

## Introduction

1. **Actualité du sujet.** « Propriété intellectuelle et droit de propriété » : un tel sujet risque de paraître « passablement académique<sup>1</sup> ». La question peut désormais paraître vaine et passée de mode. L'idée d'une « propriété intellectuelle », littéralement comparable à celle des biens matériels, aurait vécu ses heures de gloire depuis assez longtemps pour qu'on la relègue aux réserves des musées du droit. Est-il possible de traiter des rapports entre propriété intellectuelle et propriété sans qu'il en résulte une fastidieuse compilation d'opinions ?

La récurrence du mot « propriété » dans les débats parlementaires<sup>2</sup> interdit de douter de l'actualité du thème. L'invocation du droit de propriété alimente certains passages des plus solennels et certains échanges des plus animés<sup>3</sup> sur la défense du droit d'auteur. L'idée de propriété est invoquée pour souligner combien ces droits intellectuels, qui peuvent sembler de simples monopoles commerciaux, sont nécessaires à l'organisation sociale tout en découlant du droit naturel de chacun de jouir de son bien. Il s'agit de placer ces droits constamment chahutés sous la protection

---

1. MALAURIE P. et AYNÈS L., *Les biens*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2010, § 206.

2. Le projet d'accord commercial anti-contrefaçon (ACTA), négocié pendant plusieurs années dans la quiétude de la diplomatie des États, a provoqué, dès que la presse l'a versé dans le débat public, des réactions dont la violence a surpris les négociateurs eux-mêmes et les institutions chargées d'en débattre (par exemple : *Le Monde*, 7 juillet 2012 : « Le Parlement européen vote contre le traité anti-contrefaçon ACTA »). Au niveau national, voir les débats parlementaires sur la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, dite « Loi Hadopi I » : [<http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/internet.asp>]. Les mêmes thématiques furent agitées dans les débats sur la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, dite « Hadopi II ». De même, le *Digital Economy Act* anglais de 2010 fut, avec les lois liées à la sécurité et la lutte contre le terrorisme, l'un des actes les plus discutés du gouvernement travailliste anglais : FARRAND B., « The Digital Economy Act 2010: a cause for celebration or a cause for concern? », *EIPR*, 10/2010, p. 536-541.

3. « La propriété, y compris intellectuelle, je dirais même, surtout intellectuelle, est un droit fondamental, garanti par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789... » Député F. RIESTER, discussion en deuxième séance publique, le 11 mars 2009, de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, dite « Loi Hadopi » : [<http://www.assemblee-nationale.fr/13/cri/2008-2009/20090190.asp>]. La déclaration est ponctuée par les interjections de l'opposition : « N'est pas Jaurès qui veut ! » « La propriété, c'est le vol ! » « Ça, c'est Proudhon ! » Et les esprits les plus manichéens de renvoyer immédiatement au schéma d'une droite « fier[e] de défendre la propriété », y compris intellectuelle, et d'une gauche ayant « des difficultés sur le plan idéologique avec la propriété » (député F. LEFEBVRE, *ibid.*). Voir également LAPOUSTERLE J., *Influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2009.

de ce qui est considéré comme un pilier central du droit et même un droit de l'homme. Le créateur réclame la sécurité du propriétaire.

Ces discours étaient déjà tenus au XVIII<sup>e</sup> siècle et ont également trouvé un écho au XIX<sup>e</sup>. Ils retentissaient encore au XX<sup>e</sup> siècle. En ce début du troisième millénaire, la défense de la propriété intellectuelle suscite dans les parlements et dans l'opinion publique des débats aussi âpres que la légalisation de l'euthanasie ou les méthodes de lutte contre le terrorisme : la propriété intellectuelle est-elle réellement une propriété ?

Résistant à l'effet hypnotique du vacarme politique et médiatique<sup>4</sup>, on concentrera le débat sur sa substance juridique, en faisant une comparaison systématique de la propriété intellectuelle au droit de propriété en droits anglais, allemand et français.

2. **Plan de l'introduction.** Comparés à la propriété, les droits intellectuels sont récents. De prime abord, la comparaison semble donc inégale. Le droit de propriété s'annonce comme un repère ; il mérite donc une brève définition, afin de déterminer s'il pourra servir de point de référence à la comparaison. Ensuite, la comparaison pourra se dérouler : propriété intellectuelle et droit de propriété en droits allemand, anglais et français.

## **Le point de référence de la comparaison : le droit de propriété**

3. Une mise au point terminologique, tout d'abord, établira ce que l'on entend par « propriété » : sera-t-elle envisagée en tant que régime juridique ou en tant que concept général de droit ? Un aperçu de ses origines historiques anglaises, françaises et allemandes donnera des clefs pour comprendre ses différentes définitions actuelles.

### ***Droit, concept, idée***

4. **Terminologie.** Par commodité, le point de référence de la comparaison sera le plus souvent nommé « droit de propriété », sans autre précision. Parfois, cependant, on lira « propriété de droit commun » ou, pour désigner la branche du droit : « droit des biens ». Donner à ces désignations leur sens strict impliquerait que tout autre régime de propriété serait dérogatoire, ce que nous nous gardons bien d'affirmer avant toute démonstration. Le droit intellectuel ne leur sera mis en regard que pour pouvoir leur être comparé et non pas pour leur être opposé. Leur inconvenance semble pouvoir être surmontée si, par « droit commun » et « droit des biens », l'on se contente d'entendre le régime central de la propriété, sans en déduire d'inclusion ou d'exclusion de la propriété intellectuelle.

5. **Du droit au concept de propriété.** La propriété est, certes, un droit auquel correspond un régime, un ensemble de règles, mais c'est également un concept, un objet de la pensée juridique, dont tout n'est pas dit par le droit positif, et que contribuent à dessiner la doctrine et la philosophie juridique. Le concept de propriété

4. BÉNABOU V.-L., « Grand guignol », *PI*, n° 32, p. 212 et suiv.

est donc déjà plus insaisissable que le droit de propriété, mais il est encore une notion juridique opérationnelle. L'un et l'autre seront aussi déterminants dans la comparaison avec la propriété intellectuelle. Pour simplifier, l'on peut opposer une conception traditionnelle, matérialiste et absolutiste de la propriété, qui la considère comme le pilier central de l'organisation sociale, à une conception plus récente, immatérielle à l'occasion, relativiste et qui brandit à l'encontre de la propriété d'autres droits de l'homme, tels les droits au logement, au travail, à la santé, à l'information. Ces deux conceptions continuent de s'opposer en doctrine et en jurisprudence.

6. **Du concept à l'idée de propriété.** Plus vague que le *concept*, l'*idée* de propriété est la représentation qu'en donnent l'histoire et la culture sociales et juridiques. Elle a des sources plus larges et diverses que lui. N'ayant pas compétence pour la définir – à supposer qu'elle puisse l'être – l'on peut toutefois garder à l'esprit que l'*idée* de propriété constitue l'arrière-plan du *concept*. Or la propriété est, avec le mariage, l'une des institutions les plus anciennes de nos sociétés. Comme lui, elle est semi-privée, semi-publique : le mariage et la propriété sont des espaces de repli, mais aussi des interfaces par lesquelles l'individu s'expose. Lorsqu'on s'élève du niveau subjectif au niveau politique, on comprend combien le moindre changement de leur régime juridique aura d'influence sur les modes de vie individuels. La propriété privée absolue est une conquête révolutionnaire, elle est le doux oreiller sur lequel s'endort, en toute quiétude, le citoyen, elle est parfois l'objet d'une dévotion morale<sup>5</sup>. Elle est l'enjeu de combats d'avant-garde et d'expériences sociales ; elle est le point de départ de grandes révolutions. Le constat de son ancienneté invite à examiner ses origines historiques.

### ***Les origines historiques du droit de la propriété***

7. La définition de la propriété n'a pas été stabilisée par son existence multi-séculaire : au contraire, la variété de ses origines historiques<sup>6</sup> explique la variété de ses conceptions. Les deux principales sources d'inspiration de la propriété actuelle furent les coutumes germaniques et le droit romain.

8. **La propriété germanique.** Les coutumes germaniques<sup>7</sup> se sont propagées d'Est en Ouest, au rythme des migrations barbares, alimentant les droits coutumiers

5. « La remise en cause de la propriété intellectuelle – notamment par le téléchargement illégal – constitue une menace à l'encontre de grands principes de notre société : la protection, l'innovation, le droit de propriété ; et, au même titre que les biens matériels, les créations, les inventions issues de l'imagination humaine, ne sauraient être plagiées, pillées, piratées librement. Il en va de l'intérêt et du dynamisme économique de nos sociétés, mais aussi, au-delà, de leurs fondements moraux. » (Député P. GOSSELIN, discussion en deuxième séance publique, le 11 mars 2009, de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009, dite « Loi Hadopi ».)

6. HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit des biens*, Economica, Corpus Histoire du droit, 2008.

7. DUFOUR A., « Notion et division des choses en droit germanique », *Archives de philosophie du droit* (APD), tome 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 95-125.

locaux<sup>8</sup>. Au XI<sup>e</sup> siècle, elles ont traversé la Manche à bord des bateaux normands, supplantant les coutumes locales et créant à terme la *common law*.

Le système des coutumes germaniques était fondé sur la foi en l'origine divine des biens, selon laquelle la terre n'appartenait pas à l'individu, mais à une entité transcendante : Dieu, la communauté ou la famille. Son trait le plus marquant était sa vision fragmentée des immeubles, qui n'étaient pas tant des unités physiques que des ensembles d'utilités indépendantes les unes des autres et toutes attribuables à des personnes différentes. Le même immeuble pouvait supporter une pluralité de propriétés simultanées, portant chacune sur une utilité distincte du fonds. Plusieurs propriétaires solidaires pouvaient se côtoyer ; aucun n'était propriétaire de l'ensemble. L'immeuble lui-même n'était pas appropriable : seules l'étaient les différentes façons de l'exploiter. Des personnes différentes pouvaient être saisies chacune d'une utilité particulière du bien. Elles n'étaient pas en concurrence les unes avec les autres, puisque chacune avait un droit différent, et aucune ne pouvait évincer les autres du bien. L'objet de la propriété foncière immobilière était donc incorporel.

9. **L'influence féodale.** Quant la société se féodalisa<sup>9</sup>, à ces principes s'ajouta la hiérarchie des propriétaires, tenant chacun leur propriété, nommée « tenure », d'un homme plus haut placé. La qualité sociale de l'homme était lisible dans le niveau du droit qu'il tenait sur la terre. Celui qui les détenait tous virtuellement et avait le pouvoir de les répartir était le seigneur. De vassal en seigneur, tous les droits fonciers remontaient, en ligne sinueuse, jusqu'au sommet de la pyramide féodale : en principe, le Roi. Les meubles, eux, n'avaient pas de valeur pour la communauté, mais seulement pour l'individu ; ils étaient donc autorisés à suivre la personne, sans ingérence de la communauté et, parfois, jusque dans la mort : il arrivait que l'on enterre avec le défunt ses biens les plus personnels.

10. **La réception du droit romain sur le continent.** Cette belle unité d'inspiration fut rompue par la redécouverte, sur le continent, du droit romain. La réception de celui-ci, en France et en terres germaniques, à des époques différentes et de manières variées, a effacé une partie des coutumes et déformé ce qu'il en restait. Les juristes allemands et français se sont laissés séduire avec enthousiasme par ce droit issu d'une civilisation déchue, par sa systématique rationnelle, conceptuelle, égalitaire et structurée par catégories abstraites. Nombre de ses concepts ont été mal compris, si bien qu'il ne faut pas prendre pour véritablement romain ce droit qui, certes, en porte le nom, mais qui a été réinventé par les juristes médiévaux<sup>10</sup>.

11. **Le droit romain de l'appropriation.** Le droit romain des biens<sup>11</sup> transmis par les juristes médiévaux était fondé sur le parangon du *dominium* ou encore de

8. PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989, p. 83. C'est à partir du IX<sup>e</sup> siècle, et surtout entre les X<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles, que se construit le droit coutumier français, dans le « vide juridique quasi total » laissé par le recul du droit romain.

9. HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit des biens*, op. cit., p. 57 et suiv.

10. ZÉNATI E., *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon 3, 1981, p. 265 et suiv., p. 311 : « Ce que l'on a appelé la renaissance du droit romain en désignant le mouvement des glossateurs et des post-glossateurs a été en réalité une reconstruction du droit romain selon les réalités de l'époque. »

11. VIGNERON R., *Droit romain, vidéogrammes*, consultables à l'adresse : [http://local.droit.ulg.ac.be/sa/vinitor/]. Voir également PATAULT A.-M., *Introduction historique...*, op. cit., p. 83 et suiv.

la *proprietas*<sup>12</sup>, souveraineté de la personne sur un objet, tantôt une terre, tantôt un meuble, tantôt une personne, tantôt une chose juridique, un *jus*<sup>13</sup>. Ce n'était pas un droit, puisque l'idée de droit subjectif n'existait pas à Rome<sup>14</sup>. C'était plutôt une puissance ou encore « une maîtrise, c'est-à-dire une qualité de la personne, donc indissociable de celle-ci<sup>15</sup> », et souffrant déjà les limites imposées par l'utilité sociale<sup>16</sup>.

Cette absence de forme ne l'empêcha pas de fournir à la postérité le modèle de l'exclusivisme :

« Parce que la propriété, à Rome, absorbe la matière même des choses et se confond avec elle, dans tous ses prolongements et ses utilités, parce qu'elle ne supporte aucune propriété concurrente et parce qu'elle tend à exclure le corps social du rapport propriétaire exercé par l'homme sur ses biens, elle est l'expression même de l'exclusivisme, exclusion des autres<sup>17</sup>. »

**12. La rencontre du droit romain et du droit féodal.** Après la chute des empires romains d'Occident puis d'Orient, le droit romain fut supplanté par les coutumes germaniques qui viennent d'être évoquées. À Pise, en 1050, fut redécouvert le texte intégral du *Digeste* de Justinien, élément de ce que les juristes médiévaux nommeront plus tard le *corpus juris civilis*<sup>18</sup>. À l'université de Bologne, Irnerius en fit alors l'objet de ses études et la base de son enseignement, créant ainsi l'école des Glossateurs. Les Commentateurs puis les Humanistes leur succédèrent ; leurs exposés étaient moins analytiques, plus systématiques et adaptés à la vie sociale médiévale. L'étude du droit romain se répandit dans les universités européennes.

« Des générations de juristes, glossateurs des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles, post-glossateurs du XIV<sup>e</sup>, humanistes du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècles, vont s'attacher avec ferveur à l'œuvre impossible qui aboutira, après plusieurs siècles d'efforts intellectuels extraordinaires et de tortures infligées autant au droit romain qu'au droit coutumier, au droit des biens du Code civil<sup>19</sup>. »

- 
12. PATAULT A.-M., *ibid.*, p. 17 : « À Rome, *proprietas* et *dominium* (qui donnera domaine) sont synonymes dès l'époque classique. »
13. ZÉNATI F., *Essai sur la nature juridique de la propriété...*, *op. cit.*, p. 213 et suiv. Le droit subjectif n'était pas connu à Rome, le mot *jus* signifie donc ici *chose issue du droit objectif, création juridique*.
14. HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 32-33.
15. ZÉNATI F., *op. cit.*, p. 213. « Il faut donc admettre à Rome l'existence d'un vague rapport d'appropriation tenant lieu de propriété, ne pas se demander si la propriété romaine est assez technique à notre goût, mais l'admettre telle qu'elle était, c'est-à-dire [...] informe, sans contenu réglementaire précis. » (*Ibid.*, p. 160.)
16. HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 34.
17. PATAULT A.-M., *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 85. Voir également OLZEN D., « Die geschichtliche Entwicklung des Zivilrechtlichen Eigentumsbegriff », *JuS*, 1984, p. 328-335.
18. Le *corpus juris civilis*, ainsi baptisé à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, comprenait quatre éléments : le Code de Justinien, compilation des textes juridiques impériaux encore en vigueur ; le *Digeste* de Justinien, compilation des enseignements de quelques jurisconsultes sélectionnés, qui acquièrent force de loi par leur codification ; les *Institutes* de Justinien, manuel de droit rédigé par Tribonien pour remplacer celui de Gaius, devenu obsolète ; et les *novelles* de Justinien, réformes édictées après la promulgation du Code et du *Digeste* et qui y furent ajoutées par la suite.
19. PATAULT A.-M., *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 87.

13. **La propriété romaniste.** C'est à partir de ces gloses et commentaires que les juristes des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles construisirent la théorie romaniste de la propriété<sup>20</sup>, dite théorie « classique », idéal des codifications modernes et d'une partie de la doctrine en France et en Allemagne<sup>21</sup>. Les droits allemand et français en ont retenu une conception dite « absolutiste » de la propriété, toujours vive au XX<sup>e</sup>. Elle fait apparaître le droit de propriété comme une sphère de liberté absolue et discrétionnaire du propriétaire<sup>22</sup> et y associe souvent un principe de corporalité des biens<sup>23</sup>.

14. **Le déclin de la propriété romaniste?** Cette conception absolutiste a pourtant souffert des exigences sociales et économiques, des interférences des droits des tiers ou de la puissance publique. Une partie de la doctrine a regretté la décadence de la propriété, la trahison de l'héritage romain et de l'idéal révolutionnaire par l'évolution juridique du XX<sup>e</sup> siècle<sup>24</sup>. En Allemagne, la fin du droit absolu de propriété aurait même été entamée par le droit constitutionnel : alors que le BGB de 1900 définissait encore la propriété comme le droit de « disposer de la chose à volonté »<sup>25</sup>, la loi fondamentale de 1949 posait le principe de la contrainte sociale (*Sozialbindung*) en déclarant que « propriété oblige<sup>26</sup> ».

On peut donc se demander si le dogme de la propriété absolue et discrétionnaire demeure un modèle doctrinal fiable :

20. *Ibid.*, p. 142 : « On constate ainsi vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle un double basculement progressif de notre droit des biens : basculement juridique de la notion de propriétés simultanées à celle de propriété exclusive ; basculement philosophique du droit objectif de l'appropriation des choses vers la propriété droit subjectif et naturel de l'homme. » L'auteur parle, pour le XIX<sup>e</sup> siècle, de « triomphe de l'exclusivisme » (p. 216).

21. HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit des biens*, op. cit., p. 214 et suiv.

22. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome X : *Traité de la distinction des biens ; De la propriété ; De l'usage et de l'habitation*, Hachette, 3<sup>e</sup> éd., 1866, p. 446 : « C'est ainsi Dieu lui-même, qui a institué le droit de propriété, celui de tous les droits qui se révèle le plus vivement par le seul instinct de la conscience, celui de tous, dont l'assentiment universel et le libre respect des peuples proclament, avec le plus d'énergie, l'inviolabilité indépendamment des lois positives. » On lit plus loin que « l'appropriation exclusive est effectivement le seul moyen pour l'homme de jouir des biens de la terre et de remplir ici-bas la destinée à laquelle il a été appelé par la Providence » (p. 451). WEISSER-LOKMAN E., « *Privileg oder Recht? "Geistiges Eigentum" bei Hegel* », in EIMER T. R., RÖTTGERS K. et VÖLZMANN-STICKELBROCK B., *Die Debatte um geistiges Eigentum*, Transcript-Verlag, 2010, not. p. 14.

23. FUCHS E., *Das Wesen der Dinglichkeit, Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Heymann, 1889 : « Le projet [de BGB] a adopté le point de vue romain, en posant, en tête de son droit des biens, que les biens, au sens de la loi, sont exclusivement des objets corporels. »

24. CARBONNIER J., *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001, p. 352 : « Un mot un peu vague résumerait assez unanimement le sens de la comparaison : *décadence*. » WEBER W., « *Das Eigentum und seine Garantie in der Krise* », *Festschrift für Karl Michaelis*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1972, p. 316-336, p. 316 : « Il est indiscutable que, de nos jours, la propriété et sa protection constitutionnelle connaissent une crise, due aux « nécessités de la société industrielle de masse » imposant des « limites sociales » [« *Sozialbindungen* »] à la propriété ; la plupart des citoyens dépendent d'un emploi, de l'aide publique et des services de l'aide sociale plus que de la propriété. » HEROLD H., « *Das absolute Eigentum und sein Zerfall* », in GUTZWILLER M., *Schweizerische Beiträge zum Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, 1958, p. 19-37 : « Nous voudrions montrer comment propriété et liberté vont main dans la main pour un long chemin, naissent et meurent ensemble, s'épanouissent et rétrécissent ensemble » ; « le Romain était bien plus libre dans son droit de disposer que l'Européen d'aujourd'hui ». OLZEN D., « *Die geschichtliche Entwicklung...* », op. cit., p. 328-335 : la question s'est posée de savoir si « le § 903 BGB correspond encore à la réalité, ou si la propriété aujourd'hui se caractérise plus par ses limitations que par ses pouvoirs de maîtrise et de disposition ».

25. Voir *infra*, § 20.

26. « *Eigentum verpflichtet* ». Voir *infra*, § 22.

« La doctrine ne refait-elle pas au vingtième siècle le gigantesque et impossible travail des Glossateurs et de leurs successeurs, s'efforçant obstinément d'expliquer les propriétés simultanées [encore vivaces] par référence au "paradis perdu de la propriété romaine"<sup>27</sup> ? »

Il faut reconnaître que, depuis ses origines romanistes, la propriété a connu bien des péripéties. Des esprits plus optimistes s'émerveilleront de sa « résilience<sup>28</sup> » plutôt qu'ils ne pleureront son déclin.

15. **Le droit anglais savant.** Le droit romain n'a traversé la Manche que très affaibli. Il n'y séduisit que les universitaires et ne pénétra le droit des praticiens qu'exceptionnellement et avec une force amoindrie. Il était enseigné dans les universités, c'était un droit érudit, un droit historique, un exercice conceptuel en totale inadéquation avec le droit vivant. N'ayant pas cherché à l'adapter à une société à laquelle il était étranger, l'Angleterre est peut-être paradoxalement restée plus proche du droit romain originel<sup>29</sup>. Au XIII<sup>e</sup> siècle, Bracton<sup>30</sup> tenta une analyse systématique du droit anglo-normand, dont la structure était inspirée des *Institutes* de Justinien, mais dont la substance était anglo-normande<sup>31</sup>. Très peu de cette introduction a pris racine, hormis la distinction des choses corporelles et des choses incorporelles. Après Bracton, le droit anglais s'est développé indépendamment du droit romain.

16. **Le droit anglais vivant.** Alors qu'en France et en Allemagne, petit à petit et jusqu'aux codifications, le droit vivant s'est inspiré du droit romain, l'Angleterre demeura attachée aux catégories héritées de son histoire féodale et nulle Révolution, nulle codification ne vint y mettre fin. Le droit féodal y est demeuré la plus forte source d'inspiration du droit positif, caractérisé par un mépris plus marqué pour les meubles qu'en droit romain et par la vision de la terre comme un ensemble d'éléments incorporels : les droits fonciers. Le droit anglais est donc entré dans le XX<sup>e</sup> siècle avec un langage technique construit en Français, largement indépendant du droit romain, mais ce langage était jusque-là resté pratique : dans les facultés, c'était le droit romain qui était enseigné<sup>32</sup>.

« Le droit actuel des immeubles est l'aboutissement d'une évolution continue depuis le Moyen Âge. Ce passé lointain, qui peut paraître révolu aux juristes français, ne l'est pas en Angleterre où aucune révolution n'a provoqué de rupture<sup>33</sup>... »

En 1765-1769, par exemple, alors qu'en France et en Allemagne, le romanisme était en plein essor et que se profilaient à quelques décades les codes qui allaient le mettre en œuvre, Blackstone, écrivant ses *Commentaries on the laws of England*, citait les grands coutumiers français et se référait régulièrement aux « Normands<sup>34</sup> ».

27. PATAULT A.-M., *Introduction historique...*, op. cit., p. 273.

28. MOCCA L., « Réflexions sur l'idée de propriété », *RIDC*, 1/2011, p. 7-37, spéc. p. 36.

29. ZÉNATI F., *Essai sur la nature juridique...*, op. cit., p. 311 et suiv.

30. Henry de Bracton, 1210-1268, juge et auteur du *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*.

31. NICHOLAS B., « Le langage des biens dans la common law », *Archives de philosophie du droit*, tome 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 55-65.

32. *Ibid.*

33. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE M.-F., *Le droit anglais des biens*, LGDJ, 2004, § 183.

34. BLACKSTONE W., *Commentaries on the law of England*, 1765-69, 15<sup>e</sup> éd., 1809, rééd. Abingdon, 1982, livre 2 (« *The right of things* », 1766), chapitre 24 (« *Of things personal* »), notamment p. 385 et suiv.

## Les définitions actuelles du droit de propriété

17. La réception du droit romain a donc lancé les droits allemand et anglais sur la voie romaniste, tandis que le droit anglais restait fidèle à l'héritage féodal. Quel effet cette divergence eut-elle sur la définition actuelle du droit de propriété ?

18. **L'unicité du droit français.** En droit français, l'article 544 du Code civil dispose que :

« La propriété est le droit de jouir des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements. »

Cet article ne contient que peu d'indications précises sur le contenu et la nature du droit de propriété : la « jouissance » demeure indéfinie et « la manière la plus absolue » est entendue comme la plus complète et comme celle qui s'impose à l'univers entier. La suite impose tout de même des limites : le respect des lois et des règlements qui introduisent, dans le ressort du pouvoir pourtant dit *absolu* du propriétaire, les intérêts des tiers, de la communauté et de l'État. Son origine romaniste se manifeste dans son effet d'attribution totale à une personne, sans considération des qualités particulières du bien, ainsi que dans l'unicité du concept de propriété, qui refuse de se scinder en prérogatives concrètes.

19. **Le droit constitutionnel français.** Le droit de propriété est protégé par le droit constitutionnel. Il apparaît dès la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 :

Article 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. »

Article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

Le Conseil constitutionnel, s'appuyant sur cette déclaration et sur l'attachement que lui a témoigné le peuple français par les référendums de 1946 et 1958<sup>35</sup>, rappela en 1982 « le caractère fondamental du droit de propriété, dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression<sup>36</sup> ».

20. **Droit allemand : le BGB.** La définition du droit de propriété allemand diffère entre le droit civil et le droit constitutionnel. C'est le § 903 du Code civil allemand (le BGB<sup>37</sup>) qui, très similaire à l'article 544 du Code civil français, pose les fondements civils. On y retrouve une définition extensible, puis les restrictions imposées par la loi, à laquelle le Code allemand ajoute les droits des tiers :

35. Référendums des 5 mai et 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, par lesquels fut rejeté un projet de constitution précédé d'une nouvelle déclaration des droits, différant de celle de 1789, et approuvant un autre projet intégrant la déclaration de 1789 au bloc de constitutionnalité.

36. Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation, considérant 16.

37. Une traduction anglaise du BGB est consultable sur le site du ministère allemand de la Justice, « *Gesetze und Verordnungen* » (lois et ordonnances) : [[http://bundesrecht.juris.de/englisch\\_bgb/index.html](http://bundesrecht.juris.de/englisch_bgb/index.html)].



« Prérogatives du propriétaire : Le propriétaire d'une chose peut, pourvu qu'il n'enfreigne ni la loi, ni les droits des tiers, en disposer à son gré et exclure autrui de toute interférence ».

De cette petite différence, on ne peut certes pas déduire que le droit français soit insensible au sort des tiers, mais plutôt que le sens de ces définitions ne réside pas tant dans leur contenu que dans leur équilibre. Elles n'aspirent à énumérer ni les prérogatives conférées par la propriété, ni les limites qui lui sont imposées de l'extérieur et se contentent de mettre en balance le droit indéfini du propriétaire avec les concessions ponctuelles qu'il doit faire à son environnement législatif et social. Il faut par ailleurs remarquer que le droit de propriété du BGB (le *Sachenrecht*) ne concerne que les choses corporelles qui, seules, sont des biens (*Sachen*).

21. **Les *Herrschaftsrechte*.** Ce matérialiste *Sachenrecht* n'est pas la seule forme de droit direct et absolu sur une chose en droit allemand. À un degré supérieur de la dogmatique privatiste se présente le concept de « maîtrise souveraine » (*die Herrschaft*). Droit subjectif<sup>38</sup> au même titre que les prérogatives familiales ou les créances<sup>39</sup>, il désigne la faculté de disposer directement et exclusivement d'un objet de droit<sup>40</sup>. S'appliquant notamment au pouvoir politique de l'État sur son territoire et à la suzeraineté du seigneur sur sa terre, il lie le droit sur les choses avec le pouvoir sur les hommes, et rappelle ainsi son origine féodale. Il se caractérise par la seule exclusion des tiers, inutiles, voire nuisibles, à sa réalisation. On y compte les droits de la personnalité, les droits réels et la propriété (*dingliche Rechte*), ainsi que les droits intellectuels (*Immaterialgüterrechte*). La maîtrise souveraine est le genre et le droit de propriété, ainsi que les droits intellectuels, en sont des espèces<sup>41</sup>.

22. **Le droit constitutionnel allemand.** En droit constitutionnel allemand, la propriété est plus largement entendue qu'en droit civil. Sa protection est posée par la loi fondamentale<sup>42</sup> (*Grundgesetz*) en son article 14 :

« Propriété, héritage, expropriation : 1- La propriété et l'héritage sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont déterminés par la loi. 2- Propriété oblige. Son usage doit aussi servir le bien de la communauté. 3- L'expropriation n'est permise qu'en vue du bien commun. Elle ne peut procéder que d'une loi, ou en raison d'une loi, qui fixe la nature et la mesure de l'indemnisation. L'indemnisation est fixée en considération du juste équilibre entre les intérêts de la communauté et du particulier

38. LARENZ K. et WOLF M., *Allgemeiner Teil des BGB*, C. H. Beck, 9<sup>e</sup> éd., 2004, p. 239-240. Le droit subjectif allemand peut être ainsi défini : « Un pouvoir juridique [*Rechtsmacht*] accordé par l'ordre juridique pour la mise en œuvre autonome de l'intérêt protégé par le droit considéré. »

39. Ou encore des *Gestaltungsrechte* (que l'on pourrait traduire en français par les *droits de faire tel acte juridique*) et des *Ansprüche* (droit d'agir en justice pour la mise en œuvre d'un droit) ; ces droits d'action sont considérés en droit allemand comme une entité juridique accessoire au droit principal (LARENZ K. et WOLF M., *ibid.*, p. 249 et suiv.).

40. DEUTSCH E., « Das Eigentum als absolutes Recht und als Schutzgegenstand der Haftung », *Monatschrift für deutsches Recht*, 1988, cahier 6, p. 441 : « Techniquement, l'expression "souveraineté" [*"Herrschaft"*] signifie avant tout l'attribution d'une chose à une personne. »

41. « Le droit de maîtrise souveraine "propriété" contient, du côté positif, l'attribution du bien et, du côté négatif, l'exclusion des tiers. » (*Ibid.*, p. 442.)

42. Adoptée le 8 mai 1949 par le Conseil parlementaire (*parlamentarischer Rat*), publiée au BGBI, III, p. 100, consultable en allemand et en français sur le site du gouvernement allemand : [[http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/FR/Dossiers/LoiFondamentale/\\_node.html](http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/FR/Dossiers/LoiFondamentale/_node.html)].

concerné. La contestation de la hauteur de l'indemnisation est ouverte devant les tribunaux ordinaires. »

Cet article protège la propriété en tant qu'institution juridique (*Institutsgarantie*) et en tant que droit subjectif (*Individualgarantie*)<sup>43</sup>. Sont des droits de propriété au sens de cet article, selon la formule consacrée par la Cour fédérale constitutionnelle (*BVerfG*), tous les droits patrimoniaux visant à « donner [à l'individu] une sphère de liberté dans le domaine patrimonial et à permettre ainsi son épanouissement et son libre-arbitre dans l'organisation de sa vie<sup>44</sup> ». La définition montre le lien de cause à effet reconnu entre propriété et liberté. Elle recouvre, par exemple, le droit du locataire à être maintenu dans les lieux<sup>45</sup> et, pour ce qui nous concerne, les droits patrimoniaux des auteurs et inventeurs<sup>46</sup>.

**23. La dualité du droit allemand.** En droit allemand coexistent donc principalement deux notions de la propriété, régissant chacune sur une branche du droit : la notion stricte détermine le champ d'application du code civil (*BGB*) et la notion souple, celui de la loi fondamentale. La première est plutôt l'outil des juridictions judiciaires et la seconde, celui de la Cour fédérale constitutionnelle (*BVerfG*). Il faudra toutes deux les inclure aux développements.

**24. L'éclatement du droit anglais.** En droit anglais, il est impossible de parler de la propriété : il n'existe pas un seul, mais deux modes d'appropriation des biens. L'un porte sur les immeubles et l'autre, sur les meubles.

**25. *Real et personal property.*** Le droit anglais est resté fidèle à la distinction du seul bien véritablement objectif (la terre, nommée *realty*) et des biens personnels (les *personalities*). Ces derniers sont liés à la personne, ils la suivent et s'identifient à elle<sup>47</sup>. Historiquement, leur propriétaire dépossédé ne pouvait en exiger la restitution<sup>48</sup>. Malgré le rapprochement opéré par le *Law of property Act* de 1925<sup>49</sup> et

43. BADURA P., « Zur Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie des Eigentums, betrachtet am Beispiel des geitigen "Eigentums" », in LERCHE P., ZACHER H. et BADURA P., *Zeitschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag*, C. H. Beck, 1981, p. 1-17.

44. *BVerfG*, 7 juillet 1971, *Schulbuchprivileg*, 1 BvR 765/ 66, *UFITA*, vol. 63, 1972, p. 279; *GRUR*, 1972, p. 481, § 28 : « Einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu gewährleisten und ihm damit die Entfaltung und eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen », expression reprise dans bien d'autres décisions de la Cour fédérale constitutionnelle.

45. Appel le « *Mietrecht* », voir DEPENHEUER O., « Der Mieter als Eigentümer? », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1993, cahier 40, p. 2561-2563.

46. *BVerfG*, 7 juillet 1971, *Schulbuchprivileg*, *op. cit.*, pour la décision la plus citée.

47. BLACKSTONE W., *Commentaries...*, *op. cit.*, chapitre II, « Of real property », p. 15 : « Which may attend the owner's person wherever he thinks proper to go. »

48. BRIDGE S., DIXON M. et HARPUM C., Megarry and Wade, *The law of real property*, 8<sup>e</sup> éd., Sweet and Maxwell, 2012, § 1-011, p. 7 : « In early law, property was deemed "real" if the courts could restore to a dispossessed owner the thing itself, the "res", and not merely give compensation for the loss [...]. In consequence a distinction was made between real property (or "realty") which could be specifically recovered, and personal property ("personalty"), which could not. » Voir également SNOW G., *Les biens, généralités, biens personnels*, Y. Blais, coll. « La common law en poche », vol. 11, 1998, p. 18-21.

49. *Law of property Act 1925*, 1925 chapter 20, 15 et 16 Georges 5. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE M.-F., *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, § 207. Il supprima un enjeu majeur de la distinction en créant un régime unique de succession *ab intestat*. Il ouvrit à la propriété mobilière la possibilité qui constituait la principale caractéristique du régime foncier : celle d'être aménagée par le biais d'un *trust*.

l'existence d'une catégorie intermédiaire<sup>50</sup>, cette opposition demeure la dichotomie principale du droit anglais des biens ; les conséquences en sont plus lourdes que dans les pays de droit civil.

26. **Les tenures.** Alors que le droit immobilier français fut le symbole de l'unification et de la modernisation de la propriété, la *real property* anglaise a conservé les traits des modes féodaux de répartition des terres. Même si les seules tenures qui subsistent<sup>51</sup> sont la tenure franche (*freehold*), libre de toute charge envers le suzerain et la tenure à bail à durée déterminée<sup>52</sup>, la doctrine des tenures<sup>53</sup> est encore en vigueur en Angleterre. C'est pourquoi la Couronne anglaise détient encore l'*estate* ultime sur toutes les terres anglaises et demeure la source de tout droit foncier<sup>54</sup>.

27. **Les estates.** Ayant vidé les tenures de leur contenu sans pour autant les abolir, la réforme de 1925 opéra de même avec les *estates*<sup>55</sup>. Les *estates* se distinguent et s'articulent par leur durée<sup>56</sup>. Tout en maintenant le principe de leur multiplicité, la réforme en réduisit le nombre<sup>57</sup>, sans pour autant aboutir à l'unicité et

50. Entre les *chattels* (meubles) et les *realties* (immeubles) se trouve une catégorie de biens au nom antinomique : les *chattels real*. Blackstone explique que ce sont des biens qui empruntent à la *realty* son immobilité et aux *chattels*, leur non-perpétuité (BLACKSTONE W., *Commentaries...*, *op. cit.*, p. 386).

51. Les dernières qui subsistaient furent abolies, dans le cadre de la réforme de 1925 par l'*Administration of estates Act* entré en vigueur en 1926.

52. La tenure à bail confère au locataire un droit réel et non pas simplement personnel.

53. La doctrine des tenures désigne l'ensemble des tenures, droits-obligations fonciers, par lesquelles tout droit sur le sol (tout *estate*) s'accompagne d'obligations (militaires, matérielles, pécuniaires...) envers le seigneur de celui-ci. Elle constituait le principe de la féodalité. Voir LAWSON F. H. et RUDDEN B., *The law of property*, Oxford, 3<sup>e</sup> éd., 2002, p. 77-78. BLACKSTONE W., *Commentaries...*, chapitres V et VI du livre 2, *op. cit.*, p. 59 : « *Almost all the real property of this kingdom is by the policy of our laws supposed to be granted by, dependent upon, and holden of some superior or lord, by and in consideration of certain services to be rendered to the lord by the tenant or possessor of this property. The thing holden is therefore stiled a tenement, the possessors thereof tenants, and the manner of their possession a tenure. Thus all the land in the kingdom is supposed to be holden, mediately or immediately, of the king; who is stiled the lord paramount, or above all.* »

54. BRIDGE S., DIXON M. et HARPUM C., *Megarry and Wade...*, *op. cit.*, § 2-001, p. 22. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE M.-F., *Le droit anglais des biens*, précité, § 209. Cela a pour conséquence que l'acquisition foncière par simple occupation n'est pas admise en droit anglais, ôtant beaucoup de son champ d'application à l'idée de droit naturel dans la propriété foncière. Toute charge attachée à la terre, en revanche, a disparu et la suzeraineté maintenue n'altère pas le pouvoir de disposition du titulaire du fief.

55. La doctrine des *estates* désigne l'ensemble des *estates*, droits de propriété foncière. Il existait, en ancien droit anglais, de multiples droits sur la terre, qui, tous, étaient des *estates*, contrairement à ce que l'on observe en droits continentaux, où il n'existe qu'un droit de propriété, face à des *jura in re aliena* démembrés. Blackstone nous en donne un panorama : *estates in possession, in remainder, in reversion, joint-tenancy...* (BLACKSTONE W., *Commentaries...*, *op. cit.*, livre 2, chapitres IX à XII).

56. La règle des perpétuités (*Rule against perpetuities*), consacrée sous sa forme moderne par le *Perpetuities and accumulations Act* de 1964, n'empêche pas de diviser la propriété dans le temps, mais seulement de lui imposer des limites dans son contenu ou de décider de son attribution au-delà de 21 ans après la mort de la dernière personne vivant au moment de la création de l'*interest*.

57. Section 1 du *Law of property Act* 1925 : « (1) *The only estates in land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are: a) an estate in fee simple absolute in possession; b) a term of years absolute.* » En *equity*, les juges sont libres d'en revenir aux vieilles catégories : la section 1 de l'Act poursuit : « (3) *All other estates, interests, and charges in or over land take effect as equitable interests.* » Il s'agit notamment du fief viager (*life interest*), du fief en retour (*in remainder*) ou en réversion (*in reversion*). Le fief à transmissibilité héréditaire restreinte, dit « taillé » (*estate in fee tail*) a été aboli en 1996. Voir également section 4 de l'Act. LAWSON F. H. et RUDDEN B., *The law of property*, *op. cit.*, p. 79-80.

à l'indivisibilité<sup>58</sup> du droit de propriété. La caractéristique de la propriété foncière anglaise est donc l'éclatement en *estates* indépendants par nature mais pouvant être réunis pour former le fief simple absolu<sup>59</sup>.

28. **Le fief simple absolu.** L'équivalent de la propriété foncière continentale est l'*estate in fee simple absolute*<sup>60</sup>, le fief simple absolu, issu du droit foncier féodal, si ce n'est cette réserve importante que son titulaire est un tenancier de la Couronne. Sa complexe dénomination est à lire comme un rébus où chaque élément apporte son propre sens – souvent trompeur pour le juriste français ou allemand. « Fief » signifie qu'il est héréditaire selon le régime de la terre (de la *realty*) et non pas des biens meubles (les *personalities*). « Simple » qualifie cette transmissibilité : elle fonctionne à l'égard de tout héritier<sup>61</sup>. « Absolu » ne qualifie pas l'opposabilité du droit, comme le comprendrait le juriste continental, mais sa durée : aucune condition résolutoire n'y met fin<sup>62</sup>. Le fief simple absolu est « le droit le plus étendu que l'on puisse avoir sur un immeuble » et si, théoriquement, aucun *estate* ne peut équivaloir à la propriété absolue, le fief simple absolu lui ressemble fort en pratique<sup>63</sup>.

29. **La *personal property*.** La *personal property*, elle, porte sur des choses réputées simples, élémentaires et de peu de valeur<sup>64</sup> : les meubles. La doctrine des tenures ne lui a donc pas été appliquée et les juristes ne lui ont que tardivement manifesté d'intérêt. Pour ces deux raisons, la *personal property*, encore nommée *ownership*, est un droit simple et total sur la chose<sup>65</sup>, se rapprochant ainsi de la conception continentale de la propriété, droit subjectif<sup>66</sup>. « *Single and indivi-*

58. « L'avantage de cette réforme tient à ce que, désormais, le fief simple est indivisible en *common law* » (PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE M.-F., *Le droit anglais des biens*, op. cit., § 212). De même que l'*ownership* des meubles, il demeure divisible en *equity*.

59. Droit romaniste et *common law* s'opposent donc sur la méthode : l'un est déductif, l'autre est inductif. DEUTSCH E., « Das Eigentum als absolute Recht... », op. cit., p. 441 : « Avec le *dominium*, le droit romain a choisi la méthode détachant du droit complet des prérogatives particulières. À l'inverse, le droit anglais va dans le sens du rassemblement, quand une pluralité de prérogatives compose finalement le droit complet. »

60. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE M.-F., *Le droit anglais des biens*, op. cit., § 184s. (pour les racines historiques du droit), et § 216s. (pour le régime actuel du fief simple).

61. Par opposition au fief taillé (*fee tail*), qui ne durait que tant que se présentait un héritier en ligne directe du détenteur originel.

62. À la différence des fiefs conditionnels, qui peuvent s'éteindre, par exemple, en même temps que certaine branche de la famille.

63. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE M.-F., *Le droit anglais des biens*, op. cit., § 45. SAINT DAHL H., *Dahl's Law dictionary – Dictionnaire juridique*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2007, « *Estate* », p. 478 : « Ainsi, un *estate in fee simple* est pratiquement éternel et revient en pratique, sinon en théorie, à la propriété de la terre. » BRIDGE S., DIXON M. et HARPUM C., *Megarry and Wade...*, op. cit., § 3-035, p. 52 : « *Although strictly speaking it is still held in tenure and therefore falls short of absolute ownership, in practice it is absolute ownership.* »

64. BLACKSTONE W., *Commentaries...*, op. cit., livre 2, chapitre XXIV : « *Of things personal* », p. 384 : « *being also of a perishable quality, are not esteemed of so high a nature, nor paid so much regard to by the law* ». Blackstone note néanmoins, en 1766, que les cours commencent déjà à accorder plus d'égards aux meubles.

65. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE M.-F., *Le droit anglais des biens*, op. cit., § 244s. LAWSON F. H. et RUDDEN B., *The law of property*, op. cit., p. 90s. BRIDGE S., DIXON M. et HARPUM C., *Megarry and Wade...*, précité, § 3-001, p. 37 : « *In the case of a chattel, ownership is absolute. It is either owned outright by one person [...] or it is not owned at all.* »

66. NICHOLAS B., « Le langage des biens dans la *common law* », op. cit.

sible<sup>67</sup> », elle s'attache directement au meuble, sans l'intermédiaire de l'estate par lequel, sur les terres, est mesurée la durée du droit.

30. **L'idée anglaise de la propriété.** De ces subtilités, il émane malgré tout une idée générale de la propriété. Depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, le droit anglais de propriété, même sur les immeubles, tend à s'unifier et à se pérenniser pour constituer un droit plus simple et plus direct qu'auparavant. Son paradoxal alliage du fait et du droit y exerce sur les esprits la même fascination que dans les systèmes d'origine romaniste :

« *There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe*<sup>68</sup>. »

31. **Les *property rights*.** Mais *property* n'est pas seulement *propriété* : le terme a en anglais une très large polysémie. Sont des *property rights*, non seulement l'*ownership* d'un meuble et le fief simple absolu portant sur un immeuble, mais aussi ce que les droits français et allemand appellent respectivement des droits réels « démembrés » ou « limités » : les servitudes, les droits d'usage et de passage. Plus largement encore, sont parfois appelés *properties* tous les intérêts patrimoniaux, même futurs et incertains, ou d'objet indéterminé. Cela donne au terme une élasticité qu'il n'a pas dans les droits continentaux :

« *One might generally argue that all English law is about "property" in the sense that it thinks in terms, not of in rem and in personam bonds, but of a general relationship between citizens (subject) and interests (object)—protection being just a matter of degree upon the strength of the interest in issue*<sup>69</sup>. »

32. **Les incertitudes de la propriété.** Ainsi, la propriété de droit commun ne constitue pas un point fixe, un repère en regard duquel il ne resterait qu'à situer la propriété intellectuelle. Certes, elle est plus ancienne, plus traditionnelle, plus indissolublement liée à l'idée de société que la propriété intellectuelle. À son sujet continuent toutefois de circuler des opinions tout aussi contradictoires. Propriété intellectuelle et droit de propriété : la difficulté sera de situer, l'une par rapport à l'autre, deux entités en mouvement. Voyons maintenant quels seront les autres éléments comparés.

67. SWADLING W., « Property, General principles », in BURROWS A. S., *English private law*, vol. I : *Sources of law, law of persons, law of property*, Oxford University Press, 2001, § 4.188. L'auteur donne l'exemple d'un arrêt *Re Hill* de 1897, où le juge Lord Chitty explique (dans notre traduction) : « comme la *common law* ne connaît rien de tel que les *estates* sur les meubles, l'offre d'un meuble, pour la vie, accompagnée de la remise, transfère la propriété *at law* ». La précision « *at law* » exclut l'*equity*, où tout est possible sous le couvert du *trust*, et qui seule permettra à l'offrant de recouvrer le bien.

68. Célèbre citation de BLACKSTONE, que l'on lit aux *Commentaries*..., *op. cit.*, p. 20. Elle est souvent lue comme une définition absolutiste de la propriété, alors que Blackstone n'y fait que décrire l'empire qu'exerce le concept sur les imaginations. ROSE C. M., « Canons of property talk, or Blackstone's anxiety », *Yale Law Journal*, 1988-1999, p. 601-632, à la p. 601 : « *Blackstone posed his definition more as a metaphor than as a literal description—and as a slightly anxiety-provoking metaphor at that.* »

69. SAMUEL G., « "Le droit subjectif" and English law », *Cambridge Law Journal (CLJ)*, juillet 1987, p. 264-286, p. 275.

## Propriété intellectuelle et droit de propriété en droits anglais, allemand et français

33. Les droits composant la « propriété intellectuelle » constitueront le deuxième pôle de la comparaison, qui s'enrichira d'une comparaison entre droits anglais, allemand et français.

### Propriété intellectuelle

34. Si le droit de propriété ne s'avère pas aussi stable que son ancienneté pouvait le laisser supposer, le droit intellectuel est plus incertain encore : il varie non seulement dans le temps et selon le pays considéré, mais aussi en fonction de son objet (œuvre, marque, invention...). À l'orée de cette recherche, il faut se contenter d'une idée simple de la propriété intellectuelle. Que désigne-t-elle respectivement en droits anglais, allemand et français ?

35. « *Intellectual property* ». En droit anglais, le *Dictionnaire juridique d'Oxford* définit la propriété intellectuelle comme une « propriété intangible » et complète cette définition lapidaire par l'énumération des piliers de la matière : brevet, marque, *copyright* et dessins et modèles<sup>70</sup>. Plus abstraitement, la propriété intellectuelle est ce qui « *protects applications of ideas and informations that are of commercial value*<sup>71</sup> ». Le droit intellectuel anglais est principalement régi par :

- le *Copyright, designs and trademarks act*<sup>72</sup> (CDPA) ;
- le *Registered designs act*<sup>73</sup> (RDA) ;
- le *Patents act*<sup>74</sup> (PA) ;
- le *Trademarks act*<sup>75</sup> (TMA).

36. « *Urheberrecht und gewerbliche Schutzrechte* ». Le droit allemand, bien qu'ayant été éduqué à la catégorisation et à la hiérarchisation des concepts par la Jurisprudence des concepts et l'École des Pandectes, refuse d'apparenter expressément propriété intellectuelle et propriété matérielle. L'expression équivalant à « propriété intellectuelle » ou « *intellectual property* » (« *geistiges Eigentum* ») est peu employée. L'usage préfère séparer droit d'auteur (« *Urheberrecht* ») et droits industriels (« *gewerblicher Rechtsschutz*<sup>76</sup> ») et évite de donner à l'ensemble un nom

70. MARTIN E., *A dictionary of law*, Oxford University Press, 6<sup>e</sup> éd., 2006 : « *Intellectual property: intangible property that includes patents, trade marks, copyright, and registered and unregistered design right.* »

71. CORNISH W. R. et LLEWELYN D., *Intellectual property*, Sweet and Maxwell, 6<sup>e</sup> éd., 2007, § 1-04. De ces droits si variés, les auteurs avouent simplement que « *there is no single generic term that satisfactorily covers them all* », sans pourtant contester la pertinence de leur rassemblement : « *nonetheless there is good sense in studying them together. Each is concerned by marking out, by means of legal definition, types of conduct which may not be pursued without the consent of the right-owner* » (§ 1-01). Voir également BENTLY L. et SHERMAN B., *Intellectual property law*, Oxford University Press, 3<sup>e</sup> éd., 2009, p. 1.

72. 1988, *chapter 48* (i. e. : quarante-huitième acte passé en 1988), consultable sur le site de l'Office d'information sur le secteur public (*Office of Public Sector Information, OPSI*), *Acts of the UK Parliament and explanatory notes* : [<http://www.legislation.gov.uk/ukpga>].

73. 1949, *chapter 48*, Office de la propriété intellectuelle (*Intellectual property office, IPO*) : [<http://www.ipo.gov.uk>].

74. 1977, *chapter 37*, consultable sur le site de l'Office de la propriété intellectuelle, précité.

75. 1994, *chapter 26*, consultable sur le site de l'OPSI, précité.

76. Ou encore : « *gewerbliche Schutzrechte* » ; littéralement : « protection des droits industriels ».

et une définition génériques. La matière est régie, comme en droit anglais, par des lois spéciales et la plupart des manuels s'intitulent du nom du droit étudié, sans recours à l'idée de propriété. La matière est ainsi notamment régie par :

- la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins<sup>77</sup> (*UrhG*) ;
- la loi sur la protection juridique des dessins et modèles<sup>78</sup> (*GeschmMG*) ;
- la loi sur les brevets<sup>79</sup> (*PatG*) ;
- la loi sur la protection des marques et autres signes distinctifs<sup>80</sup> (*MarkenG*).

La doctrine allemande a élaborée une loi modèle rassemblant toutes ces lois particulières bien mieux encore que ne l'a fait notre Code de propriété intellectuelle français. Elle commencerait même par une Partie générale, énonçant une fois pour toutes les dispositions transversales à la discipline<sup>81</sup>.

37. « **Propriété intellectuelle** ». L'usage français est depuis longtemps établi : on parle de « propriété intellectuelle » pour désigner les droits portant sur les produits de l'esprit. Si la « propriété littéraire et artistique » et la « propriété industrielle » sont souvent traitées dans des manuels séparés, elles ne sont que les deux branches d'une discipline unique. Le Code de la propriété intellectuelle français (CPI) ne donne aucune définition générique de la propriété intellectuelle, mais permet de la cerner par énumération : tout ce qui y est consigné, par hypothèse, a trait à la propriété intellectuelle. On y trouve notamment le droit d'auteur et ses droits voisins, le droit sur les dessins et modèles industriels, le brevet d'invention et le droit de marque.

Cependant, ce n'est pas en elle-même que nous intéressera la propriété intellectuelle, mais pour ses rapports avec le droit de propriété.

### **Propriété intellectuelle et droit de propriété**

38. Les rapports de la propriété intellectuelle et du droit de propriété sont-ils aussi limpides que le suggèrent leurs noms respectifs, qui suggère une identité ? Cette simple question en fait naître beaucoup d'autres.

77. *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)* du 9 septembre 1965, publiée au *Bundesgesetzblatt (BGBl, « Journal officiel fédéral »)* n° 51, 16 septembre 1965, p. 1273. HILLING H.-P., *Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Recht der urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften, Internationales Urheberrecht*, Beck-Texte, 14<sup>e</sup> éd., 2012. Une version actualisée en est consultable sur le site du ministère allemand de la Justice, « *Gesetze und Verordnungen* » (lois et ordonnances) : [<http://www.gesetze-im-internet.de/aktuell.html>].

78. *Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (Geschmacksmustergesetz)* du 12 mars 2004, *BGBl*, n° 11, 18 mars 2004, p. 390 ; HEINEMANN A., *Patent- und Musterrecht*, Beck-Texte im dtv, 11<sup>e</sup> éd., 2011 ; site du ministère allemand de la Justice, « *Gesetze und Verordnungen* », précité.

79. *Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980* du 5 mai 1936, dans sa nouvelle promulgation du 16 décembre 1980, *BGBl*, n° 1, 3 janvier 1981, p. 1 ; HEINEMANN A., *ibid.* ; site du ministère allemand de la Justice, « *Gesetze und Verordnungen* », précité.

80. *Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz)* du 25 octobre 1994, *BGBl*, n° 74, 28 octobre 1994, p. 3082 ; KÖHLER H., *Wettbewerbsrecht, Markenrecht und Kartellrecht*, Beck-Texte im dtv, 32<sup>e</sup> éd., 2012 ; site du ministère allemand de la Justice, « *Gesetze und Verordnungen* », précité.

81. AHRENS H.-J. et MCGUIRE M.-R., *Modellgesetz für Geistiges Eigentum, Normtext*, Sellier, European law publishers, septembre 2011 et *Modellgesetz für Geistiges Eigentum, Normtext und Begründung*, même éditeur, mai 2012.

**39. Des incompatibilités.** La propriété est née bien avant les droits intellectuels. À bien des égards, ses fondements théoriques et philosophiques ainsi que son régime juridique semblent devoir les rejeter de sa sphère. La source de la propriété intellectuelle s'accorde mal à l'idée d'une propriété naturelle et évidente. Déterminée au gré des politiques commerciales et industrielles, elle est établie par petites touches par le législateur, sous forme de droits temporaires. Dispersée en divers droits, elle ne se définit que par la casuistique de leurs objets et de leurs contenus. Ses objets immatériels la privent en outre de l'assise physique dont jouit la propriété de droit commun, fondée sur la possession et l'exclusivité matérielle. Leur dimension morale, en comparaison du régime commun, semble une bizarrerie. Leur durée limitée contraste avec la perpétuité de la propriété de droit civil...

Ces discordances ne sont pas les seules : d'autres se révéleront par la suite. Pour en tenir compte et afin de ne pas préjuger de la réponse à ces questions, il sera donc souhaitable, dans la suite des développements, de préférer la dénomination « droit intellectuel », voire « droit sur les biens intellectuels » à celle de « propriété intellectuelle ».

**40. L'adéquation du titre de propriété?** Ces incompatibilités sont-elles rédhibitoires? Le titre de « propriété » serait alors usurpé par des droits qui ne lui correspondent pas. La propriété intellectuelle ne serait qu'une tentative de reproduction des schémas de la propriété, avec l'incorporalité comme handicap. L'interrogation doit alors se poursuivre : si les droits intellectuels n'étaient pas des droits de propriété, que seraient-ils? Quelles sont les alternatives à la qualification de propriété?

Il pourrait être soutenu, au contraire, que la propriété intellectuelle dépasse la propriété de droit commun, en y ajoutant une dimension morale et diverses possibilités, que sa fruste matérialité interdirait à la propriété.

Plus simplement, on peut avancer que les droits intellectuels soient, malgré des différences ponctuelles, des variantes du régime général de la propriété. Il importerait alors de reconnaître cette nouvelle branche de la propriété et de mettre à bas la séculaire prétention de la propriété de droit commun à être la seule de son espèce.

**41. Une infinie dialectique?** Peut-être les rapports entre propriété intellectuelle et propriété de droit commun sont-ils voués à une insoluble dialectique, auquel cas l'on s'essoufflerait en vain à la recherche d'une synthèse. Les droits intellectuels et la propriété de droit commun semblent en effet entretenir une envie et un dédain mutuels. Les premiers envient à la seconde son assise historique, sociale et matérielle, mais méprisent sa corporalité et sa prosaïque patrimonialité. La propriété, en effet, est tenue pour un droit simplement patrimonial et son objet est compris comme une simple chose valorisée, vouée à errer dans les remous du commerce. Les fruits de l'esprit, irrévocablement liés à leur créateur par un équivalent virtuel du lien du sang, s'en accommodent mal. À l'inverse, la propriété envie aux droits intellectuels leur vitalité et leur souplesse, mais méprise leur évanescence immatérielle, leur manque d'unité et leur dépendance vis-à-vis du droit positif.

**42. La cohérence du droit.** La question de la nature des droits intellectuels se justifie d'abord par le souci de cohérence du droit. Le droit n'est pas seulement une



juxtaposition de règles : c'est aussi une armature, une structure autour de laquelle doit se développer la société idéale du législateur. Comme le squelette forme le corps, le droit contribue à donner forme à la société qu'il régit. Comme le squelette, il doit être parfaitement articulé. Il faut donc, sans cesse, se poser la question de sa cohérence et de son articulation, et le garder de la propension législative à accroître la masse juridique par sédimentation, par accumulation de règles. Mieux vaut développer la qualité naturelle du droit à ordonner, qualifier, classer<sup>82</sup>.

Enfin, il faut reconnaître que le droit est non seulement un outil, mais aussi une discipline. C'est une science qui, comme toute science, se construit par le langage. La justesse du langage permet celle des concepts<sup>83</sup>. Toutes ces raisons justifient que l'on clarifie les rapports de la propriété intellectuelle au droit de propriété.

**43. Les enjeux pratiques.** Comme toute question de qualification, celle de la propriété intellectuelle a des enjeux pratiques importants, dont seul un aperçu est ici donné. Il faut reconnaître qu'en droit international privé, la règle de conflit dépend désormais plus de la distinction entre l'existence et l'exercice du droit<sup>84</sup> que de sa nature. En revanche, la possibilité d'appliquer les mécanismes du droit privé aux droits intellectuels est un enjeu plus évident<sup>85</sup>. Les biens intellectuels peuvent-ils être possédés<sup>86</sup> ou même volés<sup>87</sup>? Peuvent-ils faire l'objet d'une indivision, d'un usufruit<sup>88</sup>...? Sont-ils traités comme les autres biens du débiteur défaillant<sup>89</sup>? Ces questions débordent du champ strictement entendu de cette recherche, mais leur évocation permet de mesurer le rayonnement pratique d'une interrogation théorique.

**44. La dimension politique.** La question a également une dimension politique : l'exploration des domaines de la culture, du savoir, de la science appliquée doit-elle se faire par une série d'appropriations? Touchant par un bout à la propriété, institution à fort rayonnement politique, social et économique, et par

82. Que ce soit suivant le modèle pyramidal ou le modèle réticulaire du réseau, si l'on transpose à notre propos l'analyse des professeurs Ost et van de Kerchove : OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Fac. Saint Louis, 2002.

83. ROUBIER P., *Droit subjectif et situations juridiques*, Dalloz, 2005 (1<sup>er</sup> éd. 1963), préface.

84. RAYNARD J., *Droit d'auteur et conflits de loi, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990. AZZI T., « Atteintes aux droits de propriété intellectuelle et conflits de lois », *PI*, n° 33, p. 324 et suiv., spéc. p. 327. FAWCETT J. et TORREMANS P., *Intellectual property and international private law*, Clarendon Press, 2<sup>e</sup> éd., 2011.

85. SIMLER C., *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, collections du CEIPI, 2010. Dans la deuxième partie de sa thèse (p. 301 et suiv.), l'auteur prend comme exemples l'indivision successorale, l'usufruit et la possession.

86. PARANCE B., *La possession des biens incorporels*, LGDJ, 2003; PÉLISSIER A., *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, 2001. Voir, récemment, l'arrêt par lequel la Cour de cassation rappelle les vertus probatoires de la possession, en matière intellectuelle, dans des termes ne permettant pas de douter de l'analogie (au moins!) avec l'article 2261 du Code civil : « En l'absence de toute revendication émanant de la personne physique ou morale qui a pris l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de sons, ou de ses ayants droit, l'exploitation publique, paisible et non équivoque d'un enregistrement par une personne physique ou morale sous son nom, est de nature à faire présumer à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon que celle-ci est titulaire » du droit (C. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 14 novembre 2012, 11-15.656).

87. LOUGHLAN P., « You wouldn't steal a car..., Intellectual property and the language of theft », *EIPR*, 10/2007, p. 401.

88. LARONZE B., *Lusufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006.

89. LOGEAS E., « Les droits de propriété intellectuelle dans le bain des procédures collectives : relevé au fil de l'eau », *PI*, n° 40, juillet 2011, p. 337 et suiv.

l'autre à ces valeurs en hausse que sont l'information, le savoir et le développement, le débat est passionné. Prononcée par certains journalistes et leurs lecteurs, par certains acteurs de l'industrie culturelle ou scientifique, l'expression de « propriété intellectuelle » revêt une nuance péjorative. « La propriété intellectuelle, c'est le vol », a-t-on pu lire dans le grand quotidien français *Le Monde*<sup>90</sup>. Ainsi se voient criminalisés d'un seul coup les deux pôles de notre étude.

Cohérence systémique du droit, conséquences pratiques et choix politiques : tels sont les enjeux des rapports entre propriété intellectuelle et droit de propriété. Il reste à compliquer ces considérations d'une dimension comparatiste.

### **Droits anglais, allemand et français**

45. La question des rapports entre le droit intellectuel et le droit de propriété se pose-t-elle de façon similaire dans les trois ordres juridiques étudiés ? Cet élargissement comparatiste ouvre notre recherche à une perspective européenne et lui donne un enjeu de théorie du droit comparé.

46. **Le droit romano-germanique et la *common law*.** Autant qu'à répondre à la question des rapports de la propriété intellectuelle et du droit de propriété, cette recherche vise à comparer le comportement, sur cette question, des deux grandes familles juridiques qui se partagent les législations mondiales : celle du droit civil et celle de la *common law*<sup>91</sup>. On n'en retiendra toutefois, afin de donner à ces développements une pertinence européenne, que les membres de l'Union européenne. Les droits allemand et français représenteront la famille juridique dite « romano-germanique », à laquelle appartiennent majoritairement les autres droits européens. S'y opposera la famille des droits de *common law*, ici représentée par le droit anglais. Dès l'abord, les catégories fondamentales du droit privé montrent combien la question se pose différemment entre les pays de droit civil et les pays de *common law*. Les variations de la propriété entre droits anglais, allemand et français ont déjà été esquissées. La particularité de notre travail se fait ici évidente : il s'agit de comparer à la fois deux institutions juridiques et trois pays, dans un tableau complexe à six entrées.

47. **Les sources des droits allemand et français.** Quant aux sources du droit, il convient d'en retenir, pour les droits allemand et français, les trois principales : la loi, la jurisprudence et la doctrine, selon l'importance respective que les systèmes juridiques de nos trois pays leur accordent. En pays de droit écrit et codifié, la principale source du droit positif est la loi. La jurisprudence n'en peut faire, au plus, qu'une interprétation créative. La doctrine, enfin, n'est qu'une source de droit secondaire, commentatrice *a posteriori* et inspiratrice des sources primaires.

48. **Les sources du droit anglais.** En Angleterre coexistent trois sources de droit<sup>92</sup>. La plus traditionnelle est la *common law*, droit jurisprudentiel d'origine

90. COHEN D., « La propriété intellectuelle, c'est le vol », *Le Monde*, 11 avril 2001.

91. Voir, rappelant que l'opposition est relative : GAMBARO A., SACCO R. et VOGEL L., *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, LGDJ-Lextenso, 2011, § 36 et suiv., p. 45 et suiv.

92. BULLIER A. J., *La common law. Connaissance du droit*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2012, not. p. 1 et p. 145.

coutumière. Ensuite vient l'*equity*, de source jurisprudentielle, inspirée du souci d'atténuer les rigueurs de la *common law*, dont les exigences de forme feraient trop souvent débouter des plaideurs bien fondés. Enfin, le *statute* est un acte parlementaire, mal aimé car considéré comme une intervention à tendance arbitraire, pesant sur l'indépendance des juges et contraignant l'évolution naturelle du droit.

*Common law* et *statute* s'articulent comme droit commun et droit spécial : le *statute* s'impose comme loi d'exception et abroge la *common law* sur les points précis qu'il régit. Entre *common law* et *equity* existe un autre type de hiérarchie, exprimé par l'adage « *equity follows the law*<sup>93</sup> ». Ce système hétérogène est uniformisé par la règle du précédent jurisprudentiel, dite règle du *case law*, selon laquelle toute décision juridictionnelle lie les décisions ultérieures des cours et tribunaux de niveau inférieur<sup>94</sup>. Ces décisions, qu'elles soient rendues en *common law*, en *equity*, ou conformément à un *statute*, sont toujours longuement motivées. Les juges, s'exprimant nominalement, citent généreusement la doctrine, y adhèrent ou lui répondent, lui donnant ainsi un rôle direct dans la formation du droit. En propriété intellectuelle, le *statute* est apparu très tôt et, sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, régit aujourd'hui presque toute la matière.

**49. Droit de l'Union européenne et propriété intellectuelle.** Le débat peut par ailleurs être élevé au niveau européen. Le législateur de l'Union a longtemps conçu le droit intellectuel comme un droit récent, de nature commerciale. Le droit intellectuel est fils de la liberté du commerce et de l'industrie : ces deux libertés sont régies par le droit européen en raison de leur nature économique. L'harmonisation de la propriété intellectuelle n'a donc longtemps connu que la méthode pragmatique, sans effort de cohérence théorique mais, depuis une décennie, le législateur s'est fait plus ambitieux et a donné à la discipline un cadre théorique fondé sur l'idée de propriété<sup>95</sup>. Ce cadre s'accorde-t-il avec les traditions nationales anglaise, allemande et française ?

**50. Droit de l'Union et droit des biens.** Du droit civil des biens, en revanche, l'Union européenne se tient à prudente distance<sup>96</sup>. Le droit des biens appartient aux patrimoines juridiques nationaux : c'est le produit de l'évolution séculaire du droit, c'est une émanation de l'esprit national, un « droit de haute futaie<sup>97</sup> », chargé, pour certains, d'une haute valeur affective<sup>98</sup>. Le goût de l'harmonisation et le désir de

93. « *Lequity* suit la *common law* » : elle la complète, mais ne la contredit pas. Sur la *common law* et l'*equity* : LAWSON F. H. et RUDDEN B., *The law of property*, *op. cit.*, p. 82 et suiv.

94. Ajoutons que, jusqu'aux *Judicature Acts* de 1873 et 1875 qui les confondirent, la *common law* était réservée au cours de *common law*, culminant dans le *Queen's Bench* (Banc de la Reine) et l'*equity*, à la *Court of Chancery* (chancellerie).

95. Dans les directives des années 2000, notamment : directive (CE) 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (dite « DADVSI ») ; directive (CE) 2004/48 du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

96. VIVANT M. et GEIGER C., « Europe *bis* : la force évocatrice des mots – Vous dites “propriété” ? (ou la propriété intellectuelle dans le nouvel ordre juridique de l'Union européenne) », *PI*, n° 35, avril 2010, p. 753 et suiv.

97. CORNU G., « Le Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, p. 351.

98. Voir, alimentant affectueusement le « dossier des spécificités du droit français des biens ; spécificités dont il faudra, le jour venu, assurer vigoureusement la défense au niveau européen », le P<sup>e</sup> d'Avout

prospection ont malgré tout conduit les institutions à s'intéresser timidement à l'idée d'unifier le droit civil européen. Après dix ans d'activité du Parlement européen, le « groupe d'études sur un code civil européen » a été créé en 1998. La démarche est toutefois très décriée par une partie de la doctrine. L'Union européenne peut légitimement se préoccuper de propriété intellectuelle mais, en France, les boucliers se dressent lorsqu'elle approche de trop près le Code Napoléon. Outre-Manche, la seule idée d'un code est antinomique à la *common law* :

« *The problem is the same with the phrase European Contract Code or Civil Code: Napoleon is immediately seen to be approaching the white cliffs of Dover! The cultural and historical baggage that language brings with it is enormous; "constitution" and "code" cause huge political problems in a UK context*<sup>99</sup>. »

Résoudre ce conflit n'est pas de notre ressort, mais une étude comparée des droits de propriété anglais, allemand et français, à travers le prisme du droit intellectuel, pourra contribuer à nourrir le débat. En évaluant l'ampleur de leurs divergences, en donnant des clefs de comparaison et, éventuellement, des pistes de rapprochement, elle permettra de faire une estimation plus précise des sacrifices que représenterait, pour les cultures juridiques nationales, l'établissement d'un droit civil européen.

**51. L'enjeu de droit comparé.** La réflexion peut encore être utilement élargie au droit comparé lui-même, notamment à la question de son rôle dans la recherche juridique.

**52. L'uniformisation juridique.** La mondialisation du substrat matériel et économique du droit doit-elle nécessairement entraîner l'uniformisation des systèmes juridiques, l'édification progressive d'un *esperanto* juridique<sup>100</sup> ? La confrontation à de mêmes objets et à de mêmes questions génère parmi nos systèmes juridiques, par mutation interne aussi bien que par harmonisation, de nombreux points communs. La dématérialisation des biens, en particulier, conduit-elle nos systèmes, par quelque chemin que ce soit, à la même idée de la réserve des choses ?

**53. La diversité juridique.** Faut-il toutefois espérer le rapprochement des systèmes juridiques, la réduction des droits nationaux à leur dénominateur

(D'AVOUT L., « Démembrement de propriété, perpétuité et liberté », *D.* 2012, p. 1934. « Mais faut-il y injecter une charge émotionnelle si forte qu'elle place les artisans de la construction européenne dans une posture de traîtres à la culture juridique française ? » (PRIETO C., « Un Code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », *Les Petites Affiches [LPA]*, 2004, n° 92, p. 19-29.)

99. D. WALLIS, députée européenne britannique, « Coherent european contract law, political tendencies », in *Lectures at the centre for european private law*, Munster, 6 juillet 2006, lisible sur son site, à la page *Archive of press articles* : [<http://www.dianawallismep.org.uk/articles/>]. *Contra*, montrant que la codification n'est pas si étrangère à la *common law* : GAMBARO A., SACCO R. et VOGEL L., *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, précité, § 37, p. 48.

100. « Un processus d'intégration planétaire est en train de se réaliser » ; « par contre, le droit, lui, reste enfermé pour l'essentiel dans le cadre et l'horizon des États nationaux : il se trouve dès lors prisonnier d'une perspective ptolémaïque » (CONSTANTINESCO L.-J., *Traité de droit comparé*, t. I : *Introduction au droit comparé*, LGDJ, 1972, p. 21). Voir également LEGRAND P., *Le droit comparé*, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 2011 et LEGRAND P. (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2009, not. CERCEL C. S., « Le "jus commune" dans la pensée juridique contemporaine, ou le comparatisme perversi », p. 457-485. FAUVARQUE-COSSON B., « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *RIDC*, 3/2011, p. 527-540.

commun ? Le droit comparé devrait-il plutôt préserver, voire exalter leurs différences, comme des manifestations de diversité culturelle, pour établir une cartographie bariolée du monde juridique, au risque d'avoir du droit une appréhension érudite et quelque peu folklorique ? La convergence technique ne réduit pas les différences de langage juridique ; or, comme l'enseignent les linguistes, le langage est constructeur des concepts, au moins autant qu'il en est l'expression.

Pour le droit comparé, cette question de méthode est aussi une interrogation existentielle ; avec l'enjeu européen, cet enjeu comparatiste sera sans cesse en arrière-plan de nos développements.

**54. Synthèse de la problématique.** Ayant défini un à un les éléments du sujet de recherche, il convient ici de résumer la problématique qui s'en dégage. L'intention qui anime cette recherche est d'élucider le rapport du droit intellectuel au droit de propriété, depuis son avènement et encore aujourd'hui, en droits allemand, anglais et français. Le droit de propriété et le droit intellectuel entretiennent-ils un rapport de régime commun à régime d'exception ? La propriété intellectuelle est-elle la mise en œuvre particulière du principe général de propriété ? S'agit-il plutôt d'un cousinage entre deux branches de droit nées d'un même tronc ?

**55. Plan.** Bien souvent, l'histoire de la propriété intellectuelle s'arrête là où elle ne fait pourtant que commencer : avec les premiers textes de type moderne. Mais l'établissement des droits intellectuels fut progressif, leur évolution fut graduelle et, à chacun de ces progrès, leur rapport au droit de propriété se modifiait. L'histoire mérite donc des développements propres. La date de naissance et le rythme de la mutation du droit diffère selon le pays considéré et selon le bien intellectuel concerné. Si les dates varient, les étapes de l'évolution sont cependant communes aux trois pays étudiés. Au long de cette histoire, le modèle de propriété joua un rôle que notre première tâche sera d'élucider (partie 1).

L'étude historique nous conduira jusqu'au droit actuel, où la méthode de recherche changera. Alors que la première partie de cette recherche se sera nourrie de cinq siècles d'histoire, la seconde s'en tiendra aux dernières décennies écoulées. La méthode sera donc moins évolutive mais plus analytique : quel est véritablement ce droit de propriété auquel on compare le droit intellectuel ? Quelles sont les structures fondamentales qu'il faut identifier en chacun pour pouvoir les rapprocher ? Ces préoccupations animeront, dans un second temps, la comparaison des droits intellectuels et du droit de propriété en droit positif (partie 2).