de ces sûretés et de la particularité de leurs assiettes. La doctrine afin de distinguer ces institutions du modèle originel a défini ces garanties par la qualification de « gages par détermination de la loi » en admettant ainsi que le régime de ces sûretés spéciales se distingue du droit commun du gage. Des difficultés perdurent. D'une part, une telle qualification ne peut permettre de résoudre les difficultés d'ordre théorique, puisque aucun des critères classiques du gage ne se retrouve dans les garanties constituées sur des propriétés intellectuelles. D'autre part, elle ne permet pas non

¹¹⁶² N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, PUAM, 2007, p. 413, n° 619.

plus de résoudre les difficultés d'ordre pratique liées aux sûretés sur propriétés intellectuelles, puisque elle ne permet pas d'offrir à ces institutions un régime de substitution lorsque celui-ci fait défaut dans des dispositions spéciales¹¹⁶³.

825. La qualification d'hypothèque mobilière sur propriétés intellectuelles. Il faut s'atteler à rechercher une qualification plus à même de s'adapter à l'immatérialité des propriétés intellectuelles. Tournons-nous alors sur les systèmes étrangers afin de voir comment ont-ils procédé ? L'analyse de ces divers mécanismes démontre que la qualification d'hypothèque mobilière, lorsqu'elle est admise, permet une telle affectation immatérielle. Cependant, il est impossible de transposer une telle solution sans heurter les principes fondamentaux de notre droit des sûretés mobilières. Or rien n'interdit cependant de consacrer une sûreté unique sur propriétés intellectuelles qualifiée d'hypothèque mobilière. Aussi étant donné qu'il n'existe aucun régime correspondant à la qualification d'hypothèque mobilière, il serait fort intéressant d'en élaborer un. Ce régime doit faire attention de préserver tant la qualification de sûreté que les spécificités des propriétés intellectuelles. Il sera nécessaire de modifier certaines dispositions du droit des sûretés et du droit de la propriété intellectuelle afin de proposer un régime efficace¹¹⁶⁴.

826. Recours à un registre unique pour une publicité efficace. Afin que l'efficacité de la sûreté soit au rendez-vous il s'impose un système de publicité. Aussi afin que soit reconnu un registre unique compétent pour recevoir les inscriptions de toutes les hypothèques sur propriétés intellectuelles implique que l'on admette au préalable que les propriétés littéraires et artistiques, au même titre que les propriétés industrielles, fassent l'objet d'une inscription. Cette inscription doit être exigée pour les propriétés littéraires et artistiques, non pour donner naissance à la protection par le droit d'auteur qui naît du seul fait de la création, mais pour permettre l'opposabilité de tous les actes susceptibles de modifier le contenu de l'assiette de l'hypothèque. Une telle publicité ayant été admise en matière de films cinématographiques et de logiciels, il n'y a aucune raison de ne pas étendre cette exigence aux autres œuvres protégées par le droit d'auteur¹¹⁶⁵.

¹¹⁶³ N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, PUAM, 2007, p. 413, 414, n° 621.

¹¹⁶⁴ N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, PUAM, 2007, p. 414, n° 622, 623.

¹¹⁶⁵ N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, PUAM, 2007, p. 414, 415, n° 624.

827. Réforme du 23 mars 2006 en matière de sûretés réelles. L'objectif assigné à la réforme du 23 mars 2006 était double : tout d'abord simplifier le système existant en réintégrant au sein du Code civil l'ensemble des gages et nantissements spéciaux consacrés par les dispositions particulières, ensuite, rationaliser le droit des sûretés réelles grâce à l'adoption de mesures plus adaptées à la réalité du crédit. Le texte final a établi une distinction entre le gage de biens corporels et le nantissement de biens incorporels, or, cette distinction n'a pas permis de stopper la prolifération des sûretés réelles spéciales. En effet, le nantissement conventionnel tout en ayant, par sa définition, vocation à s'appliquer à « l'ensemble des biens meubles incorporels, présents ou futurs », ne régira effectivement que le nantissement sur les créances. Le nantissement « qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels ». La distinction des sûretés mobilières selon la nature corporelle ou incorporelle de leur assiette est illusoire car dépourvue de conséquences pratiques. En effet, les nantissements constitués sur tous les biens incorporels autres que les créances et non régis par les textes spéciaux sont, par renvoi, soumis au droit du gage de biens meubles corporels. Si tous les objectifs assignés à la réforme n'ont pas été atteints, de nombreuses modifications sont intervenues dans le régime du gage des meubles corporels. Cette garantie a vocation à devenir, par défaut, la sûreté de référence quelque soit la nature de l'assiette¹¹⁶⁶.

828. Etendue de la réforme appliquée aux nantissements sur propriétés intellectuelles : un constat mitigé. En application du nouvel article 2355 du Code civil précité, les sûretés réelles sur propriétés intellectuelles qui ne font pas l'objet de textes spéciaux sont, semble-t-il, désormais soumises au droit du gage sur les biens meubles corporels. Il en va dès lors ainsi de l'ensemble des sûretés constituées sur des propriétés industrielles qui ne font l'objet que de dispositions éparses et parfaitement insuffisantes pour déterminer le régime qui leur est applicable. *A contrario*, les sûretés sur propriétés intellectuelles qui faisaient l'objet de réglementations particulières, telles que le nantissement sur les films cinématographiques ou le nantissement des droits d'exploitation des logiciels, ne sont pas affectées par l'ordonnance du 23 mars 2006. La réforme trouvera sans doute à s'appliquer pour les nantissements sur des droits

¹¹⁶⁶ N. MARTIAL, *Le droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles à l'aune de la réforme du droit des sûretés*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, p. 307 et s. notamment p. 310, 311, n° 2.

d'exploitation des logiciels pour combler les nombreuses lacunes de son régime. Malgré que la réforme tende à appliquer à des garanties constituées sur des droits incorporels le régime d'un gage dont elle a pourtant expressément circonscrit l'assiette aux seuls biens corporels, cependant elle a vocation à modifier le droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles. Le recours au nouveau gage aura lieu afin de palier aux nombreux vides des textes renvoyant aux garanties constituées sur des droits intellectuels¹¹⁶⁷.

829. Relative modernisation du droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles : publicité et appropriation du gage. La possibilité de publier le gage à titre de garantie, ainsi que celle d'une faculté d'appropriation du bien grevé en cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations, le régime du gage paraît davantage adapté à l'immatérialité des propriétés intellectuelles. Antérieurement le régime de droit commun du gage appliqué aux propriétés intellectuelles ne comportait pas ces deux éléments. Ces deux apports majeurs sont capital en matière de propriétés intellectuelles. La reconnaissance d'une exigence de publicité à titre d'opposabilité et la faculté d'appropriation du bien grevé en cas d'inexécution de ses obligations par le débiteur n'apparaît essentielle que lorsque l'assiette de la sûreté est constituée par des biens incorporels¹¹⁶⁸.

830. Abandon du caractère réel du gage de droit commun, un progrès en matière de sûretés sur propriétés intellectuelles. L'article 2076 du Code civil exigeait antérieurement « que le gage (ait) été mis et (soit) resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties » pour que « le privilège subsiste sur le gage ». De cette exigence de dépossession découlait de nombreuses difficultés de qualification des sûretés consenties sur propriétés intellectuelles et constituées sans dépossession. Or le fait de publier le gage aux fins d'opposabilité au tiers réduit considérablement ces problématiques grâce à l'ordonnance du 23 mars 2006. Ainsi une relative harmonisation des qualifications reconnues pour les sûretés sur propriétés intellectuelles avec celle de gage est alors envisageable¹¹⁶⁹, ce qui constitue une avancée.

¹¹⁶⁷ N. MARTIAL, *Le droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles à l'aune de la réforme du droit des sûretés*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 307 et s. notamment p. 311, n° 3.

¹¹⁶⁸ N. MARTIAL, *op. cit.*, p. 312, n° 4.

¹¹⁶⁹ N. MARTIAL, *op. cit.*, p. 312 et s., n° 5.

831. Une amélioration du régime des sûretés sur propriétés intellectuelles par renvoi au droit commun. Madame Nathalie Martial relève que la réalisation de la garantie à l'échéance constituait avant la réforme le point le plus obscur du régime des différentes sûretés sur propriétés intellectuelles. Les lacunes textuelles impliquaient en ce domaine que l'on se reporte aux dispositions du droit commun. Or, le renvoi au régime du gage ne pouvait pas convenir. Bien que le régime de la réalisation des sûretés sur propriétés intellectuelles s'avérait difficile à établir, la réforme a sans nul doute amélioré le sort de l'appropriation des propriétés intellectuelles en attribuant en paiement les biens grevés¹¹⁷⁰. En effet, désormais l'article 2347 du Code civil rappelle la faculté d'attribution judiciaire dont bénéficie le créancier gagiste, l'article 2348 du Code civil innove en disposant qu'il « peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé »¹¹⁷¹.

SECTION 3

L'APPREHENSION DE L'IMMATÉRIEL PAR LES SERVITUDES

832. Sens commun, servitude traditionnelle. Traditionnellement entendue par le Code civil, « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire » (Article 637 du Code civil).

Les servitudes sont des droits réels immobiliers qui ont la particularité de profiter à un propriétaire pour améliorer l'utilité de son immeuble. Les servitudes admises dans le Code civil profitent à un fonds de terre. L'article 686 du Code civil présuppose qu'il est impossible de créer une servitude au profit d'une personne. Les Professeurs Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet relèvent que le Code civil a prononcé cette interdiction par crainte de voir la servitude utilisée pour créer librement des droits réels et attenter au régime d'ordre public des biens¹¹⁷².

Autrement dit la servitude est un droit réel établi au profit d'un immeuble, c'est une charge qui pèse sur le fonds et non pas une obligation (un droit personnel) pesant sur les personnes ; les

¹¹⁷⁰ N. MARTIAL, *op. cit.*, p. 319, n° 11.

¹¹⁷¹ N. MARTIAL, *op. cit.*, p. 322, 323, n° 15.

¹¹⁷² F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 459, n° 297.

propriétaires actuels et futurs sont tenus par la servitude en tant que titulaires du fonds. En effet, tout en admettant une restriction du droit de propriété, les rédacteurs du Code civil craignaient la renaissance des pratiques du droit féodal (fonds servant / fonds dominant analogie avec le domaine utile / domaine éminent), à une époque où la France était encore essentiellement rurale.

833. Mouvement : extension. Le champ d'application des servitudes s'étend, en effet les biens corporels sont délaissés au profit des biens incorporels. Les servitudes petit à petit appréhendent l'immatériel. Le mouvement d'extension se propage. La servitude tend à s'exporter hors de son cadre originel. Une servitude porte traditionnellement sur un immeuble corporel, elle peut désormais s'appliquer à l'immeuble incorporel qu'est le lot de copropriété, voire à la possibilité d'existence de servitude mobilière avec notamment la servitude de non-concurrence où une relation obligatoire s'instaure entre deux fonds de commerce.

834. Servitude et immeuble incorporel : le lot de copropriété. Il a longtemps prévalu une conception dualiste où le droit du copropriétaire serait composé d'un droit de propriété ordinaire sur les parties privatives et d'un droit indivis sur les parties communes. Telle était la vision de la loi du 10 juillet 1965 « les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque copropriétaire (Article 2 al. 2) ; les parties communes sont l'objet d'une propriété indivise entre l'ensemble des copropriétaires ou certains d'entre eux seulement (Article 4) ». Les droits du copropriétaire sur la partie privative de son lot constituent plutôt des droits sur un volume. Ces derniers sont inséparables de la jouissance des parties communes. Droits indivis ne peuvent pas être détachés de la partie privative du lot. Le lot de copropriété comprend à la fois les parties privatives et une quote-part des parties communes (exprimée en millième).

L'analyse aujourd'hui est unitaire. Le lot de copropriété est un bien unique, immeuble par nature sur lequel s'exerce un droit de propriété. Sur l'immeuble, le copropriétaire n'a aucun droit individuel, sur son lot, il a un droit de propriété exclusif. Les Professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès relèvent qu'« après avoir jugé le contraire, qu'il était possible de constituer une servitude entre les parties privatives d'un lot de copropriété »¹¹⁷³.

Le Professeur Jean-Baptiste Seube fait remarquer que « la servitude a longtemps été considérée comme incompatible avec la copropriété des immeubles bâtis, soit qu'il s'agisse d'une servitude

¹¹⁷³ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 232, n° 717 *in fine*.

établie entre deux parties privatives, soit qu'il s'agisse d'une servitude établie sur une partie commune au profit d'une partie privative. Justifiée par le fait que la servitude supposait deux propriétés totalement indépendantes, cette incompatibilité traduisait aussi une résistance à l'analyse unitaire du lot de copropriété. La solution vient d'être abandonnée à propos de l'établissement d'une servitude entre deux parties privatives »¹¹⁷⁴.

La servitude peut désormais s'appliquer à l'immeuble incorporel qu'est le lot de copropriété.

835. Servitude et meuble incorporel : le fonds de commerce et servitude de non-concurrence. Les Professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès font remarquer à juste titre, qu'on tend aujourd'hui à admettre une servitude de non-concurrence entre deux fonds de commerce, c'est-à-dire deux biens mobiliers¹¹⁷⁵.

Traditionnellement, l'obligation de non-concurrence est l'engagement pris par une personne de ne pas exercer une activité (commerciale) rivale de celle d'une autre personne (commerçant) qui serait susceptible de lui retirer de la clientèle. C'est principalement au cours de la cession d'un fonds de commerce qu'elle apparaît, le cédant s'engageant à ne pas faire concurrence au cessionnaire. Tant la doctrine que la jurisprudence y voyaient une obligation personnelle, le véritable bénéficiaire de la clause paraissait être le commerçant, cessionnaire du fonds de commerce et non l'immeuble, ce qui est la condition pour qu'il y ait une servitude valable. Cependant la jurisprudence a évolué, elle a admis que l'obligation de non-concurrence pouvait constituer une servitude et être valable même si elle était perpétuelle lorsqu'elle grevait un immeuble en faveur d'un autre immeuble. Les cas d'espèce renvoyaient à des immeubles spécialement aménagés en vue d'une activité déterminée, ainsi directement profitable au fonds.

A défaut, d'aménagement spécial du bien soulignent les Professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès l'obligation de non-concurrence profiterait au seul commerçant et non à l'immeuble et ainsi il ne pourrait exister de servitude. Il n'y a pas d'immobilisation par destination, lorsque les meubles sont affectés au service d'une exploitation commerciale. L'affectation profite alors au fonds de commerce, et non à l'immeuble et certains ont estimé

¹¹⁷⁴ J.-B SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 12, n° 29 ; citant Cass. civ. 3^{ème} 30 juin 2004, Bull. civ. III, n° 140.

¹¹⁷⁵ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 332, n° 1105.

qu'apparaissait une servitude grevant un fonds de commerce au profit d'un autre fonds de commerce¹¹⁷⁶.

S'agissant ainsi de servitudes de non-concurrence¹¹⁷⁷, les discussions relatives à ces dernières ont permis de faire émerger la possibilité d'une relation obligatoire entre deux fonds de commerce, l'un s'assurant réellement contre une absence de concurrence émanant de l'autre¹¹⁷⁸. Certains auteurs envisageant même la possibilité d'une servitude mobilière. Ici aussi se mesure encore toutes les virtualités du Code civil¹¹⁷⁹.

836. Servitude et propositions de réforme. L'article 637 du Code civil précise qu'« une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». Le groupe de travail sur la réforme du droit des biens pose à l'article 612 que « La servitude est une charge réelle grevant un fonds pour l'usage et l'utilité d'un fonds appartenant à un autre propriétaire »¹¹⁸⁰. Le mot « héritage » disparaît, au profit de l'apparition du mot « fonds » qui s'y substitue. Le mot « fonds » alors employé peut s'analyser comme une acception plus large, permettant ainsi d'appréhender potentiellement le fonds de commerce, bien meuble incorporel.

Il ne s'agit que de vues prospectives où la « servitude mobilière » serait potentiellement admise. Cependant, l'application de servitude sur l'immeuble incorporel qu'est le lot de copropriété est bel et bien admise ce qui démontre une fois de plus les virtualités du Code civil.

¹¹⁷⁶ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, p. 336, 337, n° 1115.

¹¹⁷⁷ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, p. 12, n° 29.

¹¹⁷⁸ R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 356, n° 54.

¹¹⁷⁹ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, p. 12, n° 29.

¹¹⁸⁰ Extrait du texte de l'avant-projet. Présentation des travaux du groupe de travail sur la réforme du droit des biens, 12 novembre 2008.

SECTION 4

L'APPREHENSION DE L'IMMATERIEL PAR LA SITUATION DU PRENEUR A BAIL

837. Démarche. Les droits réels peuvent constituer un cadre accueillant pour embrasser les nombreuses figures nées hors du Code civil ce qui est notamment le cas de la situation du preneur à bail. Hors du Code civil, de nombreux textes assurent aux locataires une stabilité dans les lieux loués d'où les expressions de « propriété culturale » allant parfois jusqu'à conférer au preneur un droit réel, ou encore de « propriété commerciale ».

838. Consécration du fonds agricole : la loi du 5 janvier 2006. La loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006 permet à un exploitant agricole, aux fins de nantissement, de créer un fonds agricole. Ce fonds se compose du cheptel mort ou vif, stock ainsi que s'ils sont cessibles les contrats et droits incorporels servant à l'exploitation du fonds, clientèle etc. qui y sont attachés (Article L. 311-3 du Code rural). Ce qui soulève de nombreuses difficultés notamment en cas de cession du droit au bail rural et des droits de produire qui sont attachés à la personne. La consécration d'un fonds agricole poursuit comme objectif de combattre de telles difficultés. La nature du fonds agricole est incorporelle. Une réelle rupture c'est ici opérée en effet, traditionnellement l'exploitation agricole était une entité corporelle où la terre constitue le principal et autour de laquelle gravite de multiples meubles corporels se présentant en position d'accessoire (machines).

Les Professeurs Frédéric Zénati-Castaing et Thierry Revet remarquent que « le fonds agricole n'inclut pas la terre en propriété, mais seulement le droit au bail rural, s'il est cessible. Son institution a été conçue pour l'exploitant non propriétaire, dans le prolongement de l'édification d'un statut du fermage assurant la pérennité de l'exploitation par l'allocation d'un droit au renouvellement qui ne peut être tenu en échec qu'en des occurrences exceptionnelles. Elle se démarque toutefois de ce statut en introduisant une transmissibilité contredisant l'incessibilité du droit au bail rural.

La reconnaissance du fonds rural constitue une nouvelle consécration de la technique des fonds incorporels, particulièrement éclatante car elle est faite en matière rurale, là où a son siège le

fonds de terre, institution souche, mais dans la logique corporéiste est mise en minorité par la reconnaissance d'un fonds alternatif au profit du preneur.

Une telle évolution est le fruit de la généralisation du modèle marchand dans l'économie contemporaine, qui érige l'acte de vente des produits en acte central de toute activité productive. C'est cette évolution qui permet à un fonds agricole d'exister en dépit de l'incessibilité du droit au bail rural.

Pour autant le fonds de terre n'est pas mort car il continue d'être l'armature juridique des exploitations agricoles en faire valoir direct. Il existe donc deux figures de l'entreprise agricole, selon que l'entrepreneur est ou non propriétaire de la terre : l'exploitation agricole et le fonds agricole.

Le cœur de la valeur de l'exploitation réside non plus dans la terre mais dans la combinaison de moyens hétéroclites visant à créer, ici comme ailleurs, un effet utile de clientèle »¹¹⁸¹.

839. La situation du preneur à bail de biens incorporels : la propriété commerciale.

Le droit au bail des locaux dans lesquels le fonds est exploité est d'une importance capitale, surtout pour le commerce de détail dont la prospérité est souvent liée à l'emplacement du fonds. D'où le prix conséquent de la cession du droit au bail. Du droit au bail dépend souvent la valeur du fonds. Les commerçants se révoltaient face à l'attitude des bailleurs qui en fin de bail refusaient le renouvellement, risquant par là de les ruiner. Ils demandaient la protection de leur droit au bail afin de protéger la propriété même du fonds, d'où l'appellation de « loi sur la propriété commerciale » donnée à la loi du 30 juin 1926. Cette dite loi permettait au bailleur de s'opposer à tout renouvellement mais en cas de refus injustifié ce dernier devait alors verser une indemnité d'éviction au preneur sortant¹¹⁸².

840. Baux commerciaux et clientèle. En matière commerciale, la propriété de la clientèle attachée au fonds reconnue au commerçant par la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement du fonds de commerce a suggéré l'idée qu'en étant contraint de quitter les locaux commerciaux à l'expiration du bail, le commerçant était en quelque sorte évincé de sa clientèle, c'est-à-dire de la propriété que la loi de 1909 venait justement de lui reconnaître. D'où la

¹¹⁸¹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, p. 106, 107, 108, n° 60.

¹¹⁸² J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26^{ème} éd., LGDJ, 2003, p. 500, n° 716.

proposition de reconnaître, avec la propriété du fonds de commerce et celle de la clientèle, une « certaine propriété commerciale » sur les locaux dans lesquels et grâce auxquels le fonds est exploité. C'est ainsi que fut votée la loi du 30 juin 1926 reconnaissant au locataire, contraint de quitter les locaux commerciaux suite à un refus de renouvellement, une indemnité d'éviction destinée à compenser le préjudice subi. La loi de 1926 fut remplacée par le décret-loi du 30 septembre 1953 qui a maintenu le principe d'un renouvellement facultatif mais avec des modalités d'application plus favorables au locataire lesquelles ont progressivement abouti à reconnaître au locataire commerçant un quasi-droit au renouvellement exprimé sous la forme d'une propriété commerciale. Ces dispositions figurent aujourd'hui aux articles L. 145-1 et s. du Code de commerce¹¹⁸³. Ce statut protecteur des locataires est également critiqué d'un point de vue économique. La protection des commerçants leur assurerait une sorte de monopole dans une zone géographique donnée, ce qui ferait de ce statut un facteur d'inflation institutionnel¹¹⁸⁴.

841. Conclusion du chapitre. Les droits réels peuvent constituer un cadre accueillant pour embrasser les nombreuses figures nées hors du Code civil. L'usufruit, les sûretés réelles, les servitudes et la situation du preneur à bail témoignent des virtualités du Code civil. En effet, de plus en plus les droits réels (usufruit, sûretés réelles, servitudes ou situation du preneur à bail) s'appliquent à des valeurs dématérialisées. Petit à petit l'appréhension de l'immatériel par les droits réels se réalise. Comme le souligne le Professeur Jean-Baptiste Seube le Code civil recèle sans doute des notions fondamentales lui permettant de s'adapter au droit des biens développé hors de son *corpus*¹¹⁸⁵.

¹¹⁸³ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Hyper Cours, Dalloz, 2005, p. 316, n° 550.

¹¹⁸⁴ G. DECOCQ, *Droit commercial*, 2^{ème} éd., Hyper Cours, Dalloz, 2005, p. 272, n° 516.

¹¹⁸⁵ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, p. 11, 12, 13, n° 30 *in fine*.

CONCLUSION DU TITRE II

842. Régénérescence des principes fondamentaux posés par le Code civil. Pour le droit des biens qui s'est développé hors du Code civil, ce dernier constitue toujours la matrice du droit des biens. En effet, le Code civil offre un cadre accueillant où les nouvelles richesses pourront s'épanouir, propriété et droits réels forment la glaise de toutes les nouveautés.

De lege ferenda, le contour des régimes des nouvelles richesses s'est peu à peu dessiné en révélant la véritable renaissance des principes féconds posés par le Code civil. En effet, tant la propriété que les droits réels sont transposables aux nouvelles richesses.

La propriété, réelle épine dorsale du droit des biens est tout à fait transposable aux nouvelles valeurs s'étant développées à l'extérieur du Code civil. Les métamorphoses de la propriété (prérogatives nouvelles de la propriété, dispersion des prérogatives de la propriété, nouvelles fonctions de la propriété) s'expliquent par l'appréhension de l'immatériel par la propriété. En réalité, c'est l'ensemble des différents mécanismes fondamentaux et transversaux du droit des biens issus du Code civil (possession et indivision) qui appréhende aujourd'hui l'immatériel. Ainsi, une véritable extension des champs d'application de la propriété, de la possession ou encore de l'indivision s'est réalisée délaissant le domaine corporel au profit du domaine incorporel (propriétés intellectuelles, valeurs mobilières, fonds de commerce etc.) et participant alors à dénoncer l'extraordinaire plasticité du Code civil.

Les droits réels peuvent tout à fait être transposés aux nouvelles figures nées hors du Code civil. Usufruit, sûretés réelles, servitudes et situation du preneur à bail témoignent des virtualités du Code civil, capables de s'appliquer aux valeurs dématérialisées. Le Code civil recèle au fond de lui des principes fondamentaux, des principes transversaux indispensables, aptes encore à constituer le moule afin d'appréhender les biens développés hors de son *corpus*.

Ainsi, le Code civil s'affirme encore aujourd'hui comme le siège du droit commun des biens et révèle par là son extraordinaire jeunesse.

CONCLUSION

DE LA SECONDE PARTIE

843. Spécialisation constructive. La confrontation de la spécialisation du droit des biens, développée à l'écart du Code civil, au droit commun des biens, cantonné au seul *corpus* du Code civil, révèle toute la richesse de leur mutuelle rencontre.

En effet, le droit spécial des biens prolonge le droit commun des biens qu'il enrichit en retour. L'articulation du « droit spécial des biens » et du droit commun des biens démontre l'extraordinaire plasticité des principes directeurs du Code civil lorsqu'il s'agit de s'adapter à de nouveaux biens. Ainsi, le Code civil continue de se présenter comme le siège du droit commun des biens, il en est la glaise et en constitue la matrice.

Cette mutuelle contemplation entre le droit spécial des biens et le droit commun des biens met en exergue de nombreuses interactions qui témoignent des fabuleux ressorts que concentre toujours aujourd'hui le Code civil. L'étude de la spécialisation du droit des biens met en lumière les notions fondamentales posées par le Code civil. Le Code civil par ses principes fondamentaux irrigue, il assure véritablement la vascularisation de la spécialisation du droit des biens. La spécialisation du droit des biens s'affirme ainsi comme une réelle source de régénérescence du droit commun des biens à travers le renouvellement des notions de biens et de patrimoine par exemples et la renaissance des principes féconds posés par le Code civil qu'elle assure. Les biens incorporels peuvent ainsi y trouver refuge. Ceci traduit l'actuelle vigueur du Code civil.

Le Code civil recèle en droit des biens des principes transversaux incontournables manifestant de sa fabuleuse vitalité, plus de 200 ans après sa promulgation.

844. Imbrication entre spécialisation du droit des biens et droit commun des biens : dynamisme du mécanisme. La spécialisation du droit des biens et le droit commun des biens s'enrichissent mutuellement : la spécialisation du droit des biens trouve ses fondements, son terreau, sa sève nourricière au sein du Code civil, mais encore et surtout, la spécialisation du droit des biens ne cesse d'interroger et d'enrichir le Code civil en retour. Le dynamisme de ce mécanisme révèle l'infinie richesse de la collaboration entre la spécialisation du droit des biens et le droit commun des biens.

CONCLUSION GENERALE

845. Lois spéciales : entre dispositions dérogatoires au droit commun et dispositions créatrices de droit commun. Le Professeur Raymond Gassin relève que les lois spéciales présentent tour à tour aux juristes deux visages : dispositions dérogatoires au droit commun mais aussi dispositions créatrices de droit commun.

« Les lois spéciales se définissant par opposition au droit commun, il semble à première vue impensable qu'elles soient une source de modification du droit commun. Il n'est cependant pas nécessaire de modifier les règles générales pour transformer le droit commun ; le même résultat est progressivement atteint par les législations spéciales lorsqu'elles correspondent à une évolution des conceptions fondamentales sur lesquelles est bâti l'ordre juridique positif »¹¹⁸⁶.

L'étude de « la spécialisation du droit des biens » a permis de révéler que cette dernière est victime de la même analogie, se présentant tout d'abord, comme dérogeant au droit commun des biens car causant des bouleversements, mais ensuite également, comme dispositions créatrices de droit commun en tant que source de régénérescence du droit commun des biens.

846. Spécialisation du droit des biens, source de mutations. La spécialisation du droit des biens suscite de nombreux bouleversements au sein du droit des biens. En effet, l'analyse

¹¹⁸⁶ R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, Recueil Dalloz, 1961, 1, 19^{ème} Cahier, Chronique XVIII, p. 91 à 98, notamment p. 96, n° 16.

approfondie menée sur la spécialisation du droit des biens a permis de mettre en exergue deux principales mutations.

D'une part, la métamorphose de l'objet du droit des biens s'est manifestée naturellement par l'inflation des nouvelles richesses qui subissent les assauts des progrès techniques et scientifiques. Ces richesses se traduisent désormais par l'émergence de nouvelles valeurs (noms de domaine, information, image, quotas, etc.). Ces nouvelles valeurs s'apprécient plus particulièrement et prennent réellement toute leur envergure à travers leur patrimonialisation et leur contractualisation. Aux côtés de ces dernières émergent également de nouveaux biens suscitant la convoitise tels sont les biens économiques, les biens intellectuels, les biens culturels et plus récemment les biens naturels.

D'autre part, l'étude de la spécialisation du droit des biens a conduit à confronter logiquement ces nouvelles valeurs aux catégories existantes au sein du Code civil ce qui n'a pas manqué de mettre en évidence des difficultés d'insertion dans le Code civil et notamment des difficultés de rattachement de ces nouvelles valeurs à certaines catégories. En revanche, les nouveaux biens quant à eux, étant arrivés à un stade plus avancé, se sont développés à l'extérieur du Code civil. Ainsi, les biens culturels et les biens naturels ne pouvant être appréhendés au sein du Code civil ont participé à la multiplication des régimes spéciaux.

847. Charnière, pivot de la spécialisation du droit des biens. Les biens intellectuels, les biens culturels ou encore les biens naturels n'ont de spécial que le corps de règles qui leur est nommément applicable ; d'où l'exacte et juste expression de « droit spécial des biens » voire de « droit spécialisé des biens ».

La richesse de ce fourmillement, de ce pullulement¹¹⁸⁷ de droits se situant à l'extérieur du Code civil illustre parfaitement le phénomène de « spécialisation du droit des biens ».

En effet, dès lors une métaphore se dessine celle d'un atome où une multitude d'électrons gravitent autour de leur noyau. Tels sont ces droits hétérogènes (droit de l'environnement, droit rural, droit de la propriété intellectuelle, droit de la construction et de l'habitation, droit de l'urbanisme, droit du patrimoine...) situés hors du Code civil, mais cependant gardant ce dernier à portée de vue ou plus précisément à portée de main. Une sorte de mise à distance « contrôlée »

¹¹⁸⁷ N. MOLFESSIS, *Le Code civil et le pullulement des codes*, in *1804-2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 à 338.

s'instaure s'expliquant par le fait que le droit des biens hors le Code civil ne peut se priver des principes fondamentaux posés par l'œuvre bicentenaire qui en constitue ses racines.

848. Confrontation de la spécialisation du droit des biens et du droit commun des biens : source de régénérescence. L'étude de la spécialisation du droit des biens demande une confrontation de tous les instants entre la spécialisation du droit des biens et le droit commun des biens circonscrit au seul *corpus* du Code civil. Alors qu'à première vue tout semble les séparer, seul leurs regards mutuels intenses semblent à même de révéler toute la richesse de leur mutuelle rencontre.

Le droit spécial des biens ne fait que prolonger le droit commun des biens qu'il enrichit en retour.

A travers la spécialisation du droit des biens certains auraient pu y voir un véritable séisme créant des failles au sein du Code civil. L'analyse poussée à laquelle la spécialisation du droit des biens conduit révèle bien au contraire, à travers l'articulation de la spécialisation du droit des biens et du droit commun des biens et de leur contemplation réciproque, toute la virtualité du Code civil et l'extraordinaire plasticité des principes directeurs du Code civil lorsqu'il s'agit de s'adapter à de nouveaux biens.

Leurs regards échangés mettent en évidence les interactions auxquelles se livrent droit spécial des biens et droit commun des biens. La spécialisation du droit des biens va se nourrir réellement des fondements contenus dans le Code civil mais plus particulièrement en échange la spécialisation du droit des biens ne va cesser d'interroger et d'enrichir le Code civil en retour.

D'une part, la spécialisation du droit des biens va participer au renouvellement des notions irriguant le Code civil. Ainsi l'étude de la spécialisation du droit des biens a permis de démontrer que le droit spécial des biens exerce une véritable incidence sur les conceptions traditionnelles de biens et de patrimoine. Désormais, le recentrage de l'essence du bien se réalise sur la valeur et le produit s'affirme comme le nouveau référent ce qui crée un renversement total de perspective substituant au donné le construit. De même, le renouvellement de la notion de patrimoine, tout comme la mutation dans l'appréhension du patrimoine sont révélés par l'étude de la spécialisation du droit des biens.

D'autre part, la lecture de la spécialisation du droit des biens à travers le prisme de la propriété et des droits réels contenus dans le Code civil a suscité la renaissance des principes féconds posés par le Code civil qui s'avèrent transposables aux nouvelles richesses.

La spécialisation du droit des biens s'affirme ainsi comme une réelle source de régénérescence du droit commun des biens. La spécialisation du droit des biens a permis de révéler, de mettre en lumière les fabuleux ressorts que concentre toujours aujourd'hui le Code civil.

849. Confrontation de la spécialisation du droit des biens à l'avant-projet de réforme du droit des biens. La confrontation des conclusions auxquelles nous sommes parvenues, suite à notre étude relative à la spécialisation du droit des biens, à l'avant-projet de réforme du droit des biens¹¹⁸⁸, nous a conduit à révéler bien des insuffisances quant à ce dernier. D'une part, il est apparu nécessaire au groupe de travail sur la réforme du droit des biens de faire figurer dans le Code au Titre Ier la définition du patrimoine et des biens qui le compose, absente à l'heure actuelle. Ainsi, la consécration de la théorie du patrimoine¹¹⁸⁹ toute comme celle d'une définition des biens ont fait l'objet respectivement de l'insertion des articles 519¹¹⁹⁰ et 520¹¹⁹¹ au sein de l'avant-projet de réforme du droit des biens. Or, cependant de telles pistes lancées ne paraissent pas suffisantes au regard des conclusions auxquelles nous sommes parvenues. En effet, l'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle des biens a fait véritablement émerger deux axes, tout d'abord le recentrage de l'essence du bien sur la valeur et ensuite le produit comme nouvelle référence. Cependant, l'avant-projet ne parle à aucun moment de valeur ou de produit, ces deux notions sont totalement absentes de l'avant-projet et de surcroît l'avant-projet n'intègre pas plus l'immatériel et c'est en cela qu'il est partiellement critiquable. De plus, en effet, l'incidence du mouvement de la spécialisation du droit des biens sur la conception traditionnelle du patrimoine a dégagé deux grandes lignes directrices, tout d'abord le renouvellement de la notion de patrimoine et

¹¹⁸⁸ *Codification et recodification entre droit des contrats et droit des biens*. Colloque en Avignon du 5 juin 2009.

¹¹⁸⁹ B. ROMAN, *Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens*, Defrénois, Répertoire du Notariat, 15 mars 2009, n° 5, 38906 Doctrine, p. 504 à 518.

¹¹⁹⁰ Article 519 de l'avant-projet : « Le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir, l'actif répondant du passif. Toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine et, sauf si la loi en dispose autrement, d'un seul ».

¹¹⁹¹ Article 520 de l'avant-projet : « Sont des biens, au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels tels que définis aux articles 522 et 523 ».

ensuite celle de la mutation dans l'appréhension du patrimoine qui ne seront à aucun moment pris en compte dans la rédaction de l'avant-projet de réforme du droit des biens. Seul dans un souci à la fois de pédagogie et de cohérence générale du droit des biens, les articles 519 à 525 sont consacrés aux définitions des notions essentielles de la matière, telles que, notamment, celle de patrimoine (Article 519) et de bien (Article 520). Ces définitions ne présentent aucun caractère révolutionnaire, ainsi par exemple, l'unité du patrimoine est affirmée, même si est laissée ouverte la possibilité, pour le législateur, de déroger à cette règle.

D'autre part, s'agissant de la propriété, les traits principaux du droit de propriété (Article 534¹¹⁹²) ont été mieux détaillés dans un Titre III du Livre II. Ainsi, concernant la propriété la définition proposée (Article 534) met l'accent sur son caractère exclusif, perpétuel, absolu mais aussi sur les limites que posent les lois et règlements devenues importantes. Le nouvel article 534 reprenant l'esprit de l'ancien 544, limite le pouvoir absolu du propriétaire par renvoi aux lois qui réglementent la propriété¹¹⁹³. Aucune modification de fond n'a eu lieu vis à vis de l'article 544 du code civil. Un simple changement résiduel de l'article 544 du Code civil s'est opéré débouchant sur l'article 534 de l'avant-projet où rien de profondément différent n'apparaît et où l'article 544 du code civil, pilier du droit des biens n'a pas été touché. Une telle codification révèle des limites. En effet, la recodification consisterait à s'attaquer à la propriété qui est l'un des piliers sinon le pilier du Code civil. Par ailleurs, cette codification conduirait logiquement à une perte de repère évidente l'article 544 deviendrait l'article 534 en plus d'être modifié.

En effet, quant au fond, les principes fondamentaux sur lesquels repose, depuis des siècles, notre droit des biens et au premier rang desquels figure la propriété, ne sont pas bouleversés. Un certain nombre d'innovations apparaissent néanmoins. Tout d'abord, le groupe de travail, sans faire de chapitre spécifique aux biens incorporels, à veiller à ce que ces derniers soient systématiquement présents dans les différentes définitions des biens, de la propriété ou de l'usufruit. Il consacre l'idée que les droits, tout comme les choses corporelles ou incorporelles, sont des biens sur lesquels s'exerce un droit de propriété¹¹⁹⁴. Or les quelques pistes proposées à travers l'avant-projet paraissent lacunaires au regard des conclusions auxquelles nous sommes

¹¹⁹² Article 534 de l'avant-projet : « La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent ».

¹¹⁹³ Ch. ATIAS, *L'enracinement du droit des biens dans la nouvelle ère du droit civil français*, Recueil Dalloz 2009, p. 1165.

¹¹⁹⁴ H. PERINET-MARQUET, *La proposition de réforme du droit des biens*, Recueil Dalloz 2009, n° 2, p. 152.

parvenues. En effet, l'appréhension de l'immatériel par la propriété s'est opérée, conduisant aux métamorphoses de la propriété et à l'émergence de prérogatives nouvelles de la propriété totalement occultées de l'avant-projet de réforme du droit des biens. En réalité c'est l'ensemble des mécanismes fondamentaux et transversaux du droit des biens issus du Code civil qui appréhende aujourd'hui l'immatériel. Au-delà de la propriété, l'immatériel est saisi par la possession et par l'indivision. Par exemple, l'article 558 de l'avant-projet énonçant que « la possession des meubles incorporels obéit aux lois spéciales qui les régissent » n'établit qu'un simple renvoi, au-delà, bien entendu de l'admission de l'appréhension de l'immatériel par la possession.

Cet avant-projet ne paraît pas assez accompli et révèle des insuffisances.

Ainsi les mécanismes fondamentaux et transversaux qui constituent la véritable ossature du droit des biens au sein du Code civil n'appréhendent l'immatériel au sein de l'avant-projet de réforme du droit des biens que de manière beaucoup trop succincte, en ne faisant que l'effleurer.

Les rédacteurs de cet avant-projet semblent agir avec une grande retenue, à la limite freinant des deux pieds, manquant d'audace sous le poids de l'histoire notamment face au symbole et à l'institution que constitue le droit des biens et avec lui la propriété au sein du Code civil ; c'est en cela que cet avant-projet est critiquable.

Cet avant-projet présente en outre l'immatériel d'une manière non audacieuse, il ne présente véritablement d'intérêt qu'en matière rurale et n'instaure aucun véritable bouleversement notable en droit des biens civilement parlant.

Aussi, en conclusion pourrions-nous dire que les travaux de cette thèse permettent de révéler certaines lacunes de l'avant-projet de réforme du droit des biens. C'est dans une telle perspective que doivent être interprétés ces travaux.

L'avant-projet de réforme du droit des biens souligne l'intérêt et l'engouement suscité par le droit des biens chez les juristes et marque par là une manifestation incontestable de l'extraordinaire vitalité du droit des biens.

850. Dynamisme du mécanisme de l'étude : le Code civil siège du droit commun des biens, matrice du droit des biens. Le Code civil recèle en droit des biens des principes fondamentaux, aptes à constituer le moule afin d'appréhender les biens développés hors de son

*corpus*¹¹⁹⁵, ce qui manifeste sa fabuleuse vitalité, plus de 200 ans après sa promulgation. Ainsi, le Code civil continue de se présenter comme le siège du droit commun des biens, il en est la glaise et en constitue la matrice.

La spécialisation du droit des biens se nourrit du Code civil et nourrit le Code civil. Les enseignements tirés des rouages de cette étude permettent d'envisager le Code civil comme le pivot, la clef de voûte du droit des biens. Le dynamisme du mécanisme de l'étude révèle l'infinie richesse de la collaboration entre la spécialisation du droit des biens et le droit commun des biens.

Le droit commun des biens inséré dans le Code civil se situe au carrefour, autrement dit, à la croisée des chemins du droit spécial des biens.

851. Enrichissement mutuel : fertilisation croisée entre droit commun et droit spécial. « C'est d'abord le recul du droit commun, en toutes matières, sous la forme de prolifération de statuts spéciaux et de revendications d'autonomie par telle ou telle discipline, qui opère une régression certaine, par l'insécurité ainsi créée du fait de l'extrême difficulté éprouvée à agencer l'articulation des règles générales et des règles spéciales.

La matière contractuelle fournit un exemple tout à fait typique de ce retour en arrière. En effet, le droit civil classique issu du Code Napoléon, en édictant la soumission de tous les contrats aux règles générales de la théorie générale des obligations (Livre III, Titre III, Des contrats ou des obligations conventionnelles en générale), avait entendu rompre avec le droit romain, qui fut exclusivement un droit des contrats « nommés » ; aujourd'hui, c'est bien en deçà du droit romain classique qu'on se trouve ramené, car non seulement le droit des contrats spéciaux s'est considérablement développé au détriment de la théorie générale, mais c'est même à l'intérieur de chaque type de contrat (vente, bail...) que les différenciations se sont multipliées à l'infini en fonction de la nature du bien ou de la personne du contractant, selon un phénomène d'arborescence qui a été parfaitement mis en lumière. Le droit commun, par un étrange paradoxe, ne conserve alors plus qu'une maigre vocation résiduelle »¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁵ J.-B. SEUBE, *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, p. 4 et s. dont notamment n° 30 *in fine*.

¹¹⁹⁶ B. OPPETIT, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, in *Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX*, Litec, 1990, p. 317 et s. notamment p. 320, 321, 1°.

Ce phénomène de spécialisation affecte bien d'autres domaines que le droit des biens, le plus significatif est peut être celui du droit des contrats (vente, bail, mandat, contrats de représentation commerciale¹¹⁹⁷...) mais encore le droit pénal...

« C'est donc en des domaines assez variés, quoique essentiels, du droit contemporain, que la technique juridique, sans toujours oser se placer sous le signe du progrès, ressuscite à l'heure présente bon nombre de figures qui appartiennent à des stades souvent très lointains de la formation de ce droit. Mais c'est aussi lorsqu'il se veut résolument moderne que le droit actuel opère parfois un recul »¹¹⁹⁸.

Cependant, les rouages, les mécanismes, les articulations de cette étude portant sur ce mouvement de spécialisation, autrement dit, d'arborescence ou encore d'atomisation du droit, ont permis de dénoncer le dynamisme du mécanisme ; le système envisagé de manière plus large de la collaboration entre droit commun et droit spécial. En effet, nous sommes en présence d'une spécialisation constructive, le droit spécial ne fait que prolonger le droit commun qu'il enrichit en retour.

L'articulation entre droit commun et droit spécial consiste en une sorte de fertilisation croisée, une sorte d'auto-régénérescence mutuelle où notamment le droit commun s'enrichit des droits spéciaux.

Cette articulation démontre l'extraordinaire plasticité des principes directeurs du Code civil, en effet, ces principes fondamentaux et transversaux font preuve d'une exceptionnelle vigueur, mais encore les nombreuses interactions témoignent des fabuleux ressorts que concentre toujours aujourd'hui le Code civil et par là de son extraordinaire vitalité.

¹¹⁹⁷ K. DEMONTE, *Les contrats de représentation commerciale*, sous la direction de Monsieur F.-X. VINCENSINI, Master II Recherche Droit des contrats privés et publics, Avignon, 2006.

¹¹⁹⁸ B. OPPETIT, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, in *Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX*, Litec, 1990, p. 317 et s. notamment p. 323.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

- ALLAND D. et RIALS S. ,
- *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, 2003
- ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J. ,
- *Droit civil, Contrats spéciaux*, 5^{ème} éd. , Litec, 2007
- ATIAS Ch. ,
- *Droit civil, Les biens*, 9^{ème} éd. , Litec, 2007
- AUBERT J.-L. ,
- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 10^{ème} éd. , Armand Colin, 2004
- BERGEL J.-L. ,
- *Le droit des biens*, 3^{ème} éd. corrigée, PUF, coll. *Que sais-je ?* , 1996
- BERGEL J.-L. , BRUSCHI M. et CIMAMONTI S. ,
- *Traité de droit civil, Les biens*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2000
- CABRILLAC R. ,
- *Droit des obligations*, 7^{ème} éd. Dalloz, *Cours*, 2006
- CABRILLAC R. , FRISON-ROCHE M.-A. et REVET T.,
- *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, CRFPA, 2007
- CARBONNIER J. ,
- *Droit civil, Les biens*, T. 3, 19^{ème} éd. refondue, PUF, *Thémis - droit privé*, 2000
- CORNU G. ,
- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 8^{ème} éd. , Montchrestien, *Précis Domat Droit privé*, 1997
- *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadriga / PUF, 2007
- FAVOREU L. et PHILIP L. ,
- *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 10^{ème} éd. , Dalloz, 1999

- FERRAND F. ,
- *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997
- GRZEGORCZYK Ch. ,
- *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*. T. 25, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1982 préface G. VILLEY
- GUILLIEN R. et VINCENT J.,
- *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, 12^{ème} éd. , Dalloz, 1999
- HESS-FALLON B. et SIMON A.-M. ,
- *Droit civil, Aide mémoire*, 6^{ème} éd. , Sirey, 2001
- MAINGUY D. ,
- *Contrats spéciaux*, 3^{ème} éd. , Dalloz, *Cours*, 2002
- MALAUZIE Ph. et AYNES L. ,
- *Les biens*, 3^{ème} éd. , Defrénois, coll. *Droit civil*, 2007
- MAZEAUD H. et L. , MAZEAUD J. et CHABAS F. ,
- *Leçons de droit civil, Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, T. 2, 8^{ème} éd. , Montchrestien, 1994
- PATAULT A.-M. ,
- *Introduction historique au droit des biens*, 1^{ère} éd. , PUF, coll. *Droit fondamental, Droit civil*, 1989
- PUIG P. ,
- *Contrats spéciaux*, 1^{ère} éd. , Dalloz, *HyperCours*, 2005
- RIPERT G. ,
- *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949
- SAVATIER R. (en hommage),
- *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes Journées R. SAVATIER, Poitiers 4 et 5 octobre 1990, PUF, 1991
- SCHILLER S. ,
- *Droit des biens*, 2^{ème} éd. , Dalloz, *Cours*, 2005
- SEUBE J.-B. ,
- *Droit des biens*, 3^{ème} éd. , Litec, objectif droit, 2006

TERRE F. et SIMLER Ph. ,
- *Droit civil, Les biens*, 6^{ème} éd. , Précis Dalloz, 2002

TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT,
- *La propriété*, Journées vietnamiennes, Litec, 2006

XIFARAS M. ,
- *La propriété, Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004

ZENATI F. et REVET T. ,
- *Les biens*, 2^{ème} éd. refondue, PUF, coll. *Droit fondamental*, 1997

ZENATI-CASTAING F. et REVET T. ,
- *Les biens*, 3^{ème} éd. refondue, PUF, coll. *Droit fondamental*, 2008

II. OUVRAGES SPECIAUX

AUBY J.-B. et PERINET-MARQUET H. ,
- *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 7^{ème} éd. , Montchrestien, Domat, Droit public, 2004

AUDIER J. ,
- *Droit rural*, Mémentos Dalloz, 4^{ème} éd., Dalloz, 2005

AZEMA J. et GALLOUX J.- Ch. ,
- *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} éd. , Précis Dalloz, , 2006

BARABE-BOUCHARD V. et HERAIL M. ,
- *Droit rural*, Ellipses, coll. *Droit notarial*, 2007

BECOURT D. ,
- *Image et vie privée*, L'Harmattan, 2004, préface P. CATALA

BIBENT M. ,
- *Le droit du traitement de l'information*, Nathan Université, ADBS, 2000, *information documentation* 128

BRUGUIÈRE J.-M. ,
- *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, Mise au point, 2005
- *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, 2007

- *Les données publiques et le droit*, Litec, 2002
- *L'exploitation de l'image des biens*, Guide Légipresse, 2005
- *Les biens culturels*, LégiCom, Revue thématique de droit de la communication, N° 36 - 2006 / 2

BRUGUIÈRE J.-M. et MALLET-POUJOL N. ,

- *Image et droit*, « *Un art libre induit un regard libre* », Colloque en Arles du 7 juillet 2003, PUAM, 2004

BRUGUIÈRE J.-M. , MALLET-POUJOL N. et ROBIN A. ,

- *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007

CONTE Ph. ,

- *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd. , Litec, 2007

CREDIMI , *Centre de Recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux*,

- *La protection de la création végétale : le critère de nouveauté*, sous la direction de M.-A. HERMITTE, Vol. 11, Paris, Librairie technique, 1985
- *Le droit du génie génétique végétal : macro-économie, micro-économie, brevet, capital-risque, obtention végétale*, sous la direction de M.-A. HERMITTE, Vol. 12, Paris, Librairie technique, 1987

DECOCQ G. ,

- *Droit commercial* , 2^{ème} éd. , Dalloz, *HyperCours*, 2005

EDELMAN B. ,

- *La propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2008

FOYER J. et VIVANT M. ,

- *Le droit des brevets*, 1^{ère} éd. , PUF, *Thémis droit*, 1991

FRIER P.-L. ,

- *Droit du patrimoine culturel*, PUF, coll. *Droit fondamental*, 1997

GAUTIER P.-Y. ,

- *Propriété littéraire et artistique*, 4^{ème} éd. , PUF, coll. *Droit fondamental*, 2001
- *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ème} éd. , PUF, coll. *Droit fondamental*, 2007

GODECHOT J. ,

- *Les Constitutions de la France depuis 1789*, G. F. Flammarion, 1995

GUILLOT Ph. Ch.-A. ,

- *Droit du patrimoine culturel et naturel*, Ellipses, *Mise au point*, 2006

HALPERN C. ,

- *Le droit à l'image*, éd. De Vecchi, *le droit au quotidien*, 2003

- HESS-FALLON B. et SIMON A.-M. ,
- *Droit des affaires, Aide mémoire*, 15^{ème} éd. , Sirey, 2003
- LAMBORELLE J.-Ch. et PILLOT J. ,
- *Code du vin*, 1999, coll. La Journée Vinicole - Université du vin
- LEROY J. ,
- *Droit pénal général*, 2^{ème} éd. , LGDJ, 2007
- LUCAS A. et LUCAS H.-J. ,
- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^{ème} éd. , Litec, 2001
- MALABAT V. ,
- *Droit pénal spécial*, Dalloz, *Hyper Cours*, 2003
- MAYAUD Y. ,
- *Droit pénal général*, 2^{ème} éd. , PUF, coll. Droit fondamental, 2007
- MAYER P. et HEUZE V. ,
- *Droit international privé*, 9^{ème} éd. , Montchrestien, Domat, Droit privé, 2007
- MESTRE J. et PANCRAZI M.-E. ,
- *Droit commercial*, 26^{ème} éd. , LGDJ, 2003
- MIRIEU DE LABARRE E. ,
- *Droit du patrimoine architectural*, Litec, 2006
- MORAND-DEVILLER J. ,
- *Le droit de l'environnement*, 7^{ème} éd. , PUF, coll. *Que sais-je ?* , 2006
- OLIVA E. ,
- *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd. , Sirey, 2000
- RASSAT M.-L. ,
- *Droit pénal spécial, « Infractions des et contre les particuliers »*, 2^{ème} éd. , Dalloz, Précis de droit privé, 1999
- ROMI R. ,
- *Droit et administration de l'environnement*, 5^{ème} éd. , Montchrestien, Domat droit public, 2004
- SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L. ,
- *Droit de la propriété industrielle*, 4^{ème} éd. , Litec, 2007
- TIMBAL P.-C. et CASTALDO A. ,
- *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 10^{ème} éd. , Précis Dalloz, 2000

VIVANT M. et BRUGUIÈRE J.-M. ,
- *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd. , Précis Dalloz, 2009

VIVANT M. et MAFFRE-BAUGE A. ,
- *Internet et la propriété intellectuelle : le droit, l'information et les réseaux*, Les notes de l'ifri, n° 42, 2002

III. THESES, MONOGRAPHIE ET MEMOIRE

ALMA-DELETTRE S. ,
- *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?* , Thèse Montpellier, 1999

BARRET O. ,
- *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001

BECQUET S. ,
- *Le bien industriel*, T. 448, LGDJ, Bibliothèque droit privé, 2005 préface T. REVET

BERLIOZ P. ,
- *La notion de bien*, Thèse Paris I, LGDJ, T. 489, Bibliothèque de droit privé, 2007
préface L. AYNES

BOFFA R. ,
- *La destination de la chose*, Defrénois, T. 32, 2008 préface M.-L. MATHIEU-IZORCHE

BRUGUIÈRE J.-M. ,
- *La diffusion de l'information publique. Le service public face au marché de l'information*, Thèse Montpellier I, 1995

CORNU M. ,
- *Le droit culturel des biens, L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996

DEL REY M.-J. ,
- *Droit des biens et droit de l'environnement*, Thèse Paris I, 2002

DEMONTE K. ,
- *Les contrats de représentation commerciale*, sous la direction de Monsieur F.-X. VINCENSINI, Mémoire, Master II Recherche Droit des contrats privés et publics, Avignon, 2006

- DENIS J.-B. ,
- *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1977, préface de G. LEVASSEUR
- DIDIER Ph. ,
- *De la représentation en droit privé*, T. 339, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2000
préface Y. LEQUETTE
- GALAN D. ,
- *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, Thèse
Avignon, 2008
- GLEIZE B. ,
- *La protection de l'image des biens*, T. 33, Defrénois, 2008 préface J.-M. BRUGUIÈRE
- LARONZE B. ,
- *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006
- MAFFRE-BAUGE A. ,
- *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, Thèse Montpellier,
ERCIM, 1997
- MARTIAL N. ,
- *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, PUAM, 2007
- MERCIER V. ,
- *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*,
PUAM, 2005 préface D. PORACCHIA
- MOUSSERON J.-M. ,
- *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, soutenue le 2 mai
1958, Thèse Montpellier
- NEGRI V. ,
- *Recueil de normes relatif à « la protection internationale du patrimoine culturel »*,
Recueil de normes préparé par V. NEGRI, Consultant auprès de l'UNESCO et chargé
d'enseignement, Cours 2006/2007
- PARANCE B. ,
- *La possession des biens incorporels*, Université Paris I, LGDJ, coll. Bibliothèque de
l'Institut André Tunc, T. 15, 2008 préface L. AYNES
- PARISOT V. ,
- *Essai sur la notion juridique de bien culturel*, Thèse Université de Bourgogne, Faculté
de droit et science politique de Dijon, 1993

- PAVAGEAU S. ,
 - *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, LGDJ, 2006 préface S. BRACONNIER
- PELISSIER A. ,
 - *Possession et meubles incorporels*, Thèse Montpellier I, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001 préface de R. CABRILLAC
- POLI J.-F. ,
 - *La protection des biens culturels meubles*, Thèse Aix-Marseille 1992
- PUIG P. ,
 - *La qualification du contrat d'entreprise*, éd. Panthéon-Assas, 2002 préface B. TEYSSIE
- REJET T. ,
 - *La force de travail*, Thèse Bibliothèque droit de l'entreprise, T. 28, 1992 préface F. ZENATI
- RIDINGS M. ,
 - *Le patrimoine de l'urbanisme et l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Thèse Avignon, 2008
- ROBIN A. ,
 - *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2005 préface T. REJET
- THIEFFRY P. ,
 - *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, T. 1, Bruylant, 2008
- THOMAT-RAYNAUD A.-L. ,
 - *L'unité du patrimoine : essai critique*, T. 25, Defrénois, 2007 préface D. TOMASSIN
- VINCENSINI F.-X. ,
 - *La commercialité. Recherche sur l'identification d'une activité*, Thèse Aix-en-Provence, PUAM, 1998

IV. ARTICLES, ETUDES ET CHRONIQUES

AGOSTINI E. ,

- *Père Noë qui plantâtes la vigne...* Recueil Dalloz, 1997, p. 318, Civ. 3^{ème} , 17 avril 1996
- *Permanence et qualité des plantations : revirement de jurisprudence*, Recueil Dalloz, 1999, jurisprudence, p. 343, Civ. 3^{ème} 24 juin 1998
- *Corporel et incorporel, Etre, voir et avoir*, Recueil Dalloz, 2004, n° 12, Chroniques, p. 821 et s.

AGUILA Y. ,

- *Qualifié de déchet dangereux, le Clémenceau ne peut être transféré en Inde*, Conclusions du commissaire du gouvernement Y. AGUILA dans l'arrêt du 15 février 2006, *Association Ban Abestos France et autres* , Droit de l'environnement, N° 136, II Cours et tribunaux, mars 2006, p. 53 et s.

ALMA-DELETTRE S. ,

- *La nature juridique des droits de propriété intellectuelle*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, p. 25 et s.

ANDRE Ch. ,

- *La cohérence de la notion de produit*, Revue de Recherche Juridique, Droit prospectif, PUAM, 2003 - 2 (1), p. 751 et s.

ANTOINE S. ,

- *Loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 et la protection animale*, Recueil Dalloz, 1999, 15^{ème} cahier, Chronique, p. 167 et s.
- *Rapport sur le régime juridique de l'animal*, 10 mai 2005, Extraits p. 44 à 50
- *L'animal et le droit des biens*, Recueil Dalloz, 2003, Chronique, Doctrine, p. 2651 et s.

ASSOCIATION CAPITANT H. ,

- *Avant-projet de réforme, Présentation des travaux du groupe de travail sur la réforme du droit des biens*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française Panthéon-Assas (Paris II), 12 novembre 2008, présidé par Monsieur le Professeur M. GRIMALDI

ATIAS Ch. ,

- *L'enracinement du droit des biens dans la nouvelle ère du droit civil français (le futur nouvel article 516 du Code civil)*, Recueil Dalloz, 2009, n° 17, p. 1165 et s.

AUBERT J.-L. ,

- *La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz Litec, 2004, p. 123 et s.

AUGUET Y. ,

- *La clientèle civile peut constituer l'objet d'un contrat de cession d'un fonds de libéral !*, Cass. Civ. 7 novembre 2000, Recueil Dalloz, 2001, jurisprudence, p. 2400 et s.

BATTIFOL H. ,

- *Problèmes contemporains de la notion de biens*, in *Les biens et les choses*, Archives de Philosophie du Droit, 1979, T. 24 éd. Sirey, p. 9 et s.

BEIGNIER B. ,

- *Les conditions de licéité du contrat de présentation de clientèle conclu entre des médecins*, Recueil Dalloz, 1994, p. 161

BELLIVIER F. ,

- *La génétique*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, Droit et Patrimoine, Dossier spécial, 2005, N° 133, janvier 2005, p. 77 et s.

BERGEL J.-L. ,

- *Rapport général, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 203 et s.
- *Paradoxes du droit immobilier français à la fin du XXème siècle*, in *Mélanges P. CATALA, Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Litec, 2001, p. 641 et s.
- *Variétés différence de nature (égale) différence de régime*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1984, p. 255 et s. .

BERTOLINI G. ,

- *Economie et déchets*, 1. Des préoccupations croissantes, de nouvelles règles, de nouveaux marchés. Ed. Technip, coll. « environnement »

BIGLIONE F. ,

- *Domanialité publique et protection des biens culturels*, in *Les biens culturels*, p. 65 et s. LégiCom N° 36 - 2006 / 2, Revue thématique du droit de la communication

BONNEAU J. ,

- *La loi du 4 novembre 1987 relative à la protection de topographies des produits semi-conducteurs, Une nouvelle philosophie de la propriété intellectuelle*, Gazette du Palais 1991, janvier - avril, Doctrine, p. 15 et s.

BOUVARD F. ,

- *La commercialisation de l'image de la personne physique*, in *Image et droit*, sous la direction de P. BLOCH, L'Harmattan , 2002, Champs visuels, p. 375 et s.

BRUGUIÈRE J.-M. ,

- *Droit de la concurrence et droit des biens*, in *Droit de la concurrence et droit privé*, Cahiers droit de l'entreprise 2000, n° 3, p. 15 et s.
- *L'immatériel à la trappe ?* , Recueil Dalloz, 2006, p. 2804 et s.
- *Images des biens : la première chambre civile aurait-elle quelques doutes ?* , Cass. Civ 1^{ère}, 2 mai 2001, (Comité régional de tourisme de Bretagne et a. c/ Société Roch Arhon et a.), Les Petites Affiches, 22 août 2001, N° 167, p. 8 et s.
- *Une journée sur l'image et le droit, Propos introductifs*, in *Image et droit*, « Un art libre induit un regard libre », Colloque en Arles du 7 juillet 2003, PUAM, 2004, p. 11 et s.
- *Le rapprochement des notions de bien et de produit culturel*, in *Les biens culturels*, LégiCom N° 36 - 2006 / 2, Revue thématique de droit de la communication, p. 9 et s.
- *L'odeur saisie par le droit*, in *Mélanges J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 169
- *Droit d'auteur et droits voisins*, Propriétés intellectuelles, Chroniques, avril 2007, N° 23, p. 202 et s.
- *Contrat sur l'image : la première chambre civile persiste et signe*, Légipresse, L'actualité du droit des médias et de la communication, Mai 2010, N° 272, Cours et tribunaux, p. 27 et s.

BRUGUIÈRE J.-M. et MAFFRE-BAUGE A. ,

- *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?* Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, Droit et Patrimoine, Dossier spécial, 2005, N° 133, janvier 2005, p. 63 et s.

CABRILLAC R. ,

- *Rapport de synthèse*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque du 12 mars 2004 en Avignon, Droit et Patrimoine, Dossier spécial, 2005, N° 133, janvier 2005, p. 82 et s.

CARON Ch. ,

- *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, JCP Cahiers de Droit de l'Entreprise, N° 4 supplément à la semaine juridique, n° 42 du 14 octobre 2004, p. 3 et s.
- *La loi du 1^{er} Août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JCP G. , 2006, I, Doctrine étude, 169, Semaine Juridique, éd. générale, N° 38, 20 septembre 2006, p. 1745 et s.

CATALA P. ,

- *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1966, p. 185
- *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Exposé de synthèse, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes journées R. SAVATIER, Poitiers 4 et 5 octobre 1990, PUF, 1991
- *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, Recueil Dalloz, 1984, Chronique, XVII, p. 97 et s.
- *La « propriété » de l'information*, in *Mélanges P. RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97 et s.

- *La matière et l'énergie*, in *Mélanges en hommage à F. TERRE*, « *L'avenir du droit* », Dalloz-Puf, juin 1999, éd. JurisClasseur, p. 557 à 565

CAYRON J. ,

- *L'image et le contrat : la protection de l'auteur*, in *Image et droit*, « *Un art libre induit un regard libre* », Colloque en Arles du 7 juillet 2003, PUAM, 2004, p. 57 et s.

CHAMARD C. ,

- *La nation*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, extrait du Colloque du 12 mars 2004 en Avignon

CHATEAU B. ,

- *L'évolution de la propriété littéraire et artistique*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes journées R. SAVATIER, Poitiers 4 et 5 octobre 1990, PUF, 1991, p. 167 et s.

CHAVANNE A. et AZEMA J. ,

- *Protection des topographies des produits semi-conducteurs*, Revue Trimestrielle de Droit commercial et de droit économique, 1988, p. 45

COLLART DUTILLEUL F. ,

- *La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens*, Revue des contrats, LGDJ, RDC 2006 / 2, Chroniques, pratiques, recherches, débats, p. 604 et s

CORNU M. ,

- *La mise hors commerce des biens culturels comme mode de protection*, in *Les biens culturels*, p. 75 et s. , LégiCom N° 36 - 2006 / 2, Revue thématique de droit de la communication

- *La codification du patrimoine - L'exemple de la culture*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, extrait du Colloque du 12 mars 2004 en Avignon

CURZYDLO A. ,

- *Le Grenelle de l'environnement*, Environnement - Revue mensuelle, LexisNeris JurisClasseur, Août Septembre 2007, Actualité du droit public, privé et pénal de l'environnement, N° 8-9 Août Septembre 2007, 6^{ème} année, Alertes, p. 4, n° 54

- *Le Grenelle de l'environnement : phase finale ... et incertitudes*, Environnement - Revue mensuelle, LexisNeris JurisClasseur, Octobre 2007, Actualité du droit public, privé et pénal de l'environnement, N° 10 Octobre 2007, 6^{ème} année, Veille, p. 4 , n° 59

- *Le Grenelle de l'environnement*, Environnement - Revue mensuelle, LexisNeris JurisClasseur, Novembre 2007, Actualité de droit public, privé et pénal de l'environnement, N° 11 Novembre 2007, 6^{ème} année, Veille, p. 3, n° 63

- *Le Groupe de suivi du Grenelle de l'environnement reste mobilisé*, Environnement - Revue mensuelle, LexisNeris JurisClasseur, Décembre 2007, Actualité du droit public, privé et pénal de l'environnement, N° 12, Décembre 2007, 6^{ème} année, Veille, p. 3, n° 68

DARAGON E. ,

- *Etude sur le statut juridique de l'information*, Recueil Dalloz, 1998, Chronique p. 63 et s.

DARGENT L. ,

- *Propositions de réforme du droit des biens*, Recueil Dalloz, 2008, Actualité législative, n° 40, p. 2783, 2784

DECORPS J.-P. ,

- *Rapport de synthèse*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2006, p. 1 et s.

DE LAMY B. ,

- *Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ?* Cass. Crim. 14 novembre 2000, Recueil Dalloz, 2001, Jurisprudence, commentaires, n° 18, p. 1423 et s.
- *Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles*, Recueil Dalloz, 2005, p. 411 et s.

DEL REY BOUCHENTOUF M.-J. ,

- *Les biens naturels un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux*, Recueil Dalloz, 2004, Chroniques, p. 1615 et s.
- *La notion controversée de patrimoine commun*, Recueil Dalloz, 2006, n° 6, Point de vue, p. 388 et s.

DEMEESTER M.-L. et NEYRET L. ,

- *Environnement*, Répertoire de droit civil, éd. Dalloz 2008, *mot : environnement*, septembre 2007

DENINIOLLE S. ,

- *Une étude de cas, le droit des obtentions végétales à l'épreuve de la pratique*, JCP E, 1987, II, Etudes et commentaires, 15014, Semaine Juridique, éd. entreprise, N° 40, p. 471 et s.

DERRUPE J. ,

- *L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale*, *Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz-Puf, 1999, p. 577 et s.

DESCAMPS-DUBAELE N. ,

- *La prohibition réaffirmée de la cession de clientèle civile*, Recueil Dalloz, 1997, p. 531

EDELMAN B. ,

- *La Cour de cassation et le cuisinier : une recette ratée*, Recueil Dalloz, 2002, Jurisprudence, Commentaires, n° 28, p. 2253 et s.

FAGES B. ,

- *Théorie du patrimoine et droit des affaires : une respectueuse indifférence*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, Colloque Avignon, Droit et Patrimoine, Dossier spécial, 2005, N° 133, janvier 2005, p. 73 et s.

FAUCHOUX V. et BEAURAIN N. ,

- *Règlements des conflits de noms de domaine : vers l'élaboration d'un droit sui generis ?*, Légipresse, 2000, N° 169, mars 2000, II Chroniques et opinions, p. 15 et s.

FERRY L. ,

- *Le statut de l'animal dans le IIIème Reich*, Réflexions de L. FERRY, in *Le point*, début avril 2001, « *Le IIIème Reich et les animaux* », <http://www.syndicatdela chasse.com/htm/luc-ferry.htm>

FRANCIONE G. L. ,

- *Pour l'abolition de l'animal esclave*, Le monde diplomatique, Août 2006

GALLOUX J.-Ch. ,

- *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, Recueil Dalloz, 1994, Chronique, p. 229 et s.

GASSIN R. ,

- *Lois spéciales et droit commun*, Recueil Dalloz, 1961, 1, 19^{ème} cahier, Chronique XVIII, p. 91 à 98

GLEIZE B. ,

- *L'image et propriété*, in *Image et droit*, « *Un art libre induit un regard libre* », Colloque en Arles du 7 juillet 2003, PUAM, 2004, p. 17 et s.

GRIMALDI M. ,

- *Le patrimoine au XXIème siècle*, Les Petites Affiches, 21 juillet 2000, N° 145, p. 4 et s.

GRZEGORCZYK Ch. ,

- *Le concept de bien juridique l'impossible définition ?* , in *Les biens et les choses*, Archives de Philosophie du droit, 1979, T. 24 éd. Sirey, p. 259 et s.

GUTMANN D. ,

- *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du Droit, T. 43, éd. Sirey, 1999, p. 65 et s.

HUET J. ,

- Cass. crim. 1^{er} mars 1989, Bull. crim. n° 10 ; Recueil Dalloz Sirey, 1990, 37^{ème} cahier, Sommaires commentés, p. 330

HUGLO Ch. ,

- *Le Grenelle de l'Environnement : une chance pour l'avenir*, Environnement - Revue mensuelle LexisNeris JurisClasseur, Décembre 2007, Actualité du droit public, privé et pénal de l'environnement, N° 12, Décembre 2007, 6^{ème} année, Repère p 1, n° 11

JEGOUZO Y. ,

- *Propriété et environnement*, Répertoire du Notariat Defrénois, 15 avril 1994, n° 7, p. 449 et s.
- *Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ?*, AJDA 2004, éd. Dalloz, p. 945

JESTAZ Ph. ,

- *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER, PUF, 1986, p. 134

KISS A.-C. ,

- *L'humanité*, in *Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ?*, extrait du Colloque du 12 mars 2004 en Avignon

LAGET-ANNAMAYER A. ,

- *Les numéros de téléphone ne sont pas la propriété des opérateurs*, AJDA, Actualité jurisprudentielle, 28 juillet 2003, p. 1381 à 1383

LANOY L. ,

- *La création d'un marché mondial des émissions de gaz à effet de serre*, Droit de l'environnement, janvier / février 2004, N° 115, p. 15, III Textes et documents
- *Le changement climatique et les permis d'émission négociables : analyse des dernières avancées et perspectives pour les entreprises*, Droit de l'environnement, mars 2002, N° 96, p. 65

LEGEAIS D. ,

- *Les nouvelles fonctions de la propriété, Rapport français*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 419 et s.

LEPAGE A. ,

- *Le nom patronymique à l'épreuve des pratiques d'internet*, Recueil Dalloz, 2000, n° 26, Jurisprudence, Sommaires commentés, p. 275 et s.

LE TOURNEAU Ph. ,

- *Le parasitisme*, Paris, Litec, 1998
- *Retour sur le parasitisme*, Recueil Dalloz, 2000, Chronique, p. 403 et s.
- *Le bon vent du parasitisme*, Contrats, conc. consom. 2001, Chronique, p. 1

LIBCHABER R. ,

- *Répertoire civil*, Dalloz, septembre 2002, mot : biens
- *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire du Code civil*, Dalloz Litec 2004, p. 297 et s.

- *La propriété, droit fondamental*, in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, Dalloz, CRFPA, 2007, p. 675 et s.
- Cass. crim. 1^{ère}, 7 novembre 2000 ; *Contrats et conventions, Clientèle civile*, Répertoire du Notariat Defrénois, 2001, n° 7, p. 431 et s.

LOISEAU G. ,

- *Pour un droit des choses*, Recueil Dalloz, 2006, n° 44, Chronique p. 3015 et s.
- *Protection et propriété des noms de domaine*, Recueil Dalloz, 2001, Jurisprudence, commentaires, Commerce électronique, n° 17, p. 1379 et s. Cour d'Appel de Paris 18 octobre 2000
- *L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine*, Droit et Patrimoine, 2001, Dossier, N° 91, mars 2001, p. 59 et s.
- *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, Recueil Dalloz, 1999, 23^{ème} cahier, Chronique, p. 245 et s.

LONDON C. ,

- *Protection de l'environnement : les instruments économiques et fiscaux*, Droit de l'environnement 2001, N° 93, novembre 2001, p. 251, IV Chroniques et opinions

LUCAS DE LEYSSAC M.-P. ,

- Cass. crim. 12 janvier 1989, Bull. crim, n° 14, Revue de science criminelle, 1990, Chronique, p. 507
- *Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?* , Recueil Dalloz, 1985, Chronique, p. 43, Cass. crim. 1^{er} mars 1989,

MAINGUY D. ,

- *Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires*, Revue Trimestrielle de Droit commercial et économique, 1999, janvier / mars 1999, p. 47 et s.

MANARA C. ,

- *Quand un nom de domaine manque de distinction*, Recueil Dalloz, 2003, p. 62
- *Observation de l'évolution des noms de domaine*, Recueil Dalloz, 2001, Chroniques, n° 36, Commerce électronique, p. 2958 et s.
- *Utilisation du nom commercial d'autrui dans un nom de domaine*, Recueil Dalloz, 2004, n° 29, Jurisprudence, Actualité jurisprudentielle, Commerce électronique, p. 2151

MARGUENAUD J.-P. ,

- *La personnalité juridique des animaux (I)*, Recueil Dalloz, 1998, 20^{ème} cahier, Chronique, p. 205 et s.
- *L'animal dans le nouveau Code pénal*, Recueil Dalloz Sirey, 1995, 25^{ème} cahier, Chronique, p. 187 et s.

MARINO L. ,

- *Les contrats portant sur l'image des personnes*, Communication et commerce électronique, 2003, éd. JurisClasseur, N° 3, mars 2003, Chroniques 7, p. 10 et s.

MARTIAL N. ,

- *Le droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles à l'aune de la réforme du droit des sûretés*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, p. 307 et s.

MEZGHANI N. ,

- *La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel*

MIGNOT M. ,

- *La notion de bien contribution à l'étude du rapport entre droit et économie*, *Revue de Recherche Juridique, Droit prospectif*, PUAM, 2006 - 4 (1), p. 1805 et s.

MISTRAL Ch. ,

- *Le régime juridique des droits d'émission de gaz à effet de serre en France*, *Les Petites Affiches*, 22 juillet 2004, n° 146, p. 13

MOLFESSIS N. ,

- *Le Code civil et le pullulement des codes*, in *1804-2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 à 338

MORAIN E. ,

- « *Le droit autorise les gourmets à reproduire « l'œuvre »* », *Libération.fr*.

MOREAU J.-P. ,

- *Le droit du preneur à ferme qui a apporté des améliorations au fonds loué : propriété temporaire ou droit de créance ?*, in *Ecrits en hommage à G. CORNU*, PUF, 1994, p. 333 à 344

MOUSSERON J.-M. ,

- *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en l'honneur de A. BRETON et de F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 et s.

- *L'évolution de la propriété industrielle*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes journées R. SAVATIER, (Poitiers 4 et 5 octobre 1990), PUF, 1991, p. 157

- *Valeurs, biens, droits*, in *Inventer*, Centre du droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, p. 131 et s.

- *Responsabilité civile et droits intellectuels*, in *Mélanges offerts à A. CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 247, n° 29

MOUSSERON J.-M et VIVANT M. ,

- *Les mécanismes de réservation et leur dialectique : « le terrain » occupé par le droit*, in *L'entreprise, l'information et le droit*, Montpellier 25 / 26 juin 1987, JCP Entreprise, La semaine juridique, cahiers de droit de l'entreprise, 1988 / 1, N° 11, 17 mars 1988, Supplément, p. 2 et s.

OLSZAK N. ,

- *L'appellation d'origine, un bien sublime ?* , in *Etudes offertes au Doyen Ph. SIMLER*, Litec Dalloz, 2006, p. 777

OPPETIT B. ,

- *L'hypothèse du déclin du droit*, in *Crises et droit*, 1^{ère} éd. , PUF, *Droit - Revue française de théorie juridique*, 1986, N° 4, p. 9 et s.
- *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, in *Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX*, Litec, 1990, p. 317 et s.

PARLEANI G. ,

- *Marché et environnement*, *Droit de l'environnement* 2005, N° 126, mars 2005, p. 52, IV Chroniques et opinions

PASSA J. ,

- *La propriété de l'information : un malentendu ?*, *Droit et Patrimoine*, 2001, Dossier Renouveau du droit de propriété ? , N° 91, mars 2001, p. 64 et s.

PATAULT A.-M. ,

- *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, mot : *bien*, PUF, Lamy, 2003, p. 130
- *Regard historique sur l'évolution du droit des biens histoire de l'immeuble corporel*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes journées R. SAVATIER (Poitiers 4 et 5 octobre 1990), PUF, 1991, p. 4

PERINET-MARQUET H. ,

- *La présentation du droit des biens*, in *Le discours et le Code, Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon, 1804-2004*, Litec, éd. JurisClasseur, 2004, p. 269 et s.
- *La proposition de réforme du droit des biens*, *Recueil Dalloz*, 2009, n° 2, p. 152

PEROT-MOREL M.-A. ,

- *Le régime international des dessins et modèles industriels*, *Recueil Dalloz Sirey*, 1976, Chroniques, II, p. 3 et s.

PETEL Ph. ,

- *Les droits de plantation et le droit d'arracher la vigne*, in *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 799

PIATTI M.-Ch. ,

- *La copropriété intellectuelle*, *JCP Cahiers de Droit de l'Entreprise*, N° 4 supplément à la semaine juridique, n° 42 du 14 octobre 2004, p. 7 à 12

PROUTIERE-MAULION G. ,

- *L'évolution de la nature juridique du poisson de mer*, *Contribution à la notion juridique de bien*, *Recueil Dalloz*, 2000, p. 647 et s.

RAYNARD J. ,

- *Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier*, in *Mélanges offerts à J.-J. BURST*, Litec, 1997, p. 527 et s.
- *Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial*, in *Une théorie générale des contrats spéciaux ?*, Revue des contrats, LGDJ, RDC 2006 / 2, Chroniques, pratiques, recherches, débats, avril 2006, p. 597 et s.

REMY Ph. ,

- *La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la Revue trimestrielle de droit civil*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER, PUF, 1986, p. 110

REVET T. ,

- *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire*, Droit et Patrimoine, mars 2004, N° 124, p. 20 et s.
- *Rapport français, Les nouveaux biens*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, 2006, p. 271 et s.
- *La recodification entre tentation et illusions*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz Litec 2004, p. 451 et s.
- *Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?)*, Recueil Dalloz, 2005, p. 2632 et s.
- *Notion de bien*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2003, p. 730 et s. Commentaire Civ 3^{ème}, 1^{er} octobre 2003, N° 02-14.958
- *Propriété et droits réels*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2001, octobre / décembre 2001, p. 912 et s.
- *La propriété de la personnalité*, Gazette du Palais, Recueil mai - juin 2007, Doctrine, Droit de la presse, Vendredi 18, Samedi 19 mai 2007, p. 1503 et s.
- *Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2006, p. 791
- *Propriété et droits réels*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2006, Chroniques, p. 343 et s. , notamment 3) *L'article 2279 du Code civil n'est applicable qu'aux seuls meubles corporels individualisés*, Com. 7 mars 2006 n° 04-13.569, p. 348 à 351

RIALS S. ,

- *Ouverture : quelles crises ? Quel droit ?*, in *Crises dans le droit*, 1^{ère} éd. , PUF, *Droit - Revue française de théorie juridique*, 1986, N° 4, p. 4 et s.

RIZZO F. ,

- *Le sportif, son image et son patrimoine*, Droit et Patrimoine, 2003, N° 118, septembre 2003, Pratique, sport, p. 38 et s.
- *A propos de la réification de la personne du sportif professionnel salarié*, Les Petites Affiches, 20 juin 2005, N° 121, p. 4 et s.

ROBIN A. ,

- *La copropriété intellectuelle : entre tradition et modernité*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, p. 149 et s.

ROMAN B. ,

- *Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens*, Defrénois, Répertoire du Notariat, 15 mars 2009, n° 5, 38906, p. 504 à 518

ROUJOU DE BOUBÉE G. ,

- Cass. crim. 8 janvier 1979, Recueil Dalloz Sirey, 1979, Information rapide, p.182

ROULET V. ,

- *Une extension du droit français de la propriété intellectuelle : la protection des topographies des produits semi-conducteurs*, Les Petites Affiches, 15 avril 1988, n° 46, p. 7 et s.

ROUSSEL F. ,

- Cass. civ. 3^{ème}, 17 avril 1996, JCP G 1997, II, Jurisprudence, 22783, Semaine Juridique, éd. générale, n° 8, p. 79 et s. A rapprocher de Cass. civ. 3^{ème}, 18 novembre 1998, n° 96-18.438, Recueil Dalloz, 1999, Informations rapides, p. 10

SAVATIER R. ,

- *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, Recueil Dalloz Sirey, 1976, 15^{ème} cahier, Chronique, XVIII, p. 103 et s.
- *La propriété de l'espace*, Recueil Dalloz Sirey, 1965, 36^{ème} cahier, Chronique, XXXV, p. 213 et s.

SAVIN P. et AUMONT A. ,

- *Les déchets : une législation générale qui se sectorise sous l'égide du principe pollueur payeur*. Droit de l'environnement, IV Chroniques et opinions, N° 133, novembre 2005, p. 270 et s.

SERNA M. ,

- *L'image et le contrat : le contrat d'image*, Contrats, concurrence, consommation, 1998, éd. JurisClasseur, N° 11, Chronique 12, novembre 1998, p. 4 et s.
- *La voix et le contrat : le contrat sur la voix*, Contrats, concurrence consommation, 1999, éd. JurisClasseur, N° 9, Chroniques 9, septembre 1999, p. 4 et s.

SEUBE J.-B. ,

- *Le droit des biens hors le Code civil*, Les Petites Affiches, 15 juin 2005, N° 118, p. 4 et s.

SEUBE J.-B. et REVET T. ,

- *Janvier - août 2005 : du classicisme et des innovations*, Droit et Patrimoine, novembre 2005, N° 142, Jurisprudence et législation, Chroniques, p. 90 et s.
- *Juillet 2005 - juin 2006 : les discrètes métamorphoses du droit des biens*, Droit et Patrimoine, novembre 2006, N° 153, Jurisprudence et législation, Chroniques, p. 90 et s.
- *Juin - décembre 2006 : un souffle de fondamentalisation du droit des biens*, Droit et Patrimoine, juillet - août 2007, N° 161, p. 82 et s.

SIRINELLI P. ,

- Cass. crim. 21 juin 2000, Recueil Dalloz Sirey, 2001, n° 31, Jurisprudence Sommaires commentés, p. 2552 et s.

SOHM-BOURGEOIS A.-M. ,

- *La personnification de l'animal : une tentation à repousser*, Recueil Dalloz Sirey, 1990, 7^{ème} cahier, Chronique VII, p. 33 et s.

STRICKLER Y. ,

- *Droit des biens : évitons la dispersion*, Recueil Dalloz, 2007, Etudes et commentaires, Point de vue, p. 1149 et s.

SUDRE F. ,

- *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Recueil Dalloz Sirey, 1988, 11^{ème} cahier, Chronique, XII, p. 71 et s.

TAFFOREAU P. ,

- *Possession et propriété intellectuelle*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN, PUAM, 2007, p. 111 et s.

TARDIEU-GUIGUES E. ,

- *La protection des noms de domaine*, JCP E, Cahiers de Droit de l'Entreprise, 2003, N° 3 supplément à la semaine juridique n° 27 du 3 juillet 2003, p. 14 et s. Distribution

TERRE F. ,

- *Avant-propos*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du Droit, T. 43, éd. Sirey, 1999, p. 9 et s.

THIEFFRY P. ,

- *Droit d'émission et éco-fiscalité : de nouveaux instruments de lutte contre les changements climatiques à géométrie variable*, Les Petites Affiches, 1^{er} avril 2004, n° 66, p. 4 et s. et 2 avril 2004, n° 67, p. 6 et s.

TOMASSIN D. ,

- *L'évolution de la propriété immobilière*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes Journées R. SAVATIER, Poitiers 4 et 5 octobre 1990, PUF, 1991

TORRE-SCHAUB M. ,

- *Existe-t-il un modèle dans la classification des biens ? L'exemple des biens de l'environnement*, in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, Ouvrage collectif, sous la direction de T. REVET, LGDJ, Université Paris I CNRS-UMR 8056, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, T. 6, 2005, p. 139 et s.

TOURNAFOND O. ,

- *La cession directe de clientèle civile et la vente du « fonds libéral » en droit français*, Recueil Dalloz, 2002, p. 930

TREBULLE F.-G. ,

- *L'environnement et le droit des biens*, 6 avril 2005

VIALLA F. ,

- *Clientèle*, Octobre 2003, n° 80 et s. , Répertoire de droit civil, Dalloz, éd. 2008

VILLEY M. ,

- *Préface historique*, in *Les biens et les choses*, Archives de Philosophie du Droit, 1979, T. 24, éd. SIREY, p. 1

VINEY G. ,

- *Victoire pour le parasitisme*, JCP 2001, I. 340, p. 1498

VIVANT M. ,

- *An 2000 : l'information appropriée*, in *Mélanges J.-J. BURST*, 1997, p. 621 et s.
- *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?*, in *Mélanges Ch. MOULY* , T. 1, Litec, 1998, p. 441
- *A propos des « biens informationnels »*, JCP G 1984, I, Doctrine, 3132
- *Information ?* , in *L'entreprise, l'information et le droit*, Montpellier 25 / 26 juin 1987, JCP Entreprise, La semaine juridique, cahiers de droit de l'entreprise, 1988 / 1, N° 11, 17 mars 1988, Supplément, p. 1
- *Autre regard...*, Propriétés intellectuelles, Chroniques, juillet 2007, N° 24, p. 364 et s.
- *Parfum : l'heureuse résistance des juges du fond*, Recueil Dalloz, 2007, Point de vue, n° 14, Etudes et commentaires, p. 954 et s.

XIFARAS M. ,

- *Le Code hors du Code le cas de la « transposition » de la propriété au droit administratif*, in *Esprit du Code civil / 2*, PUF, *Droits - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, N° 42, 2005, p. 49 §1 et s.

ZENATI F. ,

- *L'immatériel et les choses*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie du Droit, T. 43, éd. Sirey, 1999, p. 79 et s.
- *Le droit des biens dans l'œuvre du Doyen R. SAVATIER*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes journées R. SAVATIER (Poitiers 4 et 5 octobre 1990), 1991, PUF, p. 13 et s.

- *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2006, Articles, juillet / septembre 2006, p. 445 et s.
- *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1993, avril / juin 1993, p. 305 et s.
- *Nullité d'une cession de clientèle médicale, faute d'objet et de cause*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1991, p. 560 et s.
- *Propriété et droits réels*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1999, p. 649 et s.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Air, 495

Animal

- statut juridique, 507 et s.

Anti-valeur, 544, 547, 560 et s., 574, 623

Appellations d'origine, 242

Archives, 263, 264, 458, 459

Articulation de la valeur en produit, 545, 591

Articulation du « droit spécial des biens » et du droit commun des biens, 53, 535, 800, 843, 844, 848, 851

Articulation valeur / bien, 62, 316

B

Bail commercial, 123, 840

Bail rural, 838

Bases de données

- droit d'auteur, 87, 184

- droit *sui generis*, 87, 184, 394 et s.

Biens

- consommable, 803

- corporel, 7, 9, 12, 251, 787 et s.

- définition, 6 et s., 112

- immatériels, 9, 33, 73

- incorporel, 33, 251, 315, 768 et s., 780 et s., 791 et s., 805 et s.

- meubles / immeubles, 12, 252 et s.

- notion, 6 et s.

- valeur économique, 422 et s., 563 et s.

- valeur morale, 427 et s., 662 et s.

Biens culturels

- biens culturels et droit spécial, 442 et s.

- contrôle des exportations, 460 et s., 466 et s.

- dans et hors commerce, 255, 256

- meubles / immeubles, 252 et s.
- notions, 243 et s., 247 et s.
- nouvelle catégorie spéciale du droit des biens, 271 et s., 420 et s.
- objet d'art, 269 et s.
- objet témoin, 259 et s.

Biens économiques, 115 et s.

Biens intellectuels

- notion, 151 et s.

Biens naturels

- protection, 291 et s., 299 et s.
- régimes spéciaux, 483 et s.

Biotechnologies, 217, 218

Brevet d'inventions

- conditions, 229 et s.
- objet, 186, 187, 226 et s.

Bruit, 499

C

Catégorie *sui generis*

- animal, 508 et s.

CEDH, 37, 66 et s.

Circulation des biens culturels

- circulation européenne, 467 et s.
- circulation internationale, 470

Circulation des œuvres, 275 et s.

Classement

- au titre des monuments historiques, 262, 444 et s.
- et inscription à l'inventaire supplémentaire, 444 et s.

Clémenceau, 518

Clientèle, 117 et s., 126 et s., 133 et s., 330, 781 et s.

Collection « Musée de France », 266, 456, 457

Commercialité des biens, 568, 569

Consomptibilité des biens, 803

Construit, 614 et s., 617 et s.

Contractualisation, 82, 89, 91, 100 et s., 105, 110, 367 et s., 370 et s.

Contrôle des exportations, 360 et s.

Copropriété

- brevets, 794
- intellectuelle, 791 et s., 797
- marques, 795
- valeurs mobilières, 793 et s.

Corpus, 758, 843

Corpus possesseur

- droits d'exploitation portant sur l'œuvre, 773 et s.
- fonds de commerce, 782 et s.
- invention, 775 et s.
- œuvre de l'esprit, 769 et s.

Créations

- industrielles, 195 et s.
- intellectuelles, 151 et s.
- ornementales, 219 et s.
- utilitaires, 197 et s.

D**Déchets**

- conception finaliste, 516 et s.
- gestion, 515 et s., 519 et s.

Dématérialisation, 57, 135, 141, 150, 550 et s.

Dénominations géographiques, 242

Dessins, 220

Dessins et modèles industriels, 219 et s.

Dispositions

- créatrices de droit commun, 51, 52, 533, 539, 800, 845
- dérogatoires de droit commun, 51, 52, 533, 800, 845

Donné, 614, 616

Droit agroalimentaire, 285

Droit à l'image, 90, 91 et s., 96, 356 et s.

Droit d'auteur, 154, 155 et s., 171 et s.

Droit de la construction et de l'habitation, 290

Droit de la propriété intellectuelle, 151 et s.

Droit de l'environnement

- objet, 279, 304 et s.
- sources, 291 et s., 299 et s.

Droit de l'urbanisme, 290, 448

Droit des biens

- évolution, 33 et s.
- notion, 13 et s.

Droit du patrimoine, 248, 442 et s.

Droit du vin et de la vigne, 286 et s.

Droit minier, 288 et s.

Droit moral, 427 et s., 660 et s., 667 et s.

Droits réels, 801 et s.

Droit rural, 281 et s.

Droit viti-vinicole, 286 et s.

Dynamisme du mécanisme de l'étude, 53, 844, 850

E

Eau, 494

Ecologie, 482

Éléments naturels

- caractères, 308 et s.
- corporels, 306
- incorporels, 307

Enrichissement des notions du Code civil, 537, 541, 542, 687, 843 et s.

Enrichissement mutuel, 851

Enseigne, 123, 334

Environnement

- rural, 503
- sources, 291 et s., 299 et s.
- urbain, 504

Espaces

- naturels, 489
- naturels, rares et fragiles, 490

Espèces menacées, 487, 488

F

Faune et flore, 484 et s.

Fermage, 282, 283, 838

Fiducie, 679 et s., 721

Folklore, 167 et s.

Fondamentalisation, 35 et s.

Fonds agricole, 838

Fonds artisanal, 133

Fonds de commerce, 118 et s.

- composition, 123
- nature, 124 et s., 781

Fonds libéral, 126 et s.

Force de travail, 583 et s.

Forêts, 489, 490

Fragrances des parfums, 156 et s.

Fruits, 616 et s.

G

Gestion des déchets

- perspectives d'avenir, 522
- principes de gestion, 519 et s.

I

Image

- des biens, 91, 370 et s., 378 et s.
- des personnes physiques, 93 et s., 351 et s., 367 et s., 372 et s.
- qualification, 359 et s.
- régime, 100 et s., 366 et s.

Immatériel, 314, 315, 553, 554

- indivision, 786 et s.
- possession, 757 et s.
- preneur à bail, 837 et s.
- propriété, 744 et s.
- servitude, 833 et s.
- sûretés réelles, 822 et s.
- usufruit, 804 et s.

Immeubles, 12, 444 et s.

Immobilisme du *in*, 527, 689

Information

- qualification, 383, 386 et s.
- régime, 390 et s.

Informations brutes, 165 et s.

Indivision

- meubles corporels, 787 et s.
- meubles incorporels, 791 et s.

Industrie humaine, 587 et s., 610 et s.

Instruments financiers, 134 et s.

Interactions entre spécialisation du droit des biens et droit commun des biens, 48, 52, 53, 844, 848

Intérêt culturel, 250, 318, 435 et s., 523, 526

Intérêt écologique ou naturel, 318, 482, 523, 526

Intérêt moral, intérêt familial, 428, 662 et s.

Intérêt parallèle du patrimoine culturel et du patrimoine naturel, 628

K

Know-how, 212 et s.

L

Logiciels

- droit d'auteur, 200 et s.

Lots de copropriété, 834

M

Marques

- conditions, 240 et s.

- objet, 188, 233 et s.

Mécanisme d'enrichissement du patrimoine public

- fiscaux, 472

- patrimoniaux, 473

Métamorphose de l'objet du droit des biens, 33 et s., 529

Métaphore de l'atome, 52, 532, 847

Meubles, 450 et s.

Mobilisation, 39 et s.

Modèles, 219, 220 et s.

Monument, 261

Monuments historiques, 262, 444 et s.

Mouvement de spécialisation

- et le droit, 18, 19 et s., 41, 42

- et le droit des biens, 28 et s., 43

N

Nature, 278

Nom commercial, 123, 333

Nom de domaine

- définition, 76 et s.

- qualification, 329 et s.

- régime, 341 et s.

Non-concurrence, 835

Nouveau modèle de bien, 606 et s., 610 et s.

Nuisances, 497 et s.

Numéro de carte de crédit, 109 et s.

O

Obtentions végétales, 198

Œuvres

- audiovisuelles, 179 et s.
- d'art plastique, 181
- de publicité, 182
- dramatiques, 176
- littéraires, 174 et s.
- multimédias, 183
- musicales, 177 et s.

P

Parallélisme intérêt culturel et intérêt moral, 666

Parasitisme, 340, 346

Parfum, 156 et s.

Part sociale, 143, 144

Patrimoine

- éclatement (droit des affaires), 667 et s.
- fondements, 674 et s.
- notion extensive, 624 et s.
- nouveaux objets, 636 et s.
- nouveaux sujets, 632 et s.
- nouvelle divisibilité, 672 et s.
- nouvelle finalité morale, 660 et s.
- moralisation du patrimoine, 659 et s., 661 et s.
- mutation dans l'appréhension du patrimoine, 659 et s.
- renouvellement de la notion de patrimoine, 630 et s.
- résurgence de la notion classique de patrimoine, 651 et s.
- résurgence des propriétés simultanées, 655 et s.

Patrimoine architectural, 449, 648, 649

Patrimoine commun, 650 et s.

Patrimoine culturel, 502, 625, 637 et s., 652

Patrimoine fiduciaire, 683 et s.

Patrimoine génétique, 645 et s.

Patrimoine naturel, 626, 642 et s., 653

Patrimoine vital, 667 et s.

Patrimonialisation, 81, 89, 99, 100 et s., 107, 108, 109

Paysages, 500

Périmètre de protection des monuments historiques, 446

PLU (Plan local d'urbanisme), 290

Pollution

- de l'air, 495
- de l'eau, 494
- des sols, 496

Pollutions et nuisances, 491 et s.

POS (Plan d'occupation des sols), 290

Possession

- définition, 757 et s.
- meubles incorporels, 762 et s., 764, 768 et s., 780 et s.

Pouvoir de fait, 763

Preneur à bail

- propriété commerciale, 837, 839, 840
- propriété culturelle, 837 et s.

Produit

- critères de la notion de produit, 606 et s., 610 et s.
- définition, 592, 597 et s.
- notion extensive, 597 et s.
- nouvelle référence, 591 et s.
- remplacement du donné par le construit, 614 et s.

Produit de l'activité humaine, 590

Propriété

- comme mécanisme, 744 et s.
- comme philosophie, 736, 737 et s.
- corporelle, 12
- incorporelle, 152, 692 et s.
- nouvelles fonctions de la propriété, 719 et s.
- métamorphose, 696 et s.
- prérogatives nouvelles, 697 et s.
 - . applications et transformations, 711 et s.
 - . dispersion, 715 et s.
 - . *stricto sensu*, 698 et s.
- transformations prérogatives, 711 et s.

Propriété commerciale, 837, 839, 840

Propriété culturelle, 837 et s.

Propriété fiduciaire, 681

Propriété garantie

- domaine, 720 et s.
- régime, 722 et s.

Propriétés industrielles, 185 et s.

Propriété littéraire et artistique, 154 et s.

Propriétés simultanées, 655 et s.

Protection des signes distinctifs, 232 et s.

Puissance humaine, 588 et s.

Q

Quasi-usufruit, 803

Quotas

- notion, 401
- qualification, 403 et s.
- régime, 406 et s.

Quotas betteraviers, 106 et s., 403

Quotas d'émission de gaz à effet de serre, 104, 404 et s.

Quotas de production, 106

Quotas laitiers, 104

R

Recettes culinaires ou gastronomiques, 160 et s.

Régénérescence, 52, 53, 534, 536, 694, 842, 848

Réserve de propriété, 720 et s.

Réserve d'usufruit, 802

Res immobilis, res vilis, 39, 40

Res mobilis, res vilis, 39, 40

Res nullius, 412

Responsabilité civile délictuelle, 346, 380 et s., 409

Responsabilité du fait des produits défectueux, 596 et s.

S

Savoir-faire, 212 et s.

Secteurs sauvegardés, 447

Servitudes

- biens incorporels, 833 et s.
- de non-concurrence, 835

Signes distinctifs, 232 et s., 330 et s.

Sols, 496

Souvenirs de famille, 427 et s., 662 et s.

Subrogation réelle, 806

Sûretés réelles

- immatériel, 822 et s.

T**Textes officiels, 164****Topographies de produits semi-conducteurs, 211****Trésor, 431 et s.****Trésor national, 275****U****Universalité**

- de droit, 781
- de fait, 124, 781

Usufruit

- biens incorporels, 805 et s.
- des droits de propriété intellectuelle, 816 et s.

V**Valeur**

- culturelle, 318, 523, 561
- économique, 558, 560, 563 et s.
- morale, 663
- naturelle, environnementale, écologique, 562
- nominale, 556
- notion, 547 et s., 551 et s.
- patrimoniale, 559
- vénale, 556

Valeurs

- nouvelle essence, 571 et s.
- nouvelles, 71 et s.
- nouvel objet, 549 et s.

Valeurs mobilières

- action, 143 et s.
- caractéristique, 140
- forme, 141
- notion, 555

- obligation, 145 et s.
- titres mixtes, 148 et s.

Valorisation, 100 et s., 563 et s.

Vitalité du *off*, 527, 689

Volumes

- droit sur les volumes, 834

Z

ZPPAUP (Zone de protection du patrimoine architectural, urbain, paysager), 449

TABLE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	8
I. OBJET DE LA RECHERCHE, DEFINITIONS	11
A. <i>Le droit des biens</i>	11
1. <i>La notion de biens</i>	11
2. <i>Le droit des biens</i>	16
B. <i>La spécialisation</i>	21
1. <i>Le phénomène de spécialisation et le droit</i>	22
2. <i>La spécialisation et le droit des biens</i>	29
II. INTERET DE L'ETUDE	32
A. <i>Droit des biens en proie à de nombreuses évolutions</i>	32
1. <i>Fondamentatisation</i>	33
2. <i>Mobilisation</i>	37
3. <i>Spécialisation</i>	39
B. <i>Problématique de l'étude</i>	41
III. METHODE ADOPTEE	46
 <u>PARTIE I - LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS, CAUSE DE BOULEVERSEMENTS DU DROIT COMMUN DES BIENS</u>	 50
 <u>TITRE I - LA REALITE DU MOUVEMENT : LA METAMORPHOSE DE L'OBJET DU DROIT DES BIENS</u>	 55
 <u>CHAPITRE I - L'EMERGENCE DE NOUVELLES VALEURS</u>	 61
<u>SECTION I - LES NOMS DE DOMAINE</u>	63
<u>SECTION II - L'INFORMATION</u>	68
<u>SECTION III - L'IMAGE</u>	77
§1 - <i>L'image des personnes</i>	79
§2 - <i>La valorisation contractuelle</i>	85
<u>SECTION IV - LES QUOTAS LAITIERS, BETTERAVIERS ET LES QUOTAS</u>	

	D'EMISSION DE GAZ A EFFET DE SERRE	92
	SECTION V - LE NUMERO DE CARTE DE CREDIT	96
	CHAPITRE II - L'EMERGENCE DE NOUVEAUX BIENS	99
	SECTION I - LES BIENS ECONOMIQUES	101
	§1 - Les fonds et leurs clientèles	103
I	I. Le fonds de commerce et sa clientèle commerciale	103
	A. <i>Composition du fonds de commerce</i>	107
	B. <i>Nature juridique du fonds de commerce</i>	109
	II. Le fonds libéral et sa clientèle civile	111
	III. Le fonds artisanal et sa clientèle civile	115
	§2 - Les valeurs mobilières comme instruments financiers	116
	I. Les règles communes aux valeurs mobilières	117
	A. <i>Les caractéristiques communes</i>	119
	B. <i>La forme des titres</i>	120
	II. Les différentes valeurs mobilières	121
	A. <i>Les actions</i>	122
	B. <i>Les obligations</i>	124
	C. <i>Les titres mixtes</i>	125
	SECTION II - LES BIENS INTELLECTUELS	127
	§1 - Les propriétés littéraires et artistiques	130
	I. Les œuvres à la marge du droit d'auteur	130
	A. <i>Les fragrances des parfums</i>	130
	B. <i>Les recettes culinaires ou gastronomiques</i>	134
	C. <i>Les textes officiels</i>	137
	D. <i>Les informations brutes</i>	138
	E. <i>Les éléments du folklore</i>	139
	II. Les œuvres au cœur du droit d'auteur	143
	A. <i>Les œuvres littéraires</i>	147
	B. <i>Les œuvres dramatiques</i>	149
	C. <i>Les œuvres musicales</i>	149
	D. <i>Les œuvres audiovisuelles</i>	150
	E. <i>Les œuvres d'art plastique</i>	151
	F. <i>Les œuvres de publicité</i>	152
	G. <i>Les œuvres multimédias</i>	153
	H. <i>Les bases de données</i>	153
	§2 - Les propriétés industrielles	154
	I. La protection des créations industrielles	158
	A. <i>Les périphériques du brevet : situations à la marge du droit des brevets</i>	159
	1. <i>La protection des créations utilitaires : situations à la marge du droit des brevets</i>	159
	a) <i>La protection des obtentions végétales</i>	159
	b) <i>La protection des créations informatiques : la protection des logiciels et des topographies de produits semi-conducteurs</i>	161
	1) <i>Les logiciels</i>	161
	2) <i>Les topographies de produits semi-</i>	

conducteurs	167
c) <i>La protection du savoir-faire</i>	168
d) <i>Les biotechnologies</i>	172
2. <i>La protection des créations ornementales, le cas des dessins et modèles industriels : une situation à la marge du droit des brevets et du droit d'auteur</i>	173
a) <i>L'objet de la protection</i>	174
b) <i>Les conditions de la protection</i>	174
c) <i>Les effets de la protection</i>	176
B. <i>Le brevet d'invention : situation au cœur du droit des brevets</i>	177
1. <i>L'objet de la protection : l'invention</i>	177
2. <i>Les conditions de la protection</i>	180
II. <i>La protection des signes distinctifs</i>	181
A) <i>Les marques</i>	182
1. <i>L'objet de la protection : la marque</i>	182
2. <i>Les conditions de la protection</i>	186
B) <i>Les appellations d'origine ou encore nommées les dénominations géographiques</i>	187
SECTION III - LES BIENS CULTURELS	188
§1 - <i>Les confrontations des notions</i>	189
I. <i>Les notions cadre de patrimoine et bien culturel</i>	189
A. <i>La notion cadre de patrimoine et bien culturel</i>	189
B. <i>Les critères d'identification des biens culturels</i>	191
II. <i>Les biens culturels confrontés au droit des biens</i>	192
A. <i>Les biens corporels et incorporels</i>	192
B. <i>Les biens meubles et immeubles</i>	193
C. <i>Le domaine public culturel</i>	194
D. <i>Les biens culturels dans et hors commerce</i>	195
E. <i>Les biens culturels et droit d'auteur</i>	196
§2 - <i>Le bien culturel, objet témoin ou objet d'art</i>	197
I. <i>Le bien culturel, objet témoin</i>	197
A. <i>Les objets préconstitués comme témoins</i>	197
1. <i>La notion originaire de monument</i>	198
2. <i>La notion de monument historique</i>	198
3. <i>La notion d'archives</i>	199
4. <i>Les biens culturels soumis au dépôt légal</i>	200
5. <i>La notion de collection « Musée de France »</i>	201
B. <i>Les objets révélés comme témoins</i>	202
II. <i>Le bien culturel, objet d'art</i>	202
A) <i>L'absence de notion unitaire</i>	203
B) <i>L'identification de catégories spéciales de biens : les œuvres d'art</i>	203
1. <i>Les catégories d'œuvres et d'objets d'art</i>	203
2. <i>Les biens pris dans leur matérialité</i>	204
3. <i>Les biens identifiés relativement aux critères de datation et de valeur</i>	204
4. <i>La notion de biens culturels et la circulation des œuvres</i>	205
a) <i>La notion de trésor national</i>	205

<i>b) Les autres biens culturels</i>	206
<u>SECTION IV - LES BIENS NATURELS</u>	207
§1 - Le droit de l'environnement par rapport aux autres droits voisins	209
I. Le droit rural	209
II. Le droit agroalimentaire	212
III. Le droit du vin et de la vigne, le droit viti-vinicole	213
IV. Le droit minier	214
V. Le droit de l'urbanisme, de la construction et de l'habitation	215
§2 - Le droit de l'environnement	216
I. La diversité des sources du droit de l'environnement	217
A. <i>L'encadrement normatif international</i>	217
B. <i>L'encadrement européen</i>	218
C. <i>Les sources nationales</i>	219
D. <i>La prise en compte de l'environnement en droit français</i>	220
II. Le droit de l'environnement comme noyau protecteur des biens naturels	222
§3 - L'objet du droit de l'environnement	225
I. La diversité des éléments naturels : détermination de leur nature	225
A. <i>Les éléments naturels corporels</i>	225
B. <i>Les éléments naturels incorporels</i>	226
II. Les caractères particuliers des éléments naturels	227
A. <i>Fragilité</i>	227
B. <i>Rareté</i>	227
C. <i>Epuisement</i>	228
D. <i>Fonctions écologiques</i>	228
CONCLUSION DU TITRE I	230
<u>TITRE II - LES DIFFICULTES D'INSERTION DANS LE CODE CIVIL : LA QUETE ARDUE DE MODES DE PROTECTION</u>	233
<u>CHAPITRE I - LES DIFFICULTES DE RATTACHEMENT A CERTAINES CATEGORIES</u>	237
<u>SECTION I - LES NOMS DE DOMAINE</u>	237
§1 - Qualification du nom de domaine	239
I. Le nom de domaine, un nouveau signe distinctif	239
II. Le nom de domaine, bien incorporel de l'entreprise	242
§2 - Régime du nom de domaine	244
I. Le mode de protection des noms de domaine	244
A) <i>Les conditions de la protection du nom de domaine</i>	244
B) <i>Le mode de protection retenu du nom de domaine : l'article 1382 du Code civil</i>	247
II. Le contentieux	248
<u>SECTION II - L'IMAGE</u>	253
§1 - A la recherche d'une qualification	257
I. L'image entre droits extrapatrimoniaux et droits patrimoniaux	258

II. L'image, un bien	260
§2 - Régime de protection, mode de protection	264
I. L'encadrement contractuel de l'image	264
A) <i>Les contrats portant sur l'image des personnes physiques</i>	264
B) <i>Les contrats portant sur l'image des biens</i>	268
II. Le mode de protection de l'image des personnes physiques	269
A) <i>La propriété : un modèle discuté</i>	269
B) <i>La responsabilité : un modèle transitoire</i>	271
C) <i>L'article 9 du Code civil et l'article 8 de la CEDH : un modèle retenu</i>	273
III. Le mode de protection de l'image des biens	274
A. <i>La propriété : un modèle rejeté</i>	274
B. <i>La responsabilité : un modèle retenu</i>	275
 <u>SECTION III - L'INFORMATION</u>	277
§1 - Qualification de l'information	278
§2 - Régime de l'information	281
 <u>SECTION IV - LES QUOTAS</u>	289
§1 - Qualification	290
§2 - Régime	293
 <u>CHAPITRE II - LA MULTIPLICATION DES REGIMES SPECIAUX</u>	301
 <u>SECTION I - LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS CULTURELS</u>	304
§1 - La caractérisation de la spécificité du droit des biens culturels	304
I. La confrontation des biens culturels aux catégories spéciales déjà connues du droit des biens	304
A. <i>Les biens d'une haute valeur économique : les biens précieux</i>	305
B. <i>Les biens augmentés d'une valeur morale : les souvenirs de famille</i>	308
C. <i>Le trésor</i>	311
II. L'intérêt culturel comme élément caractéristique de la qualification culturelle des biens	313
§2 - Les manifestations de la spécialisation du droit des biens culturels à travers l'étude des régimes spéciaux de protection des biens culturels	317
I. La protection des biens culturels	317
A. <i>Les régimes protecteurs des immeubles</i>	318
1. <i>Classements au titre des monuments historiques et inscriptions à l'inventaire supplémentaire</i>	318
2. <i>Le périmètre de protection des monuments historiques</i>	319
3. <i>Les secteurs sauvegardés</i>	319
4. <i>Les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager ou encore appelées les ZPPAUP</i>	321
B. <i>Les régimes protecteurs des meubles</i>	322
II. Entre protection et mécanisme d'enrichissement : le contrôle des	

exportations	328
A. <i>La loi du 23 juin 1941</i>	329
B. <i>La loi du 31 décembre 1992</i>	329
C. <i>La loi du 10 juillet 2000</i>	330
D. <i>Le droit français concernant l'exportation des biens culturels</i>	331
III. La circulation des biens culturels	331
A. <i>La circulation européenne</i>	331
B. <i>La circulation internationale</i>	333
IV. Les mécanismes d'enrichissement du patrimoine public les mécanismes fiscaux et patrimoniaux des biens culturels	334
A. <i>Les mécanismes fiscaux</i>	334
B. <i>Les mécanismes patrimoniaux</i>	335
 SECTION II - LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS NATURELS	335
§1 - La détermination de la spécificité du droit des biens naturels	336
I. L'inadéquation des qualifications juridiques classiques	336
A. <i>Les limites des distinctions quant à la nature des biens</i>	336
B. <i>Les limites de la distinction quant aux possibilités d'appropriation</i>	338
II. L'intérêt écologique comme critère distinctif des biens naturels vis à vis des autres biens	340
§2 - L'existence de régimes spéciaux	341
I. Le droit de la protection de la nature, le régime juridique de la faune et de la flore	341
A. <i>La protection des espèces menacées</i>	342
B. <i>La protection des espaces naturels</i>	344
C. <i>La protection des espaces naturels rares et fragiles</i>	344
II. Le droit des pollutions et nuisances	345
A. <i>L'encadrement de la production industrielle, le droit des installations classées</i>	346
B. <i>Le droit des pollutions</i>	347
1. <i>La pollution de l'eau</i>	347
2. <i>La pollution de l'air</i>	347
3. <i>La pollution des sols</i>	348
C. <i>Le droit des nuisances</i>	348
1. <i>Le déchet</i>	348
2. <i>Le bruit</i>	349
3. <i>La protection des paysages</i>	349
III. La protection de l'environnement culturel, rural et urbain	350
A. <i>Le patrimoine culturel</i>	350
B. <i>L'environnement rural</i>	350
C. <i>L'environnement urbain</i>	350
§3 - L'apparition de législations spéciales comme bouleversement du droit des biens traditionnel	351
I. Le dilemme soulevé par le statut juridique de l'animal	351
A. <i>Une classification de l'animal inadaptée en droit civil, invitant à la création d'une catégorie sui generis</i>	354
1. <i>L'animal, bien meuble inconsistent</i>	354
2. <i>La nécessité de création d'une catégorie sui generis</i>	

pour l'animal	355
B. Un régime juridique de l'animal actuellement protecteur mais perfectible	356
1. L'animal protégé comme être sensible	356
2. Un régime néanmoins toujours perfectible	358
II. La question de la gestion des déchets	360
A. Un cadre de gestion protecteur	361
1. La conception finaliste du déchet	361
2. L'application au pavillon Clemenceau dans le cadre des déchets	362
B. Des principes de gestion renforcés	364
1. Des principes de gestion visant la protection de l'environnement et de la santé humaine, la « gestion écologiquement rationnelle »	364
2. Des perspectives d'avenir pour repenser le déchet	366
CONCLUSION DU TITRE II	367
CONCLUSION DE LA PARTIE I	370
<u>PARTIE II</u> - LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS, SOURCE DE REGENERESCENCE DU DROIT COMMUN DES BIENS	374
<u>TITRE I</u> - LE RENOUVEAU DES CONCEPTS : LE RENOUVELLEMENT DES NOTIONS IRRIGUANT LE CODE CIVIL	378
<u>CHAPITRE I</u> - L'INCIDENCE DU MOUVEMENT DE LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS SUR LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DES BIENS	381
<u>SECTION I</u> - LE RECENTRAGE DE L'ESSENCE DU BIEN SUR LA VALEUR	384
§1 - La valeur, nouvel objet du droit des biens	386
I. La dématérialisation des biens	386
II. La valorisation des biens : entre valeur économique et anti-valeur	394
A. Valeur culturelle	395
B. Valeur naturelle, environnementale, écologique	395
C. Valeur économique	396
III. La commercialité des biens	398
§2 - La valeur, nouvelle essence du bien	400
I. La réception comme bien de nouvelles valeurs	405
A) L'emprise de l'homme sur tout ce qui l'environne	406
B) L'élargissement corrélatif de la sphère marchande aux éléments qui sont gagnés à la puissance humaine	406
II. Le nouveau paradigme des biens issu de l'industrie humaine	408
A. La puissance humaine créatrice	408
B. Les produits de l'activité humaine	410
<u>SECTION II</u> - LE « PRODUIT » COMME NOUVELLE REFERENCE	411

§1 - Le produit, une notion extensive : la loi du 19 mai 1998 transposant la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux	414
I. L'extension de la notion de produit	415
II. Les critères de la notion de produit	422
§2 - L'avènement de cette nouvelle figure par les biens : un renversement de perspectives	423
I. L'émergence d'un nouveau modèle de bien, la puissance créatrice de l'industrie humaine	424
A. <i>Le produit est ce qui est fabriqué</i>	424
B. <i>Puis mis sur le marché</i>	425
II. Le renversement total de perspective : le remplacement du donné par le construit	426
A. <i>Le donné</i>	428
B. <i>Le construit</i>	428
 CHAPITRE II - L'INCIDENCE DU MOUVEMENT DE LA SPECIALISATION DU DROIT DES BIENS SUR LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DU PATRIMOINE	 433
 SECTION I - LE RENOUVELLEMENT DE LA NOTION DE PATRIMOINE	 438
§1 - Le renouvellement des notions : de nouveaux sujets, de nouveaux objets	438
I. Les nouveaux sujets	438
II. Les nouveaux objets	440
A. <i>Le patrimoine culturel</i>	441
B. <i>Le patrimoine naturel</i>	445
C. <i>Le patrimoine génétique</i>	447
D. <i>Le patrimoine architectural</i>	448
§2 - L'unification de la notion de patrimoine autour de l'idée d'intérêt général juridiquement protégé : l'émergence de l'idée de patrimoine commun	450
I. La résurgence de la notion classique de patrimoine	450
II. La résurgence des propriétés simultanées	453
 SECTION II - LA MUTATION DANS L'APPREHENSION DU PATRIMOINE	 454
§1 - Une nouvelle finalité morale	455
I. La connotation morale des souvenirs de famille	456
II. L'exemple du droit des affaires : l'éclatement du patrimoine, l'émergence « d'un patrimoine vital »	460
§2 - Une nouvelle divisibilité	464
I. Fondements et conséquences théoriques de la divisibilité du contenu du patrimoine	465
II. La consécration du « patrimoine fiduciaire » au travers de la loi du 19 février 2007	468
 CONCLUSION DU TITRE I	 476
 TITRE II - L'AFFINEMENT DES REGIMES : LA RENAISSANCE DES PRINCIPES FECONDS POSES PAR LE CODE CIVIL	 478

<u>CHAPITRE I - LA PROPRIETE TRANSPOSABLE AUX NOUVELLES RICHESSES</u>	482
<u>SECTION I - LES METAMORPHOSES DE LA PROPRIETE</u>	485
§1 - Les prérogatives nouvelles de la propriété	485
I. Les prérogatives nouvelles de la propriété <i>stricto sensu</i>	485
II. L'application et les transformations des prérogatives de la propriété	492
§2 - La dispersion des prérogatives de la propriété : un régime de réservation diminué par rapport au droit commun de la propriété	495
§3 - Les nouvelles fonctions de la propriété	497
I. Le domaine de la propriété garantie	497
II. Le régime de la propriété garantie	498
<u>SECTION II - L'APPREHENSION DE L'IMMATERIEL PAR LA PROPRIETE</u>	499
§1 - La propriété comme philosophie	507
I. Le rattachement historique à la propriété	508
II. Les tentatives de requalification	510
§2 - La propriété comme mécanisme	515
I. La propriété intellectuelle et les caractéristiques du droit réel	515
II. La propriété intellectuelle et les caractéristiques du droit de propriété	517
<u>SECTION III - L'APPREHENSION DE L'IMMATERIEL PAR D'AUTRES MECANISMES FONDAMENTAUX</u>	522
§1 - L'appréhension de l'immatériel par la possession	522
I. L'exercice du <i>corpus</i> possessoire sur les choses incorporelles douées d'ubiquité	531
A. <i>Manifestation du corpus possessoire sur une œuvre de l'esprit</i>	531
B. <i>Manifestation du corpus possessoire des droits d'exploitation portant sur l'œuvre</i>	532
C. <i>Manifestation du corpus possessoire sur l'invention</i>	533
II. L'exercice de la possession des choses incorporelles localisées	534
A. <i>Nature juridique du fonds de commerce</i>	535
B. <i>Manifestations du corpus possessoire sur le fonds de commerce</i>	535
§2 - L'appréhension de l'immatériel par l'indivision	537
I. L'indivision de meubles corporels	537
II. L'indivision de meubles incorporels	539
<u>CHAPITRE II - LES DROITS REELS TRANSPOSABLES AUX NOUVELLES RICHESSES</u>	547
<u>SECTION I - L'APPREHENSION DE L'IMMATERIEL PAR L'USUFRUIT</u>	549
§1 - L'usufruit des biens incorporels	550
§2 - L'usufruit des droits de propriété intellectuelle	556
<u>SECTION II - L'APPREHENSION DE L'IMMATERIEL PAR LES SURETES</u>	

REELLES	560
<u>SECTION III</u> - L'APPREHENSION DE L'IMMATERIEL PAR LES SERVITUDES	564
<u>SECTION IV</u> - L'APPREHENSION DE L'IMMATERIEL PAR LA SITUATION DU PRENEUR A BAIL	568
CONCLUSION DU TITRE II	571
CONCLUSION DE LA PARTIE II	572
CONCLUSION GENERALE	574
BIBLIOGRAPHIE	582
INDEX ALPHABETIQUE	605
TABLE DES MATIERES	616
RESUME	626

RESUME

Le mouvement de la spécialisation du droit des biens révèle toute la richesse de cette discipline. Plus précisément, la spécialisation du droit des biens suscite de nombreux troubles et apporte de profonds enrichissements au droit commun des biens.

La spécialisation du droit des biens cause de nombreux bouleversements au sein du droit commun des biens. D'une part, la métamorphose de l'objet du droit des biens se manifeste par l'inflation de nouvelles richesses notamment au travers de l'émergence de nouvelles valeurs et de nouveaux biens. D'autre part, l'étude de la spécialisation du droit des biens a conduit à confronter logiquement ces nouvelles valeurs et ces nouveaux biens aux catégories existantes au sein du Code civil, ce qui n'a pas manqué de mettre en évidence des difficultés d'insertion dans le Code civil notamment à travers la quête ardue de modes de protection. Ce phénomène de « spécialisation du droit des biens » apparaît et se traduit parfaitement à travers le fourmillement de droits qui existe aujourd'hui à l'extérieur du Code civil. Dès lors une métaphore se dessine celle d'un atome où une multitude d'électrons gravitent autour de leur noyau.

Par ailleurs, la spécialisation du droit des biens s'affirme comme une source de régénérescence du droit commun des biens. L'incessante confrontation entre la spécialisation du droit des biens et le droit commun des biens révèle de profondes interactions. D'une part, la spécialisation du droit des biens va participer au renouvellement des notions de bien et de patrimoine qui irriguent le Code civil. D'autre part, la lecture de la spécialisation du droit des biens à travers le prisme de la propriété et des droits réels contenus dans le Code civil a suscité la renaissance des principes féconds posés par le Code civil qui s'avèrent transposables aux nouvelles richesses.

L'articulation du « droit spécial des biens » et du droit commun des biens démontre l'extraordinaire plasticité des principes directeurs du Code civil, témoignant par là des fabuleux ressorts que concentre toujours aujourd'hui le Code civil. Le dynamisme de ce mécanisme révèle l'infinie richesse de leur collaboration.

La spécialisation du droit des biens se présente tour à tour comme un mouvement comportant des dispositions dérogatoires au droit commun mais encore des dispositions créatrices de droit commun.