

Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens Les ressources du langage juridique

Daniel GUTMANN

Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne

RÉSUMÉ. — Le développement des réalités immatérielles met à l'épreuve le droit des biens en tant que celui-ci constitue un système linguistique. S'il apparaît, à l'analyse, que de nombreux concepts actuels peuvent être adaptés analogiquement à de nouveaux types de biens, il convient toutefois de mesurer les effets pervers d'un « forçage » systématique du système du droit des biens.

« Attendu que s'il est permis de surfer librement sur les autoroutes de l'information, les navigateurs sont tenus de respecter les défenses anti-invasion d'autrui ». Un attendu de principe imaginaire et nous voici, comme par magie, transportés dans le monde merveilleux et poétique des métaphores. Transportés, oui, car le grec *metaphora* signifie lui-même « transport », et c'est métaphoriquement qu'Aristote définissait la métaphore comme le transport à une chose d'un nom qui en désigne une autre ¹. Ainsi, par une étonnante convergence, la terminologie des internautes retrouve aujourd'hui la métaphore du transport, en reprenant les termes de navigation, de surf ou d'autoroute pour désigner une circulation immatérielle. Comme nous sommes frais, encore, devant la suggestivité de ce langage...

Mais, le jour où la Cour de cassation s'appropriera ce langage, c'en sera fini des métaphores. C'en sera fini, car il faut être profane pour apprécier la poésie des images

¹ *Poétique*, 1457 b. Dumarsais, quant à lui, montrait bien que par la métaphore, « on transporte, pour ainsi dire, la signification propre d'un nom à une autre signification, qui ne lui convient qu'en vertu d'une comparaison qui est dans l'esprit » (Dumarsais, *Des Tropes ou des différents sens dans lesquels on peut prendre un même mot dans une même langue*, Paris, 1824 (1re éd. 1730), pp. 167-68). On trouve la même idée dans le *Dictionnaire universel* de Furetière (préf. P. Bayle, précédé d'une biographie et d'une analyse de A. Rey, SNL-Le Robert, 1978) qui définit la métaphore comme une « figure de rhétorique, qui se fait quand un nom propre d'une chose se transporte à une autre qui n'en a point, lorsqu'elle est plus élégamment expliquée par le nom transposé qu'on lui applique, que par celui qu'elle pourrait avoir naturellement, comme quand on dit, la lumière de l'esprit, brûler d'amour, flotter entre l'espérance et la crainte ».

suggestives, et les véritables poètes sont ceux qui ne deviennent jamais des professionnels de la parole. Par contraste, le technicien, qu'il soit ou non juriste, finit inmanquablement par oublier l'instant de raison où tel terme qui figure dans son jargon s'y est transporté en venant d'un autre champ. Le technicien a besoin de termes utilisables, qu'il regarde froidement comme des instruments de travail. Ainsi l'instant poétique de la métaphore s'évanouit-il dès que le terme transposé s'immobilise dans sa dimension purement technique ². La métaphore s'endort, et devient catachrèse ³. C'est pourquoi nous avons oublié qu'il y avait de la métaphore dans les notions juridiques de plainte, d'action oblique, de cassation, de détournement, de transfert, d'extinction de créance, de déguisement... ou de droit ⁴. C'est pourquoi nous oublierons que la navigation, les virus, les défenses, étaient initialement des métaphores, et nous gloserons, en juristes, sur le sens technique des mots employés.

Il est donc encore temps de s'interroger. Est-ce bien la peine, puisque toute beauté est éphémère, d'importer dans notre langue juridique des termes nouveaux empruntés à la langue commune ou à d'autres vocabulaires techniques ? La question paraît à certains égards dérisoire, puisqu'il est à parier que le pouvoir créateur de la pratique en matière terminologique déjouera toujours les prédictions doctement élaborées par les théoriciens du droit. Mais il faut bien que vivent les théoriciens ! De sorte qu'il est permis de se demander si notre terminologie juridique actuelle ne suffit pas à appréhender, au-delà d'Internet ⁵, la dématérialisation générale des opérations et des objets du commerce juridique ⁶, ainsi que le développement de valeurs totalement imperceptibles par les sens ⁷.

² Il y a là une confirmation en creux de l'idée, présente chez le Doyen Carbonnier, selon laquelle la métaphore et l'analogie répondent à un « besoin de poésie » (*Droit civil*, t. 1, *Introduction*, PUF, 1994, n° 159, p. 253).

³ Sur ce phénomène, v. C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, préf. M. Meyer, 5e éd., Ed. Université de Bruxelles, 1992, p. 546 et s. ; G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, pp. 79-81 ; B. Frydman, « Les formes de l'analogie », *RRJ* 1995. 1053 et s., spéc. p. 1062 ; M.-Cl. Prémont, *Le langage du droit*, th. Laval, Québec, 1996, p. 126.

⁴ Comme on a pu le remarquer, le mot *droit* est une métaphore : le terme vient de *directum* (en ligne droite), qui implique, au figuré, l'idée de ce qui est conforme à la règle. Cette image se retrouve dans la plupart des langues étrangères : *diritto*, *derecho*, *Recht*, *right* (M. Planio, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 1904, 3e éd., n° 1, p. 1).

⁵ En faveur de l'idée selon laquelle Internet ne nécessite pas un droit spécifique, cf. Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation Française, 1998. *Contra*, J. P. Barlow, auteur d'une « Déclaration d'indépendance du Cyberspace » affirmant : « vos concepts juridiques [...] ne s'appliquent pas à nous. Ils sont basés sur la matière. Il n'y a pas de matière ici » (cit. par J.-F. Chassaing, « L'Internet et le droit pénal », *D.* 1996. chron. 329 et s., spéc. p. 329).

⁶ Pour une réflexion non juridique sur cette tendance, cf. C. Goldfinger, *L'utile et le futile. L'économie de l'immatériel*, Odile Jacob, 1996. Pour les enjeux juridiques, v. p. ex. J.-P. Chamoux (dir.), *L'appropriation de l'information*, Librairies Techniques, 1986 ; E.-M. Savouret, « Droit des biens incorporels. Incorporels : vers une adaptation de notre droit ? », *D. Aff.* 1997. 750 et s., et les références citées *infra*.

⁷ L'immatériel est ici assimilé à l'incorporel, avec toutes les réserves qui doivent accompagner cette assimilation. On sait en effet que certaines réalités immatérielles ont historiquement été assimilées à des biens corporels. C'est le cas, notamment, du droit de propriété (v. à ce sujet F. Zénati et T. Revet, *Les biens*, PUF « Droit fondamental », 1997, n° 45, p. 59). Ce devrait encore être le cas, selon certains, des valeurs mobilières (v. notamment D. R.

La question n'est à première vue qu'une reformulation du problème classique des lacunes du droit. Toutefois, ce problème se pose ici de façon particulière pour une double raison. Tout d'abord, la lacune est généralement présentée comme une anomalie ponctuelle du système juridique, résultant du fait que dans tel ou tel cas précis, le droit ne paraît pas apporter de solution au problème posé. Or, la question qui nous occupe est d'une toute autre ampleur car le développement des réalités immatérielles oblige à s'interroger sur l'existence de lacunes, non pas ponctuelles, mais bien *structurelles*⁸. En outre, ces lacunes affectent, au-delà d'un ensemble normatif, un ensemble linguistique. L'immatériel met à l'épreuve la complétude du système des concepts juridiques ayant pour vocation d'appréhender le réel, en tant que ce système de concepts est aussi un *système linguistique*⁹. De fait, c'est bien l'esprit de système qui explique la prétention du code civil de décrire de façon exhaustive les biens et les droits sur les biens. Et c'est la même ambition qui anime une doctrine civiliste qui ne cesse, siècle après siècle, de dénoncer les abus de langage et les confusions terminologiques dont le droit des biens est le théâtre¹⁰.

En somme, la question des lacunes prend ici l'allure d'une interrogation sur les ressources structurelles d'un système linguistique. La formulation de cette conclusion permet de comprendre toute l'importance qui s'attache à la question de la recevabilité en la matière du raisonnement par *analogie*. Comme l'a bien montré Norberto Bobbio, ce

Martin, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996. chron. 47 et s.). En tout état de cause, les notions même de matière et de corps posent problème, ainsi que les rapports entre matière et corps. En témoigne, par exemple, la position d'un auteur qui qualifie l'information de « forme ou [d']état particulier de la *matière* ou de l'énergie susceptible d'une signification » et en conclut qu'il s'agit d'une réalité « *matérielle et incorporelle* » (J.-C. Galloux, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994. chron. 229 et s., resp. n° 25 et 27, p. 233). Certains pensent trouver une définition plus satisfaisante des biens immatériels dans leur identification à des objets intellectuels (en ce sens, cf. K. Troller, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, t. I, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1992, p. 1).

⁸ La nouveauté du problème doit cependant, comme en toute chose, être relativisée, notamment si l'on admet avec F. Zénati que le Code civil de 1804 admettait parfaitement la propriété des choses incorporelles (F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993. 305 et s., spéc. p. 309). Pour l'appréhension des réalités immatérielles par les mécanismes classiques du droit des biens, cf. d'ailleurs l'article 588 sur l'usufruit d'une rente viagère, l'article 2075 sur le nantissement des droits de créances et autres meubles incorporels, l'article 2118 sur la possibilité d'hypothéquer un usufruit, l'article 1983 sur la propriété des rentes viagères, l'article 2181 sur la propriété des droits réels immobiliers, etc.

⁹ La notion de système linguistique peut susciter une certaine perplexité. Elle est pourtant fructueuse, du moins si l'on définit le système comme la « disposition des différentes parties d'un art ou d'une science dans un ordre où elles se soutiennent toutes mutuellement, et où les dernières s'expliquent par les premières » (Condillac, *Traité des systèmes*, OC, I, 121). Les fruits de cette définition pour la pensée juridique ont déjà été retirés par F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 4e éd., 1998, n° 34, p. 38.

¹⁰ L'abus de langage toujours dénoncé est la prétendue confusion romaine entre le droit de propriété et son objet. La critique est sous la plume vigoureuse de Moulon (*Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, t. 1, 5e éd., Paris, 1858, p. 643). On la retrouve à l'identique au XXe siècle (par ex. R. Rodière, V° Possession, *Encycl. Dalloz*, 1974, n° 5). Mais on critique plus volontiers aujourd'hui les abus de langage... des interprètes des Romains (cf. F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », préc.).

mode de raisonnement constitue en effet le moyen privilégié par lequel un système parvient à trouver à l'intérieur de lui-même la solution à un cas qu'il n'avait pas prévu. Pour reprendre la terminologie utilisée par cet auteur, le raisonnement par analogie est un procédé *d'auto-intégration* dans un système juridique d'un cas non expressément résolu par celui-ci. Il s'oppose en cela aux procédés *d'hétéro-intégration* par lesquels le comblement de la lacune s'opère par création ou application d'une règle juridique extérieure au système ¹¹.

En matière linguistique, la transposition de cette thèse s'opère aisément et débouche sur l'ultime question qui fonde toutes les autres : du matériel ou immatériel, doit-on passer par analogie ou par néologie ? On tentera de répondre en examinant dans un premier temps les éléments soutenant la pertinence du raisonnement par analogie (I). On se demandera cependant, dans un second temps, si le prix à payer pour la survie du système linguistique du droit des biens ne risque pas d'être la transformation des concepts fondamentaux du droit des biens en des *flatus vocis* dépourvus de toute signification, transposés à des objets auxquels ils ne conviennent nullement à la seule fin de survivre dans une unité purement verbale (II).

I. — Il est assez aisé de plaider en faveur de l'intégration analogique des réalités immatérielles dans le système du droit des biens pour la simple raison que c'est la thèse soutenue de façon plus ou moins implicite par la doctrine dominante. Le raisonnement se développe en deux phases : pour que les réalités immatérielles s'insèrent dans nos schémas de pensée, il faut tout d'abord démontrer qu'elles sont des biens (A). Il faut ensuite vérifier que l'on peut adapter par analogie les concepts juridiques relatifs aux prérogatives sur ces biens (B).

A. — La qualification de bien s'applique aux réalités immatérielles sans difficulté majeure. Il suffit, pour s'en convaincre, de faire valoir que la notion de bien n'est pas dépendante de facteurs matériels, car elle désigne plus largement les valeurs économiques susceptibles de figurer dans le patrimoine ¹². Toute chose utile et rare, donc douée de valeur, serait donc un bien ¹³. Cette affirmation masque évidemment la complexité des rapports entre utilité, rareté et valeur, mais dans le cadre restreint de notre raisonnement, cela importe peu. Il suffit, pour recevoir les réalités immatérielles dans le droit des biens, de détacher la notion de bien de la substance concrète de la réalité, pour ne retenir du réel que les *qualités* qu'il présente pour l'homme.

¹¹ « Analogia », in *Novissimo digesto italiano*, I, Utet, Torino, 1957, p. 601 et s. ; reproduit in *Contributi ad un dizionario giuridico*, G. Giappichelli, coll. « Analisi e diritto », Serie teorica 15, p. 1 et s., spéc. p. 7.

¹² A. Piédelièvre, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », *Les aspects du droit privé en fin du XXe siècle (Etudes M. de Juglart)*, 1986, p. 55 et s.

¹³ Pour ce type d'approche, cf. E. Mackaay, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », in *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal les 9 et 10 nov. 1989, Ed. Thémis, Litec, 1991, p. 217 et s. ; J.-M. Mousseron, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277 et s., spéc. pp. 279-80 ; J.-M. Mousseron, J. Raynard, T. Revet, « De la propriété comme modèle », *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281 et s. ; V. aussi J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, PUF, 1992, p. 93.

Tout le problème est alors de savoir si cette définition qualitative, et non plus substantielle, résiste à l'épreuve de la classification des biens entre meubles et immeubles.

Il y a problème, en effet, car la distinction entre meubles et immeubles s'inspire historiquement d'un critère matériel, celui de la mobilité : or, les biens immatériels, tels que les créances par exemple ne sont, à proprement parler, ni mobiles, ni immobiles ¹⁴. La dichotomie établie par l'article 516 du code civil ruinerait-elle l'effort d'abstraction réalisé pour qualifier de biens les réalités immatérielles ? On sait qu'il convient, en l'état actuel de notre droit, de répondre par la négative.

Tout d'abord, les droits sur un objet matériel empruntent à cet objet sa nature mobilière ou immobilière. Le code civil élabore ici une sorte de *métonymie juridique*, qui revient à donner à un bien le statut d'un objet avec lequel il entretient un lien étroit ¹⁵. Il s'agit donc d'une transposition à la taxinomie juridique de la figure de discours par laquelle un objet est désigné par le nom d'un autre objet existant séparément mais lié au premier par une relation privilégiée ¹⁶.

Quant aux biens incorporels qui ne peuvent se réduire à un droit sur un objet matériel, on sait que le code civil les range par le moyen de la fiction dans la catégorie composite des meubles par détermination de la loi, catégorie dans laquelle il est vain de rechercher une analogie substantielle entre meubles matériels et meubles immatériels ¹⁷.

Le recours à la métonymie et à la fiction semble donc démontrer l'inaptitude du raisonnement par analogie à ordonner les réalités immatérielles dans la dichotomie entre meubles et immeubles. À s'en tenir au droit positif actuel, cette conclusion est exacte. Mais pour ceux qui pensent que le critère véritable de la distinction entre meubles et immeubles est celui de la valeur du bien, il suffit de répliquer que tous les biens se ressemblent en ceci qu'ils ont une valeur, plus ou moins élevée. D'un point de vue purement théorique, donc, des biens matériels et immatériels peuvent être qualifiés identiquement dès lors qu'ils ont une valeur comparable. Au prix d'une émancipation de la sub-

¹⁴ R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.* 1958. 1 et s., spéc. n° 1, p. 2.

¹⁵ Pour la notion de métonymie, v. Fontanier, *Les figures du discours*, Flammarion, 1968 (1re éd. 1821). Selon cet auteur, la métonymie est un trope par correspondance, tandis que la synecdoque constitue un trope par connexion : la synecdoque est la désignation d'un objet par le nom d'un autre objet avec lequel il forme un ensemble, l'existence de l'un se trouvant comprise dans l'existence de l'autre. On peut aussi estimer, suivant H. Morier, que la particularité de la synecdoque est d'opérer « dans un ensemble extensif, et nommant l'un des termes d'un rapport d'inclusion pour exprimer l'autre ». La synecdoque serait donc « essentiellement quantitative ; la métonymie, qualitative » (*Dictionnaire de poétique et de rhétorique*, PUF, 3e éd., 1981, V° Synecdoque).

¹⁶ La métonymie juridique doit à notre sens être clairement distinguée de l'analogie, car elle ne se fonde nullement sur le constat d'une ressemblance entre deux termes, mais plutôt sur celui d'un lien. On comprend donc mal l'argumentation de B. Frydman tendant à faire de la métonymie un aspect de l'analogie (« Les formes de l'analogie », art. préc., p. 1058). Cela n'empêche pas le droit de recourir fréquemment à la métonymie dans un sens technique. On peut ainsi distinguer des métonymies fondées sur l'affectation (le meuble qualifié d'immeuble par destination), sur l'incorporation (la personne dans le corps, le droit dans le titre), sur l'intention (la substance de la chose réduite à la qualité envisagée par l'errans).

¹⁷ Sur cette fiction, cf. A.-M. Leroyer, *Les fictions juridiques*, th. Paris II, 1995, t. I, n° 201, p. 225 et s.

stance des choses et de la lettre du Code, il est intellectuellement concevable de sauvegarder notre système linguistique.

C'est la même tentative d'abstraction qui justifie la redéfinition des prérogatives juridiques sur les biens immatériels.

B. — L'intégration analogique des biens immatériels dans le système de la langue progresse en deux étapes : après avoir procédé à l'adaptation des concepts juridiques relatifs aux opérations ponctuelles sur les biens, il sera possible de tenter une adaptation de la notion de propriété elle-même.

1. — La première étape peut être illustrée par une réflexion sur la notion de saisie. Dans le langage courant, et dans une conception juridique élémentaire, la saisie consiste à s'emparer matériellement du bien d'autrui. Partant, la saisie ne saurait porter sur des biens immatériels, tels les créances, qu'au prix d'une extension métaphorique de la notion de saisie. Une créance ne serait pas, à proprement parler, saisissable. Elle ne le serait que « pour ainsi dire », et l'on est presque tenté de parler ici de « quasi-saisie »¹⁸. Pourtant, la catachrèse aidant, il est aujourd'hui parfaitement admis que la saisie des biens incorporels est une saisie au sens plein. Cela tient au fait qu'en réalité, la notion de saisie n'a nullement changé : aujourd'hui comme hier, la saisie consiste à instituer à la demande d'une personne l'indisponibilité d'un bien appartenant à une autre¹⁹. La saisie des biens immatériels a donc permis de dévoiler la véritable définition de la saisie, c'est-à-dire une définition dépouillée de toute composante matérielle, recentrée autour de son essence. En ce sens, l'instant de raison qui a permis l'extension métaphorique de la saisie n'a fait que révéler l'analogie profonde qui existe entre la saisie d'un bien matériel et la saisie d'un bien immatériel.

Ce qui a changé, en revanche, c'est que le recentrage de la définition nous a forcé à nous distinguer plus clairement la *notion* de saisie et le *régime* de la saisie. Songeons en effet que, tant que la saisie était définie en référence à un élément matériel, l'actualisation concrète de la saisie (le fait de s'emparer du bien) était confondue avec la définition théorique (théoriquement, la saisie était le fait de soustraire le bien à la maîtrise matérielle d'autrui). Par contraste, la saisie au sens actuel n'est concevable qu'à la condition de distinguer clairement notion et régime. Mieux encore, le raisonnement nous a permis de comprendre comment il est théoriquement concevable qu'un *concept juridique unitaire* puisse, sans s'altérer, donner naissance à des *régimes juridiques distincts*.

Le raisonnement est applicable à de multiples domaines²⁰. Ainsi, le virement bancaire peut être considéré comme une véritable remise formant le prêt ou un véritable don

¹⁸ C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca rappellent qu'« on a souvent conseillé, pour faire accepter la métaphore, de la préparer ou de l'atténuer par des précautions. Cicéron, et après lui Quintilien, conseillent d'introduire les métaphores trop hardies au moyen d'expressions telles "pour ainsi dire", "si j'ose m'exprimer ainsi" » (*Traité de l'argumentation...*, § 87, p. 538, et les références citées).

¹⁹ Cf. Ph. Théry, « La saisie des valeurs mobilières et des droits d'associé », *JCP éd. E*, 1993. 239, n° 5.

²⁰ La question de la possibilité de la possession des droits (la quasi-possession romaine) ne se pose pas si l'on estime, avec F. Terré et Ph. Simler, que la possession est toujours l'exercice de fait des prérogatives d'un droit. Peu importe que ce droit soit le droit de propriété

manuel, parce que l'essence de ces opérations ne réside pas dans la matérialité du transfert, mais dans l'opération de dessaisissement elle-même²¹. Semblable réflexion s'applique au gage portant sur des biens immatériels, qui peut s'analyser comme une autre forme de dessaisissement²², même si celui-ci n'a pas une dimension matérielle²³. En reproduisant le raisonnement, on peut encore avancer que la signature électronique est une véritable signature, car l'essence de celle-ci ne réside pas dans sa matérialité mais dans l'émission d'un signe permettant d'identifier le signataire et d'exprimer sa volonté²⁴. Plus avant dans l'abstraction, on pourra aussi estimer qu'un site informatique est un « domicile » s'il constitue effectivement un lieu où se localise l'intimité de la personne²⁵... Enfin, et s'il est permis de faire une brève incursion dans un tout autre domaine, on peut aussi se demander si la notion juridique de filiation, loin d'être primordialement ancrée dans la matérialité du lien de sang et fictivement instituée par l'adoption, ne serait pas au contraire révélée en son essence par l'institution de l'adoption. En somme, toutes les fois que le mécanisme essentiel désigné par un concept peut être simultanément reconstruit et dévoilé au contact des réalités immatérielles, il n'est nul besoin de créer des concepts nouveaux.

C'est bien ce qui explique les nombreux efforts déployés en doctrine pour justifier l'application aux réalités immatérielles du concept de propriété.

2. – Le concept de propriété est au cœur des interrogations de la doctrine au sujet des droits portant, non seulement sur les créances ou les œuvres de l'esprit, mais aussi sur

ou un autre droit, et peu importe la confusion terminologique qui nous conduit alors à parler, dans le premier cas, de possession d'une chose corporelle, et dans le second cas, de possession d'un droit (*Droit civil, Les biens*, Dalloz, 4e éd., 1992, n° 139 et s.). Il est à craindre, cependant, que le problème ne soit beaucoup plus complexe...

²¹ En ce sens, par exemple pour le don manuel, v. Cass. 1re civ. 12 juill. 1966, *D.* 1966. 614, note J. Mazeaud. Sur le virement comme remise d'une monnaie scripturale, Paris, 31 janv. 1986, *RTD com.* 1986. 418, obs. Cabrillac et Teyssié, et l'analogie parfaite formulée par M. Cabrillac : « le virement est [...] dans le domaine de la monnaie scripturale ce qu'est la tradition dans le domaine des espèces » (Lamy « Virement », et J.-Cl. Banque et Crédit, 1990, fasc. n° 290).

²² Le mécanisme du gage portant sur un bien immatériel doit être distingué de la « dématérialisation » du droit de rétention (selon le titre de l'article de F. Derrida, *Mélanges Voirin*, LGDJ, 1966, p. 177 et s.), qui désigne notamment des opérations de dépossession symbolique portant sur des objets *matériels* (connaissance maritime, warrant agricole, etc.).

²³ Cf. le gage de compte d'instruments financiers instauré par la loi du 2 juillet 1996, qui constitue un gage avec dépossession. Pour certains, cependant, il aurait été mieux venu de parler de gage avec dépossession fictive, car « c'est en recourant à des fictions que l'on peut transposer des règles conçues pour des biens matériels » (D. Legeais, « Gage de comptes d'instruments financiers », *RD. bancaire et de la bourse*, n° 64, nov.-déc. 1997, p. 225 et s., spéc. n° 5, p. 226).

²⁴ À ce sujet, cf. D. Syx, « Vers de nouvelles formes de signature ? Le problème de la signature dans les rapports juridiques électroniques », *Droit de l'Informatique* 1986.3, p. 133 et s., spéc. n° 8, p. 134. Plus largement, cf. I. Dauriac, *La signature*, th. dactyl, Paris II, 1997.

²⁵ P.-Y. Gautier, note sous Trib. gr. inst. Paris (ord. réf.), 14 août 1996, *D.* 1996. 489. L'ordonnance est également commentée par F. Olivier et E. Barbry (*JCP* 1996. II. 22727). L'assimilation de pages « privées » à un domicile doit toutefois être rejetée lorsque les informations qui y figurent sont accessibles à tous les internautes.

les contrats, sur les informations, ou même sur les utilités multiples d'un même bien matériel.

Or, la difficulté de parler de propriété des biens immatériels vient du fait que la propriété, dans la définition traditionnelle qu'en donne le code civil, n'est pas *une* prérogative sur un bien, mais un faisceau de prérogatives – *usus, fructus, abusus*. D'où la question suivante : peut-on redéfinir cumulativement l'essence de l'usage, de la jouissance et de la disposition ?

La doctrine favorable à l'extension de la notion de propriété ne s'attaque que rarement de façon frontale à cette difficulté. Par un raccourci saisissant, elle tente de cerner, non l'essence de chacune des prérogatives énoncées par l'article 544 du code civil, mais celle de la propriété *en général*. Le raisonnement repose alors sommairement sur le syllogisme suivant :

- L'essence de la propriété consiste à délimiter des pouvoirs exclusifs sur les biens pour trancher les conflits suscités par leur valeur et leur rareté ²⁶.
- Or, les réalités immatérielles suscitent de tels conflits.
- Donc le droit de propriété est adapté aux réalités immatérielles.

Objecterait-on que les régimes juridiques applicables aux différents biens incorporels sont trop dissemblables les uns des autres pour être rangés derrière l'étendard unique du droit de propriété ? Que la conception extensive de la notion de propriété adoptée par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme « vient simplement du souci de protection des intérêts particuliers que l'on range sous la "bannière" du droit de propriété parce qu'elle seule est visée dans les textes [et que] l'assimilation serait plus utilitariste que conceptuelle » ²⁷ ? Il sera répondu que l'essence de la propriété n'est aucunement atteinte par la pluralité des régimes contingents qui l'expriment ²⁸, et qu'il est au contraire naturel que la fonction unitaire de la propriété se décline en autant de régimes différents qu'il y a de biens de nature dissemblable. De ce raisonnement paraît découler, en bonne logique, que la propriété peut parfaitement prendre la forme d'un faisceau de prérogatives non conforme au tryptique de l'article 544 : du moment que l'essence de la propriété est respectée, peu importe la fidélité au modèle initial ²⁹.

Le raisonnement tenu au sujet de la propriété constitue l'exacte transposition du raisonnement tenu précédemment au sujet d'opérations particulières. Au prix d'une dissociation entre la notion de propriété et son régime, à la condition d'un dévoilement constructif de la notion de propriété, voici le système linguistique préservé.

Reste à savoir si ce raisonnement, poussé à l'extrême, ne risque pas en réalité d'altérer la substance de notre système linguistique au lieu de le sauver.

²⁶ En ce sens, p. ex., J-M. Mousseron, J. Raynard, T. Revet, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281 et s. ; E. Mackaay, « La propriété est-elle en voie d'extinction ?... », p. 219 et s.

²⁷ En ce sens, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil. Les biens. La publicité foncière*, 4e éd. par Ph. Théry, Cujas, 1998, n° 207, p. 66.

²⁸ En ce sens, M. Fabre-Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, 583 et s., spéc. n° 19 et 28, pp. 598 et 606.

²⁹ On est donc surpris qu'un auteur parle de « quasi-propriété » de la force de travail au seul motif que l'*abusus* est exclu du tryptique classique (T. Revet, *La force de travail (Etude juridique)*, préf. F. Zénati, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, t. 28, 1992, n° 351, p. 394 ; n° 587, p. 612).

II. — L'intégration analogique des réalités immatérielles dans le droit suscite parfois des difficultés dont on ne peut sous-estimer l'importance, ce qui conduit à penser qu'en matière de terminologie, toute nouveauté n'est pas toujours un mal.

A. — Pour évoquer les obstacles rencontrés par l'adaptation analogique des concepts juridiques, le plus simple est de partir de l'exemple désormais classique du vol et du recel d'informations. Le débat était fort vif jusqu'à ce qu'un arrêt de la Cour de cassation décide que l'information n'est pas une chose recelable³⁰. Selon la Cour, une information, quelle qu'en soit la nature et l'origine, échappe aux prévisions des articles réprimant le recel. Cette solution s'explique, à n'en pas douter, par la nécessité d'interpréter strictement la lettre de l'article 321-1 du nouveau code pénal qui paraît bien se référer au fait matériel de la détention du produit tangible d'un crime ou d'un délit. L'information étant un contenu intellectuel intangible, elle ne peut être recelée.

Certes. Mais la prudence de la Cour de cassation procède sans doute aussi du constat que l'information est dotée d'ubiquité, ce qui n'est pas le cas d'autres réalités immatérielles telles que les créances, par exemple. Si une personne recopie sur son ordinateur le contenu d'une disquette appartenant à une autre personne, ce contenu informationnel présentera la particularité d'exister identiquement en deux endroits à la fois, sans avoir fait l'objet d'une véritable soustraction³¹. Or, cette ubiquité ne pose pas seulement problème au droit pénal. Elle oblige aussi le civiliste à repenser des droits subjectifs sur l'information en prenant pour acquit que plusieurs personnes peuvent être titulaires de droits concurrents et légitimes sur le même objet. Il conviendra de concilier, par exemple, le droit du détenteur d'une banque de données et le droit de la personne objet de l'information, ou encore le droit de l'individu sur son information génétique et le droit du chercheur ayant fait une découverte sur ce matériel génétique³². D'un point de vue théorique, il faudra donc se demander s'il est véritablement possible de ramener le droit sur l'information à une figure connue telle que le droit de propriété, alors notamment que le propre de l'information est de se dérober au caractère exclusif de l'appropriation³³.

C'est ici que le bât blesse. Pour justifier l'idée d'une propriété sur l'information, il n'existe en effet aucun moyen véritablement satisfaisant. Certes, rien, sauf l'amour de la cohérence, n'interdit de minimiser l'importance de la définition de la propriété, en

³⁰ Cass. crim. 3 avril 1995, *D.* 1995. somm. 320, obs. Pradel ; *JCP* 1995. II. 22429, note Durieux ; *Dr. pén.* 1995, n° 175, comm. Véron ; *Gaz. Pal.* 1995. I. 264, note D. Perrier Daville ; *D.* 1995. somm. 320, obs. Pradel ; *Rev. sc. crim.* 1995. 599, chron. Francillon ; et *ibid.* 1995. 821, obs. Ottenhof ; *Légipresse* 1995. III. 59, note C. Grellier.

³¹ Sur l'incidence de l'ubiquité sur le traitement juridique des réalités immatérielles, cf. K. Troller, *Manuel du droit suisse des biens immatériels...*, p. 43.

³² E. Mackaay, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? »..., pp. 235, 240 et s.

³³ Le même raisonnement peut être tenu en droit d'auteur. Comme on l'a justement écrit, « alors que le droit de propriété vise à assurer l'emprise privative absolue d'un sujet sur un objet, le droit d'auteur s'attache, quand l'auteur y a consenti, à garantir les modalités de l'utilisation publique d'une œuvre. On est en présence d'un droit introverti et d'un droit extraverti » (J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, préf. P. Lagarde, LGDJ, Bibl. de Droit Privé, t. 226, 1996, n° 108, 82).

constatant que cette définition varie au gré de ses usages. Rien n'interdit, par conséquent, de donner de la propriété des définitions purement « terminologiques »³⁴. Il semble d'ailleurs que ce soit la voie choisie avec un pragmatisme certain par un auteur qui, après avoir défendu pied à pied l'idée de l'appropriation de l'information, conclut son propos en affirmant : « qu'on dénomme ou non "propriété" ce nouveau droit en quête d'opposabilité [...], peu importe au fond »³⁵.

Il est cependant frappant de constater que les auteurs favorables à l'adaptation de la notion de propriété refusent d'accepter le relativisme radical qui se fait jour dans les définitions « terminologiques ». Bien plutôt, ils préfèrent élargir la définition de la propriété de façon considérable, au point de réconcilier la multipropriété de l'ancien régime avec la propriété du code civil, gommant au passage l'évidence de la rupture révolutionnaire³⁶. Plus sûrement, ils n'hésitent pas à donner de la propriété les définitions les plus floues, pour en faire, par exemple, la technique de base permettant l'échange en société³⁷, voire le modèle ultime du droit subjectif³⁸. On serait alors propriétaire d'une information comme on peut être propriétaire de son chien, de ses créances, de sa vie privée³⁹, de ses sentiments ou de ses actes. La propriété deviendrait une affaire de jeu de mots, un modèle tantôt « adopté » tantôt « reproduit » de façon « fidèle » ou

³⁴ L'adjectif est emprunté au Doyen Cornu, qui oppose définitions « terminologiques » et définitions « réelles » (« Les définitions dans la loi », in *Mélanges Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 et s., spéc. 81 et s.). Les premières se bornent à préciser le sens d'un mot employé dans tel ou tel texte particulier, tandis que les secondes visent à la généralité. L'auteur relève que, traditionnellement, la notion de propriété appartient à l'ensemble des termes faisant l'objet d'une définition réelle (p. 87). Il note également que la définition réelle peut être considérée comme supérieure à la définition terminologique en ce qu'elle accède à un certain degré de généralité, d'abstraction et de rationalité. En cela, elle constitue un instrument efficace de codification (p. 90). Où l'on retrouve le lien entre terminologie et esprit de système évoqué à titre liminaire.

³⁵ P. Catala, « La « propriété » de l'information », in *Mélanges Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97 et s., spéc. n° 35, p. 112. L'article est reproduit in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex machina*, PUF, 1998, p. 245 et s.

³⁶ Pour une illustration, cf. D. Mélélo-Briand, « Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée », in *Mélanges Claude Champaud*, p. 467 et s. Quant à E. Mackaay, il ne paraît pas gêné par « la question [...] de savoir si, en matière de données nominatives, nous ne sommes pas en train de redécouvrir l'institution de la propriété simultanée » (« La propriété est-elle en voie d'extinction ? »..., p. 242).

³⁷ H. Burkert, « Nouveaux objets ou nouveaux droits. Une tentative de synthèse », in *Nouvelles technologies et propriété*..., p. 209 et s., spéc. p. 210.

³⁸ Clairement en ce sens, E. Mackaay, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? »..., pp. 241 et 247 (l'auteur énonce que la propriété est le « prototype des droits privés »).

³⁹ L'idée d'une propriété de la vie privée a été soutenue en doctrine. Selon M. Contamine-Raynaud, « à l'instar du droit de propriété, [le droit que l'on possède sur sa vie privée] confère l'*usus* et le *fructus*, c'est-à-dire le droit de jouir de façon privative de sa vie privée et celui de l'utiliser pour en recueillir les fruits » [...] ; de même que le propriétaire a le droit de jouir et de disposer de son bien, de même la personne pourra jouir et disposer librement de sa vie privée. Cependant les attributs du droit de propriété ne s'exercent que dans les limites prévues par l'article 544 lui-même, c'est-à-dire "pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements" » (« Le secret de la vie privée », in Y. Loussouarn et P. Lagarde (dir.), *L'information en droit privé*, Travaux de la conférence d'agrégation, préf. Y. Loussouarn, LGDJ, 1978, p. 401 et s., spéc. n° 8, pp. 412-13-).

« rudimentaire »⁴⁰, en bref un paradigme sur lequel on pourrait divaguer à l'infini sur le mode métaphorique. Le droit privé dans son ensemble – hormis peut-être certains aspects du droit des personnes – ne serait plus qu'une vaste broderie sur le canevas du droit de propriété.

Mais cet impérialisme du droit de propriété suscite à son tour deux objections fondamentales.

La première est que l'élargissement du domaine de la propriété ne peut être opéré qu'au nom d'une conception extrêmement large de la *fonction* de la propriété. Or, cet élargissement fonctionnel confine à l'absurde, lorsqu'il s'agit ni plus ni moins de lui faire jouer le rôle de soubassement général de la vie en société. Sans doute est-ce là le prix à payer pour dépasser l'inévitable conflit entre les partisans d'une approche libérale, théologique ou marxiste au sujet de la fonction du droit de propriété. Mais cela ne fait que démontrer que la définition fonctionnelle de la propriété pêche forcément, soit par excès de précision donc d'arbitraire, soit par abus de généralité.

La seconde objection tient au fait qu'il paraît méthodologiquement très douteux de *définir* un concept juridique par le seul énoncé de sa fonction. C'est en effet confondre la signification d'un concept avec son utilité ou sa finalité sociale. Et, pour notre propos, il importe de veiller à ce que la tentative d'insertion des réalités immatérielles dans le droit ne soit pas la cause d'un véritable détournement du processus de définition juridique. S'il est vrai que le raisonnement analogique doit permettre de révéler *l'essence sémantique* des concepts juridiques, il n'est pas satisfaisant théoriquement que les définitions juridiques disparaissent purement et simplement au profit de la référence à des fonctions sociales.

Cette opacification sémantique de la terminologie juridique s'est au demeurant déjà réalisée à l'occasion de la réception des biens immatériels dans la dichotomie entre meubles et immeubles. Au non-juriste qui demande ce qu'est un meuble, le juriste doit en effet répondre : soit qu'il s'agit d'un bien visé par les articles 516 et suivants du code civil, ce qui n'est pas une définition ayant un contenu sémantique ; soit qu'il s'agit d'un objet de faible valeur, ce qui n'est pas conforme au droit positif ; soit enfin qu'il s'agit d'un objet dont le droit envisage avec faveur la circulation, ce qui est une définition exacte du point de vue du *régime*, mais tellement éloignée de la signification commune du mot « meuble » que l'on pourrait sans dommage supprimer la notion juridique de meuble et parler de « concept n° 1 », ou de « catégorie X »⁴¹. On ne peut donc prétendre définir un concept juridique par sa fonction sans s'interroger, plus fondamentalement, sur la *fonction de la nomination* des concepts juridiques.

Or, si les concepts juridiques sont nommés autrement que par des numéros ou des signes codés, c'est parce qu'il est de l'intérêt du juriste comme du non-juriste que les concepts juridiques appartiennent à un langage fait de mots : du juriste, parce que la texture ouverte des normes est le moyen de l'interprétation, donc de la réalisation concrète du droit ; du non-juriste, parce que les normes ne s'adressent pas seulement au juge,

⁴⁰ Ce sont les formules poétiques de J.-M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet (« De la propriété comme modèle »...).

⁴¹ Rappr. C. Atias, qui affirme qu'« il y aurait du bon sens à dire, non pas qu'une chose est un meuble, mais que sa vente est soumise au régime des meubles » (*Droit civil. Les biens*, Litec, 3e éd., 1993, n° 22a, p. 18).

mais aussi au justiciable et qu'elles doivent être comprises. Le sauvetage du monopole des concepts juridiques existants ne justifie donc pas leur naufrage sémantique. Autre manière de dire qu'un système linguistique, pour survivre, est forcé de s'ouvrir à la nouveauté et d'accepter ses limites.

Certes, il faut bien avouer que l'exemple de la distinction entre meubles et immeubles illustre aussi, en sens inverse, que le dépit du théoricien est d'un poids bien faible en face du constat que cette dichotomie est reprise par le droit des régimes matrimoniaux, des successions, des voies d'exécution, etc., et qu'il est impensable de réformer toutes les branches du droit à chaque fois que notre civilisation secrète un nouveau bien dont les puristes estiment qu'il est malaisément qualifiable de meuble ou d'immeuble. Pour une fois qu'il s'agit de faire une économie de droit, il est mal venu de s'en offusquer ⁴²...

Cela est vrai sans doute. Toutefois, nous ne sommes pas peut-être pas aussi enfermés dans les geôles de l'histoire que nous voulons bien le dire. Nous disposons même d'une relative marge de liberté, de nouveauté, qui mérite d'être défendue.

B. – La marge de liberté dont nous disposons est méconnue, sans doute parce que l'idéologie dominante en droit des biens demeure imprégnée d'un fort esprit jusnaturaliste. Pourquoi persister, par exemple, à analyser le droit d'auteur comme un droit de propriété alors que toute une législation autonome a vu le jour en cette matière, sinon parce qu'il est douloureux de se résoudre à accepter que la propriété ne soit pas le seul rapport éminent de l'homme au monde, le fondement de la domination de l'homme sur les éléments ? Cet atavisme manifeste la puissance extraordinaire de notre aspiration à tout organiser en système clos, reposant sur un unique pilier. Nous répugnons à démultiplier les principes et les sphères de justice ⁴³, à accepter que les droits spéciaux soient autre chose qu'un démembrement du Droit commun. Nous répugnons aussi à penser le renouveau de la figure de l'individu qu'implique forcément toute mutation des rapports avec les biens : comme la modernité sécréta une nouvelle forme d'individualisme corré-

⁴² C'est bien le souci de réaliser une économie de droit qui explique, historiquement, l'intégration des objets incorporels dans la dichotomie meubles/immeubles. Comme le rappelait Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*, préc., n° 2195, p. 695), cette intégration s'explique par deux raisons principales : l'existence de la communauté entre époux, qui ne comprenait en principe que les meubles ; l'existence de règles spéciales pour la dévolution des biens par succession, qui faisaient retourner les propres (immeubles) aux branches de la famille d'où le défunt les avait reçus. « Pour cette double raison, on se trouva amené à répartir tous les biens, corporels ou incorporels, soit dans la classe des meubles, soit dans celle des immeubles ; il le fallait bien, pour savoir si tel bien entraînait dans la communauté conjugale à titre de meuble, ou s'il suivait dans les successions les règles de propres, à titre d'immeuble » (*ibid.*, eod. loc.). Sur le plan théorique, on observe que, plutôt que d'inventer deux règles nouvelles (une de droit des biens, une de droit des successions), on préféra *conserver* en l'état le droit des régimes matrimoniaux et des successions et *interpréter* la distinction meuble-immeuble en y faisant rentrer les biens incorporels.

⁴³ Sur cette notion dont on pourrait tirer quelques réflexions pour construire un droit des biens spéciaux, M. Walzer, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Eds. du Seuil, 1997.

lativement à la mobilité croissante des richesses ⁴⁴, notre époque est appelée à dépasser le modèle du terrien et du commerçant ⁴⁵ pour structurer juridiquement les formes nouvelles de la contingence.

Il faudra pour cela briser la circularité carcérale d'une définition juridique du bien souvent avancée, et qui veut que le bien au sens juridique du terme équivale à la chose susceptible d'appropriation ⁴⁶. Le contraste est saisissant, entre le bien du juriste et celui du philosophe habitué à parler de « biens sociaux » pour désigner des objets aussi dématérialisés que la nationalité ou la reconnaissance sociale. Mais, pour l'heure, nous sommes comme enfermés dans le cercle suivant : puisque les réalités immatérielles ont de la valeur, il est inévitable qu'elles soient appréhendées par le droit ; il faut donc qu'elles soient des biens, puisqu'à l'exception des personnes morales, ces réalités immatérielles ne sont pas des personnes ; et puisqu'il faut qu'elles soient des biens, il faut nécessairement qu'elles soient appropriables. Voici le vice fondamental de l'enchaînement : pour donner prise au droit, les réalités immatérielles sont autoritairement encadrées par l'*a priori* du bien et de la propriété.

Pourtant, le droit des personnes s'est déjà taillé une part non négligeable dans le gâteau des réalités immatérielles. Faute de mieux, l'obscur catégorie des droits de la personnalité a été montée de toutes pièces pour justifier une circulation de richesse non fondée sur la circulation des biens ou l'atteinte portée à ceux-ci : le droit à réparation du dommage moral, le droit moral de l'auteur, le droit au respect du patronyme, ne sont que quelques exemples de mécanismes dont la nécessité traduit l'inaptitude du mécanisme du droit réel à rendre compte de la valeur des phénomènes immatériels.

Mais cette rivalité n'est pas saine, si elle doit n'être qu'un conflit entre deux prétentions à l'hégémonie. Déjà l'on s'inquiète de l'absorption de tout le droit par les droits de l'homme, déjà l'on craint l'instabilité engendrée par la personnalisation de tous les domaines du droit.

L'avenir est donc au dépassement de la *summa divisio* entre droit des personnes et droit des biens. Il n'est pas besoin, par exemple, de forcer les catégories de personne ou de bien pour que deux personnes puissent valablement s'obliger à conserver le caractère secret d'un fait, pour qu'un traitement juridique approprié soit réservé à celui qui viole sa promesse ou recueille abusivement des informations sur autrui. L'information ne relève pas de l'avoir, mais de la connaissance. Les obligations portant sur l'information ne sont donc pas des obligations de donner, mais des obligations de faire ou de ne pas faire. Au-delà des problèmes liés à l'information, le dépassement du droit des biens et du droit des personnes n'empêche pas que la valeur économique des réalités immatérielles soit comptabilisée. Les atteintes portées au principe de patrimonialité du bilan en témoignent déjà ⁴⁷.

⁴⁴ Cf. notamment J. G.A. Pocock, *Vertu, commerce et histoire*, PUF « Léviathan », 1998. Pour une présentation éclairante des travaux de Pocock, cf. la préface de Cl. Gautier à A. Ferguson, *Essai sur l'histoire de la société civile*, PUF « Léviathan », 1992, spéc. p. 26 et s.

⁴⁵ Ce sont bien entendu des modèles plus que sommaires...

⁴⁶ En ce sens, par ex., Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens...*, par Ph. Théry, n° 6, p. 15 ; J. Carbonnier, *Les biens...*, n° 46, p. 93.

⁴⁷ A. Viandier et Ch. de Lauzainghein, *Droit comptable*, 2e éd., Précis Dalloz, 1993, n° 339 et s., p. 272 et s. ; F. Pasqualini, *Le principe de l'image fidèle en droit comptable*, préf. E. du Pontavice, Litec, 1992, n° 396 et s., p. 319 et s.

Ainsi peut-on pour finir formuler un double souhait. Le premier est que la propension des juristes à l'abstraction serve à opérer une réinterprétation constructive de l'essence des concepts élaborés en considération des seules réalités matérielles ; mais, en sens inverse, on formera le vœu que l'abstraction ne devienne pas abusive, que les révolutions coperniciennes à l'origine de nos catégories ne soient que les signes annonciateurs d'autres révolutions, et qui sait, de régressions antécoperniciennes. Quel beau programme : revenir aux phénomènes sans forcément les classer ; revenir aux choses pour reconstruire notre ordre des choses...

4 rue de la Sorbonne
75005 Paris