

**Association Henri Capitant  
Journées Espagnoles  
Les biens et l'immatériel  
Rapport allemand**

par *Günter Reiner*\*

A. Introduction.....	1
I. La notion de bien.....	1
II. La notion de l'immatériel dans le droit.....	3
B. L'immatériel en droit allemand en général.....	5
C. Les biens immatériels en droit allemand.....	6
I. Types de biens immatériels.....	7
1. Propriété intellectuelle.....	7
2. Les autres droits non-corporels.....	9
a. Des droits non cessibles.....	9
b. Des droits cessibles.....	9
3. Entités immatérielles ne constituant pas des droits.....	10
II. Régime juridique (par rapport au droit des biens matériels).....	11
1. Le contenu des droits immatériels.....	12
2. L'acquisition originaire.....	14
3. L'acquisition dérivée.....	16
a. Transfert (cession).....	16
b. Transmission <i>mortis causa</i> .....	18
4. La perte des droits.....	18
a. La renonciation.....	19
b. La déchéance.....	19
c. L'expiration de la durée de validité.....	20
5. La mise en gage.....	20
6. La copropriété.....	21
D. Résumé.....	22
Bibliographie sélective.....	24

## **A. Introduction**

Avant d'aborder le thème qui m'a été proposé du traitement des biens et de l'immatériel en droit allemand il convient de préciser l'objet de l'étude et d'essayer de traduire les notions de « bien » et de « l'immatériel » dans la terminologie juridique allemande. S'agissant des notions en langue française, je partirai du droit français pour ensuite poursuivre avec une approche de droit comparé.

### ***I. La notion de bien***

---

\* Professeur à la faculté des sciences économiques et sociales, Université Helmut-Schmidt de la Bundeswehr à Hambourg, ancien juge à la Cour d' appel de Hambourg, <http://reiner.hsu-hh.de>

Qu' est-ce que c'est donc, un « bien » en droit (français)?

Je ne connais pas de définition dans les textes ni dans la jurisprudence. Selon l'article 516 du Code civil français « Tous les biens sont meubles ou immeubles » ce qui laisse penser que les biens ne sont que des entités corporelles (physiques). Mais apparemment, cette impression ne fait pas l'unanimité, car dans la doctrine française on peut trouver des définitions plus larges, par exemple les définitions « chose matérielle ou droit susceptible de faire partie d'un patrimoine (champs, maisons, créances, servitudes, usufruit, etc.) »<sup>1</sup>, « tout droit subjectif (réel ou personnel) » ou alternativement « toute chose, caractérisée par sa rareté, dont l'utilité justifie l'appropriation (qu'elle soit corporelle ou incorporelle) »<sup>2</sup> ou encore « les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels tels que définis aux articles... ».<sup>3</sup>

Pour les besoins de ce rapport, je préférerai la définition large qui dépasse le monde physique, car le but du sous-thème « bien et l'immatériel » dans lequel mon rapport s'intègre est, d'après ma compréhension et vu les autres sous-thèmes, d'étudier dans quelle mesure l'immatériel est rapproché aux entités matérielles ou corporelles en vue de la matière de droit qui règle les rapports entre les sujets de droit et les objets de droit, c'est-à-dire principalement le « droit des biens » en France et « Sachenrecht » (littéralement : « droit de choses (corporelles) » en Allemagne (cf. le troisième Livre du BGB intitulé du même nom, articles 854 – 1296 du BGB).

La notion allemande correspondante à la notion de « bien » ainsi définie devrait être celle de « Gegenstand », même si dans le langage courant l'on traduirait « Gegenstand » plutôt par « objet » que par « bien » et « bien » plutôt par « Gut » (voir ci-dessous dans cette section). Comme le « bien » en France, le « Gegenstand » n'est pas défini dans les textes allemands. Par contre, l'article 90 (intitulé « notion de la chose » – « Begriff der Sache ») du code civil allemand – Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) – définit la notion de « chose » à partir de la notion de « Gegenstand » :

« Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände ».

C. Bufnoir, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. Lévy-Ullmann et R. Saleilles<sup>4</sup> ont traduit cette disposition par

« Les choses, au sens de la loi, sont seulement les *objets* corporels ».

Mieux vaudrait pourtant traduire cette phrase par :

« Les choses, au sens de la loi, sont seulement les *biens* corporels ».

Pour quelle raison ? Primo, il résulte de cette définition légale qu'un « Gegenstand » peut être non-corporel comme un « bien » selon la définition large. Secondo, à plusieurs endroits (par ex. l'article 135 : « Verfügung über einen Gegenstand » - « acte de disposition relatif à un

---

<sup>1</sup> <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>, page consultée le 8 avril 2014.

<sup>2</sup> Lexique des termes juridiques 2014, Dalloz 21<sup>ème</sup> éd. 2013, p. 115.

<sup>3</sup> Voir l'avant-projet présenté le 12 novembre 2008 par l'Association H. Capitant, l'article 520 code civil selon le projet, [http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet\\_de\\_reforme\\_du\\_droit\\_des\\_biens\\_19\\_11\\_08.pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf), page consultée le 8 avril 2014)

<sup>4</sup> Code civil allemand promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900, traduit et annoté, 1904-1914, tome 1 (articles 1 à 432).

bien »; voir aussi les articles 161, 185, 816), le BGB utilise la notion de « Gegenstand » au-delà de sa signification de simple élément de l'actif d'un patrimoine (voir par ex. les articles 1377 al. 2 : « Vermögensgegenstände » et ci-dessous), comme terme générique pour désigner toutes les entités qui, par leur nature, pourraient être l'objet d'un « Verfügung »<sup>5</sup>, c'est à dire d'un acte de disposition avec un effet *erga omnes* comme l'aliénation, la mise en gage, la mise en servitude etc.. Cela suppose donc qu'il s'agit de quelque chose qui peut être l'objet de droits subjectifs. L'article 137 du BGB notamment qui énonce la « faculté de disposer d'un droit aliénable » (« Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht ») illustre que les droits sont des « Gegenstände » (« biens ») dans le sens de la loi.

Et plus précisément : Tous les « Gegenstände » sont des droits subjectifs. Quand les droits se réfèrent aux entités corporelles, on parle des « dingliche » Rechte (droits « réels ») dans le sens propre du mot<sup>6</sup>, « Ding » étant synonyme de « Sache » (« chose » dans le sens de l'article 90 du BGB). Le plus complet des « dingliche Rechte » est le droit de propriété réelle que les textes appellent tout simplement « Eigentum » sans faire référence explicitement à son caractère de droit. Strictement parlant ce n'est pas la chose corporelle (« Sache ») qui est l'objet d'un acte de disposition, mais le droit de propriété.<sup>7</sup>

Quand les droits se réfèrent à des entités non-corporelles (y compris le droit de propriété) les textes parlent des « Rechte ». Dans les droits autres que la propriété réelle on peut distinguer les créances (« Forderungen », par ex. l'article 398 du BGB au sujet du transfert de la créance) et les « andere Rechte » (« tout autre droit », voir l'article 413 du BGB au sujet du transfert des « autres droits »). La dernière catégorie est composée des droits réels (autres que la propriété réelle), par exemple le droit de gage et la servitude qu'on peut considérer comme des dérivés de la propriété corporelle (voir A.II. ci-dessous ; pour le régime juridique voir sous B.), et des droits sans référence aux entités corporelles qu'on appelle des « Immaterialgüterrechte » lorsque ils se réfèrent aux prestations intellectuelles (voir C.I.1. ci-dessous).

À la différence de la notion de « Gegenstand », en droit civil la notion de « Gut » (au pluriel « Güter »), à priori pourtant la traduction directe de « bien » ou « bon », désigne plutôt un domaine agricole (« Landgut », voir par ex. les articles 98, 1055 al. 2, 1515 al. 2 du BGB), un patrimoine entier (voir les articles 1416 – 1418 du BGB avec les notions de « Gesamtgut », Sondergut » et Vorbehaltsgut » désignant un régime matrimonial) ou bien, devancé par le préfix « Rechts » dans le mot « Rechtsgut », un intérêt quelconque protégé par la loi (voir l'article 241 al. 2 du BGB). Dans tous ces cas, la notion de « Gut » n'est pas liée à l'idée d'un droit subjectif, critère marquant du « bien ». Ceci vaut aussi pour la notion de « Wirtschaftsgut » employée dans le BGB uniquement dans l'article 2331a al. 1 (droit des successions) et empruntée au droit de la comptabilité fiscale. La notion fiscale correspond à la notion de « Vermögensgegenstand » en comptabilité commerciale (voir l'article 246 al. 1 du code de commerce allemand, « Handelsgesetzbuch », HGB) et signifie « élément de l'actif du bilan ».

## **II. La notion de l'immatériel dans le droit**

---

<sup>5</sup> Pour plus de détails, cf. J. Flume, *Vermögenstransfer und Haftung*, Berlin 2008, p. 24 et s.

<sup>6</sup> Voir la terminologie stricte de V. Jänich, op. cit. dans la bibliographie, p. 216.

<sup>7</sup> J. Flume, op. cit., p. 25 et s.

La notion de l'immatériel n'est également pas définie en droit français ni en droit allemand. Le Code civil français ne connaît même pas le mot de l'immatériel, ni d'ailleurs le code de la propriété intellectuelle française. Dans le BGB, on peut trouver l'adjectif « immateriell » (« immatériel ») à deux endroits exactement, dans les articles 253 et 630g (voir B. et C.II.3.b. ci-dessous).

En tout cas, la notion de l'immatériel est réservée aux phénomènes n'ayant pas de substance matérielle tangible, pas de consistance corporelle. « Immatériel » et « incorporel » sont alors des synonymes. Malgré son caractère purement juridique et en conséquence intellectuel et non-corporel, le *droit* de propriété, étant identifié avec son objet (voir I. ci-dessus), est considéré comme matériel quand il se réfère à une entité corporelle (ce qui est toujours le cas en Allemagne, voir B. ci-dessous). Pareillement, les droits réels limités (des servitudes, des droits de gage) qui se réfèrent – directement ou indirectement – à un bien corporel, sont considérés comme matériels parce qu'on peut les considérer comme un extrait ou un « détachement » du droit de propriété.<sup>8</sup>

D'après une deuxième compréhension sont immatériels seulement les phénomènes incorporels qui ne relèvent pas du monde sensible ou, autrement dit, physique. L'électricité ne serait donc pas « immatériel » à l'opposition d'un compte bancaire, constituée de monnaie scripturale, une position dominante économique ou encore une invention d'esprit. La notion française de « dommage immatériel » (opposé au dommage moral, voir ci-dessous dans cette section) semble adapter ce point de vue.

Selon une troisième compréhension qui pourrait être considérée comme une variation de la deuxième et qui reflète une approche économique ou comptable, on ne désigne comme immatériels que les phénomènes non-physiques qui sont ni des créances (y compris les produits financiers) ni des participations (et ni des dérivés de la propriété corporelle, voir plus haut sous I.). La version de langue allemande de la directive européenne comptable no. 2013/34/UE du 26 juin 2013 (remplaçant la directive comptable no. 78/660/CEE du 25 juillet 1978) l'illustre : L'actif du bilan selon l'annexe III. C.I. contient un poste « Immaterielle Anlagewerte » que la version française de la directive appelle « Immobilisations incorporelles » (et la version espagnole « Inmovilizado inmaterial »). Ce poste inclut des concessions de droit public, des différents droits de « propriété intellectuelle » (par ex. les droits d'auteur, les marques, les droits d'édition, les brevets, les licences y adhérentes), les droits d'émission de CO<sub>2</sub>, mais aussi des telles valeurs économiques qui n'ont pas de caractère de droit subjectif.

Une quatrième signification de l'immatériel enfin réserve le domaine de l'immatériel à la dimension non-pécuniaire, à savoir au monde des sentiments et de la personnalité qui n'a pas de valeur économique mesurable. Tel est l'usage du terme dans l'article 9 de la directive européenne no. 85/374/CEE du 25 juillet 1985 « relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux » selon lequel cet article « ne porte pas préjudice aux dispositions nationales relatives aux dommages immatériels » (en allemand : « Dieser Artikel berührt nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend immaterielle Schäden »). En droit français, on parlerait peut-être plutôt de dommage moral.

Avant de passer aux biens immatériels en droit allemand on jettera un petit regard sur l'immatériel en droit allemand en général (B.).

---

<sup>8</sup> J. Wilhelm, Sachenrecht, 4<sup>ème</sup> éd., Berlin 2010, p. 58.

## B. L'immatériel en droit allemand en général

Comme probablement dans tous les ordres juridiques du monde, les règles du droit allemand énoncent des *faits*, c'est à dire la réalité, afin de lui attribuer des conséquences juridiques. Et comme il existe une réalité au delà de la matière physique, les faits énoncés dans les règles de droit allemand ne concernent évidemment pas seulement la partie matérielle (corporelle) mais aussi la partie immatérielle de ce monde dans tous ces aspects.

En tant que simple partie de l'ensemble des conditions nécessaires à l'application de la loi, ou autrement dit en tant qu'*objet des règles juridiques*, l'immatériel compris dans ce sens large, n'a, en droit allemand, *en principe* rien de particulier par rapport au matériel.

Néanmoins, il y a quelques exceptions dont je peux énoncer ici seulement les plus éminentes:

Le droit allemand de la responsabilité civile est marqué par le principe de la réparation intégrale, en nature ou au moins en argent, du dommage subi (« Ausgleichsprinzip », les articles 249 et s. du BGB). Dans les cas où la réparation n'est pas possible, la victime a droit à une « indemnisation » (« Entschädigung »). Cette règle ne s'applique au dommage moral (dommage « immatériel », cf. le titre officiel de l'article 253 du BGB « Immaterieller Schaden », « dommage immatériel ») que quand il y a atteinte au corps, à la santé, à la liberté personnelle, à l'autonomie sexuelle (l'article 253 al. 2 du BGB ; voir aussi la prescription prolongée de l'article 197 al. 1 no. 1 du BGB) ou au droit de la personnalité<sup>9</sup> et, au-delà de ces cas, seulement quand une loi spéciale l'ordonne de façon expresse (ex. l'article 15 al. 2 de la « Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz » – « loi générale du traitement non-discriminatoire » ou l'article 97 al. 2 de la « loi sur le droit d'auteur », voir C.I.1. ci-dessous). Par conséquent l'acheteur d'un manteau de fourrure défectueux qui a rendu le manteau au vendeur pour qu'il le répare ne peut pas demander à ce dernier la compensation financière du dommage moral subi du fait que la réparation n'a pas été effectuée à temps et qu'il n'a donc pas pu utiliser son manteau pendant ce retard (par ex. BGH, arrêt du 12 février 1975, VIII ZR 131/73).

Une deuxième exception concerne les règles d'évaluation de patrimoine dans la mesure où l'immatériel est partie constituante de l'actif, et en particulier des règles de comptabilité commerciale et fiscale. Selon l'article 248 al. 2 du HGB, portant sur les éléments d'actif « immatériels » (pour la notion voir A.II. ci-dessus) créés par l'entreprise elle-même, l'entreprise a le choix de ne pas les inscrire à l'actif du bilan. C'est une exception au principe de l'intégralité du bilan (« Vollständigkeitsgrundsatz »). Pour les marques commerciales, les titres de publications, les droits d'édition, les listes de clients ou d'autres éléments d'actif créés par l'entreprise comparables aux précédents il existe même une interdiction d'activation. Portant sur le bilan fiscal, l'article 5 al. 2 de la « loi relative à l'impôt sur le revenu » (« Einkommensteuergesetz – EStG ») prévoit une interdiction totale de l'activation des actifs « immatériels » lorsqu'ils n'ont pas été acquis à titre onéreux.

Et une troisième exception concerne l'immatériel en tant qu'objet d'un droit subjectif autonome, bref les *biens immatériels* (dans le sens large).

---

<sup>9</sup> Cf. par ex. l'arrêt du Bundesgerichtshof – BGH – du 15 novembre 1994 - VI ZR 56/94, juris, no. 84 et s., « Caroline de Monaco ».

Les *droits* portant sur les entités immatérielles n'obéissent en droit allemand en grande partie pas aux mêmes règles relatives à leur naissance, transfert, disparition, mise en gage, et, à un moindre degré, à leur exploitation et protection que les droits portant sur les biens corporels – la propriété et les droits réels – auxquels notamment les dispositions du troisième Livre du BGB (« Sachenrecht », voir A.I. ci-dessus) s'appliquent. Avec quelques exceptions seulement (ex. : le corps humain, l'espace, peut-être aussi les molécules des eaux courantes), celles-ci règnent sur *toutes* les entités corporelles, et, à l'exception des dispositions du « droit de gage sur les droits » (« Pfandrecht an Rechten », les articles 1273 et ss. du BGB, voir C.II.5. ci-dessous), elles se *limitent* aux biens corporels et – par analogie<sup>10</sup> – aux droits matérialisés par une titrisation (titres au porteur). Notamment, la notion juridique de « propriété » (« Eigentum », voir l'intitulé de la troisième section du Livre « Sachenrecht », les articles 903 et ss. du BGB) se retrouve limitée aux entités corporelles car elle se réfère exclusivement aux « Sachen » (« choses », voir A.I. ci-dessus).

Quel est le bien-fondé de cette différenciation? Plusieurs explications sont possibles: la perceptibilité du corporel, son étendue limitée dans l'espace<sup>11</sup>, la possibilité de le maîtriser et, y adhèrent, l'exclusivité de son usage, ainsi que le fait que la question de l'attribution légale des biens ne se pose de la même manière quand il s'agit des biens immatériels qui doivent toute leur existence au droit ou dont l'existence pré-juridique (par ex. la prestation intellectuelle dans le cas de la propriété intellectuelle) est en tout cas moins évidente. De ce chef, le reproche que c'était à tort que le droit allemand ne reconnaissait pas l'existence de tous les biens immatériels en tant que telle,<sup>12</sup> ne paraît pas justifié.

La question si la protection des biens corporels contre des atteintes inclue les atteintes de caractère immatériel (dans le sens qu'ils ne relèvent pas du monde sensible, voir la deuxième signification ci-dessus) concerne un aspect différent du droit des biens qui ne peut pas être approfondi dans le présent rapport. Mais en bref : La jurisprudence allemande a concédé une telle protection basée sur le droit de propriété (vu l'absence d'une action délictuelle comparable à celle des articles 1382 et s. du Code civil français, voir C.I.2.a. ci-dessous) dans des cas où le propriétaire d'une chose subit un dommage du fait qu'une autre personne, sans agir directement (physiquement) sur la chose, porte atteinte à la chose de façon « négative » en *empêchant* son approvisionnement avec des apports non-physiques. Dans un arrêt du 4 février 1964,<sup>13</sup> le Bundesgerichtshof (BGH) a condamné une entreprise de travaux publics à payer des dommages-intérêts à une entreprise d'élevage de poulets du fait d'une coupure d'électricité qui a fait mourir de nombreux poussins. Une opinion minoritaire mais convaincante de la doctrine s'y oppose. Ce n'est pas le droit de propriété (des poussins) qui autorise le propriétaire à demander l'approvisionnement avec du courant.

## C. Les biens immatériels en droit allemand

Les *biens* immatériels, c'est à dire l'immatériel en tant que objet d'un droit subjectif, est un sujet grand et complexe en droit allemand, même si je me contente ici de la troisième compréhension de l'immatériel établie plus haut (A.II.) mettant l'accent sur la « propriété intellectuelle ». Le cadre limité de ce rapport ne me laisse de la place que pour une esquisse rudimentaire d'abord des types de biens immatériels reconnus en Allemagne (I.) et ensuite de

<sup>10</sup> Voir par ex. BGH, arrêt du 14 mai 2013 - XI ZR 160/12, juris, no. 17 ; voir aussi C.II.3.a. ci-dessous.

<sup>11</sup> P. Bydlinski, AcP 198 (1998), 288, 303 et s., avec d'autres références.

<sup>12</sup> M. Lehmann, Finanzinstrumente, p. 520.

<sup>13</sup> Référence du dossier: VI ZR 25/63.

leur régime juridique (II.) ce qui à vrai dire m'arrange parce que je suis loin d'être spécialiste de la matière (voir la petite bibliographie ci-dessous pour plus de détails).

Sans vouloir en préciser plus, il convient de noter qu'une partie de moins en moins négligeable des dispositions légales sur la « propriété intellectuelle » sont basées sur des directives de l'Union européenne<sup>14</sup> et devraient donc exister également dans les autres pays membres, à ne même pas parler des droits *d'origine* communautaire comme la marque communautaire, le dessin ou modèle communautaire, la protection communautaire des obtentions végétales, et bientôt probablement le brevet unitaire. Ajoutons en passant que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît l'existence de la « propriété intellectuelle » (du droit national ainsi que du droit européen) en l'incluant explicitement dans sa protection du droit de propriété (l'article 17 al. 2).

## ***I. Types de biens immatériels***

[réponse à la question no. 1 du rapporteur général]

Quels sont les phénomènes non-physiques reconnus comme droits subjectifs en droit allemand qui sont ni des dérivés de la propriété corporelle, ni des créances et ni des participations?

En somme, toutes sortes mélangées, il y en a une quantité considérable.

### **1. Propriété intellectuelle**

[réponse à la question no. 3 du rapporteur général]

*D'abord* il y a des droits de caractère plus ou moins complet qui ont pour vocation de protéger le résultat une prestation intellectuelle particulière (créative ou similaire) et dont la structure et le fonctionnement rapprochent de la propriété corporelle. Ceux-ci ne sont pas réglés dans le BGB ni dans le HGB mais dans des lois spéciales comme les suivantes:

- la « loi sur les droits d'auteur et des droits similaires » („Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)“, ci-après UrhG)

Les « droits similaires » incluent d'ailleurs des droits exclusifs des auteurs de bases de données.

- la « loi sur le droit d'édition » (« Gesetz über das Verlagsrecht »)

- la « loi sur la protection des marques de commerce et d'autres indications » („Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz - MarkenG)“)

- la « loi sur les brevets » („Patentgesetz“ - PatentG)

---

<sup>14</sup> Voir par ex. les directives 87/54/CEE, 96/6/CE, 2001/29/CE, 2004/48/CE, 2008/95/CE, et 2009/24/CE.

- la « loi sur la protection légale du dessin ou modèle » („Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design (Designgesetz - DesignG)“)

- la « loi sur les certificats d'utilité » (« Gebrauchsmustergesetz (GebrMG) »)

- la « loi sur la protection des obtentions végétales » (« Sortenschutzgesetz »)

- la « loi sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs microélectroniques » (« Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen (Halbleiterschutzgesetz - HalblSchG) »)

[réponse à la question no. 2 du rapporteur général]

Conformément à la terminologie internationale, on appelle les droits attribués et protégés par ces lois de plus en plus souvent « geistiges Eigentum » (« propriété intellectuelle ») malgré le fait qu'il ne tombent pas dans le champs d'application de la « propriété » proprement dite (dans le sens du droit allemand) et qu'ils ne soient entre eux pas non plus soumis à un régime *unique* comparable à l'institution juridique de la propriété.<sup>15</sup>

Cette notion pourrait même provoquer un malentendu majeur à cause du fait qu'en droit allemand – au moins d'après la jurisprudence et la doctrine dominante – l'analogie cognitive à la propriété *corporelle* ne va pas si loin que de concéder à la prestation intellectuelle et son rapport avec son auteur une existence « pré-juridique » comparable à la domination d'un bien corporel qui obligerait l'ordre juridique à reconnaître une « propriété intellectuelle » à cet égard. En fait, on part du principe du « numerus clausus » dans ce domaine. Au-delà de ceux qui sont réglés par les lois spéciales telles que celles nommées plus haut, il n'y a pas de droits basés sur une prestation intellectuelle.

Pour désigner les droits émanant de ces lois, les plus conservateurs des auteurs préfèrent donc la notion de « Immaterialgüterrechte », littéralement traduit alors par « droits des biens immatériels » ou, faisant l'usage de la notion de « bien » telle que nous l'avons définie plus haut, « biens immatériels » tout court. Comme cette dernière notion (française) pourrait prêter à confusion vu notre compréhension plus large de l'immatériel on va rester sur l'expression de « propriété intellectuelle » pour l'instant (mais voir aussi la terminologie simplificatrice appliquée ci-après sous II. : « droits immatériels »).

À la différence du droit d'auteur (« Urheberrecht ») qui trouve sa justification dans le droit de la personnalité au premier chef (ci-après sous 2.a.) et qui ressemble à la « propriété littéraire et artistique » du droit français, les autres « Immaterialgüterrechte » ne protègent leurs titulaires que contre des activités de caractère commerciale. On les appelle ainsi « droits (intellectuels) commerciaux » (« gewerbliche Schutzrechte »), notion qui devrait, je suppose, par sa fonction ressembler à celle de « propriété industrielle » en France. Correspondant à leur caractère commercial et grâce à leur libre cessibilité, juridiquement et économiquement, ces droits ressemblent encore plus à la propriété corporelle que le droit d'auteur bien que ce dernier ait connu une commercialisation considérable en forme de différents droits à l'utilisation octroyés par l'auteur à des tiers (« Nutzungsrechte », voir notamment les articles 31 et ss. du UrhG).

---

<sup>15</sup> Cf. pour une proposition académique de loi unique sur la « propriété intellectuelle » l'ouvrage de H.-J. Ahrens et M.-R. McGuire, op. cit. dans la bibliographie.

## 2. Les autres droits non-corporels

Les autres droits non-corporels n'approchent par leur structure et fonctionnement que partiellement la propriété corporelle, soit du fait qu'ils protègent contre des atteintes par une action en prévention (« Unterlassungsanspruch »), en cessation (« Beseitigungsanspruch ») et/ou en dommages-intérêts (« Schadensersatzanspruch ») (a.), soit du fait qu'ils soient cessibles (b.).

### a. Des droits non cessibles

Le « droit de la personnalité » qui trouve son fondement constitutionnel dans la dignité de l'homme et le « droit à la liberté générale d'action » (« allgemeine Handlungsfreiheit », fondé sur les articles 1<sup>er</sup> et 2 de la « Grundgesetz » - « loi fondamentale ») constitue un des exemples les plus importants des droits immatériels non cessibles. Des éléments personnels non cessibles n'imprègnent pas seulement quelques aspects de la propriété intellectuelle (ci-dessus sous 1.), notamment le « droit personnel de l'auteur » (« Urheberpersönlichkeitsrecht », articles 12 et ss. de la UrhG ) et le « droit personnel de l'inventeur sur son invention » (« Erfinderpersönlichkeitsrecht »<sup>16</sup>). Ils se retrouvent également en dehors de ce domaine, par exemple dans le « droit au nom » (« Namensrecht »), protégé explicitement par l'article 12 du BGB (actions en cessation et prévention), dans le « droit au nom commercial » (« Firmenrecht », cf. les articles 17 et ss. ainsi que 37 du HGB), dans le « droit à sa propre image » (« Recht am eigenen Bild », cf. les articles 22 et ss. de la « loi sur le droit d'auteur sur les ouvrages des beaux arts et de la photographie », « Kunsturhebergesetz - KUG») et surtout dans l'article 823 al. 1 du BGB.

Selon cette dernière disposition qui est (ensemble avec l'al. 2 de l'article 823 et l'article 826 du BGB) une des trois clefs de voûte de la responsabilité délictuelle (pour faute) de droit commun<sup>17</sup>, « celui qui, par un fait contraire au droit, porte atteinte, avec intention ou négligence, à la vie, au corps, à la liberté, à la propriété, ou à *tout autre droit d'un autre* (« ein sonstiges Recht »), est obligé envers cet autre à la réparation du dommage qui en est résulté »<sup>18</sup>. Contrairement au droit délictuel français où les articles 1382 et s. du Code civil sanctionnent toute violation d'une obligation préexistante causant un dommage l'article 823 al. 1 du BGB suppose la violation d'un droit *absolu* opposable à toute personne.<sup>19</sup> Les droits « au nom » et « au nom commercial » et le « droit à sa propre image » sus-cités représentent de tels droits absolus . De plus, depuis longtemps la jurisprudence reconnaît un « droit général de la personnalité » (« allgemeines Persönlichkeitsrecht ») comme droit absolu protégé par l'article 823 al. 1 du BGB. Grâce à ce droit, Caroline de Monaco et d'autres membres de sa famille ont plusieurs fois réussi à s'imposer devant la « presse people » allemande.<sup>20</sup>

### b. Des droits cessibles

[réponse à la question no. 4 du rapporteur général]

<sup>16</sup> Cf. l'article 37 de la PatentG et la décision de la BGH du 12 novembre 1986, 2 Ni 30/85.

<sup>17</sup> Cf. pour plus de détails par ex. C. T. Ebenroth, Les principes fondamentaux de la responsabilité non-contractuelle en droit français et en droit allemand, Gaz. Pal. du 2 au 4 janvier 1994, p. 5 à 9.

<sup>18</sup> Traduction réalisée par C. Bufnoir et al., op. cit., tome 2 (articles 433 à 1296), mise en relief ajoutée.

<sup>19</sup> Voir par ex. G. Wagner, dans : Münchener Kommentar zum BGB, 6<sup>ème</sup> éd. 2013, § 823, note 205.

<sup>20</sup> Cf. par ex. BGH, arrêt du 5 décembre 1995 - VI ZR 332/94.

Les quotas d'émissions de CO<sub>2</sub> conformément à la loi « sur le commerce des quotas d'émission des gaz à effet de serre » (« Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen » - TEHG) présentent l'exemple des biens immatériels de *droit public*. Les droits de défense qu'ils confèrent aux titulaires particuliers n'agissent pas à l'encontre d'autres particuliers mais vis-à-vis de l'État qui est obligé de tolérer l'émission du CO<sub>2</sub> quand elle est couverte par les quotas. Malgré leur caractère de droit public, le législateur a arrangé ces permissions en tant que biens de droit privé en établissant leur cessibilité (l'article 16 de la TEHG).

### 3. Entités immatérielles ne constituant pas des droits

Il reste des nombreuses positions qui, bien qu'étant de valeur économique et pouvant parfois même être activées au bilan commercial ou fiscal, ne sont pas reconnues comme des *droits* autonomes en droit allemand. Cela n'exclue pas leur aliénabilité, mais oblige les parties à un contrat d'achat de cette position à réaliser le transfert de la position avec les seuls moyens du droit des obligations, le plus souvent donc avec des contrats bilatéraux sans pouvoir assurer l'effet *erga omnes* (ou du moins *erga plures*) du transfert.

Voilà quelques exemples :

- des idées ou inventions ne satisfaisant pas aux critères de nouveauté et d'inventivité pour obtenir l'inscription d'un brevet ou d'un certificat d'utilité
- des secrets d'affaires ou le savoir-faire dans la mesure où ils ne sont pas protégés par les droits de propriété industrielle
- le carnet de commandes et la clientèle (en tant que l'incarnation des futurs bénéfices)
- la possibilité d'enregistrer des événements sportifs (cf. « les droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives » des « fédérations sportives » selon l'article L 333-1 du Code du sport français)

En droit allemand, la protection des organisateurs d'événements sportifs (pour les événements artistiques cf. l'article 77 de la UrhG) est assurée sommairement par le biais du « droit d'accès aux locaux » (« Hausrecht ») de l'organisateur (notamment en tant que propriétaire ou locataire des locaux) et du droit de la concurrence déloyale. Le « Hausrecht » fonctionne seulement par rapport à ceux que l'organisateur a laissé entrer au spectacle sur la base d'un contrat d'accès stipulant une interdiction d'enregistrement, mais pas par rapport à des tiers qui pourraient exploiter les enregistrements illicites ultérieurement.<sup>21</sup>

- le domaine d'internet. D'après le BGH, aucun droit absolu à l'enregistrement d'un nom de domaine déterminé n'existe dans l'ordre juridique allemand.<sup>22</sup> Cela n'exclue pas qu'un domaine déjà acquis sur la base de contrats bilatéraux fasse partie du patrimoine protégé par le droit fondamental de propriété comme l'a constaté la cour constitutionnelle allemande (« Bundesverfassungsgericht – BVerfG »).<sup>23</sup> Encouragé par la décision du BVerfG, la Cour

<sup>21</sup> H.-J. Ahrens et M.-R. McGuire, op. cit., livre 1, § 11, sous I., Generelle Begründung, p. 53 et s.

<sup>22</sup> Arrêt du 22 novembre 2001, I ZR 138/99, « shell.de », juris, no. 51 et s.

<sup>23</sup> Décision du 24 novembre 2004, 1 BvR 1306/02, juris no. 9; cf. aussi la décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 18 septembre 2007, Paeffgen GmbH c. Allemagne, au sujet de l'article 1er du Protocole no. 1.

d'appel de Cologne, dans un arrêt en date du 17 mars 2006<sup>24</sup>, s'est opposée au BGH et a décidé que le domaine était quand même un droit absolu dans le sens de l'article 823 al. 1 du BGB. Une partie de la doctrine l'a applaudi,<sup>25</sup> mais le bien-fondé de cette opinion n'est pas évident. L'exclusivité de l'usage d'un domaine est garantie par la seule réalité technique, une protection juridique du détenteur du domaine n'est donc pas nécessaire. Des tiers qui souhaitent faire valoir un droit *au* domaine contre le détenteur du domaine ont, le cas échéant, le droit « au nom » ou le droit de marque commerciale à leur disposition. Il n'est pas plausible que ceux-là devraient bénéficier d'une protection plus ample.

- un ensemble de biens (corporels et/ou incorporels) en tant que tel (cf. l'article 1085 du BGB : « L'usufruit ne peut être établi sur le patrimoine d'une personne qu'en ce sens que l'usufruitier a l'usufruit de chacun des objets composant le patrimoine... »<sup>26</sup>). C'est une conséquence du principe de la spécialité et de la précision qui règne sur le droit des biens allemand<sup>27</sup> et une différence évidente au droit français où notamment l'ensemble des éléments mobiliers corporels et incorporels d'une entreprise (« fonds de commerce ») est reconnu comme bien distinct des éléments qui le composent (voir par ex. l'article L125-7 du code de commerce : « Le propriétaire d'un fonds de commerce ... »).

## **II. Régime juridique (par rapport au droit des biens matériels)**

Quel est le régime juridique auquel les biens immatériels sont soumis en droit allemand ?

Tout d'abord il convient de rappeler qu'il n'y pas de régime à la fois spécifique et commun à tous les droits non-corporels ; actuellement il n'y a pas de « propriété intellectuelle » comme institution unique de droit en droit allemand. [réponse à la question no. 2 du rapporteur général]

En matière de propriété intellectuelle, ce sont plutôt les lois spéciales citées plus haut qui sont applicables en premier lieu. Habituellement, ces lois règlent en détail la naissance, la contestation et la protection de ces droits, tandis que la cession des droits immatériels est régie par le droit commun des créances et d'autres *droits* (subjectifs ou absolus), tel que le deuxième Livre du BGB intitulé « Schuldrecht » (« droit des obligations ») le détermine dans ses articles 398 et ss., 413. Le champs d'application des articles 398 et ss. s'étend en principe, tant que la loi ne prévoit pas une réglementation spéciale, à *tous* les droits à condition qu'ils soient cessibles par leur nature (cf. l'article 399 du BGB ; voir aussi C.I.2.a ci-dessus). [réponse à la question no. 12 du rapporteur général]

Cela posé, la présentation suivante essaye d'établir certains détails sur le traitement juridique des droits non-corporels en limitant aux droits qu'on résume par la notion de « propriété intellectuelle » (par souci de simplicité ci-après nommés « droits immatériels »). Elle les compare entre eux et avec la propriété corporelle (meubles ou immeubles) en valorisant quelques mécanismes majeurs de droit civil (le contenu des droits réalisé par les actions de protection, l'acquisition originaire et dérivée des droits, la perte des droits ainsi que leur mise

---

<sup>24</sup> Référence du dossier: 6 U 163/05.

<sup>25</sup> Par ex. K.-H. Fezer, Markenrecht, 4<sup>ième</sup> éd. 2009, Einleitung G, Domainrecht, no. 14 et s.: Le nom du domaine serait « un droit sui generis ».

<sup>26</sup> Traduction par C. Bufnoir et. al., op. cit., tome 2.

<sup>27</sup> Cf. la critique de M. Lehmann, p. 193 – 195 avec d'autres références.

en gage, la copropriété des droits, ci-dessous sous 1. à 6) qui permettent l'évaluation de leur fonctionnement et la façon dont ils sont attribués à leurs titulaires<sup>28</sup>.

[réponse à la question no. 18 du rapporteur général]

Encore un mot sur le droit pénal : Toutes les lois spéciales de la propriété intellectuelle citées plus haut contiennent des infractions punissables d'emprisonnement ou d'une peine de jours-amende tenant ainsi compte du fait que les infractions visant des atteintes à la propriété corporelle, notamment le vol (« Diebstahl », l'article 242 du Code pénal allemand, « Strafgesetzbuch »), ne fonctionnent pas en matière immatérielle.

## 1. Le contenu des droits immatériels

Comme d'autres droits absolus, notamment la propriété corporelle, les droits immatériels se caractérisent par une certaine exclusivité d'action (cessible et susceptible de mise en usufruit et en gage) qu'ils confèrent à leurs titulaires par rapport à tous ceux qui n'ont pas été autorisés directement ou indirectement par les titulaires. Tandis que l'exclusivité d'action attribuée par la propriété corporelle concerne l'usage d'un bien matériel, celle des droits de la propriété immatérielle se réfère à l'usage de certaines prestations intellectuelles.

Dans le domaine des biens *matériels*, l'exclusivité est assurée par

- l'action en revendication contre le possesseur non légitimé de la chose corporelle ou non-corporelle (*rei vindicatio*, l'article 985 du BGB),
- l'action en prévention (« Unterlassungsanspruch ») et en cessation (« Beseitigungsanspruch ») contre ceux qui portent atteinte à l'usage autrement que par privation de la possession, que ce soit de manière fautive ou non fautive (voir l'article 1004 du BGB intitulé « Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch »),
- l'action en dommages-intérêts (« Schadensersatzanspruch ») pour des atteintes fautives à la substance de la chose (la matière), à l'usage de la chose (dans certaines conditions) ou au statut de propriétaire (voir l'article 823 al. 1 du BGB, ci-dessus C.I.2.a. ; voir aussi l'article 823 al. 2 du BGB en association avec notamment les infractions pénales protégeant la propriété corporelle),
- l'action en enrichissement sans cause de l'article 812 al. 1 première phrase du BGB dans sa deuxième variante de la « Eingriffskondiktion » (« restitution pour empiètement », comparable à la gestion d'affaires (l'article 1376 du Code civil français), et, enfin,
- le pouvoir de transférer le droit à l'utilisation de la chose à des tiers avec un effet réel (*erga omnes*).<sup>29</sup>

La protection des droits absolus y compris ceux de la propriété *immatérielle* fonctionne essentiellement, avec quelques modalités particulières, de façon analogue, à l'exception de la revendication. *L'absence de revendication* tient au fait que dans le domaine de l'immatériel il n'y a pas d'équivalent à la « possession » (« Besitz ») qui signifie en droit allemand « maîtrise sur la chose (corporelle) » (« Sachherrschaft »)<sup>30</sup>. Quelques tentatives éparses dans la doctrine

<sup>28</sup> Cf. V. Jänich, op. cit., Teil 2, « Sacheigentum contra geistiges Eigentum », pp. 185 – 352.

<sup>29</sup> Cf. la jurisprudence selon laquelle le droit contractuel (d'une entreprise de construction mandatée, d'un locataire, etc.) à la possession de la chose (la « possession légitime », « berechtigter Besitz ») constitue un « autre droit » (absolu) dans le sens de l'article 823 al. 1 du BGB (voir C.I.2.a. ci-dessus) avec l'arrêt de référence de la BGH du 4 novembre 1997, VI ZR 348/96, juris, no. 26.

<sup>30</sup> Voir V. Jänich, op. cit., p. 350.

de construire une « possession » dans le domaine de la propriété intellectuelle n'ont pas eu de succès.<sup>31</sup> Si la BGH dans un arrêt du 6 octobre 1981<sup>32</sup> a nommé « Vindikationsanspruch » (« revendication ») l'action de l'inventeur contre celui qui, de façon non justifiée, a déposé la demande de brevet, à céder le droit à l'attribution du brevet ou, le cas échéant, à céder le brevet (l'article 8 de la PatentG, cf. aussi l'action similaire de l'article 9 de la DesignG), ce n'est guère convaincant comme une partie de la doctrine l'a établi. En fait, l'action sert à corriger les erreurs que provoque la présomption de légitimité que l'article 7 de la PatentG ordonne en faveur de celui qui dépose la demande de brevet. Le rapport entre le demandeur du brevet et l'inventeur est celui entre un titulaire seulement formellement légitimé et d'un titulaire matériellement légitimé ou, selon une autre théorie, entre une personne (titulaire formel et matériel) qui a eu le brevet sans juste titre et une autre personne au dépens de laquelle la première a eu le titre (cf. la situation décrite dans l'article 812 al. 1 première phrase du BGB). Quoi qu'il en soit, cette situation n'est pas comparable avec la *rei vindicatio* où ce n'est pas la propriété du titre (droit) qui est en question mais *l'objet* du droit.<sup>33</sup>

Par contre, à un niveau plus abstrait, un certain parallèle se laisse constater entre le possesseur légitimé d'une chose et le *licencié exclusif* d'un droit immatériel (voir par ex. les articles 31 de la UrhG, 30 de la MarkenG, 31 de la DesignG, 15 de la PatentG, 22 de la GebrMG, 11 de la HalblSchG, 11 de la Sortenschutzgesetz). En fait, le licencié exclusif, comme le possesseur légitime, profite d'une protection *erga omnes* contre des tiers portant atteinte à son droit à l'utilisation exclusive, que cette protection soit réalisée directement par l'hypothèse d'un droit réel propre au licencié, muni d'une opposabilité absolue, ou de façon affaiblie par le biais d'une construction auxiliaire telle qu'elle est pratiquée dans le droit de la marque et du dessin ou modèle.<sup>34</sup> Là, de manière à priori surprenante, ce n'est pas le licencié, même exclusif, mais le concédant qui est considéré avoir le droit de récupérer le remboursement du dommage subi par le premier (« Drittschadensliquidation », littéralement : « liquidation du dommage à autrui »);<sup>35</sup> tout de même, le licencié est en droit de joindre le procès judiciaire mené de la part du concédant contre le contrevenant du côté du premier et de l'assister ainsi (voir les articles 30 al. 4 de la MarkenG, 31 al. 4 de la Design).<sup>36</sup>

Les actions en prévention et en cessation contre les atteintes aux droits immatériels ainsi que l'action en dommages-intérêts suivent les règles des lois spéciales respectives (articles 97 de la UrhG, 42 de la DesignG, 139 de la PatentG, 24 de la GebrMG, 14 al. 5 et 6 de la MarkenG, 37 de la Sortenschutzgesetz et 9 al. 1 de la HalblSchG). Celles-ci évincent, affinent et suppléent le droit commun<sup>37</sup> qui, en leur absence, serait d'emblée applicable – l'article 823 al. 1 du BGB de manière explicite et l'article 1004 al. 1 du BGB par analogie à la propriété corporelle.

En ce qui concerne l'action en dommages-intérêts, il y a une particularité du droit de la propriété immatérielle relatif au dommage remboursable. En fait, la jurisprudence admet dans

<sup>31</sup> Voir la critique de V. Jänich, op. cit., p. 220 et s., avec d'autres références.

<sup>32</sup> X ZR 57/80, juris, no. 19 ; du même avis par ex. P. Mes, PatG, GebrMG, 3<sup>ième</sup> éd. 2011, § 8 de la PatG, note 1.

<sup>33</sup> Voir V. Jänich, op. cit., p. 301 à 303, 351, avec d'autres références.

<sup>34</sup> Cf. l'exposé de la discussion au sujet du caractère juridique des licences, établi par H.-J. Ahrens et M.-R. McGuire, op. cit., livre 1, § 122, sous I. (Generelle Begründung), p. 296 et s.

<sup>35</sup> Voir l'arrêt de la BGH du 19 juillet 2007, I ZR 93/04, « Windsor Estate », juris, nos. 27 à 33, par rapport au droit de la marque.

<sup>36</sup> Cf. H.-J. Ahrens et M.-R. McGuire, op. cit., livre 1, § 122 al. 2 (p. 295) qui proposent *de lege ferenda* d'étendre ces règles à tous les droits immatériels.

<sup>37</sup> Voir G. Wagner, dans : Münchener Kommentar zum BGB, op. cit., § 823, note 226.

ces cas trois façons différentes de calculer le dommage qu'elle laisse au choix du requérant<sup>38</sup>: *primo* le calcul concret, incluant les bénéficiaires échappés (articles 249 et ss. du BGB), *secundo* le calcul abstrait appelé « analogie à la licence » (« Lizenzanalogie ») et basé sur une redevance de licence fictive que le contrevenant aurait normalement dû payer, et *tertio* le rendu des bénéficiaires que l'auteur du délit a tirés en utilisant les droits même si le titulaire n'aurait pas été capable de les tirer tout seul. Cette dernière façon de calculer le dommage s'approche bien du résultat de l'action en enrichissement sans cause (les articles 812 et ss. du BGB) qui peut être saisie parallèlement.

De plus, il convient d'évoquer les particularités prévues par la directive 2004/48/CE « relative au respect des droits de propriété intellectuelle » qui ont été reprises dans la législation allemande, par exemple le droit du titulaire de demander aux autorités judiciaires l'injonction de mesures correctives comme le rappel des marchandises portant atteinte à la propriété intellectuelle des circuits commerciaux ou leur destruction (voir par ex. les articles 98 de la UrhG, 18 de la MarkenG et 140a de la PatentG) ou des facilités judiciaires en faveur des titulaires des droits comme le droit à l'information dirigé contre le contrevenant (voir par ex. les articles 101 de la UrhG, 19 de la MarkenG et 140b de la PatentG).

[réponse à la question no. 16 du rapporteur général]

La prescription extinctive des actions pour la protection des biens immatériels mentionnés ci-dessus suit le droit commun de la prescription des articles 194 et ss., 852 du BGB auxquels les lois spéciales renvoient explicitement (voir les articles 102 de la UrhG, 49 de la DesignG, 20 de la MarkenG, 141 de la PatentG, 24f de la GebrMG, 37f de la Sortenschutzgesetz et 9 al. 3 de la HalblSchG). Pour autant il n'y a rien de particulier par rapport à la propriété corporelle.

## 2. L'acquisition originaire

[réponse à la question no. 6 du rapporteur général]

Les règles d'acquisition originaire de la propriété des biens immatériels se distinguent nettement de celles concernant l'acquisition originaire de la propriété corporelle (réelle).

En Allemagne, l'acquisition originaire de la propriété *corporelle* se fait par les voies suivantes:

- l'appropriation (« Aneignung ») d'une chose (meuble ou immeuble) sans maître (*res nullius*) (les articles 928 al. 2 du BGB concernant les immeubles et 958 du BGB concernant les meubles; voir aussi l'article 1 de la « loi fédérale sur la chasse » – « Bundesjagdgesetz »)

L'appropriation des biens meubles se passe par la seule acquisition de la possession avec une âme de propriétaire (« Eigenbesitz », voir l'article 872 du BGB).

- la prescription acquisitive (l'usucapion, « Ersitzung »)

L'usucapion d'un bien *meuble* suppose une possession qui est de bonne foi et qui est effectuée avec une âme de propriétaire durant dix ans (les articles 937 – 945 du BGB), celle d'un bien

---

<sup>38</sup> BGH, l'arrêt du 17 juin 1992, I ZR 107/90, « Tchibo/Rolux II » ; voir aussi les articles 100 deuxième phrase de la UrhG, 14 al. 6 de la MarkenG, 139 al. 2 de la PatentG.

*immeuble* une possession avec une âme de propriétaire de 30 ans, que ce soit de bonne ou même de mauvaise foi<sup>39</sup>, pourvu que le possesseur soit inscrit au Livre foncier comme propriétaire (l'article 900 du BGB). Un possesseur qui n'est pas inscrit au Livre foncier peut, après 30 ans de possession avec une âme de propriétaire (même de mauvaise foi) faire déclarer forclos le propriétaire de son droit par la voie d'une procédure de sommation publique (« Aufgebotsverfahren ») si le propriétaire est mort ou disparu et si, depuis 30 ans, il n'a été fait au Livre foncier aucune inscription qui ait exigé son consentement (l'article 927 al. 2<sup>40</sup>). Ensuite, le possesseur peut se faire inscrire comme nouveau propriétaire au Livre foncier.

- la mise en œuvre ou transformation d'une matière ou de plusieurs matières créant une chose mobilière nouvelle (« Verarbeitung oder Umbildung », l'article 950 du BGB)

- la connexion (« Verbindung », les articles 946 et s. du BGB) ou de mélange (« Vermischung », l'article 948 du BGB) de la chose avec une autre chose

- la trouvaille et prise en possession d'une chose meuble perdue et non récupérée dans un délai donné (« Fund », « trouvaille », l'article 973 du BGB) ainsi que la découverte d'une chose meuble cachée depuis si longtemps qu'il n'est plus possible de retrouver le propriétaire (« Schatzfund », « découverte d'un trésor », l'article 984 du BGB)

Dans le cas de la « Schatzfund », la propriété de la chose découverte est acquise pour moitié par le découvreur et pour moitié par le propriétaire de la chose dans laquelle la chose découverte était cachée.

- l'attribution par un acte administratif, notamment la vente judiciaire<sup>41</sup>.

Par opposition, l'acquisition originaire de la propriété *intellectuelle* – du droit d'auteur comme des droits intellectuels commerciaux – suppose l'accomplissement d'un exploit intellectuel, et, quant aux derniers, en plus toujours un acte administratif formel, accompagné de l'inscription dans un registre public.

Les modes d'acquisition par appropriation, prescription acquisitive, « mise en œuvre » ou « transformation », « connexion », « mélange » et « trouvaille » ou « découverte d'un trésor » ne sont pas prévus dans les textes. Cela n'étonne pas car ils ne conviennent pas au monde immatériel. La « connexion » ainsi que le « mélange » supposent, par leur nature, la corporéité de l'objet acquis, de même la « mise en œuvre » et la « transformation » qui demandent l'existence d'une « matière » (« Stoff »).

L'appropriation, la « trouvaille », la « découverte d'un trésor » ainsi que la prescription acquisitive sont liées à la « possession » (« Besitz ») qui n'a pas d'équivalent dans l'immatériel (voir haut sous 1.). De tous les droits<sup>42</sup>, ce sont seulement les droits (réels) autorisant leurs titulaires à posséder un bien immeuble qui sont susceptibles d'une sorte de « prescription acquisitive » que la loi appelle « prescription acquisitive foncière »

<sup>39</sup> Voir BGH, l'arrêt du 26 janvier 1994, IV ZR 19/93, juris, no. 8, sous II.

<sup>40</sup> Traduction inspirée par l'ouvrage de C. Bufnoir et al., op. cit., tome 2.

<sup>41</sup> Cf. par ex. l'arrêt de la BGH du 8 novembre 2013, V ZR 155/12, juris, no. 16, sur le caractère d'acquisition originaire de l'attribution d'un immeuble selon l'article 90 de la « loi sur la vente judiciaire » – « Zwangsversteigerungsgesetz ».

<sup>42</sup> Voir J. Kohler, dans Münchener Kommentar zum BGB, op. cit., § 900, note 7.

(« Buchersitzung », l'article 900 al. 2 du BGB) et qui a comme particularité qu'elle ne se réfère pas à la possession physique d'un bien corporel mais à l'inscription erronée d'un titulaire au Livre foncier. [réponse à la question no. 9 du rapporteur général]

Un certain parallèle, si l'on veut, entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit des biens pourrait tout au plus être établi par rapport à la « mise en œuvre » ou la « transformation » de l'article 950 du BGB dans la mesure où là, comme en matière des droits immatériels, l'acquisition originaire d'un bien est basée sur le résultat d'un effort humain ou au moins un effort humainement contrôlé.<sup>43</sup> Mais cette convergence reste pourtant faible d'une part s'agissant d'un effort physique et de l'autre d'un effort intellectuel - l'idée directrice de la propriété intellectuelle.

### 3. L'acquisition dérivée

L'acquisition dérivée peut se faire par acte juridique entre vifs (a.) ou par transmission autonome ou légale *mortis causa* (b.).

#### a. Transfert (cession)

[réponse à la question no. 12 du rapporteur général]

Comme il a déjà été établi plus haut (voir l'introduction à la section II.1]) l'acquisition dérivée des droits immatériels par acte de cession se passe selon les règles du droit commun des *droits* qui se distinguent considérablement de celles régissant le transfert de propriété corporelle. Ces dernières demandent un accord entre les parties qui est soumis au formalisme d'un acte notarié en matière des biens immeubles, mais qui n'est pas lié à une forme particulière (même pas un écrit) quand il s'agit des biens meubles, ainsi qu'un acte matériel de manifestation du transfert au public (« Publizitätsakt »). Celui-ci se fait par l'inscription du transfert au Livre foncier (les articles 873 et 925 du BGB) en matière de biens immeubles et par le rendu de la chose à l'acquéreur ou de quelque chose d'équivalent (un « succédané » de ce rendu) en matière de biens meubles (les articles 929 et s. du BGB). Dans les conditions établies par les articles 892 et 932 – 936 du BGB, l'acquéreur de *bonne foi* devient propriétaire de la chose (exempte de charges) même si elle n'appartient pas à l'aliénateur ou si elle est grevée du droit d'un tiers.

La cession des droits d'après les articles 398 et s. du BGB n'est pas soumise à des formalités quelconques (cf. le régime divergent de la marque communautaire selon l'article 17 al. 3 du règlement no. 40/94 du 20 décembre 1993); en outre d'un simple accord de transfert il n'y a notamment pas besoin d'acte de publicité.<sup>44</sup> La liberté de la forme ne concerne d'ailleurs pas seulement l'acte de transfert en tant que tel mais aussi l'engagement sous-jacent, relevant du droit des obligations et créant l'obligation de céder le droit concerné. C'est seulement quand la promesse de transfert est à titre de donation *qu'elle* (mais non pas la cession qui constitue un acte juridique séparé) a besoin d'un acte notarié selon le droit commun des donations (l'article 518 du BGB).

---

<sup>43</sup> Cf. à l'égard du droit des biens P. Bassenge, dans : Palandt, BGB, 73<sup>ème</sup> éd. 2014, § 950, note 2.

<sup>44</sup> Voir par ex. pour le transfert d'une marque commerciale K.-H. Fezer, Markenrecht, 4<sup>ème</sup> éd. 2009, § 27, note 26 ; pour le brevet voir E. Ullmann, dans : Benkard, PatG, 10<sup>ème</sup> éd. 2006, § 15, note 5.

En droit allemand, la plupart des droits *immatériels* sont considérés *cessibles* (par ex. les articles 15 al. 1 de la PatentG, 27 al. 1 de la MarkenG, 29 al. 1 de la DesignG, 22 de la GebrMG<sup>45</sup>), que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux (cf. l'article L122-7 du Code français de la propriété intellectuelle [réponse à la question no. 13 du rapporteur général]). Par contre, la cession du *droit d'auteur* (y compris ses aspects patrimoniaux) est explicitement exclue par l'article 29 al. 1 de la UrhG. C'est une conséquence du « droit de la personnalité » (« Persönlichkeitsrecht », droit moral) qui n'est pas aliénable et qui est traité comme un des fondements du droit d'auteur, inséparable de ses aspects patrimoniaux selon la théorie « moniste »<sup>46</sup>. Les conséquences pratiques de cette limitation, notamment par rapport au droit français,<sup>47</sup> se retrouvent pourtant atténuées, les droits à l'utilisation (« Nutzungsrechte », voir C.I.1. ci-dessus) de l'œuvre (y compris de droit de l'éditeur) pouvant être cédés (et nantis, voir 5. ci-dessous) avec l'autorisation de l'auteur (l'article 34 al. 1 de la UrhG). Dans la mesure où les « *droits immatériels commerciaux* » contiennent des aspects moraux, leur cessibilité se retrouve également limitée. Le « droit moral de l'inventeur » (« Erfinderpersönlichkeitsrecht ») n'est par exemple pas aliénable et ne peut d'ailleurs non plus être dérogé.<sup>48</sup>

La cessibilité susmentionnée des droits immatériels ne comprend pas seulement le transfert du titulaire au premier acquéreur mais aussi, d'un certain degré qui peut varier d'une loi spéciale à l'autre, la transmission des droits à l'utilisation effectuée d'un utilisateur à l'autre. Selon le principe de l'épuisement (« Erschöpfungsgrundsatz ») le titulaire d'un droit immatériel (par ex. l'auteur), après avoir mis en circulation une marchandise dans laquelle le droit est incorporé (par ex. des exemplaires de son œuvre), n'est pas en mesure d'interdire à des tiers l'utilisation de cette marchandise en faisant valoir le droit immatériel y adhérent (voir par ex. les articles 17 al. 2 et 69c no. 3 de la UrhG, l'article 24 de la MarkenG, les articles 9b et 9c de la PatentG, l'article 48 de la DesignG ou l'article 10b de la Sortenschutzgesetz ;<sup>49</sup> cf. aussi, à titre exemplaire, l'article 4 al. 2 de la directive 2009/24/CE « concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur »). Il en est de même avec les autres droits immatériels.<sup>50</sup> [réponse à la question no. 11 du rapporteur général]

Contrairement aux biens corporels, l'acquisition des droits immatériels de *bonne foi* n'est pas possible.<sup>51</sup> En matière des droits, l'acquisition de bonne foi est seulement reconnue pour les cas où il s'agit des droits titrisés, c'est-à-dire des valeurs mobilières, ou des « droits-valeurs » (« Wertrechte ») inscrits dans un registre ; elle suit alors les règles des biens meubles<sup>52</sup> ou des règles spéciales (voir l'article 8 al. 2 de la « loi fédérale sur les dettes publiques » – « Bundesschuldenwesengesetz »). L'inscription du titulaire des biens immatériels aux registres respectifs ne revêt qu'un caractère déclaratif par rapport à la propriété.<sup>53</sup> L'article 28 de la MarkenG prévoit une présomption légale réfutable selon laquelle celui qui est inscrit au

<sup>45</sup> Cf. aussi V. Jänich, op. cit., p. 258 et s.

<sup>46</sup> V. Jänich, op. cit., p. 259 et s.

<sup>47</sup> Cf. V. Jänich, op. cit., p. 261.

<sup>48</sup> Voir par ex. l'arrêt de la BGH du 20 juin 1978, X ZR 49/75, juris, no. 55, concernant le droit de l'inventeur selon l'article 37 de la PatentG à ce que son nom soit révélé comme celui de l'inventeur dans le brevet.

<sup>49</sup> Voir la proposition d'une règle uniforme à tous les trois immatériels présentée par H.-J. Ahrens et M.-R. McGuire, op. cit., livre 1, § 12, p. 55.

<sup>50</sup> Voir par ex. pour le droit de brevets J. Ensthaler, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3<sup>ème</sup> éd. 2009, p. 160 – 162.

<sup>51</sup> V. Jaenich, op. cit., p. 351, avec une proposition de réforme ; *idem* concernant les brevets E. Ullmann, dans : Benkard, op. cit., § 15, no. 8.

<sup>52</sup> Voir H. Sprau, dans : Palandt, op. cit., § 793, no. 9, concernant les titres aux porteurs ; voir aussi ci-dessus sous B.

<sup>53</sup> Voir H.-J. Ahrens et M.-R. McGuire, op. cit., livre 1, § 143, avec une proposition de réforme dans le sens d'un effet constitutif.

registre comme titulaire est censé d'être l'ayant droit. Cette présomption est calquée sur la présomption de l'article 891 du BGB en faveur de celui au nom de qui un droit est inscrit au Livre foncier,<sup>54</sup> mais une disposition correspondante avec l'article 892 du BGB (voir plus haut) n'existe pas dans la MarkenG.

## **b. Transmission *mortis causa***

[réponse à la question no. 14 du rapporteur général]

Principalement, la transmission *mortis causa* de la propriété intellectuelle suit les règles du droit commun des successions. Les droits immatériels font partie du patrimoine qui passe dans son ensemble aux héritiers (l'article 1922 al. 1 du BGB).

Il est déjà moins évident qu'il en va de même pour les aspects moraux des droits immatériels car le côté « idéal » du « droit général de personnalité » normalement n'est pas héréditaire,<sup>55</sup> la protection post mortem des droits moraux n'est donc pas l'affaire des héritiers en tant que tels, mais est laissée aux proches indépendamment de leur statut éventuel d'héritiers (voir notamment l'article 22 troisième et quatrième phrases de la KUG et, par rapport aux droits moraux d'un patient défunt à propos de la documentation médicale, l'article 630g al. 3 deuxième phrase du BGB) ou à tous ceux que le défunt a nommés à cette fin avant sa mort.<sup>56</sup>

L'article § 28 al. 1 de la UrhG pourtant détermine clairement que le droit d'auteur est héréditaire. Sur la base de la théorie « moniste » du droit d'auteur (voir 3.a. ci-dessus), un traitement différencié des éléments patrimoniaux et des éléments moraux du droit d'auteur ne paraît pas possible.<sup>57</sup> Toutefois, la loi connaît certaines limitations des droits entre les mains du successeur qui tiennent compte du fait que l'héritier ne mérite pas la même protection que l'auteur défunt.<sup>58</sup>

Dans les cas des brevets, la situation est plus difficile. Selon l'article 15 al. 1 de la PatentG, « le droit au brevet, le droit à l'attribution du brevet et le droit qui émane du brevet » passent aux héritiers. Ce libellé laisserait bien une marge d'interprétation pour ne pas inclure le « droit personnel de l'inventeur sur son invention ».<sup>59</sup> Il n'empêche que la BGH, dans sa décision du 12 novembre 1986 (op. cit. sous C.I.2.a.), a constaté, quoique seulement en passant (*obiter dictum*), que en cas d'héritage, par opposition au cas d'une cession de l'élément patrimonial de l'invention par acte juridique, même le « droit personnel de l'inventeur sur son invention » passerait au successeur.

## **4. La perte des droits**

[réponse à la question no. 7 du rapporteur général]

---

<sup>54</sup> Cf. H.-J. Ahrens et M.-R. McGuire, op. cit., Vorbemerkung zu Titel 5, p. 338.

<sup>55</sup> Voir l'arrêt de la BGH du 1<sup>er</sup> décembre 1999, I ZR 49/97, « Marlene Dietrich », sous II.2.

<sup>56</sup> Voir l'arrêt de la BGH du 20 mars 1968, I ZR 44/66, „Mephisto“.

<sup>57</sup> Voir par ex. G. Schulze, dans : Th. Dreier et G. Schulze, UrhG, 4<sup>ème</sup> éd. 2013, § 28, no. 2.

<sup>58</sup> V. Jänich, op. cit., p. 291, avec des exemples.

<sup>59</sup> Dans ce sens V. Jänich, op. cit., p. 291 et s., avec d'autres références.

La perte des droits immatériels se fait, à part le transfert volontaire (voir ci-dessus sous 2.a.), par l'expiration de leur durée de validité (c.) et, le cas échéant, par déchéance (péremption) (b.) ou par un acte de renonciation (a.).

### **a. La renonciation**

La perte d'un droit par un *acte de renonciation* (unilatéral) n'est pas une particularité des droits immatériels, elle existe également par rapport à d'autres droits (voir par ex. pour les droits réels sur des immeubles les articles 875, 1064, 1168 du BGB), quoique à l'exception notamment des créances (voir l'article 397 du BGB), et par rapport aux biens corporels où elle s'appelle « Aufgabe » (« abandon » ou « délaissement »). Pour effectuer l'abandon de la propriété des biens meubles, il suffit d'abandonner la possession, accompagné par l'intention de renoncer à la propriété (l'article 959 du BGB) ; pour l'abandon des biens immeubles, le propriétaire doit déclarer la renonciation devant l'office judiciaire du Livre foncier, et cet acte de renonciation doit être inscrit au Livre foncier (l'article 928 al. 1 du BGB).

En matière de la propriété intellectuelle, la possibilité d'une renonciation est reconnue de façon explicite dans les textes pour la plupart des droits commerciaux (brevets, marques, dessins ou modèles, obtentions végétales, voir les articles 20 al. 1 de la PatentG, 48 de la MarkenG, 36 al. 1 de la DesignG et 31 al. 1 de la Sortenschutzgesetz), mais non pas pour le droit d'auteur ; seulement des droits particuliers d'exploitation du droit d'auteur peuvent être abandonnés<sup>60</sup>.

### **b. La déchéance**

La déchéance, prononcée par « l'Office allemand des brevets et des marques » (« Deutsches Patent- und Markenamt ») sur demande de tout intéressé, est prévue pour les marques commerciales (entre autres cas) si la marque n'a pas fait l'objet d'un usage sérieux sur le territoire allemand pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée ou si la marque est devenue, par le fait du comportement de son titulaire, la désignation usuelle dans le commerce des produits ou des services pour lesquels elle est enregistrée et si, par suite de son usage, la marque est propre à induire le public en erreur (les articles 49, 26, 53 de la MarkenG ; cf. aussi l'article 50 du règlement (CE) n° 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire). Les autres droits immatériels ainsi que la propriété corporelle ne connaissent pas des cas de déchéance semblables ce qui se comprend parfaitement, la déchéance étant une particularité de la marque dont la substance économique ne résulte que de son (légitime) usage et de sa perception au public.

Il est vrai qu'en droit des brevets l'absence d'exploitation du droit par le titulaire peut également être sanctionné (voir les articles 24 al. 5, 81 al. 1 de la PatentG), mais primo là, contrairement à l'échéance de la marque, ce n'est pas *l'objet* du droit immatériel qui est mis en jeu par le comportement du titulaire. C'est plutôt *l'intérêt général* à utiliser l'objet du droit (c'est-à-dire l'invention) qui est protégé. Secundo, le législateur allemand n'a pas saisi l'option laissée par l'article 5 al. 2 et 3 de la « Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle » du 14 juillet 1967 de prévoir la « déchéance du brevet » pour prévenir des « abus qui pourraient résulter de l'exercice du droit exclusif conféré par le brevet, par exemple faute d'exploitation » ; il se contente de donner à tout intéressé le droit de demander à la Cour des brevets l'octroi des licences obligatoires (« Zwangslizenzen ») - une possibilité que la Convention de Paris (l'article 5 al. 3) déclare de toutes façons prioritaire devant la

---

<sup>60</sup> Voir l'arrêt de la BGH du 23 février 1995, I ZR 68/93, juris, no. 23, « Mauer-Bilder ».

sanction de la déchéance. D'ailleurs, la déchéance du brevet dans l'intérêt général rappelle l'institution de l'expropriation (« Enteignung », voir l'article 14 al. 3 du Grundgesetz) des biens patrimoniaux (réels et non-corporels).

### **c. L'expiration de la durée de validité**

[réponse à la question no. 17 du rapporteur général]

Le droit de propriété réelle, par sa nature, peut durer *toujours* que ce soit aux mains du propriétaire ou aux mains de son ayant droit, abstraction faite de quelques limites temporelles découlant de la prescription acquisitive (voir C.II.2. ci-dessus) ainsi que de la prescription trentenaire (l'article 197 al. 1 no. 2 du BGB) saisissant la revendication (l'article 985 du BGB) au cas où le propriétaire n'est pas en possession de la chose.

La propriété immatérielle par contre est généralement limitée dans le temps. Après l'expiration de la durée de validité il n'y plus d'exclusivité et non plus des droits de défense du titulaire contre des atteintes à l'exclusivité.

Les délais d'expiration de la durée de validité des droits immatériels diffèrent d'un droit à l'autre. La durée de la validité du droit d'auteur expire 70 ans à partir, non pas de la création du droit, mais de la mort de son auteur (l'article 64 de la UrhG). La durée du brevet s'élève au plus tard à 20 ans après le dépôt de demande de brevet (l'article 16 de la PatentG), celle du certificat d'utilité à environ 10 ans après le dépôt de demande (l'article 23 al. 1 de la GebrMG), celle d'un droit des dessins ou modèles à 25 ans après le dépôt de demande (l'article 27 al. 2 de la DesignG), celle d'un droit d'obtention végétale à 25 ans, pour certaines sortes voir à 30 ans, après l'octroi de la protection (l'article 13 de la Sortenschutzgesetz). Le droit exclusif sur la topographie dure jusqu'à la fin de la 10<sup>ième</sup> année à compter de la naissance du droit, c'est-à-dire la première exploitation commerciale non-confidentielle de la topographie ou, si c'est arrivé plus tôt, le dépôt de demande de droit (l'article 5 de la HalblSchG). La protection légale d'une marque enregistrée se termine environ 10 ans après le dépôt de demande d'enregistrement. Contrairement aux autres droits immatériels commerciaux, la durée de protection de la marque enregistrée se laisse renouveler régulièrement (l'article 47 de la MarkenG ; cf. le régime analogue de l'article 47 du règlement no. 40/94 du 20 décembre 1993 sur marque communautaire). La marque non-enregistrée (marque « de fait ») dont l'existence constitue une autre particularité du droit des marques (l'article 4 nos. 2 et 3 de la MarkenG) n'a pas de durée déterminée. Elle s'éteint avec la disparition des ses conditions, à savoir la « reconnaissance sur le marché » (« Verkehrsgeltung ») de la marque utilisée dans le cas du no. 2 et sa « notoriété » (« notorische Bekanntheit ») dans le cas du no. 3.

## **5. La mise en gage**

[réponse à la question no. 15 du rapporteur général]

En Allemagne, on connaît deux façons de constituer des sûretés réelles portant sur des biens corporels ou des droits, la mise en gage (« Verpfändung ») et le transfert de plein droit, accompagné d'une convention de garantie sous-jacente relevant du droit des obligations (« transfert de plein droit à titre de sûreté », « Sicherungsübertragung »).

Malgré son traitement particulier par exemple en droit de la faillite ou en droit comptable, sur le plan technique le « transfert de plein droit à titre de sûreté » suit les règles normales, telles que le droit des biens, le droit des obligations et les lois spéciales en matière de propriété intellectuelle les établissent respectivement pour le transfert des biens corporels ou non-corporels. Relatif à la question si et comment le droit d'auteur ainsi que les biens immatériels commerciaux peuvent être transférés « de plein droit à titre de sûreté » nous pouvons donc renvoyer directement à ce qui a été exposé plus haut (voir C.II.3.a.).

Le régime juridique des gages distingue entre les biens immeubles gagés d'un côté (voir la 8<sup>ième</sup> partie du Livre 3 du BGB, les articles 1113 à 1203), les biens meubles et les droits gagés de l'autre côté (voir la 9<sup>ième</sup> partie du Livre 3 du BGB, les articles 1204 à 1296). Les règles concernant le nantissement des droits (articles 1258 à 1273), les seules d'ailleurs du Livre 3 qui ne traitent pas des « choses » (voir plus haut sous B.), s'inspirent des règles pour les biens meubles avec quelques modifications. Pour savoir lesquels des droits sont susceptibles d'être mis en gage ainsi que pour les conditions de la mise en gage, l'article 1274 du BGB renvoie aux prescriptions concernant le transfert des droits.

Comme les lois spéciales sur la propriété immatérielle ne prévoient rien de divergent (voir l'article 29 al. 1 no. 1 der la MarkenG, l'article 30 al. 1 no. 2 de la DesignG), il en suit que les droits immatériels peuvent être mis en gage dans la mesure (limitée notamment en matière du droit d'auteur) où ils sont cessibles comme il a été établi plus haut<sup>61</sup>. De plus, la mise en gage n'est soumise à aucun formalisme. Une inscription de la gage au registre respectif n'est donc pas nécessaire mais possible sur demande (voir pour les brevets, les certificats d'utilité, les marques et les dessins ou modèles l'article 29 du règlement « sur l'Office allemand des brevets et des marques », « Verordnung über das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA-Verordnung - DPMAV) »).

## 6. La copropriété

[réponse à la question no. 8 du rapporteur général]

Tout bien corporel, meuble ou immeuble, peut être commun à plusieurs personnes de la manière à ce que la chose soit administrée par l'ensemble des copropriétaires et que, au contraire de la « propriété en mains communes » (« Gesamthand », voir l'article 719 du BGB), chacun d'eux est titulaire d'une quote-part qu'il peut céder librement (« Bruchteilsgemeinschaft », « communauté (par indivision) », voir les articles 1008, 744, 747 du BGB).

La copropriété existe également en matière des *droits* (autres que la propriété corporelle), mais il y des droits qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles d'être tenus en indivision (par ex. les parts sociales d'une société de personnes ou les quote-parts d'une communauté par indivision en tant que telles<sup>62</sup>). Le deuxième Livre du BGB (« Recht der Schuldverhältnisse », « droit des obligations ») contient des dispositions générales sur les droits en état d'indivision y compris le droit de propriété, principalement en ce qui concerne les rapports internes des copropriétaires dont certains avec un effet *erga omnes* (Titre 17, intitulé « Gemeinschaft », « communauté (par indivision) », les articles 741 à 758) ; le troisième Livre (« Sachenrecht », « droit des choses ») prévoit quelques règles complémentaires pour la copropriété corporelle

<sup>61</sup> Sous C.II.3.a.; voir aussi par ex. J. Damrau, dans : Münchener Kommentar zum BGB, op. cit., § 1274, notes 80 et ss.

<sup>62</sup> Voir K. Schmidt, dans : Münchener Kommentar zum BGB, op. cit., § 741, notes 9, 14, et 16.

(Titre 5, « Miteigentum », « copropriété, les articles 1008 à 1011) qui sont censées être transférables *mutatis mutandis* à tous les droits<sup>63</sup>.

L'existence de la copropriété relative aux droits *immatériels*, bien que n'étant pas mentionnée en tant que telle dans le BGB, est chose reconnue.<sup>64</sup> Elle trouve peut-être la claire des ses confirmations légales dans les articles 9 al. 1 troisième phrase et 30 al. 1 deuxième phrase de la DesignG qui supposent explicitement l'existence d'une « copropriété » - « Mitinhaberschaft » - du dessin ou modèle). La communauté en indivision peut naître notamment du transfert *partiel* d'un droit immatériel donné à d'autres personnes ou du fait que la prestation intellectuelle qui fait l'objet du droit est le résultat d'un effort commun de plusieurs personnes. La deuxième alternative fait l'objet de dispositions expresses relatives aux brevets (l'article 6, deuxième phrase de la PatentG) et, par renvoi, aux certificats d'utilité (l'article 13 al. 3 de la GebrMG), selon lesquelles, quand plusieurs personnes ont réalisé une invention communément, le droit au brevet ou au certificat d'utilité respectivement leur appartient « communément » - une formule que l'on interprète dans le sens de la copropriété<sup>65</sup>. L'article 8 de la UrhG intitulé « Coauteurs » (« Miturheber ») par contre semble choisir la construction opposée de la « propriété en mains communes »<sup>66</sup> en ordonnant que le droit de la publication et de l'exploitation de l'œuvre revient aux coauteurs « en mains communes » (al. 2, première phrase de la disposition citée). Cela n'est guère surprenant vu le fait que le droit d'auteur n'est pas cessible, car la propriété « en mains communes » a pour effet que les parts des coauteurs ne soient pas non plus cessibles.

L'autre enjeu de la qualification des titulaires communs en tant que copropriétaires à part l'aspect de cessibilité, à savoir l'application du régime des articles 741 et ss. du BGB aux rapports internes des copropriétaires<sup>67</sup>, est d'une moindre importance. En effet, dans la pratique les personnes concernées vont souvent régler les détails de leur relation entre eux par contrat<sup>68</sup>, et souvent, même sans contrat de société explicite, il va y avoir une *affectio societatis* qui donne lieu à l'application du droit commun de la société (civile) des articles 705 et ss. du BGB. De plus, il convient de tenir compte des particularités des droits immatériels concernés et de leur fonctionnement qui demande notamment une application sensible du droit que l'article 743 al. 2 du BGB donne à chaque copropriétaire de se servir du droit commun dans la mesure où il ne porte pas atteinte au co-usage des autres copropriétaires.<sup>69</sup> Ainsi, il a même été conclu que vu les différences entre les différents droits immatériels, il n'y a que peu de principes généraux en matière de copropriété.<sup>70</sup>

## D. Résumé

1. En tant que simple *objet des règles juridiques*, l'immatériel, compris dans le sens large de tout ce qui n'est pas tangible, n'a, en droit allemand, *en principe* rien de particulier par rapport au matériel.

<sup>63</sup> K. Schmidt, dans : Münchener Kommentar zum BGB, op. cit., § 1011, note 3.

<sup>64</sup> Cf. H.-J. Ahrens et M.-R. McGuire, op. cit., livre 1, § 5 al. 3 et 4 de leur proposition de loi unique, p. 30 et s.

<sup>65</sup> Voir par ex. BGH, arrêt du 21 décembre 2005, X ZR 165/04, « Zylinderrohr », juris, no. 9.

<sup>66</sup> Cf. l'état de la discussion (avec des références) établi par K. Schmidt, dans : Münchener Kommentar zum BGB, op. cit., § 741, notes 64 et s.; H.-J. Ahrens et M.-R. McGuire, op. cit., § 5, commentaire, sous II.4., p. 33.

<sup>67</sup> Par ex. J. Ensthaler, op. cit., p. 159, concernant le brevet.

<sup>68</sup> H.-J. Ahrens et M.-R. McGuire, op. cit., p. 32, avec d'autres références.

<sup>69</sup> Voir K. Schmidt, op. cit., § 743, notes 17 à 19, concernant le droit d'auteur, le brevet et la marque communs.

<sup>70</sup> M. Haedicke, Nutzungsbefugnisse und Ausgleichspflichten in der Bruchteilsgemeinschaft an Marken, GRUR 2007, 23, 27.

2. Cependant, les *droits* portant sur les entités immatérielles n'obéissent en droit allemand en grande partie pas aux mêmes règles relatives à leur attribution et arrangement (naissance, transfert, protection etc.) que les droits portant sur les biens corporels – la propriété et les droits réels. En fait, le droit patrimonial allemand est marqué par la distinction entre (le droit de) la propriété corporelle (« propriété » dans le sens juridique) et les droits réels y adhérents d'un côté et les autres droits de l'autre. Quand les droits se réfèrent aux prestations intellectuelles on parle de «*Immaterialgüterrechte*» (« droits des biens immatériels » ou « biens immatériels » tout court).

3. Au-delà de ceux qui sont réglés, en l'absence d'un code uniforme, par une multitude de lois spéciales (le droit d'auteur, le brevet, la marque commerciale etc.), il n'y a pas de droits basés sur une prestation intellectuelle. La notion de « propriété intellectuelle » (« *geistiges Eigentum* ») ne revête donc que d'un caractère descriptif et n'a pas de valeur cognitive en tant que telle. Cela n'exclut pas la commercialisation des autres prestations intellectuelles sans statut de droit absolu, l'effet *erga omnes* pouvant être substitué par un réseau de contrats bilatéraux.

4. Les lois spéciales des biens immatériels (« *Immaterialgüter* ») connaissent des mécanismes de protection similaires, mais affinés à certains égards par rapport à ceux de la propriété corporelle (« *Eigentum* »).

[réponse à la question no. 5 du rapporteur général]

À l'exception du droit d'auteur qui est dominé par ces aspects moraux, le transfert des biens immatériels et leur mise en gage suivent les règles du droit commun des droits. Ces dernières sont, si l'on veut, plus proches du droit des biens (« choses ») meubles que du droit des biens immeubles. Ce dernier est, entre autres, caractérisé par ses formalités (des actes notariés, des inscriptions obligatoires au Livre foncier) et par l'existence d'un nantissement non-accessoire, la « dette foncière »<sup>71</sup> (« *Grundschuld* », voir l'article 1192 du BGB) qui n'a pas d'équivalent en matière des droits, qu'ils s'agisse des biens immatériels ou d'autres droits. Notamment le transfert d'un droit immatériel ne dépend pas du transfert de la propriété d'une chose matérielle dans laquelle la prestation intellectuelle pourrait être incorporée<sup>72</sup> ce qui n'exclut pas que le transfert d'une telle chose peut avoir un impact sur le droit immatériel y adhérent : En fait, selon le principe de l'épuisement (« *Erschöpfungsgrundsatz* »), le titulaire épuise son droit d'interdire la retransmission de la chose avec la première mise en circulation de sa part.<sup>73</sup>

C'est au niveau du régime de l'acquisition originale et de la perte des droits, notamment par l'expiration de leur durée de validité qu'on constate les différences les plus notables.

---

<sup>71</sup> Traduction par C. Bufnoir et al., op. cit., tome 2.

<sup>72</sup> Voir la proposition correspondante de loi uniforme par H.-J. Ahrens et M.-R. McGuire, op. cit., livre 1, § 7 (« Propriété intellectuelle et propriété corporelle », p. 38.

<sup>73</sup> Il serait cependant précipité de considérer le principe de l'épuisement comme une confirmation du rôle particulier que la *matière physique* joue dans le droit et même dans le droit des biens immatériels. En fait, la BGH (l'arrêt du 17 juillet 2013, I ZR 129/08, « *UsedSoft/Oracle* », juris, no. 46), suivant une décision préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 juillet 2012 (C-128/11, no. 47, par rapport à l'article 4 al. 2 de la directive 2009/24/CE « concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur »), a décidé qu'il était indifférent par rapport à l'article 69c de la UrhG si l'auteur du logiciel a mis la copie du logiciel à la disposition du client au moyen d'un téléchargement à partir du site Internet du premier ou au moyen d'un support matériel tel qu'un CD-ROM ou un DVD.

## **Bibliographie sélective**

(pour une lecture approfondie)

- P. Bydlinski, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig? AcP 198 (1998), 288
- V. Jänich, Geistiges Eigentum: eine Komplementäerscheinung zum Sachenrecht, Tübingen 2001
- M. Lehmann, Finanzinstrumente: vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände, Tübingen 2009
- S. Leible, M. Lehmann et H. Zech (éd.), Unkörperliche Güter im Zivilrecht, Tübingen 2011
- H.-H. Ahrens et M.-R. McGuire, Modellgesetz für Geistiges Eigentum: Normtext und Begründung, Munich 2012

-----