

LES BIENS IMMATÉRIELS EN QUÊTE D'IDENTITÉ

Gaële Gidrol-Mistral

Volume 46, Number 1, 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1105715ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/11317>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gidrol-Mistral, G. (2016). LES BIENS IMMATÉRIELS EN QUÊTE D'IDENTITÉ. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 46(1), 67–137.
<https://doi.org/10.17118/11143/11317>

Article abstract

Reflections surrounding the notion of immateriality in property law leads to rethinking the usual boundaries in delimiting things and property and indeed, as to what actually constitutes property. The qualification of property in the material sense is giving way to property as something of value. Value may refer to property in a utilitarian or in an economic sense. Property is not merely represented by rights. The notion of property can include corporeal and incorporeal things as well as patrimonial rights. However this change has not taken place without certain challenges due to the resistance of property law to go beyond the criterion of corporeality of things. Nonetheless, the risk of adapting property law to embrace these new entities could underscore the decline of materiality as a determining factor.

LES BIENS IMMATÉRIELS EN QUÊTE D'IDENTITÉ*

par Gaële GIDROL-MISTRAL**

Une réflexion sur l'immatériel en droit des biens amène nécessairement à repenser les frontières des choses et des biens et à s'interroger sur le critère de rattachement à la catégorie des biens, en tant qu'objet du droit de propriété. Le constat semble sans appel : le dogme de la matière s'effrite, laissant peu à peu émerger un nouveau paradigme, celui de la valeur. La valeur, qui est à la fois valeur d'usage et valeur d'échange, dévoile une conception économique du bien qui interpelle. Pour autant, les choses n'ont pas été bannies du droit des biens; les biens n'étant pas seulement représentés par des droits. Ainsi, la catégorie des biens, ouverte aux biens immatériels, accueille des choses corporelles autant que des droits patrimoniaux et des choses sans corps. Cependant, cette mutation n'est pas sans connaître certains défis tenant à la difficulté du droit des biens à faire fi de la corporeté des choses. Alors que la tentation est grande de retrouver, voire de découvrir, dans ces nouveaux biens une trace de cette matérialité perdue, la question de la transposition du régime juridique de la propriété à ces nouvelles entités se pose.

Reflections surrounding the notion of immateriality in property law leads to rethinking the usual boundaries in delimiting things and property and indeed, as to what actually constitutes property. The qualification of property in the material sense is giving way to property as something of value. Value may refer to property in a utilitarian or in an economic sense. Property is not merely represented by rights. The notion of property can include corporeal and incorporeal things as well as patrimonial rights. However this change has not taken place without certain challenges due to the resistance of property law to go beyond the criterion of corporeality of things. Nonetheless, the risk of adapting property law to embrace these new entities could underscore the decline of materiality as a determining factor.

* Cet article a pour point de départ le rapport présenté lors des journées internationales Capitaint 2014 et publié dans les actes de ces journées. Gaële GIDROL-MISTRAL, « Rapport québécois. Biens et immatériel », dans *L'immatériel. Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées espagnoles de Barcelone et Madrid*, t. LXIV, Paris, éd. LB2V et Bruylant, 2015, p. 261. Il complète le rapport, affine et développe de nouvelles idées et propose une réflexion sur le régime juridique des biens immatériels. L'auteure remercie les évaluateurs pour leurs commentaires critiques qui ont permis d'affiner l'analyse menée mais les idées et les erreurs restent les siennes.

** Professeure, Département des sciences juridiques, Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal (UQÀM).

SOMMAIRE

I. Enquête sur les biens immatériels: du dogme de la matière au paradigme de la valeur	71
A. L'effritement du dogme de la matière	71
B. La reconnaissance du paradigme de la valeur	87
 II. Oscillation des biens immatériels : disparition et réminiscence de la matière	 100
A. La consécration d'une entité désincarnée comme bien incorporel	100
B. À la recherche d'une matérialité perdue.....	109
 III. La malléabilité du droit commun des biens en question	 117
A. La subsidiarité du droit commun des biens	118
B. L'élasticité du droit des biens	125
1. L'acquisition dérivée.....	125
2. L'acquisition originaire	129
3. Les droits réels accessoires.....	134
 Conclusion	 136

« Les biens constituent un domaine privilégié pour une réflexion sur l'immatériel »¹. C'est ainsi qu'il y a quelques années, Frédéric Zenati-Castaing abordait ce thème de l'alliance du droit des biens et de l'immatériel. Depuis, les biens immatériels n'ont cessé de se multiplier, notamment à travers ce que la doctrine nomme parfois les nouveaux biens². 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 et la place grandissante des biens incorporels dans l'économie marchande, conséquence d'une expansion créatrice de l'individu, œuvre fortement pour une reconnaissance juridique des biens immatériels³. Cette évolution amène à se demander si la division des biens corporels et incorporels ne dévoile pas de nouveaux enjeux dont le droit civil devrait se saisir. Cette subdivision des biens semble mieux représenter la répartition des richesses économiques et bouscule la célèbre division des biens meubles et immeubles⁴, pourtant omniprésente dans le *Code civil du Québec* (le « C.c.Q. »). Cependant, la notion de bien immatériel n'est pas uniforme et revêt des réalités économiques, sociales et juridiques multiples⁵. Dès lors, c'est à travers une réflexion sur la réception par le droit commun des biens de ces choses sans corps et

-
1. Frédéric ZENATI, « L'immatériel et les choses », dans *Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit*, t. 43, Paris, Sirey, 1999, p. 79.
 2. Sylvio NORMAND, « Les nouveaux biens », (2004) 106 *R. du N.* 177, p.177.
 3. Selon Thierry Revet, « [l]a 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 desdites créations » : Thierry REVET, « Rapport français. Les nouveaux biens », dans *La propriété, Travaux de l'Association Capitant, Journées vietnamiennes*, t. LIII, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 271, à la p. 272.
 4. Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET expliquent que cette subdivision supplante peu à peu la *summa divisio* des biens meubles et immeubles : Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris, PUF, 2008, n°45, p. 91.
 5. S. NORMAND, préc., note 2, p. 180.

intangibles (savoir-faire, clientèle, portefeuille de valeurs mobilières, information)⁶ que nous avons décidé de mettre en exergue la notion de bien immatériel en droit civil⁷.

La sphère exponentielle des biens immatériels marque les limites de la catégorie des choses corporelles. Une nouvelle définition du concept de bien s'est peu à peu développée, « les biens [pouvant] être dépourvus de matérialité et même être de purs concepts (en l'occurrence produits par l'esprit juridique) »⁸. Les biens immatériels, en ce qu'ils pourraient

-
6. La propriété intellectuelle et industrielle, qui en droit canadien relève de la compétence fédérale et se trouve donc régie par la *common law*, a été écartée de la réflexion qui est développée en droit civil.
7. Une partie de la doctrine québécoise assimile tous les biens, corporels comme incorporels, à des droits puisque le bien, objet du droit de propriété, ne serait pas la chose mais le droit qui porte sur la chose. Ainsi la professeure Yaëll Emerich explique que « [d]e 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. » : Yaëll EMERICH, *La propriété des créances: Approche comparative*, t. 469, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2007/Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, n° 98, p. 59; Cette définition a été reprise dans le dictionnaire juridique du droit des biens, Paul-André CRÉPEAU et al., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, v° « bien immatériel » (<<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/show/43130?source=NEWPROPFR>>, consulté le 28 octobre 2015). Or, il nous semble qu'une telle lecture ne permet pas de révéler la richesse des biens immatériels puisque tous les biens corporels comme incorporels pourraient, selon cette conception, se résumer à des droits sur des objets de propriété. Notre analyse repose au contraire sur une conception plus nuancée de la notion de biens. Les biens immatériels comprennent à la fois les droits patrimoniaux et les choses immatérielles (clientèle, information), pendant des choses matérielles dans le monde intangible. Un courant en France distingue ainsi les droits incorporels, qui sont composé des droits patrimoniaux à l'exception du droit de propriété, et les propriétés incorporelles, qui relèvent de la catégorie des biens immatériels, produits de la créativité ou de l'industrie de l'humain. Ces auteurs précisent que ces biens immatériels « ne sont pas des droits mais, comme pour les choses corporelles, des choses réelles », F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n° 46, p. 92 et n° 53, p. 99.
8. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°45, p. 91.

devenir l'objet d'un droit de propriété, interpellent directement le droit des biens. Ainsi, le professeur Normand écrit que « [l]e droit positif québécois reflète cet intérêt pour la dématérialisation et la diversification des biens »⁹. Cependant, comme le constate Yaëll Emerich, si « la doctrine majoritaire a donc pris conscience de l'importance actuelle des biens incorporels [...], la plupart [des auteurs] n'en retirent que de faibles répercussions touchant la propriété et la modification consécutive de son objet »¹⁰.

Quelle est donc la nature de ces objets abstraits¹¹, choses sans corps, dématérialisées, désincarnées ou désincorporées? La mise en lumière d'un changement de paradigme opéré par le droit civil québécois (I) permettra de mettre en perspective les relations complexes que les biens entretiennent avec la matière (II) et de se demander si le régime juridique du droit des biens, *a priori* mieux approprié au modèle des choses corporelles, peut s'adapter à ces nouveaux biens (III)?

I. Enquête sur les biens immatériels : du dogme de la matière au paradigme de la valeur

L'intégration de la notion de « bien » dans le *Code civil du Québec* a provoqué plusieurs ruptures : l'effritement du dogme de la matière (A), conséquence de l'émergence d'un nouveau critère de rattachement à la catégorie des biens, soit celui de la valeur (B), bouscule à la fois notre perception du bien, mais aussi celle de la propriété.

A. L'effritement du dogme de la matière

Des choses corporelles et des biens. L'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* a ranimé le débat concernant la définition juridique de la notion de bien¹². Le législateur a, en effet,

9. S. NORMAND, préc., note 2, p. 180.

10. Y. EMERICH, préc. note 7, n° 100, p. 61.

11. S. NORMAND, préc., note 2, p. 186.

12. La notion de bien n'est pas définie par le Code civil du Québec. Dès lors, le bien étant désormais corporel ou incorporel selon l'article 899 C.c.Q.,

substitué le mot « bien » à celui de « chose » dans certains articles du *Code civil du Québec*¹³, relançant l'opposition entre « biens » et « choses » sans pour autant prendre la peine de les définir. Pendant longtemps, la *chose* s'identifiait, en droit civil québécois, exclusivement à l'objet corporel¹⁴. Au contraire, le mot *bien*, plus large, revêtirait dans le *Code civil du Québec*, selon les auteures Madeleine Cantin-Cumyn et Michelle Cumyn, trois acceptions. Dans un sens juridique, les biens feraient référence à la fois aux

« [l']incertitude quant à la portée de la distinction entre le bien corporel et le bien incorporel est susceptible de nourrir la controverse sur la notion même de bien », Madeleine CANTIN-CUMYN et Michelle CUMYN, « La notion de biens », dans Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette*, Québec, P.U.L., 2006, p. 127, à la page 142.

13. L'article 899C.c.Q. précise que les biens sont corporels ou incorporels, laissant entendre que tous les biens sont nécessairement soient corporels (catégorie principale), soient incorporels (catégorie résiduaire). Cf. *infra* p. 24. La consécration d'une entité désincarnée comme bien incorporel. L'article 947 recourt également au terme *bien* pour définir l'objet de la propriété plutôt que le terme *chose* anciennement utilisé par le Code civil du Bas Canada.
14. Les choses en droit civil québécois, sur le modèle du droit civil français, étaient traditionnellement cantonnées aux objets qui avaient une existence physique. Sylvio Normand explique que « [t]raditionnellement la chose est définie comme comprenant tout ce qui existe *matériellement*, à l'exclusion de la personne humaine » : Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 50. En ce sens également, Yaëll EMERICH énonce que : « [l]a doctrine classique québécoise [...] avait admis que seules les choses matérielles pouvaient constituer l'objet du droit de propriété ou d'un autre droit réel » ; Yaëll EMERICH, préc. note 7, n^o 27, p. 18. Parmi cette doctrine, on retrouve : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Mourlon*, t. 2, Montréal, Éditions Théoret, 1896, p. 388 ; André MONTPETIT et Gaston TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945, p. 15 ; Witold RODYS, *Cours élémentaire de droit civil français et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956, p. 67. Aujourd'hui encore, Denys-Claude LAMONTAGNE assimile les choses aux biens corporels, Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n^o 4 et 5, p. 8. Également M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, qui précisent que « le mot bien désigne [...] une chose corporelle appropriée, une chose matérielle procurant une utilité [...] », M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 143.

droits patrimoniaux,¹⁵ mais aussi, de manière plus spécifique, aux droits réels principaux¹⁶. Dans un sens économique, ils seraient limités aux objets du droit de propriété ou de l'un de ses démembrements¹⁷. Ce dernier sens cantonne, selon certains auteurs¹⁸, la notion de chose aux seuls biens corporels, cette dernière prenant nécessairement appui sur une réalité physique la faisant coïncider avec la notion économique d'objet corporel. Au contraire, celle de « bien », s'apparentant dans un sens juridique à une construction intellectuelle, ne serait pas soumise à la pression de l'enveloppe corporelle, « [l]es biens [étant] les choses vues par le droit »¹⁹. La catégorie des biens déborde donc celle des choses corporelles puisque les biens peuvent être corporels ou incorporels, alors que les choses, selon une conception matérialiste, seraient nécessairement corporelles. Cette limitation des choses aux seuls biens corporels ne fait cependant pas l'objet

-
15. « D'abord, les biens dans le Code sont synonymes de droits patrimoniaux. On en trouve des exemples aux articles 614, 899, 908, 1260, 1299, 2644 notamment. C'est le sens dans lequel le projet de Code civil proposait de définir ce terme, sens juridique il nous semble, puisque les biens désignent les droits dont le titulaire peut en principe librement disposer, qui sont transmis à son décès et qui sont saisissables parce qu'ils constituent le gage commun de ses créanciers », M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 142.
 16. « Le deuxième sens dans lequel le mot biens est employé est celui de droits réels dits principaux. Ainsi s'explique le titre "Des biens" donné au Livre 4e du Code dont l'objet premier est d'énoncer le régime juridique du droit de propriété et de ses démembrements », *Id.*, p. 142 et 143.
 17. « Dans une troisième acception, le mot bien désigne l'objet du droit de propriété ou d'un de ses démembrements. Il désigne alors une chose corporelle appropriée, une chose matérielle procurant une utilité, selon l'explication du ministre », *Id.*, p. 143.
 18. En ce sens : *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, « Chose : objet matériel. On entend par chose tout ce qui existe (Mignault, Droit civil, t. 2, p.388) » : Paul-André CREPEAU et al., préc., note 7, « chose » ; M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 142 ; Denys-Claude LAMONTAGNE assimile également les choses aux biens corporels, préc. note 14, n°4 et 5, p. 8 ; Pierre-Claude Lafond précise que « [n]éanmoins, les biens incorporels ne constituent pas des choses parce qu'ils n'ont pas de réalité physique », Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n° 70, p. 35.
 19. Jean CARBONNIER, *Droit civil : Les biens*, t. 3, 19^e éd., Paris, P. U. F., 2000, n° 45, aux p. 79 et 83.

d'un consensus²⁰ et quelques auteurs²¹ dépassent ce carcan de la corporéité des choses²² pour admettre l'existence de choses immatérielles puisque « de plus en plus, *l'immatériel est la chose par excellence du droit* »²³. Sylvio Normand retient une conception extensive de la chose, élargissant son domaine à « ce qui existe sous forme abstraite »²⁴. Ainsi, il nous semble que les choses peuvent, à la fois dans un sens juridique, mais aussi dans un

-
20. Y. Emerich relève que « [l]'idée selon laquelle l'objet du droit réel [entendu dans le sens du droit de propriété] est nécessairement corporel se retrouve chez une partie des auteurs [elle ne cite que M. Cantin-Cumyn et M. Cumyn à la note 72a], même si *la doctrine québécoise contemporaine semble se prononcer majoritairement pour la reconnaissance de la propriété des biens incorporels, voire des créances* », Y. EMERICH, préc. note 7, n°28, p. 19 (nos italiques). Ses développements aux para n°28 et 29 p. 19 et 20. démontrent assez efficacement que ce changement de vocabulaire a des conséquences dont il semble aujourd'hui difficile de ne pas tenir compte.
21. François Frenette précisait à propos du changement de terminologie opéré par le législateur que les biens sont désormais à la fois « les choses corporelles ou incorporelles susceptibles d'appropriation.», François FRENETTE, « Commentaire sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », (1976), 17 *C. de D.* 991, p. 996 et 997. Et aussi : « Les biens, quant à eux, désignent, parmi toutes choses, celles [...], corporelles ou incorporelles [...] », François FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 *C. de D.* 439, 439-447; Sylvio NORMAND, préc., note 2, p. 177. Également André COSSETTE, « Essai sur le droit de pêche sur les cours d'eau non navigables », (1997), *R. du N.* 3, p. 39. Plus récemment Aurore BEN ADIBA, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels: propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, Faculté de droit, Cotutelle entre l'Université de Montréal et l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2012; Contra M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12; P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 70, p. 35.
22. Voir S. NORMAND, *Les nouveaux biens*, préc., note 2, p.177 et *Introduction au droit des biens*, préc., note 14. L'auteur évoque l'idée d'une innovation qui permet d'envisager la propriété des entités incorporelles, Sylvio NORMAND, *Mélanges offerts au professeur François FRENETTE : Études portant sur le droit patrimonial, La notion de modalité de la propriété*, Québec, PUL, 2006, n° 255, p. 265.
23. A. COSSETTE, préc., note 21 (nos italiques).
24. S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, préc., note 14.

sens économique, être autant corporelles qu'immatérielles²⁵. Nous rangeant résolument du côté des auteurs de doctrine qui ouvrent la catégorie des choses et des biens appropriables au monde de l'immatériel²⁶, notre article a pour ambition de montrer que cette évolution est le fruit d'un changement de paradigme²⁷ de la notion de bien.

Des droits patrimoniaux et des biens. La division issue du droit romain des *res corporales* et des *res incorporales* permet de distinguer les choses, nécessairement corporelles, des droits « objets abstraits et intangibles »²⁸, qualifiés de biens incorporels²⁹. Pendant longtemps, le dogme de la « chose-matière » l'a emporté, seules les choses corporelles pouvant prétendre à la qualification de biens³⁰ appropriables³¹. Cette conception économique du bien,

-
25. Dans cet article, nous entendrons la notion de chose dans un sens large comme toute entité, corporelle ou immatérielle, qui se distingue des personnes, sans la limiter aux seules choses corporelles. En ce sens, Pascale Lecocq, Vincent Sagaert et Bernard Vanbrabant, « La notion de biens », dans *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 174, à la p. 176.
26. Notre analyse s'appuiera souvent sur la doctrine civiliste française qui a beaucoup écrit sur ces enjeux, au contraire de la doctrine civiliste québécoise, plus réservée et dont les réflexions sur l'importance actuelle des biens incorporels, à l'exception des travaux de Yaëll Emerich, Aurore Ben Adiba et Sylvio Normand, n'en a déduit jusqu'à présent que des conséquences limitées et ne développe quasiment pas d'analyse sur les répercussions d'un tel changement.
27. Voir *infra* p. 15.
28. M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 130.
29. Le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens* du Centre Paul-André Crépeau met en avant cette dualité. Voir notamment : Paul-André CRÉPEAU et al., préc., note 7, « bien incorporel »; M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 141.
30. Ainsi le professeur Normand écrit que « [l]a chose, perçue comme un élément corporel, a longtemps été le bien par excellence » : S. NORMAND, préc., note 2, p. 185.
31. Y. Emerich regrette que, « [e]n dépit d'un large consensus admettant la dématérialisation de la notion de bien, les développements relatifs à la propriété restent cantonnés à la propriété des biens corporels dans la quasi-totalité des ouvrages de droit des biens. », Y. EMERICH, préc. note 7, n°100, p. 61.

qui repose sur la corporéité de la chose³², les biens étant les choses corporelles susceptibles d'appropriation³³, est la conséquence d'une compréhension matérialiste du *dominium*, le propriétaire devant exercer sa puissance sur un *corpus* perceptible par les sens. Cette assimilation des objets du droit de propriété aux seules choses corporelles prend appui sur une conception de la propriété qui confond le droit de propriété et son objet, nécessairement corporel. Or, un corps étant une chose occupant une portion d'espace, la chose était assimilée à celle dont la frontière physique pouvait être appréhendée par les sens, spécifiquement le toucher, se limitant ainsi aux corps solides. Exprimant un rapport de puissance entre un propriétaire et sa chose³⁴, celui-ci ne pouvait donc se concevoir que s'il portait directement sur une *res corporalis*³⁵ permettant de faire coïncider les limites du droit du propriétaire avec les frontières physiques de la chose matérielle (son assiette)³⁶. Les corps fluides, corps sans rigidité, ont également suscité des questionnements quant à leur

-
32. Pierre Berlioz fait remarquer que « [l]a notion de bien [...] s'ordonne [...] à partir de celle de chose du monde physique » : Pierre BERLIOZ, *La notion de bien*, t. 489, Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 2007, n° 625, p. 202.
33. Voir William de MONTMOLLIN-MARLER avec la collaboration de George C. MARLER, *The Law of Real Property, Quebec*, Toronto, Burroughs, 1932, p. 31.
34. Frédéric ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, Université de Lyon, 1981.
35. Selon les professeurs Cantin-Cumyn et Cumyn, le « *dominium* se confond avec la chose même qui en est l'objet, cet objet étant nécessairement une chose corporelle : le *dominium* est la *res corporalis* » : M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, à la page 130. Il convient de relever que cette conception confond le droit de propriété avec son objet qui, dès lors, ne peut plus porter que sur des choses corporelles. Pour des explications plus détaillées, voir William DROSS, *Droit civil - Les choses*, Paris, L.G.D.J., 2012, n° 427 et 427-1, p. 789 et 790 ou Y. EMERICH, préc. note 7, p. 27 à 67.
36. M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, à la page 130. Pour Pierre Berlioz, cette conception classique conçoit nécessairement l'appropriation « comme une maîtrise physique souveraine des corps » ; P. BERLIOZ, préc. note 32, n°462. Dans la dernière section de l'article, nous constaterons que l'intégration des choses immatérielles à la catégorie des biens appropriables nécessite de dépasser la conception physique du *corpus*.

intégration à cette catégorie des choses corporelles³⁷. L'immatériel, à travers ces choses sans corps, soulève finalement les mêmes interrogations.

Cette conception matérialiste de l'objet du droit de propriété a été bousculée par l'intégration dans le *Code civil du Québec* de la notion de « bien ». Les biens, ainsi qualifiés d'objets d'un droit de propriété, étant corporels ou incorporels³⁸, il ne semble plus possible de faire coïncider le bien et la chose corporelle³⁹. Le passage de la chose au bien constitue, croyons-nous, une première rupture du droit civil québécois avec la matière et la conception matérialiste de la propriété. La notion de *bien* met en relief des concepts juridiques et non des « réalités physiques ». En effet, « [b]ien et personne sont des concepts, dessinés par le droit, par lesquels la réalité peut être appréhendée, façonnée, dénaturée, voire niée par lui. Les choses et les êtres appartiennent au monde réel; les biens et les personnes appartiennent exclusivement au

-
37. Le législateur présume de manière irréfragable que les ondes ou l'énergie, corps non solides, sont des choses corporelles (art. 906 C.c.Q.).
38. Sylvio Normand explique que « le droit de propriété porte nécessairement sur un bien qui peut être corporel ou incorporel [...]. L'objet ne comprend donc pas que les biens matériels, il inclut aussi des biens dématérialisés », S. NORMAND, préc., note 14, p. 96.
39. Certains auteurs considèrent cependant que ce n'est pas parce que le bien peut être incorporel selon l'article 899 C.c.Q. que ce bien incorporel peut être l'objet d'un droit de propriété selon l'article 947 C.c.Q. En ce sens notamment M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12 ou encore Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2013, p. 8 para 7. *Contra* Sylvio Normand par exemple explique que « [l']objet [du droit de propriété] ne comprend donc pas que les biens matériels, il inclut aussi des biens dématérialisés », S. NORMAND, préc., note 14, p. 96. Quelques auteurs, sans y accorder d'importants développements reconnaissent également la propriété des droits, notamment des droits personnels. En ce sens par exemple D.C. LAMONTAGNE, préc. note 14. n° 205, p. 135. L'auteur précise que « Juridiquement, il devient donc exact de parler de la propriété d'un droit personnel ou intellectuel, qui s'imprègnent ainsi de la réalité ». Encore Maurice Tancelin, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 646. Nous pensons que cette conception matérialiste est aujourd'hui minoritaire dans la doctrine québécoise.

monde du droit. On ne peut définir les seconds par les premiers sous peine de confondre les deux mondes. »⁴⁰

Cette analyse, qui reconnaît que le droit patrimonial, en tant que concept juridique, peut être rattaché à la catégorie des biens incorporels, est aujourd'hui partagée par une majorité de la doctrine québécoise⁴¹. Dès lors, les droits patrimoniaux, par essence dématérialisés⁴², pouvant constituer des biens⁴³, l'immatériel est entré de plain-pied dans le domaine du droit des biens⁴⁴. Une seconde révolution, plus difficile, reste encore à faire : celle de l'appropriation des biens incorporels. Celle-ci est pourtant déjà en marche, la conception matérialiste, encore appelée classique, qui incorpore la propriété dans son objet⁴⁵, étant

-
40. Christophe CARON et Hervé LECUYER, *Droit des biens*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Éditions Dalloz, 2002, p. 18 et 19.
41. Yaëll Emerich assimile le bien à un droit patrimonial, reprenant l'idée que ce qui constitue le bien ce n'est pas tant la chose que le droit qui porte sur la chose. Y. EMERICH, préc., note 7. Voir également S. NORMAND, préc., note 7, p. 51; M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, à la page 142; Pierre-Gabriel JOBIN, avec la collaboration de Michelle CUMYN, *La vente*, 3^e éd, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 2007, p. 2 : « En effet, [...] le terme "bien" peut-il aujourd'hui désigner des droits patrimoniaux [...] »; Pierre MARTINEAU, *Les biens*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1979, p. 2; P.-C. LAFOND, préc. note 7, n° 5 p. 1 et 2; Le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues - Les biens* semble privilégier cette conception puisque c'est le premier sens qu'il a retenu pour définir le terme « *Bien* » : voir Paul-André CRÉPEAU et al., préc., note 7, « bien » (<<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/show/43130?source=NEWPROPFPR>>, consulté le 28 octobre 2015).
42. « Ainsi entendus, les biens sont donc nécessairement incorporels; les droits, en effet, n'ont pas d'existence physique; ils ne peuvent pas être vus ou touchés », P. MARTINEAU, préc., note 41, p 2.
43. L'exemple du droit de créance, analysé comme un bien incorporel sur lequel porte un droit de propriété détenu par le créancier, est particulièrement éclairant : Y. EMERICH, préc., note 7.
44. « Si le législateur n'a pas jugé utile de préciser que les biens concernés, relativement à l'objet du droit de propriété, sont uniquement les biens corporels c'est, à tout le moins, qu'il a laissé la possibilité ouverte d'inclure, parmi les biens objets de propriété, les biens immatériels », Y. EMERICH, , préc., note 7 , n°85, p. 53.
45. La conception naturaliste (ou matérialiste) présentait la distinction biens corporels et incorporels comme justifiant l'exclusion des biens

critiquée par une partie de la doctrine québécoise⁴⁶. Une seconde conception, appelée théorie moderne du droit de propriété⁴⁷, permet d'envisager l'extension des biens appropriables à ces droits patrimoniaux.

Cependant, même si la doctrine québécoise reconnaît majoritairement que le droit patrimonial est un bien incorporel⁴⁸, certains auteurs⁴⁹ éprouvent encore quelques difficultés à concevoir qu'un droit de propriété puisse avoir pour objet un droit. Lorsqu'ils acceptent de ne pas cantonner la propriété aux seules choses corporelles, les auteurs la limitent aux droits personnels,

immatériels de la sphère du droit de propriété, s'appuyant sur un argument historique selon lequel les Anciens Romains ne connaissaient que les choses corporelles. En ce sens, P. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^{ème} éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p. 273 cité par Y. Emerich, préc. note 7, n° 97, p. 59, à la note 354. Cette conception, qui confond le droit de propriété et son objet, a été depuis réfutée. L'ouvrage de référence permettant aujourd'hui de s'appuyer sur cette conception moderne de la propriété est celui de Frédéric ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété: contribution à la théorie du droit subjectif*, préc., note 34. Cette confusion est parfaitement mise en lumière dans la thèse de Yaëll Emerich, Y. Emerich, préc. note 7.

46. F. FRENETTE, *Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens*, préc. note 21, p. 996 et 997; Y. EMERICH, préc., note 7, p. 63 et suiv.; John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD, *Quebec Civil Law. An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1993, para. 130.

47. F. ZENATI, préc., note 34; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n° 164 à la p. 260, n° 166, aux p. 261 et 262.

48. Cf. *supra*, note 41.

49. Pierre-Gabriel Jobin, avec la collaboration de Michelle Cumyn, *La vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 2; Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, préc., note 39, n° 7: « Cette évolution, mise en relief par une partie importante de la doctrine, entraîne sans doute un certain risque de confusion entre droits réel et personnel et peut-être, au pire, de "soumettre tous les droits patrimoniaux au régime de la propriété". C'est là en effet un danger potentiel dont juges et auteurs doivent être conscients; il doit les inciter à procéder avec prudence à la réification de la créance – danger déjà illustré par une certaine jurisprudence. Si ces incontestables changements reflètent le déplacement de la richesse des meubles et des immeubles vers les biens incorporels, ils ne doivent pas être étendus de façon inconsidérée au-delà des limites définies par le *Code civil* et les lois particulières ».

refusant ainsi d'intégrer dans la catégorie des biens appropriables les droits réels principaux⁵⁰. Or, les droits patrimoniaux qui composent l'actif du patrimoine sont à la fois des droits personnels et des droits réels⁵¹. Dès lors, les droits réels et personnels font partie du patrimoine et en cette qualité, constituent des biens incorporels et appropriables⁵² sans distinction de la nature de ces biens. Comme le constatait Pierre Martineau, « en réalité, le mot "biens" désigne les droits patrimoniaux, les droits qui constituent l'actif d'un patrimoine. Le patrimoine se compose de droits et non pas de choses »⁵³. Il est aujourd'hui admis par une partie de la doctrine québécoise que le droit de propriété porte en réalité plus sur les droits patrimoniaux dont les choses sont l'objet que sur les choses⁵⁴.

*Des choses immatérielles et des biens*⁵⁵. Il nous semble cependant que cette analyse des biens incorporels⁵⁶, bien que novatrice, ne permet pas d'appréhender toute la richesse et la

-
50. Nous excluons de notre analyse le droit de propriété de la catégorie des droits réels appropriables, le droit de propriété étant la relation entre le sujet et l'objet de droit, il ne peut être à la fois la relation d'appropriation et l'objet soumis à l'appropriation.
51. Le dictionnaire de droit privé définit autant le droit personnel que le droit réel comme des droits à caractère patrimonial. *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, Centre Paul André Crépeau de droit privé et comparé, Y. Blais 2013, [Droit personnel] [Droit réel]. Cf L. Laflamme, *Fascicule 1 : Distinction des biens*, JurisClasseur Québec, Biens et publicité des droits, dir. P.-C. Lafond, Lexis Nexis 2013; P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 66, p. 33; D.-C. LAMONTAGNE, préc. note 14, page 49; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les " Répétitions écrites sur le Code civil de Frédéric Mourlon"*, tome 2, Montréal, C. Théoret, 1896, p. 395; S. NORMAND, préc., note 14, p. 49.
52. La propriété étant un rapport d'appropriation entre un sujet et un objet, nous défendons dans cet article l'idée selon laquelle l'objet du droit de propriété peut être corporel ou incorporel.
53. Pierre MARTINEAU, préc. note 41, à la p 2.
54. Y. Emerich, préc. note 7, spéc. n° 98, p. 59.
55. Nous utilisons le qualificatif « choses » pour mieux les distinguer des « droits ». Ces choses immatérielles sont en effet le pendant des choses corporelles dans le monde de l'intangible. En ce sens, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°53, p. 99.
56. Cf. *supra* note 7.

diversité de l'immatériel et des créations humaines. Il existe, croyons-nous, des objets du droit de propriété, choses sans corps, qui ne peuvent se résumer à des droits patrimoniaux⁵⁷. Ainsi, si « [...] [l]es biens désignent des choses corporelles, mais aussi des droits patrimoniaux [...], [a]ujourd'hui la notion s'est élargie à d'autres choses incorporelles »⁵⁸. La catégorie des biens incorporels ne se trouverait donc pas cantonnée aux seuls droits patrimoniaux⁵⁹, mais intégrerait également des choses immatérielles. Dès lors, si le droit patrimonial peut, en tant que bien incorporel, être l'objet d'un droit de propriété au même titre que la chose corporelle, les biens incorporels étant une catégorie résiduelle, des entités abstraites, fruit de la création humaine et industrielle, qui ne sont pas des droits patrimoniaux, mais des choses sans corps (fonds de commerce, valeurs mobilières, clientèle, quotas, savoir-faire)⁶⁰, devraient également pouvoir être intégrées à cette catégorie⁶¹. Ce débat n'est d'ailleurs pas récent puisque dès les années 1970, certains auteurs soutenaient que l'idée d'appropriation avait dépassé son objet primitif (les choses concrètes constituant le monde physique), pour s'étendre à un grand nombre de valeurs abstraites⁶². Les choses ne seraient donc

57. En ce sens également parmi la doctrine française, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 4, n°53, p. 99.

58. S. NORMAND, préc., note 2, à la p. 177 (nos italiques). Voir également A. COSSETTE, préc. note 21.

59. Anne-Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, coll. Droit fondamental - Droit civil, Paris, P.U.F., 1989, n° 84, p. 100. *Contra* P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 76, p. 36.

60. A. BEN ADIBA, *La clientèle, cet obscur objet d'appropriation; regards croisés France / Québec*, (2012) 114 *R. du N.*, 379; P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 66 et 67, p. 33 et 34; S. NORMAND, préc., note 2. En ce sens également T. REVET, « Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », (2005) *RTD civ.* 164.

61. S. NORMAND, préc., note 2, à la p. 177; A. BEN ADIBA, préc. note 21. Également, Catherine KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français. Essai sur les biens, la propriété et la possession*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 8.

62. E. Caparros et P. Lequerre, « Droit des biens », t. 1, dans *Meubles, immeubles, droit de propriété, démembrements du droit de propriété*, Québec, Université Laval 1973, p. 1 à 15, cité par Y. EMERICH, préc., note 7, n°102, p. 62.

pas nécessairement corporelles⁶³ ; elles pourraient être immatérielles. Le professeur Normand précise à ce sujet que « [l]a notion de chose devient une méta-catégorie susceptible d'englober les mondes réels et virtuels »⁶⁴. Cette conception extensive permet d'envisager la possibilité d'étendre le droit de propriété aux biens incorporels ces derniers étant, selon la position défendue dans cet article, autant des droits patrimoniaux que des choses immatérielles⁶⁵.

Biens incorporels et propriété. Comment ces objets immatériels (droits patrimoniaux et choses immatérielles) deviennent-ils des biens? C'est le rapport d'appropriation qui permettrait de distinguer les choses (dans un sens large) des biens⁶⁶, les biens étant les choses qui ont la qualité d'appartenir à quelqu'un⁶⁷. Les articles 913 et 914 du *Code civil du Québec*

63. Cf. note 21; Également F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°53, p. 99.

64. S. NORMAND, préc., note 18, p. 50.

65. Selon le professeur Normand, « [m]algré ce refus de définir la notion [de bien], il est évident que l'acception s'entend autant des objets matériels que des objets immatériels » : S. NORMAND, préc., note 2, 179; Également, Sylvio Normand, *La notion de modalité de la propriété*, p. 265 et 269, préc., note 22. Pour une analyse plus prudente de cet élargissement de la sphère des biens appropriables et les difficultés conceptuelles que soulève la thèse de la propriété des droits patrimoniaux : cf. Y. EMERICH, préc., note 7.

66. Le professeur Carbonnier était d'avis que « [c]'est qu'il faut une possibilité d'appropriation pour faire un bien d'une chose » : J. CARBONNIER, préc., note 19, n° 45 p. 79 et 83. En ce sens également P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 5, p. 2.

67. Lucie LAFLAMME, *La distinction des biens*, coll. « JurisClasseur », Markham, Lexis Nexis, 2012, n° 22 : « Les autres biens, ceux qui sont perceptibles par le raisonnement, sont des biens incorporels. Contrairement aux objets corporels qui existent par simple perception du monde physique, les choses incorporelles relèvent d'une démarche intellectuelle. À leur égard, d'ailleurs, la démarche est double : l'objet doit être isolé et, ensuite, *son appropriation, qui en fait un bien, doit être possible* » (nos italiques). D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 18, n° 9 et 10, p. 9; S. NORMAND, préc., note 18, p. 51. Plus nuancé, Pierre-Claude Lafond évoque également le critère de la valeur économique : P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 64, p. 33. La circularité de ce raisonnement peut être critiquée car l'appropriation serait à la fois le critère de la qualification de

semblent corroborer cette définition du bien comme une chose appropriée ou appropriable, puisque ce qui n'est pas soumis au rapport d'appropriation est qualifié de « chose » par le législateur⁶⁸. Les choses seraient donc des objets non encore appropriés (*res nullius* et *res derelictae*), non appropriables (*res communes*), voire sans valeur économique⁶⁹. Les biens, au contraire, sont les choses appropriées⁷⁰, voire qu'il est utile de s'approprier⁷¹. Dès lors, les *res derelictae* et les *res nullius*, bien que n'ayant pas encore de propriétaires, peuvent être considérées comme des biens potentiels puisque l'utilité de ces choses justifie leur possible appropriation⁷² à l'inverse des *res communes* qui, sauf l'exception

bien (est bien ce qu'il est utile de s'approprier) et son résultat (un bien est une chose appropriée).

68. C.c.Q., art. 913 : « Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation » ; C.c.Q., art. 914 : « Certaines autres choses qui, parce que sans maître, ne sont pas l'objet d'un droit peuvent néanmoins être appropriées par occupation, si celui qui les prend le fait avec l'intention de s'en rendre propriétaire » (nos italiques).
69. Ainsi le professeur Lafond mentionne que « [l]es choses sans valeur économique ou inappropriables ne sont pas des biens » : P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 62 et 64, p. 32 et 33 ; La question de savoir si les choses inappropriables le sont parce qu'elles n'ont pas de valeur économique comme le pense Catherine Krief-Semitko ou s'il existe des choses qui, bien qu'ayant une utilité et une valeur économique, telle l'eau ou les parties du corps humain, sont inappropriables par nature, ne sera pas développée dans cet article : C. KRIEF-SEMITKO, préc., note 61, n° 72, p. 53.
70. M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN précisent que « le mot bien désigne [...] une chose corporelle appropriée [...] », préc., note 12, à la page 143 [nos italiques]. C'est ainsi que se lisent les articles 913 et 914 C.c.Q. *a contrario*.
71. « Rem. 2° Pour qu'une chose immatérielle puisse être qualifiée de bien, cette chose doit, en outre, être utile ou avoir une valeur économique » (nos italiques), *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, Centre Paul André Crépeau de droit privé et comparé, Y. Blais 2013, « chose immatérielle ». M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN précisent que « le mot bien désigne une chose matérielle procurant une utilité [...] », préc., note 12, à la page 143 (nos italiques). « Les biens sont des choses dont l'utilité justifie l'appropriation », F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n° 2, p. 18.
72. En ce sens C. KRIEF-SEMITKO, préc., note 61, p. 51, n° 69 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2004, p. 386 ; J. CARBONNIER, , préc. note 19.

de l'alinéa 2 de l'article 913 C.c.Q., sont des choses non appropriables.

Il nous semble donc que c'est l'appropriation qui imprime sa qualité aux biens. Mais quel est le critère qui permet de délimiter les biens appropriables des choses non appropriables? Le législateur québécois semble avoir consacré le critère de l'utilité puisque dans ses commentaires, le ministre de la Justice précisait que « la notion de bien [était], dans le code, utilisée généralement dans son sens juridique de chose susceptible d'appropriation ou appropriée ou, à l'occasion dans son sens économique de chose matérielle procurant une utilité »⁷³. Deux acceptions de l'utilité se dégageraient donc du Code civil. La première est directement liée à l'appropriation de la chose : un bien est une chose qu'il est utile juridiquement de s'approprier. La seconde est plus étroitement liée à la matérialité de la chose et repose sur une conception matérialiste du bien qui met en avant une notion économique de l'utilité. Le recours à ces critères d'utilités juridique et économique a créé un appel d'air ayant pour effet de soumettre une masse toujours plus importante de biens corporels, marchands ou non⁷⁴, au domaine de l'appropriation privative, même si certaines choses

73. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 3, vol. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 581. Nous pensons pour notre part que l'utilité économique n'est pas nécessairement liée à la corporalité de la chose. Le critère de la valeur économique permet d'élargir le champ de rattachement du critère de l'utilité économique à des entités abstraites tels la clientèle, le nom commercial ou le savoir-faire : voir *infra*.

74. Parmi ces nouveaux biens corporels, nous pouvons citer les parties du corps humain : En ce sens P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 62 et 64, p. 32 et 33. La question des choses hors commerce, bien que passionnante, ne sera pas l'objet de nos discussions. Pour précisions cependant, nous entendons cette notion de manière large comme visant tant les choses susceptibles d'appropriation que les choses appropriées mais dont la loi interdit la circulation juridique marchande. En ce sens, Pascale Lecocq, Vincent Sagaert et Bernard Vanbrabant, préc., note 25, p. 177.

corporelles, bien qu'utiles, telle l'eau, restent encore aujourd'hui étrangères au domaine de l'appropriation⁷⁵.

Ce raisonnement peut également être étendu aux biens incorporels⁷⁶. Le droit se saisissant de concepts et non de réalités⁷⁷, une chose (dans un sens large) devient un bien parce que le droit lui imprime certaines qualités jugées essentielles à cette catégorie⁷⁸. Or, rien ne s'oppose à ce que le droit conceptualise ce qui échappe aux sens. La conception moderne qui envisage les droits patrimoniaux comme des biens participe à cette vision⁷⁹. Le droit patrimonial peut conceptuellement être envisagé comme un bien, objet d'un droit de propriété, parce qu'il présente les caractéristiques de rattachement à cette catégorie juridique. Dès lors qu'il est possible de concevoir qu'un droit patrimonial puisse être un bien appropriable, il semble possible d'envisager que certaines choses immatérielles, abstraites et intangibles, que seul l'esprit peut appréhender, puissent également être considérées comme des biens, objets d'un droit de

75. En effet, certaines choses, malgré leur utilité, ne sont pas des biens. Ainsi, l'eau est une *res communes* (C.c.Q., art. 913 al. 1) non soumise à l'appropriation. Mais l'exception posée à l'alinéa 2 de l'article 913 remet en cause cette qualité de chose non appropriable puisque l'eau mise en récipient devient un bien appropriable. Une remise en cause plus radicale de cette qualité de chose non appropriable semble menacer cette ressource naturelle puisque sa rareté semble désormais en jeu. Dès lors, cette ressource devenant rare, il pourrait être utile de la soumettre au rapport d'appropriation. Elle pourrait ainsi devenir un bien selon le critère de l'utilité juridique. En ce sens, Ejan Mackaay précisait qu'il y a un « lien entre l'apparition de la rareté d'une chose – éventuellement incorporelle – et les démarches visant à la reconnaissance d'un droit privé sur cette chose. » : E. MACKAAY, « La propriété est-elle en voie d'extinction? » dans *Nouvelles technologies et propriété : actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Montréal/Paris, Thémis/Litec, 1991, p. 217, à la page 220.

76. A. BEN ADIBA, préc. notes 21 et 60; Y. EMERICH, préc., note 7.

77. Cf. *supra* note 40.

78. Christophe GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique », dans *Les biens et les choses, Archives de philosophie du droit*, t. 24, Paris, Sirey, 1979, p. 259, à la page 270 : « un bien juridique est ce que le droit considère comme tel ».

79. Voir *supra*, note 7.

propriété⁸⁰. D'ores et déjà, certaines richesses économiques des entreprises, tels le nom, la clientèle, les permis⁸¹, le brevet⁸², ou encore le savoir-faire commercial⁸³ font l'objet d'un tel droit de propriété. Si ces richesses économiques le sont, c'est en raison de leur rattachement à la catégorie des biens. Le droit de propriété aurait ainsi vocation à étendre sa main sur de nombreuses richesses qui participent à la construction des rapports sociaux économiques, que ces biens soient des choses corporelles⁸⁴, des droits patrimoniaux ou des choses immatérielles⁸⁵.

Or, comme le constate Pierre-Claude Lafond, en ce qui concerne les biens incorporels, c'est essentiellement leur valeur économique qui constitue leur critère de rattachement à la catégorie des biens⁸⁶. « La doctrine actuelle admet de plus en plus volontiers que, sous l'effet de l'évolution de l'économie, l'impérialisme de la chose matérielle n'est plus défendable, que la chose a dépassé les limites de la corporéité et qu'elle tend à devenir synonyme de valeur »⁸⁷. Cette vision extensive de la notion de bien semble donc la conséquence d'un changement de paradigme, qui s'est peu à peu imposé et qui place la valeur économique au cœur du processus de rattachement à la catégorie des biens, permettant aux biens immatériels de sortir de l'ombre⁸⁸.

-
80. S. NORMAND, préc., note 2, p. 179. L'auteur évoque à côté des choses corporelles les « *objets immatériels* »; Le terme *objet* est plus large que celui de simple droit et permet de faire entrer dans la catégorie des biens incorporels les droits patrimoniaux, mais aussi les choses immatérielles : A-M. PATAULT, préc., note 59; W. DROSS, préc., note 35, n° 1, p. 1.
81. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 66, p. 33.
82. P.-G. JOBIN, *La vente*, préc., note 49.
83. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 67, p. 34.
84. Les articles 900, 901, 902, 903 ou 905 du *Code civil du Québec* s'intéressent principalement aux choses corporelles.
85. Tels la clientèle, le nom, un permis, le savoir-faire : En ce sens, P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 66 et 67, p. 33 et 34 ou encore A. BEN ADIBA, préc. notes 21 et 60.
86. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 69, p. 34. En ce sens aussi Y. EMERICH, préc. note 7, para 97, p. 59 ou A. BEN ADIBA, préc. notes 21.
87. Y. EMERICH, préc. note 7, para 97, p. 58 et 59.
88. Aussi dérangentant que ce constat puisse être, il semble nécessaire à une prise de conscience des enjeux juridiques et des défis politiques et

B. La reconnaissance du paradigme ⁸⁹ de la valeur économique

Le triomphe de la valeur économique. L'apparition des biens immatériels dans le circuit économique dévoile un nouveau critère de rattachement à la catégorie des biens. Selon Yaëll Emerich, « [e]n définitive, les biens se signaleraient désormais à l'attention du juriste par trois caractéristiques : il s'agit de *valeurs* ("qui traduisent juridiquement le désir que l'on peut en avoir"), *appropriables* (l'appropriabilité étant la "seule relation entre un bien et une personne qui permette à cette dernière d'en faire ce qu'elle veut") et *cessibles* (ce qui signifie qu'elles font partie du commerce juridique) »⁹⁰.

Certains objets aspirant à entrer dans la sphère juridique des biens, notamment au regard de leur cessibilité, échouent aux critères doctrinaux classiques du droit des biens en raison de l'absence de corporéité (conception naturaliste⁹¹). C'est ainsi que le critère de la valeur⁹² a progressivement émergé⁹³. Dès 1972, la Cour d'appel du Québec a d'ailleurs reconnu que la valeur pouvait

sociaux soulevés par ces nouvelles richesses économiques, enjeux et défis sur lesquels le droit civil ne doit pas rester silencieux. Refuser cette prise de conscience dans un esprit de défense du dogme de la matière, alors que ce dernier s'effrite, n'est-ce pas prendre le risque d'abdiquer en faveur des économistes les choix d'un système?

89. Nous utilisons le mot paradigme dans son acception traditionnelle de modèle sans référence à la théorie de Kuhn développée dans son ouvrage *La structure des révolutions scientifiques*.

90. Y. EMERICH, préc. note 7, n° 97, p. 59 (nos italiques).

91. W. DROSS, préc., note 35, n° 315, p. 571.

92. Selon le professeur Henry, « [...] dans l'évolution économique moderne, le droit se détache de plus en plus des choses individualisées pour se transporter sur des valeurs. » : André HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Paris, Faculté de droit, Université de Nancy, 1913, p. 303ss, tel que cité par Catherine Krief-Semitko (voir C. KRIEF-SEMITKO, préc. 61, n° 116, p. 77). Et le professeur Dross surenchérit : « Le terme bien entretient des liens étroits, sinon consubstantiels, avec l'idée de valeur. » : W. DROSS, préc., note 35, n° 9, p. 13.

93. Pierre-Claude Lafond précise que la valeur économique constitue le facteur déterminant dans la reconnaissance en tant que biens, P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 69, p. 34.

être le support de l'objet d'un droit de propriété⁹⁴. En effet, « [l]e critère de l'appropriation est insuffisant et il faut le compléter par l'idée de valeur, *la chose devant avoir une certaine valeur pour intéresser le droit* »⁹⁵. Aurore Ben Adiba dévoile sans ambages ce changement de paradigme : « [l]e mot bien [pouvant] se définir comme une chose ayant une valeur économique et susceptible d'être appropriée »⁹⁶. La valeur économique se substituerait ainsi au critère de l'utilité juridique dans la mise en œuvre du mécanisme de l'appropriation des objets du droit⁹⁷. Parce que la chose a une valeur économique, elle devient échangeable et cessible. Il devient dès lors utile qu'elle soit soumise au lien d'appropriation et devienne un bien, bénéficiant du régime protecteur de la propriété.

*La notion de valeur*⁹⁸. Le critère de la valeur tend donc à supplanter le critère de l'utilité. Pourtant, la notion de valeur a peu intéressé la doctrine québécoise, qui n'aborde que rarement cette question, posant seulement comme constat que le bien a (ou est) une valeur patrimoniale⁹⁹. Or, la notion de valeur est complexe¹⁰⁰. Si d'un point de vue éthique, la valeur est

-
94. *Montréal (Ville) c. Cedar Towers Corporation*, 1972 QCCA 270, n° 271; le commentaire de François FRENETTE, « Chronique de droit des biens », (1973) 4 R.G.D. 91 cité par S. NORMAND, préc., note 2, p. 183.
95. Y. EMERICH, préc. note 7, n° 153, p. 91 (nos italiques).
96. A. Ben Adiba, préc., note 21, n° 249, p. 222.
97. Pierre-Gabriel Jobin évoque l'idée de « *réalités économiques modernes* » pour désigner ces nouveaux biens soumis à la vente et donne l'exemple du brevet, P.-G. JOBIN, *La vente*, préc., note 49. Or cette réalité économique devient une réalité juridique lorsqu'elle est considérée comme un bien.
98. Le professeur Dabin écrivait que « [t]out 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*, Paris, Dalloz, 2008, p. 199.
99. Y. EMERICH, préc., note 7; A. BEN ADIBA, préc., note 21; P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 5, p. 1 et 2.
100. Quelques auteurs de la doctrine française se sont intéressés de manière approfondie à cette notion. C'est pourquoi nous nous référerons à leurs travaux. Cf. P. BERLIOZ, préc. note 32; C. KRIEF-SEMITKO, préc. préc., note 61; Christophe GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*,

essentiellement morale¹⁰¹, d'un point de vue juridique, elle est aujourd'hui surtout économique¹⁰². Cette conception économique de la valeur prend en considération à la fois l'utilité et la rareté du bien¹⁰³. Cette mutation est parfaitement expliquée par les auteurs

Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », vol. 25, Paris, LGDJ, 1982.

101. Nous ne traiterons dans cet article que de la valeur économique puisque l'objet de notre étude part d'un état des lieux du droit québécois et ne vise pas à proposer une lecture critique du recourt à la notion de valeur économique, d'autant que cette notion de valeur est éminemment complexe. Demolombe faisait déjà remarquer à propos de l'utilité que cette dernière vise « [...] une utilité quelconque, non pas seulement une utilité matérielle, appréciable en argent et vénale, mais même aussi une utilité morale, susceptible d'augmenter, sous quelque rapport que ce soit, son bien-être », Charles DEMOLOMBE, *Cours de code napoléon*, t. 9, 3^e éd. Auguste Durand, Hachette et cie, 1866, p. 6 et 7. Pour une étude approfondie de la théorie juridique de la valeur en droit, voir C. KRIEF-SEMITKO, préc. note 61. Pour une étude critique et novatrice en théorie du droit de la notion de chose, voir Sarah VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, IRJS éditions, 2012.
102. En ce sens, certains auteurs évoquent clairement la valeur économique de la *res*. Notamment Jean-Marc MOUSSERON, Jacques RAYNARD et Thierry REVET, « De la propriété comme modèle », dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, n° 13, p. 285. Le professeur Piedelièvre explique que : « la caractéristique essentielle du bien est sa valeur patrimoniale [...] », S. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien, Aspects en droit privé en fin du XXème siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, Montchrestien, éditions techniques, 1986, p. 55, à la p. 56. Également, C. KRIEF-SEMITKO, préc. note 61. D'ailleurs, un droit extra-patrimonial peut, lorsque l'on y porte atteinte, et que cette atteinte est quantifiée monétairement, prendre une valeur économique. Cette valeur économique lui permet d'entrer dans la sphère des droits patrimoniaux appropriables (droit de créance) et de devenir un bien.
103. *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, « Biens » par Rémy LIBCHABER, au n°5, p. 3; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, préc. note 102, n° 13, p. 285; Julien LAURENT conclut sur une « **définition valoriste du bien** : En conclusion, un bien peut être défini comme toute chose qui représente une valeur c'est-à-dire une conjugaison de l'utilité et de la rareté d'une chose étant entendu que la rareté conditionne essentiellement le critère de l'utilité », Julien LAURENT *La propriété des droits*, t. 537, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 2012, n°253, p. 203 et suiv. et n° 264, p. 207. Pour Samuel Becquet, seule l'utilité fonde la valeur de la chose : « entendue comme

Mousseron, Raynard et Revet qui relèvent que : « *Utile et rare*, une valeur, au sens économique du terme, devient un bien, au sens juridique du mot, lorsque la Société répond, par le Droit, aux soucis complémentaires de *réserve* et de *commercialisation* de son maître du moment »¹⁰⁴. Cette analyse a le mérite de mettre en exergue tant le critère de rattachement au bien de la valeur (utilité et rareté) que les effets d'une telle qualification (réserve et commercialisation)¹⁰⁵.

Valeur d'usage et valeur d'échange. La valeur juridique révèle deux facettes : elle est à la fois valeur d'usage et valeur d'échange¹⁰⁶. La valeur d'usage (jouissance)¹⁰⁷ est liée à la réserve de la chose (exclusivité) : l'objet est appropriable parce que ses utilités doivent être réservées à son propriétaire. En ce sens, elle reflète une conception subjective qui prend en compte la relation entre les utilités du bien et les besoins immédiats de son propriétaire. La valeur d'échange (disposition)¹⁰⁸ repose quant à elle sur la circulation des biens (cessibilité), y compris de ses utilités, les droits réels sur la chose d'autrui étant eux-mêmes des biens, et sur leur capacité de sortir définitivement du patrimoine

possibilité d'usage ou d'utilisation, ce par quoi elle procure de la satisfaction, l'utilité fonde (...) la valeur intrinsèque de la chose, et définit la chose elle-même », Samuel BECQUET, *Le bien industriel*, t. 448, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 59.

104. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, préc., note 102, p. 285 (nos italiennes).
105. Cependant, et nous y reviendrons, elle met aussi l'emphase sur un mécanisme de transformation des valeurs en biens qui occulte les spécificités de l'objet du droit de propriété, faisant de tout bien, non plus un droit, mais une valeur. En ce sens C. KRIEF-SEMITKO, préc., note 61; P. BERLIOZ, préc., note 32.
106. La distinction entre valeur d'usage et valeur d'échange aurait été mise en lumière par Aristote, notamment dans *l'Éthique à Eugène* (III, 4, 1231b, 39 et s.) et le Livre 1 de *La politique* (I, 9, 1257a, 5 et s.). Cette dualité a été aussi montrée par Karl Marx à propos de la marchandise : Karl MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique, Livre 1*, 4^e éd., coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2014. En ce sens notamment W. DROSS, préc., note 35 n° 9-1, p. 13; J. LAURENT, préc., note 103, n°261, p. 204 et suiv.
107. En ce sens W. DROSS, préc., note 35, p. 13 et suiv.
108. *Id.*, p. 34 et suiv.

de leurs propriétaires (transmissibilité). Par conséquent, elle s'appuie sur une conception plus objective. La valeur d'usage devrait, selon nous, précéder la valeur d'échange puisque c'est celle-ci qui crée le besoin d'échange et de sécurité juridique mis en œuvre par la propriété¹⁰⁹. Cependant, la valeur d'échange semble mieux s'adapter à l'immatérialité des biens dans la mesure où l'exclusivité liée à la valeur d'usage s'accommode mal aux usages communs autorisés sur certains biens immatériels¹¹⁰ et où les biens immatériels sont souvent vus par le prisme de leur transmissibilité. C'est pourquoi la valeur d'échange tend peu à peu à absorber la valeur d'usage¹¹¹. Ainsi, un double phénomène peut être observé : le paradigme de la valeur a remplacé peu à peu le critère plus restreint d'utilité¹¹², la valeur d'échange phagocytant la valeur d'usage, et la valeur devient essentiellement une valeur économique échangeable.

-
109. Selon Frédéric Zenati, c'est la valeur d'usage qui crée le besoin d'échange. F. ZENATI-CASTAING, préc., note 1, p. 90.
110. Or la faculté de circulation, bien plus que celle de réservation, s'applique aux biens immatériels. Daniel Gutmann expliquait à propos de l'information que les choses immatérielles étant dotées du don d'ubiquité, cette situation « oblige [...] le civiliste à repenser les droits subjectifs sur l'information en prenant pour acquis que plusieurs personnes peuvent être titulaires de droits concurrents et légitimes sur le même objet [...], le propre de l'information est de se dérober au caractère exclusif de l'appropriation ». Daniel GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique », dans *Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit*, t. 43, Paris, Sirey, 1999, p. 65, à la page 73. En ce sens voir aussi S. VANUXEM, préc., note 101, p. 98 et 99, n°68.
111. Une auteure constate que « [...], il est indéniable que seules les choses dotées d'une valeur économique, c'est-à-dire dotée d'une propension à l'échange, intéressent le droit et peuvent être objets d'un droit de propriété. », Virginie MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, Aix-Marseille, PUAM, 2015, p. 132, n° 277. Aristote critiquait cette approche qui mettait l'emphase sur la valeur d'échange, lui donnant ainsi le premier rôle. Gilbert ROMEYER-DHERBEY, « Chose, cause et œuvre chez Aristote », dans *Les biens et les choses*, t. 24, Paris, *Archives de philosophie du droit*, 1979, p. 127, à la p. 136.
112. E. MACKAAY, préc., note 75, p. 217 et suiv.; W. Dross, préc., note 35, n° 9-1, p. 13; *contra* M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 144.

La valeur économique. Permettant aux choses de devenir des biens en raison de leur valeur patrimoniale¹¹³ et d'entrer dans le commerce juridique, la vision économique de la valeur s'imposerait ainsi peu à peu en droit québécois comme le nouveau critère de rattachement des biens au droit de propriété. Puisque la valeur ne s'embarrasse pas de la corporéité des choses¹¹⁴, l'entrée de l'immatériel dans le monde de l'appropriable est ainsi consacrée. Le professeur Lafond constate que :

[d]ans l'évolution de la société contemporaine, les biens incorporels connaissent un développement spectaculaire et occupent une place grandissante dans l'économie mondiale. Comme pour les biens corporels, une *valeur économique* leur est *rattachée*, à tel point que cette dernière constitue le *facteur déterminant dans leur reconnaissance en tant que biens*.¹¹⁵

Le dogme de la matière est tombé. Le nouveau paradigme de la valeur, empruntant parfois à l'économie le nom de « richesses »¹¹⁶, phagocyte ainsi, pour mieux la dépasser, la matière, permettant aux choses, peu importe leur nature matérielle ou immatérielle¹¹⁷, d'être appréhendées par le droit

113. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 59, 62 et 64, p. 32-34.

114. Y. EMERICH, préc., note 7, n°197, p. 59 constate que la nature corporelle ou incorporelle du bien est devenue secondaire, la valeur étant désormais le critère déterminant.

115. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 69, p. 34 (nos italiques).

116. Philippe Simler introduit son manuel de droit des biens par cette phrase : « Le concept juridique de biens n'est pas autre chose que ce que la science économique appelle richesses », Philippe SIMLER, *Les biens*, 3^e éd., Grenoble, PUG, 2006, n° 1. Cette formule lapidaire dévoile sans ambages l'impact, voire l'emprise, de l'économie sur le droit civil. M. PLANIOL et G. RIPERT, « Traité pratique de droit civil », dans Maurice PICARD (dir.), *Les Biens*, 2^e éd., t. 3, Paris, LGDJ, 1952, n° 51.

117. S. NORMAND, préc., note 2, p. 182-183 : « *La démarche conduisait à fonder la valeur économique comme critère de reconnaissance d'un bien objet de propriété* ». F. ZENATI-CASTAING relève que : « *C'est dans la chose même que gît la valeur et [...] la chose en perd sa substance physique* » : F. ZENATI-CASTAING, préc. note 1, à la page 95.

comme des biens soumis au droit de propriété¹¹⁸. La valeur économique semble dès lors s'imposer comme nouveau critère du rapport d'appropriation¹¹⁹, permettant une extension du régime de protection de la propriété aux nouveaux objets immatériels¹²⁰. Cette extension peut interpeler et inquiéter : est-ce leur valeur économique qui, à elle seule, les rend dignes de protection? À la valeur économique ne doit-il pas s'ajouter un besoin de protection, besoin qui sera satisfait par l'application des règles du droit de propriété?¹²¹ En d'autres termes, il nous semble que malgré ce constat, toute richesse économique (valeur d'échange) n'est pas nécessairement, voire intrinsèquement, digne de protection. C'est pourquoi il convient de se montrer prudent et de ne pas oublier que la valeur d'échange seule n'est pas suffisante à faire d'une chose un bien appropriable¹²². Comme le constate fort justement un auteur :

-
118. « *Rem 1°* Les choses immatérielles ne sont pas toutes susceptibles d'appropriation. Par exemple, les découvertes scientifiques ne donnent prises à aucun droit patrimonial et font ainsi partie du domaine public. *Rem. 2°* Pour qu'une chose immatérielle puisse être qualifiée de bien, cette chose doit, en outre, être utile ou avoir une valeur économique » (nos italiques), Centre Paul André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, Éditions Yvon Blais 2013, « chose immatérielle ».
119. La question est philosophiquement controversée. Certains auteurs adoptent une conception objective de la valeur qui fait de la valeur la chose, objet du droit de propriété. En ce sens par exemple Catherine KRIEF-SEMITKO, préc. note 61; P. BERLIOZ, préc. note 32.
120. Selon M. Vivant, « la qualité d'objet de droit peut être attribuée à un bien immatériel pourvu que ce bien soit considéré comme tel économiquement et qu'il soit digne de protection juridique », Michel VIVANT, « A propos des "biens informationnels" », (1984) *J.C.P.* 3132.
121. F. ZENATI-CASTAING, préc., note 109.
122. Daniel Gutmann relève la circularité de la définition juridique du bien qui « veut que le bien au sens juridique du terme équivale à la chose susceptible d'appropriation » et constate que c'est ici que se situe « le vice fondamental de l'enchaînement : pour donner prise au droit, les réalités immatérielles sont autoritairement encadrées par l'a priori du bien et de la propriété. », D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », dans *Le droit et l'immatériel*, t. 43, coll. « Archives de philosophie du droit », Paris, Sirey, 1999, p. 65, à la p. 77.

Devenant aliénable, la chose acquiert une valeur qui la mesure par rapport à l'objet contre lequel elle est échangée et qui n'est autre que celle de son utilité (avant que le marché ne la transforme en valeur marchande). C'est sa valeur d'usage qui crée le besoin de l'échange, lequel à son tour crée celui de la propriété, condition de sa sécurité juridique : par ce cheminement, du stade de la valeur, la chose passe à celui de bien¹²³.

Tout bien n'est pas un droit. La question ontologique, voire philosophique, de la notion de bien, notamment dans son acception de chose appropriée ou appropriable, dépasse largement le cadre de cette analyse¹²⁴. Aujourd'hui, certains auteurs reconnaissent que la catégorie des biens concerne autant les choses corporelles que les droits patrimoniaux¹²⁵. La thèse de la propriété des créances¹²⁶ est une illustration de cette doctrine de la propriété des biens incorporels. Or, si le droit de créance est un bien, c'est parce que ce droit patrimonial a une valeur économique¹²⁷. Son entrée dans le commerce juridique en tant que bien est la conséquence de sa valeur économique, car « [q]ue cette chose soit une "créance", une "*res incorporalis*" ou un "bien concret", une "*res corporalis*" meuble ou immeuble, elle ne représente pas moins une valeur pouvant être l'objet d'un droit d'appartenance complet pour lequel le respect absolu doit être exigé. »¹²⁸

Une partie de la doctrine transcende la dichotomie *res corporales/res incorporales* en définissant tout bien comme un

123. F. ZENATI, préc. note 1, p. 90.

124. Pour une analyse ontologique, cf. C. KRIEF-SEMITKO, préc. note 61; Pour une analyse philosophique : S. VANUXEM, préc. note 101

125. A. BEN ADIBA, préc. note 21; Y. EMERICH, préc. note 7; P. C. LAFOND, préc., note 18, n° 76, p. 36; D.C. LAMONTAGNE, préc., note 18, n°205, p. 135; S. NORMAND, préc., note 18, p. 96; Maurice TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilité*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 646.

126. Y. EMERICH, préc., note 7.

127. Pour certains auteurs, le bien est la valeur économique ou patrimoniale. En ce sens, Y. EMERICH, préc., note 7, n°155, p. 93.

128. François FRENETTE, « Chronique de droit des biens », (1973) 4 R.G.D. 91, p. 94.

droit patrimonial¹²⁹, peu importe l'objet matériel ou immatériel sur lequel porte ce droit. En consacrant la notion de « bien-droit »¹³⁰, la doctrine marque une rupture totale des biens et de la matière. Ce faisant, il nous semble que cette doctrine confond à son tour l'objet du droit de propriété et le droit de propriété. En effet, si tout bien est réductible à un droit patrimonial, l'objet du droit de propriété est nécessairement le droit patrimonial que l'on a sur la chose et non la chose elle-même. Dès lors, le droit patrimonial qui porte sur une chose corporelle, ce « bien-droit », objet du droit de propriété, n'est pas autre chose que le droit de propriété lui-même. Ce qui revient à admettre que le droit de propriété sur une chose corporelle est un bien. Or, nous croyons que le droit de propriété, à l'inverse des autres droits réels, n'est pas un bien¹³¹. C'est justement ce qui distingue le droit de propriété des autres droits réels. Le droit de propriété ne peut en effet être à la fois le bien, objet du droit de propriété, et ce qui fait le bien, rapport d'appropriation de l'objet de propriété. Selon l'auteure Krief-Semitko, « [c]ette confusion n'est pas justifiée, car elle tend à soustraire les choses du domaine du Droit, le Droit ne connaissant que les droits que l'on a sur les choses et non pas les choses elles-mêmes. »¹³² Certes, l'objet du droit de propriété n'a

129. Cette définition est reprise par le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens* : voir Paul-André CRÉPEAU et al, préc., note 7. C'est en effet le premier sens donné au mot « bien ». Ainsi, même si le sens 2 du mot « bien » demeure limité aux choses corporelles, nous pensons avoir montré dans la première partie de cet article que le dogme de la chose matière était remis en cause et que nous ne le partagions pas.

130. Cette doctrine enseigne que tous les biens sont des droits patrimoniaux. « En définitive comme les choses ne sont juridiquement des biens que par les droits auxquels elles servent de support, les mots « biens » et « droits » peuvent être considérés comme synonyme », Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. IV, Paris, 1934, imprimeur R. Bussière, n° 8, cité par C. Krief-Semitko, préc. note 61, n°41, p. 34. Pour une analyse de la confusion des biens et des droits, Julien LAURENT, préc. note 103, n°253, p. 203 et suiv.

131. « *Un bien se définissant comme un objet de propriété, il est impossible de considérer le rapport de propriété comme un bien* », F. ZENATI, préc. note 34, n°586.

132. C. KRIEF-SEMITKO, préc., note 61, n° 44, p. 37.

nul besoin d'être incarné dans la matière¹³³, mais il n'a pas plus besoin, dans une vaine tentative d'uniformisation, d'être réduit à un droit, sauf à transformer tous les objets du droit (dans un sens large) en une virtualité¹³⁴. Certains auteurs français combattent cette critique en considérant que c'est la valeur, et non le droit que l'on a sur cette valeur, qui constitue le bien¹³⁵. Cependant, nous sommes d'avis que si la valeur peut être appréhendée comme le nouveau critère de rattachement à la catégorie des biens, c'est en tant que support de l'objet du droit de propriété et non en tant que *res*. Le bien a une valeur; il n'est pas une valeur.

Cette assimilation des biens aux droits (le droit serait la *res* sur laquelle le droit de propriété s'exerce) nous semble essentiellement problématique en ce qu'elle réduit le domaine des biens à la seule sphère incorporelle, renouant indirectement avec les excès de la conception matérialiste. Or, la subdivision des biens corporels et incorporels est une distinction importante du droit civil qui, à notre avis, ne devrait pas être évincée. Ainsi, le critère de la valeur permet de reconnaître qu'il existe à côté des « biens-droits », des choses corporelles et des choses immatérielles (sans corps), qui ne sont pour autant pas réductibles à un droit¹³⁶. La valeur devient le support de cet objet du droit de propriété et non le bien lui-même. Cette conception de la valeur permettrait d'embrasser une multitude d'objets, corporels ou incorporels, sans

133. *Contra* M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 12, p. 130.

134. Marie-Anne Frisson-Roche distingue la virtualité comme méthode de la virtualité comme objet et assimile cette dernière virtualité à l'immatériel, Marie-Anne FRISSON-ROCHE, « L'immatériel à travers la virtualité », dans *Le droit et l'immatériel*, t. 43, coll. « Archives de philosophie du droit », Paris, Sirey, 1999, p. 140.

135. « La nature corporelle ou incorporelle de la *res* importe peu pourvu qu'il y ait *res*, c'est-à-dire valeur économique », J. -M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, préc. note 102, n° 13, p. 285, P. BERLIOZ, préc. note 32, p. 202, n°621; C. KRIEF-SEMITKO, préc. note 61.

136. Les auteurs Zénati-Castaing et Revet pensent que « [l']identité qui existe entre la catégorie des biens incorporels et celle des droits pose le problème de la dénomination des biens, qui sans être des droits, ne sont pas pour autant corporels [...] » : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n° 84, p. 133 et n° 45, p. 91.

pour autant se laisser séduire par l'assimilation des biens aux droits¹³⁷. Le bien, possédant une valeur économique (valeurs d'usage et d'échange) inhérente à sa nature, cette dernière participe de la *res*¹³⁸. La valeur peut ainsi être envisagée comme l'assise commune de tout objet du droit de propriété. Puisque tout objet du droit de propriété semble comporter une notion arithmétique purement conceptuelle¹³⁹ représentée par sa valeur économique, dès lors, la valeur étant incorporée au bien, toute chose (dans un sens large), dotée d'une valeur économique, a la faculté de devenir un bien, objet du droit de propriété¹⁴⁰. Cette valeur permet au droit de propriété de se cristalliser sur des biens tant corporels qu'incorporels (droits patrimoniaux comme choses immatérielles). Elle délimite ainsi son contenu en assurant une détermination des frontières de l'objet du droit de propriété.

Les limites du critère de la valeur. Ce critère de rattachement à la catégorie des biens¹⁴¹ doit inquiéter tant il

-
137. Si une table, un droit de servitude ou une information constituent des biens en ce qu'ils représentent une valeur économique, pour autant, ces objets révèlent des différences tenant à leur nature (corporéité, droit ou entités abstraites) qui sont importantes notamment dans la mise en œuvre du régime juridique de la propriété.
138. Certains auteurs assimilent la valeur au bien. En ce sens, J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, préc. note 102, n° 13, p. 285; Ainsi la valeur est une *res* susceptible d'être soumise au droit de propriété. Pierre Berlioz estime que « [l]e véritable objet du droit est la valeur, et non plus la chose qui la porte », P. BERLIOZ, préc. note 32, p. 202, n°621. Pour Catherine Krief-Semitko, la valeur réifiant le bien, elle deviendrait elle-même *res*, C. KRIEF-SEMITKO, préc. note 61, n° 80, p. 59. Pour notre part, nous pensons que la valeur participe de la nature du bien mais n'est pas le bien. Le bien est la chose ou le droit et non la seule valeur.
139. F. ZENATI, préc., note 1, p. 90-91; C. KRIEF-SEMITKO, préc., note 61, p. 8.
140. *Contra* C. KRIEF-SEMITKO, préc. note 61 et P. BERLIOZ, préc., note 32 qui estiment que c'est la valeur qui est la chose ou l'objet du droit de propriété. En ce sens également, V. MERCIER, préc., note 111, n°276.
141. Pierre CATALA, « Exposé de synthèse », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens : 3^{es} journées René Savatier*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 87; C. KRIEF-SEMITKO, préc., note 61; Alain PIEDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel: essai d'approche de la notion de bien », dans *Aspects du droit privé en fin du XX siècle, Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, L.G.D.J., 1986, p. 55, à la page 62;

semble élargir à l'infini le domaine des choses susceptibles d'être soumises au rapport d'appropriation¹⁴². Cette conception économique permet en effet d'envisager une myriade d'objets du droit de propriété. Le paradigme de la valeur économique constitue une boîte de Pandore qu'il sera nécessaire d'appréhender avec prudence. Sa force attractive ne se limite pas, par ailleurs, aux seuls biens incorporels¹⁴³. Ce nouveau critère permettrait en effet d'ouvrir le commerce juridique à des biens corporels qui nécessitent une protection particulière en raison de leur caractère vital ou sacré, tels les parties du corps humain¹⁴⁴, les cadavres¹⁴⁵ ou encore l'eau. Poussant encore plus loin l'exercice, la valeur économique permettrait aussi d'attirer dans la catégorie des biens des marchandises virtuelles (*virtual goods*), tels des vêtements, armures, armes des avatars des mondes numériques dans les jeux en ligne multijoueurs ou encore des cadeaux virtuels

Thierry REVET, « Rapport français. Les nouveaux biens », dans *La propriété, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française – Journées vietnamiennes*, t. LIII, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 271; Frédéric ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », (1993) *RTD. civ.* 305; P-C. LAFOND, préc., note 18, n° 67, 69, 70 et 72, p. 34-35; S. NORMAND, préc., note 2, p. 179-180. La valeur, comme élément de définition du bien a été reprise par la professeure A. BEN ADIBA, préc., note 21; cf. en ce sens Y. EMERICH, préc., note 7.

142. A. BEN ADIBA, préc., note 21, p. 206 et suiv.

143. « *En définitive, les biens se signaleraient désormais à l'attention du juriste par trois caractéristiques : il s'agit de valeurs [...] appropriables [...] et cessibles [...]* », Y. EMERICH, préc., note 7, n°97, p. 59

144. Le sperme ou les ovules sont ainsi proposés à la vente par des distributeurs canadiens, CAN-AM CRYOSERVICES, « Donor sperm & Egg free guide, en ligne <<https://www.canamcryo.com/fr/guide-tarifaire-gratuit-des-donneurs-de-sperme>> (consulté le 23 février 2016). Si le don de ces produits de la reproduction est gratuit, ces derniers font pourtant l'objet de contrat de vente à titre onéreux, la grille tarifaire consultable montrant d'ailleurs que ces produits sont considérés comme des marchandises dont le prix est établi en fonction des critères économiques de l'offre et de la demande. Si la valeur économique et la cessibilité deviennent les nouveaux critères de rattachement à la catégorie des biens, cet exemple est une bonne illustration des dangers du vide juridique autour de ces délicates questions.

145. Ainsi, des cadavres transformés issus de l'exposition *Our body* étaient proposés à la vente sur internet.

sur les plateformes de réseaux sociaux¹⁴⁶. Il ne suffit donc pas que ces objets aient une valeur économique pour qu'ils deviennent automatiquement saisissables, cessibles ou transmissibles. Cette conception extensive devra donc être tempérée par certains mécanismes, telles l'extra-patrimonialité ou l'extra-commercialité, qui limiteront ou interdiront certains usages ou circulation de ces biens dans le commerce juridique¹⁴⁷ afin notamment de protéger d'autres valeurs jugées supérieures : valeur sacrée (indisponibilité du corps humain)¹⁴⁸, vitale (eau), morale, éthique, sociale, etc. L'entrée de la valeur comme nouveau paradigme des biens nécessite de repenser le droit de propriété et ses limites. Ce constat permettra aussi de s'interroger sur l'impérialisme de la propriété, et le cas échéant, de le remettre en cause.

Cependant, il convient de reconnaître que cette propension du droit de propriété d'embrasser tout ce qui a une valeur économique¹⁴⁹, sans être limité par la corporéité des choses¹⁵⁰, permet de prendre en compte la dématérialisation grandissante de la richesse économique. Le bien, qui par l'entremise de la valeur, cristallise l'assiette de l'objet du droit de propriété, même totalement dématérialisée¹⁵¹, découvre un monde extrêmement

146. Stéphane GILKER et Charles LUPIEN, « Le droit de propriété dans les mondes virtuels en droit civil québécois », dans S.F.P.B.Q., vol. 311, *Développements récents en droit du divertissement 2009*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 115; Paul CHENEVERT, « La propriété dans les univers virtuels : un droit réel ou un droit personnel? », 2012, *Repères*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2012REP1266 (La référence).

147. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 62 et 64, p. 32 et 33.

148. Pour le professeur Lafond, « [l]es choses hors commerce demeurent des biens, même si leur appropriation en est toutefois restreinte ou interdite, parce qu'elles conservent une valeur économique. » L'auteur fait ici référence aux parties du corps humain, *Id.*, n° 64 p. 33.

149. Selon le professeur Catala, « [s]i le droit accorde une protection juridique à la valeur économique ainsi produite (par l'activité humaine), un bien nouveau vient au jour. » : Pierre CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », (1966) Paris, *RTDciv.* 185, p. 202.

150. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n° 2, p. 18.

151. John E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », (1995) 1 *R.I.D.C.* 33.

vaste et en perpétuelle extension : choses corporelles, droits réels sur la chose d'autrui ¹⁵², droits de créance ¹⁵³, droits de la personnalité ¹⁵⁴, créations et productions humaines ¹⁵⁵, intellectuelles et virtuelles ¹⁵⁶. Ce détachement de la sphère matérielle n'est pas sans susciter quelques tensions provoquant l'oscillation des biens immatériels entre disparition et réminiscence de la matière.

II. Oscillation des biens immatériels : disparition et réminiscence de la matière

Le paradigme de la valeur comme critère de rattachement des choses et des droits à la catégorie des biens permet d'achever le processus de désincarnation (ou de désincorporation) des objets du droit de propriété (A). Paradoxalement, le régime juridique du droit des biens, qui semble mieux adapté au monde des choses tangibles, pousse parfois les juges comme les auteurs à rechercher des traces d'une matérialité perdue (B).

A. La consécration d'une entité ¹⁵⁷ désincarnée comme bien incorporel

Multitude de biens immatériels. Une analyse non exhaustive du recours par la doctrine et la jurisprudence à l'utilisation des termes « biens immatériels » laisse apparaître une notion éclatée qui revêt plusieurs réalités tant économiques que juridiques. Les biens immatériels sont les valeurs mobilières ¹⁵⁸, les actifs financiers non matérialisés par un titre ¹⁵⁹, la clientèle

152. Le droit de propriété étant le rapport qui assure la transformation d'une chose ou d'un droit en bien, il ne peut donc lui-même être un bien. En ce sens, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 4. n°2, p. 18 et 19.

153. Y. EMERICH, préc., note 7.

154. En ce sens, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 4, n°7, p. 26.

155. T. REVET, préc., note 3.

156. Stéphane GILKER et Charles LUPIEN, préc., note 146; Paul CHENEVERT, préc., note 146.

157. S. NORMAND, préc., note 2, 182.

158. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

159. *Miller c. Miller*, 2003 NBCA 37.

professionnelle¹⁶⁰ ou commerciale¹⁶¹, les droits de créance¹⁶², le savoir-faire¹⁶³, les droits issus de la propriété intellectuelle¹⁶⁴ telles les créations intellectuelles¹⁶⁵. Cependant, cette notion est aussi utilisée pour désigner des revenus¹⁶⁶, notamment de services¹⁶⁷ à des fins fiscales ou encore les parts sociales des entreprises¹⁶⁸ ou le statut d'actionnaire¹⁶⁹.

Unité des biens incorporels. Dès lors, la question du rattachement de ces biens immatériels à la catégorie des biens incorporels se pose. Font-ils partie de la catégorie des biens incorporels consacrée par le Code civil (article 899 C.c.Q.) ou constituent-ils de nouvelles catégories de biens soumis à des législations spécifiques? Adopter un raisonnement par néologie,

-
160. *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34; A. BEN ADIBA, préc. note 22.
161. A. Ben Adiba, préc., note 21.
162. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, 2003 CSC 31, concernant des créances non représentées par des titres négociables. Alain OLIVIER, « Splendeurs et misères de la procédure allégée : faut-il procéder par déclaration ou par requête en matière de louage? », (1997) *R. du B.* 433, 433: « La créance, bien immatériel, ne représente pas nécessairement une somme d'argent » (nos italiques).
163. *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, 2007 QCCA 1254.
164. *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4.
165. *Ridout & Maybee LLP c. Corsonnel Corp.*, 2007 CanLII 80944 (CA C.O.M.C.).
166. *Gaudet c. Agence de revenu du Québec*, 2013 QCCQ 11925; *Canada c. Robertson*, 2012 CAF 94; *Assinew c. La Reine*, 2012 CCI 24.
167. *Société en commandite 5257 Garnier c. Lapointe*, 2012 QCRDL 44585, n° 19 : « 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 italiques).
168. Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE, « Les principaux contrats : la vente, le louage, la société et le mandat », dans *Droit spécialisé des contrats, Société en nom collectif*, 2000, EYB2000DSC38 (La Référence): « 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 italiques).
169. 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.

qui ferait de ces biens immatériels un nouveau concept non encore appréhendé par les catégories binaires du droit civil, nous semble à la fois difficile et inutile. Difficile, car cette nouvelle catégorie accueillerait des biens dont la diversité et l'hétérogénéité risqueraient de conduire à un éclatement de leurs régimes juridiques, ce qui nous semble dangereux pour la sécurité juridique et la cohérence du système civiliste. Inutile, car un raisonnement par analogie pourrait permettre d'appliquer *mutatis mutandis*¹⁷⁰ les règles du droit des biens à ces objets intangibles¹⁷¹. La place de l'incorporel dans le droit civil québécois, qui consacre la distinction des biens corporels et incorporels au Livre 4 « Des biens »¹⁷², autant que la substitution du « bien » à la « chose », ont-elles permis aux biens immatériels de faire leur entrée dans la catégorie des biens incorporels? Selon Gaius, « les choses incorporelles sont celles que l'on ne peut toucher, *comme celles qui consistent en des droits* »¹⁷³. Le recours à la conjonction de subordination « comme » semble autoriser à déduire le

-
170. *Mutatis mutandis* car la question de l'uniformisation de la catégorie des biens incorporels qui assimilerait tous les biens immatériels (et corporels) à des droits patrimoniaux a déjà été abordée. En ce sens, Paul-André CRÉPEAU et al., préc., note 7. Or, cette assimilation fait perdre de vue que, si toutes les choses ne connaissent pas forcément d'existence physique, certaines choses, fruits de l'activité humaine et industrielle, sont pourtant des réalités abstraites ne se réduisant pas à des droits. cf. *supra*, p. 21.
171. C'est cette optique que Y. EMERICH, préc., note 7, et A. BEN ADIBA, préc., note 21, ont adopté dans leurs thèses de doctorat. Cette réflexion sera l'objet de notre dernière section.
172. C.c.Q., art. 899 : « Les biens, *tant corporels qu'incorporels*, se divisent en immeubles et en meubles » (nos italiques).
173. GAIUS, *Institutes*, II, 14 (161 ap. J.-C.) (nos italiques). En ce sens Jean GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2e éd., Paris, 2000, p. 353, n° 73. La conception naturaliste a longtemps présenté cette distinction comme justifiant l'exclusion des biens immatériels de la sphère du droit de propriété. Cet argument historique selon lequel les Anciens Romains ne connaissaient que les choses corporelles a souvent été avancé. En ce sens, P. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p. 273; Y. Emerich, préc., note 7, n° 97, p. 59 et à la note 354. Cette conception, qui confond le droit de propriété et son objet, a été depuis réfutée. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., note 34.

caractère exemplatif des droits. Si la catégorie des *res incorporales* comprend les droits patrimoniaux (droits personnels et droits réels), elle ne s'y limite pas. Deux raisons militent en faveur de cette vision extensive. Premièrement, le droit de propriété, en tant que relation entre un sujet et un objet de droit¹⁷⁴, peut embrasser tant les choses corporelles qu'incorporelles. Le droit de propriété n'est pas une *res corporalis* pas plus qu'une *res incorporalis*¹⁷⁵. Rapport entre un sujet et un objet, le droit de propriété ne peut pas être l'objet du droit de propriété¹⁷⁶. Si la valeur économique (valeurs d'usage et d'échange) permet aux choses de devenir des biens, objets d'un droit de propriété, il importe peu que cet objet soit corporel ou incorporel. Un autre argument en ce sens peut être mis de l'avant. La catégorie des biens incorporels étant une catégorie résiduelle, elle a vocation d'accueillir tous les biens qui n'entrent pas dans celle des biens corporels. Or, les créations intellectuelles et humaines, vivier abondant et en perpétuelle évolution de l'économie marchande, constituent une grande partie des richesses immatérielles des personnes privées physiques ou morales (particuliers comme entreprises). C'est donc nécessairement à la catégorie des biens incorporels que les nouveaux biens sans corps (droits patrimoniaux et choses immatérielles) appartiennent. Dès lors, la capacité expansionniste du critère de la valeur, renforcée par la vocation résiduelle de la catégorie des biens incorporels, permet à de nombreux objets intangibles, choses sans formes, droit patrimonial comme entité abstraite, de devenir des biens soumis au rapport d'appropriation¹⁷⁷, circulant (cessible et transférable) et bénéficiant d'un régime de protection.

174. Nous adhérons à la thèse selon laquelle le droit de propriété n'est pas un bien, mais la relation qui existe entre le bien et la personne à qui il appartient. En ce sens F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°3, p. 21 et 22.

175. Cf. *supra* p. 19 et 20.

176. Cf. F. ZENATI, préc. note 34, n° 160 et suiv.; Y. EMERICH, 7, n° 43 à 57, p. 27 A 35; J. LAURENT, préc. note 103; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 4, n° 164, p 260.

177. Cet article ne vise pas à prendre position sur cette force expansionniste de la propriété mais dresse un constat, tiré d'une étude de la doctrine et de la jurisprudence majoritaire.

L'exemple de la spécification. Les règles de la spécification offrent une illustration de l'intérêt qu'il y aurait à reconnaître la présence des « choses immatérielles », choses sans corps, non réductibles à un droit patrimonial, dans le *Code civil du Québec*. Présentée comme un mode d'acquisition des biens par la voie de l'accession mobilière, la spécification reconnaît que la force de travail¹⁷⁸ participe à la création des biens¹⁷⁹. La spécification permet à celui qui a travaillé ou transformé la matière, dans l'hypothèse où la valeur du travail ou de la transformation, considérée comme une composante du nouveau bien, excède celle de la matière, de devenir propriétaire de ce nouveau bien (art. 972 C.c.Q). À défaut, le spécificateur sera indemnisé pour la valeur du travail fourni. Le propriétaire du nouveau bien ayant apporté l'élément principal doit payer *la valeur* (et non le coût) de la matière ou de la main-d'œuvre à celui qui a fourni l'élément accessoire. L'analyse de la spécification comme mode d'accession mobilière est parfois envisagée comme une fiction, l'industrie (force de travail) n'étant pas reconnue comme un bien¹⁸⁰. Pourtant, le paradigme de la valeur rend possible d'envisager la force de travail comme un bien immatériel¹⁸¹. La

178. Le législateur québécois recourt au terme « travail » et non à celui de l'« industrie ». Pour une distinction entre la force de travail et l'industrie, voir : S. BECQUET, préc., note 103; Thierry REVET *La force de travail. Etude juridique*, t. 28, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, Litec, 1992, n° 434, p. 493 et 494.

179. L'accession mobilière est un mode d'acquisition originaire des biens meubles appartenant à plusieurs personnes et dont les composantes ne peuvent être séparées sans détérioration ou sans un travail excessif ou qui ont été travaillés ou transformés par autrui. La *spécification* est le cas où la matière première est travaillée ou transformée par une personne autre que son propriétaire. En ce sens, D.-C. LAMONTAGNE, préc. note 18, n° 792.

180. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 4, n° 140, p 215 qui expliquent que la spécification n'est pas intrinsèquement un cas d'accession et que l'application des règles de l'accession à la spécification est une fiction de la loi.

181. A. BEN ADIBA, préc. note 21, n° 340, p. 274 et suiv. L'auteure envisage la force de travail comme un bien immatériel en devenir et la range dans la catégorie des « produits des activités intellectuelles ». Également, Thierry REVET, préc. note 178.

force de travail a à la fois une valeur d'usage et une valeur d'échange puisqu'elle permet d'acquérir un nouveau bien ou de se faire rembourser la valeur du bien perdu. N'est-il pas possible d'envisager la spécification, non comme une fiction, mais plutôt comme un mélange ou une union de plusieurs biens? Les matières premières, qui sont généralement des biens corporels, sont transformées par la force de travail et c'est cet ensemble de biens qui forme un nouveau bien, généralement corporel¹⁸². Ce nouveau bien sera, lorsque cela est possible¹⁸³, soumis au droit de propriété exclusif de l'un des anciens propriétaires des biens qui a participé à sa création, sans égard à la nature corporelle ou incorporelle de l'objet sur lequel portait leur droit de propriété. En effet, soit le spécificateur qui, par la force de son travail, a participé à la création de ce nouveau bien devient propriétaire du nouveau bien lorsque la valeur de son travail ou de la transformation du bien par son travail est supérieure à celle de la matière première¹⁸⁴, soit c'est le propriétaire de la matière première qui devient propriétaire du nouveau bien. Les anciens propriétaires se voient alors indemnisés pour la perte de leur bien¹⁸⁵. Quelle pourrait donc être la nature de la force de travail si elle n'était pas un bien? Certes, elle n'est pas un bien corporel. Elle a une valeur économique indéniable. La valeur permet au

182. Le corporel attire l'incorporel puisque le propriétaire du nouveau bien sera propriétaire d'un bien meuble corporel, le mélange des biens corporels (matière première) et incorporels (valeur du travail) formant un nouveau bien absorbé par le corporel. Mais la spécification peut aussi étendre son champ à l'immatériel si l'on reconnaît la force de la création dans le processus d'acquisition des biens. Thierry REVET, préc., note 60.

183. C.c.Q., art. 972 et 973 al. 2. La modalité de propriété sera indivise lorsqu'il est impossible de déterminer lequel des propriétaires a le plus contribué à cette création.

184. C.c.Q., art. 972 : » La personne, qui a travaillé ou transformé une matière qui ne lui appartenait pas, acquiert la propriété du nouveau bien si la valeur du travail ou de la transformation est supérieure à celle de la matière employée ». Dans cette hypothèse, le propriétaire de la valeur de travail remboursera la valeur du bien corporel à son propriétaire.

185. C.c.Q., art. 973 al. 1: « Le propriétaire du nouveau bien doit payer la valeur de la matière ou de la main-d'œuvre à celui qui l'a fournie. ». Pour des développements subséquents sur la force de travail comme bien incorporel, voir T. REVET, préc., note 178.

droit de propriété de se cristalliser sur cet objet intangible et d'en faire une chose immatérielle soumise à l'appropriation de la personne qui l'a fournie. La spécification reconnaît à la force de travail sa participation à la transformation de biens préexistants et dévoile la nécessité de protéger juridiquement tant le propriétaire du bien corporel (matière première) que celui qui a fourni sa force de travail. Accepter que la force de travail constitue un bien immatériel permet d'inscrire la spécification dans la logique de l'accession mobilière, mélange ou union de plusieurs biens corporels ou incorporels, conformément à la place qui lui est conférée dans le *Code civil du Québec*. S'agissant d'un premier pas vers la reconnaissance de la création comme mode d'acquisition originaire, il restera à franchir l'étape de la reconnaissance à part entière de la création dans le processus d'acquisition des biens¹⁸⁶.

Élargissement de la catégorie des biens incorporels. Les auteurs qui adoptent une définition extensive du « bien »¹⁸⁷ assimilent les choses immatérielles aux biens incorporels¹⁸⁸. La catégorie des biens incorporels engloberait ainsi à la fois les droits patrimoniaux et les choses immatérielles, entendues dans le sens de choses qui n'ont pas de substance corporelle¹⁸⁹. Ces choses

186. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n° 341, p. 275; T. REVET, préc., note 60.

187. Sylvio Normand précise que la doctrine québécoise accorde une place considérable à l'abstraction (S. NORMAND, préc., note 18, p. 50).

188. Y. EMERICH, préc., note 7. Voir également A. BEN ADIBA, préc., note 21. Ces deux auteures assimilent dans leurs thèses de doctorat le bien immatériel à un bien incorporel. Sylvio Normand reconnaît également que le savoir-faire ou l'information, dont la formulation permet la circulation, sont des biens immatériels, S. NORMAND, préc., note 2, p. 189, citant Serge PICHETTE, *Le régime canadien de la propriété intellectuelle (excluant les marques de commerce)*, Montréal, Centre d'études en administration internationale/ École des hautes études commerciales, 1979, p. 137.

189. À titre d'exemple, 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) : A. BEN ADIBA, préc., note 21, p. 230-279 et note 60. Thierry REVET a également soutenu dans sa thèse que les œuvres de l'esprit, les inventions brevetables ou non, le savoir-faire, l'information confidentielle, les clientèles civiles et commerciales sont des produits issus de la force de travail : Thierry

immatérielles, miroir des choses corporelles dans le monde intangible des richesses immatérielles, s'opposent ainsi aux choses corporelles¹⁹⁰. Les juges, prenant en compte la valeur économique des biens¹⁹¹, se montrent assez réceptifs à la reconnaissance de ces entités immatérielles. Ainsi, la clientèle¹⁹², le savoir-faire ou l'information¹⁹³ ont été reconnus par la jurisprudence comme des biens immatériels¹⁹⁴. Sylvio Normand relève à propos de l'information envisagée comme bien immatériel les propos suivants : « [...] la confidentialité est à l'information ce que l'emprise matérielle est aux choses corporelles : elle assure la réservation de fait génératrice de la valeur »¹⁹⁵. L'entrée des biens virtuels dans le droit québécois constitue également une illustration de cet élargissement de la catégorie des biens incorporels aux entités abstraites. Dévoilant sans ambages leur immatérialité¹⁹⁶, ces valeurs économiques, issues de la sphère Internet, tels une robe dessinée par un styliste, une maison virtuelle ou un terrain virtuel¹⁹⁷, sont en effet des objets sans

REVET, préc., note 178, n° 434, p. 493 et 494.

190. Selon François Frenette, « [t]out ce qui existe à l'état concret ou abstrait est une chose » : François FRENETTE, « Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », préc., note 21 cité par S. NORMAND, préc., note 2, p. 50; A. BEN ADIBA, préc., note 21; T. REVET, préc., note 189.
191. *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, préc., note 163.
192. *Mirarchi c. Lussier*, 2007 QCCA 284, par. 48 : « [...] 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 italiques).
193. *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, préc., note 163.
194. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n° 306-344, p. 248-279.
195. Marie BOURGEOIS, « La protection juridique de l'information confidentielle économique : étude de droit français et québécois », (1988-1989) *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, 1, 22 tel que citée par S. NORMAND, préc., note 2, 189.
196. Vanessa PINTO-HANIA, *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, Faculté de droit, Université Paris Est Créteil, 2011, n° 5, p. 22, en ligne: <<http://www.theses.fr/2011PEST0066>> (consulté le 12 novembre 2015).
197. Selon les informations données sur le site, « Second Life est un monde virtuel créé par ses résidents [...]. En achetant un terrain virtuel, vous pourrez acquérir ou construire une maison pour vos amis et vous-même [...]. Vous trouverez aussi des objets qui n'existent pas dans le monde

corps, intangibles, qui, sous certaines conditions, peuvent être qualifiées de biens¹⁹⁸.

Ainsi, les choses immatérielles relèvent, selon nous, de la catégorie des biens incorporels visés par l'article 899 du *Code civil du Québec*. Or, l'article 911 C.c.Q.¹⁹⁹ évoquant la propriété d'un bien sans distinguer l'appropriation des biens corporels et incorporels, les règles du droit des biens devraient s'appliquer *mutatis mutandis* à tous ces biens, indépendamment de leur nature corporelle ou incorporelle²⁰⁰. Il apparaît en effet que « [l]e 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 »²⁰¹. Pourtant, le droit de propriété, notamment parce que sa conception matérialiste et objective subsiste, s'accommode parfois difficilement de cette dématérialisation²⁰². Les juristes, un peu à la façon des archéologues, ont cherché une trace ou une empreinte de la matérialité de ces biens afin de faciliter leur saisie par les règles du droit des biens.

réel! », en ligne : <<http://secondlife.com/shop/faq/?lang=fr-FR>> (consulté le 12 novembre 2015).

198. Stéphane GILKER et Charles LUPIEN, préc. note 146; Paul CHENEVERT, préc. note 146.

199. C.c.Q., art. 911 : « On peut à l'égard d'un bien, être titulaire seul ou avec d'autres, d'un droit de propriété [...] ».

200. L'article 947 C.c.Q., selon lequel « [l]a propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien [...] », ne fait pas la distinction entre le caractère matériel ou immatériel du bien. Dès lors, les règles du droit des biens peuvent s'appliquer aux biens immatériels. La conception moderne du droit de propriété n'est pas unanimement partagée et les articles 913, 914, 921, 953, 2910 et 2972 sont parfois cités en appui de la conception matérialiste de la propriété.

201. F. ZENATI-CASTAING, préc., note 1, p. 81.

202. S. NORMAND, préc., note 2, p. 185.

B. À la recherche d'une matérialité perdue

Une immatérialité omniprésente. Bien que l'immatérialité en droit des biens ne soit pas récente²⁰³, la modernité a cependant accéléré ce processus en opérant une dématérialisation et une désincarnation de la matière. Le premier phénomène est dû à la dématérialisation des fortunes impulsée notamment par la dématérialisation de la monnaie, des valeurs mobilières et actifs financiers²⁰⁴, et par l'omniprésence du patrimoine envisagé comme une universalité de droits patrimoniaux²⁰⁵. Le second phénomène est la conséquence d'une production foisonnante de biens nouveaux, issus des activités humaines et industrielles, tels les brevets, marques, œuvres intellectuelles, objets totalement désincarnés²⁰⁶. Certains biens immatériels ont déjà fait l'objet de discussions importantes dans la doctrine²⁰⁷. À titre d'exemples, citons les titres financiers ou encore les valeurs mobilières dont la simple écriture informatique permet leur circulation (disposition)²⁰⁸. 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. C'est enfin la percée de la patrimonialisation des droits de la personnalité, la voix ou l'image étant parfois perçues comme des biens immatériels en raison de leur valeur économique²⁰⁹. La poussée tentaculaire d'Internet a

203. Les auteurs Zénati-Castaing et Revet écrivent que « [l]es biens peuvent être dépourvus de matérialité et même être de simples concepts. », F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°45.

204. S. NORMAND, préc., note 2, p. 186.

205. *Supra*, note 7.

206. *Supra*, note 2; T. REVET, préc. note 60.

207. Sur un état de la question, voir Daniel GUTMANN, préc., note 110.

208. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n° 283-305, p. 230-248; Y. EMERICH, préc. note 7, n° 177-211, p. 102-122.

209. Elise CHARPENTIER, « Entre droits de la personnalité et propriété, un cadre juridique pour l'image des choses? », (2009) *R.J.T.* 531.

plus récemment participé à ce mouvement, les virtualités générant également une économie marchande importante²¹⁰.

Persistance d'une corporéité. Ce triple phénomène - dématérialisation, désincarnation, virtualisation - se heurte parfois aux règles du droit des biens, mieux adaptées à la corporéité des choses. Dès lors, la tentation d'imprimer une marque matérielle à ces biens est grande, que cette empreinte s'effectue par une prescription du législateur (art. 906 C.c.Q.), une assimilation (incorporation du bien au titre) ou une projection intellectuelle²¹¹. Le législateur québécois n'a ainsi pas hésité à qualifier l'énergie et les ondes, choses intangibles, non perceptibles par les sens, de biens corporels²¹². Cette présomption irréfragable de corporéité démontre l'embarras des juristes face à l'immatérialité de ces choses. L'image du portefeuille de valeurs mobilières, permettant de mieux appréhender l'idée de cette universalité de créances, participe à ce mouvement²¹³. Le même constat peut être dressé pour le titre, qui matérialise les actifs financiers, y compris lorsqu'ils ont été dématérialisés. Longtemps cachée sous le manteau de la titularité (droit personnel), la propriété des créances n'aurait pas une nature distincte de celle de la propriété des choses corporelles. Bien que ce phénomène ne prenne pas en compte le fait que la propriété des créances dépasse la propriété du titre, porteur de la créance, la projection intellectuelle de l'objet de propriété sur le titre facilite la

210. S. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 146.

211. V. PINTO-HANIA, préc., note 196, n°10-13, p. 25-26 : L'auteure relève ainsi l'existence d'un corpus pour les biens immatériels. «*Par corpus on entend le support matériel qui va permettre de révéler la chose incorporelle, l'élément qui va convertir la chose incorporelle en bien. [...]. En effet, sans corpus, la chose incorporelle ne peut accéder à la protection par le droit de propriété* », spéc. n° 10, p. 25.

212. C.c.Q., art. 906: «*Sont réputées 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 italiques).

213. S. NORMAND, préc., note 18, p. 53; Les professeurs Zénati-Castaing et Revet intègrent également les fonds incorporels (universalités de fait) dans la catégorie des biens immatériels, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n° 53-64, p. 99-113.

reconnaissance de la propriété des créances. Le support et le bien sont en effet confondus afin d'assimiler les actifs (droit patrimonial) constatés dans des titres à des biens corporels²¹⁴ par une incorporation du droit patrimonial dans le titre. Ainsi, la *Loi uniforme sur le transfert des valeurs mobilières* (la « LTVM ») a renoué avec une composante matérielle de la chose. Le maintien de la tradition (délivrance) comme mode de transfert des valeurs mobilières représentées par un titre (articles 55 et 56 de la LTVM) tend en effet 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 de nombreux auteurs²¹⁵. 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. Cette re-matérialisation conceptuelle des biens, par un recours à une empreinte corporelle, permettrait de projeter plus facilement les règles du droit des biens sur ces biens immatériels.

Recherche d'un support matériel. La jurisprudence entretient également cette tendance, les juges n'hésitant pas à recourir à la notion de support matériel pour saisir certains biens immatériels comme l'information²¹⁶ ou le savoir-faire (*know-how*).

214. En droit québécois, les titres au porteur incorporent le droit de créance, le titre permettant à la créance d'être assimilée à un bien corporel (P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 71, p. 35); Antonio PERREAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2, coll. « Documents juridiques », Montréal, Éditions Albert Lévesque, 1936, n° 635-636, p. 88-90; Antonio PERREAULT, *Traité de droit commercial*, t. 3, coll. « Documents juridiques », Montréal, Éditions Albert Lévesque, 1940, n° 44 bis, p. 80-85 et n° 179, p. 952-953. Même si la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiaires*, L.R.Q., c. T-11.002 (ci-après « LTVM ») semble avoir abouti le mouvement de la dématérialisation des créances, le maintien de la tradition (appelée livraison) comme mode de transfert des valeurs mobilières représentées par un titre (art. 55 et 56) permet de maintenir au moins partiellement cette théorie de l'incorporation. Pour des développements plus subséquents, voir A. BEN ADIBA, préc., note 21.

215. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n°302, p. 246.

216. Jean-Christophe Galloux évoquait ainsi à propos de l'information une réalité « matérielle et incorporelle », J.-C. GALLOUX, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, Paris, Dalloz, 1994, p. 233.

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 œuvre intellectuelle et immatérielle qui se manifeste au moyen d'un support matériel*, nous pouvons donc le classer comme étant un *bien meuble incorporel*. »²¹⁷

Ce passage intellectuel par un support matériel se retrouve aussi dans la doctrine. À titre d'exemple, cet auteur qui relève que « [l]a chose informationnelle – se réduirait-elle à une information brute – *se laisse d'abord saisir par sa fixation sur un support*. Cette donnée fait apparaître que *la fixation constitue la condition essentielle à la perception d'une telle chose*. »²¹⁸

Deux exemples issus du droit des biens, soit la quote-part de la copropriété indivise et la fraction de la copropriété divise, illustrent à notre avis cette quête d'un support matériel de ces objets immatériels. Bien que la nature juridique de la quote-part indivise ne fasse pas l'objet d'une qualification doctrinale unanime²¹⁹, très majoritairement, les auteurs s'accordent pour définir la quote-part comme « l'expression arithmétique des biens indivis qui appartiennent aux copropriétaires »²²⁰. Elle est la représentation intellectuelle de la valeur économique du droit de propriété de l'indivisaire dans le bien commun, valeur qui lui

217. *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, préc., note 163 (nos italiques).

218. S. BECQUET, préc., note 103, n° 23, p. 53 (nos italiques). L'auteur reconnaît par ailleurs qu'« en dernière analyse, le support paraît pourtant indifférent : le propre d'une chose informationnelle est précisément de n'être pas incarnée [...] ».

219. Marie Deschamps soulevait très justement cette épineuse question avant la réforme du code civil du Québec, Marie Deschamps, « Vers une approche renouvelée de l'indivision » (1984), 29 *R.D. McGill* 215, p. 221, 223 et 224 : Elle précise que « [s]i on fait une distinction claire entre la quote-part indivise, et le droit indéterminé sur la chose matérielle, on doit conclure qu'il s'agit d'un véritable droit de propriété ayant des caractéristiques propres. ».

220. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, préc. note. 4, n° 357, p. 528. Lucie Laflamme explique que la quote-part est « *une quantité, une mesure* », L. Laflamme, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999, p 54 (nos italiques).

reviendra lors du partage²²¹. La quote-part est une simple expectative, une projection abstraite²²² d'un objet matériellement délimité par une future opération de partage. Pour certains auteurs, la quote-part indivise n'est ni un droit ni un objet, elle n'est que la « mesure des intérêts » des indivisaires dans le bien²²³.

221. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 1231, p. 518 et n° 1239, p. 523. S. Normand explique qu'elle est la « mesure des intérêts du copropriétaire dans le bien indivis », S. NORMAND, préc., note 18, p. 153.

222. P.-C. LAFOND précise que : « Loin d'être matérielle, la part de chacun est constituée d'une fraction abstraite, intellectuelle ». Cependant, il refuse de qualifier la quote-part de bien autonome et ne l'envisage que comme « une fraction du droit », « [c]ette quote-part ne constitue pas un objet distinct du droit de propriété, mais une fraction du droit ». P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 1231, p. 518. Nous pensons que cette manière de présenter la nature juridique de la quote-part est inexacte. Lucie Laflamme, bien que refusant de voir la quote-part comme un objet du droit de propriété (« [l]a quote-part n'est ni un droit, ni un objet du droit » mais seulement la manifestation de ses intérêts », L. Laflamme, préc., note 220, p. 50), explique cependant que la quote-part ne peut pas être analysée comme une division du droit, cette interprétation étant contradictoire sur le plan de la logique juridique, Lucie Laflamme, *La copropriété par indivision*, 2^e éd, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2004, n° 64-65, p. 17. Elle explique que « le droit de propriété, qui est une somme de prérogatives, ne se divise pas », préc., note 220, p. 49. Elle cite à l'appui de son analyse deux décisions : *Perron c. Boivin*, (1932) 38 R. de J. 293 et *Marquis c. Ville de Varennes*, (1995) R.D.I. 275 (C.Q.) Nous pensons que le droit étant la relation entre le sujet et un objet, il ne peut être partagé; seule la chose, objet du droit peut l'être. Or cette chose sera partagée lors de l'opération du partage. Selon nous, l'indivision comporte deux types de droits : un droit sur l'objet indivis qui est exercé concurremment avec les autres indivisaires et un droit exclusif sur sa quote-part, objet incorporel. En ce sens, Marie DESCHAMPS, préc., note 219, p. 221 et 222. Voir aussi F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, préc., note 4, n° 357, p. 528.

223. Sylvio Normand précise que la quote-part est la « mesure des intérêts du copropriétaire dans le bien indivis », S. NORMAND, préc., note 18, p. 153. Lucie Laflamme pousse plus loin son analyse en affirmant que la quote-part est « issue du fractionnement des intérêts dans le titre de propriété et non pas de la division du droit ou de la division matérielle (physique) ou intellectuelle de l'objet. Lorsqu'un indivisaire agit pour sa part, il agit dans la mesure de ses intérêts dans la propriété du bien. Cette façon d'analyser et de qualifier la quote-part est celle qui évite le mieux les écarts et les contradictions sur le plan de la logique juridique », L. LAFLAMME, préc., note 222, n° 64-65, p. 17 (nos italiques).

Pour d'autres, elle est un droit patrimonial, une créance, objet d'un droit de propriété autonome²²⁴. La valeur économique indéniable de la quote-part a incité le législateur à reconnaître qu'elle était l'objet autonome d'un droit de propriété exclusif de l'indivisaire²²⁵. Ainsi, d'un droit à disposer pour sa part, nous sommes passés à un droit à disposer de sa part. La quote-part est devenue un bien incorporel²²⁶, autonome du droit de propriété que chaque indivisaire exerce sur le bien indivis. En effet, la quote-part ne peut être assimilée au bien commun sur lequel s'exerce le droit indivis, 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. Or, les biens étant corporels ou incorporels (art. 899 C.c.Q.), la quote-part, qui n'est pas un bien corporel, appartient nécessairement à la catégorie résiduelle des biens incorporels. Nous adhérons à cette idée que la quote-part indivise est un bien distinct de la chose corporelle (bien indivis) sur laquelle s'exercent les droits de propriété concurrents

224. La quote-part de l'indivision et la fraction de la copropriété divise sont présentées par une partie de la doctrine québécoise comme une créance, bien meuble incorporel. En ce sens, Yaël Emerich explique que « [l]a notion de copropriété [...] n'est plus exclusivement matérielle ». Et elle affirme, concernant plus particulièrement l'indivision qu'« il n'est pas contesté que le bien objet de l'indivision puisse être incorporel et consister notamment en une créance », Y. EMERICH, préc. note 7, n° 179, p. 103 et 104. S. Binette, *De la propriété indivise et divise suivant le nouveau Code civil du Québec, dans La Réforme du Code civil*, vol. 1, Québec, Les presses de l'Université Laval, 1993, p. 593; D.-C. LAMONTAGNE, préc. note 18, n° 341, p. 201.

225. C.c.Q., art. 1015 al. 2: « 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 italiques). En ce sens, Marie Deschamps explique que la quote-part est un bien incorporel sur lequel un droit réel peut parfaitement s'exercer et conclut que le droit de l'indivisaire sur sa quote-part est un droit exclusif. M. DESCHAMPS, préc., note 219, p. 222 et 225.

226. En ce sens, Marie Deschamps explique qu'« [i]l faut [...] distinguer, au départ, les droits qu'un indivisaire peut revendiquer sur la chose, objet matériel, des droits qu'il possède sur sa quote-part, bien incorporel. », préc., note 219, p. 221 (nos italiques). Cf. *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, [1996] 1 RCS 900.

des indivisaires²²⁷, mais nous croyons également que la quote-part est un bien immatériel qui ne se résume pas uniquement à un droit patrimonial.

Cette analyse originale est issue notamment de l'observation du fonctionnement de l'indivision. L'organisation dans la durée des indivisions a renforcé la liaison complexe que la quote-part entretient avec sa représentation matérielle. Celle-ci n'est plus liée à la future opération du partage, mais au droit de jouissance exclusive des indivisaires sur leur logement. En effet, l'indivision est souvent utilisée à Montréal, en raison du moratoire empêchant la conversion des copropriétés indivises en copropriété divise, comme une technique juridique d'acquisition d'un logement d'habitation dans un ensemble immobilier comptant plusieurs appartements. L'indivisaire acquiert alors à la fois un droit indivis sur le bien commun et une quote-part exclusive. Afin de délimiter matériellement l'espace d'habitation qu'il occupera, le droit de propriété de l'indivisaire sur le bien commun est assorti d'un droit de jouissance exclusive délimité spatialement (art. 1017 C.c.Q.). La situation des indivisaires est donc éminemment complexe, le droit de propriété indivis sur le bien commun²²⁸ étant le plus souvent occulté par la mise en exergue du droit de propriété exclusif sur la quote-part, auquel est associé le droit de jouissance exclusive. Ainsi, la confusion du bien indivis et de la quote-part est amplifiée par une identification de la quote-part à l'assiette matérielle de l'appartement, délimitée, non plus par la projection de l'opération du partage, mais par le droit de jouissance exclusive²²⁹. Or, la jouissance exclusive, pas plus que

227. En ce sens M. DESCHAMPS, préc., note 219. *Contra* Pierre-Claude Lafond pour qui « [c]ette quote-part ne constitue pas un objet distinct du droit de propriété, mais une fraction du droit, P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 1231, p. 518.

228. P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 1262, p. 535.

229. Cette possibilité d'attribuer par convention des droits de jouissance exclusive *sur une partie du bien indivis* est prévue aux articles 1014 et 1017 C.c.Q. L'objet d'une jouissance exclusive doit être prévu dans la convention d'indivision des propriétaires-occupants. Pour une illustration, voir *Yarashefsky-Allice c. Müller-Potashner*, [1988] R.J.Q. 149 (C.S.), appel rejeté par *Yarashefsky-Allice c. Müller-Potashner*, [1991]

la quote-part, n'a pour effet d'accorder un quelconque droit de propriété exclusif sur une portion matérialisée du bien indivis avant le partage. La quote-part ne peut alors être confondue avec le support matériel projeté. Cet objet singulier, qui a une forte valeur économique, comprend plusieurs composantes : un droit de créance, un droit de jouissance exclusive et une projection intellectuelle d'un bien corporel. Sorte d'universalité de fait, la quote-part est un bien immatériel, dont le support, cristallisé par l'assiette matérialisée par le droit de jouissance exclusive, permettrait une représentation tangible. Nous pensons que 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 » (nos italiques). Bien qu'aucune définition n'en soit donnée²³⁰, 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 restreint²³¹. La fraction

n° AZ-50075059 (C.A.)). Il en va ainsi en raison de la nature même de l'indivision, laquelle est une propriété que des personnes ont ensemble et concurremment *sur un même bien* (C.c.Q., art. 1010). Or, « [l]es conventions relatives à l'usage et à la jouissance exclusive du bien n'affectent que l'exercice du droit et non pas le droit lui-même », Lucie LAFLAMME, préc., note 220, p. 146.

230. Christine Gagnon précise que « Le Code civil du Québec ne définit pas la fraction de copropriété, pas plus qu'il ne donne une énumération exhaustive des éléments qui la composent. C'est une notion importante qu'on retrouve dans de nombreuses dispositions. Il ressort toutefois de l'ensemble des dispositions du Code qu'elle est composée d'une partie privative, d'une quote-part afférente dans les parties communes et, à titre accessoire, de certains droits de jouissance exclusifs dans les parties communes à usage restreint le cas échéant ainsi que d'un droit conférant au copropriétaire le statut de membre du syndicat de copropriété. », Christine GAGNON, *La copropriété divise*, 3^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2015, n° 486, p 343.

231. La fraction est une « [e]ntité composée des droits, indissociables, reconnus à chaque copropriétaire dans sa partie privative et dans les parties communes d'un immeuble tenu en copropriété divise », Paul-André CRÉPEAU et al., préc., note 7, « fraction ». Également Serge Allard précise que : « C'est la fraction qui constitue l'entité juridique qui regroupe tous les éléments conférés à chaque propriétaire », Serge

constitue, selon nous, un bien immatériel²³², matérialisé par la délimitation spatiale de la partie privative et des parties communes. Ces biens immatériels, s'appuyant sur la projection d'une représentation matérielle, délimitée par l'assiette de l'exercice de leur droit, illustrent cette quête d'une matérialisation du bien incorporel.

Ainsi, si l'immatériel a ouvert largement ses portes au droit des biens, tout se déroule un peu comme si, par-delà leur immatérialité, ces biens devaient laisser une trace de leur matérialité grâce à un support matériel ou un artefact. Cette réminiscence d'une matérialité perdue ou projetée permettrait de mieux appréhender l'exercice du droit de propriété sur ces entités abstraites.

III. La malléabilité du droit commun des biens en question

Le développement constant de ces nouveaux biens, comme leur hétérogénéité, rend complexe leur photographie exhaustive. Bien que des dispositions spécifiques existent, elles n'ont pas vocation à appréhender l'intégralité de ces nouveaux biens, en perpétuelle évolution et qui révèlent de multiples visages. Face à cette diversité de biens immatériels, le droit commun des biens²³³ devrait-il jouer un rôle de droit subsidiaire (A)? Mais alors, le régime juridique du droit commun des biens est-il suffisamment malléable pour s'adapter à ces entités abstraites? (B)

ALLARD, *La copropriété divise*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, n° 86, p. 17. Pour Pierre-Claude Lafond, « [l]a réunion de ces deux composantes [droit de propriété exclusif sur une partie déterminée d'un immeuble et droit de propriété collectif sur les parties communes] forme une entité distincte, appelée "fraction" », P.-C. LAFOND, préc., note 18, n° 1359.3, p. 585.

232. *Contra* Lucie Laflamme qui estime que : « La fraction ne représente pas, en soi, un objet de droit » mais elle précise : « même si le Code semble la considérer comme tel » : L. Laflamme, préc., note 222, n° 23, p. 7 (nos italiques).

233. L'article 1725 du *Code civil du Québec* utilise l'expression « droit commun des biens ».

A. La subsidiarité du droit commun des biens

Une mosaïque de règles. Malgré l'indéniable progression du champ de l'immatériel, et la reconnaissance de la catégorie des biens incorporels dans le Code civil, le législateur ne semble pas avoir consacré un régime unifié des biens incorporels. Disparate, la catégorie des biens immatériels dévoile un régime juridique éclaté, le législateur renvoyant certains de ces biens à des dispositions spéciales situées hors du *Code civil du Québec*. Ainsi, de nombreuses dispositions législatives, tant fédérales que provinciales, règlementent certains biens immatériels à forte valeur économique (valeurs mobilières, brevets, droit d'auteur). À titre d'exemple, nous avons pu relever ces différentes lois :

- Propriété intellectuelle (brevet, droit d'auteur)
 - *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4
 - *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42
 - *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ c. C-1.1
- Clientèle
 - *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34
- Nom/marque
 - *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13
- Information
 - *Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. 1985, c. O-5
 - *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 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*, L.C. 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*, RLRQ c. T-11.002

Un mélange hétéroclite de règles s'applique donc à ces nouveaux biens. L'adoption de législations spécifiques (propriétés intellectuelles et industrielles, droit d'auteur, valeurs mobilières) se mêle par ailleurs au droit des contrats, ce dernier visant parfois à tenir en échec le droit commun des biens qui pourrait se révéler inadapté aux spécificités de ces activités humaines et industrielles à forte valeur économique. Le rôle joué par le droit des contrats dans le contrôle de l'exploitation des utilités économiques de ces biens est extrêmement important²³⁴. Les cessions de clientèles professionnelles ou encore de savoir-faire sont, par exemple, souvent encadrées par des clauses de non-concurrence et par une obligation de loyauté.

Une catégorie résiduelle. Envisager l'encadrement de chaque type de biens immatériels par une législation idoine semble cependant autant illusoire qu'inefficace. Illusoire, car la sphère des biens immatériels se développe sans cesse. Inefficace, car la prévisibilité et la cohérence de l'ordre juridique seraient menacées par cette multiplication continue de dispositions spécifiques. Dès lors, peut-on s'appuyer sur la subsidiarité du droit civil afin, lorsque ni la législation spécifique ni le contrat ne réglementent le sort de ces biens, de s'en remettre aux règles du droit commun? Et surtout, est-il possible de proposer un régime juridique plus homogène des biens immatériels?

Alors que le *Code civil du Québec* reconnaît à son article 899 l'existence des biens incorporels, ses règles continuent à s'intéresser majoritairement aux biens corporels, principalement

234. Le rôle du droit des contrats sur les biens immatériels était l'objet du questionnaire sur l'immatériel et le contrat des journées internationales espagnoles 2014 de l'Association Henri CAPITANT, « L'immatériel » dans *Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées espagnoles de Barcelone et Madrid*, t. LXIV, Paris, Éditions LB2V et Bruylant, 2015.

immobiliers. En effet, seuls douze articles de ce dernier concernent spécifiquement les biens incorporels²³⁵. Pourtant, malgré le peu de références directes aux biens incorporels, la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* semble être une invitation à reconnaître le rôle subsidiaire du droit commun²³⁶ :

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 italiques)

Ainsi, la vocation de *jus commune*²³⁷ et de droit résiduel du Code civil²³⁸ devrait permettre de dépasser l'hétérogénéité apparente de ces biens immatériels, qui revêtent des particularités communes, telles l'absence de *corpus* physique ou leur

-
235. Seuls les articles 733, 899, 1779 à 1784, 2482, 2666, 2684 et 3105 C.c.Q. font explicitement référence aux biens incorporels.
236. H. Patrick Glenn explique que « [p]arler des principes généraux, c'est donc parler d'un droit commun supplétif [...] » : H. Patrick GLENN, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339.
237. La version anglaise de la disposition préliminaire du Code civil du Québec utilise l'expression « *jus commune* » : « The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provision, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. » (nos italiques). John Brierley confirmait ce lien entre *jus commune* et droit commun en recourant à l'expression « *common law* » (dans le sens du droit commun et non du droit de la Common Law) : « *The Code constitutes [...] the common law (droit commun, jus commune) in Quebec* » : J. BRIERLEY, « The renewal of Quebec's distinct legal culture », (1992) 42 *V.T.L.J.* 484, 490.
238. Le Code civil du Québec peut être « envisagé comme un système complet se suffisant à lui-même, [et] constitue le droit commun (jus commune) qui a vocation à s'appliquer de manière subsidiaire en l'absence de lois spéciales et fait office de grammaire commune. » [nos parenthèses] : Anne SARIS et Gaële GIDROL-MISTRAL, « Avers et revers de l'embryon congelé ou la connaissance du phénomène juridique de l'embryon congelé à l'aune des théories civilistes et féministes », dans COLLECTIF, *2ème Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 157, à la page 188.

temporalité. Rien pourtant dans le Code civil ne semble justifier l'exclusion de ces biens incorporels du régime de droit commun des biens. En effet, l'article 947 du *Code civil du Québec* définit le droit de propriété comme un droit s'exerçant sur *un bien*. La propriété porte désormais sur un bien (notion juridique) et non plus sur une chose (notion matérielle). L'article 899 C.c.Q. précise que tous les biens sont corporels ou incorporels et que le régime applicable aux biens ne distingue pas, sauf exception, le sort des biens corporels de ceux des biens incorporels; il semble permis de déduire que, à défaut de dispositions spécifiques, les règles du droit des biens s'appliquent aux biens incorporels puisque ces biens sont soumis au droit de propriété²³⁹. Ainsi les droits patrimoniaux, qu'ils soient de nature réelle ou personnelle, comme les biens immatériels, en tant que biens incorporels, objet d'un droit de propriété, seraient soumis *de facto* au régime juridique du droit commun des biens.

Un droit commun des biens. Cette analyse a déjà été soutenue à propos de la propriété du bien-créance²⁴⁰. En effet, « le régime de la propriété traditionnellement corporelle peut aisément s'adapter à la présence de nouveaux biens incorporels et spécifiquement aux créances. Les créances s'acquièrent et sont protégées dans des conditions largement similaires à celles des biens matériels »²⁴¹. De la même manière 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 doit épouser les particularités de cet objet immatériel que sont les « biens-droits »²⁴². Aujourd'hui, une majorité de la doctrine québécoise

239. Y. EMERICH, préc., note 7, p. 52, n°84. « L'existence de la propriété des créances mérite d'être reconnue. Non seulement les textes ne sont pas réfractaires à ce type de propriété, mais le droit français et le droit québécois l'admettent d'une façon de plus en plus nette au rang des objets possibles de la propriété. », *Ibid.*, p. 236, n°420.

240. *Id.*, spécialement Partie 2, Le régime juridique de la propriété des créances, p. 237 et suiv.

241. *Id.*, n° 872, p. 455.

242. *Id.*

reconnait la propriété des « biens-droits »²⁴³. Pour autant, la reconnaissance doctrinale de la propriété des créances reste assez peu utilisée en pratique, le modèle du droit de créance (droit personnel soumis au régime du droit des obligations) continuant à primer. Par exemple, la reconnaissance des valeurs mobilières et instruments ou actifs financiers en tant que bien incorporel est toujours délicate²⁴⁴. Alors même qu'il est admis que les valeurs mobilières ne sont pas uniquement caractérisées par le droit personnel (droit de créance qui permet d'agir contre le débiteur), mais aussi par le bien-créance²⁴⁵ (qui permet de réaliser un profit²⁴⁶ ou d'exercer un pouvoir sur la chose), le législateur reste frileux à recourir à la notion de bien incorporel pour les qualifier. Plus encore, en aucun temps, la loi ne qualifie le titulaire ou l'acquéreur de titres ou de valeurs mobilières de propriétaire, la question juridique de la propriété des valeurs étant volontairement occultée, voire écartée, par le législateur²⁴⁷.

Ce sillon a pourtant été poursuivi, notamment à travers la reconnaissance de l'existence de sûretés portant sur des biens incorporels issus des richesses de l'entreprise²⁴⁸, mais aussi de la présentation de l'hypothèque mobilière comme un droit préférentiel sur la valeur économique d'un bien meuble²⁴⁹. Repoussant ainsi les limites de la reconnaissance des « biens-

243. A. BEN ADIBA, préc. note 21; Y. EMERICH, préc. note 7; P. C. LAFOND, préc., note 18, p.; D.C. LAMONTAGNE, préc., note 18, n°205, p. 135; S. NORMAND, préc., note 18, p. 96; M. TANCELIN, préc., note 125, p. 646 : L'auteur précise que : « les obligations, bien incorporels, sont des droits patrimoniaux soumis à la propriété, tout comme les choses corporelles ».

244. A. BEN ADIBA, *La Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés ou les excès d'un régime d'exception en matière de sûretés mobilières*, (2012) 53 *C. de D.*, 303, n°2. L'auteure qui relève que cette Loi a créé un régime dérogatoire au droit commun en prévoyant un gage par maîtrise, pose un regard critique sur l'ensemble de ces nouvelles dispositions puisque les règles traditionnelles de constitution et d'opposabilité du gage sont remises en cause.

245. Y. EMERICH, préc. note 7 et A. BEN ADIBA, préc., note 21.

246. V. MERCIER, préc., note 111, n° 276.

247. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

248. *Id.*, p. 279 et suiv.

249. *Id.*, p. 188 et suiv.

droits », certains biens immatériels, issus de l'activité intellectuelle, tels la clientèle ou le savoir-faire, ont été soumis aux règles d'acquisition de la propriété²⁵⁰ comme à celles des sûretés²⁵¹. Là encore, la pratique est réticente à cette reconnaissance. Le cas de la clientèle, qui a fait l'objet de plusieurs développements doctrinaux²⁵², est intéressant. Alors que le droit québécois semble admettre que la clientèle puisse être considérée comme un bien incorporel susceptible d'appropriation et de garanties hypothécaires, cette reconnaissance ne se fait pas sans quelques réserves. Si la clientèle professionnelle est considérée comme 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 québécois²⁵³, la clientèle commerciale (ou achalandage) est plutôt envisagée en tant que cession des informations confidentielles contenues dans le dossier client plus que comme une cession de clientèle²⁵⁴. Cependant, les deux types de clientèles représentant une valeur économique importante, elles peuvent être envisagées comme des biens incorporels faisant partie du patrimoine de leur propriétaire, qui, à ce titre, peut les céder ou les mettre en gage²⁵⁵. Pourtant, les tribunaux ne se prononcent que rarement sur la propriété de la clientèle commerciale ou professionnelle et recourent plus facilement au droit des obligations en référant aux notions de concurrence

250. Notons, à titre d'exemple, l'article 733 C.c.Q. qui dispose que les legs peuvent concerner la propriété de biens incorporels. Selon cet article, un legs de « bien-clientèle » pourrait se concevoir.

251. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

252. *Id.*, p. 255 et suiv.; A. BEN ADIBA, préc., note 60, p. 379.

253. *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 192; *Jeanty c. Labreque* [1978] C.S., 463; *Lévesque c. Théberge*, J.E. 2005-1663 (C.S.), appel rejeté (2007 QCCA 898); *Valiquette c. Valiquette*, [2003] R.R.A. 961 (C.S.).

254. *Kisber & Co c. Ray Kisber & Associates Inc.*, [1998] R.J.Q. 1342 (C.A.); *P. Brunet Assurance Inc. c. Lamanque*, J.E. 93-1655 (C.S.); *Contra* : *Vadeboncoeur c. 2851 – 2259 Québec Inc.*, J.E. 98-139 (C.S.), para. 45 : « Le droit civil ne considère pas l'achalandage comme un bien en soi, même si d'un point de vue comptable on peut lui attribuer une valeur. ».

255. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

déloyale ou encore de non-respect de l'obligation de loyauté pour régler les litiges.

Le malaise des tribunaux pour appréhender ces biens immatériels sous l'angle du droit de la propriété ne doit pourtant pas occulter la force attractive de la dématérialisation croissante de ces biens marchands à forte valeur économique et la pertinence de soulever la question de leur assimilation aux biens incorporels et de leur soumission au régime du droit des biens. Nous pouvons admettre *a minima* que « la propriété des choses incorporelles n'est [...] pas une propriété affaiblie mais une propriété réduite à ce qui est considéré comme l'essentiel : la disposition d'une valeur »²⁵⁶. Une lecture combinée des articles 899 et 947 du *Code civil du Québec* soulève nécessairement la question du régime juridique applicable à ces objets singuliers sous l'angle du droit de propriété. Or, si le droit de propriété a vocation à prendre sous sa coupe tant les biens corporels qu'incorporels, les règles du droit des biens portant sur l'acquisition de la propriété, ses modalités et ses démembrements ou encore son extinction devraient s'appliquer aux biens incorporels, droits comme biens immatériels, à défaut de dispositions spéciales²⁵⁷. Cependant, le droit commun des biens possède-t-il la souplesse nécessaire pour s'adapter aux particularités de ces biens sans corps?

256. P. BERLIOZ, préc. note 32, n° 619, p. 201.

257. *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.) ».

B. L'élasticité du droit des biens

Le régime du droit commun des biens, *a priori* pensé pour les choses corporelles, recèlerait le potentiel pour s'adapter à la spécificité des biens incorporels²⁵⁸. Comment adapter les modes de raisonnement pour saisir les processus d'appropriation, de transmission, d'extinction de ces choses dénuées de *corpus* physique? Quelques exemples appliqués aux acquisitions dérivées (1), aux acquisitions originaires (2) ainsi qu'aux droits réels accessoires (3) permettront de montrer que, la nature particulière de ces biens, loin d'être obstacle à l'application du droit commun des biens, en dévoile sa richesse. Pour autant, ses illustrations ne visent ni à l'exhaustivité ni à la généralité.

1. L'acquisition dérivée

La délivrance de la chose. La délivrance est la mise à disposition du bien à l'acquéreur afin que ce dernier puisse en tirer tous les avantages d'un propriétaire²⁵⁹. L'article 1708 C.c.Q, selon lequel la vente est le transfert de la propriété d'un bien à une autre personne n'établit pas de distinction entre l'acquisition des biens corporels et incorporels. Le second alinéa de cet article précise par ailleurs que le transfert de propriété peut concerner un droit qu'il soit réel, personnel et même intellectuel. Nul doute à la lecture de cet article que l'acquisition dérivée des biens incorporels, biens droits comme biens immatériels, est régie par le *Code civil du Québec*²⁶⁰. Cependant, l'extériorisation du *corpus* du bien au moment de sa délivrance peut paraître problématique. L'exemple des valeurs mobilières dématérialisées non représentées par un certificat laisse entrevoir un certain embarras du législateur, qui a préféré maintenir une référence explicite au titre.

258. La malléabilité du droit des biens permet d'envisager le recours au droit commun mais celle-ci n'est pas infinie et l'on sent bien que certaines limites se profilent. La question nécessiterait une étude approfondie. Ce texte ne pourra en dresser qu'une brève esquisse.

259. Pierre-Gabriel JOBIN, avec la collaboration de Michelle CUMYN, préc. note 49, n° 94, p. 104.

260. En ce sens, Y. EMERICH, préc. note 7, n° 451, p. 257 et 258.

Ainsi, alors que la maîtrise (appelée livraison) se réalise par l'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 maintenu la délivrance par remise matérielle du titre comme mode de transfert des valeurs mobilières représentées par un titre²⁶¹. Cette assimilation des valeurs mobilières aux biens corporels par la remise du titre autorise une application rassurante du régime juridique de la délivrance du bien. Il se peut que la délivrance du bien cédé ne repose pas sur la remise d'un titre. Les modalités de la délivrance dépendent alors de la nature du bien vendu²⁶². L'usage du bien peut ainsi assurer les conditions d'extériorisation de sa délivrance. L'exemple du savoir-faire, illustré dans l'affaire *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.* soulève ce point délicat du *corpus* non représenté matériellement par un titre. 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 vendeur²⁶³. [...] 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 reçues²⁶⁴.

Ainsi, pour les biens incorporels, en l'absence de *corpus* matériel, c'est l'usage qui permettra d'extérioriser la délivrance du bien immatériel. Il est intéressant de relever que les juges reconnaissent par ailleurs le caractère particulier de cette transmission de savoir-faire, qui ne dessaisit pas pour autant l'ancien propriétaire du bien puisque la délivrance n'a pas pour effet de le priver de son savoir-faire. Dans ce cas, le droit des

261. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n°297-305, p. 242 et suiv.

262. Y. EMERICH, préc. note 7, n° 452, p. 258.

263. *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, préc., note 163, par. 44. En ce sens P.-G. JOBIN, préc., note 49, n° 96, p. 105.

264. *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, préc., note 163, par. 44 et 45 (nos italiques).

contrats et notamment l'application du principe général de bonne foi (art. 6, 7 et 1375 C.c.Q) permettront de résoudre d'éventuels conflits entre l'ancien et le nouveau propriétaire du savoir-faire :

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.²⁶⁵

Le droit de disposer, d'user et de jouir de la chose. La propriété d'un bien incorporel n'est pas une propriété amoindrie et son titulaire bénéficie de tous les attributs de la propriété, dont le droit de disposer de son bien. C'est ainsi que dans une affaire récente, *Anglo Pacific Group PLC c. Ernst & Young Inc.*, les juges de la Cour d'appel du Québec ont précisé que le propriétaire d'un bien incorporel bénéficiait de tous les pouvoirs d'un propriétaire :

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)²⁶⁶.

Cette position a également été défendue en ce qui concerne le « bien-créance »²⁶⁷ et l'auteure en question relève que les spécificités des biens-créances n'empêchent pas son propriétaire de jouir (*usus, fructus, abusus*) de la même manière que le propriétaire d'un bien corporel de son bien. Certes, la particularité de ce bien incorporel entraîne une confusion de l'*usus* (usage de la

265. *Id*, par. 48 (nos italiques).

266. *Anglo Pacific Group PLC c. Ernst & Young Inc.*, 2013 QCCA 1323, par. 53 (nos italiques).

267. Y. EMERICH, préc., note 7, n° 251-290, p. 147-167.

chose) et de l'*abusus* (disposition de la chose) puisque le paiement, qui éteint la créance, relève à la fois de l'*usus* et de l'*abusus*, la destruction juridique d'un bien, comme sa destruction physique, dépassant le simple usage de la chose. Cependant, cette confusion s'explique avant tout par la consomptibilité du bien et non par sa nature incorporelle. Ainsi, comme pour tout bien consomptible, celui qui en a l'usage ne peut en user sans le détruire. Cette confusion des pouvoirs n'est ainsi pas différente de celle qui existe pour les biens matériels consomptibles, telle la monnaie (si l'on met de côté que la monnaie est aujourd'hui scripturale donc dématérialisée). Le *fructus*, quant à lui, est constitué des intérêts que peut rapporter cette créance. Enfin, l'article 1687 C.c.Q. qui admet la remise unilatérale n'a rien de dérogoire 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*.

Concernant la clientèle (bien immatériel par opposition au bien-droit), l'affaire *Mirarchi c Lussier* est à ce titre 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* »²⁶⁸, celle-ci 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 »²⁶⁹. Ainsi, la nature particulière de ce bien limiterait les pouvoirs de disposition (*abusus*) du propriétaire. Pour autant, il n'y a rien de spécifique aux biens incorporels. La nature de certains biens corporels justifie également que des limites à leur libre disposition soient posées. Ces limitations, qui visent à encadrer l'exercice du droit de propriété, et non à l'anéantir, s'appliquent donc autant aux biens corporels qu'incorporels. Ainsi la clientèle 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 par le respect du principe de libre choix du

268. *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 192, par. 48 (nos italiques).

269. *Id.*, n° 54.

médecin et liberté des médecins de traiter leurs patients²⁷⁰. Quant à la prérogative de l'abandon, issue de l'*abusus*, qui constitue le pouvoir essentiel de tout propriétaire, elle ne soulève pas plus de difficulté. Le praticien peut parfaitement cesser son activité sans vendre sa clientèle. En abandonnant son droit de propriété sur le bien, par contrecoup, il détruit juridiquement son bien qui perd alors toute valeur économique. En effet, le caractère éminemment personnel de la clientèle a pour corolaire que l'abandon entraînera la destruction du bien lui-même. Cette remarque est généralisable à d'autres biens immatériels liés à l'activité créatrice, pour lesquels l'abandon du droit de propriété (destruction juridique) entraînera la destruction de l'objet même du droit de propriété.

2. L'acquisition originaire : occupation, accession, prescription acquisitive

L'occupation est le mode d'acquisition des biens sans maître ou abandonnés. Selon l'article 914 du *Code civil du Québec*, l'occupation nécessite l'appréhension d'une chose avec la volonté de se l'approprier. L'occupation semble donc limitée aux choses *stricto sensu*, c'est-à-dire aux choses, nécessairement corporelles ²⁷¹, qui seules pourraient être appréhendées. Cependant, la notion de bien incorporel n'est pas cantonnée aux seuls droits patrimoniaux (biens-droits) et englobe des choses sans corps (biens immatériels), tels la clientèle ou le savoir-faire. Cet argument textuel ne suffit donc pas à écarter les choses immatérielles du domaine de l'occupation ²⁷². L'occupation se manifeste par l'appréhension de la chose à titre de propriétaire. L'appréhension, qui peut se définir comme la saisie d'une chose

270. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

271. Cf. *supra* p. 2 et 3 et note 14.

272. Yaëll Emerich précise que, bien qu'il n'y ait pas d'application pratique de l'acquisition de la propriété des créances par voie d'occupation, la possibilité théorique d'une telle application peut être envisagée, Y. EMERICH, préc., note 7, n° 591-597, p. 528-530.

par l'intelligence²⁷³, ne se limite pas à la seule maîtrise physique exercée sur les choses²⁷⁴. La maîtrise juridique doit aussi permettre l'acquisition de choses immatérielles. D'ailleurs les créations intellectuelles, considérées comme des biens nouveaux²⁷⁵ dans le sens de *res nullius*²⁷⁶, constituent par excellence des choses immatérielles susceptibles d'être soumises à l'appropriation par occupation²⁷⁷. Cependant, la corrélation précédemment établie entre l'abandon du droit de propriété et la destruction du bien semble cantonner le rôle acquisitif de l'occupation aux seuls biens immatériels en création (*res nullius*) et y faire échec pour les *res derelictae*, ces choses abandonnées par leur maître.

La *prescription acquisitive (usucapion)* et la *possession* des biens immatériels ont suscité de vives interrogations sur l'existence d'un *corpus* juridique. La prescription acquisitive, mode d'acquisition par possession prolongée, repose donc sur le mécanisme de la possession. La possession est définie comme « un pouvoir de fait sur un bien »²⁷⁸. Elle repose sur la réunion de deux éléments, l'un matériel, l'autre intellectuel, repris par l'article 921 C.c.Q: le *corpus* et l'*animus*²⁷⁹. Le *corpus*, élément matériel de la

-
273. *Dictionnaire Larousse*, « Appréhension : action d'appréhender quelque chose, de le saisir par l'intelligence », <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/appr%C3%A9hension/4744> (consulté le 10 juin).
274. Y. EMERICH, préc., note 7, n° 595, p. 529 et n° 608 et suiv., p. 33 et suiv. En ce sens également, Raymond TORTAT, *L'occupation en droit civil français*, Université de Bordeaux, 1955. L'auteur mettant en avant une conception volontariste de l'occupation, y admet que le seul pouvoir abstrait sur la chose peut suffire.
275. Jean-Marc MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », dans Adrienne HONORAT et Pierre JULIEN (dir.), *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 283.
276. Anne PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2001, p. 231, n°435.
277. François TERRE et Philippe SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 308, n°314.
278. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note. 4, n° 441, p. 647.
279. Friedrich Karl VON SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, traduit de l'allemand par H. Staedtler, 7^e édition, Bruxelles, Bruylant, 1866.

possession, sert à extérioriser la possession. Cette conception matérialiste de la possession semble réserver *de facto* aux seuls biens corporels la possession et la prescription acquisitive²⁸⁰. « La théorie de l'incorporation l'a confortée, en ce sens qu'elle a permis de croire que la propriété pouvait s'étendre du droit au support matériel qui l'incorpore »²⁸¹. C'est pourquoi l'idée de détacher le *corpus* de la notion de contrôle matériel exercé sur le bien pour l'étendre aux biens incorporels n'est pas encore unanimement admise. Ainsi, la possibilité d'admettre une conception intellectuelle de la possession ²⁸² s'accompagne d'une reconnaissance encore timide de l'existence d'un *corpus* juridique²⁸³. Pourtant, suivant la doctrine du « bien-droit », si ce qui est possédé n'est pas la chose, mais le droit, toute possession repose nécessairement sur un *corpus* juridique qui doit s'extérioriser. La possession d'un « bien-créance » a par ailleurs déjà été reconnue par la jurisprudence dans l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire Desjardins de St Théophile de Beauce*²⁸⁴. Certains auteurs reconnaissent aussi, à propos des inventions (envisagées comme bien immatériel), que si le dépôt d'une demande de brevet constitue l'acte matériel de la possession (*corpus* matériel), le fait de la garder secrète (*corpus* juridique) constitue également un acte possessoire²⁸⁵.

280. Par exemple P. BERLIOZ, préc., note 32, p. 64-65; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 18, n° 658, p. 426; P.-C. LAFOND, préc., note 18, p. 1065. L'auteur rejette l'idée de la prescription acquisitive des droits personnels (bien-créance); Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, n° 13-15, p. 9 et 10. Sylvio Normand constate que « [l]a doctrine se montre plutôt opposée à reconnaître que la possession puisse s'appliquer aux biens incorporels » : S. NORMAND, préc., note 2, p. 185.

281. A. BEN ADIBA, préc., note 21, n° 268, p. 218.

282. Y. EMERICH, préc., note 7, n° 624 et suiv., p. 342 et suiv.

283. A. BEN ADIBA, préc., note 21; Y. EMERICH, préc., note 7, n° 635, p. 348 D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 18; S. NORMAND, préc., note 18.

284. *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire Desjardins de St-Théophile de Beauce*, JE 98- 964 (CS).

285. A. PELISSIER, préc. note 276. L'auteure le qualifie de « pouvoir de fait ». Cependant, cette possession ne sera pas utile puisque le caractère public requis pour la prescription acquisitive fait ici défaut.

Deux exemples ²⁸⁶ illustrent la reconnaissance en droit québécois du *corpus* juridique. La possession *corpore alieno* (art. 921 C.c.Q.) qui permet au propriétaire de posséder le bien par le *corpus* d'autrui détache la possession du contrôle matériel sur le bien puisque le possesseur exerce son *corpus* par l'entremise d'un tiers, détenteur du bien. C'est donc à travers le *corpus* juridique que se manifeste le *corpus* du possesseur. Il semble intéressant de relever que cet article parle de « possession d'un bien » et non de « possession d'une chose », incluant donc la possession des biens incorporels (biens-droits comme biens immatériels). L'article 2919 C.c.Q., qui établit un délai de prescription acquisitive de trois ans pour les biens meubles, peut également être invoqué à l'appui de cet argument puisqu'il fait débiter le délai de la prescription à compter de la dépossession et non de la possession. Outre l'absence de distinction établie entre meubles corporels et incorporels, l'article rompt avec l'idée de la nécessité d'exercer une maîtrise physique ou matérielle sur le bien pour accomplir le délai utile à l'*usucapion*.

Cette reconnaissance du *corpus* juridique ne dispense pas, cependant, de s'assurer de l'extériorisation suffisante du *corpus*. Trois méthodes peuvent assurer cette extériorisation. L'accomplissement de certaines actions juridiques accomplies sur le bien constitue un premier indice de l'extériorisation du *corpus* juridique. Ces actes de jouissance peuvent en effet démontrer l'existence d'un certain degré de contrôle sur le bien (demande de paiement, actions en justice, exercice d'un droit)²⁸⁷. Cependant, la jurisprudence est réticente à admettre ce type de *corpus*, les actes juridiques pouvant être accomplis par une autre personne que le possesseur. La question de la maîtrise juridique du « bien-créance » a été largement discutée à l'occasion de la célèbre affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*. La Cour a reconnu que « la détention du titre tient lieu de détention de la

286. Yaëll Emerich explique que les articles 921 et 2919 al 1 C.c.Q. permettent de reconnaître, dans le droit québécois, l'existence d'un *corpus* juridique. Y. EMERICH, préc., note 7, p. 346-348.

287. Le fait d'exercer un droit sur un bien permettrait d'extérioriser le *corpus* : voir F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 4.

créance elle-même, car elle permet, à elle seule, au créancier hypothécaire d'en obtenir *la maîtrise effective* »²⁸⁸. Si le support du titre permet de respecter la conception étroite du *corpus* comme maîtrise matérielle du bien, objet de la possession, l'absence de support matériel qui incorpore la chose soulève une question essentielle : en l'absence de *corpus* matériel, la possession ne pourrait pas jouer son rôle de publicité en matière mobilière. Comment alors s'assurer que les tiers ont connaissance du *corpus* juridique qui s'exerce sur un bien immatériel? La deuxième option qui permettrait de pallier cette absence d'extériorisation de *corpus* physique est celle de l'inscription sur le registre des droits réels et personnels mobiliers: l'opposabilité du droit par sa publication (art. 2938 C.c.Q.) extériorise l'exercice d'un pouvoir juridique sur ce bien. Ce pouvoir, reconnu par la connaissance des tiers, pourrait alors remplir pleinement son rôle de *corpus* juridique, le mécanisme de la publicité des droits assurant l'extériorisation nécessaire à la fonction probatoire de la possession des biens immatériels²⁸⁹. Comme le relève Yaëll Emerich, ces particularités ne remettent pas en cause la propriété sur les biens incorporels puisqu'il s'agit seulement d'une adaptation des règles du droit de la propriété aux spécificités de cet objet, sur lequel s'exerce une possession juridique²⁹⁰. C'est alors la publicité qui remplacera la possession pour la preuve du titre de propriété de ces biens immatériels²⁹¹. La troisième avenue est celle de l'*animus*. Au contraire du *corpus*, l'*animus*, qui est l'élément intellectuel de la possession, cette volonté de se comporter comme le propriétaire du bien, s'adapte parfaitement à l'immatérialité des biens. L'*animus* ne dépend pas de la nature matérielle ou immatérielle du bien. Pourquoi alors ne pas envisager d'inverser la présomption

288. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, 2003 CSC 31, par 13 (nos italiques).

289. L'article 928 C.c.Q. pose une présomption de titularité des droits en faveur du possesseur.

290. Y. EMERICH, préc., note 7, n° 311, p. 178 L'auteure relève que « [...] - cela ne constitue guère plus qu'une adaptation similaire de la propriété à son objet incorporel. »

291. A. BEN ADIBA, préc., note 21, p. 447 et suiv.

mise en place pour les biens corporels à l'article 921 al. 2 C.c.Q.²⁹² et recourir à une présomption du *corpus* tirée de la preuve de l'*animus* pour les biens immatériels? La preuve d'un *animus domini* est un indice sérieux de l'existence d'un *corpus* juridique. Cette intellectualisation de la possession permettrait peut-être de rompre avec l'idée que la possession n'aurait vocation à s'appliquer qu'aux choses corporelles.

L'accession mobilière par production ou par incorporation (union, mélange ou spécification) semble aussi s'accommoder de l'immatérialité. En cas d'union ou de mélange, les biens immatériels réunis (deux professionnels unissent ou mélangent leurs clientèles par exemple) ne formeront qu'un seul nouveau bien. S'il est impossible de déterminer quel bien a contribué davantage à la création du 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 (art. 975 C.c.Q.). La spécification constitue quant à elle, comme nous l'avons déjà évoqué, un domaine privilégié de l'accession mobilière dans le domaine de l'acquisition des biens intellectuels ou industriels, la force de travail étant très souvent à l'origine de la création humaine et industrielle, à condition que l'on accepte de l'envisager comme un bien²⁹³.

3. Droits réels accessoires

La possibilité d'établir un droit réel accessoire sur un bien incorporel a fait l'objet d'une thèse récente²⁹⁴. Ces biens, représentant une forte valeur économique, il peut être intéressant pour leur propriétaire de pouvoir les grever d'une hypothèque. L'article 2666 du *Code civil du Québec*, qui précise que l'hypothèque mobilière peut grever un bien incorporel, semble ouvrir la voie à une telle avenue. L'article 2684 C.c.Q. donne une

292. Selon l'article 921 al 2 C.c.Q., la preuve du *corpus* matériel permet de présumer l'existence de l'*animus*.

293. *Supra*.

294. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

indication des biens incorporels auquel le législateur a pensé : créance, compte client, brevet et marque de commerce. Cette liste n'étant pas exhaustive, d'autres biens incorporels, autant biens droits que biens immatériels, pourraient également faire l'objet d'hypothèques mobilières²⁹⁵. La question soulevée est encore la même : comment concilier l'immatérialité de ces biens avec la nécessité d'une dépossession du bien imposée par certaines hypothèques? Bien que de nombreux auteurs considèrent que la dépossession est inadaptée à l'immatérialité des biens²⁹⁶, la Cour Suprême du Canada semble pourtant avoir consacré une hypothèque mobilière avec dépossession sur les valeurs mobilières représentées par un titre non négociable²⁹⁷. Le droit québécois a d'ailleurs expressément reconnu l'hypothèque avec dépossession pour les valeurs mobilières²⁹⁸. Dès lors, le droit québécois semble accepter l'idée d'une dépossession fictive dont la sécurité serait assurée par la publicité des droits²⁹⁹.

Ces quelques exemples ont permis de faire ressortir deux spécificités communes des biens incorporels. L'absence de *corpus* physique et de perpétuité. La première nécessite la reconnaissance d'un *corpus* juridique. Cette reconnaissance doit peut-être passer par une procédure d'extériorisation du *corpus* par le biais d'une inscription ou d'un enregistrement des titres sur un registre public, soit déjà existant (registre de droits réels et personnels), soit nouveau, dédié aux biens incorporels. La seconde n'est finalement pas l'apanage des seuls biens incorporels³⁰⁰ puisque

295. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

296. *Id.*, n° 110, p. 95.

297. 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 », A. BEN ADIBA, préc., note 21, p. 96, à la note 373.

298. Article 2714.7 du Code civil du Québec issu de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiaires*, RLRQ c. T-11.002.

299. A. BEN ADIBA, préc., note 21.

300. Catherine POURQUIER, *Propriété et perpétuité : Essai sur la durée du droit de propriété*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2000; Y. EMERICH, préc., note 7, n° 312-317, p. 178-181. L'auteure précise que la propriété

« [l]a durée de la propriété [peut] faire, comme ses utilités, l'objet de limitations »³⁰¹.

Conclusion

Malgré l'expansion du modèle économique libéral, qui enveloppe les richesses du voile de la propriété, la réflexion sur les biens immatériels en droit civil québécois est encore peu présente. Pour autant, la progression des biens immatériels bouscule la vision classique d'une propriété qui s'essouffle. Si le renouvellement de la définition du bien est en cours, tant à travers la reconnaissance du « bien-droit » que du paradigme de la valeur, les nouveaux rapports de l'individu au monde marchand, gouvernés par la valeur économique des choses (rareté et circulation) amèneront peut-être la propriété à changer de visage. Le modèle dogmatique dominant, qui repose d'une part sur la réservation perpétuelle des biens dans les mains d'un unique propriétaire concentrant toutes les utilités du bien, et d'autre part sur la prise en compte des richesses acquises par opposition aux richesses créées³⁰², ne semble plus répondre aux enjeux actuels. Les limites de l'exclusivité et de la perpétuité de la propriété individuelle sont bousculées par de nouveaux besoins, tels le libre accès ou la temporalité de certaines utilités.

Ainsi, ces nouveaux biens immatériels, qui sont aujourd'hui parmi les plus productifs³⁰³, suscitent des débats et des craintes. L'appréhension de ces nouvelles richesses par le droit des biens pourrait constituer un tremplin pour une réflexion critique, à la fois politique et sociale, de la conception de la propriété prenant

s'ajuste à son objet, le droit de propriété ne pouvant durer d'avantage que son objet. En ce sens également, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°233, p. 380 : « *Enfin, lorsque la chose disparaît le droit de propriété s'éteint faute d'objet. Tel est le cas en particulier de la propriété des droits incorporels, dont l'objet est nécessairement temporaire.* »

301. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 4, n°232, p. 380.

302. Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, coll. « Thémis Droit », Paris, PUF, 2011, p. 250.

303. Frédéric ZENATI, préc. note 1, p. 82.

en compte les mutations de la société. Car à la valeur économique des biens s'ajoutent des valeurs sociales (force de travail, intérêt collectif), culturelles (préservation des traditions, partage des connaissances) ou environnementales (eau, quotas) qui dépassent les réflexions sur l'immatériel. Il a déjà été proposé de placer hors de la sphère de l'appropriation, privative comme publique, certains biens essentiels aux besoins de l'individu³⁰⁴. Cependant, leur valeur économique les attire irrémédiablement dans la sphère du commerce juridique et de l'appropriation privative.

Dès lors, face à ces nouveaux enjeux (préservation des ressources, jouissance partagée, libre accès³⁰⁵), il devient urgent de repenser le modèle propriétaire au-delà du dogme de la propriété individuelle et exclusive et de découvrir d'autres modèles de gestion des biens matériels et immatériels. L'émergence d'un pluralisme propriétaire, marquant, selon certains, le tournant postmoderniste de la propriété³⁰⁶, est peut-être déjà à l'œuvre.

304. Marie-Alice CHARDEAUX, *Les choses communes*, Thèses, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2006.

305. Mélanie CLEMENT-FONTAINE, « Le renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », dans *Les modèles propriétaires au 21ème siècle, Actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 51 et suiv.; 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. Mélanie CLEMENT-FONTAINE, « La production de la diffusion ouverte des connaissances: stratégies, enjeux et mode(s) de fonctionnement », (2014), *LPA*, p. 38-40.

306. Frédéric ZENATI-CASTAING, « Le crépuscule de la propriété moderne, Essai de synthèse des modèles propriétaires », dans *Les modèles propriétaires au 21ème siècle, Actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 225 et suivantes.