

## **Association Henri Capitant - Journées espagnoles (2014)**

### **L’immatériel**

#### **Questionnaire 1 : Les biens et l’immatériel**

#### **Rapport préliminaire québécois<sup>1</sup>**

Gaële Gidrol-Mistral<sup>2</sup>

#### **Préambule : interrogations générales soulevées par le questionnaire espagnole**

Les biens immatériels envisagés dans ce questionnaire semblent appréhender la notion de bien immatériel sous l'angle des choses intangibles (information, savoir-faire, clientèle, portefeuille de valeurs mobilières), c'est-à-dire des choses au sens large, objet d'un droit de propriété, et non comme droits, les biens pouvant se résumer à des droits sur des objets de propriété<sup>3</sup>.

Nos réflexions envisageront les différentes questions sous 3 angles :

1. *La nature juridique du « bien immatériel » comme objet du droit de propriété en droit civil:* Qu'est-ce qu'un bien (chose vs. droit; utilité vs. valeur)? Qu'est-ce que l'immatérialité (immatériel vs. incorporel? immatériel vs. virtuel)? Et finalement qu'est-ce qu'un bien immatériel? Dans cette section, seront abordés les thèmes du questionnaire concernant la définition du bien immatériel et sa place dans la *summa divisio* (questions 1 et 5).
2. *Les sources de droit :* Quelles législations s'appliquent aux biens immatériels? Quelle place occupe le droit des contrats? Le droit commun des biens a-t-il vocation à agir à titre de droit subsidiaire? Dans cette section, seront traités les thèmes du questionnaire sur les législations en jeu et la place du droit commun des biens dans la régulation juridique et économique de ces biens (questions 2, 3, 4, 8, 17, 18).

---

1 Ce rapport pose les jalons d'une réflexion provisoire et ne constitue pas la version définitive du rapport qui sera soumis à publication dans les actes des travaux de l'Association Henri Capitant. Il sera notamment enrichi du fruit des discussions qui nourriront ces Journées espagnoles.

2 Professeure, Département des sciences juridiques, Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal.

3 En ce sens, Yaëll Emerich : « De plus en plus, la doctrine [...] québécoise considère qu'en réalité, les biens ne sont pas tant les choses que les droits dont les choses sont l'objet. », in *La propriété des créances*, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 469, Paris, L.G.D.J., 2007/Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, n°98 p. 59. Cette définition a été reprise dans le *Dictionnaire de droit privé et lexique bilingues, Les biens*, Centre Paul-André Crépeau de Droit Privé et Comparé, éd. Yvon Blais.

3. *Le régime juridique de la propriété des biens immatériels* : Les règles du droit commun des biens sont-elles adaptées à ces biens spéciaux? L'absence de corporéité, le caractère perpétuel et exclusif de la propriété, ou encore la dualité de l'aspect économique et moral des créations intellectuelles se prêtent difficilement aux règles de la propriété. Dans cette section, les règles du droit commun des biens concernant la cession, la possession, l'usucapion, l'accession mobilière, l'indivision, la constitution de sûreté, les successions ou encore l'extinction de la propriété seront confrontées à l'immatérialité des biens (questions 6, 7, 9, 10, 13, 14, 15, 16).

Toutes les questions (notamment 11 et 12) ne seront pas traitées puisque nous avons fait le choix de concentrer notre réflexion sur le droit commun des biens.

## Propos introductifs

Comme le soulignait Frédéric Zenati-Castaing, « [l]es biens constituent un domaine privilégié pour une réflexion sur l'immatériel »<sup>4</sup>. Les biens immatériels se multiplient, notamment à travers ce que la doctrine nomme parfois les « nouveaux biens »<sup>5</sup>. L'essor et la mondialisation des échanges, le développement de l'ère numérique ainsi que la modification des activités humaines et industrielles ont changé la préhension des choses sur lesquelles l'individu exerce une maîtrise juridique. Les objets du droit, source de richesse économique, ne sont plus cantonnés aux seules choses matérielles. La division des biens corporels et incorporels supplante peu à peu la célèbre division des biens meubles et immeubles pourtant omniprésente dans le Code civil du Québec, au point que certains auteurs se demandent si elle n'est pas devenue la nouvelle *summa divisio* du droit des biens<sup>6</sup>. La reconnaissance de la place grandissante des biens incorporels dans l'économie marchande est la conséquence d'une expansion créatrice de l'individu. « La production de nouvelles choses va devenir l'un des axiomes de base de l'activité humaine. Et la légitimité de cette production est si forte qu'elle nourrit une pression du même ordre en faveur de la réception juridique des dites créations »<sup>7</sup>.

La sphère de l'immatériel, catégorie résiduelle, se développe sans cesse, marquant les limites de la catégorie des choses corporelles. De nombreux auteurs appellent d'ailleurs à une nouvelle définition du concept de bien et l'immatérialité n'est pas étrangère à cette nouvelle approche. « [L]es biens peuvent être dépourvus de matérialité et même être de purs concepts (en l'occurrence produits par l'esprit juridique) »<sup>8</sup>. Les « biens immatériels » interpellent directement le droit des biens et de la propriété. Quelle est donc la nature de ces biens (1)? À quelles législations sont-ils soumis (2)? Peuvent-ils se voir appliquer, par analogie, le régime juridique du droit des biens, *a priori* mieux adapté au modèle des choses corporelles (3)? Délicates mais passionnantes questions.

## 1- Les « biens immatériels » sous la loupe des catégories du droit des biens : du dogme de la matière à l'émergence du paradigme de la valeur

---

<sup>4</sup> Frédéric Zenati, *L'immatériel et les choses*, Archives de philosophie du droit, tome 43, Le droit et l'immatériel, éd. Sirey 1999, p. 79.

<sup>5</sup> Sylvio Normand, *Les nouveaux biens* (issu du Rapport québécois, Association Capitant, La propriété 2004), Revue du Notariat, 2004, p. 177.

<sup>6</sup> En ce sens, Thierry Revet et Frédéric Zenati-Castaing, *Les biens*, 3<sup>ème</sup> ed. 2008, p. 91, n°45.

<sup>7</sup> Thierry Revet, *Les nouveaux biens*, Rapport français, Association Capitant, La propriété, 2004, p. 272.

<sup>8</sup> Thierry Revet et Frédéric Zenati-Castaing, *op. cit.*, p. 91, n°45.

Afin de vérifier si les « biens immatériels » sont soumis aux règles du *Code civil du Québec*, il convient préalablement de se demander si ces biens constituent une catégorie appréhendée par le droit civil. C’est en nous interrogeant sur les notions de choses, de biens (1-1) et d’immatérialité (1-2) que nous tenterons d’esquisser une définition du « bien immatériel » (1-3).

### 1-1/ Les « choses » et les « biens » en droit civil québécois

Alors que la notion de « chose » semble relever de la réalité, celle de « bien » est une pure construction doctrinale. D’ailleurs, le législateur ne la définit à aucun moment dans le code civil. L’entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* en 1994 (adopté en 1991) a été l’occasion de ranimer les débats concernant la définition juridique du « bien ». Le législateur a en effet substitué le mot « bien » à celui de « chose » dans certains articles du code civil, relançant l’opposition « bien » c. « chose ». La distinction des *res corporales* et des *res incorporales* du droit romain permet de distinguer les choses, nécessairement corporelles, des droits, qualifiés de biens incorporels<sup>9</sup>. Le dogme de la chose-matière l’aurait-il emporté? Une première conception met en effet en exergue la corporéité de la chose, le bien étant une chose corporelle susceptible d’appropriation<sup>10</sup>. Cependant, sous l’influence de quelques auteurs, une seconde conception a élargi le champ des biens aux droits, le bien étant un droit patrimonial<sup>11</sup>. L’association du bien et de l’immatériel permet de relancer le débat. Les choses ne sont pas nécessairement corporelles<sup>12</sup>. Elles peuvent être le fruit de l’activité humaine et industrielle. Ces entités abstraites sont des choses immatérielles<sup>13</sup> et, comme les choses corporelles, peuvent constituer des biens, objet du droit de propriété.

Comment ces choses deviennent-elles des biens ? C’est le rapport d’appropriation qui distingue les choses des biens, les biens étant les choses qui ont la qualité d’appartenir à quelqu’un<sup>14</sup>. Les choses sont donc des objets du droit non encore appropriées (*res nullius* et *res derelictae*) ou non appropriables (*res communes*), alors que les biens sont les choses ou les droits qu’il est utile de s’approprier. Le critère de l’utilité englobe à la fois l’utilité juridique (services) et l’utilité économique (rareté, valeur d’échange). Toute chose utile et rare, donc douée de valeur, serait un bien susceptible d’appropriation<sup>15</sup>. Si le critère de l’utilité joue pleinement son rôle concernant les choses corporelles, la notion de valeur semble l’emporter sur celle d’utilité lorsqu’il s’agit des biens incorporels (droits patrimoniaux et choses immatérielles).

Le questionnement sur l’immatériel oppose deux visions du droit. Celle qui associe le droit à la réalité matérielle et tangible du monde qui nous entoure : les biens marchands, objets corporels, qui ont vu leur domaine augmenter de manière exponentielle. Le critère de l’utilité juridique et économique, repris par le législateur québécois<sup>16</sup>, a permis au droit d’embrasser une masse toujours plus grande de biens soumis au domaine de l’appropriation privative puisque c’est l’utilité (peut-être nuancer, car l’eau

<sup>9</sup> Le dictionnaire de droit privé du centre Paul André Crépeau met en avant cette dualité, *Dictionnaire de droit privé et lexique bilingues, Les biens, op. cit.*

<sup>10</sup> Madeleine Cantin-Cumyn et Michelle Cumyn pour qui le bien est une chose matérielle susceptible d’appropriation in *La notion de biens*, Mélanges François Frenette, p. 127 et svt.

<sup>11</sup> Yaëll Emerich in *La propriété des créances*, pour qui le bien est un droit patrimonial, *op. cit.* Le dictionnaire de droit privé privilégie également cette conception puisqu’il commence par ce sens pour définir le terme « Bien », *Dictionnaire de droit privé et lexique bilingues, Les biens, op. cit.*

<sup>12</sup> Thierry Revet et Frédéric Zenati-Castaing, *op. cit.* p. 99, n°53.

<sup>13</sup> *Infra.* En ce sens également, Thierry Revet et Frédéric Zenati-Castaing, *op. cit.* p. 99, n°53.

<sup>14</sup> Ou qui l’ont été (ex. les biens perdus ou abandonnés) ; ou qui appartiennent à un patrimoine d’affectation.

<sup>15</sup> Ejan Mackaay, « La propriété est-elle en voie d’extinction ? » in *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du colloque, Faculté de droit de l’Université de Montréal, 9 et 10 novembre 1989, ed. Themis, Litec 1991, p. 217 et svt.

<sup>16</sup> Madeleine Cantin-Cumyn et Michelle Cumyn, *op. cit.*

est très « utile », mais pas susceptible d'appropriation)<sup>17</sup> qui fait de la chose un bien susceptible d'appropriation<sup>18</sup>. À cette vision « matérialiste » des biens s'oppose une vision plus abstraite qui voit dans le droit une construction intellectuelle: un bien n'est bien que parce que le droit lui imprime certaines qualités qu'il juge essentielles à cette catégorie. Le bien ne précède pas le droit [ici, il y a une difficulté, il me semble, car tu sembles opposer les biens qui seraient des biens « par nature » et ceux qui le seraient « par effet de la loi ». Or, dans les deux cas, ils sont dans la catégorie « bien » par l'effet de la loi. Le critère qui les distingue c'est la matérialité préalable, il me semble]. C'est le droit qui crée le bien. Or, rien ne s'oppose à ce que le droit conceptualise ce qui échappe aux sens. La théorie qui fait des droits patrimoniaux des biens participe de cette vision. Le droit est conceptuellement un bien parce qu'il présente les caractéristiques de rattachement de cette catégorie juridique. Le droit peut donc étendre sa main sur tous les biens qui participent à la construction des rapports sociaux-économiques, que ces biens soient des droits patrimoniaux, des choses corporelles ou immatérielles. Dès lors qu'un droit peut être un bien, pourquoi ne serait-il pas envisageable de considérer que certaines choses immatérielles, choses que l'esprit peut appréhender malgré leur intangibilité, ne soient pas considérées également comme des biens?

Quel serait donc ce critère de rattachement qui permet à ces entités immatérielles d'être qualifiées de biens ? La catégorie juridique des biens, comme toute catégorie juridique élaborée par la doctrine, peut voir ses critères de rattachement évoluer. Partant du constat que certaines choses, qui aspirent à entrer dans la sphère juridique, pourraient échouer aux critères doctrinaux classiques du droit des biens, notamment au regard de l'absence de corporéité, certains auteurs n'ont pas hésité à repenser le critère de rattachement à la catégorie des biens pour mettre en exergue celui de valeur<sup>19</sup>. La notion de valeur est complexe. La valeur est une notion économique avant d'être juridique<sup>20</sup>; La notion juridique de « valeur » permet aux biens d'entrer dans le commerce juridique. En droit québécois, une partie de la doctrine reconnaît que si le droit de propriété fait d'une chose un bien, il peut tout autant faire d'un droit un bien, le terme de bien englobant à la fois les choses corporelles et les droits patrimoniaux. Les développements de Yaëll Emerich sur la propriété des créances ont introduit cette thèse de la propriété des droits en droit québécois<sup>21</sup>. Cette conception marque un premier pas dans la rupture du droit des biens et de la matière puisque les droits, par essence, sont une construction intellectuelle et, par là-même, ressortent du domaine de l'immatériel. Mais le paradigme de la valeur permet d'appréhender toute la richesse de l'activité humaine et industrielle. Le bien, corporel ou non, comporte une notion arithmétique purement conceptuelle<sup>22</sup> représentée par sa valeur. Dès lors, la valeur est une abstraction qui fait de toute chose un bien sur lequel un droit de propriété peut s'exercer, peu importe le caractère corporel ou incorporel du bien. L'introduction de la notion de valeur comme qualité essentielle des

---

<sup>17</sup> Certaines choses, bien qu'utiles, ne sont pas des biens. Ainsi, l'eau est une *res communes* (article 913 du C.c.Q.) non soumis à l'appropriation. Mais l'exception posée à l'alinéa 2 remet en cause cette qualité de chose non appropriable.

<sup>18</sup> « Les biens sont des choses dont l'utilité justifie l'appropriation. », Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, PUF 2008, p. 18 n<sup>o</sup>2.

<sup>19</sup> L'idée de valeur en droit n'est pas nouvelle. En ce sens Dabin : « Tout rapport de droit se noue nécessairement autour d'un objet ayant pour le titulaire une certaine valeur, économique ou morale », Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz 2008, p.199.

<sup>20</sup> Ainsi, un droit extra-patrimonial a une « valeur » lorsqu'on y porte atteinte et que l'on quantifie cette atteinte. C'est cette valeur qui lui permet de se patrimonialiser.

<sup>21</sup> Cette définition est reprise par le dictionnaire de droit privé du Centre Paul-André Crépeau.

<sup>22</sup> Frédéric Zenati, *L'immatériel et les choses*, *op. cit.*, p. 90-91. Pour Catherine Krief-Semitko, « [u]ne valeur subjective, comme le prix ou la valeur vénale sont comme le vent, sans consistance. Elle ne présente aucune tangibilité, même simplement abstraite ou conceptuelle. Or, la valeur que nous cherchons à définir doit pouvoir être réifiée », Catherine Krief-Semitko, *La valeur en droit civil français. Essai sur les biens, la propriété et la possession*, L'Harmattan 2009. p. 8.

biens<sup>23</sup> ferait des biens une valeur économique susceptible d’appropriation<sup>24</sup>, sans égard à la nature de ces biens, choses corporelles ou immatérielles, droits réels ou personnels.

Ainsi, c’est la valeur, et non plus la matière, qui conférerait son utilité au bien (valeur marchande/valeur d’échange) : un bien est une chose (au sens large d’objet de droit) qu’il est utile juridiquement de s’approprier parce qu’elle a intrinsèquement une valeur. Cette analyse a le mérite de mieux rendre compte de cette nouvelle réalité économique, confrontée à une dématérialisation galopante de la richesse. Dès lors, le droit de propriété ne serait plus limité par la corporéité des choses puisqu’il aurait vocation à embrasser tout ce qui a une valeur. « Le mot bien pourrait alors se définir comme une chose ayant une valeur économique et susceptible d’être appropriée »<sup>25</sup>. Cette définition, qui permet de dépasser le carcan de la corporéité des biens<sup>26</sup>, adopte une conception intellectuelle de l’objet du droit de propriété qui, par l’entremise de la valeur, cristallise l’assiette de l’objet du droit de propriété, pourtant totalement dématérialisée<sup>27</sup>.

## 1-2/ Immatérialité et dématérialisation ou l’abstraction saisie par le droit

L’immatérialité en droit des biens n’est pas récente. La catégorie des *res incorporales* montre que le droit romain prenait déjà en compte l’abstraction des biens<sup>28</sup>. La modernité a cependant accéléré ce processus sous l’impulsion d’une part de la dématérialisation des fortunes (dématérialisation de la monnaie, des valeurs mobilières et actifs financiers, voire du patrimoine composé de droits patrimoniaux) et d’autre part d’une production foisonnante de biens nouveaux issue des activités humaines et industrielles (brevet, marque, œuvres d’art, clientèle, savoir-faire) totalement désincarnés. La poussée tentaculaire d’internet a également participé plus récemment à ce mouvement en intégrant à l’immatériel des biens issus de l’espace virtuel. Ces virtualités, qui génèrent une économie marchande importante<sup>29</sup>, seraient des biens incorporels, droits ou bien immatériels<sup>30</sup>, soumis, a priori, au droit commun des biens<sup>31</sup>.

Le développement des activités marchandes, industrielles et humaines ont largement participé à la déconnexion de nombreux biens de tout support matériel. Dématérialisation des choses corporelles tout d’abord. Mais aussi création de biens immatériels. C’est le cas notamment des titres financiers ou encore des valeurs mobilières dont la simple écriture informatique permet la circulation. C’est aussi un nombre croissant d’actifs des entreprises (quotas, appellation d’origine contrôlée, marque, nom, fonds de commerce, clientèle, savoir-faire, informations confidentielles) qui, en raison de leur grande valeur économique, constituent une assise importante du crédit et du droit de gage général des créanciers.

---

<sup>23</sup>Catherine Krief-Semtko, *op. cit.* La valeur, comme élément de définition du bien, est reprise par Aurore Ben Adiba, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels, Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, Thèse Montréal/Paris, 2012. Cf également en ce sens Yaëll Emerich, *La propriété des créances, Approche comparative, op. cit.*

<sup>24</sup>Aurore Ben Adiba, *op. cit.* p. 206 et suivantes.

<sup>25</sup>Aurore Ben Adiba, *op. cit.* p. 222, n° 249.

<sup>26</sup>Aurore Ben Adiba, *op. cit.* p. 18, n° 2.

<sup>27</sup>J.E.C. Brierley, « *Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec* », 1995, 1 R.I.D.C 33.

<sup>28</sup> « [L]es biens peuvent être dépourvus de matérialité et même être de simples concepts. », Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens, op. cit.* n°45.

<sup>29</sup>Stéphane Gilker et Charles Lupien, *Le droit de propriété dans les mondes virtuels en droit civil québécois, Développements récents en droit du divertissement*, p. 155 et suiv., volume 311, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2009.

<sup>30</sup>Paul Chênevert, *La propriété dans les univers virtuels : un droit réel ou un droit personnel ?*, Repère 2012, EYB2012REP1266, ed. Yvon Blais.

<sup>31</sup>Stéphane Gilker et Charles Lupien, *op. cit.*

C’est encore la poussée des droits de la personnalité et leur patrimonialisation qui accroît la sphère de l’immatériel, la voix ou l’image étant parfois perçus comme des biens immatériels en raison de leur valeur patrimoniale<sup>32</sup>.

Ce phénomène se heurte aux règles du droit des biens mieux adaptées à la matérialité des choses. Dès lors, la tentation d’imprimer une marque matérielle aux biens immatériels est grande. Le législateur québécois n’a ainsi pas hésité à qualifier l’énergie et les ondes (choses intangibles, en ce sens qu’elles ne sont pas perceptibles par les sens) de biens corporels à l’article 906<sup>33</sup>. Cette présomption irréfragable de corporéité montre l’embarras des juristes face à l’immatérialité des choses. Cette re-matérialisation conceptuelle des biens, par un recours à une empreinte corporelle, permet de projeter plus facilement les règles du droit des biens sur ces biens immatériels. L’image du portefeuille de valeurs mobilières permettant de mieux saisir l’idée de cette universalité de créances participe de ce mouvement. Le même constat peut être dressé pour le titre, qui matérialise les actifs financiers, y compris lorsqu’ils ont été dématérialisés. Parfois, le phénomène dépasse la simple projection intellectuelle, le support et le bien étant alors confondus afin d’assimiler les actifs constatés dans des titres à des biens corporels<sup>34</sup>. La jurisprudence entretient également cette tendance. Les juges n’ont pas hésité pas à recourir à la notion de support matériel pour saisir certains biens immatériels comme l’information<sup>35</sup> ou le savoir-faire (*know-how*). Ainsi, les juges de la Cour d’appel du Québec ont pu relever que :

« Comme le **know-how** est essentiellement une connaissance technique, c'est-à-dire **une oeuvre intellectuelle et immatérielle qui se manifeste au moyen d'un support matériel**, nous pouvons donc le classer comme étant un **bien meuble incorporel** » [nous avons mis en gras]<sup>36</sup>.

Par-delà de ces quelques exemples, qui ont déjà fait l’objet de discussions de la doctrine<sup>37</sup>, deux modalités de la propriété du droit québécois montrent l’existence d’un lien entre l’immatériel et sa représentation matérielle: il s’agit de la quote-part de la copropriété indivise et de la fraction de la copropriété divise qui, en raison de l’application des règles du droit de la propriété, illustrent particulièrement bien cette idée que l’application des règles du droit des biens est facilitée par l’empreinte corporelle de ces biens. La quote-part indivise fait désormais l’objet d’un droit de propriété exclusif de l’indivisaire qui est la meuse de son droit de propriété sur le bien tenu en indivision<sup>38</sup>. Projection intellectuelle de la valeur du bien de l’indivisaire, la quote-part indivise constitue un bien puisque le législateur la soumet au droit de propriété exclusif de l’indivisaire (article 1015 C.c.Q.). Or les biens sont les objets du droit soumis à l’appropriation. La quote-part ne peut être assimilée à un bien corporel puisque, avant l’opération du partage, il est impossible de déterminer le lot qui sera matériellement soumis au droit de propriété exclusif de l’indivisaire. La quote-part est-elle un droit personnel, un droit réel ou un bien immatériel? La quote-part est une pure création de l’esprit qui repose sur la valeur du droit de l’indivisaire dans le bien. Mais elle est un peu plus que cela. En effet, à

<sup>32</sup> Elise Charpentier, « *Entre droits de la personnalité et propriété, un cadre juridique pour l’image des choses ?* », (2009) R. J. T. 531.

<sup>33</sup> Article 906 du Code civil du Québec : « Sont **réputés meubles corporels les ondes ou l’énergie** maîtrisées par l’être humain et mises à son service, quel que soit le caractère mobilier ou immobilier de leur source » [nos mis en gras].

<sup>34</sup> C’est le cas, en droit québécois, des titres aux porteurs qui incorpore le droit de créance.

<sup>35</sup> Jean-Christophe Galloux évoquait ainsi à propos de l’information une réalité « matérielle et incorporelle », Jean-Christophe Galloux, *Ébauche d’une définition juridique de l’information*, D. 1994, chron. spec. p. 233.

<sup>36</sup> *Gaudreau c. 9090-2438 Québec inc.*, 2007 QCCA 1254.

<sup>37</sup> Sur un état de la question, cf Daniel Gutmann, *Du matériel à l’immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique*, Arch. Phil. Droit 43 (1999) p. 65 à 78.

<sup>38</sup> Article 1015 alinéa 2 du Code civil du Québec : « **Chacun des indivisaires a, relativement à sa part, les droits et les obligations d’un propriétaire exclusif. Il peut ainsi l’aliéner ou l’hypothéquer, et ses créanciers peuvent la saisir.** » [nos mis en gras].

Montréal notamment, l’indivision permet d’acquérir un appartement à usage d’habitation dans un ensemble immobilier qui compte plusieurs appartements. Chaque indivisaire dispose d’un droit de jouissance exclusive sur l’appartement qu’il occupe (ou qu’il loue). L’indivisaire projette cet appartement sur sa quote-part, occultant son droit indivis, exercé concurremment avec les autres indivisaires sur le bien indivis. Dès lors, les indivisaires ne perçoivent pas leur quote-part comme un droit patrimonial, mais comme une chose, cristallisée par l’assiette de leur droit de jouissance exclusive. La quote-part, projection intellectuelle, devient une manifestation tangible de cet objet immatériel sur lequel porte leur droit de propriété exclusif. La fraction de la copropriété divise reproduit ce même phénomène. La fraction est, selon l’article 1047 du Code civil du Québec, « **une entité distincte** et peut faire l’objet d’une aliénation totale ou partielle ». Elle comprend le droit de propriété sur la partie privative, le droit de propriété indivis sur la quote-part des parties communes afférentes à la fraction, ainsi que le droit d’usage exclusif des parties communes à usage restreint. La fraction s’apparente plus à une chose immatérielle qu’à un droit patrimonial. En effet, la fraction, matérialisée par la délimitation spatiale de la partie privative et des parties communes, est perçue par les copropriétaires comme un bien concrétisé par l’assiette de leur droit. La fraction, laissant son empreinte matérielle, se qualifie mieux en tant que propriété immatérielle, au sens objectif du terme. Dans ces deux exemples, le droit de propriété exclusif s’exerce sur une universalité, qui porte la marque de sa matérialité. Les règles du droit des biens n’ont donc aucun mal à s’appliquer malgré l’immatérialité des biens.

Finalement, tout se passe un peu comme si, par-delà leur immatérialité, ces biens laissent une trace de leur matérialité grâce à un support (titre) ou un artefact (image). Ainsi, un peu à la façon des archéologues, les juristes cherchent une trace de la matérialité de ces biens afin de faciliter la saisie par le droit de ces biens immatériels.

### 1-3/ Le « bien immatériel », entité incorporelle

Les biens immatériels font-ils partie de la catégorie des biens incorporels ou sont-ils autre chose que le droit devra conceptualiser? Leur intégration à la catégorie des biens incorporels les qualifie *de facto* comme appartenant à la *summa divisio* romaine. Nous pensons qu’un raisonnement par analogie, les biens immatériels étant une sous-catégorie des biens incorporels, est plus conforme à la réalité juridique et qu’il n’est nul besoin de recourir à un raisonnement par néologie qui ferait de la catégorie des biens immatériels un nouveau concept non encore appréhendé par les catégories du droit civil.

Le législateur en 1994 a consacré la distinction des biens corporels et incorporels dans le livre 4 « Des biens »<sup>39</sup>. L’intégration de l’incorporel dans la catégorie des biens sur lesquels un droit de propriété peut s’exercer (*res incorporales*) oppose le donné au construit. Selon Gaius, « *les choses incorporelles sont celles que l’on ne peut toucher, comme celles qui consistent en des droits* »<sup>40</sup> [nos mis en gras]. La catégorie des *res incorporales* comprend donc les droits mais elle ne s’y limite pas (« comme » permet de déduire le caractère exemplatif des droits). A Rome, on retrouve les choses corporelles (*res corporales*) ainsi que les droits, créations de l’intelligence humaine (*res incorporales*). Le droit de propriété (en tant que *dominium*, puissance du sujet sur son objet) s’applique tant aux choses corporelles qu’aux choses incorporelles. Les créations intellectuelles et humaines sont d’ailleurs un vivier abondant et en perpétuelle évolution de valeurs économiques qui constituent une très grande partie des richesses tant des particuliers que des entreprises. Ces biens incorporels comprennent-ils

<sup>39</sup> Article 899 du Code civil du Québec : « Les biens, **tant corporels qu’incorporels**, se divisent en immeubles et en meubles » [nos mis en gras].

<sup>40</sup> Gaius, *Les Institutes*, II, 14.

seulement des droits<sup>41</sup> ou aussi des biens immatériels, miroir des choses corporelles dans le monde intangible des richesses immatérielles (clientèle, savoir-faire ou encore fraction de copropriété divise).

La notion de « bien immatériel », tant par son rapport au bien (chose, valeur) que par son rapport à l'immatériel (incorporéité, réalité immatérielle), est difficile à cerner. Aucune définition n'est venue préciser en droit québécois la notion de « bien immatériel ». Majoritairement, la doctrine assimile les biens immatériels aux biens incorporels<sup>42</sup>, notamment parce que les auteurs québécois adoptent une définition extensive du bien qui, comme le souligne Sylvio Normand, accorde un place considérable à l'abstraction<sup>43</sup>. Une analyse non exhaustive du recours par la doctrine et la jurisprudence à l'utilisation des termes « biens immatériels » laisse cependant apparaître une notion éclatée qui revêt plusieurs réalités économiques et juridiques. Les biens immatériels sont les valeurs mobilières<sup>44</sup>, les actifs financiers non matérialisés par un titre<sup>45</sup>, la clientèle professionnelle<sup>46</sup> ou commerciale<sup>47</sup>, les droits de créance<sup>48</sup>, le savoir-faire<sup>49</sup>, les droits issus de la propriété intellectuelle<sup>50</sup> tels les créations intellectuelles<sup>51</sup> et les droits intellectuels (droits d'auteur). Mais cette notion est aussi utilisée pour désigner des revenus<sup>52</sup>, notamment de services<sup>53</sup> à des fins fiscales ou encore les parts sociales des entreprises<sup>54</sup> et le statut d'actionnaire<sup>55</sup>.

Si la doctrine civiliste éprouve parfois quelques difficultés à appréhender les biens à travers le critère de la valeur<sup>56</sup>, la pratique et les juges tiennent souvent compte, au moins intuitivement, de la valeur économique du bien<sup>57</sup>. Les biens virtuels constituent une illustration pertinente de ces nouveaux biens immatériels. Les « biens virtuels » dévoilent sans ambages leur immatérialité<sup>58</sup>. Ils s'opposent aux biens corporels, perceptibles par les sens, sans nécessairement se résumer à un droit patrimonial (la

---

<sup>41</sup> *O'Leary Funds Management, l.p. c. Boralex inc.*, 2010 QCCS 5104 : les parts sociales sont des biens meubles incorporels en ce qu'elles confèrent des droits.

<sup>42</sup> Yaëll Emerich et Aurore Ben Adiba assimilent dans leurs thèses de doctorat le bien immatériel à un bien incorporel, *op. cit.*

<sup>43</sup> Sylvio Normand, *Introduction au droit des biens*, 2000, ed. Wilson et Lafleur, p. 46.

<sup>44</sup> Aurore Ben Adiba, *op. cit.*

<sup>45</sup> *Miller c Miller*, 2003 NBCA 37 (CanLII).

<sup>46</sup> Loi sur la concurrence, LRC 1985, c C-34; Aurore Ben Adiba, *op. cit.*

<sup>47</sup> Aurore Ben Adiba, *op. cit.*

<sup>48</sup> *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c Blouin*, [2003] 1 RCS 666 concernant des créances non représentées par des titres négociables ; Alain Olivier, « Procédure civile – Splendeurs et misères de la procédure allégée : faut-il procéder par déclaration ou par requête en matière de louage? » *Revue du Barreau*, 1997, EYB1997RDB71 : « La **créance, bien immatériel**, ne représente pas nécessairement une somme d'argent » [nos mis en gras].

<sup>49</sup> *Gaudreau c. 9090-2438 Québec inc.*, *op. cit.*

<sup>50</sup> Loi sur les brevets, LRC 1985, c P-4.

<sup>51</sup> *Ridout & Maybee LLP c Corsonnel Corp.*, 2007 CanLII 80944 (CA COMC).

<sup>52</sup> *Gaudet c Agence de revenue du Québec*, 2013 QCCQ 11925, *Canada c Robertson*, 2012 CAF 94; *Assinew c La Reine*, 2012 CCI 24 (CanLII).

<sup>53</sup> *Société en commandite 5257 Garnier c Lapointe*, 12 0640 régie du logement : la notion de service réfère à la prestation offerte par une personne qui fournit **des biens immatériels** notamment les services offerts par un portier, un gardien de sécurité, un animateur ou un préposé aux automobiles dans le garage de l'immeuble [nos mis en gras].

<sup>54</sup> Bernard Laroche, « Droit spécialisé des contrats, Volume 1 : Les principaux contrats : la vente, le louage, la société et le mandat, 2000 », *Société en nom collectif*, EYB2000DSC38 : « Or, dans les sociétés en nom collectif, la part sociale est un **bien immatériel rarement représenté par un titre ou un certificat de part** » [nos mis en gras].

<sup>55</sup> Les tribunaux ont admis que le statut d'actionnaire est un bien meuble incorporel qui existe dès que la société décide de l'émettre, qu'un certificat confirmant son existence soit émis ou non. Cf *Côté c. Côté*, 2014 QCCA 388.

<sup>56</sup> Une partie de la doctrine québécoise est favorable à la vision materialiste de la propriété.

<sup>57</sup> *Gaudreau c. 9090-2438 Québec inc.*, *op. cit.*

<sup>58</sup> Vanessa Pinto-Hania, *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, 2011, p. 22, n°5.



robe dessinée par un designer ou l’immeuble virtuel sont des objets immatériels)<sup>59</sup>. Dématérialisés, ils désignent des valeurs économiques issues de la sphère internet. Si l’on reconnaît que la valeur permet d’attribuer aux choses un statut de biens alors ces biens virtuels constituent des biens pour le droit civil<sup>60</sup>.

Assimilés à la catégorie des biens incorporels, les biens immatériels pourraient n’être perçus que comme des droits patrimoniaux. Ce serait perdre de vue que certaines choses, fruits de l’activité humaine et industrielle, sont des réalités abstraites<sup>61</sup> ne se réduisant pas à des droits (sauf à reconnaître que seuls les droits sont en réalité soumis à la puissance propriétaire, qu’ils aient pour socle une chose corporelle ou un droit, ce que nous réfutons<sup>62</sup>). Les biens immatériels dépassent cette conception. Ainsi, la catégorie des biens incorporels englobe à la fois les droits patrimoniaux et les choses immatérielles, entendues dans le sens de choses qui n’ont pas de substance corporelles. Les biens immatériels sont donc des choses immatérielles<sup>63</sup>. Non perceptibles par les sens, ces choses immatérielles s’opposeraient aux choses dites corporelles<sup>64</sup>.

La catégorie des biens incorporels étant résiduelle, elle a vocation à accueillir tout ce qui n’entre pas dans celle des biens corporels. L’article 899 du Code civil du Québec précise que les **biens** meubles ou immeubles **sont corporels ou incorporels**<sup>65</sup>. Ainsi, les biens immatériels (biens virtuels, clientèle), s’ils sont des biens (parce qu’ils ont une valeur et non parce qu’ils sont des droits), entrent dans la catégorie des biens incorporels et font partie de la *summa divisio* des biens corporels/incorporels. Le législateur québécois reconnaît dès lors l’application des règles du droit des biens (acquisition, modalité, démembrements et extinction) à tous les biens, quelles que soient leurs natures (choses corporelles, droits ou biens immatériels). Cependant, une recherche des sources de droit applicables à ces biens immatériels montre qu’ils sont l’objet de dispositions éparées, révélant une mosaïque de régimes juridiques.

## 2- Les biens immatériels sous le microscope du droit : un régime juridique éclaté

Le développement constant de nouveaux biens et leur hétérogénéité rendent difficiles la photographie exhaustive de l’état du droit des biens immatériels. Bien que des dispositions spécifiques existent (2-1), elles n’ont pas vocation à appréhender l’intégralité de ces nouveaux biens, en perpétuelle évolution et qui révèlent de multiples visages. C’est pourquoi, le droit des biens va pouvoir s’immiscer dans les relations entre les individus et ces biens immatériels et jouer son rôle de droit commun (2-2).

### 2-1/La mosaïque des règles applicables aux biens immatériels

De nombreuses dispositions législatives, tant fédérales que provinciales, règlent certains

---

<sup>59</sup> Stéphane Gilker et Charles Lupien, *Le droit de propriété dans les mondes virtuels en droit civil québécois*, op. cit. ; Paul Chênevert, op. cit.

<sup>60</sup> Stéphane Gilker et Charles Lupien, *Le droit de propriété dans les mondes virtuels en droit civil québécois*, op. cit.; Paul Chênevert, op. cit.

<sup>61</sup> Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens*, op. cit. n°45

<sup>62</sup> En ce sens également, Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, op. cit.

<sup>63</sup> Aurore Ben Adiba recourt à la notion de bien immatériel pour certains biens incorporels qui ne sont pas *stricto sensu* des droits (clientèle civile, savoir-faire, information), op. cit. p. 230 à 279.

<sup>64</sup> Sylvio Normand, op. cit. p. 47 : « Toutes les choses ne connaissent pas forcément d’existence physique ». Egalement, François Frenette : « Tout ce qui existe à l’état concret ou abstrait est une chose », *Commentaires sur le rapport de l’O.R.C.C. sur les biens*, 1977, 17 C.de D. 991.

<sup>65</sup> Leur rattachement à la catégorie des meubles et immeubles est discutable, mais tel n’est pas l’objet de cette réflexion. En ce sens, Daniel Gutmann, op. cit., p. 69.

biens immatériels à forte valeur économique (valeurs mobilières, brevets, droit d’auteur), laissant apparaître un mélange de plusieurs législations. À titre d’exemples, nous avons pu relever ces différentes lois :

- Propriété intellectuelle (brevet, droit d’auteur)
  - *Loi sur les brevets*, LRC 1985, c P-4
  - *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42
  - *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ c C-1.1
- Clientèle
  - *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34
- Nom/marque
  - *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, c T-13
- Information
  - *Loi sur la protection de l'information*, LRC 1985, c O-5
  - *Loi sur l'accès à l'information*, LRC 1985, c A-1
- Sites web
  - *Loi sur le commerce et l'information électroniques*, CPLM c E55
  - *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ c C-1.1
  - *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, LC 2000, c 5
- Valeurs mobilières
  - *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ c V-1.1
  - Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés, chapitre T-11.002

En raison de leur grande hétérogénéité, le droit a dû s’adapter aux différentes formes de biens incorporels (droits patrimoniaux et/ou biens immatériels). Ces adaptations ont parfois donné lieu à l’adoption de législations spécifiques (propriétés intellectuelles et industrielles, droit d’auteur, valeurs mobilières) ainsi qu’à un recourt au droit des contrats, notamment pour tenir en échec le droit commun des biens non adapté à certaines spécificités de ces activités humaines et industrielles. Le rôle du droit des contrats dans le contrôle de l’exploitation des utilités économiques de ces biens est extrêmement important<sup>66</sup>. Les cessions de clientèles professionnelles ou encore de savoir-faire sont très souvent encadrées par des clauses de non concurrence et par l’obligation de loyauté. Mais lorsque ni la législation spécifique ni le contrat ne viennent régler le sort de ces biens, peut-on s’en remettre aux règles du droit commun des biens ?

## **2-2/ La subsidiarité du droit commun des biens : le *jus commune***

Bien que le *Code civil du Québec* ait reconnu la place grandissante des biens incorporels, notamment à travers la consécration des biens incorporels à l’article 899 du C.c.Q., ses règles continuent à s’intéresser majoritairement aux biens corporels immobiliers ou mobiliers (seuls 9 articles du Code concernent spécifiquement les biens incorporels). A défaut de dispositions spéciales, le *Code civil du Québec* peut-il jouer son rôle de droit commun? La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* semble affirmer la vocation du code à représenter le *jus commune*. En effet, le législateur précise que :

---

<sup>66</sup> Le rôle du droit des contrats sur ces biens immatériels est l’objet du questionnaire sur l’immatérialité et le contrat.

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, **le droit commun**. En ces matières, **il constitue le fondement des autres lois** qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger [nos mis en gras].

Si le droit civil a une vocation de *jus commune* et de droit résiduel, l’hétérogénéité des biens immatériels ainsi que leur spécificités rendent-ils possible une réflexion générale du droit des biens sur l’immatériel ? Au moins à titre méthodologique, la réflexion en droit commun des biens permettra de révéler quels sont points de friction entre ces biens et le droit commun des biens.

L’article 947 du *Code civil du Québec* définit le droit de propriété comme un droit s’exerçant sur **un bien**. Le législateur ne semble donc pas faire de distinction quant à la nature des biens en cause (corporels ou incorporels). Ainsi les droits, en tant que biens incorporels, peuvent être objet d’un droit de propriété. Cette conception élargie de l’objet du droit de propriété a été soutenue par Yaëll Emerich dans sa thèse sur la propriété des créances<sup>67</sup>. En droit québécois, une partie de la doctrine reconnaît la propriété des droits. La dématérialisation des richesses conduit d’ailleurs à envisager un avenir prometteur à cette alliance de la propriété et de la créance, objet d’un droit de propriété. Ainsi, tant l’histoire que l’économie convergent vers la reconnaissance d’une nature de bien aux créances. C’est cette direction que le récent *Code civil du Québec* semble avoir adoptée. Tout autant que la propriété matérielle, la propriété des créances peut prétendre à l’application des règles du droit des biens<sup>68</sup>. Longtemps cachée sous le manteau de la titularité (droit personnel), la propriété des créances n’a pas une nature distincte de celle de la propriété des corps. Simplement, de même que le régime juridique de la propriété s’adapte aux biens meubles ou immeubles qui en sont l’objet, le régime de la propriété des créances épouse la particularité de l’objet immatériel que sont les « biens-créances »<sup>69</sup>. Aurore Ben Adiba a poursuivi ce sillon dans une thèse portant sur les sûretés des biens incorporels dans laquelle elle démontre que les biens immatériels (valeurs mobilières, clientèles, savoir-faire), en tant que biens incorporels, sont soumis aux règles d’acquisition de la propriété comme à celles des sûretés, y compris lorsque ces sûretés exigent une dépossession.

Certains biens immatériels, reposant sur un rapport propriétaire, font l’objet d’une reconnaissance timide de l’application des règles du droit de la propriété en droit québécois. Les valeurs mobilières et instruments ou actifs financiers, comme n’importe quel bien corporel, sont l’objet d’appropriation. Cependant, les valeurs mobilières comme les actifs financiers semblent renouer avec une composante matérielle illustrée par l’image du portefeuille de valeurs mobilières ou le titre. La *Loi uniforme sur le transfert des valeurs mobilières* (LTVM) maintient en effet la tradition (délivrance) comme mode de transfert des valeurs mobilières représentées par un titre (articles 55 et 56 de la loi), ce qui tend à démontrer que la thèse de l’incorporation du droit dans le titre n’a pas entièrement disparu au Québec, même si elle est combattue par une large partie de la doctrine<sup>70</sup>. D’ailleurs, les termes « remise » et « détention » pour le gage des valeurs mobilières (art. 2702 C.c.Q.) accèdent la persistance de la thèse de l’incorporation. De plus, la loi a aucun moment ne qualifie le titulaire ou l’acquéreur de titres ou de valeurs mobilières de propriétaire, la question juridique de la propriété des

---

<sup>67</sup> Yaëll Enmerich, *op. cit.*

<sup>68</sup> Yaëll Enmerich, *op. cit.*

<sup>69</sup> Yaëll Enmerich, *op. cit.*

<sup>70</sup> Aurore Ben Adiba, *op. cit.* p. 246, n°302.

valeurs ayant été volontairement écartée par le législateur<sup>71</sup>. La propriété des créances, bien que reconnue en doctrine, reste quant à elle assez peu utilisée en pratique, le modèle du droit de créance (droit personnel) continuant à primer. Quant à la clientèle, le droit québécois semble admettre qu’elle puisse être considérée comme un bien susceptible d’appropriation et de garanties hypothécaires, mais là encore, non sans quelques réserves. La clientèle professionnelle est un actif (valeur économique) pouvant faire l’objet d’un contrat de cession sous réserve cependant du respect de la liberté de choix du patient et du droit au soin, principes protégés par les juges québécois<sup>72</sup>. Concernant plus particulièrement la clientèle commerciale (ou achalandage), il s’agirait plutôt de la cession des informations confidentielles contenues dans le dossier client qu’une véritable cession de clientèle<sup>73</sup>. Cependant, les deux clientèles représentant une valeur économique importante, elles peuvent être envisagées comme des bien appropriés faisant partie du patrimoine de leur propriétaire, qui à ce titre, peut les céder ou les mettre en gage<sup>74</sup>. Mais, là encore, les tribunaux ne se prononcent que rarement sur la propriété de la clientèle commerciale ou professionnelle et recourent aux notions de concurrence déloyale ou encore de non-respect de l’obligation de loyauté pour régler les litiges.

Le malaise des tribunaux pour appréhender ces biens sous l’angle du droit de propriété ne doit pas occulter la question. Celle-ci demeure pertinente au regard de la dématérialisation croissante des biens marchands mais aussi des critiques que suscitent le modèle hégémonique de la propriété exclusive des biens corporels.

### **3- Les biens immatériels confrontés au droit des biens : domination ou éclatement du modèle propriétaire**

« Le cantonnement de la propriété et des biens à l’univers matériel est un leurre dû à la connaissance empirique de la matière que se propose de régir le droit »<sup>75</sup>. En droit québécois, la lecture combinée des articles 899 et 947 du *Code civil du Québec* met en avant une conception élargie de l’objet de la propriété. Selon l’article 947, la propriété porte sur un bien et non plus sur une chose. Or, l’article 899 précise que les biens sont corporels ou incorporels<sup>76</sup>. La loi ne distinguant pas le sort des biens corporels de ceux des biens incorporels, il n’y aurait pas lieu de faire une distinction. Le droit de propriété a vocation à prendre sous sa coupe tant les biens corporels qu’incorporels. Ainsi, les règles du droit des biens portant sur l’acquisition de la propriété (3-1), ses modalités et ses démembrements (3-2) ou son extinction (3-3) devraient recevoir application<sup>77</sup>. Une auteure a reconnu la possibilité en droit québécois de recourir aux règles et mécanismes du droit commun des biens pour les droits patrimoniaux qui font partie de la catégorie juridique des biens incorporels<sup>78</sup>. Aucune raison ne devrait

<sup>71</sup> Aurore Ben Adiba, *op. cit* note 993.

<sup>72</sup> *Mirarchi c. Lussier ; Jeanty c. Labreque* 1978 ; *Lévesque c. Thèberge ; Valiquette c. Valiquette*.

<sup>73</sup> *Kisber & Co c. Ray Kisber & Associates Inc. , P. Brunet Assurance Inc. c. Lamanque ; Contra : Vadeboncoeur c. 2851 – 2259 Quebec Inc.* : « le droit civil ne considère pas l’achalandage comme un bien en soi »

<sup>74</sup> Aurore Ben Adiba, *La clientèle, cet obscur objet d’appropriation; regards croisés France /Québec*, Revue du Notariat, volume 114, 2012, p. 379 et svt.

<sup>75</sup> Frédéric Zenati-Castaing, *L’immatériel et les choses*, *op. cit.* p. 81.

<sup>76</sup> Yaëll Emerich, *op. cit.* p. 52, n°84.

<sup>77</sup> *Contra* Droit de la famille – 2285, 1995 CanLII 4580 (QC CA) : « Certes, l’augmentation de la valeur des actifs d’une compagnie affecte positivement celle de l’action mais cette opération n’est que comptable; juridiquement, l’action demeure ce qu’elle est: « un bien incorporel ou plutôt droit mobilier, une sorte «d’intérêt» dans la compagnie qui n’est ni celui d’un propriétaire, ni celui d’un créancier mais plutôt celui, mesurable en argent, conférant à l’actionnaire certains droits ou intérêts établis par la loi et les termes d’un contrat» (M. Martel et P. Martel, *La compagnie au Québec*, vol. I, p. 243 - cité avec approbation dans *De Leeuw c. Caisse Populaire Notre-Dame-de-Québec*, [1992] R.D.J. 257 (C.A.)). »

<sup>78</sup> Yaëll Emerich, *op. cit.*

s’opposer à ce que cette justification soit étendue aux biens immatériels, autre sous-catégorie des biens incorporels.

### 3-1/ Acquisition de la propriété des biens immatériels

#### a- *L’acquisition dérivée* :

L’article 1708 C.c.Q prévoit que la vente est le transfert de la propriété d’un bien à une autre personne. L’article ne semble pas faire de distinction entre l’acquisition des biens corporel ou incorporels. L’alinéa 2 de l’article 1708 précise par ailleurs que le transfert de propriété peut concerner un droit réel, personnel et même intellectuel. Nul doute au regard de cet article que l’acquisition dérivée de biens immatériels est permise par le *Code civil du Québec*<sup>79</sup>. Si un bien incorporel peut faire l’objet d’une vente, c’est que le propriétaire exerce son pouvoir de disposer du bien. Les attributs du pouvoir d’un propriétaire d’un bien immatériel sont-ils les mêmes que ceux exercés sur un bien corporel ? La jurisprudence a répondu par l’affirmative, notamment dans l’affaire *Anglo Pacific Group PLC c Ernst & Young inc.* :

« À mon avis, vu les dispositions du Code civil du Québec et de la Loi sur les mines, la propriété vise tant le bien corporel qu’incorporel dans la mesure où le titulaire détient tous les attributs de la propriété (usus, abusus, fructus) » [nos mis en gras].<sup>80</sup>

Yaëll Emerich relève que pour le « bien-créance », l’*usus* (ou usage de la chose) se confond avec l’*abusus*<sup>81</sup>. En effet, le paiement de la créance relèverait à la fois de l’*usus* et de l’*abusus* puisque le paiement éteint la créance. La destruction physique ou juridique du bien ne relève pas simplement de l’usage de la chose mais de l’*abusus*. Cette confusion s’explique simplement parce que le « bien créance » est un bien consommable dont on ne peut user sans le détruire<sup>82</sup>. En cela, les pouvoirs mis en jeu par le propriétaire de ce bien incorporel ne sont pas différents de ceux mis en jeu pour un bien matériel consommable, telle la monnaie par exemple. Le *fructus* quant à lui est constitué par les intérêts que peut rapporter cette créance. Quant à l’article 1687 du C.c.Q. qui admet la remise unilatérale, rien de dérogoratoire au droit commun puisque, par cette opération, le propriétaire de la créance ne fait que détruire son bien, ce qui ressort des prérogatives liées à l’*abusus*.

En ce qui concerne le « bien clientèle », la question semble plus délicate. L’affaire *Mirarchi c Lussier* est intéressante. Si la cour reconnaît que « [...] la clientèle d’une clinique dentaire est un **bien** qui pouvait faire l’**objet d’une vente et être hypothéqué comme un bien incorporel** » [nos mis en gras]<sup>83</sup>, elle précise cependant que « la partie de la clause interdisant aux appelants “d’accepter de traiter cette clientèle” est contraire à l’ordre public et doit être annulée »<sup>84</sup>. Ainsi, la nature particulière de ce bien vient limiter les pouvoirs du propriétaire de disposer de son bien. Pour autant, la nature de certains biens justifie parfois que des limites à la libre disposition des biens soient posées. Ces limitations ne visent qu’à encadrer l’exercice du droit de propriété et non à l’anéantir. Ainsi la clientèle, bien immatériel, peut faire l’objet d’un contrat de vente mais le contexte particulier du domaine de la santé ainsi que la nature particulière de ce bien justifient que sa vente soit encadrée et soumise au contrôle des juges (respect du principe de libre choix du médecin et liberté des médecins de traiter leur

<sup>79</sup> Contra Pierre-Gabriel Jobin pour qui la vente d’un bien corporel doit être distinguée de la cession d’un droit personnel (bien-créance). Pierre-Gabriel Jobin, *La vente*, Yvon Blais.

<sup>80</sup> *Anglo Pacific Group PLC c Ernst & Young inc.*, 2013 QCCA 1323, Para 53.

<sup>81</sup> Yaëll Emerich, op. cit. para 254.

<sup>82</sup> Yaëll Emerich, op. cit.

<sup>83</sup> *Mirarchi c Lussier*, 2007 QCCA 284, Para 48.

<sup>84</sup> *Ibid*, para 54.

patients)<sup>85</sup>. L’abandon du bien « clientèle », autre prérogative du propriétaire ne soulève aucune difficulté. Le praticien peut parfaitement cesser son activité sans vendre sa clientèle. À cette occasion, mettant fin à son droit de propriété sur le bien, par contrecoup, il détruit son bien. En effet, au regard du caractère très personnel de la clientèle, c’est le bien, objet du droit, et non le droit de propriété, qui est détruit. Dans le cas des biens immatériels, il semblerait que l’abandon du droit de propriété entraînerait la destruction de l’objet de la propriété. N’ayant plus d’objet, le droit de propriété s’éteint avec le bien.

L’immatérialité de ces biens a soulevé la délicate question de l’extériorisation du corpus du bien au moment de leur délivrance. Pour les valeurs mobilières dématérialisées, non représentées par un certificat, la maîtrise (appelée livraison) se réalise par leur inscription dans les registres de l’émetteur (art. 55 et 85 LTVM) ou par accord de maîtrise (art. 56 et 57 LTVM). La LTVM a cependant maintenu la délivrance (remise matérielle du titre) comme mode de transfert des valeurs mobilières représentées par un titre<sup>86</sup>.

L’exemple du savoir-faire, illustré dans l’affaire *Gaudreau c. 9090-2438 Québec inc.* soulève directement la question de la délivrance du bien immatériel. Les juges relèvent que :

« [P]our les biens incorporels (actions d’une société, créance hypothécaire), la délivrance s’effectue par la remise du titre, ou, quand le droit cédé n’est pas constaté par un écrit, **par l’usage que l’acquéreur en fait à la connaissance et avec le consentement du vendeur.** [...] Lorsqu’il s’agit de déterminer s’il y a eu **délivrance d’un savoir-faire**, il faut considérer cette dernière comme parfaitement réalisée lorsque **l’acheteur** est en mesure **d’utiliser à bon escient et de façon fonctionnelle** les connaissances reçues» [nos mis en gras]<sup>87</sup>.

N’ayant pas de *corpus* matériel, c’est l’usage sur le bien acquis qui permet d’extérioriser la délivrance du bien immatériel. Les juges reconnaissent par ailleurs le caractère particulier de cette transmission qui ne dessaisit pas pour autant l’ancien propriétaire du bien puisqu’il possède toujours son savoir-faire. Dans ce cas, l’application des règles de bonne foi du droit des contrats permettront de résoudre d’éventuels conflits :

« Au surplus, ironiquement, la transmission d’un savoir-faire est telle que celui qui s’en départit le conserve encore! Ce que le propriétaire du savoir-faire sait avant la délivrance, il le sait encore après la délivrance, et c’est **la nature même du bien incorporel** en l’espèce que de **se dédoubler à la délivrance**. En réalité, si le savoir-faire a une valeur commerciale, c’est qu’il la tire du fait qu’il n’est habituellement pas connu du grand public et est à la fois protégé par des ententes de non-concurrence et de non-divulgaration qui contraignent le vendeur, même après la délivrance. » [nos mis en gras]<sup>88</sup>

La question de l’extériorisation du *corpus* soulevée par la délivrance se pose avec encore plus d’acuité dans la possession.

### *b. La possession et son rôle probatoire*

La possession d’un « bien créance » a été reconnue par la jurisprudence dans l’arrêt *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire Desjardin de St Théophile de Beauce*<sup>89</sup>. La possession des biens immatériels soulève inévitablement la question du *corpus* juridique. La possession suppose en effet la réunion d’un *corpus* et d’un *animus* qui s’exercent sur le bien. Si l’immatérialité de l’objet de la possession ne semble pas soulever de problème concernant l’*animus*, il en va différemment pour le

<sup>85</sup> Aurore Ben Adiba, La clientèle, cet obscur objet d’appropriation; regards croisés France /Québec, op. cit.

<sup>86</sup> Cf les développements de Aurore Ben Adiba, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels*, op. cit. p. 242 et svt. n°297 à 305.

<sup>87</sup> *Gaudreau c. 9090-2438 Québec inc.*, 2007 QCCA 1254.

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire Desjardin de St Théophile de Beauce*, JE 98- 964 (CS)

*corpus*. La question de la maîtrise juridique a été discutée concernant le « bien-créance » dans l’affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*. La cour a reconnu que « la détention du titre tient lieu de détention de la créance elle-même, car elle permet, à elle seule, au créancier hypothécaire d’en obtenir **la maîtrise effective** » [nos mis en gras]<sup>90</sup>. Le support du titre permet de respecter la conception étroite du *corpus* comme maîtrise matérielle sur la chose, objet de la possession. Mais que faire en l’absence de support matériel qui incorpore la chose? L’absence de *corpus* matériel qui permet aux tiers d’avoir connaissance de la possession (présomption de titre) ne peut pas jouer son rôle. Comment les tiers peuvent-ils avoir connaissance du *corpus* juridique qui s’exerce sur le bien immatériel? L’inscription sur le registre des droits réels et personnels mobiliers permettrait de pallier cette absence de *corpus* physique: l’opposabilité du droit sur le bien immatériel par sa publication (article 2938 C.c.Q.) extériorise un pouvoir juridique sur le bien. Ce pouvoir, reconnu par la connaissance des tiers, peut alors remplir son rôle de *corpus* juridique. C’est donc le mécanisme de la publicité des droits qui assure l’extériorisation nécessaire à la fonction probatoire de la possession des biens immatériels. Comme le relève Yaëll Emerich, ces particularités ne remettent pas en cause la propriété sur les biens immatériels ou incorporels. Il s’agit seulement d’une adaptation des règles du droit de la propriété aux spécificités de cet objet dont la possession est juridique et non matérielle<sup>91</sup>.

La publicité remplacera la possession en ce qui concerne la preuve du titre de propriété de ces biens immatériels.

*c- L’acquisition originaire : occupation, usucapion et accession*

*L’occupation* semble limitée aux seuls biens corporels mobiliers. En effet, selon l’article 914 du Code civil du Québec, l’occupation nécessite **l’appréhension d’une chose** (et non d’un bien) avec la volonté de se l’approprier. On retrouve le débat qui oppose la chose, nécessairement corporelle, aux biens qui peuvent être incorporels. Premièrement, nous avons tenté de montrer que les biens immatériels peuvent être des choses intangibles. De plus, l’admission de la maîtrise juridique devrait permettre l’appréhension de ces biens à titre de propriétaire. L’acquisition par occupation des biens immatériels est donc envisageable. Les créations intellectuelles, considérées comme des biens nouveaux<sup>92</sup> (dans le sens de *res nullius*)<sup>93</sup>, constituent d’ailleurs des choses qui pourraient être soumises à l’appropriation par occupation<sup>94</sup>. Pour les inventions par exemple, certains auteurs reconnaissent que si le dépôt d’une demande de brevet constitue l’acte matériel de la possession (*corpus*) le fait de la garder secrète constitue tout autant un acte possessoire<sup>95</sup>. Cependant pour les *res derelictae*, ces choses abandonnées par leur maître, le parallèle établi entre l’abandon du droit de propriété et la destruction du bien immatériel semble cantonner le rôle de l’occupation aux seuls biens immatériels en création (*res nullius*).

*La prescription acquisitive (usucapion)* des biens immatériels suscitent des interrogations. Bien que certains auteurs admettent l’existence d’un *corpus* juridique (Yaëll Emerich, Aurore Ben Adiba ou Denis-Claude Lamontagne), la doctrine majoritaire reste frileuse à détacher le *corpus* de la notion de contrôle matérielle et physique sur la chose (Pierre-Claude Lafond, Denis Vincelette par ex.), objet de la possession, semblant *de facto* réserver la possession acquisitive aux seuls biens meubles corporels.

<sup>90</sup> *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, 2003 CSC 31, [2003] 1 RCS 666, par 13.

<sup>91</sup> Yaëll Emerich, *op. cit.* para 311.

<sup>92</sup> Jean-Claude Mousseron, *Valeurs, biens, droits*, Mel. Breton et Derrida, Paris Dalloz 1991, p. 283.

<sup>93</sup> Anne Péliissier, *Possession et meubles incorporels*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz 2001, p. 231 n°435.

<sup>94</sup> François Terré et Philippe Simler, *Les biens*, Précis Dalloz, 6<sup>ème</sup> ed. 2002, p. 308, n°314.

<sup>95</sup> Anne Péliissier, *op. cit.* L’auteure qualifie ce pouvoir de pouvoir de fait. Cependant, cette possession ne sera pas utile puisque le caractère public requis pour la prescription acquisitive fait ici défaut.

Pourtant, certains auteurs admettent que ce qui est possédé, ce n’est pas la chose mais le droit (en ce sens Planiol et Ripert). Dès lors, toute possession repose sur un *corpus* juridique qui doit s’extérioriser. 2 exemples illustrent la reconnaissance en droit québécois du *corpus* juridique<sup>96</sup>. Premièrement, la possession *corpore alieno* prévue à l’article 921 C.c.Q. permet au propriétaire de posséder le bien par le *corpus* d’autrui. Le possesseur n’a donc pas nécessairement de contact physique avec le bien. C’est à travers le *corpus* juridique que se manifeste le *corpus* du possesseur. Il est intéressant de relever que cet article parle d’ailleurs de possession d’un bien et non d’une chose, ce qui semble inclure la possession des biens immatériels. Deuxièmement, l’article 2919 du C.c.Q. établit un délai de prescription acquisitive de 3 ans pour les meubles qui court à compter de la dépossession. Outre le fait que là encore l’article ne fait pas la distinction entre les meubles corporels et incorporels, faisant courir le délai de prescription au jour de la dépossession, il rompt avec l’idée d’une maîtrise physique sur le bien pour accomplir le délai utile à l’*usucapion*. Mais comment s’assurer de l’extériorisation du *corpus* juridique ? le *corpus* juridique peut s’extérioriser par les actions juridiques accomplies sur le bien, actes de jouissance qui démontrent l’existence d’un certain degré de contrôle sur le bien (demande de paiement, actions en justice). Le fait d’exercer un droit sur un bien devrait être suffisant pour extérioriser le *corpus*<sup>97</sup>. Cependant, la jurisprudence est réticente à admettre ce type de possession, les actes juridiques pouvant être accomplis par une autre personne que le possesseur. L’*animus* quant à lui peut parfaitement s’adapter à l’immatérialité des choses. L’intention de se comporter comme propriétaire du bien ne dépend pas de la nature matérielle ou immatérielle du bien. Pourquoi alors ne pas envisager de recourir à une présomption du *corpus* tirée de la preuve de l’*animus* ? La preuve de l’*animus domini* devrait faire présumer l’existence d’un *corpus* juridique. En principe, c’est la preuve du *corpus* matériel qui fait présumer de l’existence de l’*animus* (article 921 al 2 C.c.Q.). Mais rien n’empêcherait de déduire, à partir de la preuve de la présence de l’*animus domini*, celle de l’existence d’un *corpus* juridique. Cette intellectualisation de la possession romprait avec l’idée que la possession n’a vocation à s’appliquer qu’aux choses corporelles. Le possesseur pourrait alors revendiquer la propriété du bien immatériel après 3 années de possession, si toutefois les critères de publicité, de caractère non équivoque et de continuité de la possession sont remplis.

L’*accession mobilière* par production ou par incorporation (union ou spécification) semble pouvoir s’appliquer sans trop de difficultés à ces biens particuliers. En cas d’union ou de mélange, les valeurs des différents biens réunis s’ajouteront (deux professionnels qui décident d’associer leurs clientèles). S’il est impossible de déterminer quel bien a contribué davantage au nouveau bien, les règles de l’indivision s’appliqueront, à moins que le juge ne décide, selon l’équité, de l’identité du propriétaire du nouveau bien (article 975 C.c.Q.). La spécification constitue certainement un domaine privilégié de l’accession mobilière dans le domaine de l’acquisition des biens intellectuels ou industriels (que le droit des contrats n’aura d’ailleurs de cesse que de déjouer) puisque la force de travail est souvent à l’origine de la création humaine et industrielle.

### 3-2/ Modalités et exercice de la propriété des biens immatériels

Le caractère exclusif de la propriété civiliste semble mal s’accorder au libre accès de certains biens immatériels. En effet, la propriété permet la réservation des utilités du bien dans les mains du propriétaire (sauf à concéder par le biais de droits réels certaines utilités du bien à des tiers). *A priori*, l’immatérialité des biens ne s’oppose pas à la réservation des utilités du bien. Mais dans le domaine de la création intellectuelle, il arrive qu’il soit difficile de concilier l’exclusivité, qui selon la majorité des

---

<sup>96</sup> Yaëll Emerich, *op. cit.*

<sup>97</sup> En ce sens, Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens, op. cit.*



civilistes, constituerait l’essence même du droit de propriété<sup>98</sup>, et le partage de jouissance de certains biens issus de la création intellectuelle (connaissances communes, logiciels libres par exemple). L’accès à ces créations ne se limite pas toujours à un simple démembrement de la propriété puisque les pouvoirs des « usagers » sur le bien sont étendus. Ils ont le droit de copier, de diffuser mais aussi de modifier le bien, ce qui en principe relève de l’*abusus*, pouvoir propre au propriétaire du bien. Dans certains cas, l’exercice plural de la propriété sera une réponse suffisante et les règles du régime de l’indivision pourront s’appliquer entre les différents propriétaires de l’oeuvre commune (oeuvres de collaboration, accession mobilière artificielle). Mais parfois, cette réponse sera insuffisante ou inadaptée et nécessitera de pousser plus loin la réflexion en s’interrogeant sur la possibilité de réintroduire, dans le modèle civiliste, une forme communautaire de la propriété. Qu’en est-il par exemple de ces biens issus de la diffusion ouverte de la connaissance qui reposent sur une collaboration, un partage des compétences et des connaissances ? L’émergence de communautés de production qui organisent, autorégulent, valorisent cette production soulève la question de la nature commune de ces biens<sup>99</sup>. Le modèle de l’appropriation collective, qui écarte le caractère exclusif du modèle propriétaire dominant, repose sur la prise en compte d’un intérêt social, qui pourrait embrasser certains domaines de production intellectuelle en assurant un libre accès à ces biens communs, tout en maintenant ces biens dans le giron du système propriétaire (ces biens ont une valeur marchande et ne sont pas des *res communes*). L’immatérialité de ces biens assure une jouissance collective puisque d’une part les droits ne sont pas rivaux, plusieurs propriétaires pouvant jouir du bien en même temps, et que d’autre part ces biens ne sont pas épuisables puisqu’ils ne se dégradent pas à l’usage<sup>100</sup>. La possibilité d’introduire, à côté du modèle de la propriété exclusive et individuelle, un modèle communautaire de la propriété, ne se pose que pour les biens communs immatériels.

Les biens immatériels soumis à la propriété individuelle peuvent être soumis aux démembrements principaux (droits réels). Le recours au droit des contrats pour réguler la production et la diffusion de ces biens ne s’accompagne pas toujours d’un transfert de propriété du bien mais passe plutôt par une régulation des usages du bien (location, prêt). Or, le droit réel, défini comme étant un droit portant sur la chose d’autrui<sup>101</sup>, permet d’appréhender et de gérer ces phénomènes de multiplication des utilités du bien entre plusieurs utilisateurs. La difficulté, un peu comme dans le quasi-usufruit, concerne l’*abusus* qui doit rester sous la domination d’un propriétaire identifié (individuel, groupement individualisé ou communauté poreuse et ouverte) et la conservation du bien.

Est-il possible d’établir un droit réel accessoire sur un bien immatériel ? Ces biens représentent parfois une forte valeur économique et il peut être intéressant pour leur propriétaire de les grever d’une hypothèque. L’article 2666 du *Code civil du Québec* précise que l’hypothèque peut grever un bien incorporel semblant donc ouvrir la voie à l’hypothèque mobilière sur les biens immatériels. L’article 2684 donne une indication de ce qui constitue un bien incorporel (créance, compte clients, brevet, marque de commerce). Cette liste n’est pas exhaustive. Ainsi des droits patrimoniaux (créances) ou des biens immatériels (clientèle) pourraient faire l’objet d’hypothèque<sup>102</sup>. Cependant, comment concilier l’immatérialité du bien avec les hypothèques nécessitant la dépossession du bien ? Si de nombreux

---

<sup>98</sup> « [L]a propriété exprime le pouvoir exclusif d’une personne sur un bien », Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens*, *op. cit.* p. 259, n°163.

<sup>99</sup> Mélanie Clément-Fontaine, *Le renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels*, in *Les modèles propriétaires au 21ème siècle*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI, Presses universitaires de Poitiers, LGDJ, 2012

<sup>100</sup> Mélanie Clément-Fontaine, *Ibid.*, p. 66 et 67.

<sup>101</sup> Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens*, *op. cit.* p.454, n°292.

<sup>102</sup> En ce sens, Aurore Ben Adiba, *La clientèle, cet obscur objet d’appropriation; regards croisés France /Québec*, *op. cit.*

auteurs considèrent que la dépossession est inadaptée à l'immatérialité des biens<sup>103</sup>, la Cour Suprême du Canada semble avoir consacré une hypothèque mobilière avec dépossession sur les valeurs mobilières représentées par un titre non négociable<sup>104</sup>. Le droit québécois a d'ailleurs expressément reconnu l'hypothèque avec dépossession pour les valeurs mobilières<sup>105</sup>. Dès lors, le droit québécois semble accepter l'idée d'une dépossession fictive dont la sécurité serait assurée par la publicité des droits (bien que cette dernière ne soit équivalente à celle opérée par la remise du bien). Mais la possibilité de constituer des hypothèques mobilière est-elle limitée aux seuls biens immatériels qui ont une empreinte matérielle (portefeuille de valeurs mobilières, titre d'actifs financiers)? En l'absence d'incorporation du droit dans le bien, comment s'assurer que les sûretés réelles conventionnelles assurent leur emprise sur ce type de biens autrement que par la dépossession, même fictive?

### 3-3/ Extinction et succession de la propriété des biens immatériels

La question de la perpétuité de la propriété, tout comme son caractère exclusif, est l'un des obstacles souvent évoqué pour remettre en cause l'idée que le droit de la propriété peut s'appliquer aux biens immatériels. Les biens immatériels ne se prêtent pas tous à la perpétuité du droit de propriété. La clientèle par exemple n'est pas perpétuelle. Est-ce une entrave à l'application du régime de droit commun à ces biens ? Il est aujourd'hui admis que le caractère perpétuel de la propriété, s'il est un trait particulier du droit de propriété, n'est pas primordial à son existence. Des propriétés temporaires sont reconnues (propriétés intellectuelles mais aussi propriété superficière<sup>106</sup> ou fiduciaire<sup>107</sup> par exemples). La possibilité d'abandonner son droit de propriété sur le bien ou de détruire son bien est également une manifestation du caractère temporaire de la propriété puisque la propriété ne peut durer que tant que dure son objet. Le lien entre la durée du droit de propriété et la durée de vie de l'objet est cependant plus difficile à établir en l'absence de corporéité du bien. Mais rien ne s'oppose à ce que la durée de la propriété soit calquée sur celle du *corpus* juridique. Au moment où cesse le *corpus* juridique, il y a abandon du droit qui éteint la propriété sur ce bien. La particularité est ici que c'est l'extinction du droit qui entraîne la destruction du bien (et non l'inverse).

En matière de succession et de transmission à cause de mort, l'article 733 du *Code civil du Québec* précise que les legs à titre universel peuvent porter sur des biens incorporels. Les biens immatériels font partie du patrimoine du *de cuius* et à ce titre, puisqu'ils constituent une valeur économique importante, ils font partie du patrimoine successoral. Cependant, le caractère personnel de certains biens immatériels qui reposent sur la coexistence de différents éléments dont certains sont étroitement liés aux compétences et connaissances de leur propriétaire, peut soulever des problèmes au moment du transfert du patrimoine du *de cuius* à ses héritiers. La clientèle ou le savoir-faire par exemples s'accommodent mal de la saisine successorale qui suppose la mise en possession du bien. S'il est possible de transmettre une valeur économique identifiée, comment transmettre une valeur personnelle, liée aux compétences propres du *de cuius*, aux héritiers lorsque le *de cuius* n'a pas organisé le transfert de ses connaissances (mort accidentelle par exemple). Le modèle de dissociation droit moral et exploitation économique du droit d'auteur constituerait-il un modèle envisageable ? Si la

<sup>103</sup> C'est ce que relève Aurore Ben Adiba, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels*, op. cit. p. 95, n°110. En ce sens Denise Pratte par exemple.

<sup>104</sup> Aurore Ben Adiba constate que « les juges majoritaires dans la décision Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin, en fournissant une interprétation des travaux préparatoires du C.c.Q., ont admis la possibilité d'un gage sur ce type de biens », in *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels*, op. cit., p.96, note 373.

<sup>105</sup> Article 2714-7 du Code civil du Québec issu de la Loi sur les valeurs mobilières et les transferts de titres intermédiés.

<sup>106</sup> Article 1113 du Code civil du Québec : « La propriété superficière peut être perpétuelle, mais **un terme peut être fixé** par la convention qui établit la modalité superficière » [nos mis en gras].

<sup>107</sup> Article 1273 du Code civil du Québec : « La fiducie d'utilité privée ou sociale **peut être perpétuelle** » [nos mis en gras].

valeur économique est autonome de la valeur morale du bien immatériel (clientèle dont le fichier clients permet l’évaluation monétaire de ce bien), cette valeur économique pourra être transmise aux héritiers ou légataires qui pourront la vendre d’autant plus facilement que les questions de concurrence sont *de facto* réglées par la disparition du *de cuius*. Mais que se passera-t-il si cette dissociation est impossible car la valeur personnelle participe activement de la valeur économique? La valeur morale du bien immatérielle, personnelle au *de cuius*, semble échapper aux règles de la dévolution successorale. Mais sans cette valeur morale, ce bien est-il encore un bien? Le bien ne disparaît-il pas en même temps que son propriétaire puisqu’il lui est intimement lié ?

## Conclusion provisoire

La réflexion sur l’immatérialité des biens dévoile un étiolement de la conception matérialiste de la propriété. La confrontation des biens immatériels aux mécanismes du droit des biens révèlent l’insuffisance du modèle classique pour appréhender la richesse de ces situations et prône pour un éclatement du dogme du modèle propriétaire civiliste, notamment au regard des deux grands concepts clés que sont l’exclusivité (vs le libre accès) et la perpétuité (vs la propriété temporaire). La réflexion sur les biens immatériels reste encore timide au Québec mais le tournant économique, qui tend à envelopper de son voile la propriété, progresse, et il devient difficile de nier que l’immatériel et le virtuel font leurs entrées dans le droit des biens et bousculent la propriété individuelle.

Il est intéressant de constater que la majorité de la doctrine civiliste québécoise ne fait pas écho aux travaux d’Elinor Ostrom sur les communs. Or, les créations intellectuelles sont, au même titre que l’environnement, un tremplin à une réflexion de résistance face à la domination du dogme de la propriété exclusive. Certains biens immatériels (tradition, savoir-faire, connaissances ouvertes, informations) ont une valeur culturelle mais aussi économique importantes. Or, ces biens interrogent la pertinence du modèle dogmatique dominant. Biens collectifs, ils pourraient être envisagés comme des choses communes (*res communes*) et placés donc hors de la sphère d’appropriation. Cependant, leur valeur les attire irrémédiablement dans la sphère du commerce juridique. Ces biens immatériels, qui s’apparentent à des biens communs, révèlent l’inadaptation du modèle de la propriété individuelle à la jouissance partagée de ces biens<sup>108</sup>. Lors du dernier Forum Mondial des sciences sociales<sup>109</sup>, certains chercheurs se sont intéressés aux enjeux juridiques de ces nouveaux biens et se sont interrogés sur la pertinence d’introduire les travaux d’Elinor Ostrom sur les communs, notamment par le jeu d’une redécouverte de la propriété communautaire<sup>110</sup>.

Au-delà du renouveau de la définition du bien à travers notamment le paradigme de la valeur, c’est finalement le modèle propriétaire en tant que dogme d’un rapport d’exclusivité entre la personne, sujet de droit, et son bien, objet de droit, qui doit être repensée. Conceptualisation des rapports juridiques de l’individu sur le monde marchand, gouvernée par la valeur économique des choses (rareté, utilités, valeur d’échange), la propriété pourrait être amenée à changer de visage au contact de ces nouveaux biens. La remise en cause de la définition de la propriété comme rapport exclusif sur la

---

<sup>108</sup> Mélanie Clément-Fontaine, *Le renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels*, in Les modèles propriétaires au 21<sup>ème</sup> siècle, Actes du colloque international organisé par le CECOJI, Presses universitaires de Poitiers, LGDJ, 2012, p. 51 et svt.

<sup>109</sup> Forum Mondial des sciences sociales, 15 octobre 2013, Montréal - Panel TEE, *La production et la production ouverte des connaissances : stratégies, enjeux et mode(s) de fonctionnement*, Carine Bernault, Mélanie Clément-Fontaine, Gaële Gidrol-Mistral, Fabienne Orsi et Agnès Robin. <http://www.wssf2013.org/fr/panel-comit%C3%A9/la-production-et-la-production-ouverte-des-connaissances-strat-gies-enjeux-et-modes-de->

<sup>110</sup> Ibid.

chose pourrait permettre de ré-imaginer une dissociation de la maîtrise juridique (utilités juridiques) sur les choses. La réflexion sur l’immatériel et les biens pourrait amener à intégrer ces questionnements au droit des biens, notamment à travers l’idée d’un pluralisme propriétaire, qui marquerait le tournant post-moderniste de la propriété<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Frédéric Zenati-Castaing, *Le crépuscule de la propriété moderne, Essai de synthèse des modèles propriétaires*, in *Les modèles propriétaires au 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI, Presses universitaires de Poitiers, LGDJ, 2012, p. 225 et svt.