

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

Approche comparative

par

Yaëll EMERICH

Thèse de doctorat effectuée en cotutelle

à

**Faculté des études supérieures
UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL**

ET

UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université de
Montréal en vue de l'obtention du grade de **Docteur en Droit (L.L.D.)**

et à

l'Université Jean Moulin Lyon 3

le 17 décembre 2004

copyright Yaëll Emerich, 2004



Université de Montréal
Faculté des études supérieures
et
Université Jean Moulin Lyon 3

Cette thèse intitulée

LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES
Approche comparative

Présentée et soutenue à l'Université Jean Moulin Lyon 3 par :

Yaëll EMERICH

A été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

M. Jean-Louis BERGEL, Professeur à l'Université d'Aix- Marseille 3	Président-rapporteur et membre du jury
M. Gérald GOLDSTEIN, Professeur à l'Université de Montréal	Directeur de recherche
M. Frédéric ZENATI, Professeur à l'Université de Lyon 3	Codirecteur
M. Didier LLUELLES, Professeur à l'Université de Montréal	Membre du jury
Mme Blandine MALLET- BRICOUT, Professeur à l'Université Lyon 3	Membre du jury
M. Sylvio NORMAND, Professeur à l'Université Laval	Examineur externe et membre du jury

RÉSUMÉ

La propriété des créances est une notion controversée dans les systèmes juridiques romano-germaniques. Pourtant, le mouvement vers la dématérialisation des richesses conduit à envisager l'alliance de la propriété et de la créance, déjà reconnue par le biais du langage. Tant l'histoire que l'économie semblent converger vers la reconnaissance de la nature de bien des créances. Admettre cette nature ne suffit plus : encore faut-il en tirer la conséquence qui s'impose en termes d'objet de la propriété. C'est ce que semble avoir fait le récent Code civil du Québec.

Tout autant que la propriété matérielle, la propriété des créances a prétention à la technicité. Longtemps cachée sous le manteau de la titularité, la propriété des créances n'a pas une nature distincte de celle de la propriété des corps. Simplement, de même que le régime juridique de la propriété s'adapte aux biens meubles ou immeubles qui en sont l'objet, le régime de la propriété des créances épouse la particularité de l'objet immatériel que sont les biens-crédances.

MOTS CLÉS : PROPRIÉTÉ – CRÉANCE – BIEN – TITULARITÉ – DROIT RÉEL – DROIT PERSONNEL – DROIT ROMAIN – COUTUME DE PARIS – USUFRUIT – GAGE – PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – CESSION DE CRÉANCE – EFFETS DE COMMERCE – VALEURS MOBILIERES – POSSESSION – REVENDICATION

ABSTRACT

The question as to whether ownership can bear on claims is a controversial one in Romano Germanic legal systems. Yet the on-going trend towards the dematerialisation of wealth invites legal experts to ally ownership and claims much in the same way in which, in ordinary parlance, people are said to own personal rights. Both history and economics would seem to point to a common recognition of the property nature of claims. Yet acknowledging the possibility that ownership bear on claims is no longer enough. The consequences of viewing the object of ownership as extending beyond material things must be recognized more generally. This is what the recent *Civil Code of Québec* appears to have done. Just as the material conception of ownership rests upon a technical infrastructure of the law of property, so too does the extension of ownership to claims require the elaboration of a technical regime. Traditionally obscured by a theory of titularity of rights, ownership as a means for explaining title to claims has the same juridical nature as ownership of things. Simply stated, ownership adapts to the object to which it attaches. Just as ownership can accommodate both movable and immovable property, so too can it be adapted to accommodate the peculiarities of claims as the object upon which it bears.

KEYWORDS : OWNERSHIP – DEBT – PROPERTY – TITULARITY – REAL RIGHT – PERSONAL RIGHT – ROMAN LAW – USUFRUCT – HYPOTHEC – INTELLECTUAL PROPERTY – ASSIGNMENT OF CREANCE – NEGOTIABLE INSTRUMENTS – SECURITIES – POSSESSION – REVENDICATION

SOMMAIRE

PARTIE I / L'EXISTENCE JURIDIQUE DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

Titre I. LA QUALITÉ DE BIEN DE LA CRÉANCE

Chapitre I. L'existence des biens incorporels

Chapitre II. L'existence du bien créance

Titre II. LA QUALITÉ DE PROPRIÉTAIRE DU CRÉANCIER

Chapitre I. La possibilité d'une propriété des droits

Chapitre II. La possibilité d'une propriété des créances

PARTIE II / LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

Titre I. L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

Chapitre I. L'acquisition dérivée

Chapitre II. L'acquisition originaire

Titre II. LE CONTENTIEUX DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

Chapitre I. La revendication des créances

Chapitre II. La responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle

Principales abréviations utilisés

Al. = Alinéa
A.P.D. = Archives de philosophie du droit
Ann. dr. com. = Annales de droit commercial
B.R. = Cours du banc du roi
Bull. civ. = Bulletin civil de la Cour de Cassation
Bull. crim. = Bulletin criminel de la Cour de Cassation
Bull. Joly. = Bulletin Joly
C. = Code de Justinien
C. de D. = Cahiers de droit
C. P. du N. = Cours de perfectionnement du notariat
C.A. = Cour d'appel
C.C. = Code civil
C.c.B.C. = Code civil du Bas Canada
C.C.f. = Code civil français
C.c.Q. = Code civil du Québec
C.L.J. = Canada Law Journal
C.p.c. = Code de procédure civile
C.P. du N. = Cours de perfectionnement du Notariat
C.P.I. = Cahiers de la propriété intellectuelle
C.P.R. = Canadian Patent Reporter
C.S. = Cour supérieure
Cah. dr. aff. = Cahiers de droit des affaires
Cah. dr. ent. = Cahiers de droit de l'entreprise
Chr. = chronique
D. = Dalloz
D. = Digeste
D. aff. = Dalloz Affaires
D.H. = Dalloz Hebdomadaire
D.P. = Dalloz Périodique
Défr. = Défrénois
Dr. Sociétés = Droit des sociétés
Enc. Dalloz dr. civ. = Encyclopédie Dalloz de droit civil
Gaz. Pal. = Gazette du Palais
i.r. = informations rapides
Inst. = *Institutes*
J.C.P. éd. E. = Semaine juridique, édition Entreprises
J.-Cl. Not. = Jurisclasseur notarial
J.-Cl. Civ. = Jurisclasseur civil
J.-Cl. Com = Jurisclasseur commercial
J.E. = Jurisprudence Express
J.O. = Journal officiel
J.Q. = Jugements du Québec (banque de données Quicklaw)
L.R.C. = Lois révisées du Canada
L.R.Q. = Lois refondues du Québec
L.Q.R. = Law Quarterly Review
McGill L. J. = McGill Law Journal
Mer.Lect. = Meredith Lectures

N.R.H. = Nouvelle revue historique
Oxford J. Legal Stud. = Oxford Journal of Legal Studies
 préc. = précité
P.U.F. = Presses Universitaires de France
P.U.L. = Presses Universitaires de Laval
P.U.M. = Presses de l'Université de Montréal
Petites aff. = Petites affiches
 Presses de l'Université d'Ottawa = Presses de l'Université d'Ottawa
R. du B. = Revue du barreau
R. du B. can. = Revue du barreau canadien
R. du D. = Revue du droit
R. du N. = Revue du Notariat
R.D. McGill = Revue de droit de McGill
R.D.U.S. = Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R.G.D. = Revue générale de droit
R.H.D. = Revue historique de droit
R.I.D.A. = Revue internationale du droit d'auteur
R.I.D.C. = Revue internationale de droit comparé
R.J.Q. = Recueil de jurisprudence du Québec
R.J.T. = Revue juridique Thémis
R.R.J. = Revue de la recherche juridique
R.T.D.C.D.E. = Revue trimestrielle de droit communautaire et de droit européen
Rép. civ. Dalloz = Répertoire civil Dalloz
Rép. com. Dalloz = Répertoire commercial Dalloz
Rép. not. Dalloz = Répertoire notarial Dalloz
Rép. soc. Dalloz = Répertoire des sociétés Dalloz
Rev. bourguignonne de l'ens. sup. = Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur
Rev. crit. D.I.P. = Revue critique de droit international privé
Rev. crit. = Revue critique
Rev. dr. banc. et bourse = Revue de droit bancaire et de la bourse
Rev. dr. banc. = Revue de droit bancaire
Rev. dr. pub. = Revue de droit public
Rev. écon. et ét. hum. = Revue des économistes et des études humaines
Rev. int. dr. comp. = Revue internationale de droit comparé
Rev. jurisprud. com. = Revue de jurisprudence commerciale
Rev. trim. dr. civ. = Revue trimestrielle de droit civil
Rev. int. dr. aut. = Revue internationale de droit d'auteur
Rev. jurisprud. com. = Revue de jurisprudence commerciale
Rev. trim. dr. com. = Revue trimestrielle de droit commercial
S. = Sirey
 Somm. Com. = Sommaires commentés
S.R.Q. = Status refondus de la province de Québec
 Suiv. = suivant
T.G.I. = Tribunal de grande instance
 Th. = thèse
 Trad. = traduction
Yale L.J. = *Yale Law Journal*

A Jason,
A mes parents ;
A la mémoire de Suzette.

REMERCIEMENTS

Cette recherche n'aurait pu être menée à bien sans la présence de mes deux directeurs de thèse, Monsieur Frédéric Zenati, professeur à l'Université Lyon 3, et Monsieur Gérard Goldstein, professeur à l'Université de Montréal, auxquels vont tous mes remerciements.

Ma gratitude va également aux deux directeurs successifs du *Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec* de l'Université McGill, le professeur Nicholas Kasirer et le professeur Jean-Guy Belley, qui m'ont non seulement permis, mais généreusement encouragée, à mener de front mon travail de recherche au centre et mon travail de thèse, dans une atmosphère intellectuelle toujours stimulante.

Cet ouvrage a été honoré d'une subvention du Ministère français de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche (allocation de recherche), ainsi que d'une bourse Eurodoc.

R. von IHÉRING :

« Les juristes romains ne reculent point devant l'idée de transporter l'expression *dominium* même sur l'*usufructus*. Pourquoi reculerions-nous de faire de même, là où nous en trouvons l'occasion ? Nous avons déjà la *possession*, l'*hypothèque*, l'*usufruit* de droits ; il ne manque que la *propriété* de ceux-ci » (*Actio injurium*, p. 147 et 148).

INTRODUCTION	27
PREMIÈRE PARTIE	38
L'EXISTENCE JURIDIQUE DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES.....	38
Titre I	40
LA QUALITÉ DE BIEN DE LA CRÉANCE	40
Chapitre premier.....	41
L'EXISTENCE DES BIENS INCORPORELS	41
SECTION I.....	41
L'ANALYSE TRADITIONNELLEMENT RESTRICTIVE DE	41
L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ.....	41
§1. La réduction de l'objet de la propriété aux corps	42
A. L'interprétation des textes.....	42
1. L'interprétation de la doctrine française	42
2. L'interprétation de la doctrine québécoise.....	45
B. Le support historique de l'analyse traditionnelle.....	47
§2. La théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet.....	50
A. L'assise historique de la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet.....	51
B. L'énoncé de la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet	52
SECTION II.....	55
LA CRITIQUE DE L'ANALYSE RESTRICTIVE	55
DE L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ.....	55
§ 1. Critique de la réduction de l'objet de la propriété aux corps.....	55
A. Critique du support historique de la corporéité	56
1. La reconnaissance romaine de la propriété des droits.....	56
2. Le rejet féodal de la propriété des droits.....	64
B. Critique de l'interprétation restrictive de l'objet de la propriété.....	70
1. La filiation historique du droit français et du droit québécois	70
a) L'importance du modèle romain de la propriété en droit français	71
b) La faible influence de la pensée romaniste sur le droit québécois	73
α. Propriété des créances, coutume de Paris et droit romain	75
β. La propriété des créances dans le Code civil du Bas Canada.....	78
2. La généralité de l'objet de la propriété dans les Codes civils français et québécois.....	81
a) La conception indirectement extensive du Code civil français.....	82
b) La conception directement extensive du Code civil du Québec	84
3. La place croissante des biens immatériels	90
§ 2. Critique de la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet.....	97
A. Critique historique de la théorie de l'incorporation	98
B. Critique positive de la théorie de l'incorporation.....	99
Conclusion du chapitre	102

Chapitre second	103
L'EXISTENCE DU BIEN CRÉANCE	103
SECTION I.....	105
L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE CRÉANCE	105
VERS LE BIEN.....	105
§1. La réification de la créance.....	105
A. Les prémisses historiques d'une vision réelle de la créance	105
1. <i>Le droit romain</i>	105
2. <i>Le droit féodal</i>	110
B. L'affirmation actuelle de la qualité de bien de la créance.....	111
1. <i>La circulation de la créance, manifestation privilégiée de la nature de bien de la créance</i>	112
2. <i>L'interdiction de principe de la cession de dette</i>	115
§2. L'étendue de la réification de la créance	117
A. La conception dualiste de l'obligation, reflet de l'analyse de la créance en un bien.....	117
1. <i>Le passage d'une conception personnaliste à une conception objectiviste de l'obligation</i>	117
2. <i>La conception dualiste ou mixte de l'obligation</i>	122
a) L'obligation, lien de droit et bien	122
b) La notion de créance et son rapport à l'obligation	125
B. La valeur économique de la créance, composante de l'analyse de la créance en un bien.....	126
1. <i>La créance, valeur économique constitutive d'un bien</i>	126
2. <i>La question de la distinction du bien-objet et du bien-créance</i>	130
SECTION II.....	132
LA CONSÉCRATION DE LA NATURE DE BIEN DE LA CRÉANCE PAR LE DROIT POSITIF.....	132
§1. La reconnaissance légale de la propriété des créances	132
A. La reconnaissance de la propriété des créances par le législateur français... 132	132
1. <i>La propriété-garantie</i>	133
a) Les obligations de payer une somme d'argent.....	133
α. <i>La cession Dailly</i>	133
β. <i>Les opérations de pension</i>	135
γ. <i>La réserve de propriété reportée sur le prix de revente du bien</i> ...	136
b) Les obligations de faire	138
2. <i>La propriété de la provision</i>	139
3. <i>Les fonds communs de créances et la copropriété des créances</i>	141
4. <i>Le droit des procédures civiles d'exécution</i>	141
5. <i>La réforme des régimes matrimoniaux</i>	142
6. <i>Autres exemples</i>	143
B. La reconnaissance de la propriété des créances par le législateur québécois	143
1. <i>La définition extensive de la propriété dans le Code civil du Québec</i>	144
2. <i>La copropriété</i>	144
3. <i>La substitution</i>	146
4. <i>Les sûretés</i>	147
5. <i>La saisie des créances</i>	149
§2. La réception jurisprudentielle de la propriété des créances	150
A. Les tribunaux français.....	152
1. <i>La jurisprudence judiciaire</i>	152
2. <i>La jurisprudence constitutionnelle</i>	154
3. <i>La jurisprudence européenne</i>	157
B. Les tribunaux québécois	159
1. <i>La jurisprudence judiciaire</i>	159
a) <i>La jurisprudence antérieure au Code civil du Québec</i>	159
b) <i>La jurisprudence sous l'empire du Code civil du Québec</i>	162
2. <i>La jurisprudence de la Cour suprême du Canada et du Conseil privé</i>	164
Conclusion du chapitre	166

Titre II	169
LA QUALITÉ DE PROPRIÉTAIRE DU CRÉANCIER	169
Chapitre premier	172
LA POSSIBILITÉ D'UNE PROPRIÉTÉ DES DROITS	172
SECTION I.....	172
LE PRÉCÉDENT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	172
§1. Le mouvement de reconnaissance de la propriété intellectuelle	173
A. La reconnaissance de la propriété intellectuelle en droit français.....	173
B. La reconnaissance de la propriété intellectuelle par le droit canadien et québécois	182
§2. Les conséquences de la reconnaissance de la propriété intellectuelle sur la propriété des créances	190
SECTION II.....	191
L'IDENTIFICATION DE LA NOTION DE PROPRIÉTÉ DANS LA TITULARITÉ	191
§ 1. Les attributs de la propriété	195
A. La jouissance de la créance	196
1. <i>Le sens restrictif de la jouissance ou la jouissance des utilités de la chose</i>	<i>196</i>
a) Le jus utendi	196
b) Le jus fruendi	199
c) Le jus abutendi	201
2. <i>Le sens extensif de la jouissance ou l'exclusivité de la propriété</i>	<i>202</i>
B. La disposition du propriétaire de la créance	207
1. <i>Contenu du droit de disposer.....</i>	<i>208</i>
2. <i>Exercice du droit de disposer.....</i>	<i>211</i>
a) L'abandon de la créance	211
b) La constitution de droits réels sur la créance.....	213
c) Le pouvoir de disposer de la créance	219
§2. Les caractères de la propriété.....	220
A. Le caractère « absolu » ou « complet » du droit de propriété	221
1. <i>Le caractère absolu de la propriété du droit français</i>	<i>221</i>
a) Le caractère absolu de la propriété et son application aux créances.....	221
b) La spécificité de la propriété des créances.....	223
2. <i>Le caractère libre et complet de la propriété du droit québécois</i>	<i>227</i>
a) Le caractère libre et complet de la propriété en droit québécois.....	227
b) La spécificité de la propriété des créances.....	229
B. Le caractère perpétuel du droit de propriété	233
Conclusion du chapitre	237
Chapitre second	239
LA POSSIBILITÉ D'UNE PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES	239
SECTION I.....	239
LES OBJECTIONS À LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES.....	239
§1. L'impossibilité de la propriété des créances fondée sur l'opposition de leur nature juridique respective	240
A. La distinction des droits réels et des droits personnels oppose la propriété aux créances.....	240
1. <i>La distinction traditionnelle des droits réels et des droits personnels exclut la propriété des créances</i>	<i>240</i>
2. <i>L'incidence de la remise en cause personnaliste de la distinction des droits réels et des droits personnels.....</i>	<i>245</i>

3. Le rejet de la critique personaliste renouée avec la condamnation de la propriété des créances	248
B. La distinction des droits réels et des droits personnels évacue la dimension réelle du droit	252
§2. L'impossibilité de la propriété des créances fondée sur la similitude de leur nature juridique combinée	254
A. Le problème de la juxtaposition du bien-propriété et du bien-créance dans le patrimoine du propriétaire de la créance.....	254
B. Le problème de la superposition du droit de propriété au droit de créance	255
SECTION II.....	259
LA RÉFUTATION DES OBJECTIONS	259
À LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES	259
§1. Les limites de la distinction des droits réels et des droits personnels	259
A. La contingence de la distinction	259
1. L'absence de la distinction des droits réels et des droits personnels en droit romain.....	260
2. L'origine moderne de la distinction des droits réels et des droits personnels.....	265
B. L'imperfection de la distinction.....	266
1. L'échec théorique de la distinction des droits réels et des droits personnels.....	267
2. L'échec pratique de la distinction des droits réels et des droits personnels.....	274
§2. La compatibilité de la propriété et de la créance	281
A. Le thème de la remise en cause de la nature juridique réelle de la propriété..	281
1. Le caractère douteux de la réalité de la propriété	281
2. Les retombées théoriques de la remise en cause de la nature juridique de la propriété.....	285
a) Le problème de la superposition de droits de natures opposées	285
b) Le problème de la combinaison de biens posée par la propriété des créances	285
B. L'hypothèse du maintien de la nature juridique réelle de la propriété	288
1. La question du double bien du propriétaire de la créance.....	289
2. La question de la superposition de droits du propriétaire de la créance.....	292
a) La reconnaissance des hypothèses de « droit sur droit » en droit positif.....	292
α. Droit français.....	292
β. Droit québécois	295
b) La critique de l'analyse classique des hypothèses de droit sur droit	296
α. La critique de l'analyse traditionnelle de l'usufruit et du gage des créances	296
β. Les prolongements de la critique traditionnelle en matière de propriété des créances	298
Conclusion du chapitre	300
CONCLUSION DU TITRE II :	301
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	303
SECONDE PARTIE	304
LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES	304
Titre I	305
L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES.....	305
Chapitre premier.....	306
L'ACQUISITION DÉRIVÉE.....	306
SECTION I.....	306
LA TRANSMISSION ENTRE VIFS DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES	306

SOUS-SECTION I. LA TRANSMISSION VOLONTAIRE	307
§1. Le droit commun de la transmission des créances	309
A. La cession de créance.....	309
1. <i>Analyse du transfert de la propriété des créances</i>	309
a) L'identification de l'objet du transfert dans le bien.....	309
b) La propriété comme fondement du pouvoir de transférer.....	315
2. <i>Le régime juridique de la cession de créance</i>	318
a) Le régime de la cession de créance entre les parties.....	319
b) L'opposabilité aux tiers de la cession de créance.....	328
B. La subrogation personnelle.....	336
1. <i>Le transfert de la propriété des créances par subrogation personnelle</i>	336
2. <i>L'absence de mise en possession par signification</i>	339
§2. Les modes de transmission des créances dérogoires au droit commun ...	340
A. Le transfert de la créance dans le droit des valeurs mobilières.....	341
1. <i>Le mouvement de dématérialisation des valeurs mobilières</i>	343
a) La dématérialisation de lege lata en droit français.....	343
b) La dématérialisation de lege ferenda en droit québécois.....	351
2. <i>Les modes de transfert de la propriété des valeurs mobilières</i>	353
a) Le transfert par inscription en compte ou tradition symbolique en droit français.....	354
b) La prévalence du système de la tradition réelle en droit québécois...	356
B. Le transfert de la créance de provision dans le droit des effets de commerce.....	359
1. <i>L'utilisation de la technique de la propriété pour protéger la créance de provision en droit français</i>	359
a) Le moment du transfert de la provision.....	361
b) Le rôle de l'acceptation et de la défense de payer faite au tiré.....	365
2. <i>L'utilisation de la technique de la garantie pour protéger les droits du détenteur régulier en droit canadien</i>	368
C. La cession fiduciaire à titre de garantie.....	372
1. <i>La cession fiduciaire en droit québécois</i>	373
a) La fiducie patrimoine d'affectation rompt-elle le lien avec la propriété ?.....	373
b) Fiducie-sûreté et sûreté-propriété.....	382
2. <i>La cession fiduciaire en droit français</i>	384
a) Le projet de loi avorté sur la fiducie.....	384
b) Les fiducies-sûretés innommées en droit français.....	388
SOUS-SECTION II. LA TRANSMISSION FORCÉE	391
§1. La saisie-attribution du droit français	391
§2. La saisie-arrêt du droit québécois	393
SECTION II	394
LA TRANSMISSION À CAUSE DE MORT DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES	394
§1. La transmission des créances par voie de succession ou de legs	395
A. La transmission successorale.....	395
B. Le legs de créances.....	396
§2. L'application du régime de l'indivision successorale aux créances	398
A. Droit français.....	398
B. Droit québécois.....	401
Conclusion du chapitre	404
Chapitre second.....	406
L'ACQUISITION ORIGINAIRE	406
SECTION I	406
L'ACQUISITION FONDÉE SUR LA POSSESSION	406
§1. L'acquisition au titre de l'occupation et de l'acquisition des biens vacants et sans maître	406
A. L'absence d'application pratique de l'acquisition de la propriété des créances par voie d'occupation.....	407

1. L'identité du concept d'occupation en droit français et en droit québécois.....	407
2. La possibilité théorique d'une application de la technique de l'occupation aux créances.....	408
B. L'application aux créances des dispositions relatives à l'acquisition par l'État des biens vacants et sans maître	410
§2. L'usucapion des créances.....	413
A. La condition relative à la possession des créances	414
1. L'existence de la possession des créances.....	414
a) Les limites de la conception matérialiste de la possession.....	415
α. Le paiement au possesseur de la créance.....	415
β. La constitution du gage sur créances par la mise en possession de la créance	418
γ. La mise en possession de l'usufruitier des créances.....	423
b) La possibilité d'une conception intellectuelle de la possession	424
α. Droit français	425
β. Droit québécois.....	429
2. L'absence de vices de la possession	433
B. La condition relative à la durée de la possession.....	434
§3. L'applicabilité aux créances de l'article 2279 du Code civil français dans sa fonction acquisitive.....	435
SECTION II.....	437
L'ACCESSION DES CRÉANCES	437
§ 1. L'application de l'accession par incorporation ou par union aux créances	438
A. Le critère traditionnel de l'accession : la nécessité d'une union matérielle entre deux biens.....	439
B. Le critère possible d'une union intellectuelle ou économique entre les biens.....	440
§2. La présence d'une accession par production en matière de créances	447
A. Le principe de l'acquisition des fruits par le propriétaire par voie d'accession.....	447
B. Les limites au principe de l'acquisition des fruits au propriétaire par voie d'accession.....	454
1. L'hypothèse du prêt de titres.....	454
2. L'acquisition des fruits au bénéfice du simple possesseur.....	454
Conclusion du chapitre	455
CONCLUSION DU TITRE PREMIER	457
Titre II.....	460
LE CONTENTIEUX DE LA PROPRIÉTÉ.....	460
DES CRÉANCES	460
Chapitre premier.....	464
LA REVENDICATION DES CRÉANCES	464
SECTION I.....	468
LA REVENDICATION DES CRÉANCES, SANCTION D'UN CONFLIT DE PROPRIÉTÉ.....	468
§1. Le fondement de la revendication des créances.....	469
§2. La spécificité de la revendication des créances	471
A. La spécificité liée à l'impossibilité d'organiser un régime de publicité satisfaisant pour les créances.....	472
B. Les conditions de la revendication des créances	473
1. L'existence d'un conflit de propriété.....	474
a) L'exclusion des cas où la propriété n'est pas en cause	475
b) L'exclusion des cas où un paiement libératoire a eu lieu	479
c) L'éventuelle condition propre à l'acquisition a non domino en droit français	479

d) L'action paulienne, action en revendication de la créance en valeur ?	480
2. <i>L'existence d'un conflit de propriété portant sur une créance : distinction entre la revendication des créances et la revendication d'une somme d'argent</i>	485
§3. La preuve de la propriété des créances	488
A. La charge de la preuve : l'existence d'une présomption de propriété en faveur du possesseur de la créance	489
1. <i>Droit français</i>	489
2. <i>Droit québécois</i>	491
B. Les modes de preuve	493
1. <i>Droit français</i>	493
a) La preuve parfaite de la propriété des créances	493
b) La preuve indirecte de la propriété des créances	494
2. <i>Droit québécois</i>	495
a) Le régime de la meilleure preuve	495
b) La preuve secondaire	496
SECTION II	496
LE RÉGIME DE LA REVENDICATION DES CRÉANCES	496
§ 1. Le contentieux général de la propriété des créances	498
A. Les cas de revendication des créances en droit français.....	498
1. <i>La revendication du vendeur de meubles sous réserve de propriété</i>	498
a) Le vendeur de meubles sous réserve de propriété peut revendiquer sa créance sur le prix de revente des biens, par l'effet de la subrogation.....	499
b) Le vendeur de meubles est propriétaire d'une créance d'indemnité d'assurance par subrogation	503
2. <i>Le conflit de propriété entre cessionnaires successifs d'une même créance</i>	505
a) Le conflit entre deux cessionnaires de droit commun	507
b) Le conflit entre deux cessionnaires Dailly.....	508
c) Le conflit entre le banquier cessionnaire et le factor	508
3. <i>La revendication du cessionnaire contre le créancier saisissant</i>	509
a) Le conflit entre créancier saisissant et cessionnaire de droit commun	509
b) Le conflit entre créancier saisissant et cessionnaire Dailly	510
4. <i>Le conflit de propriété opposant le cessionnaire d'une créance au bénéficiaire d'une action directe</i>	511
a) Le conflit entre le sous-traitant bénéficiaire d'une action directe et le cessionnaire de droit commun	511
b) Le conflit entre le sous-traitant bénéficiaire d'une action directe et le banquier cessionnaire Dailly	512
B. Les cas de revendication des créances en droit québécois.....	514
1. <i>La revendication du propriétaire d'un meuble perdu ou oublié sur le prix de revente du bien</i>	514
2. <i>Le conflit de propriété entre cessionnaires successifs d'une même créance</i>	516
a) Le conflit entre deux cessionnaires de droit commun	516
b) Le conflit entre deux cessions de créances hypothécaires	518
c) Le conflit entre deux cessionnaires d'une créance constatée dans un titre au porteur	519
3. <i>La revendication du cessionnaire contre le créancier saisissant</i>	519
4. <i>La revendication contre le possesseur ayant acquis a non domino</i>	522
5. <i>Le conflit de propriété entre le cessionnaire d'une créance et le syndic</i>	524
§2. Le contentieux de la propriété des créances transmises par effets de commerce	526
A. Généralités.....	526
1. <i>L'opposabilité au tiré</i>	526

2. L'opposabilité aux ayants cause	527
3. L'opposabilité aux créanciers.....	528
B. Principales hypothèses de conflits	528
1. Le conflit entre le cessionnaire Dailly et le banquier escompteur de la lettre de change.....	529
2. Le conflit entre le sous-traitant bénéficiaire d'une action directe et le banquier escompteur d'une lettre de change	530
Conclusion du chapitre	531
 Chapitre second	533
LA RESPONSABILITÉ DU TIERS COMPLICE DE LA VIOLATION D'UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE	533
 SECTION I.....	535
LES PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE L'ACTION	535
§1. <i>Éléments constitutifs</i>	535
A. Un fait générateur de responsabilité : un acte juridique	536
B. Un préjudice : la violation d'une obligation	536
C. L'importance de l'élément moral	540
§2. <i>Sanctions</i>	542
A. Le principe de la réparation par équivalent en droit français.....	542
B. Le principe de la réparation en nature en droit québécois	544
 SECTION II.....	548
LE FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ACTION	548
§1. <i>La thèse de la force obligatoire des contrats</i>	549
§2. <i>L'hypothèse de la propriété comme fondement de la responsabilité civile du tiers complice</i>	549
Conclusion du chapitre	555
CONCLUSION DU TITRE II	557
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	557
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	559
 BIBLIOGRAPHIE	562
INDEX	600

INTRODUCTION

1- De plus en plus, les créances apparaissent comme des biens dans le droit contemporain. D'un point de vue économique, les créances constituent aujourd'hui, aux côtés d'autres biens incorporels, une part importante des richesses. Progressivement, le concept de bien s'est émancipé de son enveloppe traditionnellement matérielle, pour désigner également les biens incorporels. Le mouvement n'est du reste pas nouveau. Historiquement, les richesses immatérielles étaient prises en compte dès le droit romain et la propriété des droits y était reconnue. Tant l'histoire que l'économie convergent vers une réification des créances, ce qui explique que l'on en soit venu à parler de propriété à leur endroit.

2- C'est à Ginossar que revient le mérite d'avoir, le premier, harmonieusement combiné les notions *a priori* antithétiques de propriété et de créance et identifié la spécificité de la notion de propriété des créances¹. Si la créance s'analyse d'abord en un lien entre créancier et débiteur², à côté de ce rapport relatif -qui constitue la substance de la créance- coexiste un rapport absolu, « *qui en assure simplement la maîtrise au créancier et la protection à l'égard des tiers* »³. C'est ce rapport absolu qui, dans la théorie de Ginossar, prend le nom de propriété. Cette approche conduit à mettre au jour un corps de droit entier, à côté de celui qui règle les rapports entre créancier et débiteur, un droit en quelque sorte externe aux obligations, un droit des obligations considérées en tant que biens.

3- Concept controversé s'il en est, la thèse de la propriété des créances n'a pas été favorablement accueillie par la doctrine majoritaire dans les systèmes civilistes ou de types romano-germaniques⁴. Que n'a-t-on dit sur l'inexactitude de la propriété des

¹ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, L.G.D.J., 1960.

² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, P.U.F., 2000, n° 7, p. 25 : « Dans sa version la plus dépouillée, l'obligation apparaît comme un lien de droit existant spécialement entre deux personnes, en vertu duquel l'une doit faire quelque chose pour l'autre ».

³ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, *op. cit.*, n° 34, p. 85 et 86.

⁴ Pour une critique de la théorie de Ginossar, voir notamment : J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *Rev. trim. dr. civ.* 1962.20. Voir aussi : A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, coll. « Précis Dalloz », t. 1, *Introduction générale ; Les personnes ; Les Biens*, 10^e éd., par L. JULLIOT de la MORANDIÈRE, Paris, Dalloz, 1953, n° 1476, p. 846 ; C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. 4, *Les biens*, par P. VOIRIN, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1938, n° 257, p. 273 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, 2^e éd., t. 3, *Les Biens*, par M. PICARD, Paris, L.G.D.J., 1952, n° 8, p. 11 et 564, p. 566 ; C. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les Biens, droits réels principaux*, 3^e éd., Paris, Economica, 1997, n° 24, p. 21 ; P. JOURDAIN, *Les Biens*, Paris, Dalloz, 1995, n° 5 et 6, p. 6-8 ; H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS,

créances ! Qualifiée de simple abus ou de licence de langage, la notion est généralement proscrite au nom de la rectitude des principes juridiques et en raison de son absence de caractère technique.

Contraire à l'orthodoxie doctrinale, elle est condamnée, non seulement parce que la propriété des biens corporels est considérée comme la seule propriété authentique, mais également parce qu'elle ne s'intègre guère dans la distinction traditionnelle des droits réels et des droits personnels. On a coutume d'opposer la créance, vue comme le « type même du droit personnel », à la propriété, définie comme le « type le plus achevé », ou le « prototype » du droit réel⁵. La propriété des créances ne saurait avoir aucune prétention à la technicité, tant son contenu serait vide de sens ; en aucun cas le régime juridique de la propriété des créances ne saurait être assimilé à celui de la propriété véritable, lequel serait uniquement destiné à régir les biens matériels. Pour ces raisons, plusieurs auteurs considèrent qu'il vaut mieux, au nom de la justesse des concepts, recourir à la notion de *titularité* des créances⁶.

4- Depuis plusieurs années cependant, la question est redevenue d'actualité, sous l'effet de l'utilisation répétée de la notion de propriété des créances par le législateur. Par-delà l'avènement de la propriété intellectuelle, qui avait déjà montré les limites d'une conception strictement matérialiste de la propriété, la notion a été consacrée en droit français dans de multiples hypothèses. Il s'agit, entre autres exemples, de la propriété-garantie, pour laquelle la loi Dailly a expressément reconnu la propriété des créances professionnelles⁷ ; de la propriété des valeurs mobilières,

Leçons de droit civil, t. 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd., par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1994, p. 18 et 114 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les biens*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1980, n° 6, p. 5.

⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, coll. « Quadriges », 4^e éd., Paris, P.U.F., 2003, v° *Créance* : « droit personnel en vertu duquel une personne nommée créancier peut exiger d'une autre nommée débiteur l'accomplissement d'une prestation » ; v° *Propriété* : « type le plus achevé de droit réel ». Voir aussi : C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 6^e éd., Paris, Litec, 2002, n° 59, p. 83 : « La propriété est le droit réel le plus complet qui puisse être reconnu sur une chose. Le propriétaire est titulaire de tous les pouvoirs susceptibles d'être exercés sur un bien : sa maîtrise est sans partage ».

⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, *Les Biens (monnaie, immeubles, meubles)*, 19^e éd., Paris, P.U.F., 2000, n° 43, p. 76 : « [...] si l'on parle sans complexe de l'usufruit des créances, le langage classique veut que le créancier ne soit pas dit propriétaire mais titulaire de la créance » ; P. GOETZ et M. ADDED, *Pratique de la loi Dailly*, Paris, Revue Banque, 1987, p. 10. Voir aussi : J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », (1995) 1 *R.I.D.C.* 33, p. 36 ; B. PIERRE, « Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common law », (1997) 28 *R.G.D.* 235, p. 252 : « *Ownership of an incorporeal thing is not, strictly speaking, accurate in the context of civil law. A distinction is made between the owner of things and the holder of rights* ».

⁷ La loi Dailly - du nom du sénateur qui en est à l'origine et destinée à faciliter le crédit consenti aux entreprises par les banques - du 2 janvier 1981, telle que réformée par la loi du 4 janvier 1984, a institué un mode simplifié de cession ou de nantissement des créances professionnelles. L'article 4 al. 1 de la loi prévoit que la cession transfère au cessionnaire la *propriété* de la créance professionnelle cédée. De même, l'article 1-1 de la loi de 1984 dispose que : « même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et

lesquelles peuvent s'analyser en une variété d'obligations soumises au régime juridique de la propriété, bien qu'elles ne soient plus en principe aujourd'hui matérialisées dans un titre⁸ ; de la propriété de la créance de provision dans le droit des effets de commerce⁹, ou encore, de la pratique de l'apport en société, lorsque cet apport consiste en un apport de la propriété d'une créance, expressément reconnu par le droit positif¹⁰.

Si le droit commercial constitue, sans aucun doute, un domaine d'extension privilégié de la propriété des créances -l'aspect réel de la créance prenant alors toute sa force- ce domaine est loin d'être le seul à avoir consacré la nature juridique de bien de la créance, ce dont témoigne, notamment, l'exemple de la copropriété des créances¹¹, ou celui des régimes matrimoniaux, tels que réformés par la loi du 13 juillet 1965¹². De même, la notion d'usufruit des créances renvoie implicitement à la propriété des créances, la définition légale de l'usufruit étant incompatible avec la notion doctrinale de nue-titularité.

5- La notion de propriété des créances a largement pénétré le langage des juristes¹³. Dès lors, la question se pose de savoir s'il s'agit d'une simple approximation sans conséquences juridiques, ou bien si le modèle traditionnel de la propriété exclusivement corporelle n'a pas éclaté, sous la pression conjuguée de la loi et des tribunaux, qui ont fini par avoir raison des réticences théoriques de la doctrine.

À tout le moins peut-on gagner en clarté et en cohérence, à réfléchir de nouveau à la question de savoir si cet usage réitéré de la notion constitue un simple accident du verbe, dérapage linguistique sans portée réelle, ou s'il s'agit au contraire de l'expression

sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la *propriété de la créance cédée* ».

⁸ L'article 94-II de la loi de finances pour 1982 (loi n° 81-1160, 30 déc. 1981), telle que modifiée par la loi de finances pour 1984 (loi n° 83-1179, 29 déc. 1983) a posé le principe de la dématérialisation des valeurs mobilières.

⁹ La provision désigne la créance du tireur sur le tiré (*infra*, n° 509). Or, l'article 116 al. 3 du Code de commerce dispose : « [...] la *propriété de la provision* est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change ». Voir aussi pour le chèque : l'article 17 du Décret-loi du 30 octobre 1935.

¹⁰ P. KAHN, « L'apport en société du bail rural », *Rev. trim. dr. civ.* 1962.657.

¹¹ Aux termes de l'article 34 alinéa 1 de la loi du 23 décembre 1988 (telle que complétée par le décret d'application n° 89-158, du 9 mars 1989), le fonds commun de créances est « une *copropriété* qui a pour objet exclusif d'*acquérir* des créances détenues par les établissements de crédit ou la Caisse des dépôts et consignations, en vue d'émettre, en une seule fois, des parts représentatives de ces créances ».

¹² L'art. 1404 C.C.f. prévoit que les créances et pensions incessibles forment des propres par nature. Or, l'article art. 1403 al.1 du même code prévoit que : « Chaque époux conserve la *pleine propriété de ses propres* ».

¹³ Voir notamment : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 351, Paris, L.G.D.J., 2001, n° 51, p. 38 : « On parle de la *propriété de la provision de la lettre de change*, de la *revendication des effets de commerce* et le cessionnaire devient *propriétaire de la créance cédée dans la cession Dailly* ».

d'une certaine réalité qui se serait d'abord manifestée par le vecteur privilégié du langage.

6- L'excommunication de la propriété des créances est avant tout doctrinale et repose essentiellement sur des présupposés théoriques, dont on commence à trouver la trace chez les romanistes médiévaux. Loin de se trouver dans le droit romain, qui a au contraire placé les biens corporels et les biens incorporels sur un pied d'égalité, leur remise en cause par le droit contemporain oblige à vérifier leur bien-fondé et, en tout cas, à s'interroger sur leur adéquation à un droit qui les contredit.

7- Il peut sembler téméraire de vouloir revenir sur l'étude d'une notion qui a déjà fait l'objet d'une œuvre magistrale¹⁴. Plusieurs raisons, parmi lesquelles on ne mentionnera ici que les deux principales, ont toutefois paru justifier ce projet. Tout d'abord, la pertinence théorique d'une thèse restée minoritaire en doctrine, mais qui s'impose avec de plus en plus de force en droit positif, mérite d'être à nouveau vérifiée. Le concept de propriété des créances a connu un important développement depuis les années mille neuf cent soixante dix. De plus, d'un point de vue pratique, la question se pose de savoir quel est l'apport, sur le plan technique et explicatif, de la notion de propriété des créances. À ce titre, les conséquences de la thèse de la propriété des créances, en termes de régime juridique, doivent être envisagées.

8- Le droit comparé fournit un outil précieux, s'agissant des institutions juridiques controversées. En *common law*, l'idée d'une propriété des choses mobilières incorporelles (*choses in action*), en particulier des créances, est présente depuis longtemps. Sous l'influence de l'*Equity* et aujourd'hui du droit commercial, le système typique de la *common law* qu'est le droit anglais, considère les créances comme des objets de propriété¹⁵.

La notion même de propriété a connu une évolution. Au milieu du XVIII^e siècle, Blackstone définissait la propriété (*ownership*) comme la relation d'exclusivité entre une personne (*a person*) et une chose matérielle (*a thing*)¹⁶. Pour tenir compte de

¹⁴ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, L.G.D.J., 1960.

¹⁵ M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, *Fondements du droit anglais des biens*, thèse Strasbourg III, 1996, notamment p. 194 et 200. Voir aussi : J.E. CRIBBET, *Principles of the Law of Property*, 2nd ed., New York, The Foundation Press Inc., 1975, p. 4 : « Real property relates to land and those things [...] which are more or less permanently attached to it. Personal property describes all other things which are subject to individual rights, whether they are tangible or intangible ».

¹⁶ Il décrivait la propriété comme « the sole and despotic dominion which one man claims and exercises over external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe » :

l'extension de la propriété aux objets incorporels, la propriété est désormais plutôt présentée comme un faisceau de droits (*bundle of rights*)¹⁷. Cette définition, qui s'applique tant à la propriété des objets matériels qu'à celle des objets immatériels¹⁸, permet d'éviter un dédoublement, jugé insatisfaisant, de la définition de la propriété entre une propriété des corps et une propriété des droits¹⁹.

Les choses qui peuvent être appropriées selon la *common law*, se divisent en choses matérielles (*material objects*) et en choses immatérielles (*incorporeals*)²⁰. La *summa divisio* du droit anglais des biens est la distinction entre la *real property* (ou *realty*) et la *personal property* (ou *personalty*)²¹. Cette distinction, qui date du Moyen-Âge, tire son origine des différentes formes d'actions, réelles ou personnelles²². En dépit d'une absence de concordance parfaite, on peut rapprocher cette distinction de celle des immeubles (*real property*) et des meubles (*personal property*)²³. Parmi les choses ou biens personnels (les *chattels*), on distingue les *chattels real* des *chattels personnels*. Ces derniers, biens personnels purs, se subdivisent en choses possessoires (*choses in possession*²⁴) et choses non possessoires (*choses in action*²⁵), dont font partie les créances, les actions des sociétés ou les brevets. Si la catégorie résiduaire des « choses in action » est hétérogène²⁶, ses éléments ont pour point commun d'être des objets de

W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, Chicago, The University of Chicago Press, 1979, p. 2.

¹⁷ Sur l'image du 'bundle of rights' : N. KASIRER, « The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles », (2002) 10 *European Review of Private law* 417, p. 423 ; A. BOUDREAU-OUELLET, « Aspects conceptuels et juridiques du droit de propriété », (1990) 21 *R.G.D.* 169, p. 172 : « En *common law* [...] (l) le droit de propriété est conçu comme un ensemble de droits multiples ».

¹⁸ L. THORNE MCCARTY, « Ownership : A case study in the representation of legal concepts », (2002) 10 *Artificial Intelligence and Law* 135, p. 137 ; J.E. CRIBBET, *Principles of the Law of Property*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹ J. W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7th ed., Sweet and Maxwell, London, 1924, p. 279 : l'auteur condamne la double référence à la propriété des choses et à la propriété des droits ; puisqu'il est plus facile d'intégrer la propriété des choses dans la propriété des droits que l'inverse, c'est la définition par la propriété des droits qu'il faut choisir. *Contra* : A.M. HONORÉ, « Ownership », dans A.G. GUEST (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence : a collaborative work*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 134.

²⁰ A.M. HONORÉ, « Ownership », *loc. cit.*, p. 131.

²¹ M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, thèse préc., p. 12 ; E. GILLESE et D. MENDÈS DA COSTA, *Property Law, Cases, Text and Materials*, 2nd ed., Toronto, Montgomery Publications, 1990, p. 1.

²² Alors que l'action réelle permet au demandeur d'obtenir la chose elle-même, l'action personnelle permet au défendeur de payer une somme d'argent équivalente à la valeur du bien. Ainsi, le droit anglais distingue les actions selon la réparation qui est demandée, restitution ou indemnisation : T.C. WILLIAMS, « The terms Real and Personal in English Law », (1988) 4 *L.Q.R.* 394. Au contraire, la distinction romaine des actions *in rem* et *in personam* repose sur la nature du droit invoqué : M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, thèse préc., p. 13.

²³ M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, thèse préc., p. 13-15. Voir aussi : G. SNOW (dir.), *Vocabulaire de la Common Law*, t. 1, *Droit des biens- Procédure civile*, Moncton, Les éditions du centre Universitaire, 1980, p. 99 et 109.

²⁴ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, *op. cit.*, p. 384 : les choses possessoires désignent les choses à la fois matérielles, mobiles et visibles, dont on peut prendre possession.

²⁵ *Ibid.* : il s'agit de choses que l'on ne peut posséder ou reprendre soi-même directement (*self help*).

²⁶ Cette catégorie comporte toutes les choses qui ne sont ni immobilières, ni mobilières corporelles.

propriété. Le droit anglais considère comme tels tout élément patrimonial qui a une valeur marchande ou une utilité pratique²⁷.

9- Pourtant, les notions de propriété en droit civil et d'*ownership* en *common law* sont différentes, ce qui peut rendre contestable, sur un plan théorique, la comparaison entre ces deux systèmes. En droit français, la conception de la propriété est celle d'une « *propriété de type unitaire, concentrée entre les mains d'un titulaire unique, le propriétaire, qui a sur son bien le maximum de pouvoirs : usus, fructus, abusus* »²⁸. Au contraire, dans la conception anglaise, l'idée centrale est que « *la véritable propriété n'existe pas en ce qui concerne les immeubles. Nul, hormis peut-être le roi, ne saurait concentrer entre ses mains la totalité des attributs d'une propriété qui, à cette époque, était aussi souveraineté. Le principe ne peut donc être [...] la propriété pleine et entière, c'est-à-dire un droit absolu et presque sans limites, mais seulement un démembrement de cette propriété. On n'aura jamais, en Angleterre, la propriété d'une terre ; on aura simplement, sur cette terre, un certain intérêt, ou un faisceau d'intérêts – que l'on dénommera un estate [...]. La notion d'estate exprime l'idée de l'intérêt juridique qui appartient à une personne sur une chose [...]. La notion d'estate ainsi substituée à celle de propriété, rien n'apparaîtra plus naturel en Angleterre que les 'démembrements de la propriété' »*²⁹.

Le domaine de la propriété en *common law* est par ailleurs beaucoup plus étendu que celui de la propriété civiliste et déborde largement le cadre du seul droit des biens³⁰. On ne saurait donc réellement s'appuyer sur l'exemple de la *common law* pour tirer des arguments en faveur de la propriété des créances dans un système de type romano-germanique, sauf à confondre les deux notions, ce qui constituerait un processus d'assimilation contestable, au moins sur le plan culturel. De plus, la *common law* est étrangère aux arguments qui sont à la base de la condamnation de la propriété des créances : elle ne connaît ni la théorie de l'incorporation dans son objet, ni la distinction

²⁷ M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, thèse préc., p. 17.

²⁸ R. DAVID et X. BLANC-JOUVAN, *Le droit anglais*, coll. « Que sais-je », 7^e éd., Paris, P.U.F., 1994, p. 105.

²⁹ R. DAVID et X. BLANC-JOUVAN, *Le droit anglais, op. cit.*, p. 106 et 107. Selon certains auteurs, le contraste entre les deux conceptions de la propriété ne serait pas aussi tranché. Cette thèse passe pourtant par une identification de la propriété dans la notion de *property* plutôt que dans celle d'*ownership*. La *property* serait alors « non pas l'objet approprié, mais le rapport d'appropriation lui-même : F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981, n° 236, p. 317.

³⁰ D. POIRIER, *Introduction générale à la common law*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 94 et 95.

des droits réels et des droits personnels³¹, ni la difficulté rencontrée dans les systèmes civilistes à qualifier de biens les choses immatérielles³².

La trop grande différence entre la propriété en droit civil et la propriété en *common law*³³, ainsi que l'absence d'arguments théoriques majeurs s'opposant à la reconnaissance de la propriété des créances dans le système de *common law*, ont conduit à rechercher un autre modèle de comparaison.

10- C'est sur le droit québécois qu'a finalement porté notre dévolu comparatif. En effet, le droit québécois, système romano-germanique teinté de *common law*, permet de faire le lien entre ces deux types de systèmes juridiques naturellement opposés. La question n'est pas tant de savoir si la *common law* accepte la propriété des droits, ce qui a déjà été amplement démontré³⁴ et ne pose en réalité guère question³⁵, mais de déterminer si les systèmes civilistes, avec les instruments et concepts théoriques qui les caractérisent, sont ou non capables d'accueillir cette nouvelle réalité du droit pour, dans une certaine mesure, emboîter le pas aux systèmes de *common law*. À ce titre, le droit québécois se révèle être un terrain de comparaison particulièrement fertile, puisqu'il n'a pas hésité à intégrer des institutions de *common law*, telle la fiducie, mais avec les concepts d'un système de type romano-germanique.

³¹ M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, thèse préc., p. 11 : le droit anglais « ne conçoit pas le droit comme une prérogative d'une personne sur une chose ou sur une autre personne et ne connaît dès lors pas de distinction précise entre le droit réel et le droit de créance » ; R. DAVID et X. BLANC-JOUVAN, *Le droit anglais*, op. cit., p. 107.

³² M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, thèse préc., p. 10 : « le droit anglais des biens n'a jamais eu de problèmes à reconnaître aux multiples éléments patrimoniaux incorporels le statut de bien à part entière ».

³³ Le droit anglais ne connaît pas une propriété absolue, le véritable propriétaire n'étant jamais que celui ayant un meilleur titre : M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, thèse préc., p. 296. Voir aussi : A. BOUDREAU-OUELLET, « Aspects conceptuels et juridiques du droit de propriété », loc. cit., p. 172 : « On n'est pas, techniquement du moins, propriétaire d'une parcelle de terre ; mais on la 'tient' de la Couronne, ce qui vient à dire qu'on est propriétaire d'un 'intérêt' dans le bien, plutôt que du bien lui-même ». Certains auteurs considèrent néanmoins que les meubles, n'étant pas soumis à la doctrine des tenures ni à celle des *estates* (voir notamment : F. H. LAWSON et B. RUDDEN, *The Law of Property*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 95), peuvent faire l'objet d'une propriété absolue et indivisible, contrairement aux immeubles : R.M. GOODE, *Commercial law*, London, Penguin books, 1982, p. 55.

³⁴ Voir notamment : M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, thèse préc., qui défend la thèse d'après laquelle le système de Ginossar correspond parfaitement au droit anglais des biens.

³⁵ En *common law*, la propriété porte indifféremment sur des choses corporelles et incorporelles : J.E. CRIBBET, *Principles of the Law of Property*, op. cit., p. 4. Plusieurs raisons peuvent être avancées pour expliquer la plus grande perméabilité de la *common law* à la propriété des droits, dont notamment le fait que la *common law* n'a pas connu le phénomène de redécouverte du droit romain qui s'est produit ailleurs à l'époque du Moyen-Âge et qui a déformé le droit romain. On peut encore mentionner la faible importance de la distinction des droits réels et des droits personnels en *common law* et, plus généralement, l'approche pragmatique de ce système de droit.

11- L'intérêt du droit québécois se révèle d'abord en ce qu'il constitue un véritable laboratoire de droit comparé, l'histoire de ce droit en ayant fait un système juridique mixte³⁶. L'originalité du droit de la province de Québec réside dans la coexistence et le concours, sur son territoire, de l'ancien droit, du droit français moderne et du droit anglais³⁷. La prise de conscience de la valeur du droit québécois pour le comparatiste en général et pour le juriste français en particulier, n'était pas étrangère à Capitant, qui regrettait qu'il ne soit pas plus connu et plus souvent cité en France³⁸. Non seulement le droit québécois constitue-t-il un système de droit civil, mais il est un terrain privilégié pour le droit comparé, dès lors qu'il est soumis, dans une certaine mesure, à l'influence de la *common law*³⁹.

Si certains auteurs ont pu émettre des réserves sur le choix comparatif d'« ordres juridiques *dérivés* »⁴⁰, l'utilité de l'étude de ces droits se vérifie néanmoins à l'analyse, en raison des particularités qu'ils développent par rapport à l'ordre juridique souche. Comme le soulignait le comparatiste Constantinesco, « *on ne doit pas croire que l'existence de prototypes juridiques permette d'ignorer les ordres juridiques dérivés* »⁴¹ ; la comparaison du droit français et du droit québécois pourrait donc s'avérer fructueuse.

³⁶ Voir notamment : H.P. GLENN, « Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance », dans H.P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 577, à la page 577 ; P.-G. JOBIN, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents », dans *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance, op. cit.*, p. 91, à la page 91 ; A. POPOVICI, « Droit comparé, sources du droit privé- Aspects de l'intégration juridique au Québec », (2001) 35 *R.J.T.* 777, p. 3.

³⁷ G. LE MOYNE DE SÉRIGNY, *Au carrefour de trois systèmes juridiques, le droit civil de la province de Québec*, Université de Bordeaux, Faculté de droit, 1950, p. 9 ; J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *loc. cit.*, p. 34 : « Le droit québécois a toujours offert un intérêt certain pour les comparatistes ». En effet, « [l]e fond de son droit privé puise ses racines dans l'ancien droit français qui fut transplanté au nouveau monde au XVII^e siècle grâce à la volonté de Louis XIV. Ce droit, adapté aux exigences socio-économiques locales et ayant emprunté sur plusieurs points à la *common law*, s'exprime depuis 1866, en principe, sous la forme d'un droit civil écrit [...] ».

³⁸ H. CAPITANT, « L'évolution du droit de la famille depuis le Code civil », dans *Journées du droit civil au Canada*, Paris, Dalloz, 1935, p. 1.

³⁹ Le Canada est un État fédéral, dans lequel le pouvoir législatif appartient à onze parlements. Au-delà de certaines variations inévitables, il existe une unité juridique fondamentale entre les neuf provinces anglophones, qui ont toutes adopté et conservé le droit anglais : J.-M. BRISSON, J. LECLAIR et A. MOREL, *Sources et formation du droit : DRT 1108*, Montréal, Coop Droit Université de Montréal, 1994-1995, p. 1.

Seul le Québec détone dans cette uniformité, puisque cette province se rattache, par ses sources et sa conception du droit, aux systèmes de type civiliste.

⁴⁰ P. ARMINJON, B. NOLDE et M. WOLFF, M., *Traité de droit comparé*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 47. Les « ordres juridiques *dérivés* » s'opposent aux « ordres juridiques *souches* », c'est-à-dire caractéristiques d'un groupe de systèmes juridiques.

⁴¹ L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 41.

12- L'étude du droit québécois est également attrayante, en raison de la réforme de son code civil, qui a fait progresser la thèse de la propriété des créances. Le récent Code civil du Québec, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, a remplacé, dans la définition qu'il donne de l'objet de la propriété, le terme « chose » -anciennement adopté par le Code civil du Bas Canada- par celui de « bien », le législateur ayant également précisé que les biens sont corporels et incorporels⁴². Alors que certains ont vu dans cette modification terminologique un simple *lapsus linguae*, plusieurs spécialistes du droit des biens québécois y ont vu le signe d'une expansion de l'objet de la propriété à l'immatériel et considèrent que la propriété peut désormais porter tant sur les choses, ou biens corporels, que sur les droits, ou biens incorporels⁴³.

Si le droit français est traditionnellement considéré comme niant la possibilité d'une authentique propriété des créances et le système de *common law* comme l'acceptant, le droit québécois, système civiliste teinté de *common law*⁴⁴, pourrait alors constituer une sorte de troisième voie.

13- Le principal enjeu théorique d'une étude sur la propriété des créances, en droit français et en droit québécois, revient à se prononcer sur la *possibilité théorique de la notion* de propriété des créances. La question essentielle est de savoir si l'on peut juridiquement employer le terme propriété (propriété au sens propre, ou propriété au sens technique) pour désigner la relation qui unit le créancier à sa créance, ou bien s'il faut s'en tenir à la notion de titularité.

⁴² Art. 947 C.c.Q. : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien [...] » ; art. 899 C.c.Q. : « Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles ». Comparez avec l'art. 406 C.c.B.C. : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ».

⁴³ Voir notamment : R.A. MACDONALD, « Reconciving the Symbols of Property : Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) 39 *R.D. McGill*. 761 ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 96 : « Le droit de propriété porte nécessairement sur un bien qui peut être corporel ou incorporel (les droits intellectuels, les titres négociables et les créances) (899 C.c.Q.). L'objet ne comprend donc pas que des biens matériels, il inclut aussi des biens dématérialisés » ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n° 205, p. 135 : « Le droit de propriété porte sur 'un bien' (947 C.c.Q.) (...) et non pas seulement sur une chose (nécessairement matérielle, appropriable) comme le prévoyait l'article 406 C.c.B.-C. Les biens pouvant être corporels ou incorporels, le droit de propriété affecte indifféremment les uns ou les autres (899, 1784 C.c.Q.). Juridiquement, il devient donc exact de parler de la propriété d'un droit personnel ou intellectuel ».

⁴⁴ L'influence de la *common law* sur le droit québécois est à la fois historique, géographique et institutionnelle. En plus de l'influence historique de la *common law*, il faut admettre l'influence de la *common law* sur le droit québécois, en raison de sa position géographique. Enfin, plusieurs auteurs considèrent que la *common law* infiltre, dans une certaine mesure, le droit de la province de Québec, notamment par le biais de la Cour Suprême du Canada, qui concourt à l'unification du droit canadien : G. LE MOYNE DE SÉRIGNY, thèse préc., p. 8 ; J.-L. BAUDOIN, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour Suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 715, p. 718.

Le problème soulevé par cette question constitue davantage qu'une simple querelle de mots : l'une des principales tâches du juriste n'est-elle pas de *qualifier*⁴⁵ ? La question de la qualification est d'autant plus importante pour notre sujet, qu'elle a trait à un droit fondamental de premier ordre, puisqu'il s'agit de la propriété. Certains auteurs ont dénoncé une extension de la propriété en dehors de ses frontières naturelles ; pour donner une meilleure protection à un droit, une tentation existerait de le faire qualifier de propriété, afin d'obtenir le statut de ce droit. Il convient de vérifier si la propriété des créances peut encourir ces reproches, si elle constitue une usurpation ou si elle doit au contraire s'imposer.

14- La question du domaine de la propriété est fondamentale. Envisager la propriété des créances revient à apporter une contribution à l'étude de *l'objet de la propriété*. Si l'on admet que la propriété est la technique d'appropriation des choses utiles, ne faut-il pas reconnaître que l'objet de la propriété puisse se transformer et s'enrichir en fonction de l'évolution des biens, donc en corrélation avec ce que la société considère, à un moment donné, comme utile ? Les biens incorporels ayant pris une place dominante dans les patrimoines, il convient d'évaluer quel dénouement doit être donné à la contradiction opposant une doctrine traditionnellement réfractaire à la notion de propriété des créances et un droit positif, de plus en plus perméable à la reconnaissance de la notion étudiée.

Si cette confrontation amène à conclure à l'existence de la propriété des créances, il restera à déterminer s'il s'agit d'une nouvelle forme de propriété ou d'une propriété dont la *nature* est identique à celle de la propriété des biens corporels. Dans cette deuxième hypothèse, le principal intérêt pratique de l'étude serait de mettre en évidence comment le droit adapte le *régime de la propriété* aux biens incorporels que sont les créances.

15- Si la notion de propriété des créances a été examinée auparavant, il importe aujourd'hui plus qu'hier, de se prononcer sur sa véracité juridique. Le premier objectif de cette étude est donc de déterminer si la notion de propriété peut s'appliquer aux créances, autrement dit, si la propriété des créances existe.

La question de l'existence de la propriété des créances est préjudicielle : réglée par la négative, il conviendrait de montrer que ce que l'on identifie comme un droit

⁴⁵ C'est bien grâce à la qualification que le juriste fait le lien entre le fait et le droit et qu'il décide si telle situation de fait ressortit de telle ou telle notion ou catégorie juridique, ce qui lui permet d'en tirer des conséquences quant au régime juridique. Ici, il s'agit de qualifier la nature du droit du créancier sur sa créance : s'agit-il d'un droit de propriété ? Si oui, le régime juridique de la propriété doit pouvoir *grosso modo* être appliqué aux créances.

« réel » des créances n'existe pas et peut s'expliquer par des mécanismes propres au droit des obligations. Au contraire, résolue par l'affirmative, un régime juridique de la propriété des créances devrait alors pouvoir être identifié.

C'est vers cette dernière conclusion que nos développements ont convergé, l'analyse de la notion controversée de la propriété des créances nous ayant conduit à admettre l'existence juridique de la propriété des créances. Le régime juridique de la propriété des créances a donc été envisagé, afin de préciser son contenu technique et de vérifier si ce régime est suffisamment proche du régime juridique traditionnel de la propriété matérielle, pour qu'on y découvre encore la propriété. S'agissant de la méthodologie adoptée, la démarche s'est voulue à la fois descriptive (pour rendre compte des arguments doctrinaux et du droit positif), mais aussi critique (afin d'évaluer les arguments doctrinaux et d'analyser le droit positif) et enfin constructive, dans l'élaboration d'un régime juridique cohérent de la propriété des créances.

16- La dichotomie entre l'existence et le régime de la propriété des créances mérite d'ores et déjà d'être relativisée, car l'existence se nourrit du régime et réciproquement. La démonstration de la propriété des créances n'est pas seulement théorique, elle est aussi technique. C'est à l'étude de ces deux aspects que seront consacrées nos deux parties, l'existence juridique de la propriété des créances (première partie) entraînant l'analyse du régime juridique de la propriété des créances (seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE

L'EXISTENCE JURIDIQUE DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

17- La propriété des créances est une notion qui porte toujours la trace des controverses doctrinales qu'elle a suscitées et qu'elle appelle, aujourd'hui encore, chez une partie des auteurs. Les systèmes juridiques de tradition romano germanique sont plus réfractaires que ceux de *common law* à admettre l'existence⁴⁶ de la propriété des biens incorporels et, plus spécifiquement, celle de la propriété des créances⁴⁷. L'analyse, traditionnellement restrictive, de la notion de bien s'y oppose.

L'un des principaux objectifs de ce travail réside dans l'examen de la recevabilité de la notion de propriété des créances dans les deux droits étudiés. Il s'agit non seulement de voir que l'analyse de la créance en un bien objet de propriété a une positivité certaine, mais également et surtout, de rechercher si le fait de considérer les créances comme des objets possibles de propriété est juridiquement exact, dans un système de type civiliste.

La question mérite d'être envisagée tant du point de vue de l'objet de droit du créancier, que du point de vue subjectif de la nature juridique du droit du créancier. Montrer que la créance est un bien, ce qui fera l'objet de notre titre I, ne suffit pas à affirmer l'existence juridique de la propriété des créances ; encore faut-il

⁴⁶ Nous utilisons ici le terme « existence » de la propriété des créances pour rendre compte de la réalité de cette notion, qui touche tant sa possibilité logique, que sa reconnaissance juridique. Sur la notion d'existence : E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Éditions Universitaires, Marcel Bon, 1958, v° Existence : « État de ce qui existe... ; Réalité. L'existence d'un complot, d'un fait » ; v° Exister : « Avoir l'être ; simplement être, se trouver ; Impers. *Il existe une loi qui [...]* ».

P. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, A. REY et J. REY-DEBOVE (dir.), Paris, Le Robert, 1991, v° Existence : « 1° Le fait d'être ou d'exister, abstraction faite de ce qui est [...]. 2° *Le fait d'exister, d'avoir une réalité (pour un observateur)* ». Voir aussi : *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, t. 6, Paris, Larousse, 1989, v° Exister : « 1. Avoir la vie, vivre [...]. 2. Être dans la réalité, se trouver quelque part [...]. 3. *Avoir une réalité [...]*. 4. *Avoir de l'importance, de la valeur [...]*. 5. Syn. Soutenu de *Il y a* ».

⁴⁷ Voir notamment : B. PIERRE, « Classification of Property and Conceptions of Ownership in civil and Common Law », (1997) 28 *R.G.D.* 235, p. 252 ; M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, *Fondements du droit anglais des biens*, thèse Strasbourg III, 1996.

confirmer que le créancier est un propriétaire, plutôt qu'un simple titulaire, ce qui fera l'objet de notre titre II.

Titre I

LA QUALITÉ DE BIEN DE LA CRÉANCE

18- Traditionnellement, la doctrine, tant française que québécoise, considère que seuls les choses ou les biens matériels peuvent faire l'objet de propriété. La propriété des créances ne saurait donc être reconnue sans admettre la qualité de bien de la créance, le bien étant ici entendu au sens général de chose susceptible d'appropriation.

Si, en droit français, le législateur a identifié l'objet de la propriété dans la chose, ce dernier concept étant volontiers associé à la matérialité, les codificateurs du récent Code civil du Québec ont défini la propriété comme portant sur des biens.

Dans les deux droits étudiés, la qualité de bien de la créance suppose, non seulement l'existence générale –autrement dit, la reconnaissance juridique– des biens incorporels (chapitre I), mais également l'existence spécifique du bien créance (chapitre II).

Chapitre premier

L'EXISTENCE DES BIENS INCORPORELS

19- La condamnation de la propriété des créances étant avant tout issue d'un refus doctrinal, c'est sur les constructions élaborées par les auteurs en la matière qu'il convient, tout d'abord, de se pencher. L'idée d'après laquelle les biens objets de propriété sont nécessairement corporels est présente tant en droit français qu'en droit québécois, même si la doctrine québécoise est, depuis l'entrée en vigueur du Code civil du Québec, davantage réceptive que son homologue française, à admettre la propriété des biens immatériels. Non seulement l'analyse restrictive traditionnelle de l'objet de la propriété n'est-elle pas la seule possible, mais nous verrons qu'elle est également critiquable dans ses fondements mêmes.

C'est pourquoi, après avoir exposé le contenu de l'analyse classique, telle qu'elle a été formulée par les auteurs français et québécois (section I), nous en proposerons la critique (section II).

SECTION I.

L'ANALYSE TRADITIONNELLEMENT RESTRICTIVE DE L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ

20- Bien que la plupart des auteurs admettent désormais la possibilité logique des propriétés intellectuelles, l'argument de l'assise corporelle de la propriété authentique est toujours avancé en doctrine, lorsqu'il s'agit de dénoncer l'inexactitude de la notion de propriété des créances. Une étude de la thèse de la propriété corporelle s'avère donc nécessaire.

L'analyse classique de la propriété a été élaborée, en France comme au Québec, par des juristes convaincus que la propriété au sens propre ne saurait avoir pour objet que des corps (§1). À ce principe, est corrélative la théorie de l'incorporation du droit de propriété dans son objet, qui veut que la propriété s'identifie dans une chose, par hypothèse matérielle (§2).

§1. La réduction de l'objet de la propriété aux corps

21- La question de l'objet de la propriété pose le problème de la définition de la chose et de son rapport avec les notions juridiques voisines de bien et de droit. L'analyse de ces concepts essentiels du droit des biens est traditionnellement considérée comme ayant pour assise le droit romain. Pour de nombreux auteurs, la définition classique de la propriété ayant pour objet les seuls corps, ne ferait que reprendre la conception romaine de la propriété⁴⁸. Ainsi, Esmein, à la question qu'il posait de savoir s'il convenait de parler de propriété uniquement à propos des biens matériels, répondait ainsi que les « catégories [...] établies dans le domaine du droit *en partant des conceptions romaines*, incitent à répondre affirmativement », avant d'ajouter que dans le Code Napoléon, « *le titre De la propriété se limite à ces biens* »⁴⁹.

C'est pourquoi, après avoir rendu compte de l'interprétation classique des textes contemporains relatifs à l'objet de la propriété (A), nous exposerons le fondement historique qui sert couramment de soubassement à cette interprétation (B).

A. L'interprétation des textes

22- Le Code Napoléon ayant précédé les codes civils québécois et, par conséquent, les commentaires doctrinaux qui s'y rattachent, il convient de rendre compte de l'analyse de la doctrine française traditionnelle (1), avant d'exposer celle de la doctrine québécoise⁵⁰ (2).

1. L'interprétation de la doctrine française

23- En France, la doctrine classique estime que le droit de propriété de l'article 544 du Code civil a été uniquement pensé pour les choses corporelles⁵¹. On admet généralement que les choses, qui sont le genre, désignent tout ce qui existe dans le monde sensible, alors que les biens sont l'espèce du genre chose et font plus

⁴⁸ C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 257.

⁴⁹ P. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi*, Paris, Les cours de droit, 1957, p. 8.

⁵⁰ Par souci de cohérence, cet ordre de présentation sera en principe conservé pour l'ensemble de ce travail.

⁵¹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 9, *Traité de la distinction des biens*, Paris, Imprimerie générale, 1878, n° 538-540 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, *op. cit.*, t. 3, n° 564 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, t. 1, par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, p. 1420 et 1476 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les Biens*, *op. cit.*, n° 2, p. 1.

spécifiquement référence aux choses susceptibles de propriété⁵². À partir de cette analyse de la relation entre les biens et les choses, la doctrine a fourni une interprétation restrictive de l'objet de la propriété, en considérant le terme « chose » utilisé par le législateur dans sa définition de la propriété⁵³, comme s'appliquant exclusivement aux choses matérielles. Ainsi expose-t-on, traditionnellement, que la propriété ne concerne que les biens corporels⁵⁴ et que le droit de propriété, dans le sens technique qui est celui du Code civil, porte uniquement sur un objet matériel⁵⁵. Dans une telle construction, les auteurs, y compris dans la doctrine contemporaine, jugent nécessairement avec sévérité l'extension de la propriété « au sens propre » à tous les biens, y compris incorporels⁵⁶.

24- En plus de ce lien spécifique entre les choses du monde sensible et les biens juridiques, le caractère restrictif de la définition de l'objet de la propriété s'explique par l'interprétation des rapports entre les concepts de droit et de bien. La doctrine n'a pas toujours eu la même conception du lien existant entre ces deux notions⁵⁷. Les premiers auteurs, suivant la lettre du Code civil, avaient défini les droits comme une forme de bien⁵⁸. Puis au XIX^e siècle, la doctrine classique, sous l'influence du subjectivisme juridique dominant à l'époque, a défini les droits comme une relation unissant les personnes aux biens⁵⁹. La séparation entre le droit, vu comme une émanation du sujet, et son objet (le bien) était alors clairement effectuée⁶⁰. Enfin, au XX^e siècle, une nouvelle évolution s'est faite dans le sens d'une conception plus objective des droits relatifs aux biens⁶¹. Cette dernière conception a opéré un certain

⁵² C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 2, 7^e éd. par P. ESMEIN, Paris, Librairies techniques, 1961, § 162, n° 1 ; J. CARBONNIER, *Les Biens*, *op. cit.*, n° 45, p. 83 : « Toutes les choses ne sont pas des biens. C'est qu'il faut une possibilité d'appropriation pour faire un bien d'une chose [...]. À l'inverse, tous les biens ne sont pas des choses (à moins de prendre ce dernier terme dans son acception la plus vague). L'univers du juriste n'est pas celui que nous livrent les sens et le droit connaît des biens immatériels ».

⁵³ Aux termes de l'article 544 du Code civil, la propriété est « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue [...] ».

⁵⁴ A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, t. 1, n° 695.

⁵⁵ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, *op. cit.*, t. 3, n° 564 ; C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 158.

⁵⁶ Voir notamment : P. JOURDAIN, *Les biens*, *op. cit.*, n° 6, p. 7 ; H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Les Biens*, *op. cit.*, p. 18 et p. 114 ; C. LARROUMET, *Les Biens*, *op. cit.*, n° 24, p. 21 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 10^e éd., Paris, Armand Colin, 2002, p. 11.

⁵⁷ Sur cette évolution : F. ZENATI, thèse préc., n° 19, p. 36 ; R. SAVATIER, *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1969, n° 16-19.

⁵⁸ V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 2, 6^e éd., Paris, Delamotte, 1869, p. 392.

⁵⁹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, *op. cit.*, t. 9, n° 1 ; C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, *op. cit.*, t. 2, p. 8.

⁶⁰ F. ZENATI, thèse préc., n° 20, p. 37.

⁶¹ Cette mutation s'est faite parallèlement à l'apparition du concept de droit patrimonial, qui est venu limiter le concept de droit subjectif.

retour aux textes, mais reste toujours marquée par l'influence du subjectivisme juridique.

25- La doctrine adopte majoritairement une définition bicéphale de la notion de bien. Si les biens sont parfois analysés comme des objets de droit nécessairement matériels⁶², ils sont également considérés comme les droits portant sur les choses⁶³. Ils désignent donc tantôt les choses, objets matériels supports des droits, tantôt les droits qui reposent sur elles⁶⁴. Plus ou moins sciemment, les auteurs utilisent à leur gré l'une ou l'autre de ces deux significations du terme bien. Lorsqu'il s'agit de définir l'objet de la propriété en tant qu'il porte sur des biens, le terme est identifié aux biens corporels et l'on exclut que la propriété puisse porter sur un droit – contrairement à la conclusion à laquelle la doctrine devrait arriver, avec sa définition du droit comme une catégorie de bien. En revanche, pour expliquer la distinction des biens corporels et des biens incorporels, dont la doctrine admet qu'elle apparaît aux articles 516 et suivant du Code civil⁶⁵, les auteurs identifient les biens incorporels aux droits portant sur les choses. Paradoxalement, la propriété est considérée comme étant le seul bien corporel.

26- La réduction doctrinale de l'objet de la propriété aux corps résulte donc, d'une part de la réduction des choses aux corps et d'autre part, de la relation particulière que la doctrine a tissée entre les concepts de bien et de droit. Une certaine ambiguïté existe relativement à la notion de droit qui, si elle a un sens objectif lorsqu'on analyse les textes, est souvent ramenée en doctrine à un sens purement subjectif de prérogative portant sur les biens. Le sens objectif des droits étant obéré lorsqu'il s'agit de définir l'objet de la propriété, les biens objet de propriété sont alors considérés comme nécessairement corporels.

On retrouve un raisonnement relativement similaire chez une partie de la doctrine québécoise traditionnelle.

⁶² P. JOURDAIN, *Les Biens*, op. cit., n° 1, p. 1 ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, coll. « Domat droit privé », 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, n° 45, p. 30.

⁶³ C. ATIAS, *Les biens*, op. cit., n° 27 ; C. LARROUMET, *Les Biens*, op. cit., n° 2.

⁶⁴ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, *Théorie générale du droit et des droits*, 2^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1932, n° 1317 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, op. cit., t. 1, n° 1425 ; C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, op. cit., t. 4 par P. VOIRIN, n° 2 et 3 : « le mot bien désigne d'abord les choses [...] et désigne en outre les droits dont les choses sont l'objet ». Voir aussi : P. JOURDAIN, *Les biens*, op. cit., n° 1 p. 1 ; H., L., J., MAZEAUD et F. CHABAS, *Les biens*, op. cit., p. 6.

⁶⁵ Les rédacteurs du Code Napoléon ont énuméré séparément ce qui est corporel (art. 518 à 525 pour les immeubles et 528 pour les meubles), et ce qui est incorporel (art. 526 et 529), ce qui est admis en doctrine : C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, op. cit., t. 4, par P. VOIRIN, n° 3 et 10, p. 2 et 8.

2. *L'interprétation de la doctrine québécoise*

27- Dans le Code civil du Bas Canada, l'objet de la propriété était identifié dans la chose, tout comme dans le Code civil français⁶⁶. La doctrine classique québécoise, à l'origine fortement influencée par la doctrine française⁶⁷, avait admis que seules les choses matérielles pouvaient constituer l'objet du droit de propriété ou d'un autre droit réel⁶⁸. Pour une partie des auteurs, telle était l'intention des codificateurs qui, en prévoyant que le droit de propriété s'exerce sur une chose, avaient en vue « *une emprise directe et immédiate sur un ou des objets corporels* »⁶⁹.

Pour rendre compte des biens incorporels, la doctrine traditionnelle estimait que ces biens sans *corpus* « *sont les droits sur les biens* », à l'exclusion du droit de propriété, ce dernier étant incorporé dans son objet⁷⁰. Les biens incorporels étaient identifiés comme les droits -autres que le droit de propriété- portant sur les choses, alors que les biens corporels l'étaient comme les objets de droits⁷¹.

28- L'article 947 du récent Code civil du Québec utilise désormais le terme *bien* (*property*) pour définir l'objet de la propriété, plutôt que le terme *chose* (*thing*), anciennement utilisé par le Code civil du Bas Canada⁷². L'idée selon laquelle l'objet du

⁶⁶ Le Code civil du Bas Canada de 1866 s'est appliqué à la Province de Québec, alors appelée Bas Canada, antérieurement à l'adoption du Code civil du Québec, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. L'art. 406 C.c.B.C. énonçait : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des *choses* de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ».

⁶⁷ La parenté entre les deux codes civils français et québécois explique que les premiers commentateurs se soient référés à la doctrine française. Voir notamment : M. CANTIN CUMYN, « Le droit privé des biens : à l'enseigne de la continuité », dans H.P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 375, à la page 375 ; P.-G. JOBIN, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents », dans *Droit québécois et droit français, op. cit.*, p. 94.

⁶⁸ P. MARTINEAU, *Les biens*, coll. « Cours de Thémis », 5^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1979, p. 2 : « *les choses matérielles constituent l'objet du droit de propriété mais aussi des autres droits réels* ». Voir aussi : M. CANTIN CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés, essai sur l'énumération limitative des droits réels » (1986) 46 *R. du B.* 3 ; J. GOULET, A. ROBINSON et D. SHELTON, *Théorie générale du domaine privé*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1984, p. 3.

⁶⁹ M. POURCELET, « L'évolution du droit de propriété depuis 1866 », dans J. BOUCHER et A. MOREL, *Le droit dans la vie économique-sociale : Livre du centenaire du Code civil*, t. 2, Montréal, P.U.M., 1970, p. 6.

⁷⁰ Tout comme en droit français, les choses sont traditionnellement définies comme « *tout ce qui existe* », les biens étant vus comme « *les choses qui sont susceptibles d'une propriété publique ou privée, c'est-à-dire qui peuvent être appropriées* » : P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Moulton*, t. 2, Montréal, Éditions Théoret, 1896, p. 388 ; A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945, p. 15 ; W. RODYS, *Cours élémentaire de droit civil français et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956, p. 67.

⁷¹ P. MARTINEAU, *Les biens, op. cit.*, p. 2.

⁷² Art. 947 C.c.Q. : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un *bien*, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi / Ownership is the right to

droit réel est nécessairement corporel, se retrouve néanmoins chez une partie de la doctrine issue du nouveau Code civil du Québec⁷³ ; encore s'agit-il désormais d'un courant minoritaire⁷⁴.

Deux raisonnements distincts permettent de conserver à la propriété québécoise son objet corporel traditionnel. Selon une première interprétation, le législateur aurait commis un *lapsus linguae*. L'utilisation d'un terme plutôt qu'un autre par le législateur, ne saurait être prise à la légère, en raison de la charge conceptuelle du vocable législatif. La chose étant traditionnellement associée à la matérialité⁷⁵, contrairement aux biens, dont on admet qu'ils sont corporels et incorporels, il faut en déduire que le législateur a utilisé le terme bien plutôt que celui de chose par inadvertance ; sa langue a fourché, il s'est tout simplement trompé de concept. La preuve en est que, dans d'autres articles, les codificateurs ont utilisé le terme chose (notamment aux articles 913, 914, 921). L'intention législative doit alors être rétablie et il faut lire « chose » là où le législateur a dit « bien ». Rien dans la conception traditionnelle de l'objet de la propriété ne doit être modifié : l'objet de la propriété doit toujours être considéré comme étant un objet matériel.

29- Selon une autre variante de la thèse classique, le fait que le législateur ait utilisé le terme bien, plutôt que celui de chose, est indifférent car le bien, en tant qu'objet de propriété, renvoie nécessairement aux corps⁷⁶. Le raisonnement renoue avec l'ambiguïté de la notion de bien et de son rapport avec les notions de droit et de chose, déjà présente dans le Code français et dans le Code civil du Bas Canada. Le concept de

use, enjoy and dispose of *property* fully and freely, subject to the limits and conditions for doing so determined by law ».

⁷³ Voir notamment M. CANTIN CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels » (1986) 46 *R. du B.* 3.

⁷⁴ La doctrine québécoise contemporaine se prononce majoritairement pour la reconnaissance d'une propriété des créances : D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, n° 205, p. 135 : « Juridiquement, il devient donc exact de parler de la propriété d'un droit personnel ou intellectuel, qui s'imprègnent ainsi de réalité » ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, *op. cit.*, p. 96 : « Le droit de propriété porte nécessairement sur un bien qui peut être corporel ou incorporel (les droits intellectuels, les titres négociables et les créances) (899 C.c.Q.). L'objet ne comprend donc pas que des biens matériels, il inclut aussi des biens dématérialisés ». Voir aussi : R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) 39 *R.D.McGill* 761, p. 796 et 798 ; J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », (1995) 1 *R.I.D.C.* 33 ; M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 646 : « les obligations, biens incorporels, sont des droits patrimoniaux soumis à la propriété tout comme les choses corporelles ».

⁷⁵ P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, p. 36, qui définit la chose comme « un objet possédant une réalité physique » ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, *op. cit.*, p. 45 et 46 ; J. GOULET, A. ROBINSON et D. SHELTON, *Théorie générale du domaine privé*, *op. cit.*, p. 3 ; P. MARTINEAU, *Les biens*, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁶ À notre connaissance, cette thèse n'a pas (encore ?) été expressément formulée, mais elle découle des idées classiques en la matière.

chose est réduit aux choses exclusivement corporelles et les notions de bien et de chose matérielle sont vues comme des synonymes⁷⁷. Comme dans la doctrine française, ces auteurs confèrent un double sens au terme bien, qui est à la fois décrit comme un objet de droit (il s'agit alors des biens corporels) et comme un droit portant sur les choses (les biens incorporels)⁷⁸. Les biens incorporels étant en réalité des droits, certains auteurs limitent les biens 'tout court' aux choses corporelles⁷⁹. D'après cette analyse, la modification du vocable législatif constituerait une simple modernisation terminologique. Le droit s'intéressant aux biens plutôt qu'aux choses, le législateur n'a pas eu formellement l'intention de modifier l'objet de la propriété. Cette hypothèse trouve un appui dans les commentaires de l'Assemblée nationale sur le projet de loi 20, selon lesquels les biens sont les « choses vues sous l'angle du droit, appropriées ou susceptibles de l'être »⁸⁰.

30- L'analyse doctrinale menée par les auteurs français et québécois de tendance classique est donc à la fois complexe et relativement proche. La théorie classique est arrivée à la conclusion selon laquelle l'objet de la propriété au sens propre est corporel, en se fondant sur une certaine conception de la chose, du bien et du droit.

Au-delà, la compréhension de ces concepts essentiels du droit des biens est très intimement liée à l'histoire.

B. Le support historique de l'analyse traditionnelle

31- La théorie classique de la propriété est largement fondée sur un héritage, que l'on fait habituellement remonter au droit romain⁸¹. À titre principal, l'idée selon

⁷⁷ P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 38 : « [...] les biens incorporels ne constituent pas des choses parce qu'ils n'ont pas de réalité physique. Ils appartiennent plutôt à la catégorie des droits ». Voir aussi : P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, v^o Bien et Chose (ancienne édition). Voir la position plus nuancée du Comité de rédaction du *Dictionnaire de droit privé*, « Notes lexicographiques. Droit réel », (1998) 100 *R. du N.* 275 et P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, v^o Bien.

⁷⁸ D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n^o 40, p. 22 ; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 40 et 41.

⁷⁹ D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, op. cit., n^o 40, p. 22. Pour une critique de l'idée selon laquelle tous les biens sont des droits : P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 41 et 42.

⁸⁰ *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*. Projet de loi 20, Commentaires / Assemblée Nationale, volume VIII, art. 374.

⁸¹ R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, Paris, Montchrestien, 1935, n^o 262, p. 364 ; C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. 1, 3^e éd., Paris, Cotillon, 1879, n^o 194, p. 466 et n^o 206, p. 490 ; P. MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les Romanistes du Moyen-Âge et dans le droit français*, thèse Dijon, 1933, p. 6. Voir aussi le romaniste allemand : M. KASER, *Römisches Privatrecht*, trad. R. DANNENBRING, *Roman private Law*, 2nd éd., London,

laquelle l'objet de la propriété est nécessairement limité aux corps, s'appuie sur l'analyse de certains interprètes du droit romain, qui ont réduit l'assiette de la propriété romaine, ou *dominium*⁸², aux choses matérielles⁸³. La position classique relative à l'objet corporel du *dominium* romain repose, en dehors d'un texte isolé du jurisconsulte Ulpien⁸⁴, sur une certaine interprétation de la distinction romaine des *res corporales* et des *res incorporales*⁸⁵. Il faut, de prime abord, rejeter la thèse de l'absence d'importance réelle de cette distinction⁸⁶. En effet, on ne voit pas comment on expliquerait alors son omniprésence dans les textes fondateurs du droit romain⁸⁷. Or, il est constant qu'elle apparaissait tout autant aux *Institutes* de Gaius⁸⁸, que dans le *Digeste*⁸⁹ ou dans les *Institutes* de Justinien⁹⁰.

32- Pour une partie des historiens du droit, la distinction des *res corporales* et des *res incorporales* n'est pas une classification des choses, opposant les choses corporelles aux choses incorporelles, mais une distinction entre les choses et les droits⁹¹. La distinction est vue comme opposant la propriété, vue comme l'essence des *res corporales*, aux mécanismes « mis en place sous une forme quelconque par les sociétés

Butterworths, 1968, p. 80 : « [...] *only single independent physical things, as well as slaves, were susceptible of ownership* ».

⁸² P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, t. 2, *Les biens*, Paris, P.U.F., 1961, p. 78. Le terme abstrait de *dominium* n'est apparu qu'à la fin de la République, au milieu du I^{er} siècle avant notre ère : J. GAUDEMET, « *Dominium-imperium*. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits* 1995.3, p. 9 et 10.

⁸³ R. MONIER, « La date d'apparition du *dominium* et de la distinction des *res* en *corporales* et *incorporales* », dans *Studi Sollazi*, Naples, 1948, p. 357 ; C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, *op. cit.*, t. 1, n° 194, p. 466 et n° 206, p. 291 ; J. GAUDEMET, *Cours de droit romain*, coll. Paris, Les Cours de droit, 1954, p. 838 ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1989, n° 3, p. 18.

⁸⁴ Ce texte distingue le « *dominus corporis* » et celui qui « *jus habet* » : *D.* 39, 2, fr. 13, 1 ; R. MONIER, *Cours de droit romain approfondi : Droit romain et histoire du droit*, Paris, Les Cours de droit, 1946-1947, p. 27.

⁸⁵ Les romanistes s'accordent à affirmer que cette classification fut d'abord une distinction faite par les philosophes et les grammairiens, avant d'être reprise par les jurisconsultes : A.E. GIFFARD, *Cours de droit romain approfondi*, Paris, Les Cours de droit, 1943-1944, p. 51 ; R. MONIER, *Cours de droit romain approfondi*, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁶ Certains romanistes l'ont qualifiée de classification secondaire : J. GAUDEMET, *Cours de droit romain*, *op. cit.*, p. 747 ; G. LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français*, (biens) Paris, Dalloz, 1958, p. 7 ; M. KASER, *Roman private Law*, trad. R. DANNENBRING, *op. cit.*, p. 80 : « *This purely academic division did not attain proactical importance* ».

⁸⁷ A. E. GIFFARD, *Cours de droit romain approfondi*, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁸ GAIUS, *Institutes*, II, 12, 14.

⁸⁹ *D.* 1, 8, fr.1, 1.

⁹⁰ JUSTINIEN, *Institutes*, II, 2, pr. 1, 2, 3.

⁹¹ R.-M. RAMPELBERG, « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », *A.P.D.* 1999.35, p. 36 : « Cette opposition entre *res corporales* et *incorporales* permet à Gaius de mettre en regard la propriété spécifiquement entendue, autorisant la maîtrise matérielle, physique des biens, et les droits sur les choses, c'est-à-dire les rapports sociaux issus de la science juridique et constituant des *res incorporales*. Voir notamment en droit québécois : P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, p. 41 : « [...] depuis le droit romain, on confond le droit de propriété avec la chose qui en est l'objet [...] ». Cette conception romaine se retrouve dans les codes civils français et québécois ».

pour rendre possible la disposition des choses matérielles »⁹². Par cette distinction, on estime que Gaius présente les *res corporales* comme des « biens corporels que l'on peut physiquement appréhender : ainsi les terres, les immeubles bâtis, les cultures, les espèces pécuniaires. Matière tangible par excellence, elles sont destinées à être objets de maîtrise matérielle directe par l'être humain ». Au contraire, les *res incorporales* regrouperaient « les relations de droit permettant à ceux-ci de maîtriser les choses sans exercer la propriété : ainsi à titre de bénéficiaire d'une obligation, d'une servitude ou d'un usufruit »⁹³.

À travers le concept de *res corporales*, les Romains auraient désigné les choses objets d'un droit et, par celui de *res incorporales*, les droits que l'on peut avoir sur les choses (droits réels) ou à l'encontre des personnes (obligations). Il s'agirait donc d'une distinction entre les droits, ou *res incorporales*, et leur objet, les *res corporales*⁹⁴.

33- En analysant la distinction romaine comme n'étant pas une distinction entre les biens, on est arrivé à l'idée selon laquelle le droit romain réduisait les biens aux corps⁹⁵. C'est la double identification des choses aux biens corporels d'une part, et des biens incorporels aux droits portant sur ces choses d'autre part, qui a eu pour effet de limiter l'objet du *dominium* aux choses matérielles. Les biens incorporels, au lieu d'être des biens objets de propriété, ont été interprétés comme les droits dont les choses sont l'objet. Plutôt que de distinguer les objets de propriété dans les biens corporels et incorporels, on a opposé d'un côté l'objet de la propriété identifié uniquement dans les corps et, de l'autre, les droits portant sur les choses. Les *res incorporales* n'ont pas été considérées comme des droits au sens de biens incorporels, mais comme les droits portant sur les *res corporales*. Les seuls objets de propriété en droit romain ont alors été identifiés aux *res corporales*, ou choses corporelles.

34- Certains ont affirmé que la seule présence de cette distinction serait le signe d'une réduction de l'objet de la propriété romaine. La thèse a été soutenue d'après laquelle la propriété romaine, ou *dominium*, aurait pris un sens plus étroit à un moment donné de l'évolution du droit romain. Selon Monier, à partir de la fin de la République,

⁹² R.-M. RAMPENBERG, « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », *loc. cit.*, p. 35-43.

⁹³ R.-M. RAMPENBERG, *loc. cit.*, p. 36.

⁹⁴ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p. 273 ; P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, *op. cit.*, t. 2, p. 4. Repris notamment par : C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, *op. cit.*, t. 9, n° 32 ; C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 105 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1972, n° 308, p. 489.

⁹⁵ F. ZENATI, thèse préc., n° 34, p. 59.

le *dominium* aurait pris le sens spécialisé de propriété des choses corporelles⁹⁶. Invoquant le fait que le *dominium* serait apparu sensiblement à la même époque que la distinction des choses corporelles et incorporelles, l'éminent romaniste a considéré que cette distinction aurait eu pour objet de réduire l'assiette du *dominium* aux choses exclusivement corporelles.

35- Dans le même sens, plusieurs historiens du droit⁹⁷ ont soutenu que la *possessio*⁹⁸ ne portant que sur des choses corporelles⁹⁹, il devait en être de même s'agissant du *dominium*. Dans une telle perspective, l'assiette du *dominium* serait cantonnée à celle de la possession primitive, qui portait sur les seules choses corporelles.

36- C'est donc le droit romain qui est invoqué par une partie de la doctrine française et québécoise comme étant à la source de la limitation des biens aux choses matérielles et, partant, de l'analyse restrictive de l'objet de la propriété.

À l'appui de la thèse corporaliste de la propriété, est également invoquée la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet.

§2. La théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet

37- La théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet corporel a été identifiée comme l'un des principaux fondements de la réduction traditionnelle de l'assiette de la propriété aux choses corporelles¹⁰⁰. En effet, l'idée selon laquelle le droit de propriété s'incorpore dans son objet corporel a pour conséquence d'exclure que la propriété porte sur d'autres choses que des corps¹⁰¹. De même que la doctrine a édifié l'idée d'une réduction de la propriété aux corps par référence au droit romain, c'est

⁹⁶ R. MONIER, « La date d'apparition du *dominium* et de la distinction des *res* en '*corporales* et *incorporales*' », *loc. cit.*, p. 354. Sur l'exposé de cet argument : F. ZENATI, thèse préc., p. 225 et suiv. ; M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *R.H.D.* 1946-47.201, p. 225.

⁹⁷ R. MONIER, « La date d'apparition du *dominium* et de la distinction des *res* en '*corporales* et *incorporales*' », *loc. cit.*, p. 357.

⁹⁸ Sur la notion de possession en droit romain : F.K. von SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, 4^e éd., Paris, Pédone-Lauriel, 1893 ; R. SALEILLES, *De la possession des meubles en droit romain*, thèse Paris, 1907 ; P.-J. RAVAIL, *De l'objet de la possession : Essai sur le droit romain, l'ancien droit français et le droit actuel*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1899. Alors que Savigny définit la possession comme la possibilité immédiate de mainmise sur une chose, Ihéring la caractérise comme l'extériorité du droit.

⁹⁹ C. ACCARIAS, *Précis de droit romain, op. cit.*, t. 1, p. 504.

¹⁰⁰ F. ZENATI, thèse préc., n° 35.

¹⁰¹ C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français, op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 158.

également sur ce fondement historique qu'elle a appuyé la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet.

Après avoir exposé l'assise historique de la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet (A), on en exposera la teneur (B).

A. L'assise historique de la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet

38- Selon les historiens du droit, la propriété romaine (*dominium*) devrait figurer parmi les choses incorporelles (*res incorporales*), puisqu'il s'agit d'un droit. Donc, si la propriété ne figure pas au nombre des *res incorporales*, bien que la propriété soit « certainement le plus important des droits appréciables en argent »¹⁰², c'est que les jurisconsultes romains ont été victimes d'une confusion. C'est pour expliquer cette absence que les auteurs recourent à l'idée de l'incorporation du *dominium* dans la chose corporelle, explication qui est fournie par la quasi-totalité des romanistes¹⁰³.

Selon eux, les jurisconsultes romains n'auraient pas mentionné la propriété parmi les *res incorporales*, car ils ne distinguaient pas nettement le droit de la chose sur laquelle il portait¹⁰⁴. L'idée d'un droit faisant corps avec la chose aurait été tellement ancrée dans le sens populaire (par le biais du fameux « ma chose », au lieu de mon droit sur la chose) que les jurisconsultes auraient été abusés par cette ellipse de langage¹⁰⁵. Ce sont donc les habitudes de langage qui, ayant fait dire aux Romains « ma maison, ma terre », auraient conduit tous les jurisconsultes à cette erreur d'omission. Ainsi, écrit un auteur, « la distinction des *res corporales* et des *res incorporales* se résout en une distinction entre le droit de propriété et les autres droits [...]. *Le droit de propriété, identifié avec les choses corporelles qui en sont l'objet, est lui-même réputé chose corporelle ; les autres droits pécuniaires sont choses incorporelles* »¹⁰⁶. La confusion

¹⁰² C. ACCARIAS, *Précis de droit romain, op. cit.*, t. 1, n° 194, p. 465.

¹⁰³ P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français, op. cit.*, t. 2, p. 4 ; R. MONIER, *Manuel, op. cit.*, t. 1, n° 244, p. 341 ; P.-F. GIRARD, *Manuel, op. cit.*, p. 273 ; E. CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, t. 1, Paris, Plon, 1917, p. 237 ; C.A. PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements*, 2^e éd., Paris, Plon, 1853, p. 5 ; P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, t. 1, Paris, Recueil Sirey, 1927, p. 419 ; R. FOIGNET, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 240 ; C. MAYNZ, *Cours de droit romain*, t. 1, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1877, p. 440 et 441.

¹⁰⁴ J. GAUDEMET, *Cours de droit romain, op. cit.*, p. 747.

¹⁰⁵ R. MONIER, *Manuel, op. cit.*, t. 1, n° 245, p. 342 ; P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français, op. cit.*, t. 2, p. 4. Voir en droit québécois : F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1906, n° 516, p. 98.

¹⁰⁶ C. ACCARIAS, *Précis de droit romain, op. cit.*, t. 1, p. 465 et 466.

entre le droit de propriété et son objet est donc imputée au droit romain qui, contre tout bon sens, aurait analysé le droit de propriété comme une *res corporalis*¹⁰⁷.

Cette théorie se serait transmise de juriconsulte en juriconsulte jusqu'à nos jours, où la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet est toujours affirmée.

B. L'énoncé de la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet

39- La doctrine privatiste a repris à son compte l'explication des historiens du droit. En France, les auteurs s'accordent à reconnaître que la distinction romaine des choses corporelles et incorporelles, analysée comme une opposition entre les objets des droits et les droits, apparaît en filigrane dans le Code civil, à travers la distinction des biens en meubles et immeubles¹⁰⁸. Pour expliquer pourquoi le bien incorporel le plus important, à savoir le droit de propriété, ne figure pas parmi les droits¹⁰⁹, on considère que les codificateurs ont confondu le droit de propriété avec la chose qui constitue son objet¹¹⁰. Dans un tel schéma, le droit de propriété doit s'incorporer dans un objet, nécessairement corporel. Cela exclut donc que la créance, chose incorporelle, soit objet de propriété. La fusion du droit de propriété dans son objet est traditionnellement expliquée par la force du droit de propriété. La propriété, étant le droit le plus complet susceptible de porter sur une chose, elle en absorbe toute l'utilité, jusqu'à se confondre dans la chose¹¹¹. La théorie de l'incorporation est, encore une fois, justifiée par une explication d'ordre grammatical, le langage courant utilisant l'expression « ma maison » plutôt que « mon droit de propriété sur telle maison »¹¹².

La doctrine classique québécoise a fait sienne la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet. Ses représentants considèrent usuellement que la distinction

¹⁰⁷ Cette confusion est également expliquée par le fait qu'à Rome, la propriété était au départ le seul droit à exister sur les choses : C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 10, p. 8.

¹⁰⁸ G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 5, *Des biens*, 3^e éd., Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1930, n° 16 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, t. 1, n° 1425.

¹⁰⁹ La propriété ne figure ni à l'article 526, qui énumère les immeubles incorporels (par l'objet auxquels ils s'appliquent), ni dans l'article 529, qui traite des meubles incorporels (par détermination de la loi).

¹¹⁰ C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 10 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, *op. cit.*, t. 1, n° 1321 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens*, *op. cit.*, n° 2, p. 1 ; R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, t. 1, *op. cit.*, n° 585, p. 294 et 295 ; H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *A.P.D.* 1979.9, p. 15.

¹¹¹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, *op. cit.*, t. 9, n° 35 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, t. 1, n° 1425.

¹¹² L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », dans *Mélanges Sugiyama*, Paris, Sirey, 1940, p. 95 et suiv., n° 3.

des biens corporels et incorporels constitue une opposition entre le droit de propriété, confondu dans son objet corporel (les biens corporels), et les droits autres que la propriété (les biens incorporels)¹¹³. Les auteurs admettent traditionnellement que le législateur a désigné le droit de propriété à travers les biens corporels, les autres droits - à savoir les droits réels autres que la propriété ainsi que les droits de créances- étant identifiés dans les biens incorporels¹¹⁴. Le législateur aurait confondu la chose avec le droit qui en est l'objet¹¹⁵, ce qui explique que la propriété ne figure pas parmi les droits¹¹⁶.

40- En dernière analyse, la doctrine privatiste française tient la distinction romaine des choses corporelles et incorporelles pour responsable de cette confusion illogique : c'est elle qui aurait placé, contre toute vraisemblance, la chose la plus essentiellement incorporelle, à savoir le droit de propriété, du côté des choses corporelles¹¹⁷. C'est parce que les Romains ont rangé la propriété parmi les corps (alors qu'ils ont classé tous les autres droits parmi les biens incorporels) que le droit de propriété doit porter sur des corps. Puisque l'on tente d'expliquer pourquoi les Romains ont classé la propriété non parmi les droits comme cela aurait dû être le cas, mais parmi les biens corporels, il faut que la propriété ait un rapport avec les corps, et ce rapport est identifié dans son objet, qui ne peut dès lors être que corporel¹¹⁸. L'« incorporation [...] du droit à la chose, écrit un auteur, tend à incliner la pensée vers l'aspect corporel ; l'absorption de la chose par le droit conférerait la matérialité »¹¹⁹. Autrement dit, pour que la propriété puisse trouver sa matérialité dans son objet, pour qu'elle puisse se matérialiser en lui, c'est que son objet doit nécessairement être corporel¹²⁰.

¹¹³ P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Moulton*, t. 2, Montréal, Éditions Thémis, 1896, p. 396 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, op. cit., n° 48, p. 23 ; D. VINCELETTE, *La possession*, dans *Chambre des Notaires du Québec, Répertoire de Droit*, « Biens », Doctrine-Document 5, Montréal, 1989, p. 63.

¹¹⁴ F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, op. cit., t. 2, p. 98 et 99.

¹¹⁵ P. MARTINEAU, *Les biens*, op. cit., p. 2.

¹¹⁶ E. CAPARROS et P. LEQUERRE, *Droit des biens*, t. 1, *Meubles, immeubles, droit de propriété, démembrements du droit de propriété*, Québec, Université Laval, Faculté de droit, 1973, p. 1-16 ; F. LANGELIER, op. cit., t. 2, p. 98 et 99 : il est « devenu d'usage [...] de dire de celui qui est propriétaire d'une chose, qu'il a cette chose, qu'elle est à lui ».

¹¹⁷ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, op. cit., t. 9, n° 33 ; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 2, op. cit., n° 403.

¹¹⁸ C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, op. cit., t. 2, § 162, n° 5, qui notent que la nature corporelle ou incorporelle des choses sur lesquelles porte un droit ne peut manquer d'exercer une influence sur ce droit.

¹¹⁹ S. PIEDELIÈVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », dans *Aspects du droit privé en du XX^e siècle : études en l'honneur de M. de Juglart*, Paris, Montchrestien, Éditions techniques, 1986, p. 57.

¹²⁰ C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, op. cit., t. 4, par P. VOIRIN, n° 158.

La doctrine québécoise réitère l'explication historique de la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet, laquelle a conduit à la corporéité de la propriété¹²¹. Elle admet que ce sont les Romains qui, les premiers, ont confondu le droit de propriété avec la chose sur laquelle il porte¹²² et que c'est cette confusion qui a conduit les jurisconsultes romains à distinguer les deux catégories de biens que sont les biens corporels et incorporels¹²³.

41- Ayant donné une telle interprétation de la distinction, la majorité des commentateurs ne manque pas de souligner la médiocrité et l'inexactitude de cette classification¹²⁴. On la taxe d'être illogique ou boiteuse, en ce qu'elle oppose deux catégories sans caractère commun, puisqu'il s'agit d'une part des droits et d'autre part de l'objet des droits¹²⁵. De plus, c'est elle qui aurait placé, contre toute vraisemblance, la chose la plus essentiellement incorporelle, à savoir le droit de propriété, du côté des choses corporelles¹²⁶.

42- La réduction de l'objet de la propriété aux corps repose donc sur une certaine interprétation doctrinale du texte des codes civils français et québécois qui, si l'on dépasse son aspect axiomatique¹²⁷, est largement fondée sur le commentaire de la distinction romaine des choses corporelles et incorporelles. C'est également sur cette distinction romaine qu'est assise l'idée de la confusion de la propriété dans son objet corporel qui, bien que dénoncée comme étant irrationnelle, est toujours utilisée en doctrine pour justifier la thèse d'un objet exclusivement corporel de la propriété.

¹²¹ E. CAPARROS et P. LEQUERRE, *op. cit.*, p. 1-16.

¹²² P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien, op. cit.*, t. 2, p. 395 ; OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, Comité du droit des biens, *Rapport sur les biens*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1975, p. 14, d'après lequel les Romains ne parvenaient pas à distinguer la propriété de la chose appréhendée par le droit. Pour une critique de cette théorie de l'incorporation de la propriété : F. FRENETTE, « Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », (1976) *C. de D.* 991, p. 997.

¹²³ P. MARTINEAU, *Les biens, op. cit.*, p. 2 ; P.-Y. MARQUIS, « De la distinction des biens et de leur appropriation et de la propriété », (1988) 3 *C. P. du N.* 1, p. 10 et 11.

¹²⁴ On la qualifie de déplorable et inexacte : H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, Paris, A. Pédone, 1900, p. 42-44. Au Québec : P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 395, la qualifie d'« inexplicable » rationnellement ; F. LANGELIER, *op. cit.*, t. 2, p. 98 et 99.

¹²⁵ B. NICHOLAS, « Le langage des biens dans la *Common law* », *A.P.D.* 1979.55, p. 62 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, *Principes généraux, Les personnes, La famille, Les incapables, Les biens*, 12^e éd., Paris, L.G.D.J., 1939, n° 2176 ; M. VILLEY, « La justice distributive et l'idée du droit subjectif », *Revue historique du droit français et étranger*. 1946.201, p. 204.

¹²⁶ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, op. cit.*, t. 9, n° 33 ; V. MARCADÉ, *op. cit.*, t. 2, n° 403 ; C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, § 162, n° 5 : qualifient la distinction d'arbitraire, car elle ne retenait comme chose corporelle que le droit de propriété.

¹²⁷ Les auteurs se bornent souvent à affirmer que la propriété au sens propre est la propriété des corps.

Pourtant, cette analyse restrictive de l'objet de la propriété, qui comporte de sérieuses limites, n'est pas la seule possible. Il se pourrait que la doctrine ait à harmoniser les éléments d'un héritage romaniste peu cohérent avec les idées modernes.

SECTION II

LA CRITIQUE DE L'ANALYSE RESTRICTIVE DE L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ

43- L'analyse traditionnelle de la propriété est fondée sur l'idée d'après laquelle les seuls biens objets de propriété sont les biens matériels, ainsi que sur la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet ; ces deux piliers de la thèse matérialiste étant considérés comme plongeant leur racine dans l'histoire du droit romain. Toutefois, les assises de la corporéité ne sont pas aussi solides qu'on pourrait le croire. Il est loin d'être certain que la réduction de l'objet de la propriété puisse se prévaloir de l'antécédent prestigieux du droit romain. Les historiens du droit sont nombreux à avoir admis que ce droit a développé une conception extensive de l'objet de la propriété. De plus, la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet est loin d'être inébranlable.

Si la thèse de la réduction de l'objet de la propriété aux corps est critiquable dans ses prémisses, il est également loin d'être certain que la conception matérialiste de l'objet de la propriété ait été reprise par les législateurs français et québécois.

Dans les deux droits étudiés, l'analyse traditionnelle sera donc soumise à la critique, qu'il s'agisse de la réduction de l'objet de la propriété aux corps (§1), ou de la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet (§2).

§ 1. Critique de la réduction de l'objet de la propriété aux corps

44- La critique de la corporéité doit se faire tant du point de vue du droit positif que du point de vue historique, s'agissant du plus essentiel des fondements de l'analyse matérialiste de la propriété.

À la critique du support historique de la corporéité (A), s'ajoute celle de l'interprétation restrictive de l'objet de la propriété (B).

A. Critique du support historique de la corporéité

45- Dès 1960, Ginossar avait déjà formulé la thèse selon laquelle la notion de propriété des créances n'était pas aussi nouvelle qu'on voulait bien le faire admettre et qu'elle plongeait ses racines au cœur même du droit romain, dans la distinction des *res corporales* et des *res incorporales*¹²⁸. L'idée de l'existence de la propriété des droits dès le droit romain a ensuite été exploitée et développée par le professeur Zenati¹²⁹. À y regarder de plus près, l'on se rend effectivement compte que la vision classique du droit romain est fortement influencée par nos schémas de pensée contemporains¹³⁰.

Le support historique de l'analyse classique de l'objet de la propriété s'avère discutable, dès lors qu'on constate que le droit romain analysait les droits en des biens. La conception restrictive de l'objet de la propriété, loin d'avoir l'assise romaine qu'on lui prête parfois (1), trouve plutôt son fondement dans le droit féodal, époque de redécouverte et de déformation du droit romain (2).

1. La reconnaissance romaine de la propriété des droits

46- La définition du *dominium* donnée par les *Institutes* de Justinien comme une « *plena in re potestas* », fait de la *res* l'objet de la propriété romaine¹³¹. Quant aux obligations, elles étaient considérées dans les *Institutes* de Gaius comme dans celles de Justinien, comme des choses incorporelles ou *res incorporales*¹³². La question qui se pose est donc la suivante : l'objet de la propriété romaine était-il réduit aux *res corporales* ou le *dominium* s'appliquait-il également aux *res incorporales* ?

En guise de remarque préliminaire, il faut tout d'abord répondre à la thèse¹³³ qui refuse la propriété des droits sur la base d'un bref passage précis du *Corpus juris*

¹²⁸ S. GINOSSAR, *Droit reel, propriété et créance*, op. cit., n° 17, p. 43.

¹²⁹ F. ZENATI, thèse préc., n° 165, p. 228. L'auteur identifie la trace d'une propriété des choses incorporelles dès l'ancien droit romain : thèse préc., n° 150, p. 208.

¹³⁰ Plusieurs auteurs ont ainsi dénoncé le fait que l'analyse de la doctrine en la matière repose moins sur les textes de l'époque que sur un effort d'imagination d'une solution qui soit conforme à nos constructions modernes : V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, t. 1, Rome, Anonima Romana Editoriale, 1933, p. 25 et suiv. ; L. RIGAUD, thèse préc., p. 58 ; E. VERMOND, *De jure rerum corporaliū privatorum – Principes fondamentaux*, Paris, De Boccard, 1928, p. 338.

¹³¹ JUSTINIEN, *Inst.*, lib. II, tit. 4, pr. 4. Dans la compilation justinienne, sont reproduits les œuvres classiques et les textes législatifs du Haut-Empire. Une certaine influence orientale s'est manifestée à travers les « interpolations », qui sont des modifications apportées aux textes du Haut-Empire par les compilateurs de Justinien (sur les interpolations : P. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, t. 2, 3^e éd., trad. J. CARRÈRE et F. FOURNIER, Paris, Librairie du Recueil Fournier, 1928, p. 141-183).

¹³² GAIUS, *Inst.*, lib. II, tit. 14 ; JUSTINIEN, *Inst.*, lib. II, tit. 2, pr. 2. Voir aussi : R.-M. RAMPENBERG, « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », loc. cit., p. 37.

¹³³ C.A. PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements*, 2^e éd., Paris, Plon, 1853, p. 7.

*civilis*¹³⁴. Ce texte, qui oppose « *dominus corporis* » et « *is qui jus habet* », a été considéré comme contenant une distinction entre le propriétaire d'une chose corporelle et le simple titulaire d'un droit. Cependant, ainsi interprété, ce fragment contient un pléonasmе, ce qui ne cadre guère avec la rigueur traditionnellement reconnue aux juristes romains. En réalité, si le texte prend la peine de préciser que le propriétaire est *dominus* d'une chose *corporelle*, il est tout aussi légitime d'entendre, *a contrario*, que la propriété des choses incorporelles existe¹³⁵. Ce texte ne saurait donc, à lui seul, attester de l'objet exclusivement corporel du *dominium*. La question de l'objet de la propriété en droit romain doit donc d'être examinée sur un plan plus large, à l'aune des textes essentiels du droit romain ; à cet égard, la lecture des *Institutes* de Gaius et de Justinien est édifiante.

47- Les classiques ont considéré qu'en droit romain, les *res incorporales* n'étaient pas des choses sur lesquelles la propriété pouvait porter, mais les droits portant sur les corps¹³⁶. Or, une telle lecture se heurte à une analyse attentive des *Institutes* de Gaius. Dans le Second Commentaire de ses *Institutes*, Gaius indique, qu'après avoir traité du droit des personnes dans le commentaire précédent, il va à présent s'occuper des choses « *qui sont dans notre patrimoine ou bien sont considérées comme en dehors* » (*res extra patrimonium et in patrimonio*)¹³⁷. Le juriste distingue les choses de droit divin et les choses de droit humain (*res divini et humani juris*) dans les paragraphes 1 à 9. Concernant les choses de droit humain, elles sont publiques (*res publicae*) lorsqu'elles *appartiennent* à la collectivité, ou privées (*res privatae*) lorsqu'elles *appartiennent* aux individus (paragraphes 10 et 11). Puis, au paragraphe 12, Gaius explique que les choses sont corporelles ou incorporelles (« *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales* »).

La dernière phrase du paragraphe 11, qui précède l'introduction de la distinction étudiée est ainsi formulée : « Les choses privées sont celles qui *appartiennent* aux individus ». Il est donc logique que le mot *res* soit pris dans le même sens, lorsqu'il est employé dans la phrase suivante. Lorsqu'il rend compte de la distinction entre les *res corporales* et les *res incorporales*, il s'agit donc toujours pour lui de savoir quelles *res* l'homme peut avoir à lui. Pour Gaius, l'homme peut avoir non seulement des *res corporales*, qui peuvent être touchées (telles un terrain ou un vêtement) mais également des *res incorporales*, qui sont des choses ne pouvant être touchées (« *quae tangi non*

¹³⁴ D. 39, 2, 13, 1.

¹³⁵ F. ZENATI, thèse préc., p. 223, note 113.

¹³⁶ Voir *supra*, n° 32.

¹³⁷ J. REINACH, *Gaius Institutes*, coll. « Universités de France », Paris, Belles lettres, 1950.

possunt »). Ces dernières s'analysent en des droits - telle une succession, un usufruit, les obligations de quelque manière qu'elles aient été contractées, ou encore les servitudes. La distinction des *res corporales* et *incorporales* semble être une classification des choses que l'homme peut s'approprier. Le juriconsulte met, en effet, clairement les choses incorporelles faisant partie du patrimoine sur le même plan que les choses corporelles.

48- Cette interprétation est confirmée par la suite du texte. Après avoir distingué les *res corporales* des *res incorporales*, Gaius indique comment s'acquièrent ces *res*, en considérant d'abord les *res corporales* (pr. 18 à 28) puis les *res incorporales* (pr. 28 à 33) et en les mettant encore au même niveau¹³⁸. Le texte de Gaius paraît donc bien admettre que les *res corporales* et les *res incorporales* constituent, l'une comme l'autre, des choses pouvant appartenir à l'homme individuellement (« *res quae singulorum hominum sunt* »). On peut alors avancer que les Romains n'ont pu voir « dans les *res corporales* les choses qui peuvent être les objets de droits et, dans les *res incorporales*, les droits qui peuvent exister sur ces choses ou par rapport à ces choses »¹³⁹. À travers cette distinction, les juriconsultes ont désigné deux catégories de choses¹⁴⁰. L'interprétation classique qui veut que cette classification corresponde à la distinction entre le droit le plus important sur les choses (la propriété) et les autres droits est donc sujette à caution. Mais revenons une nouvelle fois aux textes.

49- Les *Institutes* de Justinien donnent de la distinction des choses corporelles et des choses incorporelles une vision très proche de celle que l'on trouve chez Gaius¹⁴¹. Si l'on reprend la définition de l'objet de la propriété des *Institutes* de

¹³⁸ Gaius envisage l'effet de la tradition, de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*, employés avec les *res corporales* *mancipi* et *nec mancipi*. Pour les *res incorporales*, estime le juriconsulte, il ne saurait être question de tradition. Concernant les servitudes, l'*in jure cessio*, de même que la *mancipatio* peuvent être utilisées ; c'est également l'*in jure cessio* qui est utilisée pour les *hereditas*. Puis, Gaius envisage les obligations (pr. 38) et expose que l'*in jure cessio* et la *mancipatio* ne constituent pas des modes d'acquisition des obligations, mais que la novation et la *procuratio in rem suam* peuvent être utilisées dans cette hypothèse.

¹³⁹ E. VERMOND, thèse préc., p. 59.

¹⁴⁰ Telle était la conception de Michel Villey, qui considérait qu'en droit romain, les choses corporelles (comme le *fundus*) étaient opposées aux choses incorporelles, biens abstraits, imaginés par les juristes et sans matérialité, mais néanmoins des biens, objets du commerce juridique : M. VILLEY, « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », dans *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, publications de l'Institut de droit romain de l'Université Paris VI, Paris, Sirey, 1950, p. 194.

¹⁴¹ JUSTINIEN, *Inst.*, Lib. II, tit. 2, pr. 2 *De rebus incorporalibus*. Le passage important à ce sujet a été traduit de la manière suivante : « En outre, certaines choses sont corporelles, d'autres incorporelles. Sont corporelles celles qui à raison de leur nature peuvent être perçues au toucher, comme un fonds, un esclave, un vêtement, de l'or, de l'argent, et d'autres choses en quantité innombrable. Sont incorporelles celles qui ne peuvent être touchées : telles sont celles qui consistent en un droit, comme une hérédité, l'usufruit, l'usage, et les obligations contractées d'une manière quelconque [...]. Parmi les choses incorporelles, comptent aussi les [...] servitudes » : C. ACCARIAS, *Précis de droit romain, op. cit.*, t. 1,

Justinien -à savoir que la propriété porte sur les *res*¹⁴²- et que l'on constate que les *res* étaient d'après les textes romains à la fois corporelles et incorporelles, on peut logiquement en déduire que la propriété romaine portait à la fois sur les choses corporelles et incorporelles. Ainsi, les *Institutes* de Justinien, tout autant que les *Institutes* de Gaïus paraissent donc refléter une conception de la propriété romaine qui n'était nullement réduite aux corps.

50- Bien qu'elle ait été formulée par un auteur éminent, la thèse selon laquelle le *dominium* aurait pris un sens plus étroit à un moment donné de l'histoire romaine, doit être nuancée¹⁴³. À la suite de l'apparition de la distinction entre les *res corporales* et les *res incorporales*, les jurisconsultes romains n'ont, pas plus qu'auparavant, défini la propriété comme la maîtrise d'une chose corporelle¹⁴⁴. La propriété n'a jamais été décrite comme une « *plena in corpore potestas* », alors même que les romains distinguaient les *corpora* des *jura*, lorsque cela s'avérait nécessaire¹⁴⁵. À partir de la fin de la République, les textes sont toujours nombreux à utiliser le terme *dominium* dans un sens large, non spécialisé à la propriété des choses matérielles; ainsi parlait-t-on à l'époque de « *dominium usufructus, usus ou hereditatis* »¹⁴⁶. Enfin, la thèse restrictive de l'objet du *dominium* s'appuie sur l'idée d'après laquelle la propriété était confondue dans son objet corporel, ce qui est loin d'être établi¹⁴⁷.

51- Ihéring a magistralement souligné le mouvement du droit romain vers une prise en compte de plus en plus forte de l'immatériel. Il a montré que, d'une conception du droit patrimonial portant sur « la chose visible, palpable », le droit romain s'est ensuite « élevé peu à peu à une *conception immatérielle, spiritualiste, qui met la res incorporalis sur la même ligne que la res corporalis* »¹⁴⁸. Partout où cela se pouvait, « les notions et les mots » créés pour les choses corporelles ont été transportés

p. 463 et 464. (« *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporeales [...]. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt : qualia sunt ea quae in jure consistunt, sicut hereditas, usufructus, usus, obligationes quoquo modo contractae [...]* »).

¹⁴² Nous l'avons dit, les *Institutes* de Justinien définissent le *dominium* comme une « *plena in re potestas* » : JUSTINIEN, *Inst., lib. II, tit. 4, pr. 4*. Sur le fait que l'objet du *dominium* consiste dans une *res* : C. MAYNZ, *Cours de droit romain, op. cit.*, t. 1, p. 692, note I et les fragments cités, notamment : *D. de rei vind.*, 6, 1.

¹⁴³ Sur l'exposé de la thèse de Monier : *supra*, n° 34.

¹⁴⁴ F. ZENATI, thèse préc., p. 230.

¹⁴⁵ Voir notamment : *D. 6, 1, pr. 3* (Pomponius). De même, voir la précision de « *dominium corporis* » dans *D. 39, 2, 13, 1*.

¹⁴⁶ M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *R.H.D.* 1946-47.201, p. 225.

¹⁴⁷ Voir *infra*, n° 103 et suiv.

¹⁴⁸ R. von IHÉRING, *Actio injuriarum. Des lésions injurieuses en droit romain et en droit français*, trad. O. de MEULENAERE, Paris, Marescq, 1888, p. 146.

aux droits. Ainsi, « la notion de l'*habere*¹⁴⁹, façonnée pour la vente d'une chose, s'étend à la *vente de créances*, de successions, de l'usufruit [...]. La notion de *jus in re* elle-même, est transportée de la chose aux droits ; *le droit de gage et l'usufruit sont étendus à des créances et à des patrimoines entiers* »¹⁵⁰.

Plusieurs historiens du droit ont montré qu'en droit romain, les choses pouvaient entrer dans un rapport d'appropriation avec une personne déterminée, qu'elles aient été corporelles ou incorporelles. Ainsi, le romaniste italien Bonfante a-t-il admis que les *res incorporales* étaient autant des objets de propriété que les *res corporales*¹⁵¹.

52- Plusieurs textes romains ont été rassemblés, qui évoquent la notion de propriété d'un droit¹⁵². Parmi ceux-ci, certains reconnaissent la propriété d'un usufruit (*dominium usufructus*)¹⁵³. D'autres textes reconnaissent également la propriété d'un droit, qu'il s'agisse de la propriété des sûretés réelles (*dominium hypothecae*)¹⁵⁴ ou de la propriété d'une succession (*dominium hereditatis*)¹⁵⁵.

De plus, le droit romain admettait que les droits réels sur la chose d'autrui¹⁵⁶ pouvaient porter sur un objet incorporel¹⁵⁷. Ainsi, l'usufruit des créances était-il reconnu en droit romain, tant par le *Digeste*¹⁵⁸ que par les *Institutes*¹⁵⁹. Certains ont tenté de

¹⁴⁹ Cette notion constitue l'une des tournures grammaticales exprimant l'appartenance : F. ZENATI, thèse préc., n° 157, p. 221 ; M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *loc. cit.*, p. 224.

¹⁵⁰ R. von IHÉRING, *Actio injurium*, *op. cit.*, p. 147 et 148. Voir aussi : J. ORTOLAN, *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien*, t. 1, *Histoire et généralisation*, 9^e éd. par E. BONNIER, Paris, Plon, 1875, p. 415 : « La division assise par le droit romain [...] est celle des choses corporelles (*res corporales*) et des choses incorporelles (*res incorporales*) [...]. Les secondes ne sont que des abstractions [...]. C'est ce qui consiste en un droit (*quae injure consistunt*) : tels les droits [...] d'obligations. Ils sont mis au rang de choses [...] de telle sorte que ces droits peuvent, à leur tour, devenir l'objet d'autres droits ».

¹⁵¹ P. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, *op. cit.*, t. 2, p. 206 et 207.

¹⁵² Voir notamment : JUSTINIEN, *Inst.*, lib. II, tit. 6, pr. 5.

¹⁵³ Sur le « *dominium usufructus* » : JUSTINIEN, *Inst.*, lib. II, tit. 1, pr. 36 ; *D.* VII, 6, 3 (Julien) et *D.*, XLIII, 24, 15, 8 (Ulpian).

¹⁵⁴ *Dominium hypothecae* : *D.* 20, 1, 16, pr. 5.

¹⁵⁵ *Dominium hereditatis* : *D.* 28, 5, pr. 49 ; *D.* 38, 2, pr. 37.

¹⁵⁶ Ces droits sont « les servitudes, l'usufruit, le droit d'usage et le droit d'habitation [...] la superficie, l'emphytéose, le gage et l'hypothèque » : J. GAUDEMET, *Cours de droit romain*, *op. cit.*, p. 851.

¹⁵⁷ M. MASSON, « Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain », *R.H.D.* 1934.1, p. 20 et 21 ; M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *R.H.D.* 1946-47.201, p. 223.

¹⁵⁸ *D.* lib. 7, tit. 5.

¹⁵⁹ JUSTINIEN, *Institutes*, lib. II, tit. 4, *De usufructu*, pr. 2 (trad. C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, *op. cit.*, t. 1, p. 677 et 678 : « L'usufruit se constitue non seulement sur un fonds et sur une maison, mais aussi sur des esclaves, sur des bêtes de somme, et sur toutes autres choses, excepté celles qui se consomment par le premier usage ; car de telles choses ne comportent d'usufruit ni d'après la raison naturelle ni d'après les principes du droit civil. À cette catégorie appartiennent le vin, l'huile, le froment, les vêtements, auxquels ressemble l'argent monnayé, car il se consomme en quelque sorte par l'usage dans les échanges de tous les jours. Mais pour des raisons d'utilité, le sénat a décidé que sur ces choses elles-mêmes un usufruit pourrait être établi, sous la condition de fournir à ce titre une caution efficace à l'héritier. C'est pourquoi, en supposant que l'usufruit d'une somme d'argent ait été légué, cet argent est

minimiser l'importance des textes reconnaissant l'existence des droits sur la chose d'autrui, en y voyant de simples accrocs au principe de la corporéité¹⁶⁰ et en invoquant le fait que l'usufruit des créances n'aurait été reconnu en droit romain que par le biais du legs d'usufruit¹⁶¹.

Pourtant, même si tel était le cas, l'admission de l'usufruit des créances n'en serait pas moins nette¹⁶². Surtout, la reconnaissance de l'usufruit des créances par les textes romains tend à confirmer l'admission d'une propriété des créances en droit romain, l'usufruit ne pouvant exister sans la propriété. L'admission fréquente par les auteurs d'une reconnaissance de l'usufruit des créances en droit romain tend donc à montrer que la propriété des créances existait également dans ce droit.

53- À la thèse qui prétend aligner l'objet de la propriété sur celle de la possession, on peut enfin opposer que ce qui vaut pour la possession ne vaut pas forcément pour la propriété, dès lors qu'il s'agit de deux notions différentes¹⁶³. Ainsi, même s'il était démontré que la possession romaine ne portait que sur les corps, cela ne serait pas nécessairement vrai de la propriété. Mais, en réalité, la question ne se pose même pas, puisque, si l'objet de la possession a été primitivement restreint aux biens corporels¹⁶⁴, dès l'époque classique, des droits tels que l'usufruit et la servitude ont fait l'objet de possession¹⁶⁵. Les Romains estimaient que celui qui exerce une servitude la possède¹⁶⁶. Si les jurisconsultes classiques connaissaient déjà une possession sans appréhension matérielle¹⁶⁷, le phénomène de dématérialisation a pris de l'ampleur sous le Bas-Empire, où la possession corporelle apparaît, au dire des historiens, « comme une

donné au légataire de manière à devenir sa propriété, mais le légataire doit garantir que [...] il restituera une somme d'argent égale ».

¹⁶⁰ Voir : C. ACCARIAS, *Précis de droit romain, op. cit.*, t. 1, p. 680 et 681.

¹⁶¹ J. GAUDEMET, *Cours de droit romain*, Paris, Les Cours de droit, 1954, p. 864. Cet usufruit pouvait être donné au débiteur de la créance lui-même. Dans ce cas, le débiteur, usufruitier, faisait siens les fruits de cette créance (c'est-à-dire les intérêts) ; de plus, il était exempté de l'obligation de payer sa dette jusqu'au terme de l'usufruit. L'usufruit d'une créance pouvait aussi être concédé à un tiers ; celui-ci percevait les fruits civils de la créance (les intérêts). La validité de cet usufruit fut reconnue plus difficilement que celle de l'usufruit de la créance donné au débiteur lui-même.

¹⁶² G. LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français (Droit des biens), op. cit.*, p. 138 : le droit romain a « admis l'usufruit des créances, des *res incorporales* [...]. Le jurisconsulte *Nerva* n'admettait la validité du legs d'usufruit d'une créance que lorsque ce legs était fait *au débiteur*, ce qui lui permettait d'avoir l'avantage certain de se dispenser de payer les arrérages. Mais cette façon de voir ne l'a pas emporté. *Proculus et Cassius* firent admettre que le legs d'usufruit d'une créance pouvait être adressé à une personne quelconque ».

¹⁶³ F. ZENATI, thèse préc., note 155, p. 235.

¹⁶⁴ *D.* 41, 2, 3 pr.

¹⁶⁵ J. GAUDEMET, *Cours de droit romain, op. cit.*, p. 786 ; P. MASSON, « Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain », *R.H.D.* 1934.1. Ce fut notamment le cas des servitudes prédiales rustiques (servitude d'eau, d'aqueduc ou de passage), ainsi que de certaines servitudes urbaines (servitude d'égout).

¹⁶⁶ *GAIUS*, 4, 130 : *quasi possessio interdicta veluti possessoria* ; *D.* 8, 1, 20. Sur ce point : P. VAN WETTER, *Traité de la possession en droit romain*, Paris, Durand, 1868, p. 75.

¹⁶⁷ P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français, op. cit.*, t. 2, p. 93.

conception périmée »¹⁶⁸. À cette époque, la possession est en effet non seulement acquise¹⁶⁹, mais également conservée¹⁷⁰ et protégée¹⁷¹ sur le seul fondement de l'*animus*. On protège donc davantage le droit à la possession que le simple fait de posséder. Si les *Institutes* de Gaius font référence aux interdits donnés en matière de possession et de quasi-possession¹⁷², les *Institutes* de Justinien vont plus loin en reconnaissant pleinement la *possessio juris*¹⁷³.

54- L'évolution de la tradition en droit romain va dans le même sens. La tradition était un mode formaliste de transfert de propriété, qui consistait en la remise matérielle de la chose de l'aliénateur à l'acquéreur, la notion de possession servait donc de base à la tradition¹⁷⁴. Or, la notion de livraison de la chose s'est étendue avec la dématérialisation de la notion de possession. Alors qu'au départ la tradition *corporalis* était exigée (c'est-à-dire la tradition de l'objet *corpore*), on a ensuite admis que la tradition *animo* (c'est-à-dire en intention) était suffisante. Si la tradition symbolique existait dès l'époque classique, un nouveau pas fut franchi au Bas-Empire, où l'on considérait comme une tradition symbolique la simple remise de l'acte écrit constatant l'acte d'aliénation¹⁷⁵. À cette époque, il semble donc bien que l'on admettait la quasi-tradition d'un droit et la quasi-possession de ce droit¹⁷⁶.

55- Un dernier indice de la possibilité pour le *dominium* d'avoir une assise incorporelle en droit romain peut être trouvé dans l'action en revendication romaine (ou *rei vindicatio*), sanction du *dominium*. Cette action visait aussi bien les droits ou choses incorporelles que les choses corporelles ; par exemple, il était possible en droit romain de revendiquer une servitude ou une hérédité. La revendication qui portait sur un droit

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ C'est le constitut possessoire : *Institutes*, 2, 1, 44.

¹⁷⁰ *Possessio animo retinetur*, C., 7, 32, 4.

¹⁷¹ C., 8, 32, 12 et 8, 4, 11.

¹⁷² GAIUS, *Institutes*, 4, pr. 139.

¹⁷³ J.-D. ALBERTARIO, « La possession romaine », *R.H.D.* 1933.27, p. 27 et 28. Selon cet auteur, la notion de quasi-possession date d'une époque où la possession des droits semblait inconcevable, ce qui ne sera pas le cas plus tard.

¹⁷⁴ R. FOIGNET, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 258 et 278.

¹⁷⁵ G. LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁷⁶ En ce sens : G. LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français*, *op. cit.*, p. 44. Un retour à la conception plus grossière de tradition réelle se fera cependant au temps des Invasions, conception qui sera toujours en vigueur au début du Moyen-Âge. Cependant, à partir du XII^e siècle, sous l'influence du droit canon, on assistera de nouveau à un mouvement de dématérialisation de la possession.

était appelée « *vindicatio rei incorporalis* »¹⁷⁷. Les *jura* étaient donc des *res*, des biens qui pouvaient être revendiqués¹⁷⁸.

56- Il semble donc permis de conclure que l'objet de la propriété romaine pouvait être incorporel, puisque le *dominium* portait autant sur les *res incorporales* que sur les *res corporales*. Cela est possible, à partir du moment où l'on n'interprète pas la distinction des *res corporales* et *incorporales* comme une distinction des droits et de leur objet -par le stratagème de la disparition du droit de propriété dans son objet corporel- mais bien comme une distinction des choses corporelles et incorporelles, lesquelles étaient pareillement susceptibles de constituer des objets du *dominium*.

Peut-on aller plus loin et considérer que les créances ont été reconnues, en tant que telles, comme des objets de propriété en droit romain ? Une réponse positive peut être avancée : les créances étaient indiscutablement des droits et aucun argument contraire à leur reconnaissance en tant qu'objets de propriété n'a été opposé de manière décisive. Les classiques ont à ce propos invoqué des arguments relatifs au régime juridique de la créance pour ne pas reconnaître la propriété des créances en droit romain. Nous pouvons d'ores et déjà écarter l'idée d'une absence de revendication possible des droits¹⁷⁹, puisqu'il est contestable de dire que les choses incorporelles ne pouvaient être revendiquées en droit romain. Mais que penser en revanche de l'argument qui condamne la propriété des créances au motif qu'en droit romain, les modes translatifs de la propriété ne s'appliquaient pas aux créances¹⁸⁰? Cette idée doit également être nuancée. Michel Villey a fort bien montré comment les prérogatives du propriétaire étaient modulées en fonction de la nature des choses : si le propriétaire romain disposait à l'égard de toutes les *res* de l'action en revendication -par laquelle il faisait reconnaître que la chose était sienne- pour le reste, il en usait et en disposait différemment selon qu'il s'agissait d'une chose corporelle ou incorporelle¹⁸¹.

¹⁷⁷ *Inst. De actionibus*, § 1 et 2.1 ; P. MASSON, « Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain », *loc. cit.*, p. 1.

¹⁷⁸ M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *loc. cit.*, p. 219 ; GAIUS, IV, 3 : « *in rem actio est cum aut corporalem rem [...] aut jus [...]* » ; ULPPIEN, V, 91 : « *sicut corpora vindicanti, ita et jus* ». Voir aussi M. VILLEY, « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », *R.I.D.A.* 1949. 418, p. 427.

¹⁷⁹ Sur cette idée : C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, *op. cit.*, t. 1, p. 491.

¹⁸⁰ Les auteurs classiques s'appuient sur les romanistes qui rendent compte de la distinction romaine entre les modes d'acquisition de la propriété à titre particulier et les modes par lesquels on devenait créancier ou débiteur : C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, *op. cit.*, t. 2, p. 185.

¹⁸¹ M. VILLEY, « Notes sur le concept de propriété », dans M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne : douze autres essais*, Paris, Dalloz, 1976, p. 187 et suiv., p. 197 ; selon l'auteur, il y avait autant de régimes juridiques que d'espèces de choses propres.

57- La possibilité d'un objet incorporel de la propriété romaine résulte donc de la combinaison entre, d'une part la définition de la propriété telle qu'elle est donnée par les *Institutes* de Justinien et, d'autre part, de la distinction des *res corporales* et *incorporales* qui doit s'interpréter, nous l'avons vu, comme une distinction des choses. L'absence de refus de la propriété des créances en droit romain découle à la fois de la conception générale de l'objet de la propriété romaine et des indications plus spécifiques que nous avons trouvées dans les textes. L'idée selon laquelle la notion de propriété des créances serait une aberration, en raison de la nature incorporelle de la créance, ne peut donc se réclamer d'un quelconque aval du droit romain. Mais comment se fait-il alors que la doctrine dominante revendique toujours avec force la caution du droit romain, comme garantie et modèle de ses théories? Il semble en réalité que la confusion provienne de la difficulté, souvent éprouvée, à départager les apports des Romains eux-mêmes de ceux des romanistes du Moyen-Âge, qui ont redécouvert et par la même occasion réinterprété le droit romain.

2. Le rejet féodal de la propriété des droits

58- L'histoire de l'Ancien Droit français permet de voir par quel cheminement la propriété des droits, de reconnue qu'elle était en droit romain, en est finalement venue à être considérée comme une anomalie¹⁸². Dans sa thèse sur la propriété, le doyen Ripert faisait une remarque fort pertinente qui peut mettre sur la voie d'une explication de ce décalage entre le droit romain, tel qu'il ressort des textes, et le droit romain tel qu'il est fréquemment décrit. « *On forge, écrivait-il, bien souvent des expressions qui n'ont jamais été employées par les jurisconsultes romains et qu'on leur attribue généreusement [...]. Ils (les auteurs de l'ancien droit) ont appliqué à tout le système féodal la terminologie romaine. Il y avait là tout à la fois un avantage de terminologie juridique et une légitimation toute trouvée d'institutions purement nationales, qui apparaissent ainsi comme revêtues d'un prestige d'antiquité et consacrées par ce droit que l'on considérait comme la raison écrite* »¹⁸³.

¹⁸² L'étude de la période franque n'est guère utile à notre propos, dans la mesure où il s'agit d'une période d'imprécision relativement à la conception de la propriété privée et qui, de plus, n'a donné lieu à aucune théorisation du droit (A. DUMAS, *Cours d'histoire du droit privé*, Aix-en-Provence, A. Guien, 1948, p. 1). Le droit franc, qui a duré quatre siècles, résulte de la rencontre sur le territoire français de la tradition romaine et de la tradition germanique. À partir de la fin du IX^e siècle, les institutions franques vont perdre leur originalité et l'on entre dans la féodalité : F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, Éditions du Centre National de la recherche scientifique, 1988, p. 94. Sur l'histoire de la féodalité française : M. BLOCH, *La société féodale*, Paris, Albin Michel, 1994 ; G. DUBY, *Féodalité*, Paris, Gallimard, 1996. Voir aussi : R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, Montréal, Éditions Théoret, 1901.

¹⁸³ G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse Aix, 1902, p. 82 et 83.

Poursuivant cette idée, le professeur Zenati a montré, dans sa thèse sur la nature juridique de la propriété, comment le droit savant du Moyen-Âge a produit une théorie de la propriété distincte de celle du droit romain. La conception de la propriété romaine, vue comme une puissance sur les biens et sur les droits, a été transformée par les romanistes médiévaux. En essayant d'expliquer le système féodal de leur temps, les glossateurs¹⁸⁴ et surtout les post-glossateurs¹⁸⁵, ont utilisé¹⁸⁶ et déformé le droit romain¹⁸⁷. Si les glossateurs sont encore très proches du droit romain, auquel ils se sentent liés, ce sont principalement les post-glossateurs qui, se détachant un peu de l'herméneutique, ont joué un rôle essentiel dans la construction du nouveau système¹⁸⁸.

59- Les romanistes ont adapté les constructions romaines à leur époque. Cette adaptation était nécessaire, car leur conception de la propriété était différente de celle des Romains : à la propriété romaine exclusive, ils ont substitué une propriété divisée, dans laquelle plusieurs personnes exerçaient un pouvoir sur une même terre. Avec les liens d'inféodation et de sous inféodation qui fondaient ce système, il devint inhabituel qu'une personne ait un pouvoir unique sur une terre, les liens de suzeraineté et les tenures ayant pour conséquence de multiplier les prérogatives s'exerçant sur une même terre. L'alleu, qui désignait la terre possédée librement et qui avait des attributs semblables à ceux du *dominium ex jure quiritium*, se fit rare et le sol fut « affecté d'une infinité de charges inconnues des lois romaines »¹⁸⁹. Il existait une « cascade de droits et si l'on peut soutenir que le premier concédant garde à proprement parler le droit de propriété, la jouissance du domaine s'éloigne de lui de proche en proche »¹⁹⁰. Il était

¹⁸⁴ L'école des glossateurs dura près d'un siècle, jusqu'à la rédaction par Accurse de la Grande Glose au XIII^e siècle : R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, op. cit., p. 78 ; F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français*, op. cit., n° 87, p. 121. Sur cette école : F.K. von SAVIGNY, *Histoire du droit romain au Moyen-Âge*, trad. C. GUENOUX, t. 1, Paris, Charles Hingray, 1839, p. 391-396 ; F.-X. TESTU, « Les glossateurs. Regards d'un civiliste », *Rev. trim. dr. civ.* 1993.279.

¹⁸⁵ L'école des post-glossateurs réunit Bartole et ses disciples ; elle s'est maintenue jusqu'en 1518, et ses principaux adeptes furent Balde et De Castro : R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, op. cit., p. 79.

¹⁸⁶ C'est en effet ce droit qui fut sollicité en premier lieu, en plus du droit canon, lorsque s'imposa le besoin d'une théorisation du système féodal : A. PIRET, thèse préc., p. 54.

¹⁸⁷ F. ZENATI, thèse préc., n° 192 et suiv. ; F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.* 1993.305.

¹⁸⁸ A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 8^e éd., Paris, Sirey, 1907, p. 767 ; F. ZENATI, op. cit., n° 201, p. 277 ; F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français*, op. cit., n° 324, p. 429.

¹⁸⁹ A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, thèse Paris, 1937, p. 32. L'alleu désigne les « fonds ne relevant d'aucun seigneur et francs de toute redevance, donc librement transmissibles et aliénables ». L'alleu pouvait être converti en fief, lorsque le propriétaire d'un alleu consentait à une telle conversion : R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, op. cit., p. 42.

¹⁹⁰ A. PIRET, thèse préc., p. 35.

peu courant d'avoir la propriété exclusive d'une terre : on avait plutôt un droit sur elle, un « droit dans la terre »¹⁹¹.

60- Le droit romain était essentiellement procédural, axé autour de deux types d'actions : les actions *in rem* et les actions *in personam*¹⁹². Les glossateurs sont partis de la distinction romaine des actions *in rem* et *in personam* et ont considéré qu'elles étaient respectivement fondées, la première sur le *dominium* et la seconde sur l'*obligatio*¹⁹³.

Peu à peu, un type particulier de bien, le *jus in re*¹⁹⁴, va devenir l'objet privilégié de l'*actio in rem* et constituer l'un des éléments essentiels du système de l'époque. Cette évolution représente l'une des premières innovations par rapport au droit romain¹⁹⁵, et elle est en grande partie le produit du régime foncier de cette période. Dans le système féodal le nombre de véritables propriétaires de la terre était beaucoup plus faible que le nombre de titulaires d'une simple concession ; il existait, certes, à l'extrémité de la série des sous inféodations, une personne qui possédait véritablement la terre (la chose corporelle) et non pas un droit, mais l'hégémonie de la figure du *jus in re* finit par rendre la situation du propriétaire de la chose marginale.

61- Les glossateurs ont créé le concept de *quasi-dominium*, pour qualifier la situation juridique de celui qui revendique un droit plutôt qu'une chose corporelle¹⁹⁶. Ce concept a été élaboré sur le modèle de la *quasi possessio*, qui chez les Romains, désignait la possession des droits¹⁹⁷. Pour les glossateurs, la cause des actions *in rem* est le *dominium* de la chose, s'il s'agit d'un propriétaire, ou le *quasi-dominium* de la chose, lorsqu'elle concerne le titulaire d'un *jus in re* ou « droit dans la chose ». Le *quasi-*

¹⁹¹ F. ZENATI, thèse préc., p. 271.

¹⁹² P. MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les Romanistes du Moyen-Âge et dans le droit français*, Dijon, éd. Imprimerie du Palais, 1933, p. VI.

¹⁹³ F. ZENATI, thèse préc., n° 195, p. 269 et 270.

¹⁹⁴ Contrairement à ce que l'on avait pensé un temps, l'expression *jus in re* ne correspond pas à notre droit réel moderne, mais constitue une forme particulière de bien : M. VILLEY, « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », *loc. cit.*, p. 203 et 216. Le *jus in re* désignait un droit incorporé dans la terre ou « droit dans la chose » : M. VILLEY, « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », *loc. cit.*, p. 187 ; R.-M. RAMPELBERG, « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », *loc. cit.*, p. 38.

¹⁹⁵ Ainsi par exemple, l'expression *jus in re* n'existait qu'à l'état latent en droit romain : M. VILLEY, « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », *loc. cit.*, p. 192 et 193.

¹⁹⁶ F. ZENATI, thèse préc., n° 199, p. 27 et « L'immatériel et les choses », *A.P.D.* 1999.79, p. 85.

¹⁹⁷ Les glossateurs se sont en effet inspirés des idées de Placentin dans cette construction. Placentin comparait la revendication directe à la revendication utile, entre lesquelles il n'existait selon lui pratiquement aucune différence. Ainsi opposait-il d'une part le *jus in re* que sanctionne la *rei vindicatio* directe, et qui a sa cause dans le *dominium*; et d'autre part le *jus in re* que sanctionne la *rei vindicatio* utile, et qui a sa cause dans le *quasi-dominium* (se rattachent à ce second cas de figure les situations de l'usufruitier ou de l'emphytéote). Voir sur ce point : P. MASSON, thèse préc., p. 22.

dominium désigne donc désormais le *dominium* des droits. Cependant, les droits (*jus*) étaient toujours considérés, de même qu'en droit romain, comme des objets sur lesquels pouvait porter la propriété (*dominium*)¹⁹⁸. La seule modification par rapport au droit romain était alors l'utilisation du terme « *quasi-dominium* » pour désigner le *dominium* des droits, sans toutefois que cette différence dans le concept utilisé, aille jusqu'à une modification de la notion même de *dominium*¹⁹⁹. C'est l'amorce de ce qui sera plus tard le *dominium improprie*.

62- Le rôle novateur des glossateurs ne s'est pas arrêté là. Ils ont également créé le concept de domaine utile (*dominium utile*)²⁰⁰, à partir de la distinction romaine des actions utiles et des actions directes. Les Romains admettaient que le prêteur puisse conférer une action à certaines personnes se trouvant dans une situation similaire à celle de son titulaire²⁰¹. Les glossateurs vont suivre un raisonnement identique pour reconnaître au vassal le droit d'agir en justice contre un tiers, dans l'hypothèse d'une atteinte à son droit sur le fief²⁰². Or, ce droit va lui être reconnu non plus sur le fondement de son *dominium* sur le *jus in re*, mais sur le fondement de l'emprunt de l'action en revendication du seigneur. L'action ainsi étendue était appelée action utile, alors que l'action du seigneur était dénommée action directe ou éminente. Ainsi, bien que n'étant pas propriétaire de la chose, le tenancier se vit reconnaître le droit de la revendiquer de manière « utile »²⁰³. Cette innovation est importante, puisqu'elle va créer un lien direct entre le vassal et la terre : celui-ci ne revendique plus son droit dans la chose, mais la chose elle-même.

63- Bartole et les Bartolistes ont poussé plus loin la construction ébauchée par les glossateurs²⁰⁴. Le propriétaire du droit, au seul motif qu'il dispose d'une action lui permettant de revendiquer directement la chose, va se voir qualifié de propriétaire de

¹⁹⁸ P. MASSON, thèse préc., p. 28.

¹⁹⁹ F. ZENATI, thèse préc., n° 195.

²⁰⁰ Sur le concept de *dominium utile* : E. MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XIV^e siècle dans les Romanistes », dans *Mélanges Fitting*, t. 2, Montpellier, Imprimerie générale du midi, 1908, p. 409 ; R. FEENSTRA, « *Dominium utile est chimera* : nouvelles réflexions sur le concept de propriété dans le droit savant (à propos d'un ouvrage récent) », *R.H.D.* 1998.381.

²⁰¹ P.-F. GIRARD, *Manuel*, op. cit., p. 1080.

²⁰² Voir E. MEYNIAL, « Notes sur la formation du domaine divisé », loc. cit., p. 423.

²⁰³ F. ZENATI, thèse préc., n° 199, p. 275 ; R. FEENSTRA, « *Dominium utile est chimera* », loc. cit., p. 393 : « En principe, la revendication directe est accordée à celui qui a le *directum dominium*, la revendication utile à celui qui a l'*utile dominium* ».

²⁰⁴ Sur le rôle de construction des post-glossateurs : J. BRISSAUD, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, t. 1, Paris, Fontemoing, 1904, p. 213 et 214.

la chose corporelle²⁰⁵. Le propriétaire du droit en vient donc à être considéré comme le propriétaire *de la chose corporelle elle-même*²⁰⁶.

Les travaux du professeur Zenati ont montré que cette construction a eu des conséquences majeures relativement à la nature juridique de la propriété. En partant du fait que le titulaire d'un droit avait l'action *in rem*, les post-glossateurs en avaient déduit l'existence d'un droit réel, identifiant ainsi l'action au droit. Dès lors, le *dominium*, qui était sanctionné par l'action *in rem*, a été qualifié de *jus in re* par les romanistes, contrairement à la conception romaine du *dominium*, qui l'analysait en une puissance, laquelle pouvait porter le cas échéant sur un *jus*²⁰⁷. Ayant fait du propriétaire d'un droit le propriétaire de la chose, celui-ci n'avait plus besoin de la propriété de son droit, qui apparut inutile.

64- Les post-glossateurs remédièrent à cette redondance, en fusionnant le *dominium* et le *jus in re*²⁰⁸. La revendication utile développe le *dominium* corporel et marginalise le *quasi-dominium*. Bartole voit le « *dominium proprie* » dans cette propriété confondue avec le droit à objet corporel et le « *dominium improprie* » dans le véritable *dominium* romain, celui des *jura*. Ainsi Bartole affirme-t-il que la propriété proprement dite porte sur une chose corporelle : « *dominium est ius in re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur* »²⁰⁹ (la propriété est le droit de disposer parfaitement d'une *chose corporelle*, à moins que cela ne soit prohibé par la loi) et que le *dominium* des droits est « impropre »²¹⁰.

Il s'agit de la première définition à dire expressément que la propriété a un objet corporel. Le *dominium* utile étant devenu le principe, la propriété d'un droit est devenue anormale et incongrue, par contrecoup. Pour justifier cette affirmation, il fait valoir que la propriété étant un droit²¹¹, elle ne peut porter sur un droit. Une telle allégation

²⁰⁵ F. ZENATI, thèse préc., n° 200, p. 276 et 277. F.-X. TESTU, « Les glossateurs. Regards d'un civiliste », *loc. cit.*, p. 286 ; M. BLOCH, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, t. 1, 3^e éd., Paris, Armand Colin, 1968, p. 133 et 134.

²⁰⁶ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.* 1993.305, p. 308.

²⁰⁷ Sur l'analyse du *dominium* romain en une puissance : F. ZENATI, thèse préc., p. 241-264. Cette puissance a été analysée par le Professeur Senn, comme ayant la même nature, qu'elle s'exerce sur les personnes ou sur les choses : F. SENN, « La notion romaine de la propriété », *Annales de droit et de sciences politiques* 1939, p. 420 et 421.

²⁰⁸ E. MEYNIAL, *Notes sur la formation du domaine divisé*, *loc. cit.*, p. 409. Voir P. MASSON, thèse préc., introduction, p. XII ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *loc. cit.*, p. 85 : « *Comme on ne savait plus en ces temps ce qu'est un propriétaire exclusif, on a décidé que les titulaires de droits sont tous des propriétaires, confondant dominium et jus* ».

²⁰⁹ BARTOLE, D. 41, 2, 17, 1, n° 4.

²¹⁰ BARTOLE, D. 41, 2, 17, *De acquir. poss.*, *Si quis vi differentia*, n° 4.

²¹¹ Bartole ne définit plus la propriété comme une puissance, comme cela était le cas en droit romain, mais comme « le droit de disposer complètement d'une chose dans les limites de la loi » : D. 41, 2, 17, n° 4 : « *Ius in re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur* ».

s'explique par la construction de l'époque, selon laquelle le droit ou *jus* n'est plus envisagé, comme cela se passait à Rome, comme un objet du *dominium*, mais comme étant le *dominium* lui-même, que l'on analyse en un *jus in re*²¹². De plus, le *dominium* qui porte sur un droit revient, dans une telle construction, à faire porter le *dominium* sur lui-même²¹³. C'est ce qu'on a identifié comme un rétrécissement de l'objet de la propriété, dû à sa mutation en un droit²¹⁴. Il est clair que, si la propriété romaine était une puissance portant sur les *res corporales* et les *res incorporales*, les romanistes du Moyen-Âge, en assimilant la propriété à une catégorie de droit portant sur des choses, vont rendre plus difficile, d'un point de vue théorique, que cette propriété puisse porter sur une autre catégorie de droits, les *res incorporales*.

65- Il ressort donc de ces développements que, contrairement à l'idée reçue, ce n'est pas le droit romain, mais l'Ancien droit qui est responsable du rétrécissement de l'objet de la propriété aux corps. Cette réduction de l'objet de la propriété a sans doute été provoquée par une modification de la nature juridique de la propriété. Les glossateurs et les post-glossateurs ont analysé la propriété en un droit et ont ensuite considéré la propriété des droits comme impropre, tout en admettant son existence²¹⁵.

C'est chez les romanistes du Moyen-Âge que l'on voit apparaître pour la première fois, l'idée d'après laquelle la propriété des droits est impropre²¹⁶. Les romanistes eux-mêmes ne nient pas l'existence d'une telle propriété incorporelle.

²¹² F. ZENATI, thèse préc., n° 206, p. 284.

²¹³ On trouve ici la naissance de l'argument condamnant la propriété des droits, au motif qu'elle crée la figure juridique incongrue d'un droit portant sur un autre droit.

²¹⁴ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *loc. cit.*, p. 308 : « [...] quand le *dominium* était une puissance, il pouvait porter indifféremment sur des corps et sur des droits. À partir du moment où il est ravalé au rang d'un droit sur une chose, il ne peut plus porter que sur une chose, par hypothèse corporelle ». La nature juridique de la propriété a été modifiée par les romanistes : alors que pour les juristes romains, la propriété était une puissance qui pouvait porter sur des droits, elle devient au Moyen-Âge une catégorie particulière de droit, un simple droit réel : F. ZENATI, thèse préc., n° 202. L'apparition de la notion de droit réel a été fixée à une date plus tardive par M. Villey, qui la situe au même moment que la distinction des droits réels et personnels : M. VILLEY, « Les origines de la notion de droit subjectif », dans M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, p. 249. Voir néanmoins : M. VILLEY, « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », publication de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris VI, 1950, p. 219, note 17, où l'auteur admet une certaine manifestation du droit subjectif chez Bartole.

²¹⁵ Bartole lui-même reconnaissait l'existence de la propriété des droits : « *quicumque habet aliquod jus, dominium illius juris dicitur habere* » (C. 4, 19, 4). Il reconnaissait en effet, à côté du *dominium* des choses corporelles, le *dominium* des choses incorporelles : D. de acquir. posses. 1. 17. Mieux encore, il considérait que « dans un certain sens, le *dominium* des choses incorporelles est le même que celui des choses corporelles » : P. MASSON, thèse préc., p. 31. Bartole a même été jusqu'à reconnaître, parmi le *dominium* des choses incorporelles, le *dominium obligationis* : BARTOLE, D. 41, 2, 17, n° 4 : « *Quaero, quid sit dominium? Et potest appellari largissime pro omni jure incorporali, ut habeo dominium obligationis utputa ususfructus* ».

²¹⁶ P. de CASTRO, D. 41, 2, 17, n° 4 ; M. VILLEY, « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », *loc. cit.*, p. 215, à la note 8 bis.

Simplement, ils la condamnent, sur le fondement de l'idée selon laquelle la propriété étant un droit, elle ne peut porter sur un droit. L'idée d'une assiette corporelle de la propriété et d'un refus de la propriété des créances, loin de se trouver en droit romain, procède donc au contraire de la vision déformée de ce droit qu'ont eu les juristes médiévaux, dont on a d'ailleurs pu dire qu'ils avaient souvent une connaissance insuffisante du droit romain²¹⁷. Les auteurs qui invoquent l'autorité du droit romain pour affirmer que l'objet d'une propriété authentique est nécessairement corporel, ne peuvent se targuer de ce soutien prestigieux pour fonder leur affirmation : la précieuse autorité qu'ils invoquent est une autorité déformée. Mieux, malencontreuse, elle accrédite au contraire l'existence de la propriété des droits. La conception classique et corporéiste de la propriété, ne trouve en fin de compte comme précédent historique réel, que le fondement autrement moins glorieux des glossateurs et post-glossateurs du Moyen-Âge.

Si le fondement historique de la corporéité n'est donc pas aussi évident que ce qu'on a pu en dire, l'interprétation restrictive de l'objet de la propriété doit également être soumise à la critique.

B. Critique de l'interprétation restrictive de l'objet de la propriété

66- Rien ne permet *a priori* de limiter l'objet de la propriété aux seuls biens matériels. Au contraire, ni les textes, ni dans l'évolution du droit positif français et québécois, ne semblent nier l'existence des biens incorporels et, partant, condamner la possibilité d'une propriété des créances.

La filiation historique du droit français et du droit québécois (1) explique en partie la généralité de l'objet de la propriété dans ces deux droits (2). À cela s'ajoute un mouvement vers une plus grande prise en compte des biens immatériels (3).

1. La filiation historique du droit français et du droit québécois

67- Nous tenterons de montrer ici que le droit français se rattache, quant à l'objet de la propriété, à une filiation historique romaine plutôt que romaniste (a). Quant au droit québécois, la conception extensive de l'objet de la propriété retenue par le Code civil du Québec et, avant lui, par le Code civil du Bas Canada, s'explique en partie par

²¹⁷ A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, op. cit., p. 767.

la particularité de la Coutume de Paris et par la faible influence de la pensée romaniste au Québec (b).

a) L'importance du modèle romain de la propriété en droit français

68- Si une conception de la propriété a influencé les codificateurs, c'est de l'influence romaine dont il s'agit. Il serait d'abord pour le moins étonnant, dans un contexte révolutionnaire, que les rédacteurs du Code Napoléon aient eu l'intention de reprendre les règles de l'Ancien droit. L'in vraisemblance d'une telle idée s'illustre notamment par l'abolition des privilèges dans la nuit du 4 Août 1789, qui aboutit à l'adoption du décret du 3 novembre 1789, dans lequel l'Assemblée constituante déclarait « *détrui(re) entièrement le régime féodal* »²¹⁸. La volonté de rupture avec l'Ancien droit participant de la logique révolutionnaire²¹⁹, il est logique que ce soit le droit romain qui ait naturellement ressurgi à titre de modèle.

69- À la suite de l'adoption du Code Napoléon, l'École de l'Exégèse²²⁰ s'est souvent servie des opinions de Pothier²²¹. Des travaux doctrinaux ont montré que cet auteur s'est souvent trouvé à la confluence de l'emprise du droit romain et de celle du droit féodal²²², ce qui l'a conduit à privilégier tantôt l'une, tantôt l'autre de ces deux influences. Or, pour ce qui concerne l'objet de la propriété, c'est certainement l'autorité romaine qui a été prépondérante²²³. Cela résulte en premier lieu de la définition qu'il

²¹⁸ Article 1^{er} du décret. Voir P. COSTE-FLORET, *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, thèse Montpellier, 1935, p. 36 et 37 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil, op. cit.*, t. 1, n° 1484. Dans les faits, cette destruction prendra un certain temps et sera achevée sous la Convention : P. COSTE-FLORET, thèse préc., p. 38.

²¹⁹ Si la volonté de rupture est consciente, cela n'a pas cependant pas nécessairement empêché une certaine influence *a posteriori* des idées féodales. Nous le verrons notamment à travers l'expression de certaines idées qui seront véhiculées par la suite en doctrine.

²²⁰ J. BONNECASE, *L'école de l'Exégèse en droit civil : Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, coll. « Bibliothèque de l'histoire et des institutions », t. 19, Paris, De Boccard, 1924 : l'école de l'Exégèse, dont les fondateurs sont Delvincourt, Proudhon, Toullier, Merlin, Maleville, a regroupé les principaux civilistes français du XIX^e siècle (p. 16 ; p. 21 et 22). Son apogée se situe dans les années 1830-1880 (p. 26) et elle a pour principaux représentants les « grands commentateurs » du code Napoléon, à savoir Duranton, Aubry et Rau, Demolombe, Troplong, Marcadé et Laurent (p. 27). On admet généralement que Aubry et Rau ont réalisé le chef-d'œuvre de l'École de l'Exégèse dans leur *Cours de droit civil français*, alors que Demolombe, considéré comme l'équivalent pour l'époque du Pothier de l'Ancien droit (p. 103), est souvent décrit comme le « prince de l'Exégèse » (p. 95).

²²¹ La doctrine de l'École de l'Exégèse s'illustre d'abord par le culte du texte de loi et par la nécessité de faire prédominer l'intention du législateur dans l'interprétation du texte de loi : J. BONNECASE, *op. cit.*, p. 128 et p. 131.

²²² A. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, thèse Paris, 1937.

²²³ Voir en ce sens : F. ZENATI, thèse préc., n° 249, p. 334.

donne de la propriété, celle-ci n'étant pas réduite aux corps²²⁴. De plus, Pothier reconnaît la tradition des créances -par le canal de l'acceptation du transport de la créance par le débiteur, qui a pour effet d'en transférer la propriété au cessionnaire²²⁵. Dans le même sens, Pothier admet la possibilité d'une revendication des choses incorporelles²²⁶, cette action étant la sanction type de la propriété. Ces différents éléments soulignent donc que la position de Pothier était en réalité plus proche des conceptions romaines que féodales relativement à l'objet de la propriété²²⁷.

70- Les codificateurs ont également subi des influences extra juridiques et notamment philosophiques. Dès la fin du XVII^e siècle, l'école du droit naturel moderne commence à faire sentir son emprise en France. Pour les tenants de cette école, ce sont les principes du droit romain qui sont considérés comme étant les plus proches de la raison naturelle²²⁸. À titre d'exemple, Domat considère dans ses *Lois civiles* parues en 1869 que, si le droit romain n'est reçu comme coutume générale que dans la moitié de la France, il est légitimement considéré ailleurs comme la raison écrite. Or, il a été montré que les *Lois civiles* de Domat ont eu une certaine influence sur les rédacteurs du Code civil²²⁹, ce qui n'a pu que favoriser la pénétration des idées romaines en la matière.

71- L'ascendance du droit romain authentique sur les codificateurs apparaît sans doute encore plus nettement dans l'exposé des motifs du projet de loi sur la propriété²³⁰. À plusieurs reprises, Portalis expose que les rédacteurs du code se sont

²²⁴ R.J. POTHIER, *Œuvres annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, par J.-J. BUGNET, 2^e éd., t. 9, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris, Cosse et Delamotte, 1848, n° 4, qui définit simplement la propriété comme « le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui, ni aux lois ». De plus, Pothier définit les choses comme étant corporelles ou incorporelles, telles les créances, reprenant ainsi clairement la distinction romaine des *res corporales* et des *res incorporales* : *op. cit.*, n° 232.

²²⁵ R.J. POTHIER, *op. cit.*, t. 9, n° 215.

²²⁶ R.J. POTHIER, *op. cit.*, t. 9, n° 282 : « Dans notre droit français, je ne vois rien qui empêche que le propriétaire d'une chose incorporelle, puta, d'un droit de censive, d'un droit de champart ou d'une rente, lorsqu'il en a perdu la possession, ne puisse donner l'action en revendication de cette chose contre un tiers qu'il trouverait en possession, de même qu'on la donne pour les choses corporelles ». Continuant la pensée de Pothier, Bugnet ajoute : « il ne nous paraît point impossible d'appliquer la revendication aux droits de créance, non pas dans les relations avec le débiteur qui conteste l'existence du droit, mais entre deux prétendants à ce droit dont l'existence passive n'est pas contestée » (p. 200, note 1).

²²⁷ Cette idée vaut tant pour le droit français que pour le droit québécois, dont les codificateurs ont été, les uns comme les autres, influencés par Pothier.

²²⁸ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 63.

²²⁹ A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 72. C'est le cas aussi, comme nous l'avons vu plus haut, pour le Code civil du Bas Canada.

²³⁰ J.-E.-M. PORTALIS, « Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété. Titre II, Livre II du Code civil, présenté le 26 Nivôse An XII », dans J.-E.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 111.

référés au droit romain²³¹, par opposition au système féodal²³². La notion de domaine éminent disparaît²³³ et le concept d'une propriété individuelle et absolue lui succède²³⁴, celle-ci étant considérée par la majorité des spécialistes comme la renaissance de la propriété romaine classique²³⁵. Cette résurgence -même si elle est accompagnée de changements²³⁶- reprenant la conception romaine et non féodale de la propriété, semble donc exclure que les codificateurs se soient implicitement référés à la restriction des choses aux corps, opérée par les glossateurs et les post-glossateurs²³⁷.

C'est également dans le droit romain que l'on trouve le modèle historique du droit québécois.

b) La faible influence de la pensée romaniste sur le droit québécois

72- L'évolution juridique du droit québécois porte la trace de son histoire, la province ayant été placée en tant que colonie, sous le signe de la domination française²³⁸, puis anglaise à la suite du Traité de Paris de 1763²³⁹. La domination française eut pour conséquence directe l'introduction du droit français au Canada²⁴⁰. Dans un premier temps, au XVII^e siècle et pendant une partie du XVIII^e siècle, différentes coutumes françaises furent reçues en Nouvelle-France, en raison de la provenance variée des colons²⁴¹. Le système seigneurial fut instauré, le droit coutumier

²³¹ J.-E.-M. PORTALIS, « Exposé des motifs », *loc. cit.*, p. 121 : « À travers les différents systèmes des auteurs, nous sommes remontés au droit romain [...] » et p. 122 : « Nous avons suivi l'esprit des lois romaines ».

²³² J.-E.-M. PORTALIS, « Exposé des motifs », *loc. cit.*, p. 123 : « Les principes de la féodalité avaient obscurci cette matière », et p. 126, où il estime que c'est la propriété qui « nous a inspiré le courage de secouer le joug et de nous délivrer de toutes les entraves de la féodalité ».

²³³ A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil, op. cit.*, t. 1, n° 1484.

²³⁴ P. COSTE-FLORET, thèse préc., p. 33.

²³⁵ J. MACQUERON, *Cours de droit romain*, licence 1^{re} année, polycopié, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politiques Université d'Aix-Marseille, 1953-1954, p. 385-386 : « le Code civil est fidèle à la conception romaine » ; E. PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, thèse Paris, 1937.

²³⁶ Sur le nouveau rôle du droit subjectif : M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne : Cours d'histoire de la philosophie du droit*, fasc. II, Paris, Montchrestien, 1962, p. 247-262.

²³⁷ P.-Y. GAUTIER, « Rapport de synthèse », *A.P.D.* 1999.233, p. 234 : « [...] avec le Code civil, la science de l'interprétation et le retour au droit romain pour une bonne partie du régime des biens, l'entendement juridique a pu à nouveau prospérer, dans le sens de l'inclusion des biens incorporels dans le domaine du droit de propriété ».

²³⁸ La domination française s'est imposée à partir de 1534, à la suite des explorations françaises en Amérique du Nord et à l'arrivée de Jacques Cartier sur le fleuve Saint-Laurent. Un commissaire fut alors nommé, au nom du roi François I^{er}, pour prendre possession de la « Nouvelle-France ».

²³⁹ Aux termes de ce traité, c'est le Canada tout entier qui passa sous domination anglaise.

²⁴⁰ E. LAREAU, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, Montréal, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1888, p. 20 et 21.

²⁴¹ J.-M. BRISSON, J. LECLAIR et A. MOREL, *Sources et formation du droit, op. cit.*, p. 47.

français coexistant alors avec les coutumes aborigènes²⁴². Puis, avec l'Édit de 1664 établissant la Compagnie des Indes occidentales, le droit en vigueur dans la région de Paris fut déclaré applicable à la Nouvelle-France²⁴³. En 1665, un conflit éclate entre la France et l'Angleterre, qui durera un siècle et se soldera par l'éviction de la France. Par le traité de Paris du 10 février 1763, la province de Québec passe sous domination britannique et le pouvoir politique anglais s'installe²⁴⁴. Après une tentative d'introduction du système judiciaire britannique et devant l'opposition des Canadiens français alors fortement majoritaires²⁴⁵, la province de Québec fut autorisée, par l'Acte de Québec de 1774²⁴⁶, à conserver son droit privé d'origine française²⁴⁷.

Durant le XIX^e siècle, le droit de la province de Québec subit des modifications. En plus d'être reçue dans le domaine public (en droit constitutionnel et administratif), la tradition anglaise fut également suivie en droit pénal, commercial et processuel²⁴⁸. Mais cela n'affecta pas le droit des biens : celui-ci, encore fondé sur la coutume de Paris telle que complétée par le droit romain, correspondait toujours au droit pratiqué en France à la veille de la Révolution²⁴⁹. Après l'introduction de nouvelles lois au Bas Canada au milieu du XIX^e siècle, le droit des biens québécois évolua dans le sens du droit français post révolutionnaire. En 1854, le régime seigneurial fut aboli²⁵⁰ et la Couronne renonça

²⁴² H.P. GLENN, « Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance », *loc. cit.*, p. 580.

²⁴³ J.A.C. SMITH et J. KERBY, *Le droit privé au Canada : Études comparatives*, 2^e éd., Ottawa, P.U.O., 1987, p. 1. Dans son article XXXIII, l'édit dispose que les juges seront « tenus de juger suivant les lois et ordonnances du Royaume, et les officiers de suivre et se conformer à la *Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris, suivant laquelle les habitants pourront contracter, sans que l'on y puisse introduire aucune Coutume, pour éviter la diversité* » (*Édits et Ordonnances*, Québec, 1854, I, p. 46). Cet édit a donc eu pour effet d'assujettir la province de Québec à l'application exclusive de la coutume de Paris : M. CANTIN CUMYN, « Le droit privé des biens : à l'enseigne de la continuité », *loc. cit.*, p. 377 ; G. LE MOYNE DE SÉRIGNY, thèse préc., p. 10.

²⁴⁴ H.P. GLENN, « Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance », *loc. cit.*, p. 581.

²⁴⁵ En 1765, il n'y avait que 500 anglais sur une population de 60 000 habitants : G. LE MOYNE DE SÉRIGNY, thèse préc., p. 12.

²⁴⁶ L'article 8 de l'Acte de Québec du 13 juin 1774 introduit cependant le droit anglais en matière pénale et successorale ; il prévoit aussi la possibilité de réviser pour l'avenir les lois civiles de la province de Québec. L'Acte de Québec de 1774, confirmé par l'Acte constitutionnel de 1791 relatif au gouvernement du Québec, divise la colonie en deux provinces, le Haut et le Bas Canada, et accorde à chacune d'elle un conseil législatif et une chambre élective : E. LAREAU, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, *op. cit.*, p. 184.

²⁴⁷ A. MOREL, *Histoire du droit : DRT 1108*, 7^e éd., Montréal, Librairie de l'Université de Montréal, 1981, p. 75 et suiv. ; H. P. GLENN, « Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance », *loc. cit.*, p. 581 ; E. LAREAU, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, *op. cit.*, p. 141 : avec l'Acte de Québec de 1774, le gouvernement impérial rend aux Canadiens la coutume de Paris ainsi que le droit commun en vigueur dans le pays avant la cession.

²⁴⁸ Sur les grandes réformes statutaires du milieu du XIX^e siècle, voir les *Statuts révisés du Canada* de 1886.

²⁴⁹ M. CANTIN CUMYN, « Le droit privé des biens : à l'enseigne de la continuité », *loc. cit.*, p. 377.

²⁵⁰ *Acte concernant l'abolition générale des droits et devoirs féodaux* (1954), 1861 S.R. B.-C. c. 41.

au domaine éminent sur les terres concédées²⁵¹. Une conception plus individualiste de la propriété triompha alors²⁵², qui ouvrit la voie à la codification de 1866.

Nous tenterons de montrer ici que c'est une conception large de l'objet de la propriété qui a été retenue, tant par la coutume de Paris, que par le Code civil du Bas Canada, conformément à l'état du droit en vigueur avant même la codification du droit civil. Non seulement la coutume de Paris a joué un rôle primordial dans l'ancien droit de la province du Québec, mais son étude peut également être l'occasion de cerner le rôle joué par le droit romain durant cette période. Avant de rendre compte de la conception retenue par le Code civil du Bas Canada en matière de propriété des créances (β), on observera donc d'un peu plus près le droit issu de la coutume de Paris (α).

α. Propriété des créances, coutume de Paris et droit romain

73- Le fait que le Québec se soit vu appliquer une coutume spécifique, plutôt que le droit romain déformé²⁵³, a nécessairement eu des incidences. La conséquence la plus directe paraît être une influence moindre qu'en France, de cette pensée romaniste déformée. C'est ce qu'il convient de vérifier plus avant.

Jusqu'à la codification, la nouvelle coutume de Paris²⁵⁴, telle que complétée et modifiée par les ordonnances royales, a été la loi fondamentale du Canada en matière de droit civil²⁵⁵. Plus précisément, un ensemble de règles s'appliquaient, qui ne se réduisaient pas à la coutume de Paris, puisque d'autres secteurs du droit civil étaient régis par le droit romain, le droit canon, voire exceptionnellement par des règles de

²⁵¹ Le même droit, d'origine française, régissait tant les terres concédées sous une tenure française que celles concédées sous une tenure anglaise.

²⁵² H. P. GLENN, «Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance », *loc. cit.*, p. 591 ; M. CANTIN CUMYN, «Le droit privé des biens : à l'enseigne de la continuité », *loc. cit.*, p. 377.

²⁵³ Lorsque le droit français fut appliqué au Québec, la France était divisée en pays de coutume et pays de droit écrit. Dans les pays de droit écrit, se trouvait appliqué le droit romain qui, nous l'avons vu, avait été déformé par les reconstructions des romanistes du Moyen-Âge.

²⁵⁴ Rédigée en 1510 (on la désigne alors sous le nom d'« *ancienne coutume* »), la coutume de Paris fut réformée en 1580 (« *nouvelle coutume* ») : E. LAREAU, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, *op. cit.*, p. 141. La nouvelle coutume contenait seize titres, composés de deux cent soixante-deux articles. Elle traitait successivement des matières suivantes : le régime foncier, la distinction des biens, les actions possessoires et hypothécaires, la prescription, les servitudes, les régimes matrimoniaux, les donations, les testaments et les successions.

²⁵⁵ E. LAREAU, *op. cit.*, p. 141 ; l'auteur précise que certains articles ont été abolis au cours de l'évolution et qu'au moment de la codification, seuls cent quarante-huit articles étaient restés intacts. Concernant l'interprétation de la Coutume, elle était réservée aux autorités locales ainsi qu'à la jurisprudence : L. ANTIER, *La survivance de la coutume de Paris : Le droit civil du Bas-Canada*, thèse Paris, 1923.

nature législative²⁵⁶. Néanmoins, c'est à cette coutume²⁵⁷ qu'il faut essentiellement se référer lorsqu'il est question de droit des biens. Les travaux du professeur Olivier-Martin sont essentiels à l'étude de cette coutume. Les cours qu'il professa sur le thème de « *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes* », nous intéressent particulièrement, car ils mettent en perspective le lien éventuel entre cette coutume et le droit romain. Selon lui, cette coutume constitue « *un système de législation original, né dans des circonstances historiques déterminées et en étroite concordance avec elles. Comme tout notre droit coutumier dont elle exprime les conceptions essentielles, dit-il, elle est à peu près aussi loin du droit franc que du droit romain* »²⁵⁸. Mais quel était alors le contenu de cette coutume ?

74- Si la coutume de Paris prévoyait une organisation plutôt féodale de la propriété²⁵⁹, elle n'en contenait pas moins une description large des biens, objets de propriété²⁶⁰. Le titre III de la nouvelle coutume traitait méthodiquement de la distinction des biens (articles 88 et suivants). La classification des biens donnée par les coutumiers parisiens comprenait plusieurs distinctions, dont certaines ont été empruntées au droit romain²⁶¹. Dans son *Traité sur les anciennes lois, coutumes et usages de la province de*

²⁵⁶ L'étude du droit canon n'a pas sa place ici, puisqu'il concerne la matière du droit de la famille, qui a été régi par lui jusqu'au Code de 1866 (v. J.-M. BRISSON, J. LECLAIR et A. MOREL, *Sources et formation du droit*, op. cit., p. 58 et suiv.). Concernant les ordonnances royales, on peut citer notamment l'Ordonnance sur le commerce de 1673, l'Ordonnance sur les donations de 1731 et l'Ordonnance sur testaments de 1735.

²⁵⁷ L'origine de la coutume de Paris se situe à la fin du X^e ou au cours du XI^e siècle. Simple coutume territoriale au départ, elle a ensuite constitué en France un véritable droit commun coutumier à compter du XVI^e siècle : F. OLIVIER-MARTIN, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Paris, Sirey, 1925, p. 5. J. BRODEAU a mis en évidence le fait que la coutume de Paris jouissait d'une prééminence de fait tenant à ce qu'elle exprimait le droit commun coutumier applicable partout dans le silence de la coutume du lieu : F. OLIVIER-MARTIN, *La coutume de Paris*, op. cit., p. 19. L'importance et la longévité de cette coutume sont remarquables, puisqu'elle n'a disparu du droit français qu'avec la promulgation du Code civil et qu'elle a également été exportée en Nouvelle-France.

²⁵⁸ F. OLIVIER-MARTIN, *La coutume de Paris*, op. cit., p. 3 et 4.

²⁵⁹ La coutume faisait ainsi référence à la distinction entre le domaine direct et domaine utile. Le domaine direct est celui que le seigneur supérieur s'est réservé sur la chose aliénée, alors que le domaine utile est celui que le vassal et le preneur à cens ou à titre d'emphytéote, ont sur les choses qu'ils ont prises à ces titres, avec leur jouissance entière : J.-C. de FERRIÈRE, *Corps et compilations de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, 2^e éd., Paris, Gosselin, 1714, titre 1, §1, 8, définition de Du Moulin. La coutume traitait du fief, comme d'« une tenure concédée par le seigneur à son vassal, à charge de services nobles, et notamment à charge de foi et hommage » : F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. 1, Paris, Ernest Leroux, 1926, p. 227 ; J.-C. de FERRIÈRE, *Corps et compilations de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, op. cit., titre I, §1, 8.

²⁶⁰ La coutume de Paris a été influencée par l'école scientifique du XVI^e siècle (Cujas), largement teintée d'anti-bartolisme.

²⁶¹ F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, op. cit., t. 1, p. 201. C'est ainsi que le *Grand Coutumier* de d'Ableiges (J. D'ABLEIGES, *Le Grand Coutumier de France*, Paris, Laboulaye et Darest, 1868) qui est l'une des sources de la coutume de Paris, contenait la distinction

Québec, Cugnet expose que, selon l'article 88 de la coutume de Paris, il y a deux espèces de biens, les uns meubles et les autres immeubles²⁶². Il ajoute que, sous ces deux espèces de biens, sont comprises les choses corporelles et les choses incorporelles. Ainsi, l'interprétation faite au Québec de l'article 88 de la coutume admet, aux côtés des choses ou biens corporels²⁶³, les choses ou biens incorporels²⁶⁴. De plus, la coutume précisait la condition des biens incorporels les plus importants. Ainsi, l'article 89 prévoyait-il que les obligations portant sur des sommes d'argent ou autres meubles, étaient réputées meubles²⁶⁵. Les choses incorporelles dont faisaient partie les obligations, étaient donc considérées comme des biens par la coutume de Paris.

La coutume de Paris reconnaissait également la transmissibilité active des obligations²⁶⁶, puisque le créancier pouvait céder sa créance. Contrairement à ce qui se passait au XIV^e siècle, le simple transport ne saisissait pas le cessionnaire, celui-ci devant être précédé d'une signification au débiteur et aux tiers intéressés²⁶⁷. Cette signification constituait un type particulier de tradition, à savoir celle réservée aux choses incorporelles²⁶⁸. Or, si la coutume de Paris prévoyait la tradition des choses incorporelles ou droits, la tradition permettant l'acquisition de la propriété, cela tend à montrer qu'elles pouvaient être objets de propriété.

75- Ainsi, les obligations sont vues comme des choses incorporelles, ces dernières étant classées parmi les biens ; et la tradition de ces choses incorporelles est

romaine des choses corporelles et incorporelles : F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, op. cit., t. 1, p 101 et 201.

²⁶² J.-F. CUGNET, *Traité des anciennes lois, coutumes et usages de la colonie du Canada aujourd'hui province de Québec*, Québec, G. Brown, 1775, au titre I, « définition des biens ».

²⁶³ Les choses corporelles sont celles qui tombent sous les sens extérieurs, comme les héritages, les vêtements, les meubles meublants, et tous autres qui sont les objets de notre vue.

²⁶⁴ Les choses incorporelles sont celles qu'on ne peut voir, qu'on ne peut toucher, et qui sont des droits incorporels ; il s'agit notamment des servitudes, des obligations et des actions. Sur ces différents points, voir J.-F. CUGNET, *Traité des anciennes lois, coutumes et usages de la colonie du Canada aujourd'hui province de Québec*, op. cit., titre 2, *Des actions personnelles et d'hypothèque*.

²⁶⁵ F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, op. cit., t. 1, p. 209.

²⁶⁶ La transmissibilité passive à cause de mort était également acceptée : l'art. 76 de l'A. C. et l'art 330 N. C., prévoyaient que les héritiers étaient personnellement tenus des obligations du défunt.

²⁶⁷ Art. 170 de l'ancienne coutume et 108 de la nouvelle coutume. Voir : F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, op. cit., t. 2, p. 123 et suiv. Il en était ainsi même si le débiteur connaissait en fait la cession : G. LOUËT et J. BRODEAU, *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris*, t. 2, Paris, Le Gras, 1742, p. 556 et suiv. Jusqu'à la signification, le cédant pouvait poursuivre le débiteur et le débiteur pouvait se libérer entre ses mains ou être saisi-arrêté : G. LOUËT et J. BRODEAU, op. cit., t. 2, p. 134. De plus, si deux cessions avaient été consenties, le cessionnaire ayant le premier signifié était préféré : C.-J. de FERRIÈRE, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, op. cit., t. 2, p. 128, n° 10. Voir aussi : F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, op. cit., p. 574.

²⁶⁸ Selon Ferrière, la tradition des choses incorporelles se faisait par la signification de la cession au débiteur : C.-J. de FERRIÈRE, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, op. cit., titre XIII, art 160, 19.

admise, par la voie de la transmissibilité active des obligations. Dès lors, s'il est vrai que la coutume de Paris retient une conception de la propriété marquée par l'époque féodale, rien dans cette coutume ne paraît s'opposer à l'admission d'un éventuel objet incorporel de la propriété. En réalité, cette coutume²⁶⁹ a été faiblement influencée par la pensée romaniste et a donné une conception de l'objet de la propriété relativement moderne et proche de celle qui sera retenue dans le Code civil du Bas Canada²⁷⁰.

β. La propriété des créances dans le Code civil du Bas Canada

76- Sous l'inspiration de sir G.R. Cartier, le Parlement décida de procéder à la codification des lois civiles du Bas Canada²⁷¹. Les codificateurs eurent pour mandat de reproduire le droit en vigueur et de l'exposer en se servant du modèle formel du Code Napoléon²⁷². La loi de codification du 10 juin 1857 prévoyait que les commissaires ne devaient incorporer dans le code « *que les dispositions qu'ils tiendront pour être réellement en force* » et qu'ils pourraient « *suggérer les amendements qu'ils croiront désirables, mais mentionneront lesdits amendements, séparément et distinctement* ». Elle posait également que le code devra être rédigé selon « *le même plan général* » que les codes français, et avec pour chaque question une importance matérielle comparable²⁷³. Le type de codification choisi était ce que l'on appellerait aujourd'hui une codification à droit constant²⁷⁴ : le but premier n'était pas de réformer

²⁶⁹ Cette coutume conserve toujours une certaine actualité, puisque ni le Code civil du Bas Canada, ni le Code civil du Québec, n'ont rendu caduque la législation antérieure. Voir H.-P. GLENN, « Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance », *loc. cit.*, p. 580 : « Le fond historique du droit québécois d'aujourd'hui est toujours constitué par cet « *ancien droit français* », qui n'a jamais été éliminé en bloc, mais seulement de façon fragmentaire et partielle, à travers les siècles ».

²⁷⁰ Cela s'illustre encore par le fait que la coutume de Paris admettait la validité de la tradition fictive, résultant de l'insertion d'une clause de désaisine-saisine dans l'acte d'aliénation, ce qui constitue un pas vers l'affirmation du principe moderne d'un transfert de propriété *solo consensu*. Voir F. OLIVIER-MARTIN, *La coutume de Paris, op. cit.*, p. 64 et 65. Cette clause ne pouvant être insérée que dans un acte notarié, cela n'allait donc pas tout à fait jusqu'à reconnaître le transfert en vertu de la seule volonté des parties.

²⁷¹ J.E.C. BRIERLEY, « Quebec's Civil Law Codification. Viewed and Reviewed », (1968) 14 *McGill L. J.* 521.

²⁷² Le travail de codification fut confié à trois commissaires, les juges Caron, Day et Morin : R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien op. cit.*, p. 446 ; F. OLIVIER-MARTIN, *La coutume de Paris, op. cit.*, p. 18. Sur leur mandat : *Loi de codification* du 10 juin 1857 (S.C. 1857, c. 43, notamment VI et VII).

²⁷³ J.-M. BRISSON, J. LECLAIR et A. MOREL, *Sources et formation du droit, op. cit.*, p. 190. Cette directive conduira les codificateurs à indiquer, pour chaque article du Code civil du Bas Canada, la disposition correspondante du Code Napoléon.

²⁷⁴ La codification à droit constant, encore appelée codification formelle ou administrative, s'oppose à la « codification réelle ». Elle peut être définie comme « *la réunion en un code, moyennant les modifications de forme nécessaires, mais à l'exclusion de toute modification de fond, de toutes les dispositions législatives ou réglementaires- déjà existantes en la matière* » : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° *Codification*.

le droit en vigueur, mais plutôt de le consolider²⁷⁵, afin notamment de le rendre plus accessible²⁷⁶. Les codificateurs travaillèrent à partir du modèle du Code civil français, les deux opérations principales étant, d'une part de retrancher du code français « *tout ce qui est de droit nouveau et partant non en force* » au Québec, et d'autre part d'y ajouter tout ce qui est particulier au Québec et qui ne s'y trouve pas²⁷⁷. Toute volonté de réforme n'est cependant pas exclue puisque les codificateurs peuvent proposer des modifications occasionnelles, même si telle n'est pas leur tâche principale.

77- L'une des missions des codificateurs a donc été de déterminer les lois en vigueur au moment de la codification, ce qu'ils ont fait au cours de leurs discussions. Parmi les sources principales du droit québécois, ils citent la coutume de Paris, les lois et la jurisprudence française du Parlement de Paris jusqu'en 1663, certains édits et ordonnances des rois de France, les ordonnances et règlements généraux du Conseil supérieur, les statuts du Parlement anglais pris pour le Canada, les lois et ordonnances du Conseil législatif et les lois publiques et criminelles anglaises. Dans les hypothèses où aucune disposition ne s'applique, les codificateurs précisent qu'il faut avoir recours notamment à la jurisprudence française antérieure à la Révolution ainsi qu'à la jurisprudence exposée par Pothier, Domat, Merlin d'autres jurisconsultes semblables²⁷⁸. Ils ajoutent qu'il faut se référer au droit romain tel qu'adapté au droit français par des auteurs comme Domat, Argou, Prévost de la Jannès, Bretonnier, ou bien encore Poquet²⁷⁹. Ces auteurs des XVII^e et XVIII^e siècles ont en commun d'avoir proposé une législation unifiée et ordonnée du droit français, en se servant du droit romain et du rationalisme propre à cette époque²⁸⁰. S'ils s'inspirent du droit romain, ils sont loin de ressembler aux glossateurs et post-glossateurs : il s'agit d'une doctrine moderne, qui a joué un rôle de préparation dans l'élaboration du Code civil français²⁸¹.

78- Dans un article récent relatif aux sources du Code civil du Bas Canada, les professeurs Normand et Fyson ont relevé la « *place considérable* » du droit romain

²⁷⁵ J.-M. BRISSON, J. LECLAIR et A. MOREL, *Sources et formation du droit*, op. cit., p. 190.

²⁷⁶ Les sources du droit étaient en effet à l'époque de plus en plus dispersées.

²⁷⁷ *Mémoire sur le mode à suivre par les Codificateurs dans leurs procédés préliminaires*, adopté par les codificateurs à leur séance du 10 juin 1859, Papiers R.E. Caron, manuscrit, cité par J.-M. BRISSON, J. LECLAIR et A. MOREL, *Sources et formation du droit*, op. cit., p. 191.

²⁷⁸ Selon Mme Cantin-Cumyn, Pothier a été l'une des principales autorités pour les codificateurs : M. CANTIN CUMYN, « Le droit privé des biens à l'enseigne de la continuité », loc. cit., p. 378. Bien que Pothier ait été partagé entre les influences de l'ancien droit et du droit romain, c'est le droit romain qui a été prépondérant dans sa conception de la propriété : *supra*, n° 69.

²⁷⁹ J.-M. BRISSON, J. LECLAIR et A. MOREL, *Sources et formation du droit*, op. cit., p. 196.

²⁸⁰ Sur ces auteurs, et notamment sur Domat, Argou, Prévost de la Jannès ou Pothier : A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, op. cit., notamment p. 72-74 et 142-143.

²⁸¹ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, op. cit., p. 23.

« parmi les sources d'inspiration des rédacteurs »²⁸². Les auteurs soulignent que les commissaires « conscients de l'importance du droit romain dans la tradition civiliste, se considèrent probablement obligés d'accorder une place de choix au droit romain dans la liste des autorités mentionnées au soutien des dispositions qu'ils proposent. D'où le nombre élevé d'articles citant directement des textes de droit romain »²⁸³. Quantitativement parlant, les auteurs relèvent que, dans le livre sur la propriété, « en ajoutant les références indirectes aux références directes, le droit romain figure parmi les sources citées sous 150 des 209 articles étudiés, soit 72% du total ». Si tant est que l'influence du droit romain sur les codificateurs puisse être quantitativement évaluée, au regard du pourcentage de citations faites aux textes romains, ainsi qu'aux commentaires de ces textes, il est indéniable que le droit romain a largement influencé les codificateurs du Code civil du Bas Canada. Encore s'agit-il ici du droit romain au sens propre et non du droit romain tel qu'il fut déformé par les romanistes.

79- Le projet de code, présenté au Parlement en juin 1866 et adopté quelques mois plus tard²⁸⁴, comprend l'essentiel du droit relatif aux « propriétés et aux droits de citoyens », qui relève de la compétence de la législature provinciale²⁸⁵. Le Code civil du Bas Canada reconnaît formellement l'existence de biens incorporels ou droits, par opposition aux biens corporels. Alors que l'article 374 du Code civil du Bas Canada dispose que « Tous les biens, tant corporels qu'incorporels, sont meubles ou immeubles », l'article 206 du même code définit la propriété comme « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ». Si l'on admet que les biens sont les choses saisies par le droit²⁸⁶, la propriété porte, d'après les textes du Code civil du Bas Canada, sur un objet corporel ou incorporel.

Cela est confirmé par les dispositions qui suivent, le Code civil du Bas Canada admettant expressément la vente des créances. Le livre troisième traite « De l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété » et contient notamment un titre V relatif à la vente. Le chapitre 10 du titre V traite « De la vente des créances et autres choses incorporelles ». Plus spécifiquement, l'article 1570 dispose que « La vente des créances et droits d'action contre des tiers est parfaite entre le vendeur et l'acheteur, par

²⁸² S. NORMAND et D. FYSON, « Le droit romain comme source du Code civil du Bas Canada », (2002) 103 R. du N. 87, p. 89.

²⁸³ S. NORMAND et D. FYSON, *loc. cit.*, p. 97.

²⁸⁴ Le code entra en vigueur le 1^{er} août 1866 : Proclamation de Lord Monck, gouverneur général, 22 mai 1866.

²⁸⁵ F. P. WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, trad. M. TANCELIN, Toronto, Butterworths, 1980, p. 35.

²⁸⁶ En ce sens : P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien, op. cit.*, t. 2, p. 388 et 389.

l'exécution du titre, s'il est *authentique, ou sa délivrance, s'il est sous seing privé* »²⁸⁷. La cession de créance était donc analysée par le Code civil du Bas Canada comme une vente, celle-ci opérant un transfert à titre onéreux de la propriété de la chose, y compris d'une créance²⁸⁸. Or, s'il y a transfert de la propriété de la créance, c'est bien qu'il existe un propriétaire de la créance²⁸⁹.

80- Ainsi, le Code civil du Bas Canada, qui est censé reprendre le fond de la législation antérieure, a adopté une conception large de l'objet de la propriété, qui peut porter d'une façon générale sur les biens incorporels ou droits, et en particulier, sur les créances. On peut donc conclure que la coutume de Paris, telle qu'elle a été appliquée au Canada, n'a en rien réduit la propriété aux choses corporelles, pas plus que le Code civil du Bas Canada, qui a adopté une conception large de l'objet de la propriété, inspirée du droit romain.

La filiation, tant du droit français que du droit québécois, est donc une filiation romaine plutôt que romaniste, ce qui explique la généralité de l'objet de la propriété dans les deux codes civils.

2. La généralité de l'objet de la propriété dans les Codes civils français et québécois

81- Ni le législateur français, ni le législateur québécois, n'ont réduit l'objet de la propriété aux corps. Cela apparaît seulement un peu plus expressément dans le Code civil du Québec que dans le Code Napoléon. Alors que la généralité de l'objet de la propriété résulte directement de la définition de la propriété dans le Code civil du Québec (b), elle se déduit plutôt, dans le code français, d'un faisceau de textes (a).

²⁸⁷ Cet article a été signalé par les codificateurs comme étant de droit nouveau : P.-A. CRÉPEAU (dir.), *Les codes civils. Édition critique*, 13^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. XIII.

²⁸⁸ L'art. 1472 C.c.B.C. dispose que « La vente est un contrat par lequel une personne donne une chose à une autre, moyennant un prix en argent que la dernière s'oblige à payer [...] ». L'obligation de donner doit en effet s'entendre au sens du droit romain, où l'obligation de donner, *dare*, est l'obligation de transférer la propriété : *Commentaires du Ministre de la Justice, op. cit.*, commentaire de l'art. 1708 C.c.Q. (qui dispose que « La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, *transfère la propriété d'un bien* à une autre personne, l'acheteur [...] ») : « Le premier alinéa de cet article reprend en substance la définition de la vente qui se trouve au premier alinéa de l'article 1472 C.c.Q. ».

²⁸⁹ On peut également signaler l'article 1571 a C.c.B.C. relatif à la vente d'une dette, et l'article 1571d qui traite de la vente d'une universalité, d'une partie ou d'une catégorie particulière de créances. Enfin, l'article 1574 prévoit que « La *vente d'une créance ou autre droit*, en comprend les accessoires, tels que cautionnements, privilèges et hypothèques », et l'article 1576 dispose que « *Celui qui vend une créance ou autre droit*, doit garantir qu'elle existe et lui est due [...] ».

a) La conception indirectement extensive du Code civil français

82- Si la doctrine majoritaire française continue de limiter l'objet de la propriété au sens propre aux choses corporelles, cette idée ne résulte pas formellement des textes, mais d'une certaine interprétation qui en a été faite²⁹⁰. L'article 544 du Code civil identifie l'objet de la propriété dans la *chose*, notion à laquelle on attache volontiers une connotation matérielle. Cependant, selon la lettre du code, la propriété porte sur les choses en général et non exclusivement sur les choses corporelles. Le fait qu'aucune précision n'existe dans ses dispositions²⁹¹ va dans ce sens : là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas à distinguer²⁹².

La notion de chose a, dans le Code civil français, un sens immatériel. L'article 1598 du Code civil dispose que toute chose qui est dans le commerce peut être vendue et range les dispositions relatives au mode de délivrance propre aux choses incorporelles (art. 1607), ainsi que celles relatives à la cession de créances dans le titre VI du livre troisième intitulé « *De la vente* » (art. 1689 s.). Il résulte de cette présentation que la chose vendue peut être aussi bien corporelle qu'incorporelle ; or, la vente emporte transfert de *propriété* (article 1583). L'idée d'une propriété des créances est d'ailleurs expressément énoncée à l'article 1693 du Code civil, qui parle de la vente d'une créance²⁹³. D'autres dispositions du code confirment que les codificateurs n'ont nullement réduit les choses aux corps, puisqu'ils n'ont pas hésité, notamment, à recourir à la notion de propriété pour des choses incorporelles telles que les rentes viagères²⁹⁴, qui s'analysent en une variété de créances²⁹⁵.

²⁹⁰ De nombreux auteurs de renom admettent que le Code civil consacre la propriété des choses incorporelles : J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *R.R.J. Droit prospectif* 2001.4.1421, p. 1425 et les auteurs cités.

²⁹¹ Voir notamment l'article 90 du Code civil allemand de 1896 : « les choses, au sens de la loi, sont *seulement les objets corporels* » (« *nur körperliche Gegenstände* »).

²⁹² En ce sens : J.-G. LOCRÉ, *La législation civile commerciale et criminelle de la France*, t. 8, Paris, Treuttel, 1827, p. 7, qui estime que l'ambiguïté du terme chose de l'article 544 du Code civil, doit s'interpréter comme comprenant à la fois les choses corporelles et les choses incorporelles : « *le mot chose est universellement entendu en tant qu'il désigne les choses corporelles et même les droits incorporels* ».

²⁹³ Art. 1693 C.C. : « Celui qui vend une créance ou un autre droit incorporel, doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie ».

²⁹⁴ Les articles 1980, 1982 et 1983 utilisent la notion de *propriété d'une rente viagère*. De plus, l'article 530 du code Napoléon qualifie les rentes de meubles, la classification des meubles et des immeubles figurant au titre premier du livre deuxième relatif à la « *distinction des biens* ».

²⁹⁵ R. GUILLIEN, J. VINCENT et autres, *Lexique des termes juridiques*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2003, v° *Rente*.

83- Le terme *bien* est également utilisé pour désigner l'objet de la propriété dans d'autres articles du code Napoléon²⁹⁶. L'usage que le législateur fait des notions de *chose* et de *bien* montre qu'il les a employées indifféremment l'une pour l'autre²⁹⁷, ce qui est confirmé par les travaux préparatoires du Code civil, qui n'incitent pas à distinguer les deux termes²⁹⁸. Cette absence de différence réelle dans l'emploi de l'une ou l'autre de ces notions, permet d'expliquer la tendance doctrinale à opérer des glissements sémantiques fréquents entre les deux concepts²⁹⁹.

Le législateur français semble avoir retenu une conception extensive du terme bien³⁰⁰. Il est vrai que les rédacteurs du Code Napoléon ont eu davantage à l'esprit la distinction des meubles et des immeubles, que la distinction des biens corporels et incorporels -ce qui s'explique aisément par des raisons d'ordre historique et économique³⁰¹. Mais les auteurs s'accordent à admettre que les codificateurs ont repris la distinction romaine des choses corporelles et incorporelles dans les articles 516 et suivants du Code civil³⁰². Si la distinction n'apparaît pas en toutes lettres, elle se retrouve sans difficulté à l'analyse. Aux termes de l'article 516 C.C., tous les biens sont meubles ou immeubles. Ils le sont, soit en fonction d'un critère matériel (meubles et immeubles par nature, et immeubles par destination), soit en vertu d'une fiction de la loi (art. 527 C.C.). Le caractère mobilier ou immobilier de ces biens, qui ne tirent pas leur qualification de leur nature, résulte tantôt de l'objet sur lequel ils portent (c'est le cas des droits réels sur la chose d'autrui), tantôt de l'objet qu'ils sont susceptibles de procurer (c'est le cas des créances et droits assimilés)³⁰³. C'est ainsi qu'à travers la

²⁹⁶ Art. 537 C.C. : « Les particuliers ont la libre disposition des *biens qui leur appartiennent* » ; art. 543 C.C. : « On peut avoir sur les *biens*, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ».

²⁹⁷ En ce sens : R. VULCAIN, *Essai sur le concept de propriété*, thèse Paris I, 1980, p. 263. Le législateur désigne souvent les biens par le terme '*chose*' : art. 544, 546, 549, 551 C.C. Ainsi est-il par exemple difficile de discerner une quelconque différence, lorsque le législateur utilise le terme '*chose*' à l'article 544 du Code civil, ou le terme '*bien*' à l'article 543 du même code.

²⁹⁸ Voir le discours du tribun Savoie-Rollin devant le Corps Législatif : P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 11, Paris, Bibliothèque Nationale de France, 1827, p. 51 : « Des rapports des hommes entre eux et avec les choses, et des choses aux hommes, dérivent toutes les actions humaines et par conséquent toutes les conventions au moyen desquelles on acquiert, on possède, on transmet les choses ou les biens ».

²⁹⁹ Voir notamment : C. ATIAS, *Les biens*, *op. cit.*, n° 59 : « La propriété est le droit réel le plus complet qui puisse être reconnu sur une chose. Le propriétaire est titulaire de tous les pouvoirs susceptibles d'être exercés sur un bien [...] ».

³⁰⁰ Voir notamment les articles 516, 537, 732, 757, 802, 1092-1093, 1392, 1428, 1542, 2092-2093. En ce sens : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire*, *op. cit.*, t. 1, n° 2171, pour lesquels c'est dans un sens large que le législateur du Code civil a employé le terme bien, qui comprend en outre les créances.

³⁰¹ A.-J. ARNAUD, « Le droit français des biens entre jeu et providence », *A.P.D.* 1979.215 : à l'époque, les biens incorporels n'avaient pas encore pris l'essor qu'ils ont pris ultérieurement.

³⁰² C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, *op. cit.*, t. 9, n° 33 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire*, *op. cit.* t. 1, n° 799. La distinction est également formulée à l'article 2075 C.C., qui qualifie les créances mobilières de meubles incorporels.

³⁰³ Les créances, de même que les valeurs mobilières, sont donc des meubles.

distinction des meubles et des immeubles, apparaît nettement la distinction entre, d'une part les biens ou choses corporelles et, d'autre part, les biens incorporels dont font partie les créances³⁰⁴. La volonté législative de faire des droits une variété de biens (les biens incorporels³⁰⁵) se manifeste également à travers les multiples hypothèses dans lesquelles le législateur a admis qu'un droit réel porte sur un bien incorporel. C'est le cas notamment de l'usufruit d'une rente viagère (art. 588 C.C.), de l'usufruit d'une servitude (art. 597 C.C.), ou du gage des créances (art. 2075 C.C.).

L'interprétation extensive de l'objet de la propriété est enfin corroborée par le fait qu'il est difficilement soutenable qu'un code, qui aurait réduit la propriété aux choses corporelles, ait pu survivre à la multiplication des biens incorporels³⁰⁶. Encore plus nettement que le Code civil français, le Code civil du Québec a retenu une conception extensive de l'objet de la propriété.

b) La conception directement extensive du Code civil du Québec

84- La lecture combinée des articles 947 et 899 du Code civil du Québec apporte un démenti à la vision corporelle de la propriété : alors que le premier de ces articles définit la propriété comme « *le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien [...]* », le second ajoute que les biens peuvent être corporels ou incorporels³⁰⁷. Contrairement à l'article 406 du Code civil du Bas Canada³⁰⁸, le Code civil du Québec utilise désormais la notion de *bien* pour définir l'objet de la propriété, tout en admettant que les biens sont matériels et immatériels.

85- La doctrine ne peut que s'interroger sur les termes de plus en plus explicites du législateur³⁰⁹. De nombreux commentateurs ont vu dans la substitution de

³⁰⁴ F. ZENATI, thèse préc., n° 252.

³⁰⁵ R. SAVATIER, « Essai d'une nouvelle présentation des biens incorporels, *Rev. trim. dr. civ.* 1958.331, et *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, série 3, Paris, Librairie Dalloz, 1959, n° 467 ; A.-J. ARNAUD, « Le droit français des biens entre jeu et providence », *loc. cit.*, p. 218, selon lequel, si la créance jouit d'un statut relativement différent de celui du bien corporel dans le Code civil, cette dissemblance doit être analysée comme une différence de degré et non de nature.

³⁰⁶ A.-J. ARNAUD, « Le droit français des biens entre jeu et providence », *loc. cit.*, p. 218.

³⁰⁷ Art. 899 C.c.Q. : « *Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles* ».

³⁰⁸ Cet article définissait la propriété, à l'instar du Code Napoléon, comme « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue [...]* »,

³⁰⁹ Comité de rédaction du *Dictionnaire de droit privé*, « Notes lexicographiques. Droit réel », (1998) 100 *R. du N.* 275, p. 280 : « Traditionnellement, on considère que le droit réel porte sur une chose matérielle. Toutefois, on peut s'interroger sur l'effet du changement de terminologie dans le Code civil du Québec à l'égard de plusieurs institutions du droit des biens, plus particulièrement le droit de propriété. Celui-ci porte dorénavant, suivant la lettre de l'article 947 C.c.v., sur un bien et non plus sur une chose. Ce changement pourrait laisser supposer une transformation de l'objet du droit réel qui engloberait alors les choses incorporelles ».

terme opérée par le législateur, l'affirmation d'une possibilité, pour la propriété, de porter à la fois sur les biens corporels et sur les biens incorporels, ou droits³¹⁰. Cette thèse s'appuie sur un ensemble d'arguments, d'ordre tant juridiques, que terminologiques et économiques. L'Office de révision du Code civil avait proposé de définir la propriété comme un droit portant sur des *choses*³¹¹. Or, le législateur l'a définie comme un droit portant sur un *bien*³¹². Il ne pouvait pourtant ignorer que contrairement à la chose, les biens peuvent être incorporels, ce qu'il a lui-même expressément prévu (article 899 C.c.Q.). Si le législateur n'a pas jugé utile de préciser que les biens concernés, relativement à l'objet de la propriété, sont uniquement les biens corporels³¹³ c'est, à tout le moins, qu'il a laissé la possibilité ouverte, d'inclure parmi les biens objets de propriété, les biens immatériels. Il existe d'ailleurs un principe d'interprétation, reconnu par les systèmes civilistes, qui veut qu'il n'y ait pas à distinguer, là où la loi ne distingue pas³¹⁴. L'interprète ne devrait donc pas *a priori* comprendre 'biens corporels', lorsque le législateur ne l'a pas précisé.

86- La cohérence interne du discours législatif devrait également conduire à admettre une conception extensive de l'objet de la propriété. C'est le livre IV du Code civil du Québec qui est consacré aux biens. Or, dans le premier article du chapitre 1^{er} du titre I, intitulé « *De la distinction des biens et de leur appropriation* », le législateur a

³¹⁰ Voir notamment : R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interests and other Heresies », (1994) 39 *R.D.McGill* 761 ; J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec » (1995) 1 *R.I.D.C.* 33 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, n° 205, p. 135 : « *Le droit de propriété porte sur 'un bien' (947 C.c.Q.) [...] et non pas seulement sur une chose (nécessairement matérielle, appropriable) comme le prévoyait l'article 406 C.c.B.-C. Les biens pouvant être corporels ou incorporels, le droit de propriété affecte indifféremment les uns ou les autres (899, 1784 C.c.Q.). Juridiquement, il devient donc exact de parler de la propriété d'un droit personnel ou intellectuel* ». Voir aussi : S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, *op. cit.*, p. 96 : « *Le droit de propriété porte nécessairement sur un bien qui peut être corporel ou incorporel (les droits intellectuels, les titres négociables et les créances) (899 C.c.Q.). L'objet ne comprend donc pas que des biens matériels, il inclut aussi des biens dématérialisés. Cette constatation découle de la substitution du mot bien au mot chose – notion traditionnellement réservée à ce qui connaît une existence matérielle seulement – dans la définition de la propriété telle qu'elle figurait auparavant dans le Code civil du Bas-Canada ».*

³¹¹ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *op. cit.*, art. 34 : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des *choses* de la manière la plus complète, dans les limites et sous les conditions établies par la loi ».

³¹² Art. 947 C.c.Q. : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un *bien*, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi. Elle est susceptible de modalités et de démembrements ».

³¹³ Contrairement au Code civil allemand, qui contient une telle précision (art. 90).

³¹⁴ Voir notamment, dans des affaires de droit civil : *Banque nationale c. Soucisse* [1981] 2. R.C.S. 961, 974, qui pose le principe selon lequel « on ne doit pas distinguer là où la loi ne distingue pas » (j. Beetz). De même : *Trust général du Canada c. Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie*, [1990] 2 R.C.S. 1195, (j. Gonthier). Voir sur point : P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 349 et 350, qui identifie une « présomption contre l'addition ou la suppression des termes », et dans sa note 115, p. 350 : « Il s'agit ici de l'application de la maxime *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* ».

prévu que « *Les biens, tant corporels qu'incorporels*, se divisent en immeubles et en meubles », puis, dans le premier article du chapitre premier du titre II, intitulé « *De la propriété* », l'article 947 identifie l'objet de la propriété dans les *biens*, sans distinguer selon qu'ils sont corporels ou incorporels. L'unité du discours législatif commande que le terme bien soit entendu dans le même sens dans l'ensemble du Code civil.

87- De plus, à plusieurs endroits du code, le législateur a retenu une conception large du bien objet de propriété. Certains auteurs y ont vu la confirmation d'une volonté législative de dématérialiser l'objet de la propriété dans les institutions de la copropriété, de la substitution et de la propriété superficière³¹⁵.

Ainsi a-t-on souligné que dans la substitution³¹⁶, le législateur a prévu qu'un droit de propriété puisse porter sur une masse de biens, qui sont moins envisagés en fonction de leur nature corporelle, que comme des éléments fongibles d'une universalité de fait, dont la composition est susceptible de varier³¹⁷.

S'agissant de la superficie, le Code civil du Québec l'a classée parmi les modalités de la propriété³¹⁸, « c'est-à-dire *parmi ses manières d'être ou modifications qui ne l'amenuisent pas au plan fondamental et ne diminuent jamais le droit de son titulaire à la qualité pleine et entière de propriétaire* »³¹⁹. Or, à la question de savoir si l'objet de la propriété superficière comprend l'espace au-dessus du sol, lorsqu'aucune construction n'a encore été édiflée, certains auteurs n'ont pas hésité à y répondre par l'affirmative, en admettant ainsi un droit de propriété portant sur un volume d'air³²⁰.

³¹⁵ J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », (1995) 1 *R.I.D.C.* 33. Voir *infra* sur la copropriété et la substitution, qui sont des hypothèses de reconnaissance de la propriété des créances : n° 179 et suiv. et n° 180.

³¹⁶ La substitution permet, dans le cadre d'une libéralité, de confier la gestion des biens d'une personne (le grevé) à un tiers (l'appelé). Le code civil prévoit que « *deux droits dits de propriété [...] s'échelonnent successivement dans le temps* » : J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *loc. cit.*, p. 39. Il est prévu qu'avant l'ouverture de la substitution, c'est le grevé qui est propriétaire des biens (art. 1223 C.c.Q.), l'appelé n'ayant à ce moment qu'un droit éventuel (art. 1235 C.c.Q.). Au contraire, l'art. 1243 spécifie qu'après l'ouverture de la substitution, c'est l'appelé qui devient, à son tour, propriétaire de ces biens.

³¹⁷ J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *loc. cit.*, p. 39 : « [L]es biens de la substitution constituent [...] *un fonds économique ou un fonds de valeur, à contenu variable [...] affecté au profit éventuel de l'appelé* ». Dès lors, le « 'droit réel' du bénéficiaire de cette administration [...] porte non plus sur les biens particuliers, mais [...] sur une *universalité (changeante dans sa composition matérielle)* [...] ».

³¹⁸ Voir l'art. 1009 C.c.Q. : « Les principales *modalités de la propriété* sont la copropriété et la propriété superficière » et l'art. 1011 C.c.Q. : « La *propriété superficière* est celle des constructions, ouvrages ou plantations situés sur l'immeuble appartenant à une autre personne, le tréfoncier ».

³¹⁹ F. FRENETTE « La propriété superficière », (1985) 26 *C. de D.* 439, p. 7.

³²⁰ Voir notamment : F. FRENETTE « La propriété superficière », *loc. cit.*, n° 10 : « le Code ne considère pas la *propriété* d'un bien fonds comme étant simplement celle d'une surface plane, mais plutôt, comme le précise l'article 951 C.c.Q., celle d'un *volume* comprenant dessus et dessous répartis de chaque côté d'un axe central correspondant à la surface du sol ; les limites de ce volume ne s'étendant pas *coelum usque ad infernos*, mais plutôt, puisqu'il s'agit d'un bien, uniquement à ce qui est susceptible

88- Au moment des travaux de codification, l'Office de révision du Code civil avait proposé de modifier l'article 374 du Code civil du Bas Canada, qui disposait que « *Tous les biens, tant corporels qu'incorporels, sont meubles ou immeubles* »³²¹. Le but de la modification proposée était de « *corriger une erreur de classification qui s'est perpétuée au cours des siècles* »³²². Les codificateurs ont, néanmoins, refusé de suivre ces propositions, en considérant la position traditionnelle de l'Office comme n'étant pas à l'abri des critiques et comme soulevant diverses questions et difficultés³²³. Aussi ont-ils choisi de ne pas définir le mot « bien » et d'adopter à cet égard *la même attitude que le droit actuel qui considère les biens comme les choses vues sous l'angle du droit, appropriées ou susceptibles de l'être* »³²⁴. Il est donc clair que, dans l'esprit du législateur, les biens peuvent être corporels ou incorporels et constituer, entre autres, des droits. La seule différence qu'il a voulu introduire entre les biens et les choses, est que le concept de bien désigne les choses susceptibles d'appropriation. Il n'a aucunement entendu identifier la distinction des biens et des choses à celle des biens corporels et incorporels, le terme chose n'ayant pas plus de corporéité que celui de bien. Dans son esprit, l'article 899 du Code civil du Québec n'a fait que reprendre le droit antérieur, en disposant que « *Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles* ».

d'appropriation privée ». L'auteur qualifie toutefois ce volume d'immeuble, en raison de « sa fixité et sa permanence » (n° 11). Voir aussi : J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, J. Ghestin (dir.), Paris, L.G.D.J., 2000, n° 171, p. 183 : « Mais, à la différence de la propriété du dessus, celle du dessous porte nécessairement sur un objet matériel et non sur un simple volume d'air ».

³²¹ Cette disposition est plus précise que l'art. 516 C.C.f. : « Tous les biens sont meubles ou immeubles ».

³²² OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, Comité du droit des biens, *Rapport sur les biens, op. cit.*, art 1 : « Les biens d'une personne sont l'ensemble de ses droits personnels et réels » et art. 2 : « Les droits réels portent sur des choses ou sur des droits, personnels ou réels ». En effet, d'après l'Office de révision, « On a coutume [...] d'utiliser le mot 'biens' pour désigner les choses et les droits, les premiers étant qualifiés de biens corporels et les seconds de biens incorporels. Cette manière de procéder présente les droits et les choses comme deux subdivisions d'un même tout ; mais, en fait, ce sont deux concepts absolument distincts qui, logiquement, ne devraient pas être réunis sous un même terme générique. Cette terminologie défectueuse résulte de la confusion que faisait l'ancien droit romain entre le droit de propriété et la chose qui en est l'objet » : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, Comité du droit des biens, *Rapport sur les biens, op. cit.*, art. 1.

³²³ Les codificateurs paraissent également mettre en doute la prétendue confusion romaine, en employant le subjonctif : l'Office voulait définir la notion de bien pour corriger une erreur de classification « qui se serait perpétuée au cours des siècles ». Voir également sur cette question : P.-Y. MARQUIS, « De la distinction des biens et de leur appropriation et de la propriété », (1988) 3. *C.P. du N. 1*, p. 27 et 28.

³²⁴ *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*. Assemblée Nationale, projet de loi 20, Commentaires, volume VIII, 1985, commentaire sur l'art. 374 C.c.Q. De même : *Commentaire du Ministre de la Justice, op. cit.*, sous l'art. 899.

89- Contrairement à la thèse du lapsus de langage³²⁵, il semble difficile de dire que le législateur a fait un choix irréfléchi³²⁶. Il a forcément été alerté par le mémoire de la sous-commission du barreau du Québec sur le droit des biens, qui allait dans le même sens que les propositions de l'Office. Le barreau y déplorait déjà en ces termes la confusion faite par le législateur entre les termes de biens et de choses : « [a]lors que les biens sont des droits patrimoniaux [...] personnels et réels, les choses, elles sont les objets sur lesquels portent ces droits »³²⁷. Il s'inquiétait de ce que le projet de loi ne conservait pas la notion de « chose » pour définir la propriété, mais employait désormais le terme « bien » : « [p]ourquoi changer les mots si on ne veut pas changer la substance »³²⁸, s'interrogeait-il ? La position classique ayant été clairement exposée, on peut raisonnablement penser que les codificateurs ont fait un choix éclairé, en ne suivant pas sur ce point les avis opposés de la sous-commission du barreau du Québec et de l'Office de révision du Code civil.

90- À l'occasion des commentaires des travaux de l'Office de révision du Code civil, le professeur Frenette estimait que les choses constituent un « terme générique embrassant tout ce qui peuple l'univers des sens et de l'esprit », alors que l'expression de biens désigne quant à elle « parmi toutes choses, celles qui, corporelles ou incorporelles, peuvent légitimement concourir à la satisfaction des besoins de l'homme »³²⁹. Pour cet auteur, s'il est vrai qu'au sens strict, les choses et les biens ne sont pas synonymes, le législateur se sert indifféremment d'un terme ou de l'autre, parce qu'en réalité, seuls les biens intéressent le droit³³⁰. L'auteur poursuivait en soulignant que « les choses et les droits sont incontestablement des biens au sens de la loi. Ils représentent [...] deux variétés (l'une corporelle, l'autre incorporelle) de l'espèce des biens qui appartient, quant à elle, au genre des choses ». Dès lors, les biens sont à la fois « les choses corporelles ou incorporelles susceptibles d'appropriation »³³¹.

³²⁵ Voir sur ce point J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *loc. cit.*, p. 36.

³²⁶ Voir aussi, dans la substitution du vocabulaire, la responsabilité du fait des biens qui succède à la responsabilité du fait des choses. J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n^o 825 et 826, p. 586 : « la jurisprudence s'est montrée large et applique ce qualificatif à tout objet, meuble ou immeuble, corporel ou incorporel [...]. Les accidents causés par des biens incorporels tels le courant électrique, les émanations ou vapeurs d'éléments chimiques, le gaz, relèvent du régime de l'article 1465 C.c. [...] ».

³²⁷ BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire de la sous-commission du barreau du Québec sur le droit des biens*, présenté à la commission parlementaire le 12 juin 1985 sur le projet de loi 20, 1985, p. 2.

³²⁸ *Mémoire de la sous-commission du barreau du Québec sur le droit des biens*, *op. cit.*, p. 2.

³²⁹ F. FRENETTE, « Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », (1976) 17 *C. de D.* 991, p. 996.

³³⁰ P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, *op. cit.*, t. 2, p. 388 et 389.

³³¹ F. FRENETTE, « Commentaire sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », *loc. cit.*, p. 996 et 997.

91- Les auteurs québécois sont de plus en plus nombreux à se rendre à l'évidence des textes³³². Cette définition extensive, qui « offre l'avantage de tenir compte de la révolution du savoir, qui accorde maintenant une place considérable à l'abstraction »³³³, comprend parmi les biens, tant les objets corporels que les biens incorporels ou droits³³⁴. Ses initiateurs redonnent à tous les biens, y compris incorporels, leur véritable statut d'objets de droits. Allant jusqu'au bout du raisonnement, une partie importante de la doctrine québécoise admet désormais, devant l'absence d'ambiguïté du nouveau Code civil, que la propriété peut porter tant sur les biens corporels que sur les biens incorporels³³⁵.

92- Tant en droit français qu'en droit québécois, les textes ne réduisent nullement l'objet de la propriété aux corps ; le récent Code civil québécois, plus moderne, prend simplement plus expressément parti pour la reconnaissance de la propriété des droits. La généralité du discours législatif quant au domaine de la propriété, s'intègre d'ailleurs parfaitement dans le mouvement général du droit vers la dématérialisation de la notion de bien, les biens immatériels ayant pris une place croissante dans la composition des patrimoines.

³³² En ce sens : D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, op. cit., n° 205, p. 135, selon lequel le Code civil du Québec reconnaît désormais la propriété des biens incorporels ou droits.

³³³ S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, op. cit., p. 46.

³³⁴ S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, op. cit., p. 47 : « La notion désigne des objets corporels et des droits qui possèdent une valeur pécuniaire en raison des avantages qu'ils procurent et surtout de leur intégration dans l'ordre économique » ; et p. 30 : l'objet du droit réel est « nécessairement un bien, corporel ou incorporel ». Déjà sous l'ancien code civil : M. POURCELET, « L'évolution du droit de propriété depuis 1866 », loc. cit., p. 7 ; W. RODYS, *Cours élémentaire de droit civil français et canadien*, op. cit., p. 67 : si les biens ont désigné primitivement les objets corporels, les progrès de la vie juridique ont fait qu'ils comprennent désormais « tout ce qui est un élément de fortune ou de richesse susceptible d'appropriation au profit de l'individu ou d'une collectivité ».

³³⁵ S. NORMAND, *Droit des biens : DRT 1105G : théorie des biens : notes de cours*, Montréal, Coop droit Université de Montréal, 1999, p. 87 : « La propriété peut porter sur des biens corporels et sur certains biens incorporels (la propriété intellectuelle, les titres négociables, les créances) ; J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », loc. cit., p. 48 et 49 ; D.-C. LAMONTAGNE, « Distinction des biens, domaine, possession et droit de propriété », dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 1, « Personnes, successions, biens », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 467 et suiv., p. 493 ; M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilité*, op. cit., n° 1264, p. 646 et n° 1272, p. 649 ; A. COSSETTE, « Essai sur le droit de pêche dans les cours d'eau non navigables », (1997) 100 R. du N. 3, p. 39 : « Le Code dit maintenant qu'on peut être propriétaire d'un bien (corporel ou incorporel) et donc, d'une créance ou autre chose incorporelle sur laquelle un lien de droit peut s'établir. Et, ce n'est plus philosopher que de parler ainsi, car, de plus en plus, l'immatériel est la chose par excellence du droit ».

3. La place croissante des biens immatériels

93- Le droit des biens moderne est marqué par l'importance grandissante des biens incorporels, dont on n'a pas suffisamment mesuré la portée. Dans un mouvement qui a débuté vers le milieu du XIX^e siècle, le nombre de biens incorporels s'est accru, modifiant et diversifiant la composition des patrimoines³³⁶. Le doyen Savatier a été l'un des premiers auteurs à souligner la tendance à la dématérialisation des richesses. Dès le début des années 1960, il notait que « les progrès techniques d'une civilisation juridique plus raffinée apportent [...] des transformations essentielles. *L'abstrait se substitue au concret, en modifiant la substance même des concepts* »³³⁷. Ces nouveaux biens, nés sous la pression de l'évolution économique³³⁸, sont pour la plupart des biens complexes et incorporels³³⁹. Il s'agit principalement, à côté des droits intellectuels³⁴⁰, des universalités³⁴¹, des clientèles³⁴² et des droits sociaux. Si la notion de bien incorporel n'est pas nouvelle, elle a néanmoins acquis un droit de cité de plus en plus évident, tant à travers les propriétés intellectuelles, que les valeurs mobilières et les créances en général³⁴³.

³³⁶ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français, op. cit.*, t. 1, n° 1318; P. CATALA, « L'évolution contemporaine du droit des biens. Exposé de synthèse », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^e journées R. Savatier, Paris, P.U.F., 1991, n° 21 : la croissance et la diversification des biens immatériels constituent « une caractéristique dominante de l'évolution contemporaine du droit des biens ».

³³⁷ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. trim. dr. civ.* 1958.331, p. 331.

³³⁸ Sur la nécessité pour le droit de suivre l'évolution de l'économie : R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *loc. cit.*, n° 31, p. 346 : le « 'bien' des juristes doit rejoindre, aussi exactement que possible, la 'richesse' des économistes » ; P.-Y. GAUTIER, « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, spéc. p. 234 : « l'immatérialité est bien une réalité économique et donc juridique ».

³³⁹ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *Rev. trim. dr. civ.* 1966.185, n° 20 et 21.

³⁴⁰ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, série II, Paris, Librairie Dalloz, 1959, n° 70 et « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *loc. cit.*, n° 32, p. 348 ; F. ZENATI, « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », *loc. cit.*, p. 19 ; P. JOURDAIN, *Les biens, op. cit.*, n° 3, p. 5.

³⁴¹ Le fonds de commerce illustre l'inadaptation de la théorie classique de l'objet corporel de la propriété. Les commerçants sont devenus propriétaires de leur fonds de commerce, qu'ils peuvent vendre et transmettre, autant qu'ils peuvent le grever de droits réels (sur la reconnaissance de la propriété du fonds de commerce : G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, L.G.D.J., 1946, n° 76 et n° 81 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens, op. cit.*, n° 431, p. 541). Le législateur a reconnu la qualité de bien du fonds de commerce, en organisant, la vente, le nantissement et la saisie de ce nouveau bien incorporel (Loi du 17 mars 1909).

³⁴² La clientèle, qui forme l'élément essentiel du fonds de commerce, fait l'objet d'un droit de propriété. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique, op. cit.*, t. 3, n° 8 : la clientèle constitue « une forme de propriété » ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *loc. cit.*, p. 82 : « les commerçants et les entreprises ont pris conscience de ce que l'essentiel de leur patrimoine ne résidait pas tant dans des immeubles et des équipements que dans les moyens de conquérir et conserver une clientèle. D'où l'idée de faire de ces moyens un bien universel, le fonds de commerce, dont la vertu est de procurer des clients ».

³⁴³ Voir : H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *A.P.D.* 1979.10.

94- Le rôle de ces biens est tel, que lorsqu'il s'agit d'évaluer les avoirs d'une personne, il est devenu inconcevable de comptabiliser ses seuls biens corporels : il faut désormais également déterminer si elle est propriétaire de créances, de valeurs mobilières, de fonds de commerce, de droits d'auteur, de brevets, etc.³⁴⁴, qui sont autant de biens incorporels³⁴⁵. Certains auteurs ont estimé que le développement économique a fait du droit des biens déduit du Code Napoléon un droit périmé³⁴⁶, la réalité économique ayant en quelque sorte mis à terre les constructions savantes acquises depuis des siècles.

95- En droit québécois, les auteurs observent également que les biens incorporels, qui n'ont pas d'existence physique, constituent une part appréciable de la richesse des sociétés modernes³⁴⁷. Les droits de créance en général, et plus spécifiquement les valeurs mobilières, les parts sociales et les rentes, constituent une grande partie de la composition des patrimoines au Québec³⁴⁸. De plus, il est admis que la compréhension de l'immatériel dans la notion de bien participe de l'évolution des civilisations qui, se développant, ont une conception de plus en plus complexe des biens, et une vision de plus en plus raffinée de l'emprise de l'homme sur le monde³⁴⁹.

³⁴⁴ Voir : P. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi, op. cit.*, p. 10. Sur la question de savoir si l'information est un bien objet d'appropriation : E. DARAGON, « Étude sur le statut juridique de l'information », D. 1998.chr.63, p. 66. La jurisprudence, après s'y être montrée favorable (arrêt *Logabax*, Crim., 8 janvier 1979, D. 1979.509, note P. CORLAY ; arrêt *Bourquin*, Crim., 12 janvier 1989, *Bull. crim.* n° 14 ; arrêt *Antoniolli*, Crim., 1^{er} mars 1989, D. 1990.Somm.com.330, obs. G. HUET), semble être revenue sur sa position.

³⁴⁵ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *loc. cit.*, n° 25 : « nous avons constaté que la plupart des *biens nouveaux* issus de la l'évolution juridique du dernier siècle, s'étaient *construit autour de la personne* d'un créateur, d'un professionnel, d'un exploitant, qu'ils intégraient ainsi une activité humaine et *se caractérisaient par une structure complexe alliant des éléments disparates, fréquemment immatériels* ».

³⁴⁶ L. JOSSERAND, *op. cit.*, t. 1, n° 1318 : « Le droit des biens, établi par le Code Napoléon, est périmé [...] c'est le développement économique et scientifique qui a déterminé un décalage dans l'ordre des biens ».

³⁴⁷ S. NORMAND, *Théorie générale des biens*, notes de cours, fasc. 1, *op. cit.*, p. 42 ; N. TAMARO, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur : l'exemple de la saisie », *loc. cit.*, p. 158 : « Du point de vue économique, nous vivons dans une société où la production de biens intangibles représente une grande valeur ».

³⁴⁸ S. NORMAND, *Introduction au droit des biens, op. cit.*, p. 49 ; R. RUDDEN, « *Things as Thing and Things as Wealth* », (1994) 14 *Oxford J. Legal Stud.* 81, p. 86 : les créances au sens large composent la part la plus importante de la richesse de nos économies modernes.

³⁴⁹ E. CAPARROS et P. LEQUERRE, *Droit de biens*, t. 1, *Meubles, immeubles, droit de propriété, démembrements du droit de propriété*, Québec, Université Laval, Faculté de droit, 1973, p. 1-15. La jurisprudence québécoise a reconnu que certains biens incorporels, aux côtés de la propriété intellectuelle, constituent des objets de propriété, tels les droits de clientèle.

96- Dans un article récent, un auteur affirmait qu' « [à] l'aube du 3^e millénaire [...], l'immatériel est, à n'en pas douter, la 'nouvelle frontière' »³⁵⁰. Or, qui dit frontière, dit limite et espace à franchir. De plus en plus, la doctrine admet des entorses à l'idée traditionnelle de l'objet corporel de la propriété, mais ne va pas dans sa majorité jusqu'à admettre la propriété des créances³⁵¹. Il faut donc distinguer entre les auteurs qui refusent totalement la propriété des choses incorporelles, et ceux qui admettent progressivement que la propriété peut porter sur des biens incorporels, tout en persistant à exclure de ces biens les créances, bien qu'elles constituent l'une des plus importantes catégories de biens incorporels.

97- La réflexion doctrinale prend désormais en compte la nouvelle réalité économique. Il est devenu commun de dire que la notion de bien s'est intellectualisée³⁵², la matérialité du bien ayant perdu de l'importance, au profit de sa seule valeur économique³⁵³. 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 valeur³⁵⁴. Une partie des auteurs, même classiques, considère que

³⁵⁰ M. VIVANT, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *J.C.P.* 2000.I.193, p. 10.

³⁵¹ Si les avancées sont nettes en la matière, elles excluent toujours majoritairement de leur champ les créances : P. CATALA, « L'immatériel et la propriété », *A.P.D.* 1999.61, p. 62 : « le problème de la propriété incorporelle devrait se ramener à une seule question : appellera-t-on de ce nom un droit exclusif, sans sujet passif, mais dont l'objet serait immatériel ? Sans même en appeler à l'histoire [...] plusieurs indices conduisent à une réponse affirmative ». Dans le sens d'une reconnaissance récente de la propriété des créances : M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.583, p. 602, selon laquelle la thèse classique qui refuse la propriété des créances est dépassée.

³⁵² Voir notamment : L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », *loc. cit.*, p. 95 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens, op. cit.*, n° 3, p. 2.

³⁵³ La mise en évidence des relations entre les notions de bien et de valeur a été faite : R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^e série, *Approfondissement d'un droit renouvelé*, Paris, Librairie Dalloz, 1959, n° 494. Voir aussi : J.-L. BERGEL, *Le droit des biens*, coll. « Que sais-je », 3^e éd., Paris, P.U.F., 1996, p. 8.

³⁵⁴ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *loc. cit.*, n° 27, p. 343 : « le bien patrimonial le plus pleinement incorporel s'appellera finalement valeur. C'est [...] la logique générale de l'évolution des techniques vers la langue des figures, des signes et des nombres, évolution à laquelle n'échappe pas la technique juridique ». Voir aussi : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens, op. cit.*, n° 3, p. 2 : « La notion de chose matérielle tend à passer au second plan et même à s'effacer derrière celle de bien pris comme synonyme de valeur » ; P. JOURDAIN, *Les biens, op. cit.*, n° 3, p. 5 ; R. LIBCHABER, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Biens*, n° 5 : « la notion de bien [...] se situe au carrefour de l'utilité et de la rareté, c'est-à-dire qu'elle est définie par l'idée de valeur ». Voir aussi : A. PIEDELIÈVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », *loc. cit.*, p. 55 et suiv., p. 61. Sur l'idée selon laquelle toutes les valeurs ne sont pas des biens : J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », dans *Mélanges en honneur à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277 et suiv., p. 283 et p. 279 : « Le concept de valeur n'acquiert [...] tout son sens que lorsque le souci de réservation se prolonge par celui de commercialisation » ; de même, sur l'évolution de la chose du statut de valeur à celui de bien : F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *loc. cit.*, p. 90 : « Devenant aliénable, la chose acquiert une valeur [...] qui n'est autre que celle de son utilité [...]. C'est cette valeur d'usage qui crée le besoin de l'échange, lequel à son tour crée celui de la propriété, condition de sa sécurité juridique ».

si le mot bien n'a d'abord désigné que des objets corporels³⁵⁵, sa portée a ensuite été étendue, sous l'effet des progrès de la vie juridique, le terme *bien* désignant « tout ce qui est un élément de fortune ou de richesse susceptible d'appropriation »³⁵⁶. La valeur du bien étant devenue déterminante, une partie des auteurs a admis que la nature corporelle ou incorporelle du bien est devenue secondaire³⁵⁷. En 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)³⁵⁸.

98- De plus en plus, la doctrine, tant française que québécoise, considère qu'en réalité, les biens ne sont pas tant les choses que les droits dont les choses sont l'objet³⁵⁹. La doctrine française admet que, si les biens désignent les choses corporelles (donc les objets que nous pouvons percevoir par nos sens), il ne s'agit là que d'un sens courant du terme qui n'est pas proprement juridique. En réalité, les choses ne sont des biens que si elles sont susceptibles de droits, ce qui fait que les biens consistent toujours en des droits³⁶⁰. Cette signification du terme bien, vu comme l'équivalent du droit, est

³⁵⁵ On se fonde ici encore sur un argument historique, en invoquant le fait que les Anciens Romains n'auraient connu que des choses corporelles: P.-F. GIRARD, *Manuel*, *op. cit.*, p. 273.

³⁵⁶ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, *op. cit.*, t. 3, n° 51.

³⁵⁷ A. PIEDELIÈVRE, « Le matériel et l'immatériel », *loc. cit.*, p. 61. On remarque que les biens incorporels sont alors doublement immatériels, en tant que droit et en tant que valeur : F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *loc. cit.*, p. 93. Voir aussi : J.-M ; MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », dans *Mélanges A. Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 281, au n° 14, p. 286 : « La nature corporelle ou incorporelle de la *res* importe peu, pourvu qu'il y ait *res*, c'est-à-dire valeur économique, nécessaire à l'intervention juridique. Avec l'évolution des sciences et techniques, agrégée hier à la terre et à l'immeuble, la valeur s'est progressivement diffusée, cherchant dans les meubles corporels d'abord, incorporels ensuite, de nouveaux supports ».

³⁵⁸ R. LIBCHABER, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Biens*, n° 9.

³⁵⁹ R. SAVATIER, *Les métamorphoses*, *op. cit.*, série 2, p. 101, et « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. trim. dr. civ.* 1958.331, p. 1 : « Il n'est, au stade de notre civilisation juridique d'autre bien que des droits ». Dans le même sens : A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, t. 1, n° 1425 ; P. JOURDAIN, *Les biens*, *op. cit.*, n° 1, p. 1. La distinction des biens corporels et incorporels est alors étudiée dans la division consacrée aux droits réels : voir notamment G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens*, *op. cit.*, n° 45, p. 30 ; B. STARCK, H. ROLLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 4^e éd., Paris, Litec, 1996, n° 1304.

³⁶⁰ P. MALAURIE, *Droit civil, Les biens*, Paris, coll. « les cours de droit », 1977-1978, p. 9. Les auteurs ont tendance à intégrer une nouvelle subdivision des droits, en distinguant les droits considérés en eux-mêmes (à savoir le droit distinct de son objet) des droits purement intellectuels, dépourvus de tout support matériel (tel le monopole d'exploitation du créateur sur ses œuvres littéraires et artistiques) : G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens*, *op. cit.*, n° 45, p. 30.

expliquée par le fait que les choses n'ont pas de valeur en elles-mêmes, mais ne procurent d'utilité que par l'effet des droits dont elles sont susceptibles³⁶¹.

Au Québec également, l'unité de la notion de bien, à la fois décrite comme objet de droit et droit, est souvent reconstruite autour de la notion de droit et non de chose³⁶². Les biens sont assimilés aux droits³⁶³ et l'on définit le patrimoine comme se composant de droits plutôt que de choses, une chose matérielle étant sans intérêt si elle n'est pas soumise au droit d'une personne³⁶⁴.

99- Des voix se sont élevées pour proposer une modification du Code civil français, qui tient compte de cette poussée vertigineuse de l'immatériel. Un auteur³⁶⁵ a proposé de modifier le Code civil, pour substituer à la distinction des meubles et des immeubles, pierre angulaire de la distinction des biens dans le Code Napoléon, la nouvelle distinction-clé qui l'a évincée, à savoir la classification des biens en corporels et incorporels. Il rappelle à ce propos que dès 1947, Niboyet, alors membre de la commission de réforme du Code civil, avait défendu la distinction des biens en corporels et incorporels³⁶⁶. L'auteur invite alors le législateur, face à cette nouvelle situation et devant les besoins de la pratique, à modifier la classification des biens dans le sens de leur matérialité ou immatérialité ; ce qui devrait conduire à distinguer désormais en une nouvelle *summa divisio*, les biens corporels des biens incorporels³⁶⁷. Cette idée, séduisante en ce qu'elle introduirait davantage de clarté dans les textes, ne semble pourtant pas nécessaire, car la distinction est déjà présente dans le Code civil. Elle révèle la force du préjugé selon lequel le code serait corporaliste.

Outre Atlantique, une partie de la doctrine a proposé, sous l'influence de la *common law*, remplacer les traditionnelles distinctions des meubles et des immeubles, ou des choses corporelles et incorporelles, par la notion de richesse (*wealth*), proche de

³⁶¹ C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français, op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 5 ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., Paris, A. Pédone, 1927, n° 207 ; P. JOURDAIN, *Les biens, op. cit.*, n° 1, p. 1.

³⁶² Voir P.-Y. MARQUIS, « De la distinction des biens et de leur appropriation et de la propriété », (1988) 3 *C.P. du N. 1*, n° 12, p. 28 : « Le concept 'bien' ne devrait donc comprendre que les droits réels ou personnels, les droits patrimoniaux et non les choses ».

³⁶³ P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 4 : « Les juristes retiendront cette dernière définition, i.e. les biens comme étant des droits portant directement sur les choses » ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, n° 48, p. 22 et 23. Déjà sous l'ancien code : F. LANGELIER, *op. cit.*, t. 2, n° 516, p. 98 : « les biens sont des droits » ; A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec, op. cit.*, t. 3, p. 16 : « Juridiquement l'homme exerce son domaine sous forme de droits, mais les droits eux-mêmes sont des biens puisqu'ils peuvent être appropriés ou possédés » ; P. MARTINEAU, *Les biens, op. cit.*, p. 2 ; H. KÉLADA, *Précis de droit québécois*, Montréal, Soquij, 1994, p. 253.

³⁶⁴ P. MARTINEAU, *op. cit.*, p. 2.

³⁶⁵ E.-M. SAVOURET, « Incorporels : vers une adaptation de notre droit ? », *Dalloz aff.* 1997.750.

³⁶⁶ E.-M. SAVOURET, *loc. cit.*, p. 751.

³⁶⁷ E.-M. SAVOURET, *loc. cit.*, p. 751.

celle de valeur, considérée comme suffisante pour qualifier à elle seule les choses³⁶⁸. Même si une telle proposition relève encore du droit prospectif, elle illustre l'importance de plus en plus grande du phénomène de l'incorporel dans le droit des biens québécois.

100- La doctrine majoritaire a donc pris conscience de l'importance actuelle des biens incorporels, mais elle n'en a déduit, jusqu'à présent, que des conséquences limitées. En effet, si les auteurs acceptent l'évolution des notions de chose et de bien vers une plus grande idéalisation de leur contenu, la plupart n'en retirent que de faibles répercussions touchant la propriété, et la modification consécutive de son objet. On a justement noté à ce sujet une « *contradiction patente dans la position de la quasi-totalité de la doctrine. Les auteurs définissent en effet la notion de bien comme une chose susceptible d'appropriation, puis ils disent que le patrimoine comprend un ensemble de biens, dont les droits réels et les droits de créance, mais refusent ensuite pour la plupart d'admettre qu'on puisse être propriétaire d'une créance ou d'un droit réel* »³⁶⁹. En 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 biens³⁷⁰. Une partie de la doctrine persiste, tout en admettant l'existence de biens incorporels, à refuser une authentique propriété des biens incorporels³⁷¹. Elle distingue la notion de chose de celle de bien et ne reconnaît la qualité d'objet de la propriété qu'à la chose, en se réclamant de la définition de la propriété.

101- La prise de conscience de la généralité de l'objet de la propriété n'est pas aussi récente qu'on le croit, mais il reste périlleux de prétendre en tirer toutes les

³⁶⁸ R. RUDDEN, « Things as Thing and Things as Wealth », *loc. cit.*, p. 86. On notera ici que l'analyse économique du droit, née aux États-Unis (E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste — une histoire stylisée du mouvement d'analyse économique », (1986) 1 *R.I.D.E.* 1, p. 3 ; B. OPPETIT, « Droit et économie », *A.P.D.*, 1992.17, p. 22), s'est développée au Québec à partir du milieu des années 1970 (E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste », *loc. cit.*, p. 6 ; R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 4^e éd., Boston, Brown and Co., 1972) et a eu beaucoup plus d'impact qu'en France (sur la faiblesse de cet impact en France : B. OPPETIT, « Droit et économie », *loc. cit.*, p. 23).

³⁶⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.583, p. 603.

³⁷⁰ Voir cependant : F. ZENATI et T. REVET, *Les Biens*, 2^e éd., Paris, P.U.F., coll. « Droit fondamental », 1997.

³⁷¹ D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », *loc. cit.*, p. 77 : « puisque les réalités immatérielles ont de la valeur, il est inévitable qu'elles soient appréhendées par le droit ; il faut donc qu'elles soient des biens, puisqu'à l'exception des personnes morales, ces réalités immatérielles ne sont pas des personnes ; et puisqu'il faut qu'elles soient des biens, il faut nécessairement qu'elles soient appropriables ». L'auteur considère néanmoins cet enchaînement comme fondamentalement vicié, dès lors que « pour donner prise au droit, les réalités immatérielles sont autoritairement encadrées par l'*a priori* du bien et de la propriété ».

conséquences. Défenseur des thèses classiques en la matière, Rigaud s'est trouvé contraint de reconnaître un « élargissement du cercle des droits réels » par sa « théorie des choses incorporelles »³⁷². Il a admis que le droit positif reconnaît les choses incorporelles comme objets des droits réels ; ce qu'il a illustré par la reconnaissance des droits intellectuels ou la reconnaissance des droits sur les universalités telles que le fonds de commerce. Il a cependant exclu la propriété de son raisonnement.

Dans leur traité de droit civil, Aubry et Rau avaient déjà entrevu les conséquences que l'élargissement de la notion de bien impliquait. Ils ont professé que la propriété, dans son acception originare, ne s'applique qu'aux choses corporelles, tout en admettant que le terme *propriété*, de même que le *dominium* romain, a été étendu à des choses incorporelles³⁷³ telles que les créances, les fonds de commerce ou les parts sociales. Conscients de la critique que pourrait soulever une telle remarque, ils ont ajouté que : « dans tous ces cas [...] il s'agit d'exprimer l'existence d'un *droit exclusif de jouir et de disposer d'une valeur et d'en tirer les profits qu'elle est susceptible de procurer* ; or, c'est ainsi que s'analyse le droit de propriété sur les choses corporelles. Si la différence de l'objet fait que le droit de propriété sur ces choses incorporelles se comportera autrement que celui qui porte sur les choses corporelles, *il n'est donc pas impropre d'employer pour elles le mot propriété* »³⁷⁴. Cependant, ils n'allaient pas plus loin dans l'analyse, se cantonnant à l'exposé des principes relatifs à la propriété des choses corporelles³⁷⁵. De même, Esmein, prenant en compte l'importance de plus en plus grande des biens incorporels, estimait qu'il fallait se garder de faire passer la technique avant le fond des choses et considérait comme convenable de parler de la propriété des biens incorporels, parmi lesquels il énumérait les créances, puisqu'on retrouve pour elles la jouissance et la disposition caractéristiques du droit de propriété³⁷⁶. Il considérait que, si l'objet du droit de propriété entraîne des différences de régime juridique, la nature juridique du droit de propriété reste la même³⁷⁷. Conformément à la tradition, il limitait cependant ses développements à la propriété des choses corporelles³⁷⁸.

³⁷² L. RIGAUD, thèse préc., p. 385 et suiv.

³⁷³ C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français, op. cit.*, t. 2, § 190, n° 140.

³⁷⁴ C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français, op. cit.*, t. 2, § 190, n° 140.

³⁷⁵ C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, § 190, n° 140. Voir également, qui admet la propriété des créances, mais n'étudie, « suivant les traditions de notre droit [...] que la propriété des choses corporelles » : P. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi, op. cit.*, p. 12-15.

³⁷⁶ P. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi, op. cit.*, p. 10, et p. 12-13.

³⁷⁷ P. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi, op. cit.*, p. 13.

³⁷⁸ P. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi, op. cit.*, p. 14.

102- En droit québécois, cette prise de conscience est encore plus nette. L'importance des biens incorporels était tellement présente dans l'esprit du législateur québécois, qu'au moment de la réforme du Code civil, les codificateurs en ont tenu compte dans la définition qu'ils ont donnée de l'objet de la propriété, puisqu'ils y ont expressément intégré les biens incorporels. À la suite de la réforme, un courant doctrinal important s'est donc dessiné, en faveur de la compréhension des biens incorporels parmi les objets de propriété. On a pu soutenir que tout ce qui constitue une « valeur commerciale » peut faire l'objet d'un droit de propriété³⁷⁹. Mais ce courant puise ses racines dès avant la réforme. Dès les années 1970, la thèse était déjà présentée, selon laquelle l'« *idée d'appropriation a dépassé son objet primitif (les choses concrètes constituant le monde physique), pour s'étendre à un grand nombre de valeurs abstraites* »³⁸⁰.

L'importance des biens immatériels est donc acquise. L'analyse traditionnelle d'une propriété exclusivement matérielle, excluant la propriété des créances, est loin d'être la seule possible dans le contexte du droit français ou du droit québécois.

Quant à la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet, souvent présenté par la doctrine française et québécoise comme constituant un pilier important de la thèse classique de la propriété, elle mérite également d'être relativisée.

§ 2. Critique de la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet

103- Si l'on interprète la distinction des biens corporels et des biens incorporels comme étant une distinction entre l'objet des droits et les droits, cela conduit à la réduction consécutive de l'objet de la propriété aux corps, puisque les objets de droits sont alors identifiés aux biens matériels. Cette théorie est pourtant critiquable, tant d'un point de vue historique (A) que du point de vue du droit positif français et québécois (B).

³⁷⁹ E. MACKAAY, *Analyse économique du droit : Recueil de textes*, Montréal, Coop Droit Université de Montréal, 1994, p. 6-18.

³⁸⁰ E. CAPARROS et P. LEQUERRE, *Droit des biens*, op. cit., t. 1, p. 1-15.

A. Critique historique de la théorie de l'incorporation

104- Au centre de l'analyse traditionnelle, qui donne à la propriété romaine un objet corporel³⁸¹, réside l'idée d'après laquelle les Romains ne parvenaient pas à dissocier le droit de propriété de son objet³⁸². Cette opinion, est pourtant contestable. Elle est, tout d'abord, largement nourrie d'une confusion entre les notions de *proprietas* et de *dominium*³⁸³. La notion tardive de *proprietas* étant fort intimement liée à la chose, il a été aisé d'en déduire qu'elle se confondait avec la chose ; or les deux notions doivent être distinguées. Le célèbre philosophe romaniste Michel Villey a découvert que l'expression *proprietas* était d'un usage relativement rare dans les textes juridiques romains, mais que lorsqu'elle était employée, elle ne désignait pas la prérogative du propriétaire ou le droit subjectif de propriété, mais la qualité objective d'une chose d'être propre à quelqu'un³⁸⁴. Le seul fait que la *proprietas* était étroitement liée à la chose ne peut donc suffire à prouver que le *dominium* était confondu dans son objet. Surtout, les romanistes ont identifié plusieurs fragments attestant l'absence de confusion entre la propriété romaine et son objet³⁸⁵. Hermogénien, qui a défini le terme *pecunia* au sens de bien, en a pourtant exclu la propriété³⁸⁶. De plus, on a justement souligné que ce qui faisait l'objet de la revendication romaine, était bien la *res* et non le *dominium*³⁸⁷, ce qui prouve que les Romains distinguaient la propriété de son objet. Enfin, l'absence d'une telle confusion peut également se déduire, à titre subsidiaire, de l'institution proche de la propriété qu'est la possession. Les romanistes admettent que la possession,

³⁸¹ Cette idée est utilisée pour affirmer que la seule propriété authentique est la propriété qui a pour objet des corps : voir *supra*, n° 31 et suiv.

³⁸² E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, op. cit., t. 1, p. 237, parle à ce propos d'erreur des juristes romains. Sur l'exposé de cet argument: *supra*, n° 38.

³⁸³ F. ZENATI, thèse préc., p. 218 ; C. MAYNZ, *Cours de droit romain*, op. cit., t. 1, p. 692.

³⁸⁴ M. VILLEY, « Notes sur le concept de propriété », dans *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 194 ; M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *R.H.D.* 1946-1947.201, p. 225 : la *proprietas* faisait référence au fait « d'être propre à quelqu'un, qualité objective dont on peut se rendre le maître comme d'un usufruit, d'un jus, d'une chose incorporelle ».

³⁸⁵ L. RIGAUD, thèse préc., p. 48 et 49. R. MONIER, *Cours de droit romain approfondi*, op. cit., p. 71, note que les juristes romains savaient très bien le cas échéant, distinguer la propriété de la chose sur laquelle elle s'exerce (*D.* 18, 1, fr. 80, 3). Plusieurs fragments opposaient précisément les *res corporales* au *dominium* et au *jus* (notamment : ULPIEN 4, pr. *communi dividundo* 10, 3 : « *Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus* » ; ULPIEN 13, §1, *de damno infecto*, 39, 2 « *Sive corporis dominus, sive et qui jus habet, ut puta servitutum [...]* » ; *D.* 13, 6, 5, 15 : « *totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere* »).

³⁸⁶ F. ZENATI, thèse préc., n° 165, notamment note 127 : la définition donnée par Hermogénien du terme *pecunia*, à un moment où le terme était devenu synonyme de bien, comprenant l'argent, toutes les choses immobilières et mobilières, les corps comme les droits, mais non la propriété.

³⁸⁷ F. ZENATI, thèse préc., p. 195. Avant l'apparition du terme *dominium*, sur la question de l'utilisation des périphrases *meum esse aio* (j'affirme que ceci est à moi) ou *mihi esse* (c'est à moi) : K.W. WESTRUP, « Quelques remarques sur la propriété primitive », *R.H.D.* 1933.227.

qui est l'ancêtre du *dominium*³⁸⁸, était une institution distincte de son objet³⁸⁹. Or, il semble illogique d'admettre que les Romains pouvaient distinguer la possession (maîtrise de fait) de son objet, mais qu'ils en devenaient incapables, dès lors qu'il s'agissait d'une maîtrise de droit³⁹⁰.

La théorie de l'incorporation du droit de propriété dans son objet trouve également ses limites dans le corps même du droit positif.

B. Critique positive de la théorie de l'incorporation

105- Dès le milieu du XX^e siècle, la critique de la confusion du droit dans son objet est venue sous le plume de Josserand, qui déplorait le décalage entre la propriété moderne dont le contenu se serait peu à peu dématérialisé, et le langage archaïque auquel on fait référence pour admettre cette théorie. « Le fond (de la propriété) change, écrit-il; seule subsiste la terminologie qui demeure telle qu'au temps des Quirites ; la propriété est toujours traitée comme un bien corporel, encore qu'elle ait cessé de se confondre avec son objet pour devenir un simple droit établi sur une chose dont elle se dégage nettement : en plein XX^e siècle, nous vivons encore sous le signe du vieux droit quiritaire »³⁹¹. L'absorption de la propriété dans son objet corporel, au point de devenir elle-même un bien corporel, étant notamment incapable d'expliquer le phénomène de copropriété, ni surtout celui de la propriété des biens incorporels³⁹².

106- Il est loin d'être certain que le législateur français ait confondu la propriété avec son objet³⁹³. Si l'on admet la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet, cela débouche d'ailleurs sur des incohérences au sein même de la théorie classique. Par exemple, le Code civil considère l'usufruit et la servitude comme des biens incorporels, alors qu'ils seraient censés, en vertu de la théorie du démembrement,

³⁸⁸ F. DE VISSCHER, « *Manicipum et res Mancipi* », dans *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Milan, A. Giuffrè, 1949, p. 415 ; F. ZENATI, thèse préc., n° 147 et 148.

³⁸⁹ Cette analyse prévaut depuis Bonfante. Voir : R. MONIER, « La possession est-elle une *res incorporalis* en droit romain classique ? » dans *Mélanges De Visscher*, t. 4, Bruxelles, Office international de librairie, 1950, p. 239.

³⁹⁰ F. ZENATI, thèse préc., n° 165, p. 228.

³⁹¹ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français, op. cit.*, t. 1, n° 1323, p. 737.

³⁹² L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », dans *Mélanges Sugiyama*, Paris, Sirey, 1940, p. 95.

³⁹³ Cela apparaît notamment à travers l'institution de la possession, l'article 2228 C.C distinguant nettement la possession des choses de la possession des droits, la possession étant l'accession vers la propriété. Pour une démonstration globale de ce que la propriété n'est pas un bien, mais une prérogative attachée à la personne : F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981.

avoir la même nature que la propriété, analysée comme un bien corporel. Les droits réels accessoires n'étant, d'après cette théorie, que des démembrements du droit réel principal qu'est la propriété, il est difficile d'expliquer dans le cadre d'une telle construction, comment des parties de la propriété peuvent avoir une nature juridique différente de celle de la propriété pleine et entière³⁹⁴.

107- La conception traditionnelle d'un objet exclusivement corporel de la propriété repose en réalité sur une analyse tronquée des biens³⁹⁵. Nous avons déjà souligné que ce sont les glossateurs qui ont donné à l'obligation sa connotation subjective, l'éloignant ainsi de la nature juridique initiale de bien qu'elle avait en droit romain. Les auteurs qui ne considèrent pas les droits comme une forme de bien, mais comme une relation entre une personne et une chose, sont les héritiers de cette pensée. Or, cette conception étroite des biens se doit aujourd'hui d'être réévaluée, sous la pression du droit positif. Cette reconsidération est d'autant plus nécessaire qu'elle ne peut se déduire sans discussion des textes du Code civil, qui ne réduisent nullement les biens aux corps.

108- Si, dans le langage courant, la propriété est souvent confondue avec la chose objet du droit, la science juridique devrait rationnellement distinguer le droit de son objet. Des auteurs ont noté qu'à partir du moment où une société distingue la propriété de la possession, cela a pour effet de définir la propriété comme un droit³⁹⁶. Si cette distinction n'était pas faite, le concept de propriété deviendrait d'ailleurs inutile³⁹⁷.

109- Avec le Code civil du Québec, le législateur semble avoir fait l'effort de distinguer le droit de propriété de son objet. Ainsi, contrairement à l'ancien article 381 du Code civil du Bas Canada, qui identifiait les démembrements du droit de propriété qualifiés d'immobiliers, l'article 904 du Code civil du Québec fait référence aux droits

³⁹⁴ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, op. cit., t. 9, n° 34. F. ZENATI, thèse préc., n° 57, se demande comment un bien « peut changer de nature et devenir incorporel par la seule vertu de sa division ».

³⁹⁵ Cela s'illustre jusqu'à aujourd'hui par les difficultés de la doctrine à définir la notion de bien. Voir notamment : C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », *A.P.D.* 1979.259.

³⁹⁶ C.B. MACPHERSON, *Property : Mainstream and Critical Positions*, University of Toronto Press, Toronto, 1978, p. 3.

³⁹⁷ Voir C.B. MACPHERSON, op. cit., p. 3, selon lequel la propriété est : « [...] a right in the sense of an enforceable claim to some use or benefit of something ».

réels portant sur des immeubles, ce qui a été interprété par certains comme « *signifiant par là que le droit de propriété puisse être inclus* »³⁹⁸.

En retenant une conception large de l'objet de la propriété, le législateur québécois semble avoir rejeté du même coup l'idée traditionnelle d'une incorporation de la propriété dans son objet corporel³⁹⁹. Le rejet de cette théorie apparaît d'une manière particulièrement nette à travers les dispositions du Code civil du Québec relatives à la propriété superficielle. Ce droit est défini comme une modalité de la propriété⁴⁰⁰ et désigne la propriété « des constructions, ouvrages ou plantations situés sur l'immeuble appartenant à une autre personne » (art. 1011 C.c.Q.). Il résulte notamment, aux termes de la loi, « de la division de l'objet du droit de propriété portant sur un immeuble » (art. 1110 C.c.Q.). Or, le fait que l'objet de la propriété puisse se diviser entre plusieurs supports, se conjugue mal avec l'idée traditionnelle de la force d'attraction de la propriété dans son objet matériel⁴⁰¹.

Pas plus que le fondement historique de la corporéité, la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet n'est donc incontournable. La thèse de la corporéité est loin d'être la seule possible. Qui plus est, elle n'est ni celle qui découle de l'observation de l'histoire ou du droit positif français et québécois, ni celle qui s'impose en raison de l'évolution de ces droits.

³⁹⁸ P.-C. LAFOND, *op. cit.*, p. 42, selon lequel le législateur a, à plusieurs endroits du Code, tenté « de démarquer le droit de propriété de son objet ».

³⁹⁹ Sur l'idée selon laquelle la propriété est dissociée de son objet corporel depuis la reconnaissance de la propriété intellectuelle : M. POURCELET, « L'évolution du droit de propriété depuis 1866 », *loc. cit.*, p. 8. Voir aussi pour une critique de la confusion de la propriété dans son objet corporel : F. FRENETTE, « Chronique du droit des biens » (1973) 4 *R.G.D.* 91, p. 91-94 et F. FRENETTE, « Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », (1976) 17 *C. de D.* 991, p. 996 et 997 : l'« *habitude d'assimiler le droit de propriété avec son objet est attribuable à une interprétation erronée d'un texte de Gaius, et non à une conception erronée de la propriété en droit romain* » ; la correction de cette erreur permettant « de mieux comprendre que le droit de propriété se dissocie nettement de l'objet concret sur lequel il porte, qu'il s'analyse en une notion incorporelle comme les autres droits et qu'il peut sans contredit s'exercer sur des objets abstraits ». Voir aussi : P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 42.

⁴⁰⁰ Le professeur François Frenette définit les modalités de la propriété comme « ses manières d'être, ses modifications qui ne l'amenuisent pas et n'infléchissent pas le droit de son titulaire à la qualité pleine et entière de propriété » : F. FRENETTE, « De la propriété superficielle, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 671 et suiv., à la page 671.

⁴⁰¹ Même si la thèse classique balaye l'objection, en considérant simplement que la constitution d'un droit de superficie supprime cette force d'attraction et désincorpore le droit de propriété, on ne voit toutefois pas pourquoi la propriété changerait de nature juridique par la constitution d'un tel droit.

Conclusion du chapitre

110- Au terme de ces développements, nous pouvons conclure que les biens incorporels existent tant en droit français qu'en droit québécois. Si l'analyse classique présente une conception restrictive de l'objet de la propriété – les biens objets de propriété étant limités aux biens matériels – cette construction prête pourtant le flanc à la critique, aussi bien d'un point de vue historique, qu'en considération du droit positif et de l'évolution des deux droits étudiés.

Le Code civil du Québec comme le Code civil français se rattachent à une filiation historique romaine, dans laquelle les biens immatériels, ou droits, avaient toute leur place. Le refus de reconnaître l'existence des biens incorporels en tant qu'objets de propriété est en réalité issu de la réinterprétation du droit romain, donnée par les romanistes du Moyen-Âge. Or, c'est la conception romaine de la propriété qui a influencé les législateurs français et québécois. L'examen du droit positif montre que les textes fondamentaux de ces deux droits en matière de propriété, retiennent une conception extensive de son objet, n'excluant aucunement les biens immatériels du domaine de la propriété. De plus, l'évolution du droit en la matière va nettement dans le sens d'une reconnaissance accrue de l'importance des biens incorporels.

À elle seule, la reconnaissance de l'existence des biens incorporels en tant qu'objets de propriété ne saurait toutefois établir l'existence de la propriété des créances. Pour que la notion de propriété des créances ait une réalité, il faut également que les créances soient admises au rang des biens incorporels. Encore faut-il donc montrer l'existence du bien créance.

Chapitre second

L'EXISTENCE DU BIEN CRÉANCE

111- Les développements qui suivent visent à déterminer si le bien créance existe, autrement dit, si la créance constitue un bien au sens propre⁴⁰² et peut, à ce titre, être objet de propriété. La présence d'une certaine circularité entre les concepts de bien et de propriété a été dénoncée. La propriété est définie comme un droit portant sur un bien, alors que ce dernier concept est souvent décrit comme l'objet de l'appropriation. Comme l'a souligné un auteur, la notion de bien fait partie des trois « *termes primitifs* » ou axiomes du système juridique, à côté de la « personne » et du « sien » ; dès lors, « *quelle que soit la voie d'approche de la définition de bien juridique, celle-ci se présente comme impossible à construire* »⁴⁰³. La seule définition que l'on pourrait donner du bien serait donc purement formelle : « est bien juridique *ce que le droit considère comme tel* »⁴⁰⁴. En réalité, cette circularité souligne le lien très étroit qui existe entre les concepts de bien et de propriété, l'un étant lié à l'autre et défini par l'autre.

112- Ni le Code civil français, ni le Code civil du Québec, n'ont donné de définition du terme bien, les deux codes n'ayant fait que procéder à leur classification en meubles et en immeubles. Même si le Code civil du Québec contient la précision supplémentaire, d'après laquelle les biens peuvent être corporels ou incorporels⁴⁰⁵, l'un comme l'autre des deux codes associent étroitement les concepts de bien et de propriété⁴⁰⁶. Ce lien transparaît dans les définitions doctrinales, tant françaises que

⁴⁰² Une partie de la doctrine refuse toujours d'analyser la créance en un bien. Voir notamment A. SÉRIAUX, *Rép. civil* Dalloz, v° *Propriété*, p. 1, n° 21, p. 5 : « À proprement parler, une créance n'est pas un bien ». Elle « n'est au fond qu'un état de tension, entre deux patrimoines, celui du créancier et celui du débiteur. Au mieux, la cession de créance s'analyse en la transmission d'une position relative entre personnes, celle qu'occupe le créancier par rapport à son débiteur (et vice versa) ; il ne s'agit jamais de céder un droit direct sur une chose. Ce n'est pas non plus la valeur, assurément patrimoniale, qui est cédée, mais plus exactement le droit d'exiger en temps voulu (avec les aléas que cela comporte) le paiement de cette valeur ». Si la plupart des auteurs admettent aujourd'hui la qualité de bien des créances, ils sont toujours nombreux à ne pas en tirer la conséquence qui s'impose, à savoir que la créance, qualifiée de bien, est un objet possible de propriété.

⁴⁰³ C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », dans *A.P.D.* 1979.259, p. 268 et 269.

⁴⁰⁴ C. GRZEGORCZYK, *loc. cit.*, p. 270.

⁴⁰⁵ L'article 516 du Code civil français, qui dispose que : « Tous les biens sont meubles ou immeubles », trouve son pendant dans l'article 899 du Code civil du Québec, qui dispose que « Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles ».

⁴⁰⁶ Le Code civil français traite dans son livre deuxième -intitulé « Des biens et des différentes modifications de la propriété »- de la distinction des biens (titre 1), puis de la propriété (titre 2) ; voir

québécoises, du terme bien. Ainsi est-il généralement admis que « [l]es choses deviennent des biens au sens juridique du mot, non pas lorsqu'elles sont utiles à l'homme, mais lorsqu'elles sont appropriées »⁴⁰⁷, ou du moins susceptibles d'appropriation⁴⁰⁸. L'appropriation est donc « le critère qui permet de donner à une chose la qualité de bien »⁴⁰⁹.

113- Si nous parvenons à montrer que la créance est un bien, il faudra donc en conclure qu'elle est susceptible d'appropriation et donc de propriété. C'est ce que nous tenterons de faire dans un premier temps, en examinant la dimension réelle de la créance, en droit québécois ainsi qu'en droit français. La nature juridique de bien de la créance s'est affirmée d'une façon progressive et a connu des développements importants dans le droit contemporain. L'existence du bien créance est subordonnée d'une part à la nature réelle, autrement dit, à la nature de bien de la créance (section I) et, d'autre part, à la reconnaissance de cette nature juridique de bien de la créance par le droit positif (section II).

aussi l'article 537 C.C. : « Les particuliers ont la libre disposition des *biens qui leur appartiennent* [...] ». Le Code civil du Québec souligne également le lien étroit entre les concepts de biens et de propriété, notamment lorsqu'il traite dans un même titre « *De la distinction des biens et de leur appropriation* » (livre quatrième, titre premier), avant de définir la propriété comme « *le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien* [...] » (article 947 C.c.Q.).

⁴⁰⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique, op. cit.*, t. 3, n° 51.

⁴⁰⁸ En France : F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 1, p. 13 : « Les biens sont les choses qu'il est utile et possible de s'approprier » ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, op. cit.*, t. 9, n° 8 : les biens sont les « *choses qui sont susceptibles de procurer à l'homme une utilité exclusive et de devenir l'objet d'un droit de propriété* ». Au Québec : P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, *op. cit.*, p. 388 : « On entend par choses tout ce qui existe, et par biens *les choses qui sont susceptibles d'une propriété publique ou privée, c'est-à-dire qui peuvent être appropriées* » ; W. RODYS, *Cours élémentaire de droit civil français et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956, p. 67 : les choses deviennent des biens lorsqu'elles sont appropriées.

⁴⁰⁹ J.-L. BERGEL, *Le droit des biens*, coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 1983, p. 3 ; J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 45, p. 83 : « [...] il faut une possibilité d'*appropriation* pour faire un bien d'une chose » ; C. ATIAS, *Les biens, op. cit.*, n° 2, p. 2 : les biens sont « toutes les choses qui, pouvant procurer à l'homme une certaine utilité, sont *susceptible d'appropriation privée* ». Pour une critique minoritaire du lien entre le bien et l'appropriation : C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », *loc. cit.*, p. 264 et 265 : « *L'appropriation n'est [...] pas un critère suffisant pour la définition du bien juridique*, il faut que la chose en question ait une certaine valeur pour qu'elle intéresse le droit ». Mais la définition du bien juridique comme « une chose possédant une certaine valeur » n'est pas non plus satisfaisante selon cet auteur, puisqu'elle se heurte aux multiples définitions existantes de la valeur (*loc. cit.*, p. 265).

SECTION I

L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE CRÉANCE VERS LE BIEN

114- Si les biens incorporels existent, au même titre que les biens corporels, il convient à présent de montrer que le droit personnel de créance peut s'analyser en un bien. Si la créance s'est très certainement réifiée depuis le droit romain (§1), encore convient-il de fixer l'étendue de cette réification dans les droits positifs français et québécois (§2).

§1. La réification de la créance

115- La nature juridique de bien de la créance se vérifie tant en droit français qu'en droit québécois (B). Toutefois, cette nature juridique n'a été admise que progressivement, les prémisses historiques d'une vision réelle de la créance se trouvant tant en droit romain qu'en droit féodal (A).

A. Les prémisses historiques d'une vision réelle de la créance

116- Dans une conception primitive, l'obligation était considérée comme un lien de droit entre deux personnes déterminées, lien strictement personnel qui ne pouvait, comme tel, survivre à sa transmission. Une évolution vers la transmissibilité de l'obligation s'est néanmoins dessinée dès le droit romain (1) et a été confirmée par le droit féodal (2).

1. Le droit romain

117- L'idée a souvent été avancée, d'après laquelle le droit romain avait une conception exclusivement personnelle de l'obligation. Les auteurs citent volontiers les *Institutes* de Justinien, qui définissaient l'obligation comme un lien de droit entre deux personnes⁴¹⁰. Nous tâcherons néanmoins de montrer que les Romains ont, dans une

⁴¹⁰ Voir notamment : C. ACCARIAS, *Précis de droit romain, op. cit.*, t. 2, p. 183 et 184 ; A.E. GIFFARD, *Droit romain et ancien droit français*, t. 2, *Les obligations*, coll. « Précis Dalloz », 3^e éd. par R. VILLERS, Paris, Dalloz, 1970, p. 2 et 3.

certaine mesure, pris en compte le caractère réel de l'obligation⁴¹¹, cette dernière apparaissant alors comme une *res*, ou un bien⁴¹². La réalité des obligations en droit romain s'est manifestée par la possibilité de transmettre les obligations ainsi que par leur sanction.

118- Le caractère personnel de l'obligation, autrement dit, l'analyse de l'obligation comme un rapport entre deux personnes déterminées, pose tout d'abord le problème de sa transmission⁴¹³. Si la conception primitive de l'obligation était effectivement celle d'un lien de droit indissolublement lié à la personne⁴¹⁴, la transmission active de la créance a progressivement été reconnue. La doctrine admet aujourd'hui que la circulation de la créance, considérée comme un bien, fut admise dès le droit romain qui, même s'il envisageait l'obligation essentiellement comme un lien personnel, finit par admettre la cession de créance⁴¹⁵.

Le romaniste Bonfante a montré qu'à l'époque du droit classique, l'obligation revêt « *un caractère patrimonial et assume une fonction commerciale* »⁴¹⁶ ; elle devient transmissible entre vifs, et donc négociable⁴¹⁷. Le principe de la non-transmissibilité n'est pas rejeté, mais on utilise des procédés pour parvenir à la transmissibilité au cessionnaire de la créance du cédant. Concernant, tout d'abord, la transmissibilité à cause de mort, une distinction s'imposait selon que l'obligation était d'origine délictuelle ou non⁴¹⁸. Si pour les créances d'origine délictuelle, le principe était celui de

⁴¹¹ En ce sens : G. LUTTMANN, *De l'évolution du droit d'obligation*, Paris, Henri Jouve, 1903, p. 185 : « [...] les embarras causés par le dogme de l'intransmissibilité absolue des créances avaient forcé la législation romaine à admettre certains tempéraments, qui battaient déjà en brèche l'idée de personnalité du lien obligatoire ».

⁴¹² Sur la notion romaine de *res* : *supra* n° 31 et suiv.

⁴¹³ P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, *op. cit.*, t. 2, p. 194.

⁴¹⁴ À l'origine, l'obligation, considérée comme un lien exclusivement attaché à la personne, n'était pas susceptible de transmission : E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, *op. cit.*, t. 1, p. 248 à 251 ; P. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 886 ; P. ESMEIN, « Recherches historiques sur le testament *per aes et libral* », *N.R.H.* 1886.543.

⁴¹⁵ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, t. 3, *Régime général*, 11^e éd., Paris, Cujas, 2001, n° 273, p. 189 et 190 ; R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1925, n° 77, p. 67 : « Le droit romain définitif avait entrevu l'idée d'un véritable transfert de créances ; le mot seul n'avait pas été prononcé, la chose existait ». Voir aussi : J. MACQUERON, *Histoire des obligations*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique Université d'Aix-Marseille, 1971, p. 27 et suiv. : « si les législations modernes s'avisèrent de donner à l'obligation un caractère plus nettement patrimonial, elles ne renieraient pas en cela l'héritage romain, mais paraîtraient bien plutôt faire fructifier la semence lancée par les prêteurs » ; V.-L. VENIAMIN, *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, thèse Paris, L.G.D.J., 1930, p. 202.

⁴¹⁶ P. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, trad. J. CARRÈRE et F. FOURNIER, t. 1, 3^e éd., Paris, Librairie du Recueil Fournier, 1928, p. 489.

⁴¹⁷ P. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, *op. cit.*, t. 1, p. 491.

⁴¹⁸ P.-E. VIARD, *Lettres à François, étudiant en droit, sur le thème des obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Montchrestien, 1959, lettre 43, p. 266.

l'intransmissibilité, cette règle a néanmoins été largement atténuée à l'époque classique et a même été pratiquement inversée par des modifications successives⁴¹⁹. Dans l'hypothèse des obligations contractuelles, la solution était encore plus nette, puisque la transmissibilité des créances aux héritiers était admise dès la période historique⁴²⁰.

119- La transmission entre vifs, sous la forme d'une cession de créance, a également été reconnue en droit romain⁴²¹. Même si l'obligation était *a priori* considérée comme un lien de droit, la créance constituait un élément de l'actif du patrimoine, qui représentait donc une valeur et devait à ce titre pouvoir être cédée⁴²². L'admission d'une telle cession s'est faite de façon empirique grâce à plusieurs techniques, qui ont constitué autant d'étapes dans cette évolution vers la transmissibilité⁴²³. La première étape fut la cession par stipulation novatoire, également appelée novation par changement de créancier. Dans cette hypothèse, le créancier qui voulait céder sa créance devait demander au débiteur cédé de s'engager envers le cessionnaire, en faisant avec ce dernier une stipulation novatoire -par laquelle le débiteur promettait au cessionnaire ce qu'il devait au cédant⁴²⁴. Autrement dit, le cessionnaire se faisait promettre par le débiteur cédé, la prestation que celui-ci devait jusque-là au cédant⁴²⁵. Cette stipulation produisait novation par changement de créancier⁴²⁶ : la créance originale était éteinte et remplacée par une nouvelle créance⁴²⁷. Ce procédé ne constituait donc pas une véritable cession de créance, car le cessionnaire bénéficiait d'une créance nouvelle et non de la créance même du cédant⁴²⁸. L'extinction de la créance ancienne constituait un inconvénient de ce procédé, dès lors que les éventuels accessoires de la créance -tels une sûreté ou un cautionnement- disparaissaient et que l'inopposabilité des exceptions pouvait être défavorable au débiteur⁴²⁹. Ces désagréments firent que les Romains se tournèrent bientôt vers un autre procédé.

⁴¹⁹ P.-E. VIARD, *op. cit.*, p. 266 ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, t. 2, *Les obligations*, Paris, L.G.D.J., 1943, p. 211.

⁴²⁰ G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, t. 2, *op. cit.*, p. 3.

⁴²¹ G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, t. 2, *op. cit.*, p. 3.

⁴²² P.-E. VIARD, *op. cit.*, p. 267 ; J.-P. LÉVY, *Histoire de la propriété*, Paris, P.U.F., 1972, p. 232.

⁴²³ P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, t. 1, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 1957, p. 219 ; J. MACQUERON, *Cours de droit romain*, *op. cit.*, p. 393.

⁴²⁴ J. MACQUERON, *Cours de droit romain*, *op. cit.*, p. 293.

⁴²⁵ G. HUBRECHT, *op. cit.*, p. 213.

⁴²⁶ Le mécanisme est décrit par GAIUS, *Inst.*, II, 38.

⁴²⁷ Si *Primus* est créancier, on va éteindre sa créance et le débiteur va s'engager envers *Secundus*. On peut dire aussi que *Primus* délègue son débiteur à *Secundus* : c'est une « *delegatio crediti* » : J.-P. LÉVY, *Histoire de la propriété*, *op. cit.*, p. 233.

⁴²⁸ G. HUBRECHT, *op. cit.*, p. 213.

⁴²⁹ Plusieurs expédients avaient alors été imaginés pour remédier à ces inconvénients, comme le fait de stipuler à nouveau des sûretés d'employer une certaine formule (formule dite « *incerta* », qui ne comportait pas le chiffre de la créance mais renvoyait seulement à la dette antérieure), afin d'échapper à

120- Une autre méthode, qui a été décrite par Gaius, fut bientôt employée : la cession par *procuratio in rem suam*⁴³⁰. Il s'agissait d'une sorte de mandat judiciaire, utilisé aux fins de cession⁴³¹. Par ce procédé, le mandataire était invité par le mandant à se faire payer par le débiteur de ce dernier et, en cas de refus, à le poursuivre en justice⁴³². La créance n'était donc pas transmise à proprement parler, mais le cessionnaire pouvait faire valoir en justice la créance du cédant. Cette procédure présentait des avantages pratiques par rapport à la novation, puisque le consentement du débiteur cédé n'était plus nécessaire et que la créance transférée l'était avec tous ses accessoires. D'autres inconvénients liés au mandat existaient cependant, puisque le mandant pouvait révoquer son mandat, céder à nouveau sa créance, ou bien mourir - autant de possibilités qui rendaient la situation du cessionnaire fragile. On y remédia dès l'époque classique, en accordant au cessionnaire une action utile ; cette action lui appartenant en propre, il ne risquait plus de la perdre si le cédant décédait ou s'il révoquait la *procuratio*. Concernant le risque d'une nouvelle cession de la créance, deux constitutions⁴³³ de l'empereur Gordien III pallièrent définitivement aux inconvénients qui subsistaient en la matière⁴³⁴.

L'évolution qui s'est faite relativement à la transmission des obligations montre donc que le droit romain a su s'adapter à la nécessité de considérer l'obligation comme une chose patrimoniale, susceptible d'être transmise. Certains auteurs ont néanmoins estimé que la conception personnelle de l'obligation n'a jamais été dépassée en droit romain, puisque le lien d'obligation même n'était pas transmis par ces différents procédés. Il reste que les Romains ont trouvé le moyen de transférer à une autre personne au moins « *le résultat pécuniaire ou la valeur de ce droit, sans avoir besoin de l'assentiment du débiteur* »⁴³⁵. La conception toute personnelle de l'obligation romaine mérite donc d'être nuancée⁴³⁶. On en voudra également pour preuve les dispositions

l'inopposabilité des exceptions : J.-P. LÉVY, *op. cit.*, p. 233. Mais il fallait alors obtenir le consentement du débiteur et le cas échéant de ses cautions.

⁴³⁰ GAIUS, *Inst.*, II, 39.

⁴³¹ P.-E. VIARD, *op. cit.*, p. 269. Voir sur le procédé : J.-P. LÉVY, *op. cit.*, p. 234 : *Primus* (le cédant), donnait mandat à *Secundus* (le cessionnaire) de poursuivre en son nom le paiement contre le débiteur, ou autrement dit, d'intenter l'action née de la créance en qualité de « *procurator* ». *Secundus* agissait alors contre le débiteur par une formule du type « Ce que le débiteur doit à *Primus*, juge, condamne-le à payer à *Secundus* ». *Secundus* percevait le montant de la créance et il était dispensé de le rendre à *Primus*.

⁴³² P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, t. 1, p. 219.

⁴³³ Constitution de l'an 240 et de l'an 243 : C., 8, 41, 3 et C., 4, 10, 1.

⁴³⁴ Tout d'abord, la constitution deux cent quarante permit au cessionnaire de se protéger contre l'ignorance de la cession par le débiteur cédé. Deux procédés furent employés, qui préfigurent les dispositions de l'article 1690 du Code civil. Il s'agissait soit d'un procédé d'avertissement du débiteur par le créancier (*denuntiatio*), soit d'un autre procédé, par lequel le cessionnaire obtenait un paiement partiel du débiteur. Puis, la constitution de l'an deux cent quarante trois, ouvrit au cessionnaire la possibilité d'intenter les actions utiles nées de la créance : voir J.-P. LÉVY, *op. cit.*, p. 235.

⁴³⁵ C. MAYNZ, *Cours de droit romain, op. cit.*, t. 1, p. 78 et 79.

⁴³⁶ En ce sens, voir notamment G. HUBRECHT, *op. cit.*, p. 3.

relatives à la sanction de l'obligation, celle-ci n'étant pas réduite à une exécution sur la personne même du débiteur.

121- En matière de sanction de l'obligation, l'exécution sur la personne perdura jusqu'à la fin du droit romain, le principe voulant que le débiteur réponde de la dette sur son corps n'ayant jamais été complètement abandonné⁴³⁷. Mais, si l'*obligatio* était primitivement un engagement sur le corps même de l'obligé, cet assujettissement reçut progressivement des atténuations. La mainmise sur le corps se réduisit bientôt à une mainmise sur la liberté de l'obligé, puis sur son patrimoine. Son exercice se fit d'abord en bloc (*venditio bonorum*), puis en détail (*distractio bonorum*)⁴³⁸. Dans l'ancien droit romain, l'exécution sur la personne du débiteur était au premier plan. Le *nexum* était un contrat solennel, par lequel le débiteur engageait sa propre personne pour la sûreté de l'obligation. Par ce contrat, le créancier pouvait, à défaut de paiement du débiteur, s'emparer de lui pour le retenir en prison et le réduire à une sorte d'esclavage⁴³⁹. La contrainte personnelle résultait d'un jugement du magistrat, l'*addictio*, qui avait pour effet d'attribuer au créancier la personne du débiteur⁴⁴⁰.

122- Dès l'ancien droit romain, il existait toutefois des voies d'exécution sur les biens du débiteur⁴⁴¹. Il s'agissait d'abord de la *pignoris capio*, qui consistait dans la prise de possession d'un objet et qui pouvait être effectuée par le créancier lui-même, sans que l'intervention du magistrat soit nécessaire. De plus, les romanistes admettent que, dès une époque très reculée, le procédé de la *sectio bonorum* permettait la vente en masse et aux enchères publiques, des biens du débiteur qui refusait d'acquitter des amendes ou dont les biens avaient été confisqués⁴⁴². Enfin, après l'introduction de la procédure formulaire, le mode le plus célèbre d'exécution sur les biens du débiteur fut organisé par le prêteur : la *venditio bonorum*⁴⁴³. Avec cette nouvelle procédure, il est certain que ce n'est plus la personne, mais le patrimoine du débiteur qui répond en

⁴³⁷ J. MACQUERON, *Histoire des obligations, op. cit.*, p. 26.

⁴³⁸ G. CORNIL, « *Debitum et Obligatio*. Recherches sur la formation de la Notion de l'Obligation romaine », dans *Mélanges Girard*, vol. 1, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1912, p. 199-263, p. 202.

⁴³⁹ E.-M. ALLAIN, *Droit romain. De la Venditio bonorum-Droit français. De la déconfiture pendant la vie du débiteur*, thèse Rennes, 1879, p. 1 et 2.

⁴⁴⁰ Après une période de 60 jours de détention du débiteur par le créancier, pendant laquelle il pouvait être libéré de sa dette, le créancier pouvait vendre son débiteur à l'étranger, et une disposition de la loi des XII Tables permettait même aux créanciers de se partager le corps du débiteur : E.-M. ALLAIN, thèse préc., p. 3. La loi *Paetilia* qui date environ de l'an 425, supprima le *nexum*, mais laissa subsister l'*addictio*.

⁴⁴¹ E.-M. ALLAIN, thèse préc., p. 3 et 4.

⁴⁴² En plus de ces deux cas, il est possible, même si cela reste discuté, qu'il y ait eu d'autres modes d'exécution portant sur les biens du débiteur : E.-M. ALLAIN, thèse préc., p. 4 et 5.

⁴⁴³ La *venditio bonorum* fut introduite par le prêteur Rutilius Rufus : P. BONFANTE, *Histoire du droit romain, op. cit.*, t. 1, n° 19, p. 518. Ce mode d'exécution devint celui le plus usité dès la fin de la République : J. MACQUERON, *Histoire des obligations, op. cit.*, p. 26.

définitive de la dette⁴⁴⁴. L'obligation consiste alors moins en un lien entre deux personnes qu'en un rapport entre deux patrimoines⁴⁴⁵. La *venditio bonorum* était organisée en deux phases : l'envoi en possession, puis la vente⁴⁴⁶. Après la requête d'un ou de plusieurs créanciers et intervention du prêteur, on dressait l'inventaire du patrimoine du débiteur ainsi que la liste des créanciers. L'envoi en possession avait pour principal effet de dessaisir le débiteur, de lui enlever l'administration et la jouissance de ses biens. Il permettait ainsi aux créanciers de veiller à l'intégrité de leur gage. La vente des biens était ensuite organisée. Les créanciers n'obtenaient pas directement satisfaction sur le patrimoine du débiteur ; le mécanisme était plus complexe et l'on procédait par personne interposée. Le patrimoine était vendu en bloc à un acquéreur, qui était placé dans la position de successeur universel et qui s'engageait à payer les créanciers. On assistait ainsi à une sorte d'ouverture de la succession du débiteur de son vivant : on substituait au débiteur un nouveau titulaire de patrimoine et on le mettait en rapport avec les créanciers. La *venditio bonorum* disparut sous Dioclétien, avec le système formulaire⁴⁴⁷. La *distractio bonorum*⁴⁴⁸, mise en place sous l'Empire, lui succéda. Ce nouveau procédé s'analysait en une vente en détail du patrimoine. Ce mode d'exécution était plus proche de nos institutions modernes, puisque la vente des biens était faite en fonction du montant des dettes et que le système de la vente par personne interposée n'était plus usité.

123- Ainsi, non seulement le droit romain a-t-il reconnu une certaine place à la transmission des créances -ce qui prouve que la personne du débiteur n'était pas aussi essentielle qu'on l'a prétendu- mais le système d'exécution était également loin d'être une simple exécution sur la personne et ce, dès l'ancien droit romain. Le droit féodal n'a fait que confirmer cette évolution.

2. Le droit féodal

124- Dans l'ancien droit, on a pu estimer que le caractère patrimonial de l'obligation apparaissait peu, la transmission des dettes ou des créances étant

⁴⁴⁴ Voir cependant, sur l'idée selon laquelle la *venditio bonorum* est encore fortement liée à la personne du débiteur : F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation*, Paris, Librairie Dalloz, 1964, p. 55-57.

⁴⁴⁵ J. MACQUERON, *Histoire des obligations*, op. cit., p. 27 ; G. HUBRECHT, op. cit., p. 5.

⁴⁴⁶ Sur la description de la procédure : P. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, op. cit., t. 1, p. 518 et 519 ; E.-M. ALLAIN, thèse préc., p. 16-29.

⁴⁴⁷ JUSTINIEN, *Inst.*, Lib. II, tit XII, pr.

⁴⁴⁸ P. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, op. cit., t. 1, p. 520.

difficilement admise, de même que leur cession entre vifs⁴⁴⁹. On doit néanmoins noter une évolution en la matière. Après une période d'hostilité à l'égard de la cession de créance, la *procuratio in rem suam* ainsi que les formalités des Constitutions de Gordien III furent de nouveau utilisées⁴⁵⁰. Il faut signaler également l'apparition au Moyen-Âge des titres à ordre ou au porteur, qui se transmettaient sans les formalités de la cession de créance⁴⁵¹.

Par ailleurs, concernant la sanction des obligations, les coutumes féodales admettaient l'exécution sur la personne, conformément à la rigueur des lois barbares. Néanmoins, la majorité des coutumes prévoyait que des saisies pouvaient être pratiquées sur les biens du débiteur⁴⁵² et vers la fin du XIII^e siècle, le créancier, dans le cas où le débiteur ne s'exécutait pas, s'attaquait non plus à la personne du débiteur, mais à ses biens⁴⁵³.

Ainsi, en droit romain comme en droit féodal, on peut déjà distinguer les prémisses d'une conception patrimoniale de l'obligation, même si le principe de la libre cessibilité des créances ne sera véritablement affirmé qu'au XVIII^e siècle⁴⁵⁴. De nos jours, la qualité de bien de la créance ne pose plus guère question.

B. L'affirmation actuelle de la qualité de bien de la créance

125- Il est difficile d'admettre qu'une obligation, simplement conçue comme un lien entre deux personnes, puisse être cédée. En effet, « [s]i l'obligation est exclusivement un lien personnel, le changement de personne l'anéantira, et il faudra substituer au lien ancien un lien nouveau. Si au contraire elle est exclusivement une partie du patrimoine, elle pourra, sans modification, passer d'un créancier à un autre créancier [...] »⁴⁵⁵. C'est indéniablement à cette seconde conception que le droit moderne, français et québécois, se rattache.

La manifestation privilégiée de la qualification de bien de la créance réside dans l'organisation de sa circulation (1). La question de savoir si le principe de l'intransmissibilité de la dette remet en question cette qualification devra également être posée (2).

⁴⁴⁹ P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, t. 1, p. 223.

⁴⁵⁰ J.-P. LÉVY, *op. cit.*, p. 236.

⁴⁵¹ J.-P. LÉVY, *op. cit.*, p. 236.

⁴⁵² E.-M. ALLAIN, *De la venditio bonorum*, *op. cit.*, p. 34 et 37.

⁴⁵³ A. DUMAS, *Histoire des obligations dans l'ancien droit français*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de sciences politiques, 1972, n° 3, p. 168.

⁴⁵⁴ P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, cours D.E.A., Paris II, 1978, p. 10.

⁴⁵⁵ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse préc., p. 27.

1. La circulation de la créance, manifestation privilégiée de la nature de bien de la créance

126- La conception de la créance en un bien ressort clairement du Code Napoléon. Le Code a d'abord qualifié les rentes -qui s'analysent en un type particulier de créances- de biens. D'une manière plus générale, les créances sont analysées comme des biens par le législateur⁴⁵⁶. Cela se révèle principalement à travers les dispositions relatives à la transmission des créances entre vifs. En effet, en traitant de la cession des créances (articles 1689 et suivants du code), le législateur a envisagé la créance comme un bien, susceptible d'être transmis⁴⁵⁷.

Il n'est pas rare aujourd'hui que la doctrine française admette que la cession de créance peut s'analyser en une vente⁴⁵⁸. La créance constitue un bien qui a une valeur économique et qui peut, comme tous les autres biens, être vendu⁴⁵⁹. Les codificateurs ont placé la cession de créance parmi les dispositions relatives à la vente et certains articles du Code civil mentionnent expressément la vente de créance⁴⁶⁰. Les auteurs, même classiques, n'ont pas hésité à parler de vente de créance⁴⁶¹ et Portalis, dans

⁴⁵⁶ Pour une illustration topique en matière de régimes matrimoniaux, voir les art. 1401 et 1404 C.C. combinés, ce dernier article qualifiant les créances et pensions incessibles de biens propres par nature.

⁴⁵⁷ Sur l'idée selon laquelle la cessibilité de la créance en fait un bien : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Paris, Armand Colin, 2001, n° 334 : « Pour admettre la transmission entre vifs, il a fallu que s'atténue le caractère personnel de l'obligation : que l'on conçoive celle-ci comme un bien, comme une valeur économique, susceptible de faire l'objet de transactions au même titre qu'un bien corporel parce que, comme celui-ci, elle est un élément du patrimoine ». Voir aussi : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, t. 3, *Régime général*, 5^e éd., Paris, Litec, 1997, n° 5, p. 3 ; R. SAVATIER, *La théorie des obligations*, op. cit., n° 23, p. 32 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 346 ; F. RIZZO, *Le traitement juridique de l'endettement (contribution à l'étude de la nature juridique de la dette)*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1996, p. 19 et 20. Déjà en ce sens : G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, *Obligations : droits réels principaux*, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 1299, p. 493.

⁴⁵⁸ La doctrine majoritaire estimant que la possibilité de céder son droit n'est pas caractéristique de la propriété, mais d'un simple droit patrimonial, les auteurs admettent d'autant plus facilement la vente d'une créance. C'est Planiol qui, le premier, a distingué le pouvoir d'aliéner du droit de propriété, suivi par De Vischer, qui en fait un pouvoir susceptible de s'appliquer à tous les droits patrimoniaux, dont les droits personnels : F. ZENATI, thèse préc., n° 436. Ainsi la doctrine récente définit-elle volontiers la vente comme un contrat translatif de droit patrimonial : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3, op. cit., n° 337 : « La cession (de créance) peut indifféremment avoir lieu à titre onéreux -le cédant percevant un prix du cessionnaire- ou à titre gratuit -le cédant donnant sa créance au cessionnaire. La première hypothèse étant de beaucoup la plus fréquente, l'opération apparaît comme une vente : vente de créance. C'est pourquoi elle est réglementée par le Code civil au Titre consacré à ce contrat (art 1689 et suiv.) ».

⁴⁵⁹ R. SAVATIER, *La théorie des obligations*, op. cit., n° 9, p. 14.

⁴⁶⁰ Voir par ex. l'art. 1693 C.C. : « Celui qui vend une créance ou autre droit incorporel, doit en garantir l'existence au temps du transport, quoi qu'il soit fait sans garantie ».

⁴⁶¹ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 24, 3^e éd., Paris, Marescq, 1878, n° 461. Voir aussi dans le même sens : R.J. POTHIER, *Œuvres annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, par J.-J. BUGNET, 2^e éd., t. 3, *Traité du contrat de vente* Paris, Cosse et Delamotte, 1947, n° 551, p. 420.

l'exposé des motifs du titre de la vente, estime que « [c]ette espèce de bien est de la création de l'homme [...] ; elle est dans le commerce comme tous les autres biens. Elle est conséquemment susceptible d'être vendue, cédée et transportée »⁴⁶².

127- En droit québécois, le professeur Tancelin a souligné que « [l]e progrès le plus notable de la pensée juridique en matière d'obligations a consisté à ne plus considérer l'obligation seulement comme un lien, évocateur d'esclavage, mais comme un bien, élément du patrimoine du créancier. Il peut disposer de ce bien incorporel dont la durée de vie s'allonge constamment avec les progrès du crédit »⁴⁶³. Tout comme en droit français, la cession de créance constitue la manifestation privilégiée de ce que le législateur québécois a analysé la créance en un bien⁴⁶⁴.

128- La créance peut également être cédée par la voie d'une subrogation personnelle⁴⁶⁵. Peu importe donc le mécanisme permettant la circulation de la créance : c'est cette possibilité même de transmission qui fait de la créance un bien⁴⁶⁶. Les raisons de l'intransmissibilité primitive ont disparu au cours des siècles et l'obligation s'est affirmée comme un objet de commerce⁴⁶⁷. La circulation des créances a d'ailleurs été facilitée par la liberté des conventions, qui s'est substituée au formalisme primitif. Seules restent intransmissibles les obligations conclues en considération de la personne, mais elles constituent l'exception⁴⁶⁸.

129- Si la circulation des créances apparaît moins nettement dans le cas de la transmission à cause de mort, en raison de la fiction de la continuation de la personne du défunt par l'héritier, ce type de transmission montre également que le législateur français a analysé les créances comme des biens⁴⁶⁹. L'article 711 du Code Napoléon prévoit la transmission de la propriété des biens par succession. Le principe qui

⁴⁶² J.-E.-M. PORTALIS, « Exposé des motifs du projet de loi, Titre XI, Livre III du Code civil, relatif à la forme et à la nature de la vente, présenté le 7 Ventôse An XII », dans J.-E.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, op. cit., p. 159.

⁴⁶³ M. TANCELIN, *Des obligations : Les techniques d'exécution et d'extinction*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, n° 908, p. 57.

⁴⁶⁴ Sur la possibilité de qualifier la cession de créance de vente sous le C.c.Q. : *infra*, n° 450 et suiv.

⁴⁶⁵ Voir *infra*, n° 468 et suiv. et notamment J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 357 et suiv., où l'auteur défend l'idée selon laquelle la subrogation entraîne un transfert de créance par paiement.

⁴⁶⁶ En ce sens : P. MALAURIE, *Droit civil, Théorie des obligations*, fasc. IV, *Régime des obligations*, Paris, coll. « Les cours de droit », 1982-83, n° 564.

⁴⁶⁷ Sur l'idée selon laquelle l'obligation peut circuler comme les autres richesses : P. MALAURIE, *Droit civil, Théorie des obligations*, fasc. IV, op. cit., n° 563.

⁴⁶⁸ E. GAUDEMET, thèse préc., p. 32 ; P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, op. cit., p. 21.

⁴⁶⁹ En ce sens : H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *loc. cit.*, p. 15.

s'applique est celui d'après lequel la succession absorbe l'ensemble des biens composant le patrimoine du *de cuius*, sans distinction de la nature ou de l'origine des biens (article 732 C.C.). C'est ainsi que les ayants cause universels ont vocation à recevoir dans leur lot respectif, non seulement les biens corporels immobiliers et mobiliers, mais également les créances. Or, en vertu de l'effet déclaratif du partage, « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot [...] et n'avoir jamais eu la *propriété* des autres effets de la succession » (article 883 C.C.). Cela suppose donc que chaque cohéritier est propriétaire des créances dont il hérite, lesquelles s'analysent en des biens⁴⁷⁰.

130- Relativement à la transmission des créances à cause de mort, le Code civil du Québec prévoit que la transmission des biens du défunt à l'héritier s'opère de plein droit au moment du décès (art. 645 C.c.Q.)⁴⁷¹. Néanmoins, le patrimoine du défunt et celui de l'héritier sont séparés, tant que la succession n'est pas liquidée (art. 780 al. 1 C.c.Q.). Il s'agit d'une division du patrimoine permise par la loi, qui a lieu de plein droit⁴⁷². Cette division du patrimoine a deux conséquences principales. Tout d'abord, le patrimoine du défunt étant séparé de ceux des héritiers, les biens de la succession sont prioritairement affectés au paiement des créanciers successoraux et des légataires particuliers (781 C.c.Q.). De plus, l'héritier ne sera tenu de payer les dettes de la succession que si le montant des dettes excède la valeur des biens qu'il recueille et que le patrimoine successoral est insuffisant pour les régler (art. 782 C.c.Q.).

Comme dans toute indivision, chaque héritier a un droit de copropriété sur les biens de la succession et un droit individuel sur sa quote-part de la masse⁴⁷³. L'indivision successorale prend fin lorsque les successeurs universels ou à titre universel procèdent au partage des biens, ceux-ci étant répartis entre les copartageants.

⁴⁷⁰ Dans le même sens, l'article 752 du Code général des Impôts présume, jusqu'à preuve contraire, que font partie de la succession, les créances dont le défunt a eu la propriété moins d'un an avant son décès.

⁴⁷¹ Voir aussi l'article 625 du Code civil du Québec : « Les héritiers sont, par le décès du défunt ou par l'événement qui donne effet à un legs, saisis du patrimoine du défunt, sous réserve des dispositions relatives à la liquidation successorale ».

⁴⁷² Sur la division du patrimoine : art. 2 al. 2 C.c.Q. : « [le patrimoine] peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi ». G. BRIÈRE, *Droit des successions*, coll. « Bleue », 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, n° 588, p. 314 : « La séparation des patrimoines, qui constitue une opération de division des patrimoines permise par le Code civil du Québec, a précisément pour but d'affeter le patrimoine du défunt au paiement des créanciers successoraux et des légataires particuliers, sans que les créanciers personnels de l'héritier puissent venir le leur disputer ; par ailleurs, sur les biens personnels de l'héritier, ce sont ses propres créanciers qui ont, en principe, la préférence. Le patrimoine du défunt conserve donc son autonomie à l'égard des créanciers ».

⁴⁷³ G. BRIÈRE, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 771, p. 399.

131- Il faut noter enfin que, si la circulation de la créance constitue la manifestation privilégiée de la prise en considération de la créance en tant que bien par le législateur, cette conception apparaît également dans d'autres dispositions. Ainsi, le législateur a nettement fait de la créance un bien, en prévoyant qu'elle peut être mise en gage à titre de sûreté⁴⁷⁴ : c'est parce que les créances représentent des biens dans les patrimoines de leurs détenteurs, que ces biens-créances peuvent constituer l'assiette de garanties⁴⁷⁵.

La question se pose néanmoins de savoir si le principe de l'interdiction de la cession de dette constitue une limite à la qualification des obligations en tant que biens.

2. L'interdiction de principe de la cession de dette

132- Ni le droit français, ni le droit québécois n'ont admis le principe de la cession de dette⁴⁷⁶. Faut-il y voir la preuve des limites de l'analyse de la créance en un bien? Une partie de la doctrine a considéré que le principe de l'intransmissibilité de la dette soulignerait le caractère irréductiblement personnel de l'obligation⁴⁷⁷.

Un certain nombre d'auteurs estime néanmoins que la dette est cessible dans son principe et que l'évolution de la notion d'obligation devrait conduire à reconnaître la cession de dette à titre particulier, en dépit du silence du Code civil sur ses conditions et ses effets⁴⁷⁸. C'est ainsi que dans son *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, le professeur Gaudemet considère que « la succession à titre particulier de la dette, pratiquement désirable, est logiquement possible »⁴⁷⁹. Une telle possibilité n'irait cependant pas sans certaines modifications du droit positif⁴⁸⁰.

⁴⁷⁴ En droit québécois, l'ancien gage des créances a été remplacé par l'hypothèque sur des créances, réglementée aux articles 2710 et suiv. C.c.Q.

⁴⁷⁵ F. RIZZO, thèse préc., p. 21. Voir notamment, sur l'hypothèque des créances : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, op. cit., n° 505, p. 842 et 843.

⁴⁷⁶ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, op. cit., n° 505.1, p. 843 : la novation par changement de débiteur permet cependant d'atteindre un résultat voisin. *Contra* : M. CUMYN, « La délégation du Code civil du Québec : une cession de dette ? », (2002) 43 C. de D. 601, qui propose de concevoir la délégation comme une cession de dette.

⁴⁷⁷ Cette intransmissibilité fournirait la preuve de ce que la personne du débiteur participe de l'essence même de la dette : C. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse Nancy, 1950, n° 25, p. 37. Voir aussi : V.-L. VENIAMIN, thèse préc., p. 195 : « Tant qu'on ne conçoit l'obligation que comme un rapport entre personnes, la dette reste un composé d'éléments indissolubles qui concourent à sa formation : créancier, débiteur, cause légale, consentement ».

⁴⁷⁸ F. RIZZO, thèse préc., p. 283.

⁴⁷⁹ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1898, p. 25.

⁴⁸⁰ Le système de la délégation pourrait ainsi être modifié : E. GAUDEMET, thèse préc., p. 537. Sur la cession de contrat : M. TANCELIN, *Des obligations*, vol. 3, *Les techniques d'exécution et d'extinction*, op. cit., n° 911 et suiv., p. 58 et suiv.

133- En réalité, cette intransmissibilité de principe peut s'expliquer par le fait que la dette ne constitue pas un bien, contrairement à la créance. Si sous son angle actif, l'obligation constitue un bien cessible, tel n'est pas le cas en revanche de son aspect passif. En effet, « *la créance contre un débiteur déterminé a une valeur qui est appréciable, tandis que la dette ne vaut que ce que vaut le débiteur* »⁴⁸¹. Autrement dit, ce n'est pas parce que la dette figure dans le patrimoine du débiteur qu'elle constitue un bien, la dette devant au contraire s'analyser en une charge⁴⁸². Le phénomène de l'endettement a d'ailleurs souligné le fait que si la dette constitue un élément du patrimoine du débiteur et a une influence sur sa situation économique, elle ne peut cependant être considérée comme un bien. Aussi a-t-on pu justement estimer que « *la dette n'est pas un élément du patrimoine [...]. Elle n'est pas un passif, strict équivalent de l'actif, mais l'engagement d'une personne, qui l'exécutera avec ses biens. Si les créances sont transmissibles, c'est parce qu'elle constituent, au moins en puissance, un bien, une valeur que l'on peut acquérir. Les dettes, elles, ne sont pas des biens : ce sont au contraire des non-biens. 'Céder' une dette n'a donc pas de sens* »⁴⁸³.

134- Si la créance constitue davantage qu'un simple élément patrimonial et s'analyse en un bien, tel n'est pas le cas de la dette, qui est un élément patrimonial⁴⁸⁴ mais non un bien⁴⁸⁵. La cession de créance n'a pas son pendant dans la cession de dette, le droit n'admettant pas en principe qu'un tiers devienne débiteur à la place du débiteur primitif, en l'absence d'accord du créancier⁴⁸⁶. Ce principe reçoit néanmoins certains nombre de tempéraments. Tout d'abord, la transmission de dette à titre universel est admise, en raison de la fiction de la continuation de la personne du défunt par

⁴⁸¹ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, coll. « Précis Dalloz Droit privé », 8^e éd., Paris, Dalloz, 2002, n° 1304, p. 1210.

⁴⁸² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *op. cit.*, n° 2, p. 2.

⁴⁸³ A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 179, p. 655 et 656.

⁴⁸⁴ La dette peut être définie comme « le rapport d'obligation considéré du côté passif », comme l'engagement du débiteur en vertu duquel il doit accomplir une prestation au profit du créancier. Voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° *Dette* ; F. RIZZO, thèse préc., p. 21, qui souligne la distinction à opérer entre l'obligation et la dette : bien que le terme obligation soit usuellement utilisé comme synonyme de dette, il désigne spécifiquement le rapport juridique d'ensemble établi entre le créancier et le débiteur, côté actif et côté passif.

⁴⁸⁵ A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998, n° 179 ; R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.615, p. 627 et 628 : « on pourrait objecter qu'à ce compte, le débiteur est aussi propriétaire de sa dette. Ce qui serait peut-être effectivement admissible si la dette pouvait être considérée comme un bien en droit français. Étant incessible *per se*, elle échappe néanmoins au circuit patrimonial en tant qu'objet, et l'on ne peut dès lors pas considérer le débiteur comme propriétaire de sa dette, à la façon dont le créancier est propriétaire de sa créance ».

⁴⁸⁶ P. MALINVAUD, *Les mécanismes juridiques des relations économiques : droit des obligations*, coll. « Droit et gestion », 3^e éd., Paris, Librairies techniques, n° 197, p. 243 et 244.

l'héritier⁴⁸⁷. Pour ce qui est de la transmission à titre particulier, elle n'est tolérée que lorsqu'elle est l'accessoire d'un bien qui est aliéné⁴⁸⁸.

L'intransmissibilité de principe de la dette, qui s'explique par le fait qu'elle ne peut s'analyser en un bien, ne saurait donc remettre en question l'évolution de l'obligation vers sa qualification de bien. Si la nature juridique de bien de la créance est donc admise tant par le Code civil français que par le Code civil du Québec, il convient à présent de mesurer l'étendue de la réification de la créance.

§2. L'étendue de la réification de la créance

135- Une partie importante de la doctrine française et québécoise n'hésite plus aujourd'hui à considérer la créance comme un bien. Cette reconnaissance de la nature juridique de bien de la créance est principalement fondée sur une analyse dualiste de l'obligation, ainsi que sur l'admission de la valeur économique de la créance. En premier lieu, la conception dualiste de l'obligation, vue à la fois comme un lien de droit et comme un bien, reflète la prise en compte de la créance en tant que bien (A). En second lieu, la reconnaissance de la valeur économique de la créance, loin de s'opposer à l'identification de la créance en un bien, doit au contraire s'analyser en une composante de l'analyse de la créance en un bien (B).

A. La conception dualiste de l'obligation, reflet de l'analyse de la créance en un bien

136- Par un effet de balancier souvent observable, la doctrine tant française que québécoise, est passée d'une conception personaliste à une conception objectiviste de l'obligation (1), avant d'adopter dans sa majorité une conception mixte ou dualiste (2).

1. Le passage d'une conception personaliste à une conception objectiviste de l'obligation

137- Face à l'analyse traditionnellement subjective ou personnelle de l'obligation⁴⁸⁹, une nouvelle conception est apparue à la fin du XIX^e siècle, mettant

⁴⁸⁷ J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., n° 322, p. 569.

⁴⁸⁸ C'est le cas notamment de la dette hypothécaire, qui se transmet avec l'immeuble qui en est grevé : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, t. 3, op. cit., n° 8, p. 4.

l'accent non plus tant sur les sujets du rapport de droit, que sur le fait que l'obligation constitue un élément du patrimoine et représente une valeur de ce patrimoine⁴⁹⁰. Dans une telle perspective, l'élément essentiel de l'obligation est constitué par son objet, qui peut changer de patrimoine sans que le rapport obligatoire soit rompu⁴⁹¹.

Cette théorie objective de l'obligation, qui aboutit à la dépersonnalisation du rapport obligatoire, a principalement été développée en Angleterre et en Allemagne, sous la poussée des données économiques, qui exigeaient une conception d'une obligation commercialisée qui puisse être facilement transmise⁴⁹². En France, Saleilles a ainsi été l'un des principaux auteurs à insister sur la valeur patrimoniale de l'obligation et à tenter de l'adapter aux nouveaux besoins du crédit. Pour cet auteur, l'essentiel de l'obligation réside dans son objet et non dans la personne de l'obligé, si bien que l'obligation a une existence indépendante de la subjectivité des parties⁴⁹³. Une telle conception a notamment eu pour effet de rapprocher les droits réels et les droits personnels⁴⁹⁴. À partir du moment où le droit personnel est moins centré sur la personne du débiteur qu'auparavant, on a de plus en plus tendance à y voir un rapport de patrimoine à patrimoine. Le droit personnel est alors considéré moins comme un droit sur la personne que comme un droit sur les biens.

⁴⁸⁹ Sur une conception résolument personnelle de l'obligation : E. KUNTZE, *Die Obligationen im römischen und heutigen Recht*, Leipzig, éd. Hinrich, 1886. Dans la conception classique, l'obligation crée un rapport juridique personnel entre un créancier et un débiteur, ce qui explique que le droit qui naît de l'obligation ait été qualifiée de droit personnel : F. DERRIDA, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Obligation*, n° 4.

⁴⁹⁰ F. RIZZO, thèse préc., p. 17. Voir aussi : E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1898 ; O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, thèse Paris, 1902.

⁴⁹¹ C. LARROUMET, *Droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit privé*, 3^e éd., Paris, Economica, 1998, n° 30, p. 29.

⁴⁹² Voir sur ce point : V.-L. VENIAMIN, *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, Paris, L.G.D.J., 1930, p. 185 et 186.

⁴⁹³ R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, op. cit., n° 82, p. 74 : « Admettre [...] la transmissibilité active, écrit-il, c'était avouer que l'essence de l'obligation consistait dans la nature de la prestation à accomplir, la façon dont elle devait l'être et la somme d'activité à laquelle elle pouvait engager, ce que nous avons appelé le contenu de l'obligation, le *præstare* des Romains ; c'était reconnaître enfin que ce *præstare* pouvait avoir une valeur à part indépendante de la personne et circuler comme tel » ; P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, « La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté », dans *Oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1914, p. 410.

⁴⁹⁴ Des analogies entre l'obligation et le droit réel ont été relevées depuis longtemps ; voir notamment E. LÉVY, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, Paris, Pédone, 1896, n° 71 et suiv., p. 122 et suiv. L'auteur souligne notamment que les obligations se teignent de réalité par le biais des privilèges et des hypothèques : « Munir ainsi une obligation, qu'est-ce autre chose que lui donner le droit de suite et le droit de préférence ? » ; de même, l'obligation est assortie du droit de préférence par le biais du droit de rétention : n° 71, p. 124.

138- Une partie de la doctrine a poussé à l'extrême la conception objectiviste de l'obligation, en analysant le droit de gage général du créancier en un droit réel⁴⁹⁵. Certains auteurs ont analysé l'obligation en un droit sur les biens⁴⁹⁶ ou en une sorte de droit réel indéterminé⁴⁹⁷. À travers cette notion de droit de gage général, la situation du créancier, titulaire d'un droit personnel, se trouve largement rapprochée de celle du titulaire d'un droit réel⁴⁹⁸. Dans son étude sur le transport de dettes à titre particulier, Gaudemet estime que « [l]e droit personnel n'est plus un droit sur la personne, c'est un droit sur les biens [...]. Sa seule différence avec le droit réel, poursuit l'auteur, est qu'il ne frappe pas privativement une chose déterminée, mais collectivement un patrimoine entier »⁴⁹⁹. Dans le même sens, Jallu écrivait dans sa thèse que « [l]'obligation est devenue, au même titre que la propriété, une forme d'appropriation de la richesse, un bien parmi les autres biens [...] ; un droit non plus sur la personne mais un droit sur la chose ou plutôt, si l'on veut, sur les choses [...] et que, subsidiairement au moins, l'obligation porte toujours sur l'ensemble des biens du débiteur. Pareil régime a déplacé le centre de gravité de l'obligation, l'a fait passer du sujet sur l'objet [...] ». Enfin, Gazin est allé encore plus loin dans ce sens, en estimant que le droit personnel est « un droit réel indéterminé quant à l'objet sur lequel il porte »⁵⁰⁰. Ces auteurs illustrent donc la tentation qu'il y a eu d'analyser la notion de droit de gage général en un droit réel et d'identifier ainsi le droit personnel au droit réel.

139- L'idée de qualifier le droit de gage général de droit réel peut néanmoins paraître excessive. C'est aller trop loin dans l'analyse, que de considérer le droit de créance comme un droit réel indéterminé portant sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, au point que le créancier et le débiteur ne sont plus que les « représentants

⁴⁹⁵ Le droit de gage général permet au créancier de saisir les biens de son débiteur et de les faire vendre (F. DERRIDA, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Obligations*, n° 128, p. 8). Si la loi elle-même analyse le droit du créancier sur le patrimoine du débiteur en un droit de gage (Art. 2093 C.C.f.; art. 2644 C.c.Q. : « Les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers »), la doctrine s'entend traditionnellement pour ne pas y voir un droit réel au sens propre. Ce droit de gage est traditionnellement analysé comme signifiant seulement que tous les biens du débiteur répondent de l'exécution de ses obligations. Rompant avec la théorie classique personnaliste du patrimoine d'Aubry et Rau qui posait le dogme de l'indivisibilité du patrimoine, l'article 2 al. 2 du C.c.Q. reprend à son compte la théorie moderne de l'affectation du patrimoine (voir notamment les art. 1257, 1260 et 1261 C.c.Q. (en matière de fondation ou de fiducie); l'art. 780 C.c.Q. (en matière de succession); l'art. 1233 C.c.Q. (en matière de substitution); et les art. 2221, 2249 et 2274 (en matière de sociétés). Voir aussi la possibilité, prévue par l'art. 2645 al. 2 C.c.Q., de limiter conventionnellement les biens affectés à l'exécution de l'obligation).

⁴⁹⁶ O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, thèse Paris, 1902.

⁴⁹⁷ H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910.

⁴⁹⁸ Voir sur ce point : J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et de créance*, thèse Toulouse, 1952, n° 317 et suiv., p. 364 et suiv.

⁴⁹⁹ E. GAUDEMET, thèse préc., p. 30.

⁵⁰⁰ H. GAZIN, thèse préc., p. 454 et 455.

juridiques de leurs biens »⁵⁰¹. Raisonner ainsi revient à dénaturer la notion d'obligation. « [s]ans doute, écrit Ginossar, en cas d'inexécution, le patrimoine du débiteur répondra de l'obligation ; c'est sur les biens que s'exercent les voies d'exécution ; mais *c'est toujours la personne du débiteur à qui la dette incombe au premier chef* et qui en demeurera tenue, en dernière analyse, jusqu'à l'extinction du lien obligatoire lui-même »⁵⁰². Quoi qu'il en soit, l'analyse de l'obligation en un bien ne nécessite pas d'aller jusqu'à ces extrémités, puisqu'il suffit de constater que son aspect actif, à savoir la créance, se comporte comme un bien, ou autrement dit, comme « une valeur susceptible d'appropriation et de transmission »⁵⁰³.

140- Par ailleurs, des auteurs ont également déduit du principe du gage général, l'idée selon laquelle le créancier chirographaire doit être analysé en une sorte d'ayant cause du débiteur⁵⁰⁴ -la discussion portant sur le point de savoir si cet ayant cause est à titre universel ou à titre particulier. L'analyse classique selon laquelle le créancier chirographaire est un ayant cause à titre universel⁵⁰⁵, a été critiquée notamment par Bonnecase et Laborde-Lacoste, qui y ont vu un ayant cause à titre particulier. Selon Bonnecase, l'École de l'Exégèse a séparé le droit de l'économie, alors que les solutions en matière de droit du patrimoine ne peuvent avoir de portée si l'économie est mise à l'écart⁵⁰⁶. Pour cet auteur, il faut regretter « *les conséquences de l'élaboration, sur une base purement scolastique et artificielle, des notions de patrimoine, de droit réel, de droit de créance* »⁵⁰⁷. On a donné libre cours au raisonnement pur, en dehors de toute réalité économique. On n'a pas vu dès lors que, de

⁵⁰¹ Cette idée, esquissée par Gaudemet puis développée par Jallu, a été poussée jusqu'à ses limites par Gazin.

⁵⁰² S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 10, p. 23 et 24.

⁵⁰³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, op. cit., p. 1 : « *Fondamentalement, un bien est une valeur susceptible d'appropriation et de transmission* ».

⁵⁰⁴ Ainsi avance-t-on que le créancier subit le contre-coup des aliénations et des acquisitions opérées par le débiteur, d'une façon similaire au successeur du débiteur lors de son décès. Sur la critique de cette analyse : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance* op. cit., n° 10, p. 23 et 24.

⁵⁰⁵ Telle était la conception de Baudry-Lacantinerie. Voir : P. de LESTAPIS, *La notion juridique de crédit : Étude de droit civil français*, thèse Bordeaux, 1940, p. 12 et suiv.

⁵⁰⁶ Le droit du patrimoine a pour fondement les faits économiques et « *le juriste chargé de le mettre en œuvre faillit nécessairement à sa tâche, s'il n'a constamment les yeux fixés sur les progrès de l'économie politique et ses données* » : J. BONNECASE, « *La conditions juridique du créancier chirographaire. La qualité d'ayant-cause à titre particulier* », *Rev. trim. dr. civ.* 1920.103, p. 229 : « *Sur la base des textes, écrit-il, les notions économiques de richesse, de service, de valeur, se sont dédoublées en patrimoine, droits réels, droits de créance, que sais-je ? Ces termes [...] n'ont pas tardé à s'ériger en entités objectives, en abstractions douées de réalité, vêtues de caractères propres, munies d'attributs absolus, bref, la théorie des universaux a fleuri de nouveau [...] sous la forme des notions constitutives du droit du patrimoine* ». Voir aussi : F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, L.G.D.J., 1995.

⁵⁰⁷ J. BONNECASE, « *La conditions juridique du créancier chirographaire. La qualité d'ayant-cause à titre particulier* », *loc. cit.*, p. 230.

même que le droit réel, le droit de créance tend généralement, même si c'est sous une forme indirecte, à l'appropriation d'une richesse plutôt qu'à l'obtention d'un service⁵⁰⁸. Il n'y a en réalité pas de différence absolue entre droit réel et droit de créance. Ils constituent seulement « *des moyens techniques différents de consolider les acquisitions de richesse et les prestations de service* »⁵⁰⁹. Le créancier chirographaire, estime-t-il, ne se distingue pas de façon radicale de l'acquéreur à titre particulier et devrait donc bénéficier des mêmes garanties. Pour l'École de l'Exégèse, créanciers et acquéreurs s'opposent juridiquement, dans la mesure où le créancier n'a de droit que sur une masse abstraite nommée patrimoine, alors que l'acquéreur a un droit sur une chose concrète. Néanmoins, selon Bonnecase, la valeur économique à laquelle prétend le créancier a la même fonction, par rapport à l'ensemble des biens du débiteur, que le corps certain que l'acheteur revendique⁵¹⁰.

141- Dans le même sens, Laborde-Lacoste fait observer que les biens d'une personne peuvent être considérés, sous deux aspects, du point de vue d'éventuels rapports juridiques : soit en nature, soit en valeur. Lorsque l'on parle de patrimoine, on considère les biens du point de vue de leur valeur ; c'est-à-dire d'un point de vue économique, en tant qu'exprimant une valeur pécuniaire. Or, il n'y a pas de différence fondamentale d'un point de vue juridique et économique, estime l'auteur, entre le fait de vendre un immeuble déterminé, de céder un certain nombre d'hectares d'un terrain, d'aliéner un titre ou porteur, de céder une créance ou de reconnaître une dette. Selon lui, « *le résultat de toutes ces opérations est le même au point de vue juridique et économique pour la personne. Celle-ci dans tous les cas, aliène un objet déterminé*⁵¹¹ *ressortissant à son patrimoine [...]. Dans tous ces cas [...] une valeur déterminée sort du patrimoine d'une personne pour entrer dans celui d'une autre et c'est pour cela qu'il est impossible de soutenir que le droit du créancier ne porte pas sur un objet déterminé, fongible ou non fongible, ressortissant au patrimoine du débiteur* ».

Si la conception objectiviste de l'obligation a connu quelques excès, illustrés par les tentatives doctrinales de gommer toute différence entre le droit réel et le droit personnel⁵¹², il n'en reste pas moins que la conception objective de l'obligation s'est

⁵⁰⁸ J. BONNECASE, *loc. cit.*, p. 231.

⁵⁰⁹ J. BONNECASE, *loc. cit.*, p. 231.

⁵¹⁰ M. LABORDE-LACOSTE, *Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier*, thèse Bordeaux, 1916.

⁵¹¹ Cet objet ne doit pas nécessairement être individualisé.

⁵¹² La doctrine classique a reproché à ces analyses d'avoir confondu le droit de créance avec le droit de gage général du créancier. Voir L. RIGAUD, thèse préc., p. 470 ; S. QUINCARLET, thèse préc., p. 374.

développée en doctrine et que la position majoritaire tient désormais compte du double aspect de l'obligation, à la fois lien de droit et bien.

142- Au Québec, la conception objective de l'obligation a reçu une consécration indirecte des codificateurs, à travers l'institution de la fiducie. La reconnaissance du patrimoine d'affectation va à l'encontre de l'analyse classique de l'obligation, rapport de droit entre deux ou plusieurs personnes. Aux termes de la loi, le patrimoine fiduciaire « *constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire, ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel* » (art. 1261 C.c.Q.). Or, le patrimoine du fiduciaire est appelé à contenir des obligations, sans que le fiduciaire en soit personnellement débiteur ou créancier. Par conséquent, l'obligation apparaît clairement ici comme un rapport entre patrimoines plutôt qu'un rapport personnel entre créancier et débiteur.

Les auteurs, en France comme au Québec, sont toutefois réticents à détacher totalement l'obligation de ses sujets⁵¹³ et privilégient, dans leur majorité, une conception dualiste de l'obligation.

2. La conception dualiste ou mixte de l'obligation

143- Après avoir décrit le contenu de cette conception dualiste ou mixte de l'obligation (a), nous envisagerons dans quelle mesure cette conception s'applique à la créance, en tâchant de cerner le lien existant entre la créance et l'obligation (b).

a) L'obligation, lien de droit et bien

144- Aujourd'hui, la doctrine majoritaire, aussi bien française que québécoise, adopte une conception dualiste de l'obligation, celle-ci étant considérée à la fois comme un lien de droit et comme un bien⁵¹⁴. Cette conception dualiste est le fruit d'une

⁵¹³ Voir notamment : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, op. cit., n° 2.1, p. 7 : « Certes, il paraît bien téméraire de détacher l'obligation de la personne en n'en faisant plus qu'un rapport de droit entre deux patrimoines ! Il paraîtrait plus approprié d'envisager de créer, à côté de la personne physique et de la personne morale, une troisième catégorie de sujets de droit, le patrimoine d'affectation, ou tout au moins de le considérer comme un sujet de droit [...]. Cette personnalisation du patrimoine d'affectation nous paraît préférable à l'admission d'une obligation sans titulaire ».

⁵¹⁴ Voir notamment en France : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, distinguent, dans leur ouvrage sur les obligations précité : « *Des obligations considérées selon leurs sources* » (1^{re} partie) et « *Des obligations considérées en tant que biens* » (2^e partie). Voir aussi : P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, op. cit., p. 6 et p. 21 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n° 1270, p. 1181 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, op. cit., n° 3 : l'obligation est un lien de droit en vertu duquel le créancier peut exiger quelque chose du débiteur. Ce lien constitue un bien lorsqu'on l'envisage activement ; c'est-à-dire du côté du créancier. Au

synthèse entre la conception personnaliste et objectiviste de l'obligation⁵¹⁵. Néanmoins, même cette conception mixte fait souvent la part belle à l'aspect réel de l'obligation. Ainsi admet-on couramment aujourd'hui que le centre de gravité de l'obligation est passé du lien entre créancier et débiteur à son objet. S'il est incontestable que l'origine de l'obligation se trouve dans un rapport juridique entre deux personnes, cet aspect est désormais souvent considéré comme secondaire par rapport à la nature patrimoniale de son objet⁵¹⁶. Aujourd'hui, l'essence de l'obligation réside moins dans la personne du débiteur que dans l'exécution de la prestation. La doctrine contemporaine tend à admettre que « l'obligation se détache des personnes qui l'ont conclue pour constituer un bien dont la valeur économique dépend essentiellement de l'effectivité et de la qualité de son exécution »⁵¹⁷. La conception de Saleilles, selon laquelle l'obligation doit davantage être considérée sous l'angle de la valeur patrimoniale de la prestation que sous l'angle du lien juridique personnel qu'elle établit entre créancier et débiteur, a donc fait des émules.

145- Par ailleurs, la référence au caractère dualiste de l'obligation ne saurait être complète sans mentionner la proposition qui a été faite par un certain nombre d'auteurs, de distinguer deux éléments dans l'obligation⁵¹⁸. C'est sous l'influence de la

Québec : D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 7, p. 8 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, *op. cit.*, n° 3, p. 9 : « L'obligation [...] est précisément ce bien immatériel ou incorporel qu'est le droit de créance [...]. Toutefois [...] le terme obligation désigne un rapport de droit entre deux personnes [...] ». Voir aussi : M. TANCELIN, *Des obligations : Actes et responsabilité*, *op. cit.*, n° 1264, p. 646.

⁵¹⁵ Dans sa thèse, Masson considère que tout droit présente un double aspect. Le droit est d'abord un rapport : il peut être une relation entre deux ou plusieurs personnes, c'est le droit personnel ou obligation ; il peut être un lien direct entre une personne et une chose, c'est le droit réel. Mais ce rapport forme dans le même temps une valeur économique, il est susceptible de transaction : P. MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les Romanistes du Moyen-Âge et dans le droit français*, thèse Dijon, 1933, p. 199 : en tant que rapport, le droit personnel constitue un double lien : entre le créancier et le débiteur d'une part, et entre le débiteur et le créancier d'autre part. Mais, « [e]n tant qu'objet, il forme la créance, résultante de ces divers liens, sorte de droit matériel, à existence objective, en un mot objet juridique susceptible de transaction ».

⁵¹⁶ En ce sens : F. RIZZO, *Le traitement juridique de l'endettement*, thèse préc., p. 18.

⁵¹⁷ C. LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, *Les obligations*, 3^e éd., Paris, Economica, 1996, n° 30. Voir aussi J. HENRIOT, « De l'obligation comme chose », *A.P.D.* 1979.235.

⁵¹⁸ La théorie dualiste de l'obligation a vu le jour à la fin du XIX^e siècle en Allemagne. Elle constitue la synthèse entre d'une part la théorie volontariste des pandectistes allemands, qui ne voyaient dans l'obligation que l'élément devoir ou dette (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt, Rütten & Koenig, 1906, §251, selon lequel le contenu de l'obligation consiste dans la soumission de la volonté d'autrui); et d'autre part de la doctrine de Brinz (A. von BRINZ, « Obligation und Haftung », dans *Archiv für die civilistische Praxis*, Berlin, Mohr, 1886, p. 371 et suiv.). Dans la conception de Brinz, l'obligation est essentiellement un lien de responsabilité ; la responsabilité (Haftung) est définie par Brinz comme « le fait qu'une personne ou une chose est destinée à servir de satisfaction à quelqu'un (créancier) pour quelque chose ». La synthèse entre ces deux théories a été faite par le théoricien allemand Gierke, qui a identifié deux éléments dans l'obligation, en distinguant le devoir (*Schuld*) de l'engagement (*Haftung*) : O.F. von GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, Duncker et Humblot, 1885, p. 1917.

doctrine allemande que certains juristes ont proposé de distinguer entre, d'une part le lien obligatoire ou le pouvoir de contrainte dont dispose le créancier pour obtenir l'exécution de la prestation -ce premier aspect étant désigné par le terme « *die Haftung* » (ou « *obligatio* »⁵¹⁹); et d'autre part, la dette ou le devoir d'accomplir la prestation (« *die Schuld* » ou « *debitum* »). Alors que la conception dominante analyse l'obligation comme un rapport juridique entre un créancier et un débiteur, en vertu duquel le débiteur doit accomplir une prestation, la conception dualiste distingue le devoir de l'engagement, qui désigne le pouvoir de contrainte dont dispose le créancier⁵²⁰. Autrement dit, on identifie dans le *Schuld* le devoir du débiteur, ou la prestation qu'il est tenu d'accomplir, et dans le *Haftung*, les moyens mis à la disposition du créancier pour obtenir satisfaction en cas d'inexécution du débiteur.

Traditionnellement, la distinction entre le *Schuld* et le *Haftung* est considérée comme une distinction entre l'aspect passif et l'aspect actif de l'obligation. En effet, vue du côté du débiteur, l'obligation est une *Schuld*, une dette; au contraire, du côté actif, l'obligation est pour le créancier une cause d'enrichissement patrimonial, que l'on analyse alors principalement en un pouvoir de contrainte, ou *Haftung*⁵²¹. La doctrine récente rend compte de l'analyse dualiste de l'obligation en opposant le caractère contraignant du rapport de droit (*Haftung*) à la dette (*Schuld*), celle-ci étant décrite comme « *la valeur que représente l'obligation, la satisfaction que le créancier tirera de l'exécution de l'obligation* »⁵²², ou la dette dans sa dimension patrimoniale⁵²³. La distinction doctrinale pourrait alors coïncider avec l'opposition entre, d'une part l'obligation au sens strict ou l'obligation lien de droit (le caractère contraignant résultant de l'existence d'un rapport de droit) et, d'autre part, la dette ou plus exactement la créance, qui représente la valeur patrimoniale de l'obligation, vue sous l'angle actif.

⁵¹⁹ Une correspondance entre la *Haftung* germanique et l'*obligatio* romaine d'une part et entre le *debitum* romain et la *Schuld* germanique d'autre part, a été proposée par un certain nombre de Romanistes, qui ont avancé l'idée selon laquelle si de nos jours les deux éléments ainsi distingués sont réunis dans la notion d'obligation, ils étaient parfaitement distincts en droit romain. Alors que le terme *debitum* ou dette désigne le « rapport bilatéral » de créancier à débiteur, le terme *obligatio* désigne le « rapport d'assujettissement ou d'enchaînement de quelqu'un ou quelque chose au pouvoir du créancier » : G. CORNIL, « *Debitum et Obligatio. Recherches sur la formation de la Notion de l'Obligation romaine* », dans *Mélanges Girard*, vol. 1, *op. cit.*, p. 199 et suiv., p. 200 et 201. Pour une critique de cette théorie : J. MAILLET, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain*, thèse Aix, 1944 ; G. HUBRECHT, *op. cit.*, p. 3 ; J.-P. LÉVY, *Histoire de la propriété*, *op. cit.*, p. 11 ; M. DE VISSCHER, « Les origines de l'obligation *ex delicto* », *R.H.D.* 1928.335.

⁵²⁰ Voir notamment : F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964 ; E. POPA, *Les notions de Debitum (Schuld) et Obligatio (Haftung) et leur application en droit français moderne*, thèse Paris, 1935. Voir aussi sur ces théories : J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 288 et 289.

⁵²¹ Voir en ce sens : J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 16, p. 17.

⁵²² P. MALAURIE, fasc. IV, *Régime des obligations*, *op. cit.*, n° 263.

⁵²³ J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 313, p. 554 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 1270, p. 1181.

Ainsi interprétée, cette distinction permet d'expliquer qu'à proprement parler, ce qui constitue un bien, c'est la créance qui représente une valeur patrimoniale, et non le droit subjectif d'obligation, lien de droit entre créancier et débiteur. Néanmoins, s'il peut être commode d'un point de vue théorique d'envisager l'obligation, tantôt dans son aspect de lien juridique sanctionné par le droit, et tantôt dans son aspect patrimonial (dette pour le débiteur, et créance pour le créancier), ou conformément à l'analyse traditionnelle tantôt comme créance et tantôt comme dette, on ne peut aller jusqu'à isoler véritablement les deux éléments de l'obligation, sous peine de la dénaturer⁵²⁴.

Si l'obligation est à la fois un bien et un lien de droit, la question du rapport réel entre la créance et l'obligation reste posée.

b) La notion de créance et son rapport à l'obligation

146- Les liens entre l'obligation, la créance et la dette (et même parfois l'objet de la créance), ne sont pas clairement définis et leur domaine respectif n'est pas toujours nettement établi. Tout d'abord, le terme d'obligation désignant l'ensemble du rapport juridique⁵²⁵, l'habitude s'est répandue en doctrine de l'utiliser pour désigner son aspect passif, mais aussi parfois son aspect actif. Le plus souvent, la notion d'obligation est utilisée comme un synonyme de la dette, le fait d'être obligé étant plus facilement associé à la dette qu'à la créance⁵²⁶. Mais le terme d'obligation est également parfois employé au sens de créance. Ainsi considère-t-on que si l'obligation est un lien entre

⁵²⁴ Voir en ce sens : R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, *op. cit.*, n° 82, p. 73 : il est impossible, sous peine de dénaturer l'obligation, d'isoler la créance et la dette en deux éléments distincts, « *puisque toute mutation relative à l'un entraîne mutation correspondante par rapport à l'autre [...]. On ne peut donc, couper en deux l'obligation et en faire deux rapports juridiques distincts* ». Voir aussi : F. HAGE-CHAHINE, « *Essai d'une nouvelle classification des droits privés* », *Rev. trim. dr. civ.* 1982.705, p. 44 : « On ne saurait, sans risque de dénaturer l'obligation, séparer, avec les partisans de la théorie dualiste, l'élément de dette ou *Schuld*, de l'élément de contrainte ou *Haftung* ».

⁵²⁵ Traditionnellement, l'obligation est définie comme un lien de droit (*vinculum juris*), comme un rapport juridique entre deux personnes qui peut être envisagé à la fois sous un angle actif et sous un angle passif (M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire*, *op. cit.*, t. 1, n° 2154, p. 725). Ainsi peut-on définir l'obligation comme le lien juridique entre deux personnes, en vertu duquel le débiteur est tenu de fournir au créancier une prestation déterminée, mais l'obligation peut également être vue comme le « lien de droit en vertu duquel un créancier peut exiger d'un débiteur une prestation déterminée » : F. DERRIDA, *Rép.civ. Dalloz*, v° *Obligations*, n° 1, p. 1.

⁵²⁶ J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 6, p. 25 : l'obligation, synonyme de dette ou d'engagement, constitue « *la face passive du droit personnel ou droit de créance* ». R. SAVATIER, *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, coll. « *Précis Dalloz* », 3^e éd., Paris, Dalloz, 1974, n° 9, p. 13 : « La créance et l'obligation sont les deux sens du même rapport de droit, unissant un créancier à son débiteur. Ce rapport porte le nom de créance, si on l'envisage sous l'angle du créancier (côté actif), et d'obligation, si on l'envisage sous l'angle du débiteur (côté passif) ». Voir aussi : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *op. cit.*, n° 8, p. 5.

deux personnes, elle constitue également une valeur économique dans le patrimoine du créancier, qui comme telle peut circuler et être cédée⁵²⁷.

147- La conception dualiste de l'obligation a permis de rendre compte des manifestations de l'obligation en tant que bien, mais elle a aussi ouvert la possibilité d'isoler le caractère réel ou de *res* de l'obligation, facilitant ainsi son opposition aux droits réels. Or, si l'obligation a incontestablement un double aspect, à la fois lien de droit et bien, c'est certainement ce dernier caractère qui tend à se développer dans le droit contemporain. Si l'obligation peut être à la fois un lien de droit et un bien, c'est la créance ou face active de l'obligation, qui constitue un bien pour le créancier, ceci dès le Code civil, mais davantage encore depuis les développements récents du droit commercial. De plus en plus, l'aspect réel de l'obligation s'est développé, la propriété des créances ne faisant que souligner l'extraordinaire expansion de l'angle actif de l'obligation, donc de la créance, laquelle s'analyse en un bien, susceptible d'être approprié.

L'évolution de la conception de l'obligation a fait qu'aujourd'hui, les auteurs tendent à abandonner l'analyse moniste de l'obligation en un simple rapport juridique. Or, la conception dualiste permet de prendre en compte l'aspect réel de la créance.

Par ailleurs, la reconnaissance de la valeur économique de la créance fait partie intégrante de l'analyse de la créance en un bien.

B. La valeur économique de la créance, composante de l'analyse de la créance en un bien

148- Après avoir envisagé la créance comme une valeur économique constitutive d'un bien (1), la question se posera de savoir si le bien-créance s'identifie à l'objet de l'obligation (2).

1. La créance, valeur économique constitutive d'un bien

149- Il est courant aujourd'hui d'admettre que la créance, devenue objet d'échange et de transmission, doit s'analyser en une valeur économique et patrimoniale⁵²⁸. L'obligation représente une valeur pécuniaire pour le créancier et elle

⁵²⁷ J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 314, p. 555.

⁵²⁸ Voir notamment E. GAUDEMET, thèse préc., p. 31 et 32; F. RIZZO, thèse préc., p. 19; P. MALAURIE, *Droit civil (Biens-sûretés-contrats spéciaux)*, Paris, Les Cours de droit, 1978, p. 9. Voir en droit québécois : M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilité*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 1264, p. 646.

figure à l'actif de son patrimoine (la contre-valeur ou dette figurant au passif du patrimoine du débiteur). Le fait que la créance constitue une valeur patrimoniale, susceptible de transmission, a été particulièrement mis en relief à travers les développements récents du droit commercial, par le biais de la négociation des créances. Un véritable marché des créances a vu le jour : les obligations émises par les sociétés constituent pour leurs porteurs des créances, qui sont cotées en bourse sous la forme de valeurs mobilières⁵²⁹. À l'heure où il existe des fortunes qui sont presque exclusivement composées de titres de créances obligataires⁵³⁰, il semble de plus en plus indéniable que les créances constituent des valeurs patrimoniales⁵³¹. La reconnaissance de la qualité de bien de la créance et de la patrimonialité de la créance conduit à admettre la propriété des créances.

Aujourd'hui, une partie de la doctrine française reconnaît que la conception classique de l'objet de la propriété doit être dépassée. Selon certains, les créances faisant « *incontestablement partie du patrimoine* », elles « *sont donc alors par principe des biens dont le titulaire du patrimoine est propriétaire* »⁵³². Pour d'autres, comme Ginossar, « *une créance est un bien appartenant au créancier et rattaché à son patrimoine propre par l'effet d'un droit de propriété* »⁵³³. En droit québécois, les auteurs sont encore plus nombreux, en raison des nouveaux textes, à admettre expressément la propriété des créances. Ainsi peut-on lire dans un récent ouvrage de droit des obligations que « *les obligations, biens incorporels, sont des droits patrimoniaux soumis à la propriété tout comme les choses corporelles* »⁵³⁴.

150- Certains juristes, admettant que la créance constitue une valeur, répugnent néanmoins à la qualifier de bien véritable, puisque la définition du bien par la valeur ne correspondrait pas à la définition technique du bien. Cette idée paraît cependant réductrice. En effet, nous avons vu que la conception du bien issue des textes ne limite nullement les choses aux corps, si bien qu'il paraît erroné de dire que la définition du bien qui passe par la notion de valeur -laquelle est elle-même

⁵²⁹ R. SAVATIER, *La théorie des obligations*, op. cit., n° 9, p. 14.

⁵³⁰ M. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 11 ; H., L., J. MAZEAUX et F. CHABAS, *Les obligations*, op. cit., n° 3.

⁵³¹ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 248, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 52 : « L'exercice généralisé de la fonction d'instrument de crédit par la créance est significatif de la patrimonialisation de l'obligation, dès lors que celle-ci est ainsi prise en compte essentiellement en tant que valeur patrimoniale, comme peuvent l'être des biens corporels ». Voir aussi : D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, coll. « Droit des affaires et de l'entreprise », Paris, Economica, 1986.

⁵³² M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.583, p. 603.

⁵³³ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 9, p. 21.

⁵³⁴ M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilité*, op. cit., n° 1264, p. 646.

immatérielle- ne serait pas juridique. De plus, l'idée de valeur, loin de constituer une totale nouveauté, est au contraire présente dans la notion de bien depuis les origines, puisqu'elle fait même partie de la genèse de la notion de bien. C'est ce qu'il convient de vérifier ici, en envisageant les relations entre les notions de bien et de valeur.

151- Selon l'analyse traditionnelle, les biens sont les choses matérielles susceptibles d'appropriation⁵³⁵. Le caractère restrictif d'une telle définition en exclut les créances, qui ont une nature juridique incorporelle. Devant le développement de l'incorporel et la nécessité pour le « bien » des juristes de se rapprocher de la « richesse » des économistes⁵³⁶, une définition plus économique du bien s'est développée en doctrine. Le bien est alors surtout une valeur marchande ou patrimoniale⁵³⁷. On retrouve ici l'idée qui avait été développée par le doyen Savatier, selon lequel le « *bien patrimonial le plus pleinement incorporel, s'appellera finalement 'valeur'*. C'est [...] la logique générale de l'évolution des techniques vers la langue des figures, des signes et des nombres, évolution à laquelle n'échappe pas la technique juridique »⁵³⁸. La valeur patrimoniale est le bien incorporel par excellence⁵³⁹. Avec cette nouvelle définition du bien, qui rend compte de la réalité économique, l'aspect matériel ou immatériel devient indifférent : « *la notion de bien s'éloigne de la chose corporelle* »⁵⁴⁰. Nous avons d'ailleurs vu précédemment que cette définition n'est pas aussi nouvelle qu'on a pu le prétendre, puisque dès le droit romain, les biens incorporels constituaient déjà une réalité saisie par le droit⁵⁴¹.

152- Une telle conception du bien, qui supprime de sa définition son aspect matériel, pour se concentrer sur la valeur patrimoniale que le bien constitue, a pour avantage de cerner tant son aspect économique que juridique⁵⁴². Si économiquement, le

⁵³⁵ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 1, p. 1.

⁵³⁶ Voir sur ce point : R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. trim. dr. civ.* 1958.331, p. 346.

⁵³⁷ W. RODYS, *Cours élémentaire de droit civil français et canadien, op. cit.*, p. 67 : Le mot bien n'a du désigner primitivement que des choses, c'est-à-dire des objets corporels. Mais « les progrès de la vie juridique l'ont fait sortir de ce sens étroit et primitif ». Le mot bien a aujourd'hui une portée beaucoup plus large, qui comprend « tout ce qui est un élément de fortune ou de richesse susceptible d'appropriation au profit de l'individu ou d'une collectivité ».

⁵³⁸ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *loc. cit.*, n° 28, p. 344.

⁵³⁹ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *loc. cit.*, n° 31, p. 346.

⁵⁴⁰ H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de bien », *loc. cit.*, p. 13.

⁵⁴¹ Voir *supra*, n° 47 et suiv.

⁵⁴² Dans son sens extensif, qui est aujourd'hui le plus exact, le mot bien n'est pas cantonné aux seuls objets corporels, mais désigne « tout ce qui est un élément de fortune ou de richesse susceptible d'appropriation » : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire, op. cit.*, t. 1, n° 2171.

bien constitue une valeur, toute valeur ne constitue pas un bien⁵⁴³ -et le juridique prime alors sur l'économique. En effet, n'accéderont au statut de bien que les seules valeurs qu'il est utile et possible de s'approprier⁵⁴⁴. Un auteur écrit : « [p]ar biens, nous entendons *tout élément, matériel ou non, suscitant un double souci de réservation et de commercialisation* [...]. Nos sociétés peuvent un temps ignorer certaines valeurs et ne pas les reconnaître comme biens »⁵⁴⁵. La commercialité est donc également au cœur de la qualification de bien. La nécessité pour les choses de faire partie des relations commerciales pour être qualifiées de biens, s'explique non seulement car le commerce permet la satisfaction de la volonté de s'approprier les choses, mais également parce que la possibilité que l'on a de céder une chose fait partie des utilités attendues de cette chose⁵⁴⁶. Une chose ne devient donc un bien que lorsqu'elle peut faire l'objet d'une circulation licite entre les individus. Le bien doit pouvoir entrer dans le commerce juridique, ce qui implique qu'il soit cessible⁵⁴⁷ et la chose se mue en bien « dans la perspective d'être objet d'un échange monétaire »⁵⁴⁸.

153- Si l'idée de valeur semble avoir pris de plus en plus d'importance, elle a cependant toujours été présente dans la notion de bien. Le 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 droit⁵⁴⁹. C'est ainsi que la notion de valeur préexiste même à celle de bien, les choses existant à l'état de valeur avant d'être juridiquement consacrées comme biens -ce qui arrive lorsqu'elles sont utiles et rares⁵⁵⁰. La notion de bien est donc « *au carrefour de l'utilité et de la rareté, c'est-à-dire qu'elle est définie par l'idée de valeur* »⁵⁵¹. Et c'est « *cette valeur d'usage qui crée le besoin de l'échange, lequel à son*

⁵⁴³ En ce sens : J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », dans A. HONORAT et P. JULIEN (dir.), *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277 et suiv., n° 7, p. 279. *Contra* : A. PIEDELIÈVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », *loc. cit.*, p. 61 : « La notion de valeur est donc essentielle, toute valeur doit être considérée comme un bien ».

⁵⁴⁴ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 1, p. 13 : les biens sont les choses qu'il est utile et possible de s'approprier.

⁵⁴⁵ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », *loc. cit.*, n° 7, p. 279 et n° 14, p. 283 : « De certaines valeurs, le Droit fait des biens. Sur certains biens, il construit des droits ».

⁵⁴⁶ R. LIBCHABER, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Biens*, n° 66, p. 14.

⁵⁴⁷ R. LIBCHABER, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Biens*, n° 8 et 9, p. 3.

⁵⁴⁸ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *A.P.D.* 1999.79, p. 91.

⁵⁴⁹ C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition? », *loc. cit.*, p. 264. A. PIEDELIÈVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », *loc. cit.*, p. 56 : « la caractéristique essentielle du bien est sa valeur patrimoniale, valeur qui dans l'absolu ne présente pas de matérialité ».

⁵⁵⁰ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *loc. cit.*, p. 90.

⁵⁵¹ R. LIBCHABER, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Biens*, n° 5, p. 3 ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^e série, Paris, Dalloz, 1959, n° 294 et suiv. Sur le lien entre la notion de bien et la rareté : H. LEPAGE, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985, p. 85 ; G. GOLDSTEIN, « La relativité du droit de propriété : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne »,

tour créé celui de la propriété, condition de sa sécurité juridique : par ce cheminement nécessaire, la chose, du stade de valeur, passe à celui de bien »⁵⁵².

Il est donc fortement contestable de dire que la référence à la notion de valeur aurait pour effet la disqualification de la créance en un bien. Cette idée repose uniquement sur les présupposés matérialistes qui ont longtemps dominé la doctrine⁵⁵³. Ainsi, la créance, constitutive d'une valeur, ne s'analyse pas moins en un bien véritable. Mais, que désigne exactement ce bien et peut-on le réduire à l'objet de l'obligation ?

2. La question de la distinction du bien-objet et du bien-créance

154- L'idée a été avancée selon laquelle le recours à la propriété des créances serait le produit d'une confusion entre la créance et son objet⁵⁵⁴, ou plutôt entre la créance et l'objet de l'obligation. Que penser de cet argument ? L'objet de l'obligation désigne, rappelons-le, « la matière de l'engagement des parties »⁵⁵⁵, ou « ce à quoi le débiteur est tenu envers le créancier »⁵⁵⁶. Il peut consister en une obligation de faire (celle qui astreint le débiteur à un fait positif ou prestation autre qu'une dation), de ne pas faire (par laquelle le débiteur est tenu de s'abstenir de certains actes) ou de donner⁵⁵⁷. Ces différents objets possibles de l'obligation peuvent se regrouper autour du concept de prestation issu du droit romain⁵⁵⁸.

155- Le doyen Savatier a souligné la nécessité de distinguer la créance de l'objet de la créance. Dans toute créance, il y a « coexistence, au moins virtuelle, d'un bien-objet et d'un bien-créance » ; en effet, le droit pour le créancier d'exiger un bien du débiteur est lui-même un bien distinct⁵⁵⁹. Pour cet auteur, non seulement la créance

(1990) 24 *R.J.T.* 507, p. 520 ; E. MACKAAY, *Economics of Information and Law*, Boston, éd. Kluwer, 1982, p. 24 et 25.

⁵⁵² F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *loc. cit.*, p. 90.

⁵⁵³ Voir F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *loc. cit.*, p. 95, selon lequel ce sont les présupposés matérialistes, qui ont conduit la doctrine « à envisager que la valeur puisse être une entité autre que la chose » ou le bien, alors qu'en réalité, « c'est dans la chose même que gît la valeur et [...] la chose en perd sa substance physique ».

⁵⁵⁴ O. CUPERLIER, *La nature juridique de la créance : bien ou lien obligatoire?*, mémoire de DEA de droit privé, Paris I, 1992-1993, p. 25.

⁵⁵⁵ H. MAYER, *L'objet du contrat*, thèse Bordeaux, 1968, p. 3.

⁵⁵⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *op. cit.*, n° 40, p. 25.

⁵⁵⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *op. cit.*, n° 42, p. 25 et 26. Voir sur ce point H. MAYER, *L'objet du contrat*, thèse Bordeaux, 1968, p. 24 et suiv. En droit québécois, l'obligation de donner est désormais « incluse dans la catégorie des obligations de faire (art. 1373 C.c.Q.) » : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, *op. cit.*, n° 10, p. 17.

⁵⁵⁸ J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 10, p. 34 ; H. MAYER, thèse préc., p. 22 : « L'objet de l'obligation est ce à quoi le débiteur s'engage, c'est somme toute la prestation ».

⁵⁵⁹ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, série 3, Paris, Dalloz, 1959, n° 476, p. 152. C'est ainsi que la créance du preneur à bail est différente de la jouissance et de l'usage du bien loué, qui sont eux-mêmes des biens.

est un bien (le bien-créance), mais la créance consiste également « *de la part du créancier à pouvoir exiger un bien qui ne lui appartient pas pleinement encore, mais que devra lui fournir le débiteur* »⁵⁶⁰. Ainsi, la créance, en tant que bien, « *tend à un autre bien qui, pour le créancier, n'est encore que dû par son débiteur* ». Pour Savatier, le bien-créance consiste dans « le droit pour une ou plusieurs personnes déterminées d'obtenir un bien d'une ou plusieurs autres personnes déterminées. *Ce droit est, lui-même, un bien incorporel transitoire*, dérivant soit d'un engagement volontaire du débiteur, soit de l'obligation de réparer un dommage. Puisque ce droit est négociable, il entre, comme tel, dans le commerce juridique, où il représente une valeur comptable »⁵⁶¹.

Il faut donc distinguer entre d'une part l'objet de l'obligation -qui désigne ce à quoi le débiteur est tenu (faire ou ne pas faire quelque chose), ou encore la prestation du débiteur ; et d'autre part, la créance, qui est la valeur patrimoniale ou le bien que représente pour le créancier l'expectative de la prestation du débiteur. Dès lors, la créance ne s'identifie pas à la prestation du débiteur et dans la propriété des créances, le droit de propriété porte sur le bien-créance et non sur l'objet de l'obligation.

Si la qualification juridique de bien peut donc légitimement s'appliquer à la créance, les droits positifs français et québécois ont consacré, à de multiples occasions, la nature de bien de la créance.

⁵⁶⁰ R. SAVATIER, *Théorie des obligations, vision juridique et économique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1969 n° 10.

⁵⁶¹ R. SAVATIER, *Théorie des obligations, op. cit.*, n° 57. Pour le professeur André-Jean Arnaud, « il y a dans la créance trois réalités empilées » : le bien-objet de la créance, la créance elle-même (« bien incorporel constituant une potentialité de relation entre individus ») et le droit de créance *stricto sensu* (aspect positif de la mise en œuvre du rapport juridique) : A.-J. ARNAUD, « Le droit français des biens entre jeu et providence », *A.P.D.* 1979.214, p. 218. Comparer, pour la *common law* : J.W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7th ed., Sweet and Maxwell, London, 1924, n° 49, p. 260: « When a debt is orally assigned by A to B, A remains the legal owner of it none the less, but B becomes the equitable owner of it. But there are not for that reason two debts. There is only one as before, though it has now two owners. The thing which he thus equitably owns is a legal right, which is at the same time legally owned by A ».

SECTION II.

LA CONSÉCRATION DE LA NATURE DE BIEN DE LA CRÉANCE PAR LE DROIT POSITIF

156- En plus de se heurter à des arguments d'ordre théoriques, historiques et interprétatifs, la critique doctrinale de la notion de propriété des créances est loin de trouver une assise dans le droit positif français ou québécois. Tout au contraire, la condamnation traditionnelle de la propriété des créances paraît en porte à faux avec la loi et la jurisprudence, qui évoluent vers une reconnaissance de plus en plus expresse de la créance en tant que bien, objet de propriété.

Après avoir rendu compte de la reconnaissance légale de la propriété des créances (§1), on évoquera la réception jurisprudentielle de la propriété des créances (§2).

§1. La reconnaissance légale de la propriété des créances

157- Récemment un auteur français notait qu' « [i]l ne faut certes pas trop déduire de l'emploi d'un mot, qui peut être malheureux ou polysémique ; mais on ne peut qu'être frappé de la *réurrence du recours à la propriété pour des choses incorporelles, qui devraient en être exclues selon la conception classique* »⁵⁶².

Ce constat d'une reconnaissance légale de la propriété des créances est d'autant plus troublant, qu'il s'applique tant au législateur français (A) qu'au législateur québécois (B).

A. La reconnaissance de la propriété des créances par le législateur français

158- La propriété des créances est désormais consacrée par le droit positif français, non seulement du fait de la multiplication des recours au concept de propriété des créances, que par la consécration de techniques reposant sur ce type de propriété. Si le domaine privilégié de la propriété des créances se trouve aujourd'hui dans ce que l'on nomme la « propriété-garantie »⁵⁶³, les autres textes du droit français qui consacrent la

⁵⁶² R. LIBCHABER, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Biens*, n° 39, p. 8.

⁵⁶³ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc., n° 63, p. 51 : « Il est certain que l'évolution législative dans le sens de la reconnaissance et du développement de la propriété-garantie a été, notamment, l'occasion d'une extension très importante du recours à la notion de propriété des créances ».

notion de propriété des créances sont également nombreux. On en retiendra ici les principaux.

1. La propriété-garantie

159- Dans une thèse remarquable, M. Crocq a défini la notion de propriété-garantie comme supposant « qu'un *droit de propriété est, soit laissé* (mécanisme de la réserve de propriété), *soit attribué* (mécanisme du crédit-bail et de la fiducie) à un créancier en garantie de l'exécution de sa créance contre le débiteur »⁵⁶⁴. Le droit français contemporain connaît de multiples cas où la propriété-garantie a une créance pour objet. Dans sa thèse, l'auteur a bien montré que la fonction de garantie qui est assignée à la propriété n'a pas pour effet de modifier la nature de ce droit⁵⁶⁵. Non seulement ce domaine de la propriété-garantie a été l'occasion de reconnaître la notion de propriété des créances des obligations de payer une somme d'argent (a), mais elle l'a également été pour la catégorie des obligations de faire (b).

a) Les obligations de payer une somme d'argent

160- Plusieurs exemples peuvent illustrer la reconnaissance de la propriété des créances de sommes d'argent. Nous envisagerons ici la cession Dailly (α), les opérations de pension (β), puis enfin l'hypothèse de la propriété réservée (γ).

α . La cession Dailly

161- Avant tout, il convient de présenter le mécanisme général organisé par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, dite loi Dailly, telle que réformée par la loi du 24 janvier 1984. Cette loi, facilitant le crédit consenti aux entreprises par les banques, a institué un mode simplifié de cession (ou de nantissement) des créances professionnelles. Le mécanisme est aujourd'hui réglementé par le Code monétaire et financier, aux articles L. 313-23 et suivants. Par dérogation au lourd formalisme de signification de la cession de créance qu'impose l'article 1690 du Code civil (ou l'article 2075 du même code pour le nantissement), il est possible pour un professionnel, de céder (ou de nantir) à un

⁵⁶⁴ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc., n° 8, p. 9.

⁵⁶⁵ P. CROCQ, thèse préc., notamment n° 118, p. 95 : « l'essence du droit de propriété est compatible avec l'existence de limitations restreignant le pouvoir d'user et de disposer du propriétaire et donnant un caractère temporaire à ce droit, ce qui lui permet de devenir un droit accessoire et d'accomplir une fonction de garantie ». De plus, « la fonction de garantie peut être accomplie sans que cela suppose un démembrement du droit de propriété ».

établissement de crédit les créances qu'il a sur ses clients, en signant uniquement un bordereau qui les récapitule.

Relativement aux conditions de la cession, le recours au bordereau Dailly met en présence un établissement de crédit, qui a la qualité de cessionnaire, et un cédant qui peut être « une personne morale de droit privé ou de droit public, ou une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle »⁵⁶⁶. Les créances concernées sont définies par la loi. Il s'agit de toute créance que le bénéficiaire du crédit « peut détenir sur un tiers »⁵⁶⁷. Toute créance sur une personne morale de droit public ou de droit privé peut faire l'objet d'une telle cession. En revanche, s'agissant des créances sur les personnes physiques, seules celles détenues dans le cadre de l'exercice de leur activité professionnelle peuvent être cédées par cette voie⁵⁶⁸. Enfin, le bordereau doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires⁵⁶⁹.

162- S'agissant des effets de la cession, la loi Dailly organise un mode de transfert simplifié des créances, dans lequel la simple remise du bordereau par le cédant au cessionnaire, réalise le transfert de la propriété des créances cédées⁵⁷⁰. Le transfert de la propriété des créances prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau, sans qu'il soit besoin d'accomplir une formalité de publicité⁵⁷¹. Le débiteur cédé pouvant rester, faute d'en avoir été informé, dans l'ignorance de cette cession, il est généralement prévu que le cédant, agissant en qualité de mandataire de l'établissement de crédit, recouvrera lui-même les créances cédées. À défaut de mandat stipulé dans la convention-cadre, on admet que le cédant agit pour le compte du cessionnaire en vertu d'un mandat tacite. Cette solution a été déduite de l'interprétation *a contrario* de l'ancien article 5 de la loi de 1981 (devenu l'art. L 313-28, Code monétaire et financier) selon lequel en l'absence de notification faite au débiteur cédé, ce dernier se libère valablement auprès du cédant. C'est donc le cédant qui recevra le paiement et qui devra le reverser au cessionnaire. De plus, afin d'établir avec certitude que le débiteur a connaissance de la cession et afin de l'empêcher de se

⁵⁶⁶ Art. L. 313-23, Code monétaire et financier (anc. art. 1 al. 1, L. 2 janv. 1981).

⁵⁶⁷ Art. L. 313-23, Code monétaire et financier (anc. art. 1 al. 1, L. 2 janv. 1981).

⁵⁶⁸ Les créances nées sur les consommateurs sont donc exclues du domaine de la cession Dailly.

⁵⁶⁹ Art. L. 313-23, Code monétaire et financier (anc. art. 1 al. 3 et 4, L. 2 janvier 1981).

⁵⁷⁰ T. BONNEAU, *Droit bancaire*, coll. « Domat droit privé », 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2003, n° 591, p. 409.

⁵⁷¹ Art. L. 313-27 Code monétaire et financier (anc. art. 4 al. 1, L. 2 janvier 1981) : « La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance, ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autre formalité [...] ». Ce transfert reste opposable aux tiers même si le cédant est mis en redressement judiciaire.

libérer entre les mains du cédant, le cessionnaire a la faculté de lui notifier la cession⁵⁷². Si le débiteur accepte de payer le cessionnaire⁵⁷³, il s'engage envers lui et ne peut lui opposer les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre le cédant, sauf si le cessionnaire était de mauvaise foi, c'est-à-dire avait agi sciemment contre le débiteur en recevant le bordereau⁵⁷⁴.

163- En principe, la loi Dailly constitue une opération d'escompte⁵⁷⁵ en forme simplifiée. En plus de réaliser une opération d'escompte, la loi Dailly a également permis de réaliser une cession de créance en propriété à titre de garantie, en utilisant la technique de la fiducie⁵⁷⁶. Dans les deux cas, la cession emporte transfert de la propriété de la créance cédée. Le banquier devient propriétaire des créances cédées, et exerce toutes les prérogatives attachées à la propriété. La propriété de la créance ayant été transférée, le cédant ne peut plus modifier les droits attachés aux créances (article L. 313-27 Code préc.). Il ne peut plus accorder de *remise de dette*, ou conclure un accord de *compensation*⁵⁷⁷.

Ainsi, pouvons-nous conclure que la notion de propriété des créances est expressément admise par la loi, à travers le mécanisme de la cession de créances tel qu'il est organisé par la loi Dailly. Mais là n'est pas le seul domaine de consécration du concept, comme en témoigne le cas des opérations de pension.

β. Les opérations de pension

164- L'opération de *pension* permet d'obtenir un financement d'un faible coût. Grâce à l'opération appelée « aval en pension », un banquier qui cherche des ressources pour un temps très bref, peut obtenir une avance à très court terme contre remise des effets qui lui seront restitués lors du remboursement⁵⁷⁸. La loi du 31 décembre 1993 dispose, dans son article 12-I alinéa premier, que : « La pension est l'opération par

⁵⁷² Art. L 313-28, Code monétaire et financier (anc. art. 5 de la L. 2 janvier 1981) : « L'établissement de crédit peut, à tout moment, interdire au débiteur de la créance cédée ou nantie de payer entre les mains du signataire du bordereau. A compter de cette notification [...] le débiteur ne se libère valablement qu'auprès de l'établissement de crédit ».

⁵⁷³ L'acceptation est prévue par l'art. L. 313-29, Code monétaire et financier (anc. art. 6 de la loi préc.).

⁵⁷⁴ Art. L. 313-29, Code monétaire et financier (anc. art. 6 de la loi préc.).

⁵⁷⁵ Selon M. Crocq, l'escompte ne constitue pas une propriété-garantie car l'acquisition de la propriété de la créance est en principe définitive : P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc., n° 25, p. 19.

⁵⁷⁶ Voir *infra*, n° 553.

⁵⁷⁷ Voir sur ces points : E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 511, p. 311 et 312.

⁵⁷⁸ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, *Effets de commerce-banque et bourse*, 16^e éd. par P. DELEBECQUE et M. GERMAIN, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 2416, p. 434 : « En principe, l'effet est mis en pension chez le prêteur et comme le remettant est tenu envers celui-ci, il est assimilé à un donneur d'aval [...] le banquier en quête d'un secours momentané s'adresse à un confrère qui a des disponibilités sans emploi pendant quelques jours, et qui les prête au taux du marché ».

laquelle une personne morale, *un fonds commun de placement ou un fonds commun de créances cède en pleine propriété* à une autre personne morale, à un fonds commun de placement ou à un fonds commun de créances, moyennant un prix convenu, *des valeurs, titres ou effets [...]* et par laquelle le cédant et le cessionnaire s'engagent respectivement et irrévocablement, le premier à reprendre les valeurs, le second à les rétrocéder, pour un prix et à une date convenus ». De plus, l'article 2 de la convention de place de la Banque de France relative aux opérations de pension, entrée en vigueur le 15 septembre 1990, prévoit que : « Pendant toute la durée de la mise en pension, *le cessionnaire est plein propriétaire des titres* qui lui ont été cédés et, en conséquence *peut en disposer à tout moment jusqu'au terme convenu, notamment les céder à son tour, les mettre en pension, les affecter en nantissement, en percevoir à son profit les produits éventuels*. Il fait son affaire des mesures propres à lui permettre de restituer lesdits titres au cédant à l'échéance de la pension ». Or si cette précision n'est plus expressément prévue par la loi du 31 décembre 1993 précitée, elle résulte implicitement de l'interprétation de l'article 12-VIII de cette loi, qui envisage les conséquences de la cession ou de la mise en pension par le cessionnaire de titres qu'il aurait précédemment reçus en pension⁵⁷⁹.

Ici encore, la notion de propriété des créances a donc été reconnue par la loi. C'est en vain que l'on évoquerait l'argument d'une incorporation de la créance dans le titre : la fiction de l'incorporation du droit dans le titre ne tient plus depuis la dématérialisation des valeurs mobilières, opérée par la loi du 31 décembre 1981⁵⁸⁰. Le mécanisme de la propriété réservée confirme la reconnaissance légale de la propriété des créances.

y. La réserve de propriété reportée sur le prix de vente du bien

165- Selon les principes du droit commun, le vendeur de meubles qui n'a pas été payé, peut exercer une action en revendication⁵⁸¹. Cependant, les garanties que le droit civil accorde au vendeur de meubles sont réduites en cas de redressement judiciaire de l'acquéreur⁵⁸². Malgré tout, pour éviter que la procédure collective frappant un commerçant ne mette en difficulté ses propres fournisseurs, une loi du 12

⁵⁷⁹ P. CROcq, *Propriété et garantie*, thèse préc., p. 32, notamment note 2.

⁵⁸⁰ Voir *infra*, n° 485. Sur l'autonomie de la créance par rapport au titre : M.-A. RAKOTOVAHINY, thèse préc., p. 117 et suiv.

⁵⁸¹ C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981, n° 153, p. 141 : « Grâce à la clause de réserve de propriété, le vendeur à crédit d'objets mobiliers demeure propriétaire des biens immédiatement livrés jusqu'au complet paiement de leur prix. S'il n'est pas intégralement payé, le vendeur revendiquera la chose vendue à titre de propriétaire et devrait ainsi éviter le concours des créanciers de l'acheteur ».

⁵⁸² Articles 115 à 122 de la loi du 25 janvier 1985.

mai 1980 avait permis au vendeur avec clause de réserve de propriété impayé, d'opposer le bénéfice de cette clause aux autres créanciers de l'acquéreur en procédure collective⁵⁸³. La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 (réd. L. n° 94-475 du 10 juin 1994) n'est pas revenue sur cette solution⁵⁸⁴, puisque l'article 122 de la loi de 1985 (devenu aujourd'hui l'article 621-124 du Code de commerce) prévoit la possibilité pour le vendeur avec clause de réserve de propriété, dans le cas où les marchandises ont été revendues par le cocontractant du vendeur, de *revendiquer* entre les mains de l'acquéreur ou du sous-acquéreur « *le prix ou la partie du prix [...] qui n'a été payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant* entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ». L'octroi de cette action en revendication permet donc au vendeur, dans le cadre d'une vente sous réserve de propriété, de revendiquer à défaut des marchandises elles-mêmes, leur prix de revente non encore réglé, dans la limite de sa propre créance⁵⁸⁵.

166- Cette possibilité de revendication a fait l'objet de controverses doctrinales, la question étant de savoir si la loi a organisé une véritable subrogation réelle. Selon certains auteurs, la loi n'aurait pas organisé une subrogation réelle⁵⁸⁶ en permettant que l'objet de la revendication passe d'un bien corporel à une créance. D'après ces auteurs, le vendeur n'agit pas dans cette hypothèse en tant que propriétaire de la créance, mais en tant que créancier, contre le tiers contractant de son propre débiteur⁵⁸⁷. Cette analyse paraît cependant contestable, puisque le texte se prononce nettement dans le sens de la subrogation, lorsqu'il énonce le maintien du droit de propriété malgré la modification de son objet⁵⁸⁸. L'emploi du terme « revendiquer »

⁵⁸³ La clause de réserve de propriété a été définie comme « la clause par laquelle le transfert de la propriété est suspendu, dans un but de garantie, à l'exécution de la prestation due en contrepartie » : F. PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, coll. « Bibliothèque de droit et de l'entreprise », vol. 21, Paris, Litec, 1988, n° 13, p. 13.

⁵⁸⁴ *J.C.P.* 1985.III.567111 ; F. PÉROCHON, « La revendication favorisée (loi n° 94-475 du 10 juin 1994) », *D.* 1994.chr.251, p. 253 ; B. SOINNE, « Le nouveau droit de la revendication issu de la loi du 10 juin 1994 », *Petites Aff.* 1994.110.76.

⁵⁸⁵ Pour une application jurisprudentielle, voir notamment : Com. 15 janvier 1991, *Bull.civ.* IV, n° 31.

⁵⁸⁶ La subrogation réelle est une technique de remplacement d'un bien par un autre, afin d'éviter la perte d'un droit, le nouveau bien étant soumis au même régime juridique que le bien qu'il remplace : S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1999, v° *Subrogation réelle* ; E. SAVAUX, *Rep. civ.* Dalloz, v° *Subrogation réelle*, n° 1, p. 2 : « La subrogation réelle constitue une technique permettant la conservation d'un droit dont l'existence est menacée par la disparition du bien sur lequel il porte (directement ou indirectement) par le report de ce droit sur un nouveau bien ».

⁵⁸⁷ D. MARTIN, « Du conflit relatif à la créance du prix de revente d'une marchandise acquise sous réserve de propriété », *D.* 1986.chr.323. Pour certains auteurs, la subrogation aurait pour effet de modifier la nature du droit, qui deviendrait un droit personnel : V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 236 et suiv.

⁵⁸⁸ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc., n° 223, p. 289 : « Ce maintien de son droit de propriété, en dépit de la disparition de son objet initial, grâce à un report sur un nouvel objet, correspond au

suppose en effet que la propriété perdue⁵⁸⁹, ce qui est reconnu par une partie de la doctrine⁵⁹⁰. De plus, la Cour de cassation, à l'encontre de ceux qui soutenaient que le droit de revendication ne peut se concevoir que dans le cas d'une chose corporelle, a expressément admis, dans un arrêt du 21 novembre 1995⁵⁹¹, que « l'obligation de revendiquer dans le délai de trois mois, imposée par l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 à celui qui doit faire reconnaître son droit de propriété contre une personne soumise à une procédure de redressement judiciaire, n'est pas limitée aux meubles corporels ». Nous pouvons donc conclure que la loi du 25 janvier 1985 a admis, au bénéfice du vendeur et à titre de substitution, un droit de propriété sur la créance.

Le législateur a également reconnu la notion de propriété des créances en ce qui concerne les obligations de faire : c'est ce dont il importe à présent de rendre compte.

b) Les obligations de faire

167- Alors que, jusqu'alors le législateur n'avait reconnu la notion de propriété des créances que pour les obligations de payer une somme d'argent, la loi du 31 décembre 1989 sur le crédit-bail a été l'occasion de reconnaître cette notion dans le domaine des obligations de faire. Le crédit-bail (ou *leasing*) est une opération de crédit qui se réalise par la combinaison de deux contrats. Une entreprise qui a besoin de matériel, mais qui n'a pas les moyens financiers de les acquérir, va s'adresser à un établissement de crédit-bail, qui se porte lui-même acquéreur de ce matériel, dans le cadre d'un contrat de vente conclu avec le fournisseur. Puis, adossé à cette vente, un contrat de location d'une durée assez longue est prévu entre le crédit-bailleur et l'entreprise (crédit-preneur). Au cours de cette période, l'entreprise paiera au crédit-preneur des redevances, puis, au terme du contrat de location, elle pourra -sur la base d'une *promesse unilatérale de vente* adjointe à la location- se porter à son tour acquéreur du bien, moyennant un prix généralement faible, qui tient compte des

mécanisme de la subrogation réelle ». Voir aussi : M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, t. 1, thèse Alger, 1952, n° 573 : « Pour comprendre la subrogation réelle et pour en admettre le fonctionnement le plus courant, il est indispensable de reconnaître l'existence de droits réels sur les créances ».

⁵⁸⁹ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc., n° 224, p. 178. Voir également la définition de G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° *Revendication* : « Action en justice par laquelle on fait établir le droit de propriété qu'on a sur un bien, en général pour le reprendre d'entre les mains d'un tiers détenteur ».

⁵⁹⁰ M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, obs. sous T. Com. Nanterre, 12 décembre 1986 et T. Com Paris, 16 janvier 1987, *Rev. trim. dr. com.* 1987.231 ; A. MARTIN-SERF, obs. sous Com., 20 juin 1989, *Rev. trim. dr. com.* 1989.745 ; F. ZENATI, note sous C.A. Dijon, 9 septembre 1987, D. 1988.74. Voir aussi : O. CUPERLIER, *La nature juridique de la créance : bien ou lien obligatoire*, mémoire D.E.A., Université Paris I, 1992-1993, p. 26.

⁵⁹¹ Com. 21 novembre 1995, *Petites affiches*, Avril-juin 1996, n° 55, p. 9, note J.-L. COURTIER ; F. PÉROCHON, D. 1996.Somm.com.214.

sommes déjà versées. Ainsi, le financement assuré par le crédit-bailleur est garanti par son droit de propriété sur le bien, qui lui permet de le reprendre au cas où les redevances ne lui sont plus payées.

168- S'agissant du domaine d'application du crédit-bail, une loi du 6 janvier 1986 a permis l'application du crédit-bail au fonds de commerce et à l'établissement artisanal (article 3 de la loi). De plus, la loi du 31 décembre 1989 visant à favoriser le crédit aux entreprises, a prévu que le crédit-bail peut porter sur l'un des éléments incorporels du fonds de commerce ou de l'établissement artisanal, notamment sur le droit au bail. L'article 3 de la loi précise que, dans l'hypothèse d'un crédit-bail ayant pour objet un droit au bail, le droit au renouvellement appartient au crédit-bailleur, et les autres prérogatives et obligations du preneur d'un bail commercial sont réparties par contrat entre le propriétaire du local, le crédit-bailleur et le crédit-preneur. Or, en admettant que le crédit-bail puisse porter sur le droit au bail, « [n]écessairement, *le législateur a ici reconnu que le droit du preneur d'un bail commercial, la créance d'une obligation de faire, est un objet de propriété susceptible d'être transféré à titre de garantie* »⁵⁹².

Ces différents exemples législatifs montrent que le développement de la propriété garantie a été l'occasion pour le législateur de reconnaître que *toute* créance, quelle que soit sa nature -qu'elle consiste en une obligation de payer une somme d'argent ou en une obligation de faire- peut être l'objet d'un droit de propriété⁵⁹³. Mais, si la propriété-garantie a été le domaine privilégié de la reconnaissance et du développement de la notion de propriété des créances, celle-ci a également été consacrée dans d'autres champs. La propriété de la provision constitue un autre exemple important de reconnaissance légale de la propriété des créances.

2. La propriété de la provision

169- Le législateur a consacré la notion de propriété des créances à travers le mécanisme de la lettre de change. L'article 116 alinéa 3 du Code de commerce dispose que « *la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change* ». Il est admis que la provision s'analyse en une créance du tireur sur le tiré⁵⁹⁴. Le législateur a donc fait d'une catégorie particulière de créance, la provision, un

⁵⁹² P. CROCQ, thèse préc., n° 64, p. 52.

⁵⁹³ *Ibid.*, n° 65, p. 52.

⁵⁹⁴ Y. CHAPUT et M.-D. SCHÖDEMEIER, *Effets de commerce, chèques et instruments de paiement*, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998, n° 20, p. 25 : « Lors de la création de la lettre, le rapport fondamental fait naître une créance du tireur sur le tiré, à laquelle est donné le nom de provision

objet possible de propriété. De même, le législateur a consacré la propriété de la provision en matière de chèque (article 17 du Décret-loi du 30 octobre 1935).

170- Si la terminologie de « propriété de la provision » est généralement acceptée, plusieurs auteurs tentent de n'y voir qu'une qualification formelle, dans laquelle « *il ne saurait être question de propriété au sens juridique du mot* »⁵⁹⁵. On a avancé notamment que « l'emploi du mot *propriété* éveille l'idée d'une provision consistant en une chose matérielle. La provision étant la créance du tireur sur le tiré, *il ne saurait être question de propriété au sens juridique du mot* »⁵⁹⁶. L'expression propriété de la provision est alors couramment dénoncée comme un « *abus de langage significatif* »⁵⁹⁷.

171- Le concept de propriété de la provision rend néanmoins parfaitement compte des solutions admises en droit positif. Le principal effet de l'arrivée de l'échéance d'une traite non acceptée, ou de la signature d'une traite acceptée est de faire sortir la provision du patrimoine du tireur. D'une part, le tireur ne peut plus exiger du tiré qu'il paie, ce qui s'explique par le fait que le tireur n'a plus la jouissance de cette créance qui ne lui appartient plus⁵⁹⁸. D'autre part, la créance n'étant plus dans le patrimoine du tireur, celui-ci ne peut plus en disposer, pas plus que ses créanciers ne peuvent la saisir par voie de saisie-attribution, ce bien ne faisant plus partie de leur droit de gage général⁵⁹⁹. Enfin, le porteur de la lettre de change se voit investi d'un droit de propriété sur la créance, qui lui permet d'échapper au concours avec les créanciers du tireur mis en redressement judiciaire⁶⁰⁰. Ces solutions, bien assises en droit positif⁶⁰¹, soulignent l'existence d'une réelle propriété de la créance de provision.

(*providere*, prévoir [...] en vue de l'échéance » ; M. JEANTIN, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, coll. « Précis Dalloz », 3^e éd., Paris, Dalloz, 1995, n° 252, p. 133 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, *op. cit.*, n° 1979, p. 166.

⁵⁹⁵ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 2, n° 1979, p. 166. Certains ont vu dans le droit du porteur un simple privilège sur la provision : P. LESCOT et R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, t. 1, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1953, n° 404, p. 442.

⁵⁹⁶ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, n° 1979, p. 166.

⁵⁹⁷ Y. CHAPUT et M.-D. SCHÖDERMEIER, *Effets de commerce, chèques et instruments de paiement, op. cit.*, n° 22, p. 27 : « L'avantage de la cession de la créance de provision avec la lettre de change sans avoir à respecter les formalités de l'article 1690 du Code civil, est, en outre, de 'faire sortir' la créance du patrimoine du tireur, le porteur de la lettre échappant à la concurrence des autres créanciers du tireur sur cette valeur qui entre dans le patrimoine du bénéficiaire ».

⁵⁹⁸ F. ZENATI, thèse préc., n° 110, p. 155 ; P. LESCOT et R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, t. 1, *op. cit.*, n° 401.

⁵⁹⁹ Pour une application jurisprudentielle : Com., 23 février 1983, D. 1984.i.r.80, note M. VASSEUR.

⁶⁰⁰ Req. 21 mai 1884, D. 1884.1.219.

⁶⁰¹ Voir *infra*, n° 512 et suiv.

La propriété des créances a également été reconnue dans l'hypothèse des fonds communs de créances.

3. Les fonds communs de créances et la copropriété des créances

172- Les fonds communs de créances ont été introduits en droit français par la loi du 23 décembre 1988⁶⁰², qui a instauré ce qu'on nomme la « *titrisation des créances* »⁶⁰³. Cette loi emprunte au régime du fonds commun de placement ses éléments de base, notamment la notion de copropriété. Selon l'article 34 alinéa 1 de la loi, le fonds commun de créances est « une *copropriété* qui a pour objet exclusif d'*acquérir* des créances détenues par les établissements de crédit ou la Caisse des dépôts et consignations, en vue d'émettre, en une seule fois, des parts représentatives de ces créances ». La copropriété se distingue de la propriété par la pluralité des titulaires du droit de propriété⁶⁰⁴. Dès lors, le fait que le législateur analyse les fonds communs de créances comme des copropriétés, paraît supposer qu'il reconnaît la notion de propriété des créances⁶⁰⁵.

Le droit des procédures civiles d'exécution offre un autre exemple de cette reconnaissance.

4. Le droit des procédures civiles d'exécution

173- Le droit des procédures civiles d'exécution prend également en compte l'évolution des patrimoines. Un refus de la propriété des meubles incorporels aurait dû s'accompagner d'un cantonnement des saisies aux meubles corporels. Or, tel n'a pas été le cas⁶⁰⁶, puisque la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, a confirmé la saisie des créances en la dénommant *saisie-attribution*. De plus, l'article 74 de cette même loi dispose que « la saisie conservatoire peut porter sur

⁶⁰² Cette loi a été complétée par le décret d'application n. 89-158 du 9 mars 1989.

⁶⁰³ Cette titrisation consiste en la transformation d'une créance en un titre négociable : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, v° *Titrisation*.

⁶⁰⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° *Copropriété* : « [m]odalité de la *propriété* dans laquelle le droit de propriété sur une même chose ou un ensemble de choses appartient à *plusieurs personnes* dont chacune est investie privativement d'une quote-part [...] ». Voir aussi : G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 1221, p. 503.

⁶⁰⁵ La jurisprudence a également admis que des indivisaires peuvent être copropriétaires d'un bien incorporel ; en effet, les tribunaux appliquant l'article 883 du Code civil aux créances, la copropriété est donc analysée comme pouvant porter sur un droit personnel : R. SAVATIER, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *Rev. trim. dr. civ.* 1966.185, n° 4, p. 188.

⁶⁰⁶ En ce sens : A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, thèse Montpellier, 2000, n° 17, p. 20.

tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels, appartenant au débiteur. Elle les rend indisponibles ».

174- Aux termes de l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991 « l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, *attribution immédiate au profit du saisissant, de la créance saisie disponible* ». Cette disposition peut s'interpréter comme ayant pour objet d'octroyer au créancier la propriété d'une créance dont le débiteur était jusque-là propriétaire. Si le texte ne fait pas expressément référence à la propriété, il n'en reste pas moins que « *le fait que la créance soit attribuée définitivement au saisissant en dépit d'autres saisies pratiquées ultérieurement même par des créanciers de plus haut rang ou de l'ouverture d'une procédure collective donne à penser qu'il s'agit d'un transfert de propriété : la propriété de la créance ayant été transférée, aucune autre attribution ne demeure possible* »⁶⁰⁷.

Le droit des procédures civiles d'exécution constitue donc un autre exemple caractéristique de la reconnaissance par le législateur de la propriété des créances. La réforme des régimes matrimoniaux en fournit un autre.

5. La réforme des régimes matrimoniaux

175- La réforme des régimes matrimoniaux, opérée par la loi du 13 juillet 1965, a également été une occasion de reconnaître la propriété des créances. Ainsi, le nouvel article 1401 du Code civil dispose que la communauté légale « se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres ». Le législateur prévoit ensuite que tout bien est réputé acquêt, sauf si l'on prouve qu'il est propre (art. 1402 al. 1 C.C.). Il poursuit en posant que « Chaque époux conserve *la pleine propriété de ses propres* » (art. 1403 al.1), étant entendu que les créances et pensions incessibles forment des propres par nature aux termes mêmes de la loi (art. 1404 C.C.). On ne saurait guère être plus explicite pour reconnaître, tant la nature juridique de bien de la créance, que celle du droit qui s'exerce sur ce bien, à savoir la propriété.

Plusieurs autres exemples permettent encore d'illustrer la reconnaissance législative de la propriété des créances.

⁶⁰⁷ J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *R.R.J. Droit prospectif* 2001.4.1421, p. 1440.

6. Autres exemples

176- Plusieurs autres domaines de consécration de la notion de propriété des créances doivent être envisagés. On trouve encore une reconnaissance indirecte de la propriété des créances, par le biais des notions légales d'usufruit et de nantissement des créances. Remarquons seulement pour l'instant, que l'admission par le droit positif de la possibilité pour certains droits réels démembrés d'avoir pour objet une créance, devrait entraîner -si l'on accepte la théorie dominante du démembrement- la reconnaissance de la propriété des créances. En effet, dans une telle théorie, il est illogique de reconnaître que ce qui vaut pour les « parties » de la propriété, ne vaut pas pour le tout. Par ailleurs, il convient de noter que le Code civil évoque la notion de « *possession de la créance* »⁶⁰⁸, laquelle suppose que l'on a admis *l'animus domini* en matière de créances⁶⁰⁹. Signalons enfin l'arrêté du 30 septembre 1991 relatif à la terminologie économique et financière, qui emploie par deux fois l'expression de propriété de droits dans la définition qu'il donne de la « fiducie » et de « fiduciaire »⁶¹⁰.

Les hypothèses légales de reconnaissance de la propriété des créances ne manquent donc pas en droit français, si bien que « *[d]ire alors que le créancier n'est pas propriétaire, mais seulement titulaire de la créance, semble relever du sophisme* »⁶¹¹. De plus, ces hypothèses ne sont nullement réduites à un domaine particulier du droit, comme on l'a parfois prétendu. Il est temps à présent d'envisager ce qu'il en est en droit québécois.

B. La reconnaissance de la propriété des créances par le législateur québécois

177- Le législateur québécois a expressément admis la propriété des biens incorporels. Cette reconnaissance repose, tant sur la définition même de la propriété, que sur plusieurs autres dispositions du nouveau Code civil, qui vont dans le sens du rejet des théories traditionnelles relatives à l'objet corporel de la propriété⁶¹².

⁶⁰⁸ Article 1240 du Code civil : « Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé ».

⁶⁰⁹ Nous reviendrons sur ce point important par la suite.

⁶¹⁰ Arrêté du 30 septembre 1991, *Gaz. Pal* 1991, p. 734 : « fiduciaire : Personne physique ou morale à laquelle est temporairement transférée la propriété de biens ou droits [...] »; « fiducie : Contrat par lequel un constituant transfère temporairement la propriété de biens ou de droits à un fiduciaire [...] ».

⁶¹¹ T. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil », *Rev. trim. dr. civ.* 1991.1, n° 20, p. 13.

⁶¹² Si la position du législateur peut, à certains moments, apparaître ambiguë cela peut certainement s'expliquer par le fait que les codificateurs ont été ballottés entre d'une part, la volonté de faire un Code civil moderne, qui tienne compte de l'évolution du droit positif -ce qui ne pouvait que se traduire par une

1. La définition extensive de la propriété dans le Code civil du Québec

178- L'article 947 du nouveau Code civil du Québec dispose que « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un *bien* [...] », l'article 899 du même code précisant que : « *Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles* ». La lecture combinée de ces deux textes dépourvus d'ambiguïté, porte à considérer que les codificateurs ont identifié l'objet de la propriété dans le bien, qu'il soit corporel ou incorporel. On notera d'ailleurs que le législateur prend la peine de préciser lorsqu'il ne vise que les biens corporels⁶¹³. De plus, la qualité de bien a été expressément reconnue aux créances par la loi⁶¹⁴. Si une partie de la doctrine québécoise tente de limiter la portée de ces dispositions, une autre partie des auteurs l'admet sans équivoque⁶¹⁵. Certains y ont même vu la consécration de la théorie de Ginossar⁶¹⁶.

Plusieurs autres dispositions du Code civil du Québec paraissent d'ailleurs incompatibles avec une vision purement corporelle de l'objet de la propriété. La copropriété en est un exemple.

2. La copropriété

179- L'idée selon laquelle la dématérialisation de l'objet de la propriété se manifeste dans plusieurs autres dispositions du code a été soulignée récemment⁶¹⁷. Il s'agit tout d'abord de la notion de copropriété⁶¹⁸, qui n'est plus exclusivement

formulation plus expresse de l'entrée de l'incorporel dans la sphère du droit en général et de la propriété en particulier ; et d'autre part, la tendance à suivre une doctrine encore souvent marquée par les théories traditionnelles.

⁶¹³ Voir notamment l'article 1268 C.c.Q. : « La fiducie d'utilité privée est celle qui a pour objet l'érection, l'entretien ou la conservation d'un *bien corporel* [...] ».

⁶¹⁴ Ainsi dans les dispositions relatives à l'administration du *bien* d'autrui, l'article 1302 al. 2 du C.c.Q. dispose que l'administrateur du bien d'autrui « perçoit les *créances qui sont soumises à son administration* [...] ». Voir notamment : *Compagnie Montréal Trust du Canada c. Koprivnik* [1996] R.J.Q. 443 (C.S.) (appel rejeté), selon lequel la loi ne qualifiant pas les créances en général, ni les loyers en particulier, ceux-ci sont des meubles. On notera ici que, si l'administrateur du bien d'autrui peut administrer des créances au titre de « bien d'autrui », c'est nécessairement que le législateur a reconnu l'existence d'un propriétaire de ces créances, distinct de l'administrateur qui les gère.

⁶¹⁵ Voir notamment : D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, n° 205, p. 135.

⁶¹⁶ R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interests and Other Heresies », *loc. cit.*, n° 34, p. 796, à propos de l'article 947 C.c.Q. : « *This article seems to provide textually for the possibility, argued by Ginossar, that incorporeal (claims) are a species of property that may be owned* ».

⁶¹⁷ J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », (1995) *R.I.D.C.* 33.

⁶¹⁸ Art. 1010 al. 1 C.c.Q. : « La copropriété est la *propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurremment sur un même bien*, chacune d'elles étant investie, privativement, d'une quote-part du droit » ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens, op. cit.*, p. 133 : « Il s'agit d'une *propriété à plusieurs sujets pour un même objet* ».

matérielle. Cela s'illustre dans un cas apparemment particulier, mais néanmoins caractéristique d'une certaine volonté législative. C'est l'hypothèse, prévue à l'article 1196 du Code civil du Québec, où le preneur d'un bail emphytéotique⁶¹⁹ instaure une « copropriété divise » sur l'immeuble⁶²⁰. La seule condition posée pour l'application d'une telle disposition, est que le temps restant à courir jusqu'à la fin de l'emphytéose, ne soit pas inférieur à cinquante ans (art. 1040 C.c.Q.). Or, le professeur Brierley estime qu'il s'agit ici d'un « *cas où le droit de propriété est conçu essentiellement par rapport à la temporalité du titre, plutôt que dans la matérialité de son objet* »⁶²¹.

On remarquera que l'absence d'importance de la matérialité de l'objet est encore plus nette dans la copropriété indivise, c'est-à-dire « *lorsque le droit de propriété ne s'accompagne pas d'une division matérielle du bien* »⁶²². Il n'est pas contesté que le bien objet de l'indivision puisse être incorporel et consister notamment en une créance⁶²³. Pour s'en expliquer, la doctrine considère que l'indivision « *n'est pas cantonnée au seul droit de propriété* »⁶²⁴. S'il est vrai que l'objet de l'indivision est large⁶²⁵, le Code civil du Québec la définit toutefois par référence à la propriété⁶²⁶; si bien que l'indivision, qui est une modalité de la propriété (art. 1009 C.c.Q.⁶²⁷), a

⁶¹⁹ Aux termes de l'article 1195 C.c.Q. : « L'emphytéose est le droit qui permet à une personne, pendant un certain temps, d'utiliser pleinement un immeuble appartenant à autrui et d'en tirer tous les avantages, à la condition de ne pas en compromettre l'existence et à charge d'y faire des constructions, ouvrages ou plantations, qui augmentent sa valeur d'une façon durable ».

⁶²⁰ Le droit antérieur au C.c.Q. connaissait déjà une telle situation, laquelle avait fait l'objet d'une disposition ponctuelle : art. 441 b.1 C.c.B.C. : J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *loc. cit.*, n° 7, p. 38.

⁶²¹ J. BRIERLEY, *ibid.*

⁶²² Art. 1010 al. 2 C.c.Q.

⁶²³ Voir D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, n° 341, p. 201 ; S. BINETTE, « De la propriété indivise et divise suivant le nouveau Code civil du Québec », dans *La réforme du Code civil*, *op. cit.* t. 1, p. 589 et suiv., p. 593 : « Le bien, objet de l'indivision, peut être un bien meuble, même incorporel tel une créance [...] ».

⁶²⁴ S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, *op. cit.*, p. 134 et 135 : « [...] Son champ d'application s'étend à toute situation de cotitularité d'un droit, qu'il s'agisse d'un droit réel ou même d'un droit personnel [...]. Le régime juridique de la copropriété par indivision est alors susceptible de s'appliquer à ces cas en procédant aux adaptations nécessaires ».

⁶²⁵ D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, n° 341, p. 201 : L'indivision « peut porter sur des biens corporels ou incorporels (droits personnels, réels, mixtes, intellectuels) (947 C.c.Q.) ».

⁶²⁶ Art. 1010 C.c.Q. : « La copropriété est la propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurremment sur un même bien [...]. Elle est dite par indivision lorsque le droit de propriété ne s'accompagne pas d'une division matérielle du bien ». Voir notamment : D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, n° 333, p. 199 : « La copropriété est l'une des principales modalités de la propriété, avec la propriété superficière (1009 C.c.Q.). Ces deux modalités sont la résultante d'un morcellement, le plus souvent à la suite d'un acte d'aliénation consenti par le propriétaire d'origine, de sorte que plusieurs personnes bénéficient d'un droit de propriété complet sur un même bien, considéré de façon globale ».

⁶²⁷ Art. 1009 C.c.Q. : « Les principales modalités de la propriété sont la copropriété et la propriété superficière ».

vocation à s'appliquer aux biens corporels et incorporels⁶²⁸, ce qui inclut notamment les créances⁶²⁹.

La substitution constitue un autre exemple de reconnaissance de la propriété des créances.

3. La substitution

180- Aux termes de l'article 1218 du Code civil du Québec, « *Il y a substitution lorsqu'une personne (le grevé) reçoit des biens par libéralité, avec l'obligation de les rendre après un certain temps à un tiers (l'appelé)* ». La substitution comporte donc « *deux libéralités adressées à des bénéficiaires gratifiés successivement* »⁶³⁰. Avant l'ouverture de la substitution, la loi prévoit que c'est le grevé qui est « *propriétaire des biens substitués* » (art. 1223 C.c.Q.⁶³¹), l'appelé n'ayant alors qu'un « *droit éventuel aux biens substitués* » (art. 1235 C.c.Q.⁶³²) ; ce n'est qu'après l'ouverture de la substitution que l'appelé deviendra à son tour propriétaire des biens (art. 1243 C.c.Q.⁶³³). Cette institution prévoit donc « *deux droits dits de propriété qui s'échelonnent successivement dans le temps* »⁶³⁴. La reconnaissance des créances comme objets de propriété résulte ici de la combinaison des articles 1226 et 1223 du Code civil du Québec. Si, aux termes du premier de ces textes, le grevé est notamment chargé, avant l'ouverture de la substitution, de percevoir les créances et d'en donner quittance⁶³⁵, le second prévoit que le grevé est investi de la *propriété*⁶³⁶ des biens qu'il

⁶²⁸ Les termes de l'article 1010 C.c.Q. sont larges lorsqu'ils fixent l'objet de la copropriété comme étant les biens ; en vertu du principe selon lequel il n'y a pas à distinguer là où la loi ne distingue pas, on peut estimer que les biens en question sont corporels ou incorporels (art. 899 C.c.Q.).

⁶²⁹ En ce sens : *Régime complémentaire de retraite de la société de transport de la Communauté urbaine de Montréal c. Bandera investment co.* (C.S.) [1997] R.J.Q. 1906-1918, p. 1914 : « *Article 899 C.C.C. defines "property" or "bien" as including both corporeal and incorporeal objects.* Article 911 C.C.C. provides that rights ownership may be held in a "property" or "bien". Article 1010 C.C.Q. defines co-ownership as ownership of the same "property" or "bien". Accordingly, Chapter II on "Undivided Co-Ownership" [...] would appear to be applicable to both corporeal and incorporeal objects" ».

⁶³⁰ M. CANTIN CUMYN, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, coll. « McGill Legal Studies », n° 4, Montréal, Wilson & Lafleur, 1980, n° 15, p. 11.

⁶³¹ Art. 1223 C.c.Q. : « *Avant l'ouverture, le grevé est propriétaire des biens substitués ; ces biens forment, au sein de son patrimoine personnel, un patrimoine distinct destiné à l'appelé* ».

⁶³² Art. 1235 C.c.Q. : « *Avant l'ouverture, l'appelé a un droit éventuel aux biens substitués ; il peut en disposer ou y renoncer et faire tous les actes conservatoires utiles à la protection de son droit* ». Il faut noter que la version anglaise se lit comme suit : "Before the substitution opens, the substitute has an eventual right in the property substituted [...]".

⁶³³ Art. 1243 C.c.Q. : « *L'appelé, s'il accepte la substitution, reçoit les biens directement du disposant. Il est, par l'ouverture, saisi de la propriété des biens* ».

⁶³⁴ J.E.C. BRIERLEY, « *Regards sur le droit des biens dans le nouveau code civil du Québec* », *loc. cit.*, n° 9, p. 39.

⁶³⁵ Art. 1226 C.c.Q. : « *Le grevé doit faire les actes nécessaires à l'entretien et à la conservation des biens. Il paie les charges et les dettes qui deviennent exigibles avant l'ouverture, quelle que soit leur nature ; il*

administre (art. 1223 C.c.Q.). La loi ayant fait du grevé un propriétaire, et la substitution pouvant porter sur un objet incorporel tel que des droits de créances ou des valeurs mobilières⁶³⁷, le législateur a ainsi reconnu la propriété des créances, par le moyen de la substitution.

Tel est également le cas en matière de sûretés.

4. Les sûretés

181- Sous le régime du Code civil du Bas Canada, le droit des sûretés réelles connaissait trois formes : l'hypothèque, le nantissement et le privilège. Alors que l'hypothèque avait une assise exclusivement immobilière, le nantissement portait tant sur les immeubles que sur les meubles. La dualité de régimes reposait alors sur la dépossession (hypothèque) ou sur l'absence de dépossession (nantissement) du constituant⁶³⁸. Avec le nouveau Code civil, l'hypothèque est désormais l'unique sûreté réelle, celle-ci pouvant désormais grever tant les meubles que les immeubles⁶³⁹, les

perçoit les créances, en donne quittance et exerce en justice les actions qui se rapportent aux biens substitués ».

⁶³⁶ Le législateur n'a pas hésité à faire référence au modèle de la propriété, même si certains mettent en cause le fait que le grevé est réellement un propriétaire, notamment en raison du fait que les créanciers ne peuvent saisir les biens et parcequ'il existe une obligation de restitution pesant sur le grevé. Selon certains auteurs, ni les restrictions imposées au grevé dans l'exercice de son droit, ni le fait que « le droit de propriété du grevé est assujéti à un transfert obligatoire en faveur de l'appelé, à l'ouverture » n'empêchent que le grevé soit qualifié de propriétaire au sens propre. En effet, la substitution n'opère pas démembrément du droit de propriété, le grevé n'étant pas soumis au partage des attributs de la propriété (M. CANTIN CUMYN, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, *op. cit.*, n° 15-20, p. 11 et suiv.). Pour d'autres, au contraire, « Les biens de la substitution constituent [...] plutôt qu'une masse durable de biens existant en nature, indisponible entre les mains du grevé, un *fonds économique ou un fonds de valeur, à contenu variable, mais toujours affecté au profit éventuel de l'appelé. Bien que le droit de ce dernier soit reconnu comme un droit de propriété à l'ouverture de la substitution (art. 1243), la protection de ce droit n'est plus assurée par l'action d'un droit réel opposable aux tiers acquéreurs en cas d'aliénation par le grevé.* Le droit de l'appelé avant l'ouverture est maintenant mieux compris comme un *droit éventuel*, sous la forme d'un droit *ad rem trans personam*, à l'universalité représentée par la locution 'biens de la substitution'. En effet, *la détermination de ces biens dans leur individualité matérielle ne sera précisée qu'au moment de l'ouverture* » (J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau code civil du Québec », *loc. cit.*, n° 9, p. 39). Il est notable que le grevé a une obligation de restitution des biens en valeur (art. 1230 C.c.Q.: « Le grevé est tenu de faire remploi, au nom de la substitution, du prix de toute aliénation de biens substitués [...] »). Sans doute peut-on voir alors dans la substitution une propriété affectée : J. CARBONNIER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 86, p. 153 : « Une propriété peut être dite affectée lorsque tout ou partie des utilités qu'elle comporte doivent être appliquées, soit exclusivement, soit de préférence, à un but qui a été déterminé par le propriétaire antérieur. *Le propriétaire actuel subit des restrictions dans son droit [...].* Mais, en acceptant son acquisition, il s'était obligé à se conformer à l'affectation voulue par son auteur ».

⁶³⁷ Sur la nature juridique des valeurs mobilières : *infra*, n° 480.

⁶³⁸ L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 1899, p. 826 : « On classe traditionnellement les sûretés en deux catégories : celles entraînant la dépossession du débiteur et celles où il ne se dépossède pas. Les sûretés sans dépossession laissent au débiteur le libre usage du bien et se publient par inscription. Les sûretés avec dépossession privent le débiteur de l'usage et du contrôle de son bien ; la dépossession tient lieu dans leur cas de publicité ».

⁶³⁹ J. AUGER, « Problèmes actuels de sûretés réelles », (1997) 31 *R.J.T.* 619, p. 628.

biens corporels ou incorporels (tels une créance ou un titre négociable⁶⁴⁰), un bien particulier ou une universalité de biens⁶⁴¹. De plus, la notion de priorité remplace désormais celle de privilège⁶⁴².

182- En droit québécois, la propriété des créances est également reconnue par le biais du droit des sûretés. Cela résulte notamment de l'interprétation que donne la doctrine de l'article 2670 C.c.Q., aux termes duquel : « L'hypothèque sur le bien d'autrui ou sur un bien à venir ne greève ce bien qu'à compter du moment où le constituant devient le titulaire du droit hypothéqué ». Les auteurs s'accordent à admettre que le constituant de l'hypothèque « ne peut consentir une hypothèque sur un bien que s'il en est ou en devient propriétaire »⁶⁴³. Or, sous le Code civil du Québec, l'hypothèque mobilière peut garantir toute espèce d'obligations, la créance pouvant être antérieure ou concomitante à la constitution de la sûreté⁶⁴⁴.

183- La reconnaissance de la propriété des créances résulte encore de l'institution de la prise en paiement, recours hypothécaire original, inspiré de la pratique nord-américaine et anglaises, que le Code civil du Québec consacre⁶⁴⁵. La prise en paiement du bien fait partie des prérogatives reconnues aux créanciers hypothécaires, qui « peuvent prendre possession du bien grevé pour l'administrer, le prendre en paiement de leur créance, le faire vendre sous contrôle de justice ou le vendre eux-mêmes » (art. 2748 C.c.Q.).

Aux termes de l'article 2783 C.c.Q., « Le créancier qui a pris le bien en paiement en devient propriétaire à compter de l'inscription du préavis ». Or, si l'hypothèque peut porter sur une créance⁶⁴⁶, le créancier hypothécaire a donc vocation à en devenir propriétaire, à la suite d'une prise en paiement.

L'exemple de la saisie des créances permet encore de vérifier la reconnaissance légale de la propriété des créances en droit québécois.

⁶⁴⁰ P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 221. Voir notamment *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2001] J.Q. n° 61 (C.A.). Voir les art. 2710 et suiv. C.c.Q., relatifs aux « Dispositions particulières à l'hypothèque mobilière sur des créances » ; et les art. 2743 et suiv. C.c.Q., qui traitent « Des droits et obligations du créancier titulaire d'une hypothèque sur des créances ».

⁶⁴¹ L'hypothèque universelle, portant sur une universalité de biens, peut être consentie par une personne ou un fiduciaire qui exploite une entreprise : art. 2684 C.c.Q. Voir notamment : V. LOUNGNARATH, « L'endettement de l'entreprise au Québec : paramètres juridiques », (1995) 26 *R.D.U.S.* 1, p. 26.

⁶⁴² Voir notamment : D. PRATTE, « Des privilèges aux priorités : plus qu'un changement de vocabulaire », (1992) 23 *R.D.U.S.* 175.

⁶⁴³ P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 205.

⁶⁴⁴ P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 210.

⁶⁴⁵ Sur la prise en paiement : L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, op. cit., n° 1795, p. 779.

⁶⁴⁶ Voir notamment les art. 2743 et suiv. C.c.Q. qui traitent de l'hypothèque sur créance.

5. La saisie des créances

184- L'organisation d'une saisie des créances montre enfin que, tout comme en droit français, les créances sont envisagées comme des biens. Le créancier qui a obtenu un jugement exécutoire contre son débiteur, peut faire saisir ses biens, afin de les faire vendre en justice et de se faire ainsi payer (art. 2646 al. 1 C.c.Q.). Tous les biens du débiteur peuvent être saisis, hormi ceux qui sont déclarés insaisissables par la loi⁶⁴⁷ et ceux qui ont fait l'objet d'une division du patrimoine permise par la loi⁶⁴⁸.

185- La *saisie-exécution mobilière*, ou *saisie de bonis*, permet au créancier de faire saisir les biens meubles du débiteur qui sont possédés par ce dernier, ou par un tiers qui consent à la saisie (art. 569 al. 1 C.p.c.). La jurisprudence et la doctrine s'accordent à admettre que le créancier peut faire saisir des biens meubles incorporels, tels que des marques de commerce, des brevets d'inventions ou des dessins industriels⁶⁴⁹. Par ailleurs, l'article 570 du Code de procédure civile prévoit que « *Les obligations, les bons, les billets à ordre ou autres effets payables à ordre ou au porteur, de même que l'argent comptant, sont saisis comme les autres biens mobiliers [...]* »⁶⁵⁰.

De plus, à côté de la saisie-exécution proprement dite, le Code de procédure civile prévoit que le créancier peut faire *saisir-arrêter* entre les mains d'un tiers, les sommes et effets dus ou appartenant à son débiteur (art. 569 al. 2 C.p.c.)⁶⁵¹. Les articles 641 et suivants du même code sont spécifiquement consacrés à la réglementation de la saisie-arrêt des traitements et salaires.

⁶⁴⁷ Art. 552 et 553 C.p.c. Il s'agit notamment des aliments et pensions alimentaires, des prestations de chômage, du régime enregistré d'épargne retraite, ou encore, des biens visés par une clause d'insaisissabilité.

⁶⁴⁸ Voir : D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 146 et suiv. Le principe de la saisie repose sur l'article 2644 C.c.Q., aux termes duquel les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers, ainsi que sur l'art. 2645 C.c.Q., aux termes duquel le débiteur est « tenu de remplir son engagement sur tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont insaisissables ».

⁶⁴⁹ Voir notamment : D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *op. cit.*, p. 204 ; *Brunet c. Chrysler Canada Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2276 (C.S.).

⁶⁵⁰ Voir aussi pour une conception large du terme bien : *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (L.R. (1985), ch. B-3), art. 2(1) : « biens/ property » : « Biens de toute nature, meubles ou immeubles, en droit ou en équité, qu'ils soient situés au Canada ou ailleurs. Leur sont assimilés les sommes d'argent, marchandises, droits incorporels et terres, ainsi que les obligations, servitudes et toute espèce de droits, d'intérêts ou de profits, présents ou futurs, acquis ou éventuels, dans des biens, ou en provenant ou s'y rattachant ».

⁶⁵¹ D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *op. cit.*, p. 206 : « Cette saisie prend le nom de saisie-arrêt ou de saisie en mains tierces [...]. Elle constitue une forme particulière de l'action oblique intentée par le créancier pour exercer les droits de son débiteur ».

Il résulte donc de ces différentes dispositions, que les créances sont traitées expressément par le Code de procédure civile, comme des biens susceptibles d'être saisis, au même titre que les biens corporels.

186- Dans le cas d'une faillite, cependant, les biens du débiteur sont dévolus au syndic dès la date de la faillite et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* reçoit application. Aux termes de l'article 70 (1) de cette loi :

« Toute ordonnance de séquestre rendue et toute cession faite en conformité avec la présente loi ont priorité sur toutes saisies, saisies-arrêts, certificats ayant l'effet de jugements, jugements, certificats de jugements, jugements ayant l'effet d'hypothèques, exécutions ou autres procédures contre les biens d'un failli, sauf ceux qui ont été complètement réglés par paiement au créancier ou à son mandataire, et sauf les droits d'un créancier garanti ».

La *Loi sur la faillite* a donc préséance sur les saisies postérieures potentielles. La jurisprudence précise que les biens du failli sont ceux qui lui appartenaient à la date de la faillite ; tous les biens qui ont été régulièrement cédés ou saisis avant cette date ne font donc pas partie de l'actif de la faillite⁶⁵².

187- Si la propriété des créances a été reconnue dans de très nombreuses hypothèses, tant par le législateur français que par le législateur québécois, cette attitude est largement partagée par les tribunaux.

§2. La réception jurisprudentielle de la propriété des créances

188- Le propos n'est pas ici de prétendre à l'exhaustivité d'un compte rendu de la jurisprudence relative à la propriété des créances. L'ambition est plus modeste et consiste seulement à présenter quelques cas topiques dans lesquels les tribunaux ont reconnu la notion étudiée. En droit français comme en droit québécois, on constate d'abord un mouvement interne de reconnaissance de la propriété des créances, qui se manifeste à travers la jurisprudence judiciaire, laquelle est corroborée en France par la jurisprudence constitutionnelle. S'y ajoute un mouvement externe de reconnaissance de cette propriété, qui se fait en France par la voie de la jurisprudence européenne et au Québec, par le biais de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

⁶⁵² *Banque de Nouvelle-Ecosse c. Perras, Fafard, Gagnon Inc.*, [1985] C.A. 21.

189- Une étude récente a montré que Conseil constitutionnel et la Cour Européenne des droits de l'homme ont adopté une conception large de la propriété et de son objet. Comme le souligne Mme Zattara, « *l'évolution qu'a connu le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne s'est traduite par une extension constante de la notion qui lui sert d'assise dont une des manifestations significatives a été l'utilisation du concept de propriété au sujet de droits personnels.* Ainsi, le Conseil et la Cour ont-ils fait volontiers état de la *propriété d'une créance* »⁶⁵³. Ces deux instances n'ont pas hésité à reconnaître à tous les éléments de l'actif patrimonial, y compris les créances, « *la même protection qu'à la propriété corporelle* »⁶⁵⁴. Dès lors, « *la recherche de la valeur patrimoniale du bien au sens large du terme est devenue, pour eux, le critère de l'existence d'un objet de propriété, dont le propriétaire peut disposer librement* »⁶⁵⁵. L'auteur de cette étude y décèle la prise en compte de l'analyse économique de la propriété, la valeur patrimoniale devenant le critère de définition de l'objet de la propriété⁶⁵⁶. Cette évolution est décrite comme la reprise de la thèse de Ginossar⁶⁵⁷, notamment en ce que la distinction traditionnelle des droits réels et personnels doit faire place à l'idée selon laquelle la propriété est « *au principe de tous les droits, se mouvant sur un plan plus élevé* »⁶⁵⁸. En ressort une conception de la propriété « *valorisée* », qui présente « *l'avantage de ne pas enfermer la notion de propriété dans un cadre aux contours rigides qui serait de nature à empêcher son évolution ultérieure* »⁶⁵⁹.

190- De même que l'on a voulu opposer une conception authentique de la propriété civile, par rapport à un modèle déformé d'une propriété spécifiquement commerciale, la tentation pourrait exister, s'agissant de la reconnaissance jurisprudentielle de la propriété des créances, d'opposer, ici encore, deux modèles de propriété. L'idée pourrait être invoquée, selon laquelle les tribunaux judiciaires français auraient à se départir et à se distinguer de la conception extensive de la propriété, telle

⁶⁵³ A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 351, Paris, L.G.D.J., 2001, n° 320, p. 297.

⁶⁵⁴ A.-F. ZATTARA, thèse préc., n° 299, p. 274.

⁶⁵⁵ A.-F. ZATTARA, thèse préc., n° 299, p. 274. Voir notamment J.-Y. CHÉROT, « Trois thèses de l'analyse économique du droit », *Droit prospectif*, R.R.J. 1987.450.

⁶⁵⁶ A.-F. ZATTARA, thèse préc., n° 300 et suiv., p. 275 et suiv.

⁶⁵⁷ A.-F. ZATTARA, thèse préc., n° 316, p. 291 : « [...] il est tout à fait plausible de penser que la classification des droits établie par M. Ginossar a pu inspirer les jurisprudences constitutionnelles et européenne ».

⁶⁵⁸ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 42, p. 112. Dès lors, tous les droits patrimoniaux (droits réels autres que le droit de propriété, droits intellectuels, droits personnels) peuvent faire l'objet d'un droit de propriété.

⁶⁵⁹ A.-F. ZATTARA, thèse préc., n° 304, p. 280 : « [...] elle permet l'adaptation de la théorie des biens au développement économique car, en effet, 'le bien' des juristes doit rejoindre aussi exactement que possible la 'richesse' des 'économistes' » (en ce sens, R. SAVATIER, *Rev. trim. dr. civ.* 1958.346).

qu'elle est défendue par les institutions judiciaires européennes, sinon constitutionnelles. Au contraire, pour le droit québécois, c'est de la conception de la propriété telle qu'elle existe en *common law*, que le modèle civiliste de la propriété québécoise aurait à se démarquer. Si l'identification du contre-modèle est différente dans les deux cas, il s'agit néanmoins dans les deux cas d'un modèle plus ou moins extérieur, duquel la propriété authentique aurait à se défendre.

Ce raisonnement doit toutefois être rejeté, pour la simple raison que les tribunaux, tant français que québécois se sont alignés sur une vision qui ne peut donc plus être considérée comme externe au système étudié. L'argument d'une influence externe, de laquelle la propriété authentique aurait à se défendre, ne tient donc pas plus s'agissant de la reconnaissance légale que s'agissant de la reconnaissance judiciaire de la propriété des créances. Cela vaut tant pour les tribunaux français (A), que pour les tribunaux québécois (B).

A. Les tribunaux français

191- Dans un article relatif à l'évolution historique du droit des biens en matière immobilière, un auteur estime que la Cour de cassation ne se réfère pas exclusivement à la propriété corporelle⁶⁶⁰ : « [l]a propriété corporelle, portée depuis des siècles, à bout de bras, par la doctrine [...] n'a guère triomphé dans notre droit que durant un siècle et demi. En deçà et par delà, notre histoire du droit de l'immeuble paraît bien se résumer à une longue lutte de la pratique, et parfois de la jurisprudence, pour refuser les barreaux de la *corporéité* »⁶⁶¹. Cette remarque peut *a fortiori* être étendue aux meubles .

La reconnaissance de la propriété des créances par la jurisprudence judiciaire (1) et constitutionnelle (2), est corroborée par les décisions européennes (3).

1. La jurisprudence judiciaire

192- En matière de cession Dailly tout d'abord, la jurisprudence a expressément admis la thèse de la propriété des créances cédées. Ainsi, par exemple, le Tribunal de grande instance de Colmar, dans un jugement du 13 mars 1987, a affirmé que le cessionnaire acquiert la *propriété de la créance* au regard du cédant, même si le

⁶⁶⁰ A.-M. PATAULT, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immeuble corporel », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^e journées René Savatier, Paris, P.U.F., 1991, p. 11.

⁶⁶¹ A.-M. PATAULT, *loc. cit.*, p. 12. Nous récusons néanmoins l'analyse que cet auteur fait de la propriété romaine qui d'après elle aurait été réduite à la *corporéité* (*loc. cit.* p. 4).

bordereau comporte une irrégularité formelle⁶⁶². La Cour de cassation a confirmé ce point de vue, notamment dans un arrêt de la chambre commerciale du 28 octobre 1986. Dans cette affaire, un commerçant avait un compte courant au Crédit Agricole; il avait cédé à la banque Pelletier, par bordereau Dailly, la créance qu'il avait contre un tiers, sans lui notifier la cession; ce débiteur avait payé son créancier, en lui virant la somme due à son compte au Crédit Agricole (ou banque réceptionnaire). La haute Cour a jugé que celle-ci devait restituer au cessionnaire le paiement reçu du cédé, au motif que « *la cession, qui transfère au cessionnaire la propriété de la créance professionnelle cédée, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau* »⁶⁶³.

193- Un autre exemple peut être trouvé dans l'interprétation que la jurisprudence a donnée du contrat d'affacturage. Le *contrat d'affacturage*, ou *factoring* en anglais, est constitué par l'opération suivante : un commerçant A a des créances (des factures) contre les clients B, B', B'' etc. Un *factor* (ou affactureur) C paye A (adhérent) de ses factures, après déduction de ses commissions, et agit contre B, B', B'' etc. Pour fonder cette action, la pratique a imaginé de subroger le *factor* dans les droits de son adhérent; cette subrogation est opposable aux tiers sans autre formalité. Or, la jurisprudence a expressément reconnu la notion qui nous préoccupe. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 4 février 1992 expose que « l'affactureur qui a réglé les factures de son adhérent devient *propriétaire des créances correspondantes* qui lui sont transférées par l'effet d'une subrogation conventionnelle, laquelle est opposable aux tiers par sa seule existence; s'il incombe à l'adhérent d'aviser son débiteur de la convention d'affacturage, cette notification n'est cependant pas une condition de l'opposabilité de la subrogation opérée au profit de l'affactureur »⁶⁶⁴.

Ces deux exemples caractéristiques montrent que les tribunaux français de droit commun n'hésitent pas à recourir le cas échéant à la notion de propriété des créances. Cette reconnaissance a d'autant plus d'importance et peut d'autant moins être ignorée, qu'elle trouve un appui solide dans la position du Conseil constitutionnel lui-même.

⁶⁶² T.G.I. Colmar, 13 mars 1987, D. 1988.Somm.com.279, obs. M. VASSEUR.

⁶⁶³ Com. 28 octobre 1986, J.C.P. 1987.II.20735, note J. STOUFFLET. Voir aussi : Com., 8 janvier 1991, *Rev. trim. dr. civ.* 1991.368 ; Com., 19 mai 1992, *Bull. civ.* IV, n° 190 ; Com., 7 mars 1995, D. 1995.i.r.126. Voir aussi : Com., 28 mai 1996, *Juridique Lamy Cassation*, arrêt n° 1026, pourvoi n° 94-10.361 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que *la cession de créance consentie dans les formes de la loi du 2 janvier 1981 transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée*, même lorsqu'elle est effectuée en vue de garantir le paiement du solde d'un compte courant et sans stipulation d'un prix, de sorte qu'une telle cession n'est pas une constitution d'un droit de nantissement sur un bien du débiteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

⁶⁶⁴ Paris, 4 février 1992, D. 1992.i.r.121.

2. La jurisprudence constitutionnelle

194- Le Conseil constitutionnel⁶⁶⁵ a indirectement consacré la notion de propriété des créances à propos des droits sociaux. Par une décision du 16 janvier 1982⁶⁶⁶, le Conseil Constitutionnel a affirmé le caractère constitutionnel du droit de propriété, sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁶⁶⁷ et en a déduit la nécessité d'un contrôle des nationalisations d'entreprises. Le Conseil constitutionnel commence par rappeler avec force le caractère fondamental du droit de propriété : le « *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 reste fondamental malgré son évolution* et, en conséquence, [...] la liberté [...] ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ». Ainsi, la propriété n'a pas seulement une fonction « égoïste » ou sociale, elle a également une fonction politique au sens large : elle permet au citoyen de « se donner une sphère extérieure pour sa liberté »⁶⁶⁸. Puis, le Conseil constitutionnel admet la validité de principe de la nationalisation. Le droit de propriété tel qu'il est affirmé par les textes constitutionnels, n'est pas un obstacle infranchissable à la décision de nationaliser, dans la mesure où celle-ci a été prise dans le « *respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État* ».

Ainsi, les nationalisations sont fondées si elles ne heurtent pas les principes fondamentaux du droit de propriété et s'« *il n'est pas établi qu'elles restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions de la Déclaration de 1789* ». Puisqu'il ressort des travaux préparatoires de la loi que les nationalisations « *seraient* » nécessaires pour donner certains moyens économiques aux pouvoirs publics pour faire face à la crise, elles « *procéderaient* »

⁶⁶⁵ Le Conseil constitutionnel est un organe essentiel dans le fonctionnement des institutions de la V^e République. Parmi ses attributions, l'une des principales en fait un juge de la constitutionnalité des normes. Une norme déclarée non conforme est privée de la possibilité d'accéder à une existence juridique et ne peut entrer en application. Aux termes de l'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958, non seulement les décisions du Conseil constitutionnel « ne sont susceptibles d'aucun recours », mais encore « elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Ainsi, les décisions du Conseil constitutionnel font autorité à l'égard du législateur, du gouvernement et des Cours suprêmes des deux ordres. Voir notamment P. PACTET, *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, 10^e éd., Paris, Masson, p. 459.

⁶⁶⁶ C.C., 16 janvier 1982, *J.C.P.* 1982.II.19788, note N. QUOC VINH, et C. FRANCK.

⁶⁶⁷ Le 16 juillet 1971, il a dépassé le contrôle restreint que lui impartit la constitution, et il a étendu ce contrôle à la conformité des dispositions législatives par rapport aux principes visés par le Préambule de la Constitution. L'article 2 de la Déclaration dispose que « 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 ».

⁶⁶⁸ C.C., 16 janvier 1982, *Gaz. Pal.* 1982, I. 67, note A. PIEDELIÈVRE et J. DUPICHOT.

donc de la nécessité publique prévue par l'article 17 de la Déclaration de 1789. Le Conseil Constitutionnel, se fondant sur l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui prévoit que « la privation du droit de propriété requiert une juste [...] indemnité », précise que celle-ci doit s'entendre d'un « *droit à la compensation du préjudice subi par eux, évalué au jour du transfert de propriété* ». Cette indemnité doit de plus être préalable.

De ce que le droit de propriété est le but de la société (article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen), les juges constitutionnels ont déduit que ce but ne serait plus atteint et que la constitution serait violée si le champ de la propriété privée se trouvait trop restreint par l'effet des nationalisations.

195- Cette décision a fait l'objet de controverses et a été critiquée. On a estimé qu'à travers la notion de champ de la propriété privée, le juge protège en réalité la propriété objective, les choses dans le commerce et non le droit de propriété lui-même, pourtant seul garanti par la Constitution⁶⁶⁹. Dans le cadre des nationalisations, le droit de propriété lui-même ne serait pas atteint, dès lors qu'elles ont pour effet de substituer un propriétaire à un autre. Quoi qu'il en soit, le Conseil Constitutionnel a décidé d'exercer son contrôle en la matière. Or, ce contrôle s'est exercé sur des transferts de propriété portant non sur les actifs des sociétés nationalisées, mais sur les *titres* constitutifs de leur capital.

Avec cette décision, le Conseil Constitutionnel a donc clairement affirmé le fondement constitutionnel de la propriété des droits incorporels⁶⁷⁰.

196- L'admission par le Conseil Constitutionnel de la propriété des droits incorporels a été confirmée dans une décision du 4 juillet 1989⁶⁷¹, dans laquelle le Conseil devait se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations. Il était notamment reproché à cette loi d'être contraire au respect du droit de disposer, « *élément fondamental du droit de propriété* ». Les auteurs de la saisine reprochaient à la loi d'avoir soumis à un contrôle administratif les mutations d'actions de sociétés privatisées ayant pour effet de porter à 10 % ou plus la participation au capital d'un actionnaire, ce contrôle permettant au ministre chargé de l'Économie de s'opposer par arrêté à l'acquisition, au cas où la protection des intérêts nationaux l'exigerait. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel estime que, s'il est vrai qu'une loi ne doit pas être contraire à la libre

⁶⁶⁹ F. ZENATI, D. 1985.chr.181.

⁶⁷⁰ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.* 1993.312.

⁶⁷¹ C.C., 4 juillet 1989, D. 1990.209, note F. LUCHAIRE ; *Rev. trim. dr. civ.* 1990.519, obs. F. ZENATI.

disposition de son bien par tout propriétaire, tel n'est pas le cas de la loi déferée à son contrôle. Le Conseil relève que les pouvoirs du ministre sont limités dans le temps et dans leur étendue et qu'ils s'exercent sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Il en déduit que la loi, *sans remettre en cause le droit de propriété, définit une limitation à certaines modalités de son exercice qui n'a pas un caractère tel que l'atteinte qui en résulte en dénature le sens et la portée et soit, par suite contraire à la constitution.* Ainsi, toute atteinte au droit de propriété n'est pas *a priori* contraire à la Constitution, mais le juge constitutionnel doit s'assurer du fait que la limitation à l'exercice du droit de propriété n'est pas suffisamment grave pour en dénaturer l'essence⁶⁷². C'est ce principe général qui a été appliqué, dans la décision du 4 juillet 1989, au droit de disposer⁶⁷³.

197- Les tenants de la théorie classique de la propriété analysent traditionnellement le droit de disposer comme un attribut de la propriété, ce qui conduit à ne l'envisager que pour les biens corporels. Cette idée a été contestée notamment par Planiol, qui considérait le droit d'aliéner comme une faculté extérieure ne caractérisant pas la propriété et s'exerçant sur tous les droits. Or, le professeur Zenati a justement observé que ces deux théories ont été rejetées par le Conseil constitutionnel, qui dans cette décision *« ne réserve nullement le droit de disposer aux biens corporels, puisqu'(elle) en fait application à des biens constitutifs d'une variété de droit de créance sans en déduire, pour autant, une extériorité du pouvoir de disposer par rapport à la propriété. Force est d'en déduire que tous les droits patrimoniaux sont, comme les corps, des objets de propriété »*. De plus, cette décision ne saurait être considérée comme isolée et constitutive d'un simple dérapage de langage, puisqu'elle a été confirmée par la suite dans une nouvelle décision en date du 9 novembre 1999⁶⁷⁴. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs expressément souligné l'existence d'une *« évolution caractérisée »* du droit de propriété vers *« une extension de son champ d'application à*

⁶⁷² Voir à ce propos : C.C., 26 juillet 1984.

⁶⁷³ Voir : F. ZENATI, *Rev. trim. dr. civ.* 1996.chr.934.

⁶⁷⁴ Dans une décision du 9 novembre 1999, rendue à l'occasion de l'examen de la loi relative au pacte civil de solidarité, le Conseil constitutionnel a une nouvelle fois assimilé le droit de créance à un droit de propriété : Décision n° 99-419 DC, 9 novembre 1999 : J.O. 16 novembre 1999, p. 16962. Pour un commentaire de la décision dans le sens de la reconnaissance de la propriété des créances : N. MOLFESSIS, « Pacte civil de solidarité. La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel », J.C.P. éd. N. 1999.270, p. 273 : « la décision repose sur une assimilation du droit de créance à un droit de propriété, dans la droite ligne de la conception développée par la Cour européenne des droits de l'homme de la notion de biens ». Voir aussi : N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 287, Paris, L.G.D.J., spéc. p. 53 et suiv.

des domaines nouveaux »⁶⁷⁵. Tel est également le cas en droit européen, ce qui se vérifie à travers la position adoptée par la Cour Européenne des droits de l'homme.

3. La jurisprudence européenne

198- Par deux arrêts éloquents, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que le droit de créance constitue un bien, objet de propriété⁶⁷⁶ : à propos d'une créance d'origine contractuelle dans la première affaire, et à propos d'une créance d'origine délictuelle dans la seconde.

Dans la première affaire (*Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*) du 9 décembre 1994⁶⁷⁷, l'État grec avait confié à une entreprise la construction d'une raffinerie. L'entreprise avait effectué des investissements pour honorer son marché, mais l'État avait renoncé à l'opération, estimant finalement qu'elle était non conforme à l'intérêt national. L'entreprise avait alors sollicité, devant une instance arbitrale, réparation du préjudice que lui avait causé cette résiliation, et elle avait obtenu réparation. Mais l'État grec obtient l'annulation de la sentence par la Cour de cassation grecque, sur le fondement d'une loi entre temps votée par le Parlement grec et invalidant les sentences relatives à ce type de contrat⁶⁷⁸. L'entreprise saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme, qui condamne l'État grec à verser l'indemnité accordée à celle-ci, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, garantissant le droit à un procès équitable. La censure est également fondée sur l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention, en

⁶⁷⁵ C.C., n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec. Cons. constit.*, p. 22, et n° 89-256 D.C. du 25 juillet 1989, *Rec. Cons. Constit.*, p. 53 : « un droit garanti par la Constitution n'a pas nécessairement et de ce seul fait un contenu intangible [...]. La jurisprudence relative au droit de propriété, loin de conférer à celui-ci un caractère [inviolable et sacré] suivant les termes employés par l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme a, au contraire, mis l'accent sur le fait que depuis 1789, les finalités et les conditions d'exercice de ce droit [ont subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général] ».

⁶⁷⁶ En ce sens : A.-F. ZATTARA, thèse préc., n° 283 et 284, p. 260 et 261, notamment n° 283 : « Les créances n'ont pas échappé à la politique jurisprudentielle de développement progressif de l'article 1^{er} du Protocole annexé à la Convention menée par le juge européen des droits de l'homme » et n° 3000 : « L'interprétation extensive du domaine d'application de la propriété a révélé que la nature corporelle ou incorporelle du bien importe peu pour la qualification de ce dernier comme objet de propriété ». Voir aussi J.-P. MARGUÉNAUD, *Rev. trim. dr. civ.* 1996.515, p. 515 : « Un droit d'origine contractuelle est un bien au sens de l'article 1^o du protocole additionnel n°1 qui fait entrer le droit de propriété dans la catégorie des droits de l'homme (...). Cette assimilation des droits de créance à des biens protégés par l'article 1^o du protocole n°1 pourrait affecter très profondément le droit des obligations » ; et l'auteur poursuit dans la suite de l'article : « Donc les créances sont des biens au sens de l'article 1^o du Protocole n°1 » (*loc. cit.*, n° 1, p. 1019).

⁶⁷⁷ *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, C.E.D.H., 9 décembre 1994, n° 22/1993/417/496 ; *J.C.P.* 1995.I.3823, n° 40, obs. F. SUDRE ; *Rev. trim. dr. civ.* 1995.652, obs. F. ZENATI ; *Rev. trim. dr. civ.* 1996.515, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

⁶⁷⁸ La loi précisait que la résiliation des contrats conclus du temps du régime des colonels, entraînait de plein droit l'annulation des clauses d'arbitrage qu'ils pouvaient contenir.

ce que le législateur a rompu au détriment des requérants l'équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général. L'atteinte au droit de propriété résulte en l'espèce de ce que les intéressés sont dans l'impossibilité d'obtenir l'exécution d'une sentence arbitrale définitive enjoignant à l'État de leur verser certains montants pour les frais qu'ils avaient engagés afin d'être en mesure d'honorer leur contrat.

L'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention dispose que toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens, et que nul ne peut être privé de sa propriété sinon pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. La Cour européenne de Droits de l'Homme sanctionne les atteintes anormales apportées au droit de propriété, et elle vérifie qu'il y a un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu⁶⁷⁹. Or, la Cour a estimé ici que l'intérêt de l'économie nationale ne justifiait pas qu'un cocontractant soit privé de son droit à indemnité. Elle a considéré que le droit à réparation de la victime d'un dommage, qui s'analyse comme une créance, est un objet de propriété, et à ce titre bénéficie de la protection supra législative du droit de propriété.

199- La Cour européenne des droits de l'homme s'est encore prononcée sur ce point dans l'affaire *Pressos Compania Naviera SA et autres*, du 20 novembre 1995⁶⁸⁰. Le gouvernement belge avait été effrayé par les incidences budgétaires d'un revirement de la jurisprudence relative aux accidents de pilotage des bâtiments de mer. Il avait alors obtenu le vote d'une loi revenant à supprimer, avec un effet rétroactif de trente ans, les créances en réparation des victimes des heurts et abordages -apparemment très fréquents à certains endroits- dès lors que ces créances s'exerçaient contre l'État ou contre les sociétés privées dotées d'une concession. Or, dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme, a affirmé qu'une créance de réparation est une valeur patrimoniale. Et, pour les créances comme pour les autres biens protégés par l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme, une privation de propriété constitue normalement une atteinte excessive au regard du principe de proportionnalité de l'ingérence, et un manque total d'indemnisation ne pourrait se justifier que dans des circonstances exceptionnelles⁶⁸¹. Dans cette affaire, la Cour n'exige même plus, comme c'était le cas dans les décisions antérieures⁶⁸², que la

⁶⁷⁹ C.E.D.H., 23 septembre 1982, *Sporrong et Lonnroth c. Suède*, Série A, n° 52.

⁶⁸⁰ C.E.D.H., 20 novembre 1995, *Pressos Comania Naviera SA et autres*, Série A, n° 332.

⁶⁸¹ J. -P. MARGUÉNAUD, *Rev. trim. dr. civ.* 1996.chr.1021.

⁶⁸² Notamment *Raffineriès grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, précité.

créance soit certaine pour la qualifier de bien. Il suffit désormais que la créance soit fondée sur une « espérance légitime » pour pouvoir constituer un bien⁶⁸³.

Si la notion de propriété des créances a acquis une assise de plus en plus solide au sein des juridictions française et européenne, il s'agit maintenant de voir ce qu'il en est des tribunaux québécois.

B. Les tribunaux québécois

200- Après avoir rendu compte de l'attitude en la matière des juridictions propres à la province du Québec (1), la position de la Cour suprême fédérale sera envisagée (2).

1. La jurisprudence judiciaire

201- De nombreuses décisions reconnaissent expressément la notion de propriété des créances en droit québécois, cela avant (a) mais aussi depuis la mise en vigueur du nouveau Code civil du Québec (b)⁶⁸⁴. On se demandera à ce propos si l'on peut percevoir une évolution avec le nouveau code.

a) La jurisprudence antérieure au Code civil du Québec

202- Avant l'entrée en vigueur du Code civil du Québec, la notion de propriété des créances a été admise dans de nombreuses hypothèses, à l'occasion de conflits touchant des domaines variés. La notion a principalement été consacrée à propos des cessions de créances, mais elle l'a également été en matière de saisie-arrêt⁶⁸⁵, de fiducie⁶⁸⁶, de conflits de propriété entre une banque et un sous-traitant⁶⁸⁷, ou encore indirectement à travers la reconnaissance de la possession des créances⁶⁸⁸. Ainsi, par

⁶⁸³ A.-F. ZATTARA, thèse préc., n° 284, p. 260.

⁶⁸⁴ La *Loi portant réforme du Code civil du Québec* date du 18 décembre 1991 (*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64), mais son entrée en vigueur a été retardée au 1^{er} janvier 1994 (Décret 712-93, 19 mai 1993, (1993) 125 G.O. II, 3589).

⁶⁸⁵ *Malouin c. Entreprises de télévidéo D.S. Inc.* [1987] R.J.Q. 2132-2136, p. 797: le jugement validant une saisie-arrêt a pour effet de rendre le créancier saisissant propriétaire de la créance.

⁶⁸⁶ *In Re Dame Pigeon* [1968] C.S. 513 : la cession de créance consentie en vertu d'un acte de fiducie « doit être reconnue comme une cession de créance pure et simple et non comme un transport en garantie » (p. 514), ce qui permet de reconnaître au bénéficiaire du créancier son droit à la « propriété » de la créance (p. 516).

⁶⁸⁷ *Banque Royale du Canada c. P.G. du Québec* [1976] C.S. 634 : « Considérant que la banque est devenue propriétaire de la créance résultant du contrat [...] ».

⁶⁸⁸ *Desève c. O'Flaherty* (1923) 34 B.R.151 ; *Huard c. Banque Provinciale du Canada* [1976] C.S. 1309 ; *Compagnie de Papier Q.N.S. Ltée c. Gobeil* (1993) R.D.J. 119-121 (C.A.). Voir aussi *Pétroles Therrien Inc. c. Provi-Grain (1986) Inc. (syndic)* (C.A.) (j. Beaugard, Rousseau-Houle et Deschamps), n° 15 :

exemple, dans ce dernier cas, la cour d'appel a jugé, à propos d'une affaire de cession de loyer, que : « [...] lorsqu'un nouveau bail est contracté, le créancier cessionnaire [...] devient *propriétaire des créances* nouvellement acquises mais, pour une *possession utile* à l'égard des tiers, il faut de nouveau que la cession de loyer soit signifiée au locataire ou acceptée par lui et ce, même s'il s'agit d'un ancien locataire »⁶⁸⁹.

203- L'une des principales questions sur lesquelles la jurisprudence a eu à se pencher pour interpréter le Code civil du Bas Canada, a été de déterminer si la cession de créance faite à titre de garantie, était ou non translatrice de la propriété de la créance. S'il a toujours été admis que la cession de créance « pure et simple » a pour effet de transférer la propriété de la créance au cessionnaire⁶⁹⁰, la jurisprudence antérieure au nouveau code s'est montrée plus fluctuante sur le point de savoir si la propriété de la créance était transférée dans le cadre d'une *cession de créance à titre de garantie*. Si la réponse donnée par les tribunaux a été tantôt négative⁶⁹¹, tantôt positive⁶⁹², le conflit a toujours été tranché en termes de « propriété de la créance ».

204- Les juridictions ont eu à se prononcer à plusieurs reprises sur la nature et les effets d'une cession de créance faite pour garantir le paiement d'une dette. La question principale a été de déterminer la nature juridique d'une telle cession, notamment si elle devait s'analyser en un nantissement⁶⁹³, ou en une véritable vente, emportant transfert de propriété. Dans l'affaire *Lemaire c. Tourville*⁶⁹⁴, il s'agissait d'une cession de créance qui avait été faite pour garantir le paiement d'une dette. Une personne avait obtenu un prêt de la Banque Provinciale du Canada, pour une somme de

« [...] que l'on qualifie la cession de créance en garantie comme étant translatrice de propriété ou comme étant un nantissement, la remise de *possession de la créance* est, dans les deux cas, régie par l'article 1571 C.c.B.C. L'acheteur n'a pas de possession utile à l'encontre des tiers, tant que l'acte de vente n'a pas été signifié et qu'il n'en a pas été délivré copie au débiteur ; il peut cependant être mis en possession par l'acceptation du transport que fait le débiteur [...] ».

⁶⁸⁹ *Canada inc. c. Immobilière Natgen inc.* [1998] A.Q. n° 2543 (C.A.) (j. Deschamps, Pigeon, Philippon), n° 34. Voir aussi sur cette question : L. PAYETTE, « Clauses de transport de loyers » (1968-69) 71 *R. du N.* 519.

⁶⁹⁰ *The Montreal Loan and Investment Co. v. Plourde*, (1903) 23 C.S. 399 : « la créance se vend et passe à l'acheteur, qui en devient seul propriétaire, comme dans la vente des autres biens, et aux mêmes effets » ; *General Accident Insurance Compagnie Co. c. Cie de chauffage Gaz Naturel* [1978] C.S. 1160-1168 : « une cession de créance pure et simple est un acte translatif de propriété » ; *Syndic de Croft* [1998] R.J.Q. 1917 (survie de la loi ancienne ; jugé que l'absence de transfert de propriété exclut la qualification de cession de créance pour un REER).

⁶⁹¹ *Sirois v. Dame Hovington*, [1969] B.R. 97 (C.A.).

⁶⁹² *Place Québec Inc. c. Desmarais*, [1975] C.A. 910 : la cession de créance est un acte translatif de propriété, ce transfert pouvant être pur et simple, ou conditionnel comme dans le cas d'une cession de créance à titre de sûreté ; position reprise par : *Desrosiers c. Thibault* [1979] C.P. 282 ; *Syndic de Croft* [1998] R.J.Q. 1917 (survie de la loi ancienne).

⁶⁹³ En ce sens : *Sirois c. Hovington*, [1969] B. R. 97.

⁶⁹⁴ *Lemaire c. Tourville*, [1952] C.S. 221.

\$ 800. Au même moment, en garantie de ce prêt, elle avait cédé à la banque une créance d'un montant de \$ 933,30, qu'elle détenait contre un tiers. Or, postérieurement à cette cession, le cédant avait intenté une action en paiement contre le débiteur. En l'espèce, le conflit portait sur la portée et les effets de la cession. La banque, en sa qualité de défendeur, invoquait la cession comme une fin de non-recevoir à l'action du demandeur-cédant ; de son côté, le demandeur soutenait que la cession telle que stipulée constituait en réalité un contrat de gage et qu'elle n'affectait pas son droit d'action.

Pour trancher le conflit, le juge fait un bref rappel sur le contrat de gage. Dans un tel contrat, la chose qui en fait l'objet est en la possession du créancier « comme un dépôt pour assurer sa créance ». Le créancier ne peut en disposer, mais il peut en percevoir les intérêts, même s'il ne peut en réclamer le capital. De son côté, le débiteur ne peut réclamer la chose gagée qu'une fois sa dette payée. Le juge affirme ensuite que « la cession ou vente d'une créance confère au cessionnaire ou acheteur la *propriété de cette créance* » (article 1570 C.c.B.C.), que les termes du contrat sont clairs et que le pouvoir de disposition conféré à la banque ne peut se concilier avec un contrat de gage (1971 et 1972 C.c.B.C.). Le juge estime alors que la première clause du contrat « *comporte une cession transférant la propriété de ladite créance à la mise en cause* », et qu'il résulte du contrat entier que le cédant a donné à la banque une garantie pour assurer le remboursement du prêt à lui consenti, mais que « cette garantie a pris la forme et les effets d'une cession de créance ». Le juge ajoute que « [l]a cession a pour effet de transférer la propriété de la créance du demandeur à la mise en cause, mais il ressort du contrat que si le demandeur paye sa dette à la mise en cause, il pourra reprendre les propriété et possession de sa créance, si elle existe encore, savoir si la mise en cause n'en a pas perçu le montant ». En conclusion, le contrat n'est donc pas un contrat de gage, et la banque est « *actuellement propriétaire et en possession de la créance* ».

205- Par ailleurs, dans l'affaire *Place Québec Inc. c. Desmarais*⁶⁹⁵, il a été jugé que la cession de créance à titre de garantie devait s'analyser comme « un transport conditionnel et résolutoire en faveur du cessionnaire, laissant subsister au profit du cédant un intérêt suffisant mais conditionnel »⁶⁹⁶. Dans cette décision, le juge Bernier estime que :

« La cession de créance à titre de sûreté accessoire est un transfert conditionnel et résolutoire quant au cessionnaire, *son droit de propriété* cessant de plein droit, sans la nécessité d'un acte de rétrocession, lorsque la condition est accomplie [...]. Quant au cédant, dans le cas d'une cession de créance à titre de sûreté accessoire, si le transfert est

⁶⁹⁵ *Place Québec Inc. c. Desmarais*, [1975] C.A. 910 (j. Bernier). La Cour d'appel juge en appel les jugements des autres tribunaux du Québec (art. 25 du Code de procédure civile).

⁶⁹⁶ P. CIOTOLA, « Les cessions de créances : modalités de réalisation et conflits de collocation », (1982-1983) *R.J.T.* 393.

absolu, il n'est cependant pas définitif ; celui-ci [...] continue à détenir *un droit de propriété dans la créance cédée*, affectée cependant d'une condition suspensive ; la condition est l'extinction de la dette à la sûreté de laquelle la créance a été cédée [...].

Ici encore, la propriété des créances est donc reconnue.

206- On signalera, en outre, un arrêt important de la Cour d'appel⁶⁹⁷, à propos d'un cas d'expropriation de terrains sur lesquels l'intimée s'était engagée à construire une maison qu'elle devait ensuite louer. La Cour supérieure avait admis la réclamation en dommages et intérêts de l'intimée, fondée sur l'article 407 du Code civil du Bas Canada, notamment au motif que le mot « propriété » figurant dans cet article, s'appliquait également à un droit personnel perdu par suite d'expropriation. Or, la Cour d'appel entérine sur ce point la position de la Cour supérieure et rejette l'appel, admettant ainsi la propriété des créances⁶⁹⁸.

Les juges n'hésitent donc pas à recourir à la notion de propriété relativement à des créances. Il reste à savoir si cette attitude ouverte de la jurisprudence antérieure au Code civil du Québec⁶⁹⁹ s'est répercutée avec le nouveau code.

b) La jurisprudence sous l'empire du Code civil du Québec

207- La jurisprudence interprétant le Code civil du Québec est nécessairement moins fournie en raison de la date, relativement récente, d'entrée en vigueur de ce code. Les tribunaux persistent toutefois à reconnaître la notion de propriété des créances. Cela a été, notamment, le cas dans l'affaire *Denis Cimaf inc.*, dont la Cour d'appel a eu à connaître en 1998⁷⁰⁰. En l'espèce, une personne avait consenti un prêt à une autre qui, en retour, lui avait cédé en garantie la créance qu'il avait contre un tiers. Après la faillite du débiteur cédé, le syndic avait proposé une certaine somme au bénéficiaire du prêt. Mais, celui-ci ayant une dette fiscale, le ministre du Revenu national a fait une saisie-arrêt de la créance, en vertu de l'article 224 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷⁰¹. La Cour supérieure avait décidé que le cessionnaire était devenu propriétaire de la somme,

⁶⁹⁷ *Ville de Montréal c. Cedar Towers Corporation*, 1972 C.A. 270.

⁶⁹⁸ En ce sens : voir la chronique de droit des biens de F. FRENETTE, (1973) 4 R.G.D. 91, p. 91 : « Le point à débattre est donc le suivant : *peut-on parler de propriété des créances ? Evidemment oui* et, à cet égard, la décision du tribunal d'appel a été rendue à bon droit. *Il n'y a pas si longtemps néanmoins, la réponse eût été toute autre et il n'est pas dit d'ailleurs que certains, consciemment ou non, ne livrent pas aujourd'hui encore un combat d'arrière-garde pour la propriété corporelle* ».

⁶⁹⁹ Voir aussi *Pétroles Therrien Inc. c. Provi-Grain (1986) Inc. (syndic)* (C.A.) (j. Beaugard, Rousseau-Houle et Deschamps), n° 37 et 38 : « T. ne disposait pas seulement d'un droit personnel contre P. mais d'un *droit réel sur les créances*. Les cessions de créances ont été parfaites par la signification et la délivrance que T. en avait faites avant la faillite. Le syndic ne bénéficie pas de meilleurs droits que ceux dont disposait P. et *ne peut se prétendre propriétaire des créances que P. avait cédées avant la faillite* ».

⁷⁰⁰ *Denis Cimaf inc.*, J.E. 98-167 (j. Rothman, Baudouin, Deschamps).

⁷⁰¹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 ; 5^e suppl., c. 1, art. 224 (1.2) et 224 (1.3).

et avait ordonné au ministre de lui remettre cette somme. En appel, le juge Baudouin estime que : « *La cession de créance emporte un véritable et authentique transfert du droit de propriété.* Toutefois, ce transfert est conditionnel. En outre, la cession n'est que l'accessoire du contrat principal ; elle sert à garantir le paiement de la somme due ».

Le conflit a donc, ici encore, été tranché en termes de *propriété de la créance*. Le juge a repris à son compte ce qui avait été décidé, sous l'ancien Code civil dans les affaires *Bastien c. Dessurault*⁷⁰² et *Place Québec Inc c. Desmarais*⁷⁰³, où il avait été jugé que l'utilisation des termes « cède et transporte » doit conduire à reconnaître le transfert de la propriété de la créance⁷⁰⁴.

208- Le recours à la notion de propriété des créances par la jurisprudence interprétant le Code civil du Québec n'est pas un cas isolé. Une autre affaire peut être citée, à titre d'exemple. Dans l'affaire *Kausen succession c. Langlois Robert*⁷⁰⁵, il a ainsi été jugé que :

« La cession de créance contenue dans l'entente [...] ne pose pas de difficultés ; il s'agit d'une cession pure et simple. Elle constitue une véritable vente ou cession, sans conditions, de la créance y décrite ; le cessionnaire [...] détient la *créance en pleine propriété* ».

Il ne semble donc pas qu'il y ait eu une modification du raisonnement des juges depuis l'entrée en vigueur du Code civil du Québec, en termes de référence à la notion de propriété des créances. Sous le nouveau code, la jurisprudence a également consacré les notions de « *vente de créance* »⁷⁰⁶ ou de « *possession d'une créance* »⁷⁰⁷.

La reconnaissance de la propriété des créances par les juridictions québécoises se double par ailleurs d'un appui au niveau de la Cour suprême et du Conseil privé.

⁷⁰² *Bastien c. Dessurault* [1962] R.C.S. 97.

⁷⁰³ *Place Québec Inc c. Desmarais*, [1976] C.A. 910.

⁷⁰⁴ Cela oppose la cession de créance pure et simple, à la cession de créance à titre de garantie. Voir *Denis Cimaf inc.*, n° 17 et n° 18 : « Le problème, du moins dans sa formulation est simple. Tenant pour acquis que la cession de créance, en droit civil, emporte un véritable et authentique transfert du droit de propriété, le cessionnaire continue-t-il, malgré ce fait, à être un 'créancier garanti' au sens donné par ces termes par la loi ? » (*Loi de l'impôt sur le Revenu*, précitée).

⁷⁰⁵ *Kausen succession c. Langlois Robert* [1996] A.Q. n° 3553, n° 22 :

⁷⁰⁶ *Banque Nationale du Canada c. G. Beaudet et Cie*, J.E. 98-1129 (C.S.) ; confirmé à propos d'une vente d'actions : *Banque de Commerce Canadienne Impériale c. Coopératives fédérées du Québec*, J.E. 98-1770 (C.A.) ; voir aussi *Biron c. Québec Inc.*, J.E. 98-704 (C.S.), qui reconnaît la propriété de titres de créances.

⁷⁰⁷ *Banque royale du Canada c. Caisse populaire Desjardins de St Théophile de Beauce*, J.E. 98-964 (C.S.).

2. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada et du Conseil privé

209- Dans un arrêt demeuré célèbre, l'arrêt *Matamajaw Salmon Club*⁷⁰⁸, le Conseil privé⁷⁰⁹ eut à déterminer si le titulaire d'un fonds était fondé à « distraire le droit de pêche du droit de propriété et faire de ce droit isolé un objet de propriété »⁷¹⁰. Le Conseil y répondit par l'affirmative, en estimant que le droit de pêche était susceptible de propriété⁷¹¹. Or, les commentateurs y ont vu une consécration de la thèse de Ginossar⁷¹², le Conseil ayant décidé qu'un droit est susceptible de propriété⁷¹³.

210- L'arrêt *Matamajaw* a, toutefois, été critiqué en doctrine. Ainsi, selon le professeur Normand, « [l]a qualification du droit de pêche comme objet de droit de propriété est basée sur une fausse prémisse qui considère que tout titulaire d'un droit à la propriété de ce droit, comme il l'aurait d'une chose »⁷¹⁴. On a reproché à cet arrêt d'avoir reconnu un droit de propriété « dépourvu d'objet »⁷¹⁵ : les poissons étant des *res nullius*, ils ne peuvent s'acquérir que par occupation⁷¹⁶. Ainsi, « [i] ne peut donc pas être soutenu que le droit de pêche transmet à son titulaire la propriété des poissons d'un cours d'eau ; la transmission de la propriété n'a lieu que lors de la capture »⁷¹⁷. Le

⁷⁰⁸ *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine*, [1921] 2 A.C. 426.

⁷⁰⁹ Jusqu'en 1949, les jugements de la Cour suprême du Canada étaient susceptibles d'appel devant le Conseil privé de la Chambre des Lords de Londres.

⁷¹⁰ S. NORMAND, « Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* », (1988) 29 *C. de D.* 807.

⁷¹¹ *Maramajaw Salmon Club c. Duchaine*, [1921] 2 A.C. 426, p. 437: « [...] a self-contained and separable subject [of property] », dit le juge.

⁷¹² Voir notamment : S. NORMAND, « Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* », *loc. cit.*, p. 811.

⁷¹³ R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interests and Other Heresies », *loc. cit.*, p. 789, qui cite cet arrêt comme une preuve de ce que le droit de propriété peut porter sur ces choses incorporelles; J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *loc. cit.*, n° 6, p. 37 : « Certes, se dire *propriétaire d'un démembrement de la propriété* semble, à première vue, un non-sens juridique, mais *la jurisprudence sous l'ancien code a néanmoins abouti à ce résultat* »; A. COSSETTE, « Essai sur le droit de pêche dans les cours d'eau non navigables », (1997-1998) 100 *R. du N.* 1, p. 39. Voir aussi pour une critique de l'arrêt : P.-B. MIGNAULT, « L'avenir de notre droit civil », (1922-23) 1 *R. du D.* 104; S. NORMAND, « Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* », (1988) 29 *C. de D.* 807, p. 813: « En définitive, la ratio decidendi de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* est injustifiable. Même si le droit de propriété jouit d'une certaine maléabilité, la reconnaissance d'un tel droit n'exige pas moins le respect de certaines conditions. *Le titulaire du droit de propriété doit nécessairement avoir vocation à l'ensemble des prérogatives de la propriété, sur un objet donné. Or, le droit de pêche, contrairement à ce qu'affirme Lord Haldane, n'a pas d'objet propre. Il s'ensuit qu'il ne peut s'agir tout au plus que d'un démembrement de la propriété* ». Voir aussi : B. PIERRE, « Classification of property and conceptions of ownership », (1997) 28 *R.G.D.* 235, p. 239, qui y voit « a *misunderstanding of the classification of property in the civil law* ».

⁷¹⁴ S. NORMAND, « Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* », *loc. cit.*, p. 811.

⁷¹⁵ S. NORMAND, « Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* », *loc. cit.*, p. 810.

⁷¹⁶ Voir D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, n° 13, p. 6 : « À l'instar des articles 587 et suiv. C.c.B.-C., les articles 914 et 935, premier alinéa, C.c.Q. permettent l'appropriation des biens sans propriétaire par occupation : le premier occupant (qui joint l'*animus au corpus*) en devient propriétaire ».

⁷¹⁷ S. NORMAND, « Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* », *loc. cit.*, p. 811.

titulaire du droit de pêche ne saurait être qualifié de propriétaire, car il ne détient pas la maîtrise absolue de l'objet de son droit, mais n'a « que *certaines prérogatives* de la propriété, sur un *bien, propriété d'un tiers* ». Dès lors, le droit de pêche ne serait « que le droit d'acquérir par occupation les *ferae bestiae* qui se trouvent sur un fonds donné. Ce droit, de nature immobilière, est habituellement détenu par le propriétaire foncier. Celui-ci peut cependant se départir de cette prérogative au profit d'un individu ou même d'un fonds, consistant dans le dernier cas une *servitude personnelle* et dans le second une *servitude réelle* »⁷¹⁸.

En réalité, le droit de pêche devrait, pour ces auteurs, être qualifié de démembrement⁷¹⁹ et, plus spécifiquement, de servitude. La qualification de servitude se heurte toutefois à la perpétuité du droit qui avait été reconnu en l'espèce, ainsi qu'à la règle du *numerus clausus* des droits réels⁷²⁰. Surtout, les reproches adressés à l'arrêt se concentrent principalement sur la nature juridique du droit de pêche et sur sa qualification en droit réel nommé ou innommé. Mais la réponse n'est pas faite, d'un point de vue juridique, à la thèse consacrée par cet arrêt, de la propriété d'un droit réel, que ce droit réel soit nommé, ou innommé.

211- Quant à la jurisprudence de la Cour suprême⁷²¹, il convient de rappeler ici que les juristes québécois sont souvent critiques vis-à-vis du travail d'interprétation du droit civil par la Cour suprême du Canada, ce qui s'explique par la crainte qu'elle ne déforme le droit civil au profit de la *common law*⁷²². Néanmoins, la position de cette Cour nous paraît essentielle, puisqu'elle constitue le plus haut tribunal du Canada, sa compétence s'étendant à l'appel des jugements rendus par les tribunaux provinciaux en matière civile ou criminelle⁷²³.

⁷¹⁸ S. NORMAND, « Une relecture de l'arrêt Matamajaw Salmon Club », *loc. cit.*, p. 811.

⁷¹⁹ S. NORMAND, « Une relecture de l'arrêt Matamajaw Salmon Club », *loc. cit.*, p. 811 : « La seule qualification possible du droit de pêche demeure, à notre avis, le démembrement ».

⁷²⁰ L'article 1119 C.c.Q., qui reprend l'art. 1161 C.c.B.C., ne semble avoir d'autre fonction que de rappeler cette règle.

⁷²¹ Voir notamment J. BROSSARD, *La Cour Suprême et la constitution, Le forum constitutionnel au Canada*, Montréal, P.U.M., 1968. Le principe de hiérarchie des juridictions « trouve son expression finale » dans l'instauration d'une Cour supérieure, nommée Cour suprême au Canada, et Cour de Cassation en France : L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec, op. cit.*, p. 83.

⁷²² J.-L. BAUDOUIN, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour Suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 715 : les juges québécois sont en effet minoritaires dans la composition de la Cour Suprême. Voir aussi : R. BOULT, « Aspects des rapports entre le droit civil et la *Common law* dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. Can.* 738.

⁷²³ Cette Cour est régie par sa propre loi : L.R.C., 1985, c. 5-26. On notera que certaines de ses attributions sont proches de celles du Conseil constitutionnel, puisque la Cour Suprême peut être consultée par le gouvernement fédéral pour avis relativement à la constitutionnalité ou à l'interprétation d'une loi.

Depuis la mise en vigueur du nouveau Code civil, il n'y a pas eu, à notre connaissance, d'arrêt de la Cour suprême en notre matière à ce jour, ce qui s'explique peut-être par l'importance des nouvelles attributions d'ordre constitutionnel de la Cour⁷²⁴. Néanmoins, sous l'empire du Code civil du Bas Canada, la Cour suprême eut à plusieurs reprises l'occasion de reconnaître expressément la notion de propriété des créances⁷²⁵. Dans l'affaire *Bastion c. J.M. Dessureault Inc.*⁷²⁶, qui s'appuie sur l'arrêt *Laliberté c. Larue*⁷²⁷, il s'agissait de déterminer si une cession de créance consentie à titre de sûreté, était ou non translatrice de propriété. Or, la Cour suprême avait décidé qu'en l'absence de toute précision contraire, une cession de créance constitue un transfert de la *propriété de la créance*⁷²⁸.

Cette consécration de la notion par la plus haute juridiction du Québec, se situe donc dans la droite ligne des tendances jurisprudentielles précédemment observées.

Conclusion du chapitre

212- La notion d'obligation s'est réifiée, la conception traditionnelle de l'obligation en tant que lien interpersonnel étant de plus en plus corrigée par une prise en compte de l'aspect réel de la créance. Si la notion de créance a certainement évolué vers davantage de réalité en se réifiant, le droit positif saisit la créance comme un bien objet de propriété dans de multiples hypothèses. Le bien-crédence existe, la créance constituant un bien objet de propriété. En droit français comme en droit québécois, la loi et la jurisprudence ont largement consacré l'aspect réel de la créance en reconnaissant l'existence du bien-crédence.

213- La critique traditionnelle de la propriété des créances est prise en défaut sur le plan du droit positif. Certains ont tenté de réduire les hypothèses de reconnaissance du bien-crédence au droit commercial, si bien que la propriété de droit commun serait sauvegardée. À côté d'une propriété commerciale aux contours

⁷²⁴ Depuis l'adoption de la Charte canadienne de droits et libertés, la Cour suprême a de nouvelles attributions en matière de Droits et libertés fondamentales : L.R.C. (1985), Ap. II, n° 44.

⁷²⁵ *Laliberté v. Larue et Les Appartements Lafontaine*, [1931] S.C.R. 7, 2, D.L.R. 12, 12 B.C.R. 495. Pour une confirmation : *Bastion c. J.M. Dessureault Inc.* [1962] R.C.S. 97, p. 99.

⁷²⁶ *Bastion c. J.M. Dessureault Inc.* [1962] R.C.S. 97.

⁷²⁷ *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7, 2, D.L.R. 12, 12 B.C.R. 495 (j. Rinfret).

⁷²⁸ *Bastion c. J.M. Dessureault Inc.* [1962] R.C.S. 97, p. 99 : « The words 'cède et transporte' used in the transfer, in the absence of some qualifying term, mean a transfer of *the ownership of the debt* ».

extensibles, existerait donc une propriété civile aux contours étroits, pour laquelle les principes traditionnels de la propriété corporelle seraient épargnés⁷²⁹. Le simple fait que les hypothèses légales de reconnaissance du bien créance dépassent largement le domaine commercial suffit néanmoins à rejeter cette conception d'une reconnaissance exceptionnelle et limitée de la propriété des créances.

En dépit d'une condamnation toujours vive de la propriété des créances dans la doctrine traditionnelle française et parfois québécoise, le droit multiplie les références à la propriété des créances et ce, dans de nombreux domaines. En plus des textes des Codes civils français et québécois qui admettent une lecture large de l'objet de la propriété, les cas dans lesquels le législateur ou les juges ont clairement reconnu la propriété des créances ne peuvent plus être considérés comme exceptionnels. Les arguments présentés par la doctrine traditionnelle pour condamner la propriété des créances se heurtent de front à une réalité juridique de plus en plus explicite et qui a de plus tendance à étendre son domaine géographique. Cette contradiction entre une doctrine, majoritairement ou partiellement opposée à la reconnaissance du concept de propriété des créances⁷³⁰, et un droit positif de plus en plus explicitement ouvert à sa légitimité, paraît de moins en moins justifiable.

⁷²⁹ M.-A. RAKOTOVAHINY, *L'évolution de la notion de créance*, thèse Toulouse, 1999.

⁷³⁰ En droit québécois, la doctrine semble de plus en plus gagnée par la thèse qui admet la propriété des biens incorporels.

CONCLUSION DU TITRE I

214- La qualité de bien de la créance en droit français et en droit québécois se déduit tant de l'existence des biens incorporels en général, que de l'existence du bien spécifique qu'est la créance. Loin d'apparaître uniquement comme un lien de droit, la créance se présente au contraire de plus en plus comme un bien. Dans de multiples hypothèses, le droit positif français et québécois a consacré la nature juridique de bien de la créance, la théorie classique se trouvant de plus en plus dépassée face à la réalité de la prise en compte de cette nature par le droit.

Si de nombreux auteurs n'hésitent plus aujourd'hui à qualifier la créance de bien, le pas est souvent moins aisé à franchir, lorsqu'il s'agit de qualifier le droit du créancier sur son bien de propriété.

215- Si l'existence des biens incorporels peut donc être affirmée, la propriété des créances ne saurait toutefois être reconnue sans adopter le point de vue du propriétaire, afin de déterminer si le créancier, traditionnellement qualifié de titulaire de la créance, a en réalité la qualité de propriétaire de ce bien.

Titre II.

LA QUALITÉ DE PROPRIÉTAIRE DU CRÉANCIER

216- Traditionnellement, le créancier est qualifié de titulaire de la créance, plutôt que de propriétaire de la créance. La doctrine classique préfère recourir aux notions d'*appartenance* et surtout de *titularité*⁷³¹, afin de décrire le lien unissant le titulaire de la créance à son bien. Elle considère que, si l'expression de propriété des créances existe en droit positif, le terme de propriété ne serait pas pris dans son sens technique et précis, mais ne désignerait que « *l'appartenance du droit personnel à son titulaire, le créancier* »⁷³². La notion de propriété appliquée aux droits de créances, perdrait toute signification précise ; ce qui justifierait que l'on utilise les termes d'appartenance ou de titularité en matière de créances⁷³³.

217- La notion de propriété appliquée à tous les droits patrimoniaux atrophierait son sens véritable. On s'inquiète de ce que « *si tout est propriété, il n'y a plus de propriété : le droit de propriété au sens spécifique s'évanouit* »⁷³⁴. Un auteur a ainsi estimé que la notion de propriété des créances vide de toute substance la notion de propriété sur les choses corporelles et qu'il faut parler plus adéquatement de titularité des créances, la propriété sur les choses corporelles étant « *quelque chose de beaucoup plus précis qu'une simple titularité* »⁷³⁵. L'auteur s'en explique en arguant que, si l'on peut parler de propriété des créances dans un sens figuré -pour montrer que la créance est un bien faisant l'objet d'un droit, qu'elle est transmissible, peut être remise en gage ou saisie « *comme n'importe quel droit de propriété portant sur une chose corporelle* »-

⁷³¹ La titularité constitue la « relation entre le sujet et son droit » et permet d'exprimer « la relation subjective aux biens » : F. ZENATI, thèse préc., n° 224, p. 302. Voir aussi : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° *Titularité* : « jouissance en titre d'un droit ; possession d'un titre » ; v° *Titulaire* : « Détenteur en nom (en titre), investi en personne, désigné (par la loi, le contrat, etc.) comme sujet actif d'un droit ».

⁷³² C. LARROUMET, *Les Biens, op. cit.*, n° 8, p. 9.

⁷³³ G. MARTY et R. RAYNAUD, *Les biens, op. cit.*, n° 6, p. 5 et 6. Dans le même sens : P. JOURDAIN, *Les biens, op. cit.*, n° 6, p. 7.

⁷³⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 27. Voir aussi : D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », *A.P.D.* 1999.65, p. 74 et 75 : « *On serait alors propriétaire d'une information comme on peut être propriétaire de son chien, de ses créances, de sa vie privée de ses sentiments ou de ses actes. La propriété deviendrait une affaire de jeu de mots [...]* en bref, un paradigme sur lequel on pourrait divaguer à l'infini sur le mode métaphorique ».

⁷³⁵ C. LARROUMET, *Les Biens, op. cit.*, n° 24, p. 18.

il ne faut pas être dupe de cette appellation⁷³⁶. En effet, le « *droit d'un créancier sur sa créance n'a rien à voir avec le droit d'un propriétaire sur la chose qui est soumise à son emprise* » ; ces deux droits sont « *très différents dans leur technique et c'est justement là toute la différence entre le droit personnel et [...] un droit réel* »⁷³⁷. Le recours à la notion floue de titularité par rapport au terme précis de propriété⁷³⁸ est donc justifié par des raisons techniques de différence entre les régimes juridiques, laquelle découlerait de la distinction entre les régimes juridiques des droits réels et des droits personnels⁷³⁹.

218- L'idée d'imposer une similitude totale de régime juridique paraît néanmoins trop radicale; personne ne conteste par exemple que le régime juridique s'adapte à son objet mobilier ou immobilier. Cette distinction a aujourd'hui perdu en importance, au profit de celle qui oppose les biens corporels aux biens incorporels. Or rien n'interdit que le régime juridique de la propriété subisse, à l'instar des biens mobiliers et immobiliers, quelques adaptations, en fonction de la nature corporelle ou incorporelle de son objet. En définitive, la question qui se pose est avant tout de savoir si la notion de propriété est applicable à des créances, ou autrement dit, si l'on retrouve la notion de propriété intacte dans l'hypothèse où elle porterait sur une créance. La titularité étant une notion large, qui se rattache à la fois à la personnalité juridique et à la capacité juridique⁷⁴⁰, il est évident que si la notion spécifique de propriété peut être appliquée à la créance, le recours au terme de titularité devrait être abandonné en raison de son imprécision.

219- En réalité, la propriété des droits devient possible, dès lors qu'on identifie la notion de propriété dans celle, plus traditionnelle, de titularité. Si le précédent de la propriété intellectuelle invite à une telle solution, la possibilité d'une propriété des créances reste encore subordonnée à la possibilité de répondre aux objections théoriques traditionnellement opposées à ce type de propriété.

⁷³⁶ C. LARROUMET, *Les Biens*, *op. cit.*, n° 24, p. 17 et 18.

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ C. ATIAS, *Les biens*, *op. cit.*, p. 10, note à propos de la propriété des créances, que « *L'idée de réservation, d'exclusivité qui la fonde, n'a rien à voir avec le concept abstrait, et somme toute trop simple, d'une titularité d'un bien de chacun avec l'ensemble de son patrimoine* ».

⁷³⁹ Ainsi refuse-t-on d'appliquer le terme de propriété aux créances car celles-ci ne se prêteraient pas « *aux règles d'un droit de propriété véritable* » : P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 6, p. 8.

⁷⁴⁰ G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens*, *op. cit.*, p. 191 et 192 : la capacité juridique « *se définit comme l'aptitude à devenir titulaire de droits ou d'obligations et à les exercer* ».

220- Les développements précédents ont permis de montrer que la qualité de bien de la créance mérite d'être reconnue. Il convient à présent de cerner les conséquences d'une telle qualification. En effet, si la plupart des auteurs admettent aujourd'hui la qualification de bien de la créance, nombreux sont ceux qui n'en retirent pas toutes les conséquences quant à la nature du droit du créancier, répugnant à admettre sa qualité de propriétaire. La qualité de propriétaire du créancier reste donc à être confirmée.

Afin de déterminer si le créancier mérite d'être qualifié de propriétaire, il convient d'envisager la possibilité générale d'une propriété des droits (chapitre I) et, plus spécifiquement, la possibilité d'une propriété des droits particuliers que sont les créances (chapitre II).

Chapitre premier

LA POSSIBILITÉ D'UNE PROPRIÉTÉ DES DROITS

221- Si l'objet de la propriété des créances peut être identifié dans le bien, peut-on qualifier le droit du titulaire de propriété ? La critique traditionnelle, qui refuse la propriété des créances en se fondant sur l'idée d'un objet exclusivement corporel de la propriété, apparaît de plus en plus dépassée au regard de l'évolution du droit positif.

La propriété intellectuelle constitue un précédent notable d'une reconnaissance possible de la propriété des droits, ou biens incorporels (section I). Au-delà de cet exemple topique, la reconnaissance de la propriété des droits implique de pouvoir identifier la notion de propriété avec celle, couramment utilisée, de titularité (section II).

SECTION I.

LE PRÉCÉDENT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

222- La reconnaissance des propriétés intellectuelles, issue d'un besoin identique à celui que l'on connaît aujourd'hui pour les créances, constitue une atteinte sérieuse à la thèse traditionnelle de l'objet corporel des droits réels⁷⁴¹. La question de l'admission de la propriété intellectuelle est utile à une réflexion sur la propriété des créances, en raison de la similitude des arguments qui ont été présentés par les auteurs qui ont refusé la propriété intellectuelle et par ceux qui refusent la propriété des créances.

La reconnaissance de la propriété intellectuelle s'est faite de manière progressive (§1). De plus, la propriété des droits intellectuels constituant une hypothèse de propriété incorporelle, sa reconnaissance emporte nécessairement certaines conséquences en matière de propriété des créances (§2).

⁷⁴¹ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 83, p. 90 : « L'extension de la notion de propriété s'est manifestée dans le domaine des droits intellectuels. Ainsi, s'agissant des créations de l'esprit, s'est développée en termes de propriété littéraire et artistique, la protection des droits d'auteur, des artistes, en termes de propriété industrielle, la protection des droits sur les brevets, les marques, les dessins et modèles, les appellations d'origine [...]. *Le fait est que la notion de propriété est apparue comme suffisamment compréhensive et nuancée pour être adaptée à des sortes de maîtrises très diverses quant à leur objet et quant aux relations qu'elles manifestent* ».

§1. Le mouvement de reconnaissance de la propriété intellectuelle

223- L'examen de l'admission de la propriété intellectuelle en droit français (A) et en droit québécois (B), peut se faire à l'aune des deux modèles de référence des propriétés incorporelles que sont le droit d'auteur et le droit du brevet⁷⁴².

A. La reconnaissance de la propriété intellectuelle en droit français

224- Les créances ne sont pas le seul domaine dans lequel les réticences à l'admission de la propriété sur les choses incorporelles se sont manifestées : les droits intellectuels se sont également vus contester l'appellation de propriétés⁷⁴³. La doctrine classique a considéré que les propriétés incorporelles correspondaient à une extension de la propriété, qu'elles constituaient une forme d'appropriation du même ordre que la propriété, mais moins complète⁷⁴⁴. Si l'exclusivité qui les caractérise peut les faire ressembler à la propriété, il ne faudrait pas pour autant les assimiler⁷⁴⁵.

Pour éviter de recourir à la notion de droit réel, traditionnellement défini comme ne pouvant porter que sur des corps⁷⁴⁶, les auteurs ont alors forgé de nouveaux concepts. Ainsi sont apparues les notions de droit d'auteur⁷⁴⁷, de monopole d'exploitation⁷⁴⁸ ou de droits de clientèle⁷⁴⁹, l'expression la plus couramment retenue étant la catégorie

⁷⁴² P. CATALA, « L'évolution contemporaine du droit des biens. Exposé de synthèse », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^e journées R. Savatier, Paris, P.U.F., 1991, p. 181 et suiv., au n° 22, p. 187.

⁷⁴³ Voir notamment : A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux arts*, t. 1, Paris, J. Renouard et Cie, 1838-1839, p. 435 ; J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur : étude critique à propos de projets récents sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, 2^e éd., Paris, Grasset, 1937, p. 173 ; B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 1989, p. 34. Sur les critiques suscitées par l'appellation de propriété : A. ROUAST, « L'évolution du droit de propriété », dans *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 1, Paris, Dalloz, 1945, p. 117.

⁷⁴⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, *op. cit.*, t. 3, n° 8, p. 11 et 12 ; M. VASSEUR, « L'évolution du droit de propriété », dans *À la recherche du franc perdu*, Paris, éd. R. Blanchard, 1956, p. 16.

⁷⁴⁵ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, *op. cit.*, t. 3, n° 215, p. 224. Voir aussi J. DABIN, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit.* 1939.413, qui refuse l'expression de « propriété incorporelle », la propriété véritable ne pouvant désigner que les choses corporelles.

⁷⁴⁶ A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, t. 1, n° 1476, p. 845 et 846.

⁷⁴⁷ L'expression est lancée par A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux arts*, t. 1, Paris, Renouard, 1838-1839.

⁷⁴⁸ Voir notamment : E. THALLER, « Des rapports de la propriété littéraire et artistique avec le régime de communauté » *Rev. trim. dr. civ.* 1903.61. Voir aussi A. FRANÇON, *Le droit d'auteur : aspects internationaux et comparatifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 151, selon lequel le monopole d'exploitation accordé pour un certain temps à l'auteur et à ses héritiers, constitue un *droit pécuniaire*, qui permet la reproduction et la représentation de l'œuvre.

⁷⁴⁹ Cette expression, qui n'eut pas le succès de la notion de droits intellectuels, fut proposée par le doyen Roubier : P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *Rev. trim. dr. civ.* 1935.251.

juridique globale des droits intellectuels⁷⁵⁰. Sous ces différentes appellations, l'idée était la même : marquer par une notion distincte, la différence de nature entre ces droits et la propriété corporelle⁷⁵¹.

225- On a d'abord soutenu que la notion de droit subjectif serait suffisante pour rendre compte de la propriété des auteurs. Telle fut notamment la première idée de Roubier, qui estimait que les nouveaux droits nés de la société moderne pouvaient s'analyser en de simples droits subjectifs⁷⁵². Il soutenait que les qualifications de propriété industrielle et de propriété littéraire et artistique trouvent leur justification dans la volonté de conférer à ces nouveaux droits une assise forte et que la qualification de droits subjectifs⁷⁵³ suffit à rendre compte de leur nature, du droit exclusif de reproduction appartenant à l'auteur sur son ouvrage, du monopole d'exploitation résultant des brevets d'invention, ou des droits exclusifs portant sur les marques de fabrique ou de commerce⁷⁵⁴. À la suite de Picard, il proposa de regrouper ces droits en une catégorie autonome, sous la dénomination de « droit de clientèle »⁷⁵⁵. Il analysa les droits intellectuels en une troisième catégorie de droits, sorte de « tiers-droit » entre le

⁷⁵⁰ L'expression a été employée pour la première fois par E. PICARD, *Science juridique pure*, Paris, L.G.D.J., 1923. Voir aussi J. DABIN, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit.* 1939.413 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil, op. cit.*, n° 8, p. 11 et 12. Le concept large de « droit intellectuel » regroupe la propriété littéraire et artistique (droits d'auteurs appartenant aux écrivains, artistes et compositeurs, sur leurs créations respectives) et les droits de propriété industrielle (comprenant les brevets d'invention, les dessins et modèles, les marques de commerce, et appellations d'origine). Voir aussi : A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, coll. « Les cours de droit », Paris, Litec, 1999, p. 3.

⁷⁵¹ A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil, op. cit.*, t. 1, n° 1486, p. 852.

⁷⁵² Dans le même sens : J. DUCLOS, *L'opposabilité : Essai d'une théorie générale*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 179, Paris, L.G.D.J., 1984, n° 163, p. 191. selon lequel, s'il est compréhensible d'avoir eu recours, dans un premier temps, au concept de propriété pour donner une protection légale aux « œuvres de l'intelligence », il n'est plus nécessaire aujourd'hui de s'appuyer sur la catégorie des droits réels pour justifier l'opposabilité des droits intellectuels. L'existence du droit se suffirait à elle-même, peu important que le législateur ou les praticiens aient eu recours à la notion de propriété.

⁷⁵³ Selon Roubier, la notion de propriété ne peut leur convenir car ils contiennent un élément de monopole, un droit exclusif d'exploitation ou de reproduction, qui sont absents de la propriété ; selon lui, cette appropriation exprime seulement le fait que le titulaire de cette prérogative a un droit sanctionné par une action en justice : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, p. 29 et 30.

⁷⁵⁴ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, p. 23. Plus précisément, l'auteur distingue entre les droits subjectifs proprement dits et les situations juridiques. Les premiers, comme les brevets et les marques, sont sanctionnés par l'action en contrefaçon. Au contraire, les situations juridiques sont uniquement sanctionnées par l'ouverture d'une action en concurrence déloyale, qui constitue un type d'action en responsabilité : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, p. 24.

⁷⁵⁵ P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *loc. cit.* p. 295. L'auteur appelle droit de clientèle « un droit qui assure à son titulaire, vis-à-vis de tous, l'exclusivité de la reproduction soit d'une création nouvelle, soit d'un signe distinctif » (p. 301). Cette dénomination ne sera cependant pas retenue en doctrine, le principal reproche lui ayant été adressé étant d'avoir voulu « fonder leur autonomie et partant, leur existence même, sur un critère de classification spécialement élaboré pour la circonstance » ; le reproche s'appliquant également à la catégorie des droits intellectuels : J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois : Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, coll. « Bibliothèque de droit et de l'entreprise », Paris, Litec, 1990, p. 235.

droit réel et le droit de créance⁷⁵⁶, se distinguant à la fois des droits personnels, car ils sont opposables à tous, et des droits réels, car ils ne sont pas perpétuels⁷⁵⁷.

D'une manière plus générale, la position traditionnelle des auteurs, est que les droits intellectuels n'ont pas la même nature juridique que le droit de propriété et qu'ils n'obéissent pas à la même réglementation. La thèse selon laquelle les œuvres de l'esprit ne peuvent faire l'objet d'un véritable droit de propriété est principalement fondée sur le fait que le titulaire de ces œuvres ne dispose pas de tous les attributs traditionnels du propriétaire, l'exploitation de son bien par l'auteur lui faisant perdre son droit exclusif de l'utiliser⁷⁵⁸. On ajoute que le régime juridique de ces droits est différent de celui de la propriété, le principal argument étant que les choses immatérielles ne sont pas susceptibles de possession, ce qui en rendrait la propriété impossible⁷⁵⁹.

226- Concernant plus spécifiquement le droit de propriété littéraire et artistique, on avance que ce droit ne s'acquiert pas par la prescription⁷⁶⁰, qu'il n'est pas perpétuel⁷⁶¹ et qu'il n'est pas sanctionné par l'action en revendication. De plus, une partie des auteurs considère que le droit de propriété ne peut rendre compte de l'existence du droit moral du créateur sur son œuvre⁷⁶². La doctrine majoritaire française considère que la mixité des prérogatives conférées par le droit d'auteur, doit conduire à une analyse dualiste de ce droit⁷⁶³. Telle était déjà la position de Desbois, qui soutenait dans son traité la thèse de la consécration du système dualiste par la loi française. Son principal argument était fondé sur l'article 1^{er} alinéa 2 de la loi de 1957, qui confère à l'auteur des « attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que (des) attributs d'ordre patrimonial »⁷⁶⁴. Ce système était selon lui confirmé par le fait que « le droit moral précède les droits patrimoniaux, il leur survit, il en infléchit le cours pendant toute la durée de leur coexistence »⁷⁶⁵. Ce sont principalement ces idées qui ont conduit

⁷⁵⁶ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 2001, n° 19, p. 35.

⁷⁵⁷ A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, coll. « Précis Dalloz », 5^e éd., Paris, Dalloz, 1998, n° 2, p. 1 ; P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *loc. cit.*, p. 228.

⁷⁵⁸ P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *loc. cit.*, p. 441.

⁷⁵⁹ P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *loc. cit.*, p. 251 et suiv.

⁷⁶⁰ A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, t. 1, n° 1476, p. 845 et 846.

⁷⁶¹ La propriété littéraire et artistique s'éteint cinquante ans après la mort de l'auteur (même si le droit moral est perpétuel) : art. 6 al. 3, L. 11 mars 1957, repris par l'art. L. 121-1, al. 3, C.P.I. Voir aussi, sur la durée de la protection des compositions musicales : B. CHATEAU, « L'évolution de la propriété littéraire et artistique », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens*, *op. cit.*, p. 171.

⁷⁶² En ce sens : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 15, p. 31.

⁷⁶³ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 233. Sur l'analyse dualiste du droit d'auteur et la qualification du droit moral en un droit de la personnalité : F. POLLAUD-DULIAN, « Droit moral et droits de la personnalité », J.C.P. 1994.I.3780.

⁷⁶⁴ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, Paris, Dalloz, 1950, n° 217, p. 275 et 276 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 241.

⁷⁶⁵ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 380, p. 469.

la doctrine dominante à analyser le droit d'auteur, jusqu'à aujourd'hui, comme étant composé d'une part d'un *droit pécuniaire*⁷⁶⁶ accordé à l'auteur et à ses héritiers, et d'autre part d'un *droit moral*, qui permet à l'auteur, puis à ses héritiers, de protéger les intérêts moraux du créateur⁷⁶⁷. Ce dualisme a été interprété comme excluant la qualification d'une propriété authentique.

Des arguments relativement proches ont été avancés en matière de propriété industrielle. A ainsi été invoqué, contre la qualification de propriété, le fait que l'acquisition, la transmission et la durée de ces droits font l'objet d'une réglementation particulière⁷⁶⁸ ; il a été opposé qu'ils ne sont pas sanctionnés par l'action réelle en revendication mais par l'action en concurrence déloyale, fondée sur l'article 1382 C.C., ainsi que par des actions spécifiques. C'est sur la base de ces arguments qu'une partie de la doctrine refuse toujours de reconnaître que la propriété intellectuelle constitue une propriété authentique et lui réserve un statut autonome, distinct de celui de la propriété traditionnelle⁷⁶⁹.

227- De plus en plus d'auteurs relèvent cependant les profondes similitudes existant entre ces droits et la propriété corporelle et considèrent qu'il s'agit bien ici, non pas de simples monopoles d'exploitation, mais de véritables droits de propriété⁷⁷⁰. Ils arguent que, si l'idée de monopole peut facilement s'appliquer à ces propriétés, c'est justement que la propriété est exclusivité⁷⁷¹. La justesse du recours à la notion de

⁷⁶⁶ Ce droit, accordé à l'auteur et à ses héritiers, permet la reproduction et la représentation de l'œuvre : A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, op. cit., p. 151.

⁷⁶⁷ Le droit moral comprend, du vivant de l'auteur, un droit de divulgation, un droit à la paternité, un droit au respect, et un droit de retrait et de repentir. Ce droit se poursuit à la mort de l'auteur, bien que son contenu change, le droit de retrait et de repentir disparaissant : A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, op. cit., p. 219-234.

⁷⁶⁸ Voir notamment A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, op. cit., t. 1, n° 1478, p. 847. Le droit de brevet s'éteint à l'expiration d'un délai de 20 ans consécutif au dépôt de la demande : art. L. 611-12-1 C.P.I. D'autres droits de propriété industrielle se rapprochent de la perpétuité : l'enregistrement de la marque de fabrique produit ses effets « pour une période de 10 ans indéfiniment renouvelable » : art. L. 712-1 C.P.I.

⁷⁶⁹ Voir notamment F. POLLAUD-DULIAN, *J.C.P.* 1994.I.3780, n° 6 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil : Les biens, la publicité foncière*, 5^e éd., Paris, Cujas, 2002, n° 207, p. 68 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, op. cit., n° 83, p. 90.

⁷⁷⁰ L'admission d'un véritable droit de propriété sur le bien incorporel constitué par l'œuvre, a été défendue par E. POUILLET (*Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de la représentation*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1908, p. 25-32), avant d'être reprise et développée par L. JOSSERAND (*Cours de droit civil*, op. cit., t. 1, n° 1527). Voir aussi : G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, Paris, Marchal et Billard, 1903 ; E. THALLER, *Rev. trim. dr. civ.* 1903.61 ; H. HEPP, « Le droit d'auteur, propriété incorporelle », *Rev.int.dr.aut.* 1958.161 ; J.-M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, Litec, 1961 ; P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, histoire et théories*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 48 et suiv. et 62 et suiv. ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de lois*, op. cit., n° 277 et suiv. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens*, op. cit., n° 429, p. 538.

⁷⁷¹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, op. cit., t. 3, n° 50, p. 57. Voir sur le rapport entre monopole et propriété : P.-E. MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? »,

propriété incorporelle a été progressivement reconnue, tant pour les brevets d'invention⁷⁷² que pour la propriété littéraire et artistique⁷⁷³. On a jugé « *beaucoup plus simple et plus conforme à la nature des choses [...] de voir là de nouvelles formes de propriété dont la structure juridique est déterminée par la nature particulière de ces choses incorporelles auxquelles elles s'adaptent* »⁷⁷⁴. Le doyen Ripert avait déjà noté en ce sens que, tous les caractères du droit de propriété, l'exclusivisme, l'opposabilité absolue et la cessibilité, se retrouvent dans les propriétés incorporelles⁷⁷⁵. Il observait que si l'usage diffère, celui-ci varie au sein même de la propriété corporelle, suivant la chose qui en est l'objet ; il est donc naturel qu'il diffère également dans la propriété des droits par rapport à ce qu'il est dans la propriété des corps⁷⁷⁶. De fait, si la propriété incorporelle comporte certaines caractéristiques particulières et contingentes à son objet, il reste que l'on y retrouve bien le modèle de la propriété corporelle, qui se manifeste par la présence des éléments caractéristiques de la propriété⁷⁷⁷.

228- Les différents arguments présentés pour dénier la qualification de propriété peuvent être réfutés. Tout d'abord, à l'instar des droits réels, les droits intellectuels ont pour objet des biens, en dépit de leur caractère incorporel⁷⁷⁸. Ces choses sont d'une nature spécifique, en raison du caractère personnel du lien unissant les œuvres à leurs auteurs -lien qui persiste malgré l'entrée de ces biens dans le

(1998) 43 *R.D.M Gill* 507, p. 539 : une simple différence de degré sépare les deux termes, la notion de monopole ayant une orientation plus économique.

⁷⁷² La cession de brevet dessaisit le cédant de la propriété du brevet : A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, *op. cit.*, p. 72 et 73.

⁷⁷³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.* n° 15, p. 31 ; P. JOURDAIN, *Les biens*, *op. cit.*, n° 434, p. 518. Sur la reconnaissance de la propriété industrielle : A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *op. cit.*, n° 2, p. 2.

⁷⁷⁴ L. RIGAUD, thèse préc., p. 51.

⁷⁷⁵ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, n° 80, p. 198-201.

⁷⁷⁶ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, n° 80 ; A. LUCAS et H. J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 23.

⁷⁷⁷ En ce sens : L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », *loc. cit.*, p. 95, à la page 98 : les propriétés incorporelles « présentent les trois caractéristiques essentielles de la propriété, puisqu'elles mettent le titulaire en rapport direct avec son bien, puisqu'elles lui confèrent le maximum d'avantages que ce bien comporte, puisqu'enfin elles sont opposables à tous [...] ». J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », *loc. cit.*, n° 30, p. 292 : « La présence au sein des techniques de propriété corporelle et incorporelle des invariants de la propriété discernés dans le pouvoir d'interdire exclusif, absolu et opposable à tous constitutif du contenu du droit accuse, donc, l'analogie de ces formules juridiques et, au-delà, identifie l'adoption dans le domaine des valeurs incorporelles du modèle défini par l'article 544 du Code civil ».

⁷⁷⁸ M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, t. 3, n° 564, p. 566 ; P. RECHT, *Le droit d'auteur une nouvelle forme de propriété*, *op. cit.*, p. 208. Sur la critique de l'idée classique selon laquelle seules les choses corporelles sont l'objet de droit réel : M. C. DOCK, *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1962 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 14, p. 30 : l'objet de cette propriété est l'œuvre, qui ne peut être ramenée à son support matériel et qui doit donc être classée parmi les meubles incorporels.

commerce juridique- mais n'en sont pas moins des biens⁷⁷⁹. Ne saurait non plus être retenu l'argument selon lequel les droits intellectuels ne peuvent être qualifiés de propriétés, parce qu'ils seraient dépourvus de l'exclusivité propre à la propriété. L'accès intellectuel est subordonné à la volonté de l'auteur, ce qui est bien la manifestation de l'exclusivité. L'auteur n'est d'ailleurs nullement obligé d'exploiter son œuvre et il peut décider d'en conserver l'usage. Par ailleurs, l'argument du caractère temporaire des droits du breveté ou de l'auteur d'œuvres littéraires ou artistiques ne constitue pas non plus une objection dirimante. Il existe d'autres cas de propriété temporaire, et la perpétuité est de moins en moins considérée comme participant de l'essence de la propriété⁷⁸⁰. On a justement remarqué que la perpétuité de la propriété est fonction de son objet et que la mort patrimoniale d'un bien corporel ou incorporel est la conséquence « de la perte de l'utilité ou du terme de l'exploitation »⁷⁸¹.

229- L'objection selon laquelle l'existence du droit moral rendrait impossible la qualification de propriété appliquée au droit d'auteur, en raison du dualisme qu'elle imprime à ce droit, est également contestable. Il est possible de rendre compte du droit moral, sans remettre en question l'utilisation du concept de propriété pour les droits d'auteur. Tout d'abord, l'existence de ce droit s'explique par la particularité de ce droit de propriété, et par « *le caractère éminemment personnel de l'œuvre* », qui « *justifie l'existence d'un droit de regard perpétuel de l'auteur ou de ses successeurs sur son œuvre, en dépit et au mépris légitime de la concession d'un monopole d'exploitation à autrui* »⁷⁸². L'idée d'un rapport d'accessoire à principal a été avancée pour expliquer les liens du droit moral et du monopole⁷⁸³. Le droit moral a été qualifié d'accessoire, en ce qu'il intervient seulement dans certaines hypothèses spécifiques, « au cours d'actes d'exploitation économique de l'œuvre ou lorsque l'œuvre de l'esprit est exclusivement considérée en tant que valeur économique (le droit à la paternité de l'œuvre procure à

⁷⁷⁹ Sur ce point : F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 34, p. 49.

⁷⁸⁰ A. LUCAS et H. J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 23, p. 32 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, op. cit.*, n° 370 ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », *loc. cit.*, n° 28, p. 290 ; P. JOURDAIN, *Les biens, op. cit.*, n° 429, p. 514, qui cite la superficie comme exemple de propriété temporaire. Voir aussi : *infra*, n° 312 et suiv.

⁷⁸¹ P. CATALA, « L'évolution contemporaine du droit des biens », exposé de synthèse, *loc. cit.*, n° 27, p. 189.

⁷⁸² B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, contribution à la distinction de la propriété et des droits réels*, thèse Paris XI, 1999, n° 227, p. 259.

⁷⁸³ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », *loc. cit.*, n° 25 et 26, p. 290 et 291 ; voir sur ces notions : G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1969, n° 24, p. 45. Sur la critique de cette idée : F. POLLAUD-DULLIAN, « Droit moral et droits de la personnalité », J.C.P. 1994.I.3780, n° 5. Sur l'idée selon laquelle le droit moral ne serait pas un accessoire du monopole d'exploitation, mais « un accessoire de l'œuvre parce qu'il grève l'œuvre » : B. LOTTI, thèse préc., n° 228, p. 260 et 261.

l'auteur la faculté d'interdire à l'éditeur ou au cessionnaire du monopole d'usurper sa paternité lors de l'exploitation de l'œuvre) »⁷⁸⁴. Le fait que l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle confère à l'auteur d'une œuvre de l'esprit un droit unique va en ce sens⁷⁸⁵. Rien n'interdit de penser que le droit d'auteur constitue un droit indivisible, même s'il est composé de prérogatives distinctes, morales et pécuniaires, l'unicité de la notion étant réalisée autour de la notion de monopole.

En réalité, loin de remettre en question l'existence d'un droit de propriété sur les œuvres d'art et les œuvres littéraires, le droit moral constitue au contraire « *la traduction du pouvoir d'exclusivité attaché à la propriété en droit commun* »⁷⁸⁶. C'est la force du lien entre l'auteur et son œuvre, qui explique qu'il en demeure propriétaire alors même qu'il en confie l'exploitation à un tiers -ce qui apparaît à travers l'exercice de son droit moral⁷⁸⁷.

230- Les auteurs qui ont admis le recours à la notion de propriété intellectuelle l'ont fait d'autant plus facilement, qu'ils ont pu y retrouver le caractère immédiat et absolu de l'action du titulaire, que l'on considère traditionnellement comme caractéristique du droit réel et de la propriété⁷⁸⁸. Si la maîtrise est moins directe en matière de propriété intellectuelle qu'en matière de propriété corporelle, on a justement fait observer que « cela tient tout simplement à la nature spécifique de l'objet du droit, laquelle ne devrait pas, en bonne logique, commander sa qualification »⁷⁸⁹. Enfin, on a également noté que l'action en contrefaçon de la propriété intellectuelle ressemble beaucoup à la revendication⁷⁹⁰, si bien qu'on peut se demander s'il ne s'agit pas d'une variété de cette action. Tous ces points communs font que, de plus en plus d'auteurs s'interrogent sur la question de savoir si l'immatériel doit continuer à « *vivre de*

⁷⁸⁴ B. LOTTI, thèse préc., n° 228, p. 259.

⁷⁸⁵ Voir sur ce point : J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de lois*, op. cit., p. 244. ; pour des arguments similaires en droit belge : P. RECHT, *Le droit d'auteur une nouvelle forme de propriété*, op. cit., p. 144 : « loin [...] de faire des attributs moraux du droit de propriété artistique un droit séparé et distinct du droit en général, le législateur a accolé, dans le premier alinéa, sans les séparer le droit de divulguer au droit de fixer les conditions d'exploitation de l'œuvre et à celui d'en défendre l'intégrité. Cela prouve [...] que [le législateur] n'a pas entendu les dissocier, contrairement à ce que prétendent les dualistes ».

⁷⁸⁶ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 35, p. 49 et 50.

⁷⁸⁷ Ce droit moral comprend le droit pour l'auteur de revendiquer la paternité de son œuvre, d'exercer un droit de repentir à l'encontre du tiers exploitant de son œuvre, de modifier son œuvre, voire de la détruire : F. ZENATI et T. REVET, op. cit., n° 35, p. 49 et 50.

⁷⁸⁸ P. RECHT, *Le droit d'auteur une nouvelle forme de propriété*, op. cit., p. 212-218. C. AUBRY et C. RAU, op. cit., t. 2, p. 69 : les droits intellectuels, comme les droits réels, ne s'exercent pas « seulement contre telle personne déterminée » et ils sont constitués par « un rapport immédiat et direct entre une chose et la personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise [...] ».

⁷⁸⁹ A. LUCAS et H. J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 23, p. 33 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, op. cit., n° 266.

⁷⁹⁰ P.-Y. GAUTIER, « Rapport de synthèse », loc. cit., p. 235.

vêtements d'emprunt », de « comme si », et de « quasi »⁷⁹¹. Si une première réaction de réticence est compréhensible, peut-être faudrait-il se résoudre à admettre qu'à force d'analogies, on débouche sur une identité de nature.

231- Le législateur ne s'y est d'ailleurs pas trompé. Les premières manifestations des droits intellectuels se situent à la fin du XVIII^e siècle, lorsque les droits des écrivains commencent à être reconnus⁷⁹². La propriété littéraire et artistique a été consacrée par deux décrets-lois de 1791 et 1793⁷⁹³, grâce auxquels l'auteur peut faire respecter son œuvre contre toute atteinte, l'exploiter et en tirer un revenu, ou encore céder les prérogatives d'ordre pécuniaire qu'il a sur son œuvre⁷⁹⁴. Puis au XIX^e siècle, c'est la propriété industrielle qui a été reconnue. Elle recouvre tant les inventions⁷⁹⁵, que les marques de fabrique⁷⁹⁶, et les dessins et modèles⁷⁹⁷. Or, dès les premiers textes relatifs à la matière, la notion de droit de propriété est utilisée⁷⁹⁸. Ainsi a-t-on pu dire que « la naissance du 'droit d'auteur moderne' coïncide avec l'image d'une nature commune de celui-ci alors rapportée au droit le plus absolu que peut connaître l'homme sur une chose »⁷⁹⁹. Après avoir abandonné un temps la qualification de propriété⁸⁰⁰, le droit contemporain a renoué avec les premières conceptions, par la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique⁸⁰¹ - reprise aujourd'hui dans le

⁷⁹¹ P.-Y. GAUTIER, « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, p. 235 : l'auteur reprend ici la pensée de Marc Lévis ; il estime que cette attitude ne peut convenir que dans un premier temps, « pour ne pas effrayer les esprits trop attachés à la tradition ».

⁷⁹² A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, P.U.F., 1989, p. 241.

⁷⁹³ Décret-loi du 13-19 janvier 1791 sur le droit de représentation publique et décret-loi du 19-24 juillet 1793 sur le droit de reproduction.

⁷⁹⁴ Les prérogatives d'ordre moral sont au contraire incessibles : M. VASSEUR, *loc. cit.*, p. 19.

⁷⁹⁵ La loi du 5 juillet 1844 remplace le décret-loi de 1791.

⁷⁹⁶ Loi du 23 juin 1857.

⁷⁹⁷ Loi du 14 juillet 1909.

⁷⁹⁸ Le décret-loi du 19-24 juillet 1793 est fort explicite : art. 1 : « les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs, les peintres et les dessinateurs [...] jouiront leur vie entière, du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie » ; et l'article 5 qualifie l'auteur de « propriétaire ». De même, l'art. 1^{er} du décret-loi de 1791 préc. sur les brevets d'invention dispose que « Toute découverte ou nouvelle invention dans tous les genres d'industrie est la propriété de son auteur » ; et l'article 5 qualifie les « héritiers ou concessionnaires des auteurs » de « propriétaires des ouvrages durant l'espace de cinq années après la mort de l'auteur ». Voir aussi l'attitude nettement favorable à la propriété du législateur révolutionnaire : on lit dans le Rapport LE CHAPÉLIER, qui a précédé le D.-L. de 1791, que « La plus sacrée, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage, le fruit de la pensée d'un écrivain ».

⁷⁹⁹ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, *op. cit.*, n° 5, p. 5.

⁸⁰⁰ Loi du 14 juillet 1866, sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs. Sur l'abandon de cette qualification : P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *Rev.t.:m.dr.civ.* 1935.17, p. 261 : « Dans la première moitié du XIX^e siècle, la conception des droits privatifs considérés comme droits de propriété ont été à être admise [...]. Mais bientôt, cette conception est en voie de régression ; il en est ainsi en droit français avec la loi du 5 juill. 1844 sur les brevets d'invention et avec la loi du 14 juill. 1866 sur les droits d'auteur, qui s'abstiennent systématiquement de prononcer le terme propriété ».

⁸⁰¹ L'article premier de loi du 11 mars 1957 dispose que l'auteur a « un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». Cette loi a été modifiée par la loi du 3 juillet 1985.

Code de la propriété intellectuelle- et qui consacre expressément la notion de propriété littéraire et artistique dans l'intitulé même de la première partie de la loi⁸⁰². Selon son article L 111-1 du C.P.I., « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un *droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* [...] »⁸⁰³. Le fait que le législateur ait eu recours au concept de propriété illustre la nécessité d'utiliser cette notion pour rendre compte de l'exclusivité du droit de l'auteur ou de l'inventeur sur son œuvre. Il est encore plus révélateur que le législateur ait de nouveau utilisé la notion de propriété, après l'avoir un temps abandonnée⁸⁰⁴.

La notion de propriété des choses incorporelles est donc nettement présente dans les textes législatifs relatifs aux propriétés intellectuelles. La dénomination « propriété » pour des objets incorporels, montre que la conception d'une propriété portant sur une chose nécessairement corporelle a été écartée explicitement par le législateur. Cela est d'autant plus clair que le choix du législateur s'est maintenu au cours des réformes, en dépit des contestations opposées par une partie de la doctrine.

232- Pour ce qui est de la jurisprudence, la Cour de Cassation s'est référée, jusqu'en 1880, à la notion de propriété pour qualifier le droit d'auteur⁸⁰⁵. Dans un arrêt Masson, rendu en 1880, la chambre des Requêtes de la Cour de cassation a jugé que « la propriété littéraire et artistique essentiellement mobilière, a les mêmes caractères et doit avoir le même sort que tout autre genre de propriété »⁸⁰⁶. Puis, quelques années plus tard, elle a considéré au contraire que « sous la dénomination de propriété littéraire, les droits d'auteur confèrent seulement le *privilege exclusif d'une exploitation temporaire* »⁸⁰⁷. Ce revirement jurisprudentiel a pour origine l'abandon de la qualification de propriété par la loi du 14 juillet 1866. Néanmoins, la qualification de propriété ayant été reprise par le législateur dans la loi du 11 mars 1957, la qualification du droit d'auteur et du brevet en droits de propriété est restée constante, jusqu'à aujourd'hui⁸⁰⁸.

⁸⁰² Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, *J.O.* 3 juillet 1992, p. 8802. A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁰³ Cet article constitue la version codifiée de l'article 1^{er} de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

⁸⁰⁴ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 342 : « On ne saurait [...] mésestimer le retour en force de cette appellation dans la loi de 1957 ».

⁸⁰⁵ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 312.

⁸⁰⁶ Req., 16 août 1880, S. 1881.1.25, note C. LYON-CAEN.

⁸⁰⁷ Civ., 27 juillet 1887, D. 1888.1.5, note L. SARRUT. Voir également : Civ., 14 mars 1900, D.P. 1900.1.497, concl. DESJARDINS.

⁸⁰⁸ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 313. Ainsi, dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a employé le terme « possession » en matière de contrefaçon, pour décrire la maîtrise d'un droit d'auteur. Elle n'a pas hésité non plus à soumettre la revendication d'un brevet d'invention contre un débiteur failli, à l'article 115 de la loi de janvier 1985, dont on avait pu soutenir qu'il s'appliquait

La propriété intellectuelle a également été reconnue par le droit canadien et québécois.

B. La reconnaissance de la propriété intellectuelle par le droit canadien et québécois

233- Ce qu'il est convenu au Canada d'appeler le « bijuridisme »⁸⁰⁹ est particulièrement sensible en matière de droit d'auteur, où la coexistence entre les deux traditions de droit civil et de *common law* est vive⁸¹⁰. Ainsi a-t-on écrit récemment que : « [l]e droit canadien, par sa filiation avec la législation anglaise, s'apparente au système de *copyright*. Pourtant, pour des raisons principalement historiques -la présence du Québec- il reste très influencé par le droit continental et, plus précisément, par le droit français. Sa nature particulière est donc *le fruit d'un compromis entre deux traditions souvent opposées*. Il en résulte un droit tout en nuances »⁸¹¹. L'influence de la *common law* est plus forte, en raison de la compétence exclusive du droit fédéral en matière de droit d'auteur⁸¹² et de ce que la *Loi sur le droit d'auteur* de 1921⁸¹³ a été largement inspirée de la loi anglaise de 1911⁸¹⁴.

234- De même qu'en France, la doctrine traditionnelle québécoise a refusé à la propriété intellectuelle le statut d'une propriété authentique. L'une des premières réflexions sur la nature juridique du droit d'auteur au Canada, doit être attribuée à

uniquement aux choses corporelles : voir sur ces points P.-Y. GAUTIER, « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, p. 235.

⁸⁰⁹ Le bijuridisme désigne la présence de deux systèmes de droit sur un même territoire étatique. Voir notamment sur le bijuridisme : Académie internationale de droit comparé, *Le bijuridisme dans un système fédéral ou d'autonomie locale*, Congrès international de droit comparé, Montréal, Université McGill, 1990 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Bijuridisme et harmonisation : genèse*, Ottawa, Ministère de la justice, 2001 ; M.-C. GERVAIS et M.-F. SEGUIN, *Le bijuridisme au Canada et dans le monde : quelques considérations*, Ottawa, Ministère de la justice, 2001.

⁸¹⁰ Y. GENDREAU, « La nature juridique du droit d'auteur selon le nouveau Code civil », (1993) 27 *R.J.T.* 85, p. 88 et 89 ; A. FRANÇON, *Le droit d'auteur : aspects internationaux et comparatifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992.

⁸¹¹ P.-E. MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? », (1998) 43 *R.D. McGill* 507, p. 554 et 555.

⁸¹² Art. 91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.U., c. 3, art. 91 ; G.-A. BEAUDOUIN, *La Constitution du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, p. 354.

⁸¹³ L.R.C. (1985), c. C-42. Sur ses modifications successives : N. TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur*, 5^e éd., Scarborough, Carswell, 2000, p. 7-21 ; P.-E. MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? », *loc. cit.*, 555 et 556.

⁸¹⁴ *Imperial Act* de 1911 (1-2 Geo. V, c. 26). Voir en ce sens : S. PICHETTE, *Le régime canadien de la propriété intellectuelle (excluant les marques de commerce)*, Montréal, École des Hautes Etudes commerciales, 1979, p. 208 ; B. TOUPIN, « Les intérêts moraux en droit d'auteur : à la recherche de leur vraie nature », (1994) 7 *C.P.I.* 123, p. 126 ; A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 55.

Mignault, à la fin du XIX^e siècle⁸¹⁵. Les droits d'auteur ne sauraient, à ses yeux, constituer une propriété « *au sens du Code civil* »⁸¹⁶, principalement parce que la véritable propriété a *généralement pour objet les choses corporelles*⁸¹⁷ et que, dans une telle conception, seul un document écrit ou manuscrit, peut « devenir l'objet du *droit de propriété ordinaire* »⁸¹⁸. L'autre objection présentée est celle de la limitation dans le temps des droits d'auteur, Mignault l'estimant contraire à la propriété traditionnelle⁸¹⁹. De plus, la « vente de la propriété littéraire » ne constitue pas selon lui une véritable vente, puisque dans ce cas, « l'auteur ne cède que le droit de publier son ouvrage »⁸²⁰, non pas le manuscrit, lequel est l'objet d'un droit de propriété authentique et « est externe au droit d'auteur pris dans le sens de 'copyright' »⁸²¹. Pour ces différentes raisons, il conclut que la propriété littéraire « *naturellement distincte de la propriété ordinaire [...] ne peut être soumise aux mêmes règles* »⁸²².

Face à ces critiques, la thèse de la propriété intellectuelle a également eu ses partisans dans la doctrine québécoise. Peu de temps après l'analyse de Mignault, Perrault livra une théorie des droits d'auteurs bien différente, initiant le débat qui allait suivre sur leur nature juridique. Selon lui, le droit d'auteur doit être considéré comme un véritable droit de propriété⁸²³. Il estime qu'« il n'est *pas déraisonnable d'affirmer que l'auteur, maître de sa pensée, est le propriétaire du produit de cette pensée*, tout comme l'agriculteur devient propriétaire des épis de blé sortis du sillon qu'il a tracé »⁸²⁴, cette idée trouvant son fondement dans le droit romain lui-même⁸²⁵. Il

⁸¹⁵ P.-E. MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? », *loc. cit.*, p. 560 ; Y. GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil », *loc. cit.*, p. 89.

⁸¹⁶ Il s'agit à l'époque du Code civil du Bas Canada de 1866.

⁸¹⁷ P.-B. MIGNAULT, « La propriété littéraire », (1880) 2 *La Thémis*, 289, p. 290 : « Généralement, il n'y a que les objets matériels, tangibles et parfaitement distincts qui puissent tomber sous le domaine de la propriété. Une chose spirituelle, comme une pensée, ne peut être directement l'objet de ce droit, car elle est immatérielle ».

⁸¹⁸ P.-B. MIGNAULT, « La propriété littéraire », *loc. cit.*, p. 291. Cette objection paraît largement dépassée aujourd'hui, puisqu'on admet que l'objet véritable de cette propriété ne consiste pas dans le support matériel de l'œuvre.

⁸¹⁹ P.-B. MIGNAULT, « La propriété littéraire », *loc. cit.*, p. 291.

⁸²⁰ P.-B. MIGNAULT, « La propriété littéraire », *loc. cit.*, p. 55.

⁸²¹ N. TAMARO, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur : l'exemple de la saisie », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (1991), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 155, à la page 184.

⁸²² P.-B. MIGNAULT, « La propriété littéraire », *loc. cit.*, p. 291 ; N. TAMARO, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur : l'exemple de la saisie », *loc. cit.*, p. 182.

⁸²³ A. PERRAULT, « La propriété des œuvres intellectuelles (1) » (1925) 3 *R. du D.* 49.

⁸²⁴ A. PERRAULT, « La propriété des œuvres intellectuelles (1) », *loc. cit.* p. 64.

⁸²⁵ A. PERRAULT, « La propriété des œuvres intellectuelles (1) » *loc. cit.*, p. 51, selon lequel les Romains eux-mêmes avaient « déjà inventé la distinction entre les *biens corporels* et les *biens incorporels* » et si « [l]a propriété, dans son sens ordinaire, s'appliquait [...] principalement à des choses corporelles [...], sa notion avec le temps et sous la poussée des événements dut s'élargir. Les choses intellectuelles prirent place à côté des matérielles comme objets possible de droits, notamment du droit de propriété ».

dénonce la tendance doctrinale « à ne voir la propriété que sous une forme matérielle et tangible, ne l'aper[cevant] plus que si elle relie un objet physique et corporel à un sujet de droit »⁸²⁶. Il estime que « le législateur n'a pas cristallisé la propriété en la forme de la propriété corporelle, à l'exclusion de toute autre. Puisqu'il créa la catégorie des biens incorporels, écrit-il, il nous est possible d'y faire entrer tous les droits auxquels la propriété ne répugne pas »⁸²⁷. Si bien que les « produits de notre intelligence sont, eux aussi [...] matière du droit de propriété », et que son fondement est « le même que celui de la propriété en général »⁸²⁸. La loi, conclut-il, n'a pas créé une nouvelle propriété, mais n'a fait qu'« indiquer les conditions et les limites de leur exercice »⁸²⁹. Cette théorie, reprise dans la doctrine plus récente⁸³⁰, fait du droit d'auteur une véritable propriété en dépit des particularités liées à son objet incorporel (l'œuvre) et à sa durée⁸³¹.

235- Plus récemment, certains ont avancé, selon un raisonnement similaire à celui tenu en droit français, que la reconnaissance de droits moraux à l'auteur irait à l'encontre de la reconnaissance d'une véritable propriété du droit d'auteur⁸³². Le Canada est le premier pays de tradition de *copyright*, à avoir adopté une loi conférant des droits moraux à l'auteur⁸³³. Le « droit d'auteur » ou *copyright* confère de ce fait au créateur de l'œuvre une double prérogative. Les prérogatives pécuniaires peuvent être cédées, soit intégralement, soit par la voie de licences d'exploitations⁸³⁴. Les prérogatives morales,

⁸²⁶ A. PERRAULT, « La propriété des œuvres intellectuelles (1) », *loc. cit.*, p. 57.

⁸²⁷ A. PERRAULT, « La propriété des œuvres intellectuelles (1) », *loc. cit.*, p. 64.

⁸²⁸ A. PERRAULT, « La propriété des œuvres intellectuelles (1) », *loc. cit.*, p. 61.

⁸²⁹ A. PERRAULT, « La propriété des œuvres intellectuelles (1) », *loc. cit.*, p. 57.

⁸³⁰ A. KEYES et C. BRUNET, « A Rejoinder to Canadian Copyright : Natural Property or Mere Monopoly », (1979) 40. *C.P.R.* 54, p. 62.

⁸³¹ En principe, l'œuvre est protégée pendant la durée de vie de son auteur, et pendant les cinquante années suivant son décès : art. 6, *Loi sur le droit d'auteur*, précitée ; Y. GENDREAU, « La nature juridique du droit d'auteur selon le nouveau Code civil », *loc. cit.*, p. 100.

⁸³² On considère traditionnellement que les droits moraux recouvrent donc le droit à l'intégrité et le droit de paternité : L. CARRIÈRE, « Droit d'auteur et droit moral : quelques réflexions préliminaires », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développement récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 241, à la page 252 et suiv.

⁸³³ Depuis 1988, la loi reconnaît expressément le droit moral de l'auteur d'une œuvre : L.C. 1988, c. 15, art. 1(3). La *Loi modifiant la loi sur le droit d'auteur* de 1997 a repris l'essentiel des dispositions de la loi de 1988. Voir sur ces points : P.-E. MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? », *loc. cit.*, p. 559 ; J. BONCOMPAIN, *Le droit d'auteur au Canada : Étude critique*, Ottawa, Le cercle du livre de France Ltée, 1971, p. 269. L'article 14.1(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* dispose -sous un titre « Droits moraux ou moral rights »- que « L'auteur d'une œuvre a le droit, sous réserve de l'article 28.2, à l'intégrité de l'œuvre et, à l'égard de tout acte mentionné à l'article 3, le droit, compte tenu des usages raisonnables, d'en revendiquer, même sous pseudonyme, la création, ainsi que le droit à l'anonymat » (art. 28.2 (1) de la *Loi sur le droit d'auteur* : « Il n'y a violation du droit à l'intégrité que si l'œuvre est, d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, déformée, mutilée ou autrement modifiée, ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution »).

⁸³⁴ Voir : G. SNOW, *Les biens*, *op. cit.*, p. 66.

inaccessibles⁸³⁵, permettent à l'auteur de défendre quiconque de déformer, mutiler, modifier ou utiliser son œuvre « d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur »⁸³⁶. Une partie de la doctrine a défini ce droit moral comme un droit de la personnalité indépendant, admettant ainsi une conception dualiste du droit d'auteur. Mais cette opinion a été critiquée⁸³⁷ et il n'est pas plus impossible en droit québécois qu'en droit français de considérer qu'un droit unique puisse être composé de deux prérogatives distinctes, l'existence du droit moral ne remettant pas en cause l'existence d'un droit de propriété unique⁸³⁸.

236- L'existence du droit moral a également été invoquée comme un argument s'opposant à la reconnaissance d'un droit de propriété au profit du cessionnaire du droit d'auteur. Du fait de l'existence du droit moral, écrit M^e Tamaro, « le cessionnaire des droits sur une œuvre se voit imposer des limites quant à l'utilisation qu'il peut faire de l'œuvre »⁸³⁹. Selon lui, « le cessionnaire du droit d'auteur peut difficilement prétendre jouir d'un droit de propriété complet, du moins au sens donné en droit civil. En effet, l'exercice des droits patrimoniaux est susceptible d'être freiné par l'exercice du droit moral »⁸⁴⁰. Ces considérations fondées ne font que mettre en évidence le fait que le cessionnaire n'acquiert pas la propriété de l'œuvre ; elles ne mettent pas en cause cette propriété.

En réalité, certaines confusions pourraient venir du fait que l'on a traduit le « *copyright* » de la loi par « droit d'auteur ». Or, le *copyright* correspond davantage au droit économique d'exploiter l'œuvre, ce qui explique qu'il ait été complété par l'adjonction de droits moraux. La présence de ces droits au sein même de la *Loi sur le droit d'auteur* montre bien qu'ils font partie du droit d'auteur et qu'on ne peut donc assimiler le droit d'auteur au *copyright*. Il serait moins ambigu de traduire le

⁸³⁵ L'auteur peut cependant y renoncer en tout ou en partie : G. SNOW, *Les biens*, op. cit., p. 67, ce qui constitue une application particulière du droit d'abandon du propriétaire.

⁸³⁶ *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, art. 28.2(1).

⁸³⁷ P. RECHT, *Le droit d'auteur une nouvelle forme de propriété*, op. cit., p. 94 ; B. TOUPIN, « Les intérêts moraux en droit d'auteur : à la recherche de leur vraie nature », loc. cit., p. 137. Voir aussi sur l'argument du caractère accessoire du droit moral dans le cadre général du droit d'auteur : L. CARRIÈRE, « Droit d'auteur et droit moral : quelques réflexions préliminaires », loc. cit., p. 249.

⁸³⁸ En ce sens : B. TOUPIN, « Les intérêts moraux en droit d'auteur : à la recherche de leur vraie nature », loc. cit., p. 127 : « les intérêts moraux d'un créateur sont à ce point liés au droit d'auteur qu'ils en sont, sinon un élément essentiel, du moins un aspect qui lui est intimement rattaché », et p. 153 : « le droit moral n'existe pas en tant que tel. Seuls certains intérêts moraux sont admis sous forme de prérogatives [...] ». Cet auteur préconise une théorie de la « propriété-crédation », inspirée de la pensée de Pierre Recht, cette propriété étant « un droit de propriété portant sur un bien incorporel » : loc. cit., p. 125.

⁸³⁹ N. TAMARO, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur : l'exemple de la saisie », loc. cit., p. 217.

⁸⁴⁰ N. TAMARO, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur : l'exemple de la saisie », loc. cit., p. 224.

« *copyright* » par « droit d'exploiter l'œuvre ». Telle est d'ailleurs la conception du *copyright* britannique, dont la loi canadienne s'est clairement inspirée. On a récemment expliqué les dispositions relatives au droit moral par le fait que l'auteur n'est pas nécessairement le titulaire du « droit d'auteur »⁸⁴¹ au sens de droit d'exploiter l'œuvre en sorte que, lorsque le titulaire du *copyright* n'est pas l'auteur de l'œuvre, il reste titulaire des droits moraux en cas de cession. Ces prérogatives sont bien le signe que l'auteur, en cédant ses prérogatives pécuniaires, n'a pas cédé sa propriété sur l'œuvre. Sinon, comment rendre compte de son droit de regard sur son oeuvre⁸⁴² ?

237- La doctrine majoritaire admet aujourd'hui à juste titre que certains « droits intellectuels », ont été reconnus comme des espèces de propriété par la législation fédérale applicable au Québec (*copyright, trademark, patents*)⁸⁴³. Cela est particulièrement net pour ce qui est des dispositions législatives relatives à la cession des droits d'auteur. Ces dispositions, insérées dans la *Loi sur le droit d'auteur*⁸⁴⁴, reconnaissent au contrat de cession la nature juridique d'une vente, ce qui va dans le sens de l'affirmation d'une propriété de l'auteur sur son œuvre⁸⁴⁵. De plus, la ratification par le Canada de la Convention de Berne en 1931⁸⁴⁶ va dans le même sens. Si cette convention se bornait, dans sa rédaction initiale, à utiliser la notion de protection des œuvres littéraires et artistiques, elle utilise depuis 1967 la notion de propriété, parallèlement à la création de l'Organisation mondiale de la *propriété intellectuelle*⁸⁴⁷.

⁸⁴¹ Si tel est le principe, (*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. 10, 4^e suppl.), plusieurs exceptions existent (*Loi sur le droit d'auteur*, art. 13(3) et 13(2)). Voir Y. GENDREAU, « La nature juridique du droit d'auteur selon le nouveau Code civil », *loc. cit.*, p. 94.

⁸⁴² Le simple fait de dire que la loi a créé un certain nombre de droits moraux au profit de l'auteur ne permet pas d'expliquer leur fondement.

⁸⁴³ Les principaux statuts sont, au niveau fédéral : *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4 ; le *Copyright Act*, R.S.C. 1985 c. C-42 ; et au niveau provincial (Québec) : *An Act respecting the Professional Status of Artists in the Visual Arts, Arts and Crafts and literature, and Their Contracts with Promoters*, S.R.Q. c. S-32.01.

⁸⁴⁴ Cette cession est également organisée par la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*, L.R.Q. C. S. 32. 01.

⁸⁴⁵ Selon l'article 12-4 de la *Loi sur le droit d'auteur* [art. 13(4) de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur* (L.C. 1997, c. 24)], la « cession opère le transfert de la propriété du droit d'auteur, alors que la licence autorise un tiers à l'exercer à certaines conditions ».

⁸⁴⁶ La Convention de Berne a force de loi au Canada : N. TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur, op. cit.*, p. 21.

⁸⁴⁷ Voir sur ce point E. MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? », *loc. cit.*, p. 519 et 559 ; B. TOUPIN, « Les intérêts moraux en droit d'auteur : à la recherche de leur vraie nature », *loc. cit.*, p. 157. ; H. DESBOIS, A. FRANÇON et A. KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976, p. 58.

238- La jurisprudence a clairement reconnu le droit de propriété de l'auteur sur son œuvre. Ainsi, dans l'affaire *Grignon c. Roussel*⁸⁴⁸, soumise à la Cour fédérale du Canada, le juge Denault a fait un bref rappel des règles applicables en matière de droit d'auteur au Canada en ces termes :

« En vertu de notre droit, du moment où un auteur a conçu une œuvre originale, littéraire, dramatique, musicale ou artistique et lui a donné une forme matérielle quelconque, un *titre de propriété* lui est automatiquement conféré. [...] contrairement aux dessins industriels et aux brevets d'invention, dont la loi exige l'enregistrement pour que l'auteur puisse en *revendiquer le titre de propriété*, en matière de droit d'auteur, l'enregistrement n'est pas créateur mais seulement déclaratoire de droit ».

La référence à la forme matérielle de l'œuvre vise ici la mise en forme de la pensée de l'auteur et n'a pas pour objet de limiter la reconnaissance de la propriété incorporelle du créateur. Cette interprétation est corroborée par une décision récente, dans laquelle la Cour fédérale a rappelé que le droit d'auteur est traditionnellement qualifié de propriété⁸⁴⁹.

239- Pour tenter de restreindre l'importance de cette reconnaissance, l'idée a été avancée en doctrine, que la consécration du droit de propriété de l'auteur sur son œuvre par la *Loi sur le droit d'auteur* renvoie à la notion de propriété telle qu'elle est envisagée en *common law* et non à la conception romano-germanique ou civiliste de la propriété. En conséquence, la reconnaissance de ces propriétés incorporelles ne remettrait pas en cause les constructions civilistes de l'objet corporel du droit réel et de la propriété⁸⁵⁰, les analogies entre les deux systèmes juridiques étant à proscrire⁸⁵¹. De plus, le droit d'auteur ne saurait constituer un véritable objet de propriété au sens du Code civil, en raison de son caractère temporaire⁸⁵². Ainsi, le type de propriété dont il est question dans la *Loi sur le droit d'auteur*, devrait être distingué de la propriété du Code civil du Québec⁸⁵³. Il faudrait différencier le droit de propriété de droit commun, relatif au *corpus* de l'œuvre ou à son support ; et le droit d'auteur proprement dit, droit

⁸⁴⁸ *Grignon c. Roussel* (1991) 44 F.T.R.121 ; voir le texte complet de la décision dans Y. GENDREAU, *Propriété intellectuelle et industrielle : DRT 3332 : recueil de textes*, Coop droit Université de Montréal, Université de Montréal, 1999.

⁸⁴⁹ *Cie Générale des Etablissements Michelin-Michelin et Cie c. C.A.W. Canada* (1996) 71 C.P.R. 348, spéc. [393] et [394] : « The Defendants fought against the usual characterization of copyright as private property [...] ».

⁸⁵⁰ N. TAMARO, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur : l'exemple de la saisie », *loc. cit.*, p. 195 : « On pourrait par exemple soutenir que le droit d'auteur est opposable à tous, et de ce fait constitue un droit réel portant sur une chose incorporelle ». Mais, en note, l'auteur rétorque que : « Cela suppose déjà que les civilistes acceptent le fait qu'une *res* puisse consister dans une chose incorporelle, ce qui ne fait pas l'unanimité » (note 192, p. 195).

⁸⁵¹ N. TAMARO, *loc. cit.*, p. 195 : « Tenter des analogies avec le droit civil conduit nécessairement à la confusion ».

⁸⁵² N. TAMARO, *loc. cit.*, p. 195.

⁸⁵³ N. TAMARO, *loc. cit.*, p. 157 et 158 : « La propriété conférée par le droit d'auteur participe d'une espèce différente de celle du droit civil ».

de propriété, « composé de multiples intérêts » et portant sur l'œuvre incorporelle elle-même⁸⁵⁴. Cette distinction serait d'ailleurs faite en jurisprudence, les tribunaux ayant distingué la propriété corporelle du manuscrit sur laquelle l'œuvre est fixée, de la propriété incorporelle portant sur l'œuvre en tant que telle⁸⁵⁵.

240- Cet argument n'est pas insurmontable. Certains pourraient rétorquer que la conception de la *propriété mobilière en common law* n'est pas aussi éloignée que ce l'on a pu soutenir, de la conception civiliste de la propriété⁸⁵⁶. Il est ensuite contestable de dire que cela n'a aucune influence sur le système civiliste, alors que l'application du régime du *Copyright* au Québec ne peut manquer de réagir sur son propre système. D'autant que ce système qualifie lui-même le droit d'auteur en termes de propriété, sans que la durée limitée de ces droits ou leur nature incorporelle aient été considérées comme incompatibles avec cette qualification. Un auteur a récemment montré qu'au niveau provincial, la position du législateur québécois va dans le sens d'une qualification des droits d'auteur en termes de propriété⁸⁵⁷. Cela se déduit principalement de l'article 458 du Code civil du Québec, relatif aux régimes matrimoniaux, qui dispose expressément que « les droits de *propriété intellectuelle et industrielle* sont propres, mais sont acquêts tous les fruits et revenus qui en proviennent [...] »⁸⁵⁸. Cela se déduit également de l'article 909 alinéa 2 du Code civil -cet article faisant partie du chapitre 2 du titre I du livre sur les biens, qui traite « Des biens dans leurs rapports avec ce qu'ils produisent »⁸⁵⁹ - qui dispose que « Le capital comprend aussi les droits de *propriété intellectuelle et industrielle*, sauf les sommes qui en proviennent sans qu'il y ait eu aliénation de ces droits [...] »⁸⁶⁰. Le législateur québécois a donc incontestablement repris à son compte la conception qui fait des droits intellectuels des propriétés. Le

⁸⁵⁴ N. TAMARO, *loc. cit.*, p. 162.

⁸⁵⁵ Sur cette jurisprudence : *Millar c. Taylor* (1769) 98 E.R. 201 (C.A.); voir : N. TAMARO, *loc. cit.*, p. 172-179.

⁸⁵⁶ Voir sur ce point M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, thèse préc., p. 193, selon laquelle, concernant le contenu du droit de propriété mobilière, les prérogatives du propriétaire anglais sont proches de celles du propriétaire français : pouvoir d'usage, de jouissance et de disposition. Cette analyse paraît pouvoir être étendue au propriétaire québécois, les conceptions de la propriété en droit français et en droit québécois étant très proches, de l'avis unanime des auteurs.

⁸⁵⁷ Y. GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil », *loc. cit.*, p. 102.

⁸⁵⁸ Y. GENDREAU, « La nature juridique du droit d'auteur selon le nouveau Code civil », *loc. cit.*, p. 103 : « À lui seul, cet article indique que le droit d'auteur, un des droits de propriété intellectuelle, est un bien sur lequel on est susceptible d'exercer un droit de propriété ».

⁸⁵⁹ Les biens sont les objets de la propriété, aux termes de l'article 947 C.C.

⁸⁶⁰ Voir aussi en ce sens : D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, n° 110, p. 54 : « La loi qualifie cependant les droits intellectuels de « propriété » (909 C.c.Q.). Cette caractérisation n'est pas sans fondement, nonobstant l'aspect temporaire des droits intellectuels : la règle de la propriété perpétuelle n'est pas absolue. D'ailleurs, le titulaire de droits intellectuels exerce ses droits sans intermédiaire, comme dans le cas des droits réels. En définitive, les droits intellectuels peuvent être qualifiés de droits de propriété sur des biens incorporels (art. 947 C.c.Q.), quelle que soit la nature (corporelle ou incorporelle) de l'œuvre ».

professeur Macdonald a, par ailleurs, observé que la jurisprudence québécoise a reconnu l'existence de droits de propriété intellectuelle dans un sens civiliste⁸⁶¹.

241- Enfin, s'il est vrai que la jurisprudence québécoise⁸⁶², de même que la jurisprudence française⁸⁶³, a dissocié l'œuvre de son support matériel⁸⁶⁴, rien dans les décisions n'oppose une propriété matérielle au sens propre, à une propriété incorporelle impropre. S'il est possible de distinguer la propriété de l'œuvre de la propriété du support, il est néanmoins contestable de déduire une différence de nature d'une simple différence d'objet, laquelle n'induit qu'une dissemblance normale de régime juridique. Me Tamaro, analysant la position traditionnelle de Mignault, note que son constat, d'après lequel l'objet de la propriété est uniquement corporel, « *incontestable en 1880, serait sûrement à revoir sous l'angle de la théorie contemporaine du droit de propriété, même envisagée sous l'angle de l'analyse purement civiliste* »⁸⁶⁵. Au Québec, la qualification de la propriété de l'auteur sur son œuvre a nettement été affirmée par les juges provinciaux. Ainsi la Cour supérieure n'hésite-t-elle pas à employer le vocable d'appropriation de l'œuvre, ou de la « propriété intellectuelle », comme cela a été le cas dans l'affaire *Goulet c. Marchand*⁸⁶⁶. De même, dans une autre affaire, le juge Durocher de la Cour supérieure a fait référence à une décision antérieure⁸⁶⁷, dans laquelle « *la propriété de l'œuvre* du logo de la demanderesse n'a(vait) pas été établie »⁸⁶⁸. Cette position n'est d'ailleurs pas nouvelle⁸⁶⁹ et a été réaffirmée à de nombreuses reprises⁸⁷⁰.

Il apparaît en fin de compte que la reconnaissance des propriétés incorporelles, tant en droit français qu'en droit canadien et québécois, apporte un démenti catégorique à l'idée traditionnelle selon laquelle les droits réels en général et la propriété en particulier, n'ont pour objet que des corps. La question se pose à présent de savoir quels

⁸⁶¹ R.A. MACDONALD, « Reconciving the Symbols of Property [...] », *loc. cit.*, n° 29, p. 789.

⁸⁶² *Millar c. Taylor* (1769) 98 E.R. 201 (C.A.); *Re Dickens*, [1935] Ch. 267 (C.A.); pour une application plus récente: *C.P. Koch Ltd. c. Continental Stell Ltd.* (1984), 82 C.P.R. 156 (C.S. C.-B.).

⁸⁶³ Voir sur ce point : P. KAMINA, « De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles, À propos de l'arrêt de la Cour de Cassation du 6 mai 1997 (*Godard c. Houdelincks*) », *R.R.J. Droit prospectif*, 1998.3.881.

⁸⁶⁴ Le droit québécois a opéré une dissociation entre le transfert de propriété des droits d'auteur et le transfert de propriété du support de l'œuvre : N. TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur, op. cit.*, 1998, p. 302.

⁸⁶⁵ N. TAMARO, « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur : l'exemple de la saisie », *loc. cit.*, p. 181.

⁸⁶⁶ J.E. 85-964 (C.S.).

⁸⁶⁷ *Motel 6 Inc. c. No. 6 Motel Ltd.*, (1982) 1 C.F. 638.

⁸⁶⁸ *Visa international service association c. Auto visa Inc.* [1991] R.J.Q. 2197 à 2205 (C.S.).

⁸⁶⁹ *Joubert c. Géricimo*, (1917) 26 B.R. 97, 109 et 110 ; *Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd c. Kiwanis Club of West Toronto*, [1953] 2, R.C.S. 111, 116.

⁸⁷⁰ Voir notamment : *Louvigny de Montigny c. Cousineau* [1950] R.C.S.297, 306 ; et voir les autres références citées par Y. GENDREAU, « La nature juridique du droit d'auteur selon le nouveau Code civil », *loc. cit.*, à sa note 76, p. 103.

enseignements tirer en matière de propriété des créances, de la reconnaissance de la propriété intellectuelle.

§2. Les conséquences de la reconnaissance de la propriété intellectuelle sur la propriété des créances

242- Pendant longtemps, les excès de l'absolutisme de la propriété, ont conduit les auteurs à considérer que le droit de propriété est un pouvoir tellement absolu sur une chose, qu'il est la chose elle-même. Mais, en réalité, le développement de l'incorporel a fait prendre une conscience de plus en plus nette de ce que le droit de propriété peut fort bien se dissocier de son objet et ainsi se dématérialiser. Le doyen Josserand a été l'un des premiers auteurs à mettre en évidence le fait que la conception traditionnelle d'un droit de propriété limité aux choses corporelles est liée à l'intégration de la propriété dans son objet. Il a aussi été l'un des premiers à souligner le mouvement séculaire du droit vers la dématérialisation et l'idéalisation du droit de propriété, un droit qui a fini par être dissocié de son objet et à devenir apte à porter sur des biens incorporels⁸⁷¹.

243- La reconnaissance des propriétés incorporelles constitue une illustration claire de ce que le droit de propriété n'est pas -quand bien même l'aurait-il été un jour, ce qui comme nous l'avons vu est loin d'être certain- confondu dans son objet corporel. En dépit de leur diversité, les différentes propriétés intellectuelles ont pour point commun de protéger une œuvre de l'esprit en elle-même, indépendamment de son support matériel⁸⁷². Il s'agit donc de droits sans *corpus*⁸⁷³, tout comme les créances. Pour autant, on n'y retrouve pas moins les éléments constitutifs de l'essence de la propriété, à savoir un rapport d'exclusivité entre une personne et un bien, ce rapport se manifestant par la jouissance et la disposition du bien approprié⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », *loc. cit.*, n° 3, p. 96 et n° 5, p. 97. Voir notamment : « Il était donc urgent de 'dématérialiser' et d'idéaliser le droit de propriété en le dissociant de son objet et c'est à quoi tend un mouvement qui s'est poursuivi au cours des siècles » (n° 5) ; l'auteur ajoute que « le droit de propriété [...] s'établit sur la chose sans être absorbé, annexé par elle » (n° 5), ce qui lui permet alors de porter tant sur les biens corporels que les biens incorporels (n° 6 : « Immatériel et ainsi idéalisé, le droit de propriété va pouvoir porter sur des biens incorporels »).

⁸⁷² P. CATALA, « L'évolution contemporaine du droit des biens », *loc. cit.*, n° 25, p. 188 et 189.

⁸⁷³ P. CATALA, « L'évolution contemporaine du droit des biens », *loc. cit.*, n° 26, p. 189.

⁸⁷⁴ Pour une analyse systématique du droit d'auteur en un droit de propriété : J. RAYNARD *Droit d'auteur et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 333-342.

La reconnaissance des propriétés intellectuelles constitue une atteinte sérieuse à l'idée traditionnelle de l'objet corporel des droits réels. Cette propriété a même pour objet cette catégorie de bien incorporels que l'on a qualifiés de biens incorporels absolus⁸⁷⁵. L'acceptation du recours à la propriété est le signe du caractère désuet des schémas doctrinaux attachés à la corporéité des droits réels et donc des objections à la propriété des créances.

Cependant, il a été avancé que la reconnaissance de la propriété des droits intellectuels serait spécifique et ne pourrait être étendue aux créances. De tels droits ne sont pas des droits de créance, car ils ne reposent pas sur une relation créancier-débiteur. Ces droits conférant un pouvoir direct sur la chose à laquelle l'activité intellectuelle a donné naissance, cela permettrait, contrairement au cas des créances, de parler de propriété littéraire ou artistique ou de propriété industrielle. Un nouveau pas resterait donc à être franchi pour que soit pleinement reconnue la propriété des créances.

244- En fin de compte, il apparaît que la reconnaissance des propriétés incorporelles, tant en droit français qu'en droit canadien et québécois, apporte un démenti de taille à l'idée traditionnelle selon laquelle les droits réels en général, et la propriété en particulier, n'ont pour objet que des corps. Si la propriété des œuvres de l'esprit a été reconnue, *a fortiori* doit-il en aller de même de la propriété des droits incorporels que sont les créances.

SECTION II.

L'IDENTIFICATION DE LA NOTION DE PROPRIÉTÉ DANS LA TITULARITÉ

245- Afin de déterminer si la créance peut être l'objet d'une propriété authentique dans les systèmes civilistes, il convient à présent d'examiner si l'on retrouve les attributs traditionnels de la propriété, lorsque celle-ci porte sur une créance. La doctrine classique a analysé la propriété comme la somme des utilités qu'il est possible de retirer d'une chose. Ces utilités sont traditionnellement désignées par un célèbre triptyque composé de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*, dont on fait habituellement remonter l'origine au droit romain. En effet, pour la doctrine

⁸⁷⁵ A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, op. cit., p. 4.

traditionnelle, les attributs de la propriété sont « le droit d'usage (*jus utendi*), le droit de se servir de la chose -le droit de jouissance, *jus fruendi*- et le droit de disposition, *jus abutendi*, c'est-à-dire le droit de disposer »⁸⁷⁶ - et la définition de la propriété se ramènerait à ces attributs. Aussi ne doit-on pas s'étonner de lire, à l'article 947 du Code civil du Québec, que « La propriété est le *droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien*, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi. Elle est susceptible de modalités et de démembrements ». De son côté, le Code civil français définit la propriété comme le *droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements » (art. 544). Cette définition -qui était également celle de l'ancien article 406 du Code civil du Bas Canada- met davantage l'accent sur la jouissance et la disposition du bien approprié, mais les auteurs y voient traditionnellement la reprise du triptyque traditionnel. Les différents pouvoirs du propriétaire ont été identifiés dans l'article 544 du Code Napoléon⁸⁷⁷ et analysés comme constitutifs de « *la structure même de son droit* »⁸⁷⁸. Tout juste admet-on une certaine hiérarchie entre les attributs de la propriété, le *jus abutendi* étant considéré comme consubstantiel à la notion⁸⁷⁹.

246- Il a cependant déjà été montré en doctrine que l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ne sont que de simples utilités de la propriété et qu'ils ne font qu'exprimer les utilités dont un propriétaire « normal » jouit habituellement. L'étude de Vareilles-Sommières sur la notion de propriété constitue le point de départ de la réflexion en la matière⁸⁸⁰. L'auteur y expose que ce qu'on appelle les attributs de la propriété

⁸⁷⁶ C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 299, p. 318 et 319. Dans le même sens : D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, n° 206, p. 135 : « *Le droit de propriété [...] comporte trois éléments, selon une trilogie classique [...] : l'usus ou droit d'user du bien (jus utendi). L'utilisation peut être matérielle ou juridique [...] ; le fructus ou le droit de jouir du bien ou d'en tirer des fruits et revenus (jus fruendi) [...] ; l'abusus ou le droit de disposer du bien (jus abutendi). La disposition peut être matérielle (rénovation, altération, destruction) ou juridique (aliénation) [...]* ».

⁸⁷⁷ Si le droit de jouir s'y trouve expressément, tel n'est pas le cas du droit d'user et du droit d'abuser. On a alors expliqué l'absence du droit d'user par l'idée selon laquelle l'usage est une forme d'usufruit, ce dernier étant lui-même la jouissance (C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 543). Quant au droit d'abuser, on en a fait le synonyme du droit de disposer : F. ZENATI, thèse préc., n° 30.

⁸⁷⁸ F. ZENATI, thèse préc., n° 30, p. 52

⁸⁷⁹ R. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français, op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 333, p. 353 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 433, p. 122 ; F. ZENATI, thèse préc., n° 31, p. 53.

⁸⁸⁰ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.* 1905.444. Cette étude a eu des retentissements tant en droit français qu'en droit québécois, où elle est amplement citée : voir notamment G. GOLDSTEIN, « La relativité du droit de propriété : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », (1990) 24 *R.J.T.* 507, p. 507 ; F. FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 *C. de D.* 439, p. 440. Pour une critique de la définition de l'article 406 C.c.B.C. : F. LANGELIER, *op. cit.*, t. 2, p. 134 : « Cette définition du droit de propriété n'est pas très exacte ni très complète. Elle est plutôt une indication de certains effets de ce droit qu'une définition de ce droit lui-même ».

constituent en réalité « *la synthèse des services qu'il est possible de tirer des choses, mais non point une analyse du droit de propriété* »⁸⁸¹. Un propriétaire peut parfaitement ne pas avoir tous les attributs de la propriété, sans pour autant perdre sa qualité de propriétaire⁸⁸². Ainsi a-t-on remarqué qu'une personne - telle celle qui par exemple louerait son bien à long terme, le grèverait de servitude, et constituerait sur lui un usufruit- pourrait se voir privée de ses prérogatives sur son bien tout en en demeurant propriétaire⁸⁸³. De même, l'*abusus* ne peut caractériser à lui seul la propriété, car il arrive que le propriétaire en soit privé -en raison de la volonté du propriétaire ou de son auteur, ou en raison d'une disposition législative. Dès lors, « *ni le pouvoir total, permanent et exclusif, ni aucun des éléments qui le composent, ni même la faculté de disposition, ne peuvent être considérés comme attributs essentiels de la propriété* »⁸⁸⁴. La propriété ne peut donc se réduire à la somme des droits sur une chose⁸⁸⁵ et il convient de la définir moins comme un contenu qu'un espace de possibilités⁸⁸⁶.

247- Si l'on veut réellement rendre compte de la substance de la propriété, il faut examiner ce qui est « *constitutif* » de ce qui est simplement « *corrélatif* » à la propriété⁸⁸⁷ : la différence doit être faite, entre le droit lui-même et les utilités qu'il

⁸⁸¹ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *loc. cit.*, p. 486.

⁸⁸² En ce sens : P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *loc. cit.*, p. 431.

⁸⁸³ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, op. cit.*, n° 11, p. 30. Voir aussi F. ZENATI, thèse préc., n° 65 : « Comment la propriété pourrait-elle se définir comme le droit d'user, de jouir et d'abuser, lorsque par l'effet du démembrement elle perd l'un ou plusieurs de ses éléments constitutifs ? ».

⁸⁸⁴ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, op. cit.*, n° 11, p. 31. Voir au Québec, sur la critique de la définition de la propriété par le triptyque traditionnel : F. FRENETTE, « Du droit de propriété », *loc. cit.*, p. 440-445.

⁸⁸⁵ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *loc. cit.*, p. 489. Voir aussi : C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français, op. cit.*, t. 2, §190, n° 139, p. 231-233: les facultés inhérentes à la propriété ne sont pas susceptibles d'une énumération détaillée ; et plus récemment : C. ATIAS, *Les biens, op. cit.*, n° 59, p. 83 : « décrire les différentes composantes de la propriété, les divers pouvoirs que son titulaire peut exercer, ce n'est assurément pas la définir ».

⁸⁸⁶ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *loc. cit.*, p. 315 et 316 ; P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *loc. cit.*, p. 444 . En définitive, la propriété est « résiduaire », elle « n'est pas nécessairement le droit de retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer ; mais si le propriétaire ne peut toujours la retirer effectivement, il en conserve à tout moment l'expectative, la potentialité » : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, op. cit.*, n° 12, p. 32. Voir en ce sens au Québec : L.A. JETTÉ, « De la propriété », (1930-1931) 9 *R. du D.* 373, p. 375 : « en dehors des prohibitions légales, le propriétaire peut faire tout ce qui lui plaît, il use et dispose de sa chose comme bon lui semble » ; F. FRENETTE, *De l'emphytéose*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1983, n° 132, p. 86 : « Le vice du système classique tient à ce qu'il est donné nom et définition à la propriété davantage à raison des droits y compris, qu'à raison de ceux qu'elle est susceptible de comprendre. L'accent étant mis de la sorte sur l'addition au lieu de la potentialité [...] ».

⁸⁸⁷ F. ZENATI, thèse préc., n° 310, p. 413.

procure⁸⁸⁸, donc entre le droit de propriété et ses émoluments que sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*⁸⁸⁹. Traditionnellement, on considère que l'exclusivité constitue un attribut de la propriété, permettant au propriétaire d'exclure les tiers de sa chose⁸⁹⁰. Mais, en réalité, il est possible d'aller au-delà et de voir dans l'exclusivité la propriété même⁸⁹¹. On peut estimer que la propriété est un droit exclusif et que c'est cette exclusivité qui permet au propriétaire, non seulement d'exclure les tiers de son bien, mais également par contre-coup de jouir de toutes les utilités possibles de la chose -dont les principales sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*⁸⁹². L'exclusivité permet donc de rendre compte des utilités dont jouit le propriétaire traditionnel, tout en cernant l'essence même de la propriété.

248- Quelle que soit la conception de la propriété que l'on adopte, qu'elle soit définie comme exclusivité ou, plus traditionnellement, par le biais de ses utilités, l'une ou l'autre de ces analyses peut conduire à admettre la propriété des créances. Comme l'a récemment écrit un auteur, « *que l'on parte d'une définition stricte ou large de la propriété, on ne peut exclure qu'elle puisse porter sur une créance*. La définition large l'autorise à coup sûr : *si la propriété est le droit privatif qui se caractérise par le pouvoir d'exclure, chaque droit exclusif est objet de propriété [...]*. La conception stricte, qui fait reposer le droit de propriété sur le triptyque *usus-fructus-abusus* ne s'y

⁸⁸⁸ Voir sur cette distinction : J.-P. SORTAIS, *Le titre et l'émolument, essai sur la structure des droits subjectifs*, Paris, L.G.D.J., 1961.

⁸⁸⁹ F. ZENATI, thèse préc., n° 421 et suiv., p. 579 et suiv.

⁸⁹⁰ C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français, op. cit.*, t. 2, par P. ESMEIN, § 190, n° 139, p. 231 : la propriété est « le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une manière absolue et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne » ; et n° 143, p. 240 : le propriétaire a la faculté d'exclure les tiers de toute participation à l'usage, à la jouissance ou à la disposition de sa chose. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire, op. cit.*, t. 1, n° 2329 : à côté du caractère absolu de la propriété, qui est contestable, « la propriété possède un autre caractère qui est de son essence : elle est *exclusive*, c'est-à-dire qu'elle consiste dans l'attribution de la jouissance d'une chose à une personne déterminée à l'exclusion de toutes les autres ». Voir en droit québécois : F. LANGELIER, *op. cit.*, t. 2, p. 134 : « La propriété est la maîtrise légale absolue et permanente d'une personne sur une chose » et p. 135 : « *De sa nature*, le droit de propriété est nécessairement exclusif ».

⁸⁹¹ En ce sens : F. ZENATI, thèse préc., n° 400, p. 543. Voir aussi : E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, coll. « Quadrige », 2^e éd., Paris, P.U.F., 1995, p. 171 et 172 : « le droit de propriété consiste essentiellement dans le droit de retirer une chose de l'usage commun [...] le droit de propriété se définit beaucoup plus par un contenu négatif que par un contenu positif, par les exclusives qu'il implique plus que par les attributions qu'il confère ». Voir sur ce point en droit québécois : P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 274 : « Monopole reconnu à une personne sur un bien, le droit de propriété se caractérise par son exclusivité ». Voir aussi : L.A. JETTÉ, « De la propriété », (1930-1931) 9 *R. du D.* 373, p. 373.

⁸⁹² Voir notamment : P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les 'Répétitions écrites sur le Code civil'*, t. 2, Montréal, Éditions Théorêt, 1896, p. 466 : « Deux éléments composent la propriété : l'un d'attribution ; l'autre d'exclusion. C'est une attribution, c'est-à-dire une faculté accordée à une personne de retirer d'une chose toute l'utilité qu'elle peut donner. C'est aussi une exclusion, c'est-à-dire une obligation imposée à toute autre personne de ne pas toucher aux produits de cette même chose, et de ne rien faire à l'encontre du droit du propriétaire ».

oppose pas non plus [...]. Au fond, chaque lecture de l'article 544 du Code civil s'accommode bien de l'idée de propriété des créances »⁸⁹³.

249- Afin de déterminer si la propriété des créances constitue une authentique propriété, il convient d'évaluer, dans un premier temps, si les pouvoirs du propriétaire de la créance sont identiques lorsque la propriété a pour objet des créances ou des biens corporels. Autrement dit, il faut déterminer si l'on retrouve dans la propriété des créances le droit de jouir et de disposer qui forment le contenu des attributs de la propriété traditionnelle -étant entendu que la jouissance est elle-même fondée sur l'exclusivité, caractéristique de la propriété (§ 1). Dans un second temps, il s'agira de savoir si l'on retrouve, pour la propriété des créances, les caractères traditionnels de la propriété corporelle, à savoir le caractère absolu ou complet de la propriété, ainsi que le caractère perpétuel qu'on lui attache (§ 2).

§ 1. Les attributs de la propriété

250- En France comme au Québec, la jouissance et la disposition constituent les attributs du propriétaire de la créance. Si le nouveau Code civil du Québec distingue le droit d'user du droit de jouir, il est admis que l'usage constitue l'une des facettes de la jouissance⁸⁹⁴. Dès lors, pour déterminer si le propriétaire d'une créance jouit des mêmes attributs sur sa chose que le propriétaire d'une chose corporelle⁸⁹⁵, il faut envisager à la fois le droit de jouissance et le droit de disposition, et voir si ces deux attributs se retrouvent de la même manière dans les deux cas⁸⁹⁶. Ainsi, examinerons-nous successivement le droit de jouissance du propriétaire (A), puis son droit de disposition (B), et tenterons-nous dans les deux cas de déterminer si ces attributs s'appliquent à la propriété des créances.

⁸⁹³ J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *R.R.J. Droit prospectif*, 2001.4.1421, p. 1425.

⁸⁹⁴ Sur l'idée selon laquelle l'usage est une forme de jouissance : A. COSSETTE, « Considération sur le droit de propriété et son évolution », (1968) *R. du N.* 277, p. 277 : l'usage (*usus*) consiste à jouir de la chose ou à en retirer l'utilité qu'elle peut procurer. Voir aussi : *Bouchard c. Tanguay*, [1987] R.J.Q. 1883 (C.P.) : l'analyse des prérogatives du propriétaire s'articule autour de trois éléments, le droit de se servir de la chose ou de jouir de la chose, le droit d'en percevoir les fruits et le droit d'en disposer.

⁸⁹⁵ Sur l'idée selon laquelle toutes les choses ne sont pas nécessairement corporelles : *supra*, n° 82.

⁸⁹⁶ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, *op. cit.*, n° 19, p. 46 : « S'il est vrai que la propriété consiste essentiellement dans l'appartenance de l'objet à la personne et qu'elle s'exprime normalement par le pouvoir de maîtrise du propriétaire sur la chose; et s'il est également vrai que le rapport entre créancier et créance est un rapport de propriété, il faut que le créancier puisse jouir et disposer de sa créance au même titre que le fait, de son bien corporel, le propriétaire d'un tel bien ».

A. La jouissance de la créance

251- La question est ici d'examiner s'il est possible de dire que le propriétaire jouit de sa créance de la même manière que le propriétaire d'un bien corporel, ou autrement dit, s'il est possible de parler de droit de jouissance en ce qui concerne le propriétaire d'une créance. Traditionnellement, la jouissance du propriétaire est assimilée à la somme de l'*usus* et du *fructus*⁸⁹⁷. Néanmoins, cette jouissance d'utilité est fondée sur une jouissance plus large fondée sur l'exclusivité⁸⁹⁸. C'est cette exclusivité qui constitue la substance de la propriété, en ce qu'elle permet au propriétaire de se protéger contre les atteintes que les tiers pourraient porter à sa propriété. Dans ce second sens, la jouissance est plus qu'une simple utilité, elle est l'exclusivité du bien, qui confère au propriétaire un pouvoir d'exclure (1) et lui donne le pouvoir de jouir de l'essentiel des utilités d'un bien (2).

1. Le sens restrictif de la jouissance ou la jouissance des utilités de la chose

252- Dans son sens le plus restreint, auquel les auteurs réduisent traditionnellement la jouissance, la jouissance du propriétaire désigne à la fois le droit d'usage (ou d'*usus*) et le droit aux fruits (ou *fructus*)⁸⁹⁹. Mais, si l'on admet que la jouissance est fondée sur l'exclusivité, substance de la propriété, cette exclusivité permet de jouir de l'ensemble des utilités de la chose. Doit alors être également mentionné le droit de consommer la chose (ou *abusus*), qui fait partie des attributs classiquement recensés du propriétaire.

a) Le *jus utendi*

253- Le droit d'usage (*usus*) est traditionnellement défini comme la faculté de retirer de la chose les services qu'elle peut procurer, sans en percevoir les fruits -sinon l'usage se confondrait avec le *jus fruendi*- et sans en faire une utilisation non susceptible de se renouveler -sans quoi l'usage ne se distinguerait pas du *jus abutendi*⁹⁰⁰. Ainsi, le

⁸⁹⁷ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *loc. cit.*, n° 12, p. 449.

⁸⁹⁸ Sur la distinction entre jouissance d'utilité et jouissance d'exclusivité : F. ZENATI, thèse préc., n° 398, p. 541.

⁸⁹⁹ Voir notamment : P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé, Les obligations*, 3^e éd., v° *Jouissance* 1 : « Droit de se servir d'un bien² et, le cas échéant, d'en percevoir les fruits et revenus ».

⁹⁰⁰ Voir notamment : C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français, op. cit.*, t. 2, § 191, n° 141, p. 236-238. Au Québec, la jurisprudence a défini le droit d'usage comme le droit de se servir de la chose ou de

fait de se servir d'une maison en l'habitant s'analyse en un acte d'usage. De même, on se sert d'objets mobiliers en les employant à l'usage conforme à leur destination : par exemple de livres en les lisant, ou de meubles meublant en en garnissant un appartement. L'utilité de la chose varie en fonction de sa nature, et c'est d'abord cette nature de la chose qui constitue une limite à son utilité. Ainsi, alors que certains biens ne présentent d'utilité qu'en étant consommés, d'autres ont vocation à être conservés, tels les biens frugifères.

254- Le propriétaire d'une créance peut-il user de sa créance comme le propriétaire d'un bien corporel ? La réponse à cette question pourrait sembler négative, dès lors que l'usage d'une créance consiste essentiellement à en obtenir paiement et que ce paiement a pour effet d'éteindre la créance. Néanmoins, cette première position mérite d'être dépassée, lorsque l'on constate qu'en réalité, le créancier qui encaisse sa créance lorsqu'elle arrive à échéance, en fait usage conformément à sa destination⁹⁰¹. En effet, la créance s'identifie ici aux choses corporelles consommables, dont on ne peut user sans les consommer et en anéantir la substance⁹⁰². Or, la consommabilité d'une chose⁹⁰³ n'a pas pour effet aux termes de la loi d'en rendre l'appropriation impossible, si bien que la créance n'est pas moins susceptible d'être l'objet de propriété que ne le sont « l'argent, les grains et les liqueurs »⁹⁰⁴.

l'utiliser : P.G. du Québec c. Bureau, J.E. 83-1000 (C.S.P.) : P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé*, 2^e éd., v^o Usage : « (Biens) : Utilisation ».

⁹⁰¹ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n^o 19, p. 47 et 48. La possibilité de jouir d'un droit personnel est reconnue au Québec : P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé, Les obligations*, 3^e éd., v^o Jouissance : « 1. Droit de se servir d'un bien² et, le cas échéant, d'en percevoir les fruits et revenus [...]. La jouissance peut résulter d'un droit personnel [...]. La jouissance peut aussi résulter d'un droit réel [...] ».

⁹⁰² R. GUILLIEN et J. VINCENT (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1999, v^o Choses consommables : celles qui « se consomment par le premier usage, leur utilisation provoquant leur destruction ». P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé*, op. cit., 2^e éd., v^o consommable : « Qui est détruit ou aliéné par le premier usage qui en est fait, en parlant d'un bien ». Sur l'idée selon laquelle l'usage « est instantané et s'abîme immédiatement dans l'abus pour les choses consommables » : V. RANOUIL, « Propriété », *Rép. Not. Dalloz*, article 544, fasc. 10, 1993, n^o 13, p. 5 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens*, op. cit., n^o 40, p. 43. Voir aussi : J. NGUYEN THAN NHA, *Droit civil, Les biens*, coll. « Les cours de droit », Paris, Litec, « Les cours de droit », 1997, p. 112 : « Certaines choses se consomment par le seul usage qui en est fait [...]. À leur égard par conséquent, l'usus se confond avec l'abus : utiliser la chose consommable, c'est en même temps en disposer et la détruire en la consommant ».

⁹⁰³ La consommabilité n'est pas uniquement matérielle et ne consiste pas uniquement dans la destruction physique de la chose ; la consommabilité peut être juridique, lorsqu'elle se manifeste non par la destruction de la chose mais par son aliénation : F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1957, n^o 24, p. 27.

⁹⁰⁴ Article 567 du Code civil français ; en ce sens : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n^o 19, p. 48. Voir aussi l'article 1556 C.c.Q., qui ne mentionne plus que l'argent comme exemple de chose consommable : « [...] si ce qui est dû est une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage [...] » ; à comparer avec l'ancien article 1143 C.c.B.C.

255- L'idée selon laquelle la créance est une chose consomptible permettrait notamment d'expliquer le redoutable pouvoir qu'a l'usufruitier de recouvrer la créance⁹⁰⁵. Dans le schéma classique du démembrement, c'est le nu-propiétaire qui doit avoir l'*abusus*, et non l'usufruitier. La doctrine classique a donc toujours eu du mal à expliquer le pouvoir dont dispose l'usufruitier de recouvrer sa créance, donc de l'éteindre -ce qui constitue un acte d'*abusus*, ou autrement dit un acte d'usage non susceptible de se renouveler- et qui appartient ici à l'usufruitier et non au nu-propiétaire⁹⁰⁶.

Cette question peut être résolue si l'on sort de la logique du démembrement⁹⁰⁷. Il suffit d'admettre que le nu-propiétaire jouit du droit de créance, alors que l'usufruitier l'exerce⁹⁰⁸ -ce qui revient à distinguer le droit de son émolument. Or, la créance constituant une chose consomptible, l'usufruitier ne peut user de son droit qu'en obtenant paiement de la créance. La possibilité qu'a l'usufruitier de recouvrer la créance s'explique, à partir du moment où l'on admet que la créance constitue une chose consomptible, l'usufruitier ne pouvant user de son droit qu'en obtenant paiement de la créance.

La consomptibilité de la créance permet de rendre compte de la particularité de l'usage d'une créance, tant en droit français qu'en droit québécois⁹⁰⁹. Cette particularité liée au bien spécifique que constitue la créance, ne saurait retirer au propriétaire de la créance son droit d'user de la créance⁹¹⁰. Mais le propriétaire traditionnel dispose également d'un droit aux fruits de son bien, si bien qu'il faut à présent déterminer si le propriétaire d'une créance pourrait en percevoir les fruits.

⁹⁰⁵ En France, la jurisprudence décide que l'usufruitier peut et peut seul recevoir paiement de la créance et en donner quittance : A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », *Rev. trim. dr. civ.* 1957.1, p. 18 et 19 ; voir notamment : Req., 21 janvier 1845, S. 1845.I.129 ; Besançon, 8 février 1875, S. 1877.II.36. Au Québec, cette possibilité est désormais prévue par la loi : Article 1132 C.c.Q. : « Si la créance sur laquelle porte l'usufruit vient à échéance au cours de l'usufruit, le prix en est payé à l'usufruitier, qui en donne quittance [...] ». Avant cela, la jurisprudence admettait déjà que sauf disposition contraire contenue dans l'acte constitutif de l'usufruit, l'usufruitier d'une créance pouvait recevoir le capital et poursuivre le recouvrement de la créance : *Moore c. Gartner*, (1930) 68 C.S. 365 ; *Lamarche c. Leonard*, (1930) 68 C. S. 183.

⁹⁰⁶ F. ZENATI, thèse préc., n° 121 ; A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », *loc. cit.*, n° 21, p. 18 et 19.

⁹⁰⁷ Voir F. ZENATI, thèse préc., n° 424, p. 587 et n° 69, p. 109 : cette possibilité, « loin d'être une bizarrerie, s'explique par le fait qu'il s'agit d'un acte d'exercice du droit indépendant de la structure de la propriété même de ce droit ».

⁹⁰⁸ C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 420, p. 461 et 462.

⁹⁰⁹ Sur l'idée selon laquelle tous les biens ne sont pas susceptibles d'usage et ne sont pas susceptibles du même usage : V. RANOUIL, « *Propriété* », *loc. cit.*, n° 13, p. 5.

⁹¹⁰ Elle le peut d'autant moins, que de l'avis de la doctrine dominante, tous les biens ne sont pas nécessairement susceptibles d'*usus* et de *fructus* ; ainsi certains biens sont susceptibles d'usage mais ne produisent pas de fruits, ou inversement (ainsi les valeurs mobilières ne sont pas susceptibles d'usage mais produisent des revenus) : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 434, p. 122.

b) *Le jus fruendi*

256- En droit français, les auteurs classiques définissent le droit aux fruits (*fructus*) comme le second élément de la propriété ; il recouvre le droit d'exploiter ou d'administrer librement la chose afin de la faire fructifier, ainsi que le droit aux fruits et aux produits. S'agissant du droit de libre exploitation et administration, il est généralement admis que le propriétaire peut employer sa chose à l'usage qu'il veut, tout en respectant les limitations imposées par la loi et par les règlements. Quant au droit aux fruits et aux produits, il est défini comme constituant la jouissance proprement dite. L'article 547 du Code civil français distingue trois catégories de fruits : les fruits naturels, industriels ou civils.

Les fruits naturels ou industriels sont ceux que la chose fournit elle-même, qui naissent et se détachent d'elle (fruits des arbres, coupes de bois...) ⁹¹¹. Cette distinction entre les fruits naturels et industriels est décrite par les classiques comme ayant peu d'importance dans les faits : l'homme intervient souvent d'une façon ou d'une autre. En revanche, la distinction entre les fruits naturels et industriels d'une part, et les fruits civils d'autre part, est vue comme importante. On désigne par fruits civils les revenus ou émoluments dont la chose est l'occasion. Ce sont les « *fruits en argent* », par opposition aux « fruits en nature ». L'article 584 du Code civil énumère un certain nombre de fruits civils : « Les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes. Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des *fruits civils* ». D'autres exemples de fruits civils existent toutefois, tels que les intérêts des obligations ou les dividendes des actions ⁹¹².

257- Si un certain nombre de biens corporels produisent des fruits naturels, qui reviennent au propriétaire par droit d'accession, le créancier peut percevoir les intérêts de la créance, lesquels s'analysent en des « fruits civils ». En effet, il faut noter l'analogie opérée par le Code civil français entre les « fruits naturels » issus des biens corporels et qui appartiennent au propriétaire par droit d'accession (article 546 et 547 du Code civil), et les « fruits civils » (les intérêts des sommes exigibles et les arrérages des rentes de l'article 584 du code) que peuvent produire une créance et qui s'unissent à elle

⁹¹¹ L'art. 583 du C.C. civil les définit à propos de l'usufruit : « Les *fruits naturels* sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels. Les *fruits industriels* d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture ». Ainsi, les productions obtenues par la culture, c'est-à-dire par le travail de l'homme, sont des fruits industriels ; celles qui interviennent spontanément, sans le travail humain, sont des fruits naturels.

⁹¹² C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 319, p. 336-338.

en quelque sorte artificiellement, ou en tout cas de façon abstraite. Lorsque le créancier perçoit les intérêts de sa créance, il exploite sa créance et exerce son droit au *fructus* de son bien⁹¹³. L'analogie est également claire lorsque la loi expose que le possesseur de bonne foi est autorisé à conserver les fruits perçus, qu'il s'agisse d'un bien corporel (article 549 du code) ou d'une créance (article 1378 du code).

258- L'article 910 du Code civil du Québec définit les fruits et les revenus comme « *ce que le bien produit sans que sa substance soit entamée ou ce qui provient de l'utilisation d'un capital* »⁹¹⁴. Le code a abandonné la distinction entre les fruits naturels et industriels⁹¹⁵ et qualifie désormais les fruits civils de « *revenus* »⁹¹⁶. Les intérêts d'une créance doivent donc s'analyser en des revenus, qui constituent le pendant des fruits civils du droit français. Si l'article 948 C.c.Q., affirme que la propriété d'un bien donne droit à ce qu'il produit et à ce qui s'y unit par voie d'accession, l'article 949 du même code ajoute que « *Les fruits et revenus du bien [...] appartiennent au propriétaire [...]* ».

De même que le propriétaire d'un bien corporel, le propriétaire d'une créance a un droit au *fructus* de la chose, qu'il exerce lorsqu'il tire des revenus de son bien-créance. En effet, la loi classe parmi les revenus « *les sommes d'argent que le bien rapporte, tels les loyers, les intérêts, les dividendes, sauf s'ils représentent la distribution d'un capital d'une personne morale* » (art. 910 C.c.Q.). Par ailleurs, le possesseur de bonne foi est autorisé à conserver les fruits de son bien corporel ou les revenus de sa créance (article 931 C.c.Q.)⁹¹⁷.

Tout comme le propriétaire d'un bien corporel, le propriétaire d'une créance peut donc jouir du *fructus* de son bien incorporel, même s'il s'agit dans ce cas de fruits

⁹¹³ En ce sens : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, op. cit.*, n° 19, p. 48 ; B. LOTTI, thèse préc., n° 245, p. 277.

⁹¹⁴ Art. 910 C.c.Q. : « Les fruits et revenus sont ce que le bien produit sans que sa substance soit entamée ou ce qui provient de l'utilisation d'un capital. Ils comprennent aussi les droits dont l'exercice tend à accroître les fruits et revenus du bien. Sont classés parmi les fruits ce qui est produit spontanément par le bien, ce qui est produit par la culture ou l'exploitation d'un fonds, de même que le produit ou le croît des animaux. Sont classés parmi les revenus les sommes d'argent que le bien rapporte, tels les loyers, les intérêts, les dividendes, sauf s'ils représentent la distribution d'un capital d'une personne morale ; le sont aussi les sommes reçues en raison de la résiliation ou du renouvellement d'un bail ou d'un paiement par anticipation, ou les sommes attribuées ou perçues dans des circonstances analogues ».

⁹¹⁵ Voir les articles 447 à 449 du Code civil du Bas Canada.

⁹¹⁶ Voir en ce sens les *Commentaires du Ministre de la Justice, op. cit.*, article 910 ; P.-Y. MARQUIS, « De la distinction des biens et de leur appropriation », *loc. cit.*, n° 35, p. 36. L'ancien article 449 C.c.B.C. disposait que : « Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes dues, les arrérages des rentes ».

⁹¹⁷ Art. 931 C.c.Q. : « Le possesseur de bonne foi est dispensé de rendre compte des fruits et revenus du bien [...] ».

civils, ou de revenus en droit québécois. La dernière prérogative traditionnelle du propriétaire, et non la moindre, est le *jus abutendi*.

c) Le *jus abutendi*

259- Traditionnellement, le *jus abutendi* est identifié au droit de disposition du propriétaire. D'une façon plus précise, on peut distinguer le simple *abusus* -qui est seulement l'un des types d'usage que le propriétaire peut faire sur sa chose, aux côtés de l'*usus* et du *fructus*- du droit de disposition, véritablement caractéristique de la propriété. En effet, si l'*abusus* ne peut appartenir qu'à un propriétaire en raison de la forme radicale de cette utilité, la doctrine a justement observé qu'un propriétaire pourrait fort bien le rester tout en étant privé de cette utilité⁹¹⁸.

260- Si l'on s'en tient pour le moment au *jus abutendi*, défini comme le fait d'abuser matériellement une chose, le propriétaire d'une créance jouit-il de cette prérogative au même titre que le propriétaire d'un bien corporel ? Une réponse positive est possible, dès lors que le créancier peut exercer son pouvoir de disposer matériellement de son bien sur le titre de créance qui prouve -et selon certains incorpore- son droit. Ce *jus abutendi* ne porterait pas cependant sur la créance en tant que telle, car « étant incorporelle par sa nature, une créance n'est pas susceptible d'être détruite, consommée ou transformée comme l'est une chose concrète »⁹¹⁹. Cependant, cette idée doit être nuancée : l'exercice par le propriétaire de son *jus abutendi* peut se faire par le biais d'une transformation de son bien, lorsque celle-ci ne comporte pas de retour en arrière (telle par exemple la démolition d'un bâtiment), ou en consommant la chose, lorsque celle-ci est susceptible de consommation. Or, nous avons vu que la créance est une chose consommable, dont on ne peut user sans en abuser, donc sans la consommer. La créance, chose consommable, est donc susceptible de disposition par consommation.

Ainsi, celui que l'on nomme usuellement le *titulaire d'une créance*, a tous les pouvoirs d'un *propriétaire*, qu'il s'agisse de l'*usus*, du *fructus* ou de l'*abusus*⁹²⁰. Le

⁹¹⁸ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 77, p. 484 : « la propriété ne donne pas toujours à son titulaire le droit de transformer la substance, de consommer, de détruire ». Tel est le cas notamment lorsque la chose est grevée d'un usufruit, ou lorsqu'elle est louée.

⁹¹⁹ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, op. cit.*, n° 19, p. 48.

⁹²⁰ En ce sens : F. CLÉMENT, *La propriété en tant qu'instrument de crédit*, thèse Grenoble, 1994, p. 65 : « Que peut faire le titulaire d'une créance avec son bien ? Dans un premier temps, le titulaire de la créance peut user de la créance et en retirer les produits. Il peut donc se faire payer par le débiteur qui est tenu et il peut aussi percevoir les fruits que peut produire la chose et qui sont les intérêts de la créance. Cela traduit les notions d' '*usus*' et de '*fructus*'. Il peut aussi disposer de sa créance en la cédant, en faisant une remise partielle ou totale de dette [...], il peut constituer sur ce bien un droit de gage, de même

propriétaire d'une créance jouit de son bien incorporel, de même qu'il jouit de ses biens corporels ; il en jouit d'une manière aussi semblable que possible, s'agissant de biens de nature différente. Si l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* se retrouvent donc à l'analyse de la propriété des créances, la jouissance peut également avoir un sens plus large et désigner le pouvoir d'exclusivité du propriétaire sur sa chose, l'exclusivité étant « *la substance même de la propriété* »⁹²¹.

2. Le sens extensif de la jouissance ou l'exclusivité de la propriété

261- L'essence de la propriété réside dans l'exclusivité du propriétaire sur sa chose ou son bien, exclusivité qui se traduit par la faculté qu'a le propriétaire d'exclure les tiers susceptibles d'attenter à cette exclusivité en prétendant accaparer pour eux-mêmes et sans droit une partie des utilités de la chose. Étant protégé de toute interférence des tiers sur sa chose, le propriétaire est à même d'en faire l'utilisation qu'il entend.

262- Fondamentalement, la propriété « *sort des entrailles de la communauté* » et désigne la situation où un bien est sous le pouvoir d'une personne et échappe au pouvoir des autres personnes⁹²². La propriété est un droit exclusif⁹²³, qui suppose que le propriétaire n'a à souffrir d'aucun droit concurrent sur sa chose. La relation de propriété est une relation privilégiée du propriétaire à sa chose, lui permettant d'en exclure les tiers⁹²⁴. Il est vain de vouloir identifier toutes les utilités qu'un propriétaire peut tirer de sa chose. L'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* constituent seulement les principales conséquences de la jouissance. En ce sens, la jouissance est un monopole qui contient en puissance toutes les possibilités d'utilisation de la chose mais ne se résume pas à elles.

que se faire payer et ainsi, épuiser la substance de sa créance. Ces derniers éléments traduisent la notion d' '*abusus*' ».

⁹²¹ F. ZENATI, thèse préc., n° 400. Voir aussi : C. LASSALAS, thèse préc., n° 408, p. 141 : « C'est parce que la propriété gît dans l'exclusivité qu'elle procure certains usages ».

⁹²² F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 91, p. 118. C'est donc en réalité seulement par contrecoup que le propriétaire peut jouir privativement de sa chose, le rapport externe existant entre le propriétaire et les tiers rendant en quelque sorte possible le rapport interne liant le propriétaire à sa chose - lequel se manifeste par les utilités traditionnelles de la chose.

⁹²³ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », loc. cit., n° 17, p. 287 : « La propriété se caractérise par [...] l'exclusivité qu'elle confère en propre à une personne sur une valeur économique. Ce '*jus prohibendi*', ce pouvoir d'interdire dont l'opposabilité est absolue procure, par voie de conséquence logique, à son titulaire, la faculté d'autoriser autrui, c'est-à-dire le pouvoir de disposer de la chose, de la valeur ». Sur l'exclusivité : voir notamment C. ATIAS, *Les biens*, op. cit., n° 49, p. 57 ; G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens*, op. cit., n° 1034, p. 441 ; J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., n° 68, p. 129.

⁹²⁴ D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, op. cit., n° 674, p. 390 et 391.

263- Le propriétaire peut exercer son droit d'exclusivité à la fois par des actes matériels et juridiques. Le plus souvent, il s'agit d'actes matériels. En matière mobilière, le propriétaire exerce pratiquement sa souveraineté sur la chose -en la soustrayant à l'appréhension d'autrui- grâce à la possession. En matière immobilière, la possession est plus difficile ; c'est ainsi que la loi prévoit par exemple pour le propriétaire le droit de se clore (article 647 du Code civil français et article 1002 du Code civil du Québec), ce qui lui permet d'affirmer sa souveraineté⁹²⁵. Selon certains auteurs, les biens immatériels et donc les créances ne seraient pas susceptibles de propriété car il est impossible de les appréhender matériellement. Néanmoins, s'il est vrai que cette idée est historiquement fondée, la propriété est aujourd'hui nettement distincte de la possession : ainsi, c'est la propriété et non la possession qui est le fondement de l'action en revendication, et la propriété se transmet de manière distincte de la jouissance⁹²⁶. De plus, s'il est également juste que l'appréhension matérielle d'un objet en facilite l'appropriation, cela n'implique en aucune manière que l'appropriation ne puisse être assurée par d'autres moyens. Ainsi, l'impossibilité d'appréhender matériellement les créances ne saurait justifier une condamnation de la propriété des créances.

264- Par ailleurs, le propriétaire est investi du pouvoir de conserver son bien contre des atteintes juridiques. Ainsi, l'article 545 du Code civil français et l'article 952 du Code civil du Québec, disposent que nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité. Ce principe signifie que les particuliers ne peuvent pas s'exproprier les uns les autres. Surtout, ce principe protège le particulier contre les empiètements éventuels de l'autorité publique sur sa propriété. Or, nous avons vu que le Conseil Constitutionnel français, à l'occasion de son intervention relativement aux lois de nationalisation, a appliqué aux droits incorporels ce principe de la protection du propriétaire contre des atteintes juridiques⁹²⁷. De même, en droit québécois, la jurisprudence n'a pas hésité à appliquer l'ancien article 407 du C.c.B.C., dont le nouvel article 952 du C.c.Q. a repris la substance⁹²⁸, aux droits autant qu'aux biens corporels⁹²⁹.

⁹²⁵ Voir en ce sens : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Les biens*, op. cit., n° 1306, p. 32 et 33.

⁹²⁶ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.* 1993.305, p. 310.

⁹²⁷ Voir *supra*, n° 196.

⁹²⁸ Art. 407 C.c.B.C. : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité » ; art. 952 C.c.Q. : « *Le propriétaire ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est par voie d'expropriation faite suivant la loi pour une cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité* ». Voir aussi la *Loi sur l'expropriation* (L.R.Q. c. E-24).

⁹²⁹ Voir notamment : *Laiterie Fortier Ltée c. Borden Co. Ltd.*, [1961] C.S. 513 ; *Ville de Montréal c. Cedar Towers Corporation*, [1972] C.A. 270 (commentaires : (1973) 4 R.G.D.91). Voir aussi l'arrêt très

Ainsi, la protection du propriétaire contre les atteintes juridiques s'applique également en matière de propriété des créances.

265- S'agissant des sanctions de ce pouvoir d'exclure reconnu au propriétaire, la loi protège efficacement les biens dont le propriétaire peut être facilement dépossédé. À côté des sanctions pénales susceptibles d'être exercées, la loi prévoit des sanctions civiles ayant pour objet la restitution de la chose⁹³⁰. Tout d'abord, le propriétaire peut intenter une action en revendication, qui est la procédure par laquelle le propriétaire demande à être remis en possession de son bien, après avoir démontré son droit de propriété sur le bien⁹³¹. Le propriétaire a également à sa disposition des actions de type possessoire qui sont plus faciles à intenter, le demandeur n'ayant qu'à démontrer qu'il a été dépossédé de son bien -ce qui constitue une preuve plus facile. Or, les créances participent comme tout bien au contentieux de la propriété ; si elles donnent rarement lieu à un contentieux possessoire, leur revendication est certainement possible⁹³².

266- Le propriétaire peut également obtenir réparation lorsqu'il subit une atteinte dans son droit, qu'il s'agisse d'une perte ou d'un manque à gagner. Par une action en responsabilité civile, le propriétaire peut obtenir réparation de son dommage, soit par l'allocation de dommages intérêts, soit par une remise en état lorsque c'est possible. Or, le propriétaire d'une créance peut également, en France comme au Québec, obtenir une telle réparation ; c'est le cas lorsqu'un tiers se rend complice de la violation des engagements pris par l'une des parties à un contrat⁹³³.

267- Enfin, il faut également noter que le propriétaire peut être protégé contre les atteintes abusives faites à sa propriété par la puissance publique. En France, ce sont les juridictions de l'ordre judiciaire qui ont compétence pour statuer contre les voies de

explicite : *Rioux c. Corp. Municipale de la cite de Sept-Iles*, [1995] R.J.Q. 2198 (C.S.), selon lequel l'article 407 est applicable « aux droits de propriété », quel que soit leur objet.

⁹³⁰ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 96, p. 121.

⁹³¹ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 96, p. 121 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, n° 674, p. 391 : l'action en revendication « tend à la restitution du bien, à charge pour le propriétaire de prouver son titre ».

⁹³² Voir *infra*, n° 696 et suiv. Pour un exemple de contentieux pétitoire : voir l'article 122 de la loi du 25 janvier 1985 précitée, qui autorise le vendeur de meuble, à défaut de pouvoir revendiquer sa chose entre les mains d'un sous-acquéreur de bonne foi, à revendiquer contre lui la créance du prix de revente. Voir aussi dans le même sens, l'art. 946 C.c.Q.

⁹³³ Voir la suite de notre exposé et P. HUGUENAY, *La responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Lyon, 1910 ; S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, Paris, L.G.D.J., 1963. La jurisprudence française comme québécoise sanctionne le tiers fautif d'une telle violation : voir notamment en France : Civ., 23 octobre 1912, S. 13.1.259 ; et au Québec : *Dostie c. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026 (C.A.).

fait que l'administration peut faire subir à un propriétaire⁹³⁴. Dans ce cas également, le propriétaire a le choix entre des actions de type pétitoire ou possessoire. Les créances sont-elles, comme les autres biens, protégées contre les voies de fait administratives ? La réponse se doit d'être positive, dès lors que les actions en revendication dirigées contre les personnes morales de droit public et dont connaissent les juridictions de l'ordre judiciaire, peuvent porter sur des biens de toute nature, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, de biens corporels ou incorporels, comme les créances⁹³⁵.

Au Québec, la Cour fédérale du Canada au eu l'occasion de se pencher sur la question récemment⁹³⁶. Dans l'affaire *Canada c. Banque Nationale du Canada*⁹³⁷, la banque en cause soutenait qu'elle avait été victime d'une expropriation déguisée de ses biens. En vertu d'une cession de créance comptable et de la garantie qu'elle détenait en vertu de l'article 178 de la *Loi sur les banques*⁹³⁸, la banque avait perçu les créances de son débiteur failli, alors qu'une partie de ces créances représentaient les sommes dues à la Couronne au titre de la taxe applicable sur les ventes de marchandises⁹³⁹. En l'espèce, la Cour fédérale même si elle rejeta la qualification d'expropriation, le fit non pas sur le fondement d'une impossibilité d'appliquer le concept d'expropriation à des créances, mais au motif que la taxe due par le débiteur failli n'avait pu être transmise à la banque et qu'elle n'était pas entrée dans les biens de la faillite⁹⁴⁰. Ce jugement montre donc bien que la Cour pourrait être amenée à censurer des atteintes subies par les particuliers et dues à des expropriations de leurs biens incorporels par la puissance publique.

268- On a déjà souligné que les auteurs qui considèrent que le droit de propriété se confond avec son objet, s'accommodent mal du concept d'indivision, puisque « le partage des utilités de la chose [indivise] est irrésistiblement assimilé à un fractionnement du droit »⁹⁴¹ (de propriété). Le droit de propriété étant, selon cette

⁹³⁴ V. RANOUIL, « *Propriété* », *loc. cit.*, n° 88, p. 15. Les voies de fait désignent les atteintes portées à la propriété sans droit par l'administration : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 411, p. 116.

⁹³⁵ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 98, p. 123. Sur le principe de la compétence des tribunaux judiciaires pour connaître de tous les procès portant sur l'existence d'une propriété, y compris incorporelle : C.E. 19 mai et 15 novembre 1922, D. 1923.3.5.

⁹³⁶ Les articles 915 et 916 C.c.Q. opposent les biens qui appartiennent aux particuliers aux biens qui appartiennent à l'État et aux personnes morales de droit public.

⁹³⁷ *Canada c. Banque Nationale du Canada* (C.A.), [1997] 3 C.F. 3.

⁹³⁸ *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 178.

⁹³⁹ *Loi sur la taxe d'accise*, S.C.R. 1970, ch. E-13, article 2.

⁹⁴⁰ Aux termes de la décision en cause, « Cela ne constituait pas une expropriation déguisée, sans compensation, des biens de la banque, puisque les créances qui sont passées entre ses mains à la suite de l'exécution de ses garanties contenaient en partie une taxe qui appartenait à la Couronne » ; « [...] la taxe d'accise n'appartient pas au débiteur et ne peut en conséquence être cédée par ce dernier à la banque [...] il s'ensuit que cette taxe ne fait pas, à proprement parler, partie des biens du failli et que le syndic n'a aucun pouvoir à son égard ».

⁹⁴¹ F. ZENATI, thèse préc., n° 88, p. 130.

conception, assimilée à la chose objet du droit, le droit de propriété doit être unique. On recourt alors à l'idée de fraction et de part, pour expliquer la division d'un droit originellement unique. Ainsi admet-on couramment que l'indivisaire est propriétaire de sa quote-part. L'explication de l'indivision par le biais de la propriété sur la part ne rend toutefois pas compte du droit d'user et de jouir que chaque indivisaire a de *la chose même*.

269- Pourtant, l'indivisaire est un propriétaire, qui peut user de la chose indivise elle-même, même si cet usage ne s'exerce pas de façon exclusive. La jouissance de l'indivisaire présente ainsi davantage de similitudes avec la jouissance de la chose d'autrui qu'avec la jouissance de sa propre chose : étant en concours avec d'autres, il jouit de sa propre chose en même temps qu'il jouit de la chose d'autrui⁹⁴².

Si l'usage commun aux indivisaires est libre, l'usage exclusif est soumis à la nécessité d'indemniser l'indivision⁹⁴³. En matière d'indivision des créances, les indivisaires ne peuvent user de leur créance « *que dans la mesure compatible avec le droit de leurs coindivisaires d'en faire autant. Cet usage consistera pour un indivisaire à recouvrer sa créance pour sa part et portion* »⁹⁴⁴.

270- Comme tout propriétaire, l'indivisaire a le droit de percevoir les fruits de l'indivision. L'article 815-10 du Code civil français prévoit que « Les fruits et les revenus des biens indivis accroissent à l'indivision, à défaut de partage provisionnel ou de tout autre accord établissant la jouissance divise ». Les indivisaires ont la possibilité de percevoir les fruits par répartition annuelle, sans avoir à attendre la fin de l'indivision (art. 815-11 al. 1 C.C.). En droit québécois, l'article 1018 du Code civil du Québec dispose : « Les fruits et revenus du bien accroissent à l'indivision, à défaut de partage provisionnel ou de tout autre accord visant leur distribution périodique ; il accroissent encore à l'indivision s'ils ne sont pas réclamés dans les trois ans de leur date d'échéance ». Dans le cas de créances frugifères, les propriétaires indivis de ces créances auraient donc le droit d'en percevoir les fruits.

⁹⁴² F. ZENATI, thèse préc., n° 409, p. 565.

⁹⁴³ Aux termes de l'article 815-9 du Code civil français : « Chaque indivisaire peut *user et jouir des biens indivis* conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision [...]. L'art. 1016 C.c.Q. est dans le même sens : « Chaque indivisaire peut se servir du bien indivis, à la condition de ne porter atteinte ni à sa destination, ni aux droits des autres indivisaires. Celui qui a l'usage et la jouissance exclusive du bien est redevable d'une indemnité ».

L'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité ».

⁹⁴⁴ F. ZENATI et T. REVET, *ibid.*

271- La principale caractéristique de l'indivision est que l'indivisaire ne peut exercer son pouvoir d'exclusivité vis-à-vis des autres indivisaires⁹⁴⁵. Sans que l'exclusivité propre à la propriété soit annihilée, elle est toutefois inefficace à l'encontre des coïndivisaires. Le partage sera le moyen par lequel l'indivisaire propriétaire va retrouver l'efficacité de son pouvoir d'exclusion⁹⁴⁶.

Le principe de l'effet déclaratif du partage, posé par l'article 883 du Code civil, va de pair avec l'effet rétroactif du partage, dont les effets remontent au premier jour de l'indivision. Le partage n'a pas un effet translatif, puisque les indivisaires étaient déjà propriétaires de la chose indivise. Il s'agit plutôt d'un acte déclaratif, qui permet de neutraliser les effets produits pendant la période d'indivision, cette situation étant contraire à la situation normale de la propriété civiliste, qui en principe, ne connaît qu'un seul propriétaire sur un même bien.

272- Il ressort donc de ces développements que le propriétaire d'une créance dispose, tant en droit français qu'en droit québécois, du pouvoir d'exclure caractéristique de la propriété. Le propriétaire de la créance jouit de son bien, non seulement dans le sens traditionnellement restrictif de la jouissance, qui permet la jouissance des principales utilités de la chose, mais aussi dans le sens plus extensif et aussi plus exact de la jouissance, qui permet la protection de l'exclusivité, caractéristique de la propriété. Mais si la propriété est jouissance, elle est également disposition.

B. La disposition du propriétaire de la créance

273- Nous tâcherons ici de déterminer si la disposition du propriétaire de la créance est similaire à celle du propriétaire d'un bien corporel. Pour cela, nous envisagerons d'abord le contenu du droit de disposer (1), puis ses manifestations, qui consistent dans l'exercice du droit de disposer (2).

⁹⁴⁵ F. ZENATI, thèse préc., n° 415, p. 574.

⁹⁴⁶ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 251, p. 286 : « Le partage a pour objet de diviser la chose commune en autant de lots qu'il y a de copropriétaires et d'attribuer à chacun un lot sur lequel il exercera son droit de propriété *de manière exclusive* ». L. LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 169 : le partage permet « *la réapparition d'un caractère de la propriété qui ne pouvait être exercé pendant l'indivision : l'exclusivité* ».

1. Contenu du droit de disposer

274- L'unanimité n'est pas faite en doctrine, sur le point de savoir s'il faut identifier le droit de disposer à l'*abusus*. Selon la doctrine classique, le fait de disposer d'une chose consiste à en faire ce que l'on veut. Définie ainsi, la disposition paraît se fondre dans l'*abusus*. Néanmoins, le terme « disposer » peut s'entendre dans un sens à la fois plus large et plus technique, qui consiste dans l'accomplissement des actes juridiques susceptibles d'être accomplis par un propriétaire -par abandon, aliénation, ou constitution de droits réels⁹⁴⁷. Ainsi compris, le droit de disposition apparaît comme « *le pouvoir de vouloir mettre dans une situation juridique nouvelle le bien dont on est propriétaire et de le faire* »⁹⁴⁸. La disposition est une notion plus large que la simple aliénation⁹⁴⁹ : la modification de la situation juridique du bien aura des conséquences sur la propriété de la chose si le propriétaire a voulu s'en séparer ; au contraire, elle n'en aura pas si le propriétaire a simplement voulu obliger sa chose.

Ce pouvoir d'agir juridiquement peut être distingué de l'*abusus* de la chose, même s'il arrive occasionnellement qu'abuser conduise à disposer de la chose⁹⁵⁰. Si avec l'*abusus*, la propriété disparaît, il s'agit dans ce cas d'une contingence liée à la disparition de la chose ; au contraire, avec le pouvoir de disposer, le propriétaire a la volonté de supprimer sa propriété. Donc, lorsqu'on dit traditionnellement que le droit de disposition du propriétaire peut prendre la forme d'actes de disposition matériels ou juridiques⁹⁵¹, on devrait en réalité distinguer l'*abusus*, simple émolument de la propriété, correspondant à ce que l'on considère traditionnellement comme le droit de

⁹⁴⁷ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *loc. cit.*, p. 317, selon lequel c'est cette acception qui serait retenue dans le Code civil français. Voir aussi sur ce point la thèse de D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens*, thèse Nancy 1969 ; V. RANOUIL, « Propriété », *loc. cit.*, n° 28, p. 7 : « *Le propriétaire a le pouvoir de librement disposer de son bien : il peut le vendre, le donner, le détruire, l'abandonner* » ; M. VANEL, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Propriété*, n° 92 : « *Le propriétaire a [...] l'aptitude de passer tous les actes juridiques susceptibles de restreindre, décomposer ou même anéantir son droit* ».

⁹⁴⁸ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 102 et 446 ; F. ZENATI, thèse préc., n° 428, p. 593.

⁹⁴⁹ Voir en ce sens : H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, n° 261-2 ; G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens, op. cit.*, n° 1023, p. 438.

⁹⁵⁰ Les auteurs qui incluent la disposition matérielle dans le droit de disposer ne peuvent cependant s'appuyer sur cette idée pour refuser la propriété des créances, qui est susceptible d'une telle disposition. Voir *supra*, n° 259 et suiv.

⁹⁵¹ Voir pour la doctrine française : V. RANOUIL, « Propriété », *loc. cit.*, n° 31, p. 8 : « *Le propriétaire peut faire sur son bien des actes matériels de destruction et des actes juridiques de disposition* » ; J.-L. BERGEL, *Le droit des biens, op. cit.*, p. 29 : « *Le droit du propriétaire de disposer de sa chose [...] peut s'exprimer par des actes matériels ou juridiques* » ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 433, p. 122. Pour la doctrine québécoise : D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, n° 206, p. 135 ; P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé, Les obligations, v° Disposition 3* ; F. FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimension méconnues », *loc. cit.*, p. 446.

disposer matériellement de la chose, et le droit de disposer proprement dit, véritablement caractéristique de la propriété et consistant dans les actes de disposition juridique.

C'est au droit de disposer au sens propre que l'on doit à présent s'intéresser, pour savoir si le droit de disposition est applicable à la propriété des créances⁹⁵².

275- L'idée selon laquelle la disposition juridique ne serait pas caractéristique de la propriété a été soutenue en doctrine. Nous avons vu que traditionnellement, le *jus abutendi* était considéré comme l'équivalent du droit de disposition et analysé en une fraction du droit patrimonial total de propriété, et même comme la fraction la plus caractéristique de la propriété⁹⁵³. La conception d'après laquelle le droit de disposer ferait partie du droit de propriété a été remise en cause en France par Planiol, ainsi que par d'autres auteurs de la fin du siècle -qui reprenaient ainsi un courant d'idées qui avait débuté en Allemagne, puis en Italie. Partant de l'idée que tous les droits patrimoniaux sont susceptibles d'être aliénés, grevés de droit réel, ou de faire l'objet d'une renonciation, ces auteurs ont été conduits à dissocier la disposition de la propriété. Pour Planiol, le droit de disposition constitue une faculté distincte de la propriété et commune à tous les droits : la faculté de céder son droit. Planiol a distingué la disposition juridique de la disposition matérielle : à la disposition matérielle, incluse dans le droit de propriété, Planiol oppose la disposition juridique ou « *faculté de céder ses droits* »⁹⁵⁴, qui lui est extérieure. La *faculté de céder ses droits* permet notamment au sujet de le céder, ou de le démembrer. La disposition matérielle désigne au contraire le droit de consommer la chose, en la transformant ou en provoquant l'extinction⁹⁵⁵. Selon cette conception, la disposition matérielle serait seule à constituer l'*abusus* du propriétaire⁹⁵⁶. Cette thèse, qui fait du droit de disposer non plus un attribut spécifique

⁹⁵² Voir *supra* nos développements sur l'*abusus*, pour la disposition matérielle : n° 259 et suiv.

⁹⁵³ C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 333, p. 353. Sur la critique de cette conception : F. ZENATI, thèse préc., n° 432, p. 600, où l'auteur souligne que, si la disposition devait s'analyser en un attribut d'un droit patrimonial, cela devrait également s'appliquer aux autres droits patrimoniaux et notamment au droit de créance ; or, si le créancier peut disposer de son droit en le cédant, en y renonçant ou encore en recouvrant sa créance, personne n'a jamais songé à découvrir un *abusus* dans la créance : thèse préc., n° 433, p. 601.

⁹⁵⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, *op. cit.*, t. 3, n° 218, p. 226.

⁹⁵⁵ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 2248, p. 788.

⁹⁵⁶ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire*, *op. cit.*, t. 1, n° 2332 : « En lui-même, estime Planiol, le droit de propriété n'autorise que les actes matériels de jouissance ou de consommation ; ceux-là seuls forment l'objet du droit. Les actes juridiques se bornent à opérer le déplacement total ou partiel de ce droit d'user ou de consommer ; c'est l'exercice d'une faculté spéciale, la faculté de céder son droit ».

de la propriété, mais un attribut de la personnalité ou de la capacité juridique, sera suivie par de nombreux auteurs⁹⁵⁷.

Une thèse récente tend, notamment, à faire reconnaître l'autonomie du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte. Selon Mme Lotti, il existerait « *un droit de disposer distinct et concurrent du droit de propriété* »⁹⁵⁸. Pour cet auteur, la jouissance et la disposition se confondent en présence d'un bien consommable⁹⁵⁹ et « l'usufruitier et le dépositaire autorisé à se servir ou à faire usage de la chose consommable d'autrui, *jouissent et disposent du bien d'autrui sans en acquérir la propriété* »⁹⁶⁰. Selon Mme Lotti, il est tout à fait possible de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, sans en devenir propriétaire. En effet, « le disposant, en aliénant la chose (d'autrui), exécute une obligation de donner dont il était débiteur ; en encaissant la créance (d'autrui), il fait siennes les sommes dues au véritable créancier ». Le quasi-usufruitier, le dépositaire irrégulier ou le créancier gagiste ou hypothécaire doivent s'analyser comme « *des accipiens dans un paiement dont l'objet est le bien d'autrui*. Avec l'autorisation de la loi ou du propriétaire du bien, ajoute l'auteur, ils tirent profit du bien d'autrui sans jamais en devenir propriétaires »⁹⁶¹.

276- Ces théories apparaissent cependant contestables, car elles nient que le droit de disposer soit caractéristique sinon constitutif de la propriété, ce qui est pourtant affirmé tant par le Code civil français (art. 544) que par le Code civil du Québec (art. 947). C'est ainsi qu'un usufruitier ou un locataire ont le droit de jouir de la chose d'autrui sans en avoir la disposition, et que le droit positif fait du quasi-usufruitier ou du dépositaire irrégulier, qui exercent leur droit sur un bien consommable ou fongible et qui ont le droit de disposer de la chose, des propriétaires⁹⁶². La démonstration de ce que la faculté d'aliéner est indissociable de la propriété a déjà été faite en doctrine⁹⁶³. Le droit de disposer est lié à l'essence de la propriété, ce qui est aujourd'hui admis par la

⁹⁵⁷ D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens*, thèse Nancy 1969, p. 161. Voir aussi, qui reprendra la thèse de Planiol en la prolongeant : F. DE VISSCHER, « Du *jus abutendi* », *Rev. trim. dr. civ.* 1913.337. Voir contre cette théorie : J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 324-326.

⁹⁵⁸ B. LOTTI, thèse préc., p. 10.

⁹⁵⁹ B. LOTTI, thèse préc., p. 28.

⁹⁶⁰ B. LOTTI, thèse préc., p. 30.

⁹⁶¹ B. LOTTI, thèse préc., p. 163.

⁹⁶² Voir B. LOTTI, thèse préc., p. 4.

⁹⁶³ Voir notamment : P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, p. 452. Pour cet auteur, le propriétaire « agit sur la chose » lorsqu'il accomplit « un acte d'aliénation totale ou partielle ». Donc, « *puisque en aliénant, en hypothéquant la chose, le propriétaire agit sur elle, le droit d'aliéner, le droit d'hypothéquer sont pour lui des droits sur la chose ; et ces droits font partie de son droit de propriété [...]* » (p. 452 et 453). S'il est vrai, ajoute l'auteur, que la propriété d'une chose inaliénable est encore la propriété, le « *droit de propriété ou comprend ou tend à comprendre la faculté d'aliéner* » (p. 455). Voir aussi : D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en Droit civil*, thèse préc., p. 159 et 160.

majorité des auteurs⁹⁶⁴ et a été récemment rappelé en France par le Conseil constitutionnel⁹⁶⁵. Une telle idée n'est d'ailleurs aucunement novatrice et ne fait que rejoindre la position des juristes classiques qui ont toujours considéré l'*abusus*, qu'ils identifiaient au droit de disposer, comme étant l'attribut essentiel de la propriété⁹⁶⁶. Dès lors, l'idée selon laquelle la transmissibilité des droits, et plus spécifiquement des créances, s'explique par leur nature de droit patrimonial, est contestable : c'est parce que les créances sont des biens susceptibles d'appropriation qu'elles peuvent être cédées⁹⁶⁷.

L'étude des manifestations de la disposition devrait à présent permettre de cerner les différents actes de disposition qu'un propriétaire peut poser.

2. Exercice du droit de disposer

277- De même que tout propriétaire, le propriétaire de la créance peut en disposer en l'abandonnant (a) en constituant un droit réel sur elle (b), ou en l'aliénant (c). Or, c'est bien parce qu'il est *propriétaire*, que le créancier peut agir sur son bien comme il l'entend.

a) L'abandon de la créance

278- Les auteurs estiment généralement que la renonciation unilatérale à une créance est chose impossible. Alors qu'on admet aisément la possibilité d'abandonner un droit réel, on estime au contraire que le titulaire d'un droit de créance ne peut

⁹⁶⁴ Voir sur ce point B. LOTTI, thèse préc., p. 1 et 2 : « la loi érige le droit de disposer en attribut du droit de propriété. *Le droit de disposer*, qui confère au sujet le pouvoir de détruire le bien, de l'aliéner ou de le grever de droits réels est [...] perçu par la doctrine comme l'attribut essentiel et caractéristique du droit de propriété ». Voir notamment : G. CORNU, *Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 1023, p. 438 : « *Le propriétaire est celui qui peut, à son gré, vendre ou donner ce qu'il a* : Celui qui peut, librement, disposer de ses biens par des actes juridiques (testament, donation, vente etc.), dilapider si tel est son plaisir ».

⁹⁶⁵ C.C. 29 juillet 1998, J.C.P. 1998.I.171, obs. H. PÉRINET-MARQUET. Voir aussi sur le lien opéré par le C.C. entre la disposition et la reconnaissance d'un droit de propriété : A.-F. ZATTARA, thèse préc., n° 30, p. 276 : « Il [...] est possible d'affirmer qu'un bien, au sens juridique et abstrait du terme, constitue un objet de propriété, s'il s'agit d'un élément patrimonial puisque *le droit de propriété se caractérise par la libre disposition de ce qui fait son objet* ».

⁹⁶⁶ La faculté d'aliéner la chose et de la grever de droits réels était considérée comme la faculté la plus importante de la propriété, tant par Aubry et Rau, Demolombe que Pothier : P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, p. 451. Voir dans le même sens : J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *loc. cit.*, p. 29, selon lequel seul un propriétaire peut accomplir des actes de disposition aussi essentiels que le fait de céder son bien ou de le grever de droits réels -qu'il s'agisse d'un usufruit ou d'un gage.

⁹⁶⁷ Voir notamment en ce sens : art. 537 C.C. f. « Les particuliers ont la *libre disposition des biens qui leur appartient* [...] » ; et au Québec, la réglementation des stipulations d'inaliénabilité dans un titre relatif aux « Restrictions à la libre disposition de certains biens » (art. 1212 et suiv. C.c.Q.), les biens étant les objets de la propriété (art. 947 C.c.Q.).

renoncer unilatéralement à sa créance, sans l'accord de son débiteur⁹⁶⁸. Cette idée repose, en grande partie, sur l'assimilation de la créance au contrat, qui suggère que l'extinction de la première est soumise à la loi des parties. Il faut cependant remarquer qu'une telle assimilation confond la créance avec son origine contractuelle et omet que toutes les créances n'ont pas une telle origine. D'autre part, il n'y a pas de raison majeure de refuser un pareil droit au titulaire d'un droit personnel.

L'idée d'une possibilité d'une renonciation unilatérale aux créances a déjà été admise par certains auteurs⁹⁶⁹. On a principalement invoqué, en ce sens, l'existence d'une doctrine datant de l'Ancien droit, selon laquelle « le créancier pourrait renoncer à la créance par un acte unilatéral, non pas pour libérer le débiteur, ce qui supposerait une remise conventionnelle, mais *pour se débarrasser lui-même d'une créance qui peut être gênante à raison des charges qu'elle implique ou de l'insolvabilité du débiteur* »⁹⁷⁰.

279- Outre l'intérêt pratique d'une telle possibilité, celle-ci n'est nullement exclue par les textes. En droit français, on ne saurait la déduire du seul fait que « la remise de dette est décrite dans son mode conventionnel par le Code civil »⁹⁷¹. En droit québécois, la loi prévoit qu'il y a remise, lorsque le créancier libère son débiteur (art. 1687 al. 1 C.c.Q.), ce qui correspond à la situation dans laquelle l'obligation n'a pas été exécutée « entièrement, correctement et sans retard comme la loi l'exige »⁹⁷². Si une partie de la doctrine québécoise considère qu'il ne faut pas analyser la remise comme une forme de renonciation unilatérale de la part du créancier⁹⁷³, une interprétation plus large des textes peut être envisagée. L'article 1687 du Code civil du Québec dispose, sans autre précision, qu'« Il y a remise lorsque *le créancier libère son débiteur* de son obligation », la remise pouvant être expresse ou tacite (art. 1688 C.c.Q.). Aucune

⁹⁶⁸ En ce sens : C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, § 234, note 45, p. 700. Voir aussi P. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi, op. cit.*, p. 159. On estime couramment qu'une telle possibilité reviendrait, si elle était admise, à imposer au débiteur un enrichissement ou une donation sans qu'il y consente. Dans le même sens : P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit », *Rev. trim. dr. civ* 1936.763, qui estime que si l'on peut renoncer unilatéralement à un droit de propriété, on ne peut de la même manière renoncer à un droit de créance.

⁹⁶⁹ S. LESSONA, « Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », *Rev. trim. dr. civ.* 1912.361 ; C. DUCOIN, *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français*, thèse Lyon, 1913, p. 114 et 115 ; N. SIBICIANO, *Théorie générale des renonciations en droit civil français*, thèse Paris, 1932, p. 117.

⁹⁷⁰ Voir P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, Les cours de droit, D.E.A. de Droit privé général, Paris, 1978, p. 31, qui rejette néanmoins cette doctrine.

⁹⁷¹ F. ZENATI, thèse préc., n° 589, p. 810.

⁹⁷² Art. 1590 al. 1 C.c.Q. ; N. VÉZINA et L. LANGEVIN, « L'extinction de l'obligation », dans Collection de droit 1998-1999, École du Barreau du Québec, vol. 5, *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 137.

⁹⁷³ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations, op. cit.*, n° 524, p. 865.

référence n'étant faite à la nécessité d'une acceptation de la remise par le débiteur, l'admission d'une remise unilatérale n'est pas exclue.

280- L'abandon constitue la manifestation la plus flagrante de la souveraineté du propriétaire. Par ce biais, le propriétaire perd son droit, sans qu'aucun nouveau droit ne s'exerce en contrepartie sur la chose⁹⁷⁴. Les biens abandonnés deviennent sans maître, ils deviennent des *res derelictae*⁹⁷⁵.

Le pouvoir d'abandon est présent, quel que soit l'objet sur lequel porte la propriété⁹⁷⁶. Simplement, lorsque la propriété a pour objet une créance et que le propriétaire renonce à son bien, cela provoque du même coup l'extinction du droit de propriété même, ce dernier n'ayant plus d'objet. Cela s'explique par le fait que l'obligation étant un rapport juridique interpersonnel, si l'un des sujets de ce droit disparaît du rapport juridique, cela provoque l'extinction du droit lui-même. La renonciation à la propriété d'une créance a donc un effet particulièrement rigoureux, puisqu'elle entraîne la disparition non seulement de l'objet de la propriété, mais du droit de propriété même, qui disparaît en même temps que son objet.

Les créances sont donc susceptibles d'abandon, même si celui-ci provoque du même coup leur destruction, en raison de la nature particulière de la créance.

b) La constitution de droits réels sur la créance

281- Le droit de disposition du propriétaire de la créance se manifeste également lorsqu'il constitue un droit réel sur son bien. Le propriétaire engage sa chose lorsqu'il constitue sur elle un droit réel. Les propriétaires successifs qui seront amenés à lui succéder devront supporter la charge ainsi constituée, tant que durera cette charge. Ainsi, le propriétaire d'une créance peut décider de constituer un usufruit sur sa créance⁹⁷⁷. Dans ce cas, les fruits civils appartiennent à l'usufruitier, le droit au capital restant l'apanage du nu-propriétaire. Dans l'hypothèse où la créance n'est pas frugifère, l'usufruit dégénère en quasi-usufruit ; l'usufruitier se voit attribuer la pleine propriété du bien, à charge d'en rendre l'équivalent au terme de l'usufruit.

⁹⁷⁴ P-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 190.

⁹⁷⁵ En réalisant un tel acte, le propriétaire peut avoir l'intention de se débarrasser des droits réels grevant sa chose.

⁹⁷⁶ On a pu dire que par la renonciation unilatérale, le propriétaire de la créance exerce sa faculté de disposer de la créance matériellement : en ce sens : J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *loc. cit.*, p. 27.

⁹⁷⁷ A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », *Rev. trim. dr. civ.* 1957.1.

282- Alors que le gage des créances en droit français et l'hypothèque des créances en droit québécois sont respectivement réglementés par le Code civil français et par le Code civil du Québec, les deux codes sont pratiquement silencieux quant au régime juridique de l'usufruit des créances, bien que le code québécois soit un peu plus prolix que son homologue français⁹⁷⁸. L'importance du développement de l'usufruit des créances en droit moderne⁹⁷⁹, lequel touche un nombre varié de créances⁹⁸⁰, a ainsi conduit la doctrine et la jurisprudence à fixer des règles propres à ce type particulier d'usufruit⁹⁸¹.

283- L'usufruit est défini par le Code civil français et par le Code civil du Québec comme le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété⁹⁸². Si l'on applique cette définition aux créances, l'usufruit des créances est le droit de jouir d'une créance dont un autre a la propriété⁹⁸³.

L'usufruit constitue un exemple type de jouissance d'une créance. Si l'usufruitier d'une créance n'a pas la propriété de la créance, il en a la jouissance ou

⁹⁷⁸ Le Code civil du Québec est toutefois plus prolix : art. 588, 584 et 586 C.C.f. ; art. 1131 à 1134 C.c.Q.

⁹⁷⁹ A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », *Rev. trim. dr. civ.* 1957.1, p. 3 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 274, p. 279 : « L'usufruit des biens incorporels connaît actuellement une importance pratique accrue qu'il s'agisse de l'usufruit des créances, des valeurs mobilières, des rentes ou des universalités ».

⁹⁸⁰ A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », *loc. cit.*, n° 1, p. 1 : « La créance peut consister en une seule prestation ou en des prestations successives, comme dans la rente. Elle peut être exigible au moment de l'ouverture de l'usufruit ou être seulement à terme, comme les obligations de sociétés. Elle peut être frugifère ou ne pas l'être. Elle consiste en une obligation de donner ou en une obligation de faire, comme dans le droit au bail. Enfin, elle peut tendre à la livraison d'un corps certain, ou à celle d'une chose de genre. *Usufruit d'universalités, usufruit du droit au bail, usufruit des rentes, usufruit des obligations, ce sont là autant de circonstances dans lesquelles en pratique peut apparaître un usufruit des créances* ».

⁹⁸¹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 275, p. 280 : « Quoiqu'il en soit des incohérences techniques et théoriques auxquelles invite l'usufruit des créances, la jurisprudence a su en dégager un régime juridique pragmatique ». Sur le régime juridique de l'usufruit ou du gage des créances : A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », *Rev. trim. dr. civ.* 1957.1 ; R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.615 ; A. LAINÉ, *De l'usufruit des valeurs mobilières*, thèse Paris, 1912 ; J. COCARD, *L'usufruit des actions et des obligations*, thèse Caen, 1938.

⁹⁸² Art. 578 C.C.f. : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance ». Art. 1120 C.c.Q. : « L'usufruit est le droit d'user et de jouir, pendant un certain temps, d'un bien dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance ».

⁹⁸³ On peut identifier, dans l'usufruit des créances, la présence de deux relations concomitantes. Le professeur Zenati, à propos de l'usufruit des droits sociaux, souligne la présence d'un « double niveau de relation », à la fois la relation réelle (qu'il s'agisse de propriété ou de droit sur la chose d'autrui) et la relation personnelle d'obligation qui fait l'objet de ce droit. C'est ainsi que l'usufruitier d'une valeur mobilière ou d'une part sociale a « à la fois la titularité d'un droit d'usufruit et, du fait de ce droit, la jouissance d'un droit d'associé ou d'une obligation » (F. ZENATI, *Rép. soc. Dalloz*, v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 7). Or, l'usufruit des créances, très proche de l'usufruit des droits sociaux, se caractérise par la même dualité de rapports juridiques (F. ZENATI, *Rép. soc. Dalloz* v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 21).

l'utilité. En droit français comme en droit québécois, l'usufruitier peut en user⁹⁸⁴ et en percevoir les fruits et autres émoluments⁹⁸⁵. L'usufruitier est « seul autorisé à percevoir la créance si elle échoit pendant l'usufruit⁹⁸⁶, et il donne au débiteur une quittance valable, opposable au nu-propiétaire »⁹⁸⁷. Lorsque l'usufruit porte sur un droit comme une créance, la jouissance conférée à l'usufruitier d'une créance prend donc forme dans l'exercice du droit –conformément aux termes de l'article 2228 du Code Napoléon.

284- À de nombreuses reprises, le Code Napoléon a qualifié le nu-propiétaire de propriétaire⁹⁸⁸. C'est donc le créancier, nu-propiétaire, qui est propriétaire de la créance, l'usufruitier n'étant, quant à lui, que propriétaire de son droit d'usufruit. La doctrine a fait valoir que « [l]e droit d'usufruit consiste essentiellement dans la charge qui pèse sur un propriétaire de souffrir qu'un tiers retire à sa place les utilités de la chose »⁹⁸⁹. L'usufruit des créances entraîne la dépossession du propriétaire et le transfert à l'usufruitier des utilités de la chose. Le nu-propiétaire d'une créance jouit des produits de la chose⁹⁹⁰. Il peut surveiller la jouissance de l'usufruitier⁹⁹¹ et agir de

⁹⁸⁴ Art. 597 C.C.f. : l'usufruitier jouit « de tous les droits dont le propriétaire peut jouir, et il en jouit comme le propriétaire lui-même ». Art. 1124 C.c.Q. : « L'usufruitier a l'usage et la jouissance du bien sur lequel porte l'usufruit ».

⁹⁸⁵ F. ZENATI, v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 178. L'usufruitier d'une créance fait siens les fruits engendrés par la chose : art. 582 C.C.f. ; art. 1126 C.c.Q. : « L'usufruitier fait siens les fruits et revenus que produit le bien ». Lorsque l'usufruit porte sur des valeurs mobilières, le principe est que l'usufruitier a le droit de toucher les dividendes, les intérêts ou les autres bénéfices en découlant, mais qu'il ne peut en retirer le capital : P.-C. LAFOND, *op. cit.*, p. 767 ; M. CANTIN CUMYN, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, *op. cit.*, n° 8 et 9, p. 6 : « Le *jus fruendi* permet à l'usufruitier de percevoir et de s'approprier les fruits qui proviennent de la chose ». Voir aussi : *Gray c. Quebec Bank*, (1879) 5 Q.L.R. 92.

⁹⁸⁶ *Moore v. Gartner*, (1930) 68 C.S. 365 ; P. MARTINEAU, *op. cit.*, p. 148.

⁹⁸⁷ M. CANTIN CUMYN, « Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie », *McGill Legal Studies*, n° 74, p. 53-54. Voir aussi : A. LAVALLÉE, « Quid » (1947-48) 50 *R. du N.* 490. De même en droit français : J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, *op. cit.*, n° 275, p. 280 : « Quand il est chargé de l'exercice d'une créance, l'usufruitier doit veiller à ce qu'elle ne se prescrive pas et mieux, il doit s'efforcer de la recouvrer puisque le nu-propiétaire ne peut le faire » ; A. LAINÉ, thèse préc., p. 74. En ce sens : Civ. 1, 4 oct. 1989, *Bull. civ. I*, n° 308 et *Rev. trim. dr. civ.* 1990.697, obs. F. ZENATI.

⁹⁸⁸ Notamment : art. 578, 585, 590 et suiv., 611 et suiv. C.C.f. Ce n'est toutefois pas le cas dans le Code civil du Québec. Voir aussi : J. CARBONNIER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 92, p. 164 : « Dépouillée de l'*usus* et du *fructus*, la propriété n'est plus qu'une *nue-propiété*. Toutefois, elle a en elle la certitude de redevenir un jour pleine propriété [...] ».

⁹⁸⁹ F. ZENATI, v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 408 ; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, p. 796 : à propos du nu-propiétaire : « Sa seule obligation, au demeurant passive, est de *ne rien faire qui puisse nuire aux droits de l'usufruitier ou l'empêcher d'exercer pleinement son droit d'usufruit* (art.1125, al. 1 C.c.Q.). Son rôle se limite à livrer le bien faisant l'objet de l'usufruit et à laisser l'usufruitier en jouir librement en attendant que le bien lui revienne un jour en pleine propriété ».

⁹⁹⁰ A. RIEG, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Usufruit*, n° 429.

⁹⁹¹ La doctrine majoritaire s'appuie sur l'art. 601 C.C. pour faire du droit de jouir de l'usufruitier une obligation de jouir en bon père de famille : A. RIEG, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Usufruit*, n° 342.

façon conservatoire⁹⁹². Ces pouvoirs se justifient par le fait que le nu-propiétaire, qui est un propriétaire dépossédé, n'en reste pas moins un propriétaire⁹⁹³.

C'est en cette qualité de propriétaire que le nu-propiétaire a le pouvoir de revendiquer son bien⁹⁹⁴, l'usufruitier n'étant apte qu'à revendiquer son usufruit⁹⁹⁵. De plus, c'est le nu-propiétaire qui a le pouvoir de disposer du bien créance. Corrélativement, « l'usufruitier doit obtenir le concours du nu-propiétaire pour faire tout acte de disposition affectant la créance même, et notamment pour modifier l'échéance de la dette, transiger, en faire remise ou la céder »⁹⁹⁶. En cas de cession, le droit de l'usufruitier continuera cependant de grever la chose en vertu de son droit de suite (art. 621 C.C.f. et art. 1125 al. 2 C.c.Q.⁹⁹⁷).

285- Quant à l'usufruitier, il est propriétaire de son droit d'usufruit⁹⁹⁸. Ainsi l'usufruitier d'une créance peut-il disposer de son droit d'usufruit⁹⁹⁹. Une partie de la doctrine française estime que la cession d'usufruit obéit au régime du transfert des biens incorporels, la formalité de l'article 1690 du Code civil français ne s'appliquant pas seulement aux créances, mais à l'ensemble des droits incorporels¹⁰⁰⁰. La doctrine québécoise se réfère également aux dispositions relatives à la cession de créance en matière de cession d'usufruit¹⁰⁰¹. L'usufruitier peut également protéger son droit contre

⁹⁹² F. ZENATI, v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 420. Voir notamment la jurisprudence qui admet que le nu-propiétaire d'un fonds de commerce puisse prendre les mesures utiles pour contrer la dépréciation d'un fonds (Cass. Com. 28 janv. 1980, J.C.P. 1980.II.19416, note C. ATIAS). En droit québécois : P.-C. LAFOND, *op. cit.*, p. 794 : « Le nu-propiétaire possède un droit général de surveillance sur l'objet de l'usufruit. Son statut lui permet de veiller à la conservation du bien, concurremment avec l'usufruitier. Il peut agir contre ce dernier s'il outrepassé ses droits ou néglige de les respecter ». *Contra* : M. CANTIN CUMYN, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, *op. cit.*, n° 74, p. 53 : « À l'usufruitier, on reconnaît le droit de faire les actes conservatoires et les actes d'administration ».

⁹⁹³ J.-B. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. 3, Dijon, Doullier, 1824, n° 872.

⁹⁹⁴ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens*, *op. cit.*, n° 78, p. 122 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 830, p. 668.

⁹⁹⁵ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, *op. cit.*, t. 3, par M. PICARD, n° 852 ; F. ZENATI, v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 444.

⁹⁹⁶ M. CANTIN CUMYN, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, *op. cit.*, n° 74, p. 52 et 53.

⁹⁹⁷ Art. 1125 al. 2 C.c.Q. : « L'aliénation que le nu-propiétaire fait de son droit ne porte pas atteinte au droit de l'usufruitier ».

⁹⁹⁸ J.-B. PROUDHON, *op. cit.*, n° 31.

⁹⁹⁹ Voir F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 819, p. 660. Art. 595 C.C.f. : « L'usufruitier peut [...] même vendre ou céder son droit à titre gratuit ». Pour une illustration de la possibilité de céder entre vifs de l'usufruit : Cass. 1^{ère} civ., 20 oct. 1987, D. 1988.85, note G. MORIN. En droit québécois : art. 1135 C.c.Q. : « L'usufruitier peut céder son droit [...] ».

¹⁰⁰⁰ F. ZENATI, v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 512.

¹⁰⁰¹ A. COSSETTE, « De la révision du chapitre de l'usufruit », (1957-58) 60 *R. du N.* 255, p. 260 : « Même si l'on ne réfère nullement au chapitre de la cession de créance, c'est à celui-ci qu'il faut s'en rapporter pour connaître les règles de la cession d'usufruit, c'est-à-dire la signification ou l'intervention du débiteur à l'acte ».

les atteintes des tiers. Il peut notamment revendiquer son droit d'usufruit, dans l'hypothèse où un tiers exercerait indûment son droit¹⁰⁰².

286- Dans l'hypothèse spécifique d'un usufruit portant sur des valeurs mobilières, la répartition des pouvoirs de gestion entre l'usufruitier et le nu-proprétaire a posé des difficultés. En droit français, le principe est que « les droits de vote appartiennent en principe au nu-proprétaire, seul véritable associé »¹⁰⁰³. L'article 1844-5 alinéa 2 du Code civil prévoit, en effet, que l'usufruitier n'est pas un associé. Aux termes de la loi, le droit de vote appartient au nu-proprétaire hormis le cas des décisions relatives à l'affectation des bénéfices, où le droit de vote est confié à l'usufruitier (art. 1844 al. 3 C.C.). L'idée a été présentée selon laquelle la distinction entre le titre et l'émolument permettrait de rendre compte des rapports entre l'usufruitier et le propriétaire des créances : « [l']attribution à l'usufruitier de l'émolument du droit d'associé permet [...] de concevoir qu'une personne qui n'est pas associée puisse exercer les droits d'un associé. *Sans être titulaire de ces droits, il a sur eux un pouvoir de fait qu'autorise son droit, sans en être propriétaire ni avoir la prétention de le devenir.* C'est ce qui lui permet d'être dans une situation voisine de celle d'un associé »¹⁰⁰⁴. Au contraire, l'analyse de l'usufruitier en un propriétaire¹⁰⁰⁵ aux droits limités aboutirait à faire de l'un comme de l'autre, un associé, ce qui est impraticable dans les faits.

En droit québécois, le principe est inverse : « [l]e droit d'administrer le bien confère à l'usufruitier le droit de vote attaché à une action ou à une autre valeur mobilière [...] (1134 C.c.Q.) »¹⁰⁰⁶. L'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil prévoit que « Toutefois, appartient au nu-proprétaire le vote qui a pour effet de *modifier la substance* du bien principal, comme le capital social [...] ou de *changer la destination* de ce bien ou de *mettre fin à la personne morale, à l'entreprise ou au groupement* concerné. La répartition de l'exercice des droits de vote n'est *pas opposable aux tiers* [...] ».

Même si le principe n'est pas le même en droit français et en droit québécois, les deux législations aboutissent au même résultat d'une répartition des pouvoirs entre

¹⁰⁰² En droit français : F. ZENATI, v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 505-506. En droit québécois : D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, n° 513, p. 312 : « Investi d'un droit réel dont il dispose librement, l'usufruitier peut intenter le recours pétitoire afin de faire reconnaître ce droit (action confessoire d'usufruit), contre les tiers ou le nu-proprétaire. Ce dernier bénéficie également du pétitoire en ce qui a trait à la nue-proprété (912 C.c.Q.) ».

¹⁰⁰³ : J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 276, p. 281.

¹⁰⁰⁴ F. ZENATI, v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 178.

¹⁰⁰⁵ En ce sens : P.-J. PROUDHON, *Œuvres, op. cit.*, n° 6.

¹⁰⁰⁶ S. NORMAND, *Introduction au droit des biens, op. cit.*, p. 212 et 213.

l'usufruitier et le nu-propiétaire. Une telle répartition s'explique par le fait que, hormis le cas du quasi-usufruit, l'usufruitier n'a pas l'*abusus* du bien objet de l'usufruit et qu'il n'en est pas propriétaire.

287- En plus de pouvoir constituer un usufruit sur son bien, le créancier peut, en tant que propriétaire, mettre son bien en gage¹⁰⁰⁷. Il existe un certain particularisme du gage de créances français et de l'hypothèque des créances québécoise, concernant tant les conditions de formation de cette sûreté que ses effets¹⁰⁰⁸. Ce particularisme résulte de la spécificité du bien créance. Comme le soulignent les professeurs Malaurie et Aynès, « [l]e bien remis en gage – une créance – a une nature particulière, à deux égards. D'une part, il est incorporel ; or, la possession d'une créance ne présente pas les mêmes aspects que celle d'un bien corporel. D'autre part, la créance est un lien entre deux personnes ; le nantissement réalise donc une opération à trois personnes »¹⁰⁰⁹.

Toutefois, le gage des créances a pour objet, à l'instar du gage des choses corporelles, la remise d'une chose à un créancier à titre de sûreté¹⁰¹⁰. Dans les deux cas, la défaillance du débiteur entraînera la possibilité pour le créancier de se faire payer par préférence aux autres créanciers sur l'objet du gage. Le régime juridique du gage des créances est sensiblement le même que celui du gage des biens corporels¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁷ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, coll. « précis Dalloz », 3^e éd. Paris, Dalloz, 2000, n° 511, p. 453 : « Si seuls les biens meubles sont susceptibles de gage, tous les biens meubles peuvent être nantissables. Il peut s'agir de *meubles corporels ou incorporels*, de corps certains ou de choses de genre ». Voir notamment sur le gage des créances : S. ROGIER, *De la mise en gage des créances en droit français*, thèse Paris, librairie Arthur Rousseau, 1929 ; S. QUINCARLET, *La notion de gage en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1937 ; D.A. IMBROANE, *Nature juridique du gage des créances*, thèse Paris, 1939 ; M. BEAUCHAMP, *Le nantissement des valeurs mobilières*, thèse de maîtrise, Université de Montréal, Faculté de droit, 1989.

¹⁰⁰⁸ S. PIEDELIÈVRE, *Les sûretés*, coll. « cursus », Paris, Armand Colin, 1996, n° 261, p. 150. L'hypothèque des créances est régie par les articles 2710 et suiv. du Code civil du Québec.

¹⁰⁰⁹ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés, op. cit.*, n° 518, p. 198. Voir aussi : D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Paris, Economica, 1986, n° 4, p. 9, qui a souligné la spécificité de ce type d'opération qui a « pour objet un bien qui, tout en constituant une valeur patrimoniale, est en même temps toujours un rapport interpersonnel ».

¹⁰¹⁰ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, op. cit.*, n° 505, p. 450 : « Le gage est le contrat par lequel un débiteur remet une chose mobilière à son créancier pour sûreté de la dette (art. 2071 et 2072) ».

¹⁰¹¹ D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, Paris, L.G.D.J., 1996, n° 430, p. 227 : « Dans le Code civil, le gage sur créances n'est pas considéré comme une garantie particulière dotée d'un corps de règles spécifiques. Seules quelques adaptations sont apportées aux règles de droit commun du gage ». Il n'y a que deux articles dans le C.C.f. qui sont spécifiquement consacrés aux garanties sur créances : l'art. 2075 et l'art. 2081. Sur la question de la mise en possession dans le gage ou l'hypothèque des créances : *infra*, n° 614 et suiv.

c) Le pouvoir de disposer de la créance

288- Enfin, le droit de disposition du propriétaire de la créance se manifeste à travers les actes d'aliénation. Or, de même que le propriétaire d'une chose corporelle, le propriétaire d'une créance peut céder son bien à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort¹⁰¹². L'aliénation de la créance peut notamment se faire par le biais d'une remise de dette¹⁰¹³. Dans cette hypothèse, le créancier renonce sans contrepartie, au paiement de la créance qui lui est due. Au contraire de l'abandon qui est un acte unilatéral, la remise de dette est une convention, qui implique un accord entre le créancier et le débiteur¹⁰¹⁴. Selon plusieurs auteurs, la remise de dette peut s'analyser comme la transmission d'une créance : il s'agit d'une *transmission* de tout ou partie de la créance, en vertu d'une *convention* entre le créancier et le débiteur et qui a pour effet de *libérer*, partiellement ou totalement, le débiteur envers le créancier.

Par cette opération, le créancier transmet au débiteur tout ou partie de sa créance. Même s'il s'agit d'un acte fait sans contrepartie, il peut s'agir tantôt d'une libéralité, tantôt d'un acte intéressé. La remise de dette constitue une libéralité lorsqu'elle est faite pour gratifier le débiteur : il s'agit alors d'une donation indirecte. Mais, lorsqu'elle ne repose pas sur une intention libérale, elle peut constituer un autre acte, comme une transaction : la remise de dette a indirectement une contrepartie et elle se rattache à une opération plus vaste dans laquelle elle se dissout¹⁰¹⁵.

289- En matière d'indivision, la créance détenue en copropriété ne peut ni être cédée par un seul indivisaire, ni être saisie par les créanciers d'un seul des indivisaires¹⁰¹⁶. La règle de l'unanimité quant à l'organisation de l'indivision s'explique aisément. N'étant pas propriétaire de l'intégralité du bien, chaque copropriétaire ne peut aliéner ou grever que la part qu'il a dans le bien. Toutefois, tout comme en droit romain,

¹⁰¹² Voir en ce sens : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, op. cit.*, n° 19, p. 49.

¹⁰¹³ La remise de dette est régie par les articles 1282 à 1288 du C.C.f. et par les articles 1687 à 1692 C.c.Q.

¹⁰¹⁴ La remise de dette peut être définie comme « l'acte conventionnel par lequel le créancier décharge son débiteur de l'exécution de la totalité ou d'une partie de son obligation » : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 988, p. 786.

¹⁰¹⁵ Ainsi, dans une procédure collective, un créancier peut vouloir remettre une partie de sa dette afin d'être certain d'être payé du reste : voir notamment l'article 24 de la loi du 25 juin 1985 précitée. *Contra*, sur l'idée selon laquelle le cas de la libération d'un failli ne constitue pas une véritable remise de dette, dès lors qu'elle n'est pas volontaire mais provient de l'acte d'un tribunal : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations, op. cit.*, n° 991, p. 787.

¹⁰¹⁶ Voir notamment en droit français : Cass. Civ. 1, 24 sept. 2002, *Juris-Data 2002-015810* : les créanciers « pouvaient seulement poursuivre le recouvrement de leur créance contre chacun des héritiers, au prorata de leurs droits ». En droit québécois : art. 1026 al. 2 C.c.Q. : « Les décisions visant à aliéner le bien indivis, à le partager, à le grever d'un droit réel, à en changer la destination ou à y apporter des modifications substantielles sont prises à l'unanimité ».

« La part n'est que le titre auquel on agit, non l'objet réel de l'acte »¹⁰¹⁷. L'objet réel de l'indivision est la chose et non la part. Cela explique notamment que la vente faite par un seul indivisaire n'est pas une vente de la chose d'autrui et n'est donc pas frappée de nullité ; elle reste valable pour la part de l'aliénateur. Après le partage, si la chose indivise ne s'est pas retrouvée dans le lot de l'aliénateur, il est censé, aux termes de l'article 883 du Code civil français et 884 du Code civil du Québec, n'en avoir jamais été propriétaire, si bien que la vente est inopposable à l'attributaire¹⁰¹⁸. À l'inverse, si lors du partage, la chose aliénée tombe dans le lot de l'aliénateur, la vente est valable et l'acquéreur n'a plus à subir la situation d'indivision.

290- Il ressort donc de ces différents développements que le propriétaire d'une créance peut, à l'instar du propriétaire d'une chose corporelle, disposer juridiquement de son bien-créance. Le propriétaire d'une créance, non seulement jouit, mais encore dispose du bien particulier que constitue sa créance. Il reste maintenant à évaluer de quelle manière s'exercent ces attributs traditionnels du propriétaire, ce qui revient à examiner les caractères des attributs du propriétaire.

§2. Les caractères de la propriété

291- La propriété est traditionnellement décrite comme un droit absolu, exclusif et perpétuel¹⁰¹⁹. L'exclusivité, qu'on l'analyse comme une composante de la jouissance, ou comme un simple caractère de la propriété, est incontestablement présente dans la propriété des créances¹⁰²⁰. Il reste alors à examiner si la propriété des créances peut être qualifiée d'absolue (droit français) ou, à tout le moins, de complète (droit québécois) et si le caractère perpétuel de la propriété se retrouve dans cette propriété spécifique (B).

¹⁰¹⁷ F. ZENATI, thèse préc., n° 412, p. 567.

¹⁰¹⁸ Art. 884 C.c.Q. : « Le partage est déclaratif de propriété. Chaque copartageant est réputé avoir succédé, seul et immédiatement, à tous les biens compris dans son lot ou qui lui sont échus par un acte de partage total ou partiel ; il est censé avoir eu la propriété de ces biens à compter du décès et n'avoir jamais été propriétaire des autres biens de la succession ». Voir aussi l'art. 887 C.c.Q. « Les actes valablement faits pendant l'indivision résultant du décès conservent leurs effets, quel que soit, au partage, l'héritier qui reçoit les biens. Chaque héritier est alors réputé avoir fait l'acte qui concerne les biens qui lui sont échus ».

¹⁰¹⁹ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 453, p. 133 : « En énonçant que la propriété est un droit absolu, l'article 544 l'investit d'une souveraineté que ne possède aucun autre droit subjectif. Seuls les droits de la personnalité présentent le même caractère. Ce rapprochement n'est pas fortuit : la propriété, dans la conception traditionnelle, est un attribut inviolable de la personne humaine. Elle a donc, au moins en principe, trois attributs de la souveraineté : l'exclusivisme, le caractère illimité et la perpétuité ».

¹⁰²⁰ Voir *supra*, n° 261 et suiv.

A. Le caractère « absolu » ou « complet » du droit de propriété

292- Si l'article 544 du Code civil français prévoit que la propriété est un droit absolu (1), le récent Code civil du Québec a pris en compte les limitations de plus en plus nombreuses de ce caractère et prévoit désormais, plus modestement, que le droit de propriété s'exerce « *librement et complètement* »¹⁰²¹ (2).

1. Le caractère absolu de la propriété du droit français

293- Nous en envisagerons d'abord la signification du caractère absolu de la propriété des créances (a), avant de souligner la spécificité en la matière de la propriété des créances (b).

a) Le caractère absolu de la propriété et son application aux créances

294- Aux termes de l'article 544 du Code civil français, la propriété est « le droit de jouir et de disposer des choses *de la manière la plus absolue* [...] ». Historiquement, le caractère absolu de la propriété est lié à la disparition de la distinction du domaine utile et du domaine éminent¹⁰²². L'absolutisme de la propriété signifie d'abord que le propriétaire ne peut rencontrer de concurrent dans la maîtrise de la chose. Cette règle est liée à l'abolition du double domaine, qui fait qu'une même chose ne peut avoir deux propriétaires se répartissant les attributs de la propriété. Par ailleurs, le caractère absolu de la propriété fait référence à son caractère illimité¹⁰²³, c'est-à-dire au principe de liberté d'action du propriétaire sur sa chose¹⁰²⁴. Dans ce sens,

¹⁰²¹ Une partie de la doctrine a regretté que le législateur n'ait pas été plus loin dans la nuance de ce caractère traditionnel : H. PÉRINET-MARQUET, « La relativité du droit de propriété dans le Code civil québécois : point de vue français », dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Journées Maximilien Caron, Montréal, Éditions Thémis, 1990, p. 562. D'autres formules ont été utilisées dans les droits civils ; ainsi l'article 832 du Code civil italien de 1942 dispose que : « le propriétaire a le droit de jouir et disposer des choses de manière pleine et exclusive, dans les limites et sous l'observation des obligations établies par l'ordonnancement juridique ». Plus sobrement, l'article 641 du Code civil suisse de 1907 dispose : « Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi ; il peut la revendiquer contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation ».

¹⁰²² J. CARBONNIER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 69, p. 131 ; F. ZENATI, thèse préc., p. 92 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 141, p. 130.

¹⁰²³ C. ATIAS, *Les biens*, *op. cit.*, n° 69, p. 99 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, *op. cit.*, n° 431, p. 121 ; C. ATIAS, *Les biens*, *op. cit.*, n° 72, p. 108 : « la propriété peut avoir toute chose pour objet : un bien incorporel ou un bien corporel, un bien meuble ou un bien immeuble, un bien durable ou fugitif ».

¹⁰²⁴ J. CARBONNIER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 68, p. 130 et 131 : « Le C.C., conformément à son idéologie libérale et individualiste, a voulu proclamer que le propriétaire n'est, dans l'exercice de son droit, sujet à aucune restriction, d'où qu'elle vienne, ni des autres particuliers, propriétaires ou non, ni même de l'État ».

le caractère absolu de la propriété renvoie à l'étendue des pouvoirs du propriétaire sur sa chose¹⁰²⁵.

On sait que les limites au caractère absolu de la propriété n'ont cessé de se développer dans le droit contemporain¹⁰²⁶; il n'en reste pas moins que, pris en ce sens, le principe du caractère absolu de ce droit s'applique indifféremment et sans difficulté aux créances, pour lesquelles nous avons vu dans nos développements précédents, que les attributs traditionnels de la propriété (*usus, fructus et abusus*) trouvent à s'appliquer.

295- Le caractère absolu de la propriété fait également référence à l'opposabilité à tous de la propriété¹⁰²⁷. Or, cette acception du terme absolu peut poser problème en matière de créances. En effet, la doctrine traditionnelle enseigne que la propriété, qui est le premier des droits réels, est un droit absolu car toute personne est tenue de respecter ce droit. Au contraire, le droit de créance, droit personnel, serait un droit relatif, car il ne produirait d'effet qu'entre les parties intéressées par la relation. Le professeur Ginossar a toutefois montré que le droit de créance n'est pas un rapport juridique qui n'intéresse que le créancier et auquel les tiers sont totalement étrangers¹⁰²⁸. Comme les autres biens, les droits sont objets de propriété et leur respect s'impose, à ce titre, *erga omnes*.

Il est vrai que l'opposabilité du droit de créance est réduite par rapport à l'opposabilité des meubles corporels, les tiers pouvant contester l'opposabilité du transfert de la créance, s'ils sont de bonne foi. Néanmoins, cette différence de degré

¹⁰²⁵ M. VANEL, v° *Propriété*, *loc. cit.*, n° 46 ; L. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil, op. cit.*, t. 1, n° 1491, p. 856. Il ferait même référence, selon certains auteurs, à l'étendue de l'objet de la propriété : V. RANOUIL, « *Propriété* », *loc. cit.*, n° 50, p. 10.

¹⁰²⁶ M. VANEL, v° *Propriété*, *loc. cit.*, n° 55. Le caractère totalement absolu est cependant limité par la suite du texte de l'article 544 du code, qui ajoute aussitôt : « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Or, ces limites n'ont cessé de se développer en droit positif. En plus des restrictions liées à l'intérêt privé (à travers notamment la théorie des troubles du voisinage ou de l'abus de droit créés par la jurisprudence), de très nombreuses limitations d'intérêt public se sont développées (possibilité d'expropriation prévue par l'article 545 C.C. ; servitudes d'utilité publique telle l'obligation pour le propriétaire d'effectuer certains travaux, ou des limitations au droit d'exploitation liées au respect de l'environnement ou à la croissance urbaine : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 457, p. 134. Voir notamment les textes relatifs à l'urbanisme (C. urb., a. L. 121-1 et 5) ou au littoral (L. 3 janvier 1986).

¹⁰²⁷ F. ZENATI, thèse préc., p. 92.

¹⁰²⁸ Ginossar a mis en évidence les liens existant entre l'absolutisme de la propriété et l'opposabilité, en partant de la querelle qui a opposé les classiques et les personalistes. Selon les classiques, le droit réel, donc dans leur théorie la propriété, est le fondement de l'opposabilité. Les personalistes n'ont pas contesté cette idée, mais ils s'en sont servis pour rapprocher les droits réels et les droits de créance. L'opposabilité du droit réel n'est rien d'autre, selon eux, qu'une obligation, de sorte que l'obligation est l'atome autant du droit réel que du droit personnel. Il s'agit d'une obligation de ne pas faire, qui incombe à toutes les personnes autres que le titulaire du droit réel. Voulant répondre à cette attaque remettant en cause l'un des postulats de la théorie classique, les tenants de cette théorie ont alors renié ce postulat : l'opposabilité n'est pas spécifique aux droits réels, elle est un attribut de tout droit.

d'opposabilité s'explique par la spécificité du bien objet de propriété¹⁰²⁹. En effet, en matière de propriété des créances, la possession ne remplit pas pleinement son rôle d'avertissement des tiers. Cela justifie le fait que l'opposabilité à tous de la propriété des créances passe par l'organisation de sa publicité - celle-ci prenant alors le relais de la possession pour avertir les tiers¹⁰³⁰. Voyons plus en détail comment se manifeste cette spécificité.

b) La spécificité de la propriété des créances

296- La propriété, telle qu'elle a été organisée par le Code civil, est une propriété absolue, opposable non pas seulement *inter partes*, mais *erga omnes*. Le principe du respect par tous du droit du propriétaire ainsi que des actes qu'il a pu accomplir sur son bien peut néanmoins poser problème au niveau de la connaissance que peuvent en avoir les tiers. Lorsque le droit du propriétaire ou les actes qu'il accomplit n'apparaissent pas de façon ostensible aux yeux des tiers, le caractère absolu de propriété doit alors être concilié avec la nécessaire protection de la sécurité des tiers. Dans une perspective de justice, on ne saurait alors reprocher à un tiers d'avoir méconnu un droit ou un acte dont il n'était pas en mesure de connaître l'existence, en raison de leur caractère occulte¹⁰³¹.

297- Concernant l'opposabilité du droit de propriété lui-même¹⁰³², la propriété privée étant la règle, il est généralement possible de déduire de la connaissance de son absence de droit de propriété sur un bien, celle de l'existence d'un droit de propriété appartenant à autrui sur ce bien -de sorte qu'il convient de ne pas nuire à l'exercice de

¹⁰²⁹ Cette spécificité dans l'opposabilité de la propriété des créances ne devrait pas remettre en cause l'unicité de la notion de propriété lorsqu'elle s'applique à des biens corporels ou incorporels, alors que l'on admet les spécificités de la propriété des meubles par rapport à celle des immeubles. Voir notamment sur l'idée selon laquelle le droit de propriété ne s'exerce pas de la même manière lorsqu'il porte sur un meuble ou un immeuble : E. MACKAAY, « Les droits intellectuels -entre propriété et monopole », (1990) 1 *Rev. écon. et ét. hum.* 61, p. 71 ; G. GOLDSTEIN, « La relativité du droit de propriété [...] », *loc. cit.*, p. 508.

¹⁰³⁰ F. ZENATI et T. REVET, *Les Biens, op. cit.*, n° 108, p. 129 : « L'opposabilité de plein droit de la propriété des biens et des actes juridiques dont elle est le fondement trouve sa limite dans la publicité. La sécurité des tiers entre en conflit avec le caractère absolu de la propriété dans la mesure où le droit du propriétaire et les actes qu'il accomplit sont occultes ».

¹⁰³¹ F. ZENATI et T. REVET, *Les Biens, op. cit.*, n° 108, p. 129.

¹⁰³² En matière d'opposabilité de la propriété, le professeur Zenati a approfondi l'apport de Ginossar en appliquant à la matière la distinction avancée par Roubier, entre l'opposabilité du droit et l'opposabilité du titre (P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, p. 258 et suiv.). Le caractère absolu de la propriété est en effet utilement éclairé par la distinction entre l'opposabilité de l'exclusivité, ou « celle de l'appartenance », et l'opposabilité du titre, ou « celle de l'acte juridique accompli par le propriétaire, en vertu de son pouvoir de disposition » : F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *loc. cit.*, p. 321, et thèse préc., p. 506 et 507.

son droit par le propriétaire. En conséquence, le principe est qu'il suffit pour une personne de savoir qu'un bien ne lui appartient pas, pour que puisse lui être opposée la propriété d'un tiers sur ce bien, peu important même que la propriété se soit manifestée par la possession.

Cependant, les droits incorporels sont des biens immatériels, non palpables. Dès lors, il est beaucoup plus aisé pour les tiers d'en méconnaître involontairement l'existence et de porter ainsi préjudice à leur propriétaire. L'existence d'un bien immatériel étant moins évidente que celle d'une chose matérielle, seule la connaissance par les tiers du titre, leur permet de connaître l'existence d'un droit incorporel. En conséquence, pour ce qui est de la propriété des droits, l'opposabilité du droit se ramène à l'opposabilité du titre. La spécificité en la matière de la propriété des droits, et plus spécifiquement de la propriété des créances, se manifeste donc ici, cette spécificité résultant de la différence de nature entre ces deux catégories de biens¹⁰³³.

298- L'opposabilité du titre n'a pas la même force que l'opposabilité du droit de propriété lui-même, car si je peux facilement savoir qu'une chose ne m'appartient pas, je peux en revanche légitimement ignorer qu'une chose appartient à telle personne en particulier. C'est pour cette raison que la psychologie des tiers joue ici un rôle déterminant. La règle reste néanmoins celle de l'opposabilité aux tiers d'un acte juridique, sans que cette opposabilité soit subordonnée à aucun fait matériel ou à aucune formalité. Cette règle joue pleinement dans les relations du propriétaire avec les tiers, mais elle est perturbée lorsqu'il s'agit des relations du propriétaire avec un ayant cause du même auteur que lui.

Dans les relations avec les tiers tout d'abord, l'opposabilité du titre présente peu d'intérêt à l'égard des choses corporelles : il suffit au tiers de savoir que telle chose ne lui appartient pas, peu lui important de savoir à qui elle appartient. En revanche, la question de l'opposabilité du titre est primordiale lorsque ce titre fonde l'existence d'un droit incorporel. Dans ce cas, la possession des créances est moins perceptible que la possession d'une chose corporelle, même si cette possession n'est pas totalement dépourvue d'effet, comme en témoigne l'article 1240 du Code civil. Dans le cas de la propriété des créances, les tiers peuvent contester l'opposabilité de la créance s'ils sont de bonne foi. La force de la propriété des créances est donc amoindrie, puisqu'elle dépend de la connaissance des tiers, ceux-ci étant présumés être dans l'ignorance du

¹⁰³³ Le droit susceptible d'être bafoué reste cependant toujours le même droit de propriété. Peu importe que l'opposabilité du droit de créance se ramène à l'opposabilité du titre en raison de la nature même du droit de créance : la propriété des biens incorporels ne peut être absolument identique à celle des biens corporels.

droit lésé. Tout le dispositif de la protection de la propriété des créances repose sur cette idée.

299- S'agissant de l'opposabilité du titre aux ayants cause, les solutions sont largement influencées par leur bonne ou leur mauvaise foi. Pour ce qui est des conflits entre ayants cause en matière de meubles corporels, les solutions sont données par l'article 1141 du Code civil. Quand le propriétaire a disposé de son bien au profit de plusieurs personnes, les conflits entre ayants cause peuvent se régler en appliquant le principe de l'opposabilité. Chaque ayant cause peut alléguer avoir bénéficié d'un acte constituant la manifestation du pouvoir absolu du propriétaire ; cependant, celui qui l'emportera sera celui qui pourra justifier de l'antériorité de son titre : c'est la règle *prior tempore potior jure*. Cette règle s'explique aisément : on ne peut disposer d'un bien qu'on n'a plus, ou sur lequel on a auparavant créé un droit incompatible.

Cependant, cette règle peut sembler injuste vis-à-vis du second ayant cause. C'est pourquoi, pour résoudre ce conflit, on se préoccupe de savoir s'il a pu légitimement ignorer l'acte accompli précédemment par le propriétaire. Si le propriétaire était resté en possession, l'ayant cause sera réputé de bonne foi, sauf preuve contraire ; si au contraire le premier ayant cause était entré en possession, le second ne pourra prétendre avoir ignoré ce fait et le titre qu'il suppose. En effet, l'article 1141 du Code civil prévoit que, en cas de conflit entre plusieurs ayants cause d'un même auteur, celui qui est entré en possession doit être préféré. Cette règle conduit donc à subordonner l'effectivité du transfert de propriété à une tradition. L'idée est que les tiers, pouvant constater la dépossession, pourront en déduire le changement de propriétaire.

300- En revanche, la possession est moins efficace en matière immobilière. C'est pourquoi un régime de publicité des actes de propriété a été mis en place à la conservation des hypothèques, ce qui constitue une sorte de substitut à la possession et qui permet de déterminer la bonne ou mauvaise foi du tiers¹⁰³⁴. Les actes par lesquels le propriétaire d'un immeuble en dispose, doivent ainsi être portés à la connaissance des tiers de façon plus radicale, sous peine d'inopposabilité aux tiers de l'acte de disposition. Dans ce cas, c'est l'antériorité de la publication qui remplace l'antériorité de l'entrée en possession comme critère de précession.

¹⁰³⁴ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *loc. cit.*, p. 322 : « La preuve de la psychologie des ayants cause a été en conséquence pré-constituée par la mise en place d'un régime de publicité des actes de propriété ».

La possession est encore moins efficace dans le cas des meubles incorporels. C'est pourquoi ici encore, une publicité a été organisée. Si le droit est immobilier, l'acte accompli sur lui sera soumis au régime de la publicité foncière. Si le droit est mobilier, comme dans le cas d'une créance, la publicité peut être réalisée de différentes manières. Dans la cession de créance ordinaire, l'article 1690 du Code civil prévoit deux formalités entre lesquelles les parties peuvent choisir pour rendre la cession opposable aux tiers : la cession peut être signifiée au débiteur, ou bien le débiteur peut accepter la cession par acte authentique¹⁰³⁵. L'acceptation du débiteur par acte authentique ne constitue pas un engagement qu'il prendrait de nouveau ; elle a simplement pour objet d'informer le débiteur du changement de créancier et de le charger d'en prévenir les tiers. Par exception, dans les cessions de créance simplifiées, le titre est opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau.

301- La spécificité de l'opposabilité de la propriété des créances ne saurait constituer la preuve d'une absence de propriété des créances. De même qu'il existe des différences dans le régime de la propriété des meubles ou des immeubles, il est également naturel qu'il existe des différences dans le régime juridique de la propriété des biens corporels et des biens incorporels comme les créances. La possession ne remplit pleinement son rôle d'avertissement ou de publicité vis-à-vis des tiers qu'en matière de meubles corporels, où le possesseur du bien n'est que très exceptionnellement une personne distincte de celle du propriétaire ; au contraire, en matière d'immeubles, où le possesseur peut plus fréquemment n'être pas propriétaire, et en matière de créances, où la possession a des effets très limités, la publicité -qu'il s'agisse de la publicité foncière d'une signification au débiteur ou d'une acceptation de celui-ci- prend le relais de la possession. Mais dans tous les cas, l'idée est la même : l'opposabilité doit concilier le respect du droit du propriétaire avec la possible ignorance légitime des tiers. De même, le fait que les créances sont des biens immatériels conduit à ce que l'opposabilité de leur existence se confonde avec l'opposabilité du titre qui les constate. Mais cela ne peut remettre en question la possibilité d'une propriété des créances : cette spécificité dans le régime de l'opposabilité des créances s'explique sans difficulté par la différence de nature existant entre les biens susceptibles d'être objets de propriété.

¹⁰³⁵ La signification est un exploit d'huissier informant le débiteur de la cession. L'acceptation par acte authentique n'est employée en fait que si la cession elle-même a lieu par acte authentique.

302- En conclusion, le caractère absolu des attributs du propriétaire se vérifie en France dans la propriété des créances, autant que dans la propriété des choses corporelles. Le fait que le droit du propriétaire doit être, d'une manière ou d'une autre, porté à la connaissance des tiers pour leur être opposable, n'affecte en rien le caractère absolu de ce droit, mais permet simplement de respecter la sécurité des tiers. L'organisation d'une publicité n'est du reste pas spécifique aux biens incorporels. Qu'en est-il à présent du droit québécois et de l'affirmation législative du caractère libre et complet de la propriété ?

2. Le caractère libre et complet de la propriété du droit québécois

303- La spécificité de la propriété des créances (b) se manifeste relativement au caractère libre et complet de la propriété (a).

a) Le caractère libre et complet de la propriété en droit québécois

304- Alors que l'ancien Code civil du Bas Canada qualifiait la propriété de droit absolu, à l'instar du Code Napoléon¹⁰³⁶, l'actuel Code civil prévoit que le droit de propriété s'exerce « librement et complètement » sur le bien (art. 947 C.c.Q.). Cette nouvelle formulation, qui substitue au superlatif 'absolu' la notion plus modeste de caractère complet du droit de propriété¹⁰³⁷, a l'avantage de souligner les limites de la propriété, qui se sont développées dans le droit des biens contemporain¹⁰³⁸. Cette prise

¹⁰³⁶ L'ancien article 406 C.c.B.C. disposait que : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements », constituant ainsi l'exacte réplique de l'article 544 du Code civil français. La doctrine identifie couramment quatre caractères principaux à la propriété : le caractère absolu, complet, exclusif et perpétuel : P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 185.

¹⁰³⁷ H. PÉRINET-MARQUET, « La relativité du droit de propriété dans le Code civil québécois : point de vue français », (1990) 24 *R.J.T.* 553, p. 562, qui juge la formule « moins grandiloquente (mais) plus heureuse ».

¹⁰³⁸ On citera notamment les limitations liées à la notion de voisinage (c'est l'application de la théorie de l'abus de droit et des troubles du voisinage, l'abus de droit étant désormais expressément consacré à l'article 7 du C.c.Q.), la législation en matière d'environnement, avec notamment la *Loi sur la protection du territoire agricole* (L.R.Q., c. -P-41.1) ; la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* (L.R.Q., c. A-19.1), et la *Loi sur les biens culturels* (L.R.Q., c. B-4) ; de même, la possibilité d'expropriation, prévue à l'article 952 C.c.Q., souligne les limites du droit du propriétaire face au droit public. Voir notamment sur ces points : S. PICHETTE, « La relativité du droit de propriété », (1990) 24 *R.J.T.* 529, p. 533. On a souligné en doctrine que la limitation du caractère traditionnellement absolu de la propriété se reflète jusque dans le plan adopté par le nouveau code : H. PÉRINET-MARQUET, « La relativité du droit de propriété dans le Code civil québécois : point de vue français », loc. cit., p. 559 : « Le rassemblement de l'indivision, de la copropriété, de la propriété superficielle, de l'usufruit et de l'emphytéose a le mérite de poser clairement les limites potentielles, au moins d'un point de vue contractuel, de la propriété. Voir aussi, pour une analyse des théories philosophiques et économiques sous-jacentes à la conception absolue ou relative de la propriété : G. GOLDSTEIN, « La relativité du droit de propriété : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », loc. cit.

en compte des limites à l'exercice de la propriété est confirmée par la suite de l'article, qui reprend l'ancienne formule « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et règlements* » sous la forme à peine différente d'un « *sous réserve des limites et de conditions fixées par la loi* ». Si certains auteurs ont pu regretter que le législateur québécois n'ait pas été plus loin dans la prise en compte des limites au caractère absolu de la propriété¹⁰³⁹, il n'en reste pas moins que le caractère absolu de la propriété n'apparaît plus en tant que tel dans le nouveau Code civil.

305- Traditionnellement et de même qu'en droit français, le caractère absolu de la propriété faisait d'abord référence à l'absolutisme issu de la Révolution française ayant conduit à l'abolition du régime seigneurial dans le Bas Canada¹⁰⁴⁰. Surtout, le droit absolu du propriétaire était également interprété comme un droit illimité, ou autrement dit comme le droit pour le propriétaire de faire de sa chose l'usage qui lui convient¹⁰⁴¹. Mais, la modification des termes du nouveau Code civil ne rompt pas totalement avec le droit antérieur, car les auteurs considéraient déjà que la propriété de l'article 406 C.c.B.C. constituait « *le droit le plus complet qu'une personne puisse exercer sur un bien* »¹⁰⁴² et l'on estimait que « *[d]ans l'esprit du législateur, le droit de propriété est absolu parce qu'il procure à son titulaire les pouvoirs les plus étendus* »¹⁰⁴³. La référence au caractère complet de la propriété reprend donc l'un des sens traditionnels du droit de propriété absolu, même si la formule est plus restrictive et davantage conforme au droit positif, qui a réduit la portée de ce caractère.

306- Dans la nouvelle formulation utilisée, le caractère de liberté qui s'attache à la propriété est mis en relief, soulignant ainsi que le propriétaire peut, par principe, faire tout ce qui ne lui est pas interdit¹⁰⁴⁴. En second lieu, la référence au caractère complet de la propriété doit être précisée. Il a été montré en doctrine que la propriété est susceptible d'avoir une étendue variable et en ce sens d'être plus ou moins complète¹⁰⁴⁵.

¹⁰³⁹ Voir notamment H. PÉRINET-MARQUET, *loc. cit.*, p. 562.

¹⁰⁴⁰ Voir l'Acte pour l'abolition des droits et devoirs féodaux dans le Bas-Canada, S.C. 1854, 18 Vict., c. 3, devenu l'Acte concernant l'abolition générale des droits et devoirs féodaux : voir P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 185.

¹⁰⁴¹ A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945, p. 103 ; L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec, Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 374.

¹⁰⁴² P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 186.

¹⁰⁴³ P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 186. Dans le même sens : A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec, op. cit.*, p. 103 ; A. COSSETTE, « Considérations sur le droit de propriété et son évolution » (1967-1968) 70 *R. du N.* 277, p. 278.

¹⁰⁴⁴ L'accent mis par les codificateurs sur cette liberté caractéristique de la propriété, doit selon nous être salué comme étant véritablement caractéristique de la propriété.

¹⁰⁴⁵ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 7, p. 446.

La référence législative au caractère complet de la propriété peut donc être interprétée dans le sens d'une référence au droit collectif ou au faisceau de droits que la propriété est susceptible de contenir¹⁰⁴⁶ ; le droit est donc complet dès lors qu'il est susceptible de fournir toutes les utilisations possibles sur la chose qui en est l'objet.

307- En dépit du changement de vocabulaire utilisé par les codificateurs, la doctrine majoritaire québécoise continue de mentionner, parmi les caractères de la propriété, son caractère absolu¹⁰⁴⁷. Un article récent du professeur Goldstein permet de nuancer un peu cette position, en soulignant que la nouvelle formulation adoptée par le législateur adopte une solution intermédiaire entre relativité et absolutisme de la propriété¹⁰⁴⁸. Alors que l'adverbe « *librement* » utilisé par le législateur se rattache à la tradition libérale de la propriété-droit absolu, le remplacement du qualificatif 'absolu' par l'adverbe 'complètement', ainsi que la reprise de la réserve relative aux « *limites et conditions fixées par la loi* », insistent au contraire sur la relativité du droit de propriété¹⁰⁴⁹. La propriété en droit québécois n'est donc ni totalement absolue, ni totalement relative. Pour conclure sur ce point, on peut considérer que le législateur a davantage pris en compte les limites de plus en plus nombreuses entravant la propriété, même si ce droit paraît toujours se rattacher à une tradition juridique considérant la propriété comme étant « *plutôt dépourvue de relativité* »¹⁰⁵⁰.

b) La spécificité de la propriété des créances

308- Il convient de rappeler ici que le Code civil du Québec a effectué une refonte totale du système de publicité des droits, principalement dans son livre neuvième intitulé « De la publicité des droits ». En plus d'avoir remplacé l'ancien index

¹⁰⁴⁶ Voir P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 8, p. 447.

¹⁰⁴⁷ Voir notamment : P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 185 et 186 ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens, op. cit.*, p. 92, selon lequel les deux adverbes librement et complètement « précisent la manière de faire valoir les attributs de la propriété et affirment en même temps le caractère absolu de ce droit » ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, n° 207, p. 137, qui voit dans le nouvel article 947 C.c.Q., l'affirmation d'un droit en principe « *absolu, discrétionnaire, sans limite* ».

¹⁰⁴⁸ G. GOLDSTEIN, « La relativité du droit de propriété : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », *loc. cit.*, p. 508 : « la relativité ou l'absolutisme du droit de propriété se mesure [...] qualitativement en termes de liberté de pouvoir et, quantitativement, par rapport à l'intégralité de cette liberté ».

¹⁰⁴⁹ G. GOLDSTEIN, « La relativité du droit de propriété : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », *loc. cit.*, p. 527.

¹⁰⁵⁰ H. PÉRINET-MARQUET, « La relativité du droit de propriété dans le Code civil québécois : point de vue français », *loc. cit.*, p. 562 ; l'auteur souligne notamment que la référence à l'expropriation n'est mentionnée que six articles après la définition de la propriété, alors que dans le Code Napoléon, elle figure dans l'article qui suit immédiatement cette définition. Dans le même sens : *Commentaires du Ministre de la Justice, op. cit.*, p. 556, d'après lesquels les limites marquant l'exercice du droit de propriété n'altèrent pas « la plénitude juridique du droit dans son principe ».

des immeubles par un registre foncier¹⁰⁵¹, il a institué un registre des droits personnels et réels mobiliers¹⁰⁵², qui constitue un « *registre résiduaire de tous les droits et mentions de nature non immobilière soumis ou admis à la publicité* »¹⁰⁵³. La publicité des droits personnels et des droits réels mobiliers est prévue par l'article 2938 C.c.Q., « *dans la mesure où la loi prescrit ou autorise expressément leur publication* ». La modification ou l'extinction d'un droit ainsi publié est également soumise à publicité (même article). La publicité continue donc de viser d'abord et en principe les droits réels immobiliers et ce n'est que par exception et lorsque cela est expressément prévu par la loi, que les droits personnels et réels mobiliers sont soumis à publicité¹⁰⁵⁴. Aux termes de l'article 2941 du code, « *La publicité des droits les rend opposables aux tiers, établit leur rang et, lorsque la loi le prévoit, leur donne effet* ».

309- Malgré la spécificité du droit québécois sur ce point, on retrouve malgré tout en filigrane les principes que l'on a exposés plus haut pour le droit français. Tout d'abord, en matière immobilière, où pour des raisons pratiques, la publicité est plus facile à organiser que la publicité des meubles¹⁰⁵⁵ et où la possession est largement détachée de la propriété et où elle revêt donc une faible capacité d'avertissement vis-à-

¹⁰⁵¹ Les articles 2938 et 2939 C.c.Q. soumettent à la publicité « l'acquisition, la constitution, la reconnaissance, la modification, la transmission et l'extinction d'un droit réel immobilier ».

¹⁰⁵² Voir notamment sur ce point : D.-C. LAMONTAGNE, et P. DUCHAINE, *La publicité des droits*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001 ; L. CADORET et N. PAGE, « RDPRM, facile comme 2+2=4 », (2001) 1 *C.P. du N.* 103 ; G. HARVAY, « La réforme de la publicité foncière », (2000) 1 *C.P. du N.* 3 ; J.-P. BOUSQUET, « La publicité des droits », dans Collection de droit 1996-1997, École du Barreau du Québec, vol. 9, *Sûretés, publicité des droits, faillite et insolvabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, 91 ; F. BROCHU, « Le mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits en vertu du nouveau Code civil du Québec et le rôle des principaux intervenants », (1993) 34 *C. de D.* 949 et « Pleins feux sur le nouveau registre des droits personnels et réels mobiliers », (1994) 96 *R. du N.* 228 ; S. POTVIN-PLAMONDON, « L'implantation et le fonctionnement du registre des droits personnels et réels mobiliers », (1993) 1 *C.P. du N.* 19 ; C. CHARRON, « De la publicité des droits », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, vol. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires* » Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 589.

¹⁰⁵³ D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, *La publicité des droits*, *op. cit.*, n° 610, p. 301.

¹⁰⁵⁴ D.-C. LAMONTAGNE, *La publicité des droits*, *op. cit.*, n° 24, p. 21. À titre d'exemples, la loi prévoit notamment que la donation d'un bien meuble ou immeuble doit être publiée, sauf dans le cas du meuble avec délivrance et possession (art. 1824 C.c.Q. : « La donation d'un bien meuble ou immeuble s'effectue, à peine de nullité absolue, par acte notarié en minute ; elle doit être publiée. Il est fait exception à ces règles lorsque, s'agissant de la donation d'un bien meuble, le consentement des parties s'accompagne de la délivrance et de la possession immédiate du bien »). Doit également être publiée, dans le cadre d'une vente à tempérament (art. 1745 : « La vente à tempérament est une vente à terme par laquelle le vendeur se réserve la propriété du bien jusqu'au paiement total du prix de vente [...] »), et sous peine d'inopposabilité, la réserve de propriété d'un bien acquis pour le service ou l'exploitation d'une entreprise (1745 C.c.Q.). La substitution est également soumise à publication (art. 1218 et 2961 C.c.Q.). Par ailleurs, peuvent être publiés les droits résultant d'un bail mobilier (art. 1852 C.c.Q.).

¹⁰⁵⁵ Le critère essentiel de qualification des immeubles demeure la fixité : S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, *op. cit.*, p. 54.

vis des tiers, la publicité prend le relais de la possession¹⁰⁵⁶. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un droit immobilier, c'est le régime de la publicité foncière qui trouve à s'appliquer -tout comme en droit français. La résolution des conflits privilégie alors celui qui a publié son titre le premier -et non plus celui qui a été le premier mis en possession¹⁰⁵⁷.

310- En matière mobilière, la publicité est moins aisée d'organisation. Le législateur a tenté d'organiser un régime uniforme d'opposabilité des droits, largement fondé sur la publicité. Néanmoins, relativement aux biens meubles corporels, où la possession a une signification d'avertissement vis-à-vis des tiers¹⁰⁵⁸, c'est la possession qui est parfois préférée à la publicité proprement dite. Ainsi, la loi prévoit-elle que la donation d'un bien meuble ou immeuble doit être publiée, sauf dans le cas du meuble avec délivrance et possession¹⁰⁵⁹. Surtout, dans l'hypothèse d'un conflit entre ayants cause ayant acquis successivement le même bien meuble du même auteur, c'est celui qui a été mis en possession du bien qui est préféré, quelle que soit la date d'acquisition du titre¹⁰⁶⁰ (art. 1454 et 2945 C.c.Q.¹⁰⁶¹).

311- En droit québécois tout comme en droit français, l'opposabilité du droit de créance est réduite par rapport à l'opposabilité des meubles corporels. Si le principe

¹⁰⁵⁶ D.-C. LAMONTAGNE, *La publicité des droits, op. cit.*, p. 73; parle de la protection des « acquéreurs qui se sont fiés aux inscriptions ».

¹⁰⁵⁷ C'est ainsi notamment que le conflit entre deux acquéreurs d'un immeuble détenant leur titre du même auteur se résout au profit de celui qui publie son droit le premier (art. 2946 C.c.Q.). En revanche, dans le conflit opposant l'ayant cause du véritable propriétaire à celui qui a acquis sans titre, le conflit se résout nécessairement au profit du premier, puisque le second ne saurait acquérir davantage de droits que son auteur (art. 1713 C.c.Q.).

¹⁰⁵⁸ Contrairement au droit français, la seule possession de bonne foi d'un bien meuble ne vaut pas titre et le délai de la prescription acquisitive en la matière est fixé à trois ans (et non à dix comme en droit commun : art. 2917 et 2919 C.c.Q.). Néanmoins, la possession conserve un rôle d'information vis-à-vis des tiers, le possesseur étant « présumé titulaire du droit qu'il exerce » : v. sur ce point, L. ROLLAND, « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », (1996), 26 *R.D.U.S.* 377.

¹⁰⁵⁹ Art. 1824 C.c.Q. : « La donation d'un bien meuble ou immeuble s'effectue, à peine de nullité absolue, par acte notarié en minute ; elle doit être publiée. Il est fait exception à ces règles lorsque, s'agissant de la donation d'un bien meuble, le consentement des parties s'accompagne de la délivrance et de la possession immédiate du bien ».

¹⁰⁶⁰ En ce sens : P.-A. CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations » (1998) 43 *R.D. McGill* 729, n° 58, p. 774 : « devant deux intérêts légitimes, deux victimes innocentes de l'action du vendeur, le législateur a voulu, aux termes de l'article 1454 du Code civil, privilégier le second acquéreur pourvu qu'il ait été de bonne foi et qu'il ait reçu livraison de la chose. C'est donc lui qui, contrairement à ce que la logique commanderait de prescrire, sera réputé être le propriétaire de la chose [...] ».

¹⁰⁶¹ Art. 2945 C.c.Q. : « À moins que la loi n'en dispose autrement, les droits prennent rang suivant la date, l'heure et la minute inscrites sur le bordereau de présentation, pourvu que les inscriptions soient faites sur les registres appropriés.

Lorsque la loi autorise ce mode de publicité, les droits prennent rang suivant le moment de la remise du bien ou du titre au créancier ».

est celui de l'opposabilité à tous du droit de propriété¹⁰⁶², la propriété des biens mobiliers corporels se traduit par des actes de possession aisément identifiables par les tiers, qui permettent de les avertir de l'existence d'un droit qu'ils doivent respecter. En revanche, tel n'est pas le cas pour les droits immatériels et les droits immobiliers. Cela explique que les tiers peuvent contester l'opposabilité de la créance s'ils sont de bonne foi. La disposition principale en la matière est l'article 1559 du C.c.Q., qui dispose que « *Le paiement fait de bonne foi au créancier apparent est valable, encore que subséquemment il soit établi qu'il n'est pas le véritable créancier* »¹⁰⁶³. Cet article constitue le pendant de l'article 1240 du C.C.f.¹⁰⁶⁴, puisque le créancier apparent du droit québécois désigne celui qui est en possession de la créance¹⁰⁶⁵.

Tout comme en droit français, la force de la propriété des créances est donc moindre puisqu'elle est subordonnée à la connaissance par le tiers de son nouveau créancier. Mais, cette particularité de la propriété des créances -due aux faits conjugués, d'une part de la difficulté d'organiser une publicité générale des droits mobiliers en raison de leur grande mobilité, et d'autre part au fait qu'en matière de biens meubles incorporels, la possession ne revêt pas la fonction informative qu'elle a en matière de meubles corporels -ne saurait remettre en cause l'existence d'une authentique propriété des créances. En effet, personne ne conteste les adaptations de la propriété à son objet immobilier, liées à la nature particulière des biens immeubles et qui prennent forme à travers l'organisation de la publicité foncière. De même, si en matière de créances,

¹⁰⁶² Voir notamment : S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, op. cit., p. 31, sur la qualification de la propriété en un droit réel ; et n° 1.3.1., p. 36 sur l'idée d'après laquelle le titulaire d'un droit réel a la faculté d'opposer son droit *erga omnes*.

¹⁰⁶³ Il faut également signaler l'article 1643 al. 2 C.c.Q., qui prévoit que le débiteur peut opposer au cessionnaire « le paiement que lui-même ou sa caution a fait de bonne foi au créancier apparent, même si les formalités exigées pour rendre la cession opposable au débiteur et aux tiers ont été accomplies ». J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, op. cit., n° 504, p. 841 : « Il est clair que l'alinéa second de l'article 1643 C.c.Q. s'appliquera dans l'hypothèse où le cédant n'était pas apparemment le créancier : soit un débiteur A qui doit à X, mais qui croit de bonne foi devoir à Y, créancier apparent. X cède sa créance à Z qui accomplit les formalités rendant la cession opposable au débiteur A ; mais celui-ci n'en tient aucun compte puisqu'il croit devoir à Y et non point à X, et effectue en conséquence son paiement entre les mains de Y. Ce paiement est alors opposable à Z en dépit du fait que ce dernier a accompli les formalités d'opposabilité, puisque, en l'absence même d'une cession, ce paiement fait au créancier apparent aurait été opposable à X en vertu de l'article 1559 C.c.Q. On constate donc que le second alinéa de l'article 1643 C.c.Q. n'est qu'une application, à une situation très particulière impliquant une cession de créance, de la règle énoncée à l'article 1559 C.c.Q. ».

¹⁰⁶⁴ L'article 1240 C.C.f. dispose : « Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé ».

¹⁰⁶⁵ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, op. cit., n° 317, p. 577 et 578. Voir en ce sens : *Daoust c. Daoust*, [1976] C.S. 1742 : aux termes de ce jugement, pour qu'un paiement fait de bonne foi à un créancier soit valable, deux conditions sont requises ; il faut d'une part que la personne qui reçoit le paiement soit en possession de la créance, et d'autre part que le débiteur soit de bonne foi au moment où il fait le paiement (l'appréciation de la bonne foi étant une question de fait) ; *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Construction G.C.P.inc.*, J.E. 99-32 (C.A.). Voir aussi H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, op. cit., t. 2, vol. 1, n° 833, p. 940 : le possesseur d'une créance est celui « qui a la possession d'état de créancier, il est créancier apparent ».

l'opposabilité du droit se ramène à l'opposabilité du titre et si la bonne foi des tiers est prise en compte, dès lors qu'ils ne peuvent véritablement se fonder sur la possession¹⁰⁶⁶ -cela ne constitue guère plus qu'une adaptation similaire de la propriété à son objet incorporel. L'institution d'un Registre des droits personnels et réels mobiliers, si elle montre la volonté du législateur québécois de rapprocher le régime juridique des droits personnels et réels, ne peut cependant aller jusqu'à gommer entièrement les spécificités de chaque type de bien, certaines spécificités étant inévitablement liées à la nature juridique du bien en cause.

La question se pose à présent de savoir si le caractère perpétuel de la propriété se retrouve dans la propriété des créances.

B. Le caractère perpétuel du droit de propriété

312- La doctrine, tant française que québécoise, s'accorde à affirmer le caractère perpétuel de la propriété¹⁰⁶⁷. Les auteurs considèrent traditionnellement que le droit de propriété est perpétuel en un double sens : d'abord en ce qu'aucune durée ne lui est assignée et qu'il n'est pas soumis à un terme extinctif¹⁰⁶⁸ ; ensuite en ce que son existence est indépendante de son exercice et qu'il ne peut pas se perdre par le non-usage¹⁰⁶⁹. En réalité, ce second sens désigne l'imprescriptibilité, qui doit être distinguée de la perpétuité de la propriété. Il a été montré en doctrine que l'assimilation entre l'imprescriptibilité -ou autrement dit, le fait que l'action en revendication du propriétaire est perpétuelle- et la perpétuité de la propriété est discutable. Ainsi, un droit peut-il être perpétuel sans être imprescriptible, comme par exemple une servitude. Cette assimilation relève de la confusion entre le droit et l'action qui le protège¹⁰⁷⁰. Les analyses menées en la matière ont montré que l'imprescriptibilité doit en réalité se comprendre comme un effet du principe de perpétuité¹⁰⁷¹. La question de la

¹⁰⁶⁶ En effet, si la possession des créances existe, elle apparaît moins ostensiblement que la possession des biens corporels : voir *infra*, n° 608 et suiv.

¹⁰⁶⁷ Voir notamment pour les auteurs français : J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 77, p. 143 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 148, p. 136 ; pour les auteurs québécois : A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945, p. 111 ; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 189.

¹⁰⁶⁸ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 460, p. 136.

¹⁰⁶⁹ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 2254, p. 790.

¹⁰⁷⁰ C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité : Essai sur la durée du droit de propriété*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 179 et 111 ; M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, thèse Paris II, 1983, notamment n° 57, p. 82.

¹⁰⁷¹ Voir notamment : C. POURQUIER, thèse préc., p. 179 et suiv., notamment p. 201 : « L'imprescriptibilité de la propriété est le plus souvent considérée comme un aspect de la perpétuité de ce droit. En fait, l'imprescriptibilité est une conséquence du principe de la perpétuité de la propriété ou plus exactement de l'alignement de la durée du droit de propriété sur celle de son objet ». S. JAHÉL, *L'objet de la prescription extinctive. Contribution à l'étude de la notion d'action*, thèse Beyrouth, 1966,

prescriptibilité sera donc envisagée dans la seconde partie de cette étude, consacrée à l'examen du régime juridique de la propriété des créances. Reste alors le premier sens traditionnel, qui est le seul authentique, de la perpétuité.

313- La question se pose de savoir si le caractère perpétuel de la propriété est un obstacle à la reconnaissance de la propriété des créances. L'idée selon laquelle le caractère perpétuel de la propriété ne se retrouverait pas dans la propriété des créances pourrait être avancée, en se fondant sur le fait que le bien-créance s'éteint par sa réalisation. De cette situation dans laquelle, lorsqu'une créance disparaît, le droit de propriété s'éteint, on pourrait soutenir que la propriété des créances n'est pas une véritable propriété, puisque dans ce cas, la propriété ne serait pas perpétuelle. Néanmoins, un tel argument n'est pas insurmontable.

Tout d'abord, il paraît contestable de considérer le caractère perpétuel de la propriété comme constitutif de l'essence même de la propriété. Aucun texte du droit positif ne contient d'ailleurs expressément l'idée d'une perpétuité de la propriété¹⁰⁷² ; on la déduit simplement de la définition de la propriété par le Code civil. Même si cette idée traditionnelle est toujours avancée en doctrine¹⁰⁷³, le législateur a reconnu des propriétés non perpétuelles en consacrant les propriétés incorporelles¹⁰⁷⁴. L'évolution de la propriété permet ainsi de souligner que la propriété n'est pas perpétuelle par essence, même si elle a vocation à se prolonger indéfiniment¹⁰⁷⁵. Il n'est pas nécessaire cependant d'avoir recours à l'exemple de la propriété intellectuelle pour s'en convaincre. La possibilité d'abandon de son bien par le propriétaire tend également à montrer qu'une propriété limitée dans le temps est possible. De même, rien ne s'opposerait à ce que des parties organisent conventionnellement une propriété

p. 257 : « L'imprescriptibilité du droit de propriété [...] est confondue avec le caractère perpétuel de ce droit ».

¹⁰⁷² P. CROCQ, thèse préc., n° 111, p. 89.

¹⁰⁷³ A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil, op. cit.*, t. 1, n° 1697, p. 955 : une propriété temporaire ne peut être une véritable propriété ; M. CANTIN CUMYN, « Essai sur la durée des droits patrimoniaux », *loc. cit.*, n° 10 et 14, p. 13 : « Bien que l'on puisse en langage courant utiliser des expressions telles que propriété d'une créance, d'une action de compagnie, propriété artistique, littéraire ou commerciale, l'emploi du mot ne doit pas faire illusion. Il ne sert qu'à indiquer la présence d'un droit patrimonial quelconque, d'une appartenance, d'une titularité temporaire, non pas un droit de propriété dans le sens propre, tel que techniquement ou juridiquement défini à l'article 406 C.c. ». Voir aussi son argument, d'après nous contestable dans sa première affirmation, d'après lequel : « L'emploi par le législateur des expressions 'propriété intellectuelle et industrielle', notamment à l'article 490 du Code civil du Québec, ne change ni la véritable nature de ces droits ni la définition du droit de propriété ».

¹⁰⁷⁴ Voir *supra*, n° 228 et 312 et suiv. Voir notamment : P. ROUBIER, « Droit intellectuels ou droits de clientèle », *Rev. trim. dr. civ.* 1935.283, p. 266 ; L. JOSSERAND, *op. cit.*, t. 1, n° 1527, p. 845-847 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens, op. cit.*, n° 429, p. 538, qui soulignent l'exclusivité et l'opposabilité à tous de ces propriétés.

¹⁰⁷⁵ C. ATIAS, *Les biens, op. cit.*, n° 76, p. 111 ; F. ZENATI et T. REVET, *Les Biens, op. cit.*, n° 110 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire, op. cit.*, t. 1, n° 2330. *Contra* : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Les biens, op. cit.*, n° 1349-2, p. 106-108.

temporaire. L'insertion dans un acte de transmission d'une clause prévoyant une cession temporaire du droit est possible, la propriété revenant au précédent titulaire à l'arrivée du terme. L'hypothèse a d'ailleurs été expressément prévue par le législateur québécois en matière de propriété superficielle, un terme pouvant être fixé par la convention qui établit la propriété superficielle (art. 1113 C.c.Q.).

314- De plus, l'extinction du bien créance lors de sa réalisation s'explique par le fait que, lorsque la chose objet du droit disparaît, le droit de propriété s'éteint, faute d'objet. S'il est vrai que le droit de propriété a *vocation* à se prolonger indéfiniment et à ne pas être limité dans le temps, il n'empêche que le droit de propriété ne saurait survivre faute d'objet. Personne d'ailleurs ne conteste, ce même parmi les classiques, que la perpétuité de la propriété s'ajuste à son objet, dans ce sens que la propriété ne saurait durer davantage que la chose sur laquelle elle porte¹⁰⁷⁶. Comme l'observe fort justement Mme Pourquier, « [s]i la propriété dure autant que son objet, force est de reconnaître qu'elle disparaît avec ce dernier », si bien que « *le droit du propriétaire est conditionné par un phénomène objectif : la durée de l'objet* »¹⁰⁷⁷. S'il est donc vrai que la réalisation de la créance provoque son extinction, il n'y a là qu'une application particulière de la règle générale d'après laquelle la propriété dure autant que son objet. Ici encore, la différence résulte de la nature du bien qui est l'objet de la propriété : une créance disparaît plus facilement qu'un bien corporel, mais lorsqu'un bien corporel disparaît, la situation est la même que dans le cas d'une créance.

315- Enfin, à l'appui de l'idée selon laquelle la propriété n'est pas perpétuelle par essence, on peut encore invoquer le fait que le transfert de propriété a pu être interprété en doctrine comme provoquant l'extinction du droit de propriété. Même si pour la doctrine majoritaire, le droit de propriété ne s'éteint pas lors d'un transfert de propriété¹⁰⁷⁸, plusieurs auteurs admettent que chaque mutation d'un bien entraîne

¹⁰⁷⁶ C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français, op. cit.*, t. 2, n° 326, p. 521 : « *Le droit de propriété s'éteint, d'une manière absolue, par la destruction totale de la chose qui s'y trouvait soumise* ». Voir aussi : A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil, op. cit.*, t. 1, n° 1679, p. 947 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la prescription*, 3^e éd., Paris, Larose, 1905, n° 1330, p. 662 ; M. CANTIN CUMYN, « *Essai sur la durée des droits patrimoniaux* », (1998) 48 *R. du B.* 3, p. 6 et 22. Dans le même sens : P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens op. cit.*, p. 189.

¹⁰⁷⁷ C. POURQUIER, thèse préc., n° 244, p. 205 et n° 294, p. 249.

¹⁰⁷⁸ H., L., J., MAZEAUD et F. CHABAS, *Les biens, op. cit.*, n° 1348, p. 103 : « *lorsqu'un propriétaire aliène sa chose, le droit de propriété ne s'éteint pas : l'acquéreur n'est pas titulaire d'un nouveau droit de propriété ; le droit de propriété subsiste ; il est transféré ; il y a seulement changement du titulaire du droit de propriété* ».

l'extinction d'un droit de propriété au profit d'un nouveau droit qui lui succède¹⁰⁷⁹. Selon cette conception, la transmission consiste « dans l'extinction d'un droit de propriété et dans la création concomitante d'un nouveau droit de propriété, la première opération ayant lieu dans le but de la réalisation de la seconde »¹⁰⁸⁰. Le transfert de propriété provoque ainsi l'extinction du droit de propriété.

316- En définitive, l'idée de perpétuité de la propriété résulte du fait que la doctrine traditionnelle a imprimé à la propriété le régime de son objet corporel. La perpétuité de la propriété est liée à la confusion du droit de propriété dans son objet¹⁰⁸¹. Un auteur a souligné récemment que « [s]i l'objet du droit de propriété est corporel, l'identification de la durée du droit à celle de l'objet sera [...] totale. Durée matérielle et durée juridique sont pour ainsi dire superposées. Dans ce cas précis, on peut parler de perpétuité objective de la propriété. En revanche, si l'objet de la propriété est immatériel, comme dans le cas des propriétés intellectuelles, l'absence de corpus empêche toute identification de la durée du droit sur la durée matérielle du bien. Dès lors, l'objet de la propriété sera purement juridique, tout comme sa durée »¹⁰⁸². À partir du moment où l'objet de la propriété est dématérialisé ou immatériel, la durée du droit n'est plus calquée sur la nature des choses, comme c'est le cas pour les propriétés matérielles¹⁰⁸³.

En réalité, il a déjà été souligné, à propos des propriétés intellectuelles, que la notion de perpétuité souligne simplement le fait que le droit ne comporte pas de terme extinctif. Le droit dure autant que son objet¹⁰⁸⁴ : le droit disparaît par contrecoup, lorsque son objet n'est plus¹⁰⁸⁵. La perpétuité ne participe donc pas de l'essence de la propriété¹⁰⁸⁶, mais constitue un élément contingent, dépendant de la nature de son objet¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁷⁹ C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français, op. cit.*, t. 2, n° 326-2, p. 522 : « Le droit de propriété se perd d'une manière relative, c'est-à-dire pour le propriétaire actuel [...] notamment par l'effet des conventions translatives de propriété ».

¹⁰⁸⁰ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 121, p. 150.

¹⁰⁸¹ C. POURQUIER, thèse préc., p. 106.

¹⁰⁸² C. POURQUIER, thèse préc., p. 120.

¹⁰⁸³ C. POURQUIER, thèse préc., p. 152.

¹⁰⁸⁴ Voir J.-F. BARBIÉRI, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1997 ; C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité : Essai sur la durée du droit de propriété*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

¹⁰⁸⁵ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 110, p. 120.

¹⁰⁸⁶ C. POURQUIER, thèse préc., p. 46 : « Par exception, la durée du droit de propriété peut être temporaire ».

¹⁰⁸⁷ J. M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », *loc. cit.*, n° 28, p. 292, qui proposent l'expression de « permanence » de la propriété, plutôt que celle de perpétuité. Selon B. LOTTI, thèse préc., n° 232, p. 264, il n'est « pas nécessaire d'abandonner le terme 'perpétuité' au profit de la 'permanence' au motif que la perpétuité serait contingente à l'objet du droit », car la

317- Pour conclure sur ce point, on peut donc dire que l'idée de la perpétuité de la propriété est traditionnellement liée à son objet corporel. Si la propriété a vocation à se prolonger indéfiniment, elle n'est cependant pas perpétuelle par essence et les systèmes de droit de la famille romano-germanique ne sont pas réfractaires à la reconnaissance d'une propriété non perpétuelle. En définitive, la fin de la propriété consécutive à l'extinction de la créance n'est pas spécifique aux biens incorporels, dès lors qu'il est traditionnellement admis que la destruction de l'objet de la propriété provoque l'extinction du droit lui-même. Ici encore, l'argument de la perpétuité de la propriété ne saurait donc condamner la propriété des créances.

Conclusion du chapitre

318- La propriété des droits est possible, dans un système de type romano-germanique. Cela est apparu, non seulement à travers l'exemple de la propriété incorporelle, mais également et surtout, par la possibilité d'identifier la notion de propriété dans le concept, usuellement utilisé, de titularité.

En droit français comme en droit québécois, les attributs traditionnels de toute propriété se retrouvent dans la propriété des créances, le propriétaire d'un tel bien ayant, comme tout propriétaire, le droit d'en jouir et d'en disposer, en exclusivité. S'agissant des caractères de la propriété des créances, il existe certaines particularités propres à l'objet de propriété spécifique que constitue la créance. Le caractère absolu ou complet de la propriété des créances se vérifie en France comme au Québec, même si l'opposabilité des créances est soumise à un certain encadrement, lié au caractère souvent occulte que peuvent revêtir les créances. Mais n'admet-on pas sans réserve l'organisation d'une publicité pour les immeubles ? Pourquoi l'organisation d'une publicité des créances changerait-elle la nature du droit ? De plus, si l'on considère traditionnellement la propriété comme un droit perpétuel, ce caractère est fortement lié à son objet traditionnellement corporel. En réalité, si la propriété a vocation à se prolonger indéfiniment, elle n'est pas perpétuelle par essence. Personne ne conteste d'ailleurs que le droit de propriété s'éteint lorsqu'il n'a plus d'objet, ce qui se produit tant pour les corps que pour les créances lorsqu'elles se réalisent.

perpétuité « traduit l'absence de terme extinctif du droit, mais elle ne signifie pas que le droit ne s'éteindra pas à la disparition de son objet ».

319- La notion de propriété se retrouve donc dans la propriété des créances. Les quelques spécificités relevées sont inévitables en raison de l'adaptation nécessaire du droit à son objet. Mais elles sont trop minimes pour remettre en cause la nature du droit lui-même, qui apparaît comme étant de la même essence que la propriété des choses corporelles.

La possibilité d'une propriété des créances se heurte toutefois encore à plusieurs difficultés. Il reste encore à examiner la portée des arguments théoriques qui lui ont été opposés, s'agissant de la nature juridique des deux droits qu'elle prétend concilier.

Chapitre second

LA POSSIBILITÉ D'UNE PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

320- L'existence de la propriété des créances repose à la fois sur la qualité de bien de la créance et sur la qualité de propriétaire du créancier. Si la propriété des droits en général est possible, dès lors qu'on identifie la notion de propriété dans celle, plus traditionnelle, de titularité, la propriété des créances se heurte encore à des arguments théoriques liés à la nature juridique respective de la propriété et de la créance.

À côté de l'idée classique de l'objet corporel de la propriété, le refus de l'existence de la notion de propriété des créances repose également sur l'analyse, plus moderne, de la nature des droits qu'elle prétend combiner. La distinction des droits patrimoniaux en droits réels et en droits personnels tend, en effet, à opposer d'une manière catégorique le droit réel au droit personnel de créance ; le concept de propriété des créances serait sous cet angle une incongruité, tendant à réunir deux catégories juridiques radicalement distinctes et inconciliables. Par ailleurs, la propriété des créances a également été refusée sur le fondement de l'idée inverse de la similitude de nature juridique existant entre ces deux droits.

Les objections à la propriété des créances seront d'abord présentées (section I), avant de pouvoir en évaluer la pertinence (section II).

SECTION I. LES OBJECTIONS À LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

321- D'aucuns considèrent que le droit personnel de créance et le droit réel de propriété, ayant des natures juridiques antinomiques, ne sauraient être associés au sein d'une même figure juridique. D'autres estiment que c'est au contraire l'identité de leur nature juridique qui exclut le recours à la propriété des créances, la reconnaissance d'une telle notion conduisant à produire une figure juridique superposant deux biens et deux droits. Le refus de la propriété des créances est donc conçu, à la fois sur une opposition de leur nature juridique respective (§ 1) et sur l'identité de leur nature juridique combinée (§ 2).

§1. L'impossibilité de la propriété des créances fondée sur l'opposition de leur nature juridique respective

322- En France comme au Québec, la distinction des droits réels et des droits personnels est considérée comme l'une des principales classifications du droit. Or, cette distinction est généralement analysée comme opposant le droit réel de propriété au droit personnel de créance. De plus, la classification des droits réels et des droits personnels a été présentée en doctrine comme une distinction entre les droits subjectifs, ce qui a eu pour conséquence d'évacuer la conception du droit en tant que bien.

En plus d'opposer la propriété aux créances (A), la distinction des droits réels et des droits personnels évacue la dimension réelle du droit (B).

A. La distinction des droits réels et des droits personnels oppose la propriété aux créances

323- Si la distinction traditionnelle des droits réels et des droits personnels condamne la propriété des créances (1) et la remise en cause personnaliste de la distinction la permet (2), le rejet des thèses personnalistes ne peut manquer de renouer avec la critique de la propriété des créances (3).

1. La distinction traditionnelle des droits réels et des droits personnels exclut la propriété des créances

324- La distinction des droits patrimoniaux en droits réels et en droits personnels entre directement en conflit avec la notion de propriété des créances. Alors que la propriété est traditionnellement analysée comme incarnant le droit réel par excellence¹⁰⁸⁸, le prototype même du droit personnel est identifié dans la créance¹⁰⁸⁹. La propriété des créances, mêlant deux natures opposées en une même figure juridique, ne

¹⁰⁸⁸ Voir notamment en France : C-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français, op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 257, p. 273 et 274 ; A. COLIN et H. CAPITANT *Traité de droit civil, op. cit.*, t. 1, n° 1476, p. 845 et 846. Au Québec : L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec, op. cit.*, p. 113 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, n° 204, p. 134 ; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 183. Au Québec, la nature juridique de droit réel de la propriété semble désormais découler de la loi elle-même : art. 911 C.c.Q. : « On peut, à l'égard d'un bien, être titulaire, seul ou avec d'autres, d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel [...] ».

¹⁰⁸⁹ Voir notamment en France : A. COLIN et H. CAPITANT *Traité de droit civil, op. cit.*, t. 1, n° 1486, p. 852. Au Québec : L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec, op. cit.*, p. 114 ; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 174.

constituerait donc qu'une sorte de monstre juridique, une impossibilité rationnelle absolue.

325- En droit français, la distinction des droits réels et des droits personnels est habituellement analysée comme la distinction capitale de la théorie du patrimoine¹⁰⁹⁰. On considère qu'elle constitue « l'arrête du droit du patrimoine »¹⁰⁹¹ ; on admet qu'elle est universelle et qu'« on la retrouve dans toutes les législations »¹⁰⁹². On la présente enfin comme « un terrain solide, où il (est) toujours possible de reprendre pied »¹⁰⁹³. En effet, « [l]a famille des droits réels a pour principal représentant le droit de propriété ; les droits de créance ont pour type l'obligation qui résulte d'un prêt d'argent : être propriétaire d'une maison, être créancier de 500 francs qu'on a prêtés, voilà des notions élémentaires que tout le monde possède, même sans études juridiques »¹⁰⁹⁴. Ainsi présentée, la distinction semble avoir la clarté de l'évidence, et peut être ramenée à l'opposition entre « le présent et l'avenir, le certain et l'incertain »¹⁰⁹⁵. Alors que le propriétaire « tient » la maison, qu'il la possède et exerce sur elle un pouvoir direct, sans l'intermédiaire d'aucune autre personne, le créancier n'« aura » l'argent que son débiteur lui doit que si ce dernier exécute la prestation due.

326- Exposant les caractéristiques des droits réels et des droits personnels, la majorité des auteurs construisent leur exposé sous la forme d'une antithèse. Tout d'abord, s'agissant de la *structure* de ces deux catégories de droits, ils soulignent que dans le droit de créance il y a deux personnes (droit *indirect* et *médiate*), alors que dans le droit réel -et par suite dans le droit de propriété- il n'y a qu'une personne face à une chose (droit *direct* et *immédiat*). De plus, le droit personnel n'a qu'un *effet relatif*, cantonné à l'étroite relation qu'il suppose entre deux personnes ; il est inopposable aux tiers, qui pourraient en méconnaître l'existence. Par opposition, portant directement sur la chose, le droit réel participe de son existence objective et il est donc, par là même, opposable *erga omnes*. Toutes les personnes sont tenues de le respecter, elles ont une

¹⁰⁹⁰ C'est cette division qui sert de fondement aux études de droit, où l'on confronte le droit des biens, qui consiste dans l'étude des droits réels, au droit des obligations, qui concerne l'étude des droits personnels. Voir notamment R. SAVATIER, *Les métamorphoses*, op. cit., série 3, n° 467, p. 146.

¹⁰⁹¹ H. CAPITANT, « Les Notions fondamentales du droit privé d'après le livre de Démogoue », *Rev. trim. dr. civ.* 1911.729, p. 739 et 740.

¹⁰⁹² G. BAUDRY-LACANTINERIE, cité par L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, Toulouse, A. Nauze, 1912, p. 1.

¹⁰⁹³ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 9, p. 21.

¹⁰⁹⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, op. cit., t. 3, n° 2153.

¹⁰⁹⁵ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 9, p. 22.

obligation négative de ne pas en troubler l'exercice et l'existence¹⁰⁹⁶. C'est ce que les personnalistes, dont le chef de file est Planiol, ont dénommé l'obligation passive universelle¹⁰⁹⁷.

S'agissant enfin de l'*accomplissement* de ces droits, les auteurs allèguent que le droit réel est doté d'une énergie beaucoup plus grande que le droit de créance, grâce aux deux attributs dont seul le droit réel (et partant le droit de propriété) est doté, à savoir le droit de suite et le droit de préférence¹⁰⁹⁸. Par la notion de *droit de suite*, les auteurs envisagent le pouvoir qu'a « le titulaire du droit réel d'exercer son droit sur la chose en quelques mains qu'elle se trouve »¹⁰⁹⁹. Cela explique notamment que le propriétaire d'un bien puisse le revendiquer contre tout possesseur. Au contraire, le créancier peut simplement réclamer l'exécution de sa créance au débiteur, l'absence d'exécution pouvant seulement déboucher sur l'indemnisation du préjudice subi¹¹⁰⁰. Le droit de gage général du créancier sur le patrimoine du débiteur (art. 2192 C.C.) désigne uniquement la possibilité pour le créancier de saisir les biens de son débiteur afin de régler sa dette. Un tel droit ne comporte pas de droit de suite, puisque le créancier ne peut saisir les biens du débiteur que si ces biens sont effectivement dans le patrimoine de celui-ci¹¹⁰¹. Par ailleurs, le *droit de préférence* est défini comme le « pouvoir d'exclure des utilités de la chose tous ceux qui ne peuvent se prévaloir que d'un droit de créance ou d'un droit réel postérieur en date »¹¹⁰². Ainsi, expose-t-on, un acheteur n'a pas à craindre, si son vendeur est insolvable, d'avoir à partager avec les créanciers de celui-ci la valeur de la chose achetée : étant propriétaire, il possède un droit réel qui est préférable à tous les droits personnels. Au contraire, les créanciers chirographaires d'un même débiteur sont placés sur un pied d'égalité, l'actif issu de la saisie étant réparti

¹⁰⁹⁶ Sur la distinction entre l'opposabilité à tous du droit réel et l'opposabilité relative du droit personnel : C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, p. 69 et 70. J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 40, p. 71 : « Le droit personnel n'a d'effet que dans l'étroite relation qu'il suppose entre deux personnes : un effet relatif (cf. a. 1165). Il est inopposable aux tiers, qui peuvent en méconnaître l'existence [...]. Le droit réel, au contraire, portant directement sur la chose, s'incruste pour ainsi dire en elle et participe de son existence objective, qui s'impose à tout le monde : aussi est-il opposable *erga omnes* (absolu, dit-on quelquefois) ».

¹⁰⁹⁷ Voir notamment sur cette obligation : B. LOTTI, thèse préc., p. 189 et suiv.

¹⁰⁹⁸ Depuis la réforme du Code civil au Québec, le droit de suite n'est plus une caractéristique du droit réel en droit québécois : D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, Québec, Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1995, n° 9, p. 6.

¹⁰⁹⁹ J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 40, p. 71. Au contraire, le droit de suite n'existe pas au profit des créanciers ordinaires. En effet, l'article 2092 du Code civil reconnaît seulement au créancier un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur.

¹¹⁰⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, p. 255.

¹¹⁰¹ P. ROUBIER, *ibid.*

¹¹⁰² J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 40, p. 72. Voir aussi : H. MICHAS, thèse préc., p. 13 : le droit de préférence signifie qu'entre deux personnes ayant deux droits réels identiques mais de date différente, la personne dont le droit a une date antérieure est préférée, sous réserve des règles relatives à la publicité des droits ; c'est l'application de l'adage *Prior tempore, potior jure*. Au contraire, entre créanciers, c'est la loi du concours qui constitue la règle (art. 2093 C.C.), la date des créances n'ayant aucune influence sur leur rang.

entre les différents créanciers au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement à leur créance¹¹⁰³.

Nombreux sont alors les interprètes de la loi qui concluent à la supériorité du droit réel sur le droit personnel. Ainsi cite-t-on volontiers Demolombe, qui dans son *Cours de Code Napoléon*, pouvait proclamer, avec l'appui de la doctrine dominante : « [l]e droit réel fait le propriétaire ; le droit personnel ne fait que le créancier. La distance entre l'un et l'autre est énorme. Place au droit réel ! Et que tous les rangs s'ouvrent pour lui faire passage, lorsqu'il s'avance tout-puissant et absolu, par sa propre et seule force, sans l'intermédiaire d'aucun débiteur, vers la chose même sur laquelle il porte directement »¹¹⁰⁴.

327- La doctrine québécoise, tout comme la doctrine française, a fait de la distinction des droits réels et des droits personnels ou de créances, le pivot de la classification générale des droits¹¹⁰⁵. La doctrine québécoise traditionnelle a adopté en la matière des définitions très proches de celles données par la doctrine française dominante¹¹⁰⁶. Mignault définit le droit réel comme « la faculté accordée à une personne de s'attribuer, à l'exclusion de toute autre, l'utilité totale ou partielle d'une chose », et le droit personnel comme « la faculté qu'a une personne d'exiger qu'une ou plusieurs autres personnes nommément désignées lui procurent un avantage, soit en faisant, soit en s'abstenant de faire une chose »¹¹⁰⁷. Tout comme en droit français, le droit réel est décrit comme un droit *direct et immédiat*¹¹⁰⁸. Le droit réel permet à son titulaire de tirer directement avantage du bien objet de son droit, il établit un rapport juridique direct entre une personne et une chose, sans devoir passer par l'intermédiaire d'une autre personne¹¹⁰⁹. Au contraire, le droit personnel n'instaure qu'un rapport

¹¹⁰³ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 257.

¹¹⁰⁴ C. DEMOLOMBE, op. cit., t. 9, n° 473, p. 373.

¹¹⁰⁵ L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec, Modèle vivant de droit comparé*, op. cit., p. 351. Voir aussi : P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, op. cit., p. 389 ; A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, op. cit., p. 17 et suiv. ; F. LANGELIER, op. cit., t. 1, p. 4 ; W. RODYS, *Cours élémentaire de droit civil français et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956, p. 66 ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, op. cit., p. 29 et suiv. Voir cependant, qui considère que la distinction des droits réels et des droits personnels est moins articulée dans la doctrine québécoise que dans la doctrine française : R.A. MACDONALD, « Reconciling the Symbols of Property : Universalities, Interest and Other Heresies », loc. cit., p. 786 : « In France, the distinction between personal and real rights is quite well articulated, although it is less the case in Quebec ».

¹¹⁰⁶ Sur ce point : L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec, Modèle vivant de droit comparé*, op. cit., p. 351

¹¹⁰⁷ P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, op. cit., t. 2, p. 389.

¹¹⁰⁸ P.-B. MIGNAULT, op. cit., t. 2, p. 390 : « Le droit réel est un pouvoir direct et immédiat sur une chose. La relation qu'il établit existe, sans aucun intermédiaire, entre la personne qui en est nantie et la chose qui en est l'objet ». A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, op. cit., t. 3, p. 17 : « Le droit réel s'exerce directement sans l'intermédiaire de personne sur la chose qui en fait l'objet ».

¹¹⁰⁹ S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, op. cit., p. 30.

médiat entre le créancier et la chose qui lui est due, le créancier devant nécessairement passer par l'intermédiaire du débiteur pour l'obtenir¹¹¹⁰.

328- De même qu'en droit français, la doctrine classique québécoise expose que, contrairement au droit réel, le droit personnel n'emporte ni droit de suite ni droit de préférence¹¹¹¹. Le droit de suite « permet au créancier d'opposer son droit réel, principal ou accessoire, à n'importe quelle personne entre les mains de qui se trouve le bien »¹¹¹². Par le droit de préférence, le titulaire du droit réel prime les créanciers ordinaires¹¹¹³. Alors que le droit réel porte sur tel bien du débiteur spécialement affecté à son paiement¹¹¹⁴, le droit personnel a seulement pour effet de faire naître un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur. De plus, il ne peut faire l'objet d'un abandon unilatéral¹¹¹⁵, une convention de remise de dette étant nécessaire entre le créancier et son débiteur¹¹¹⁶. Enfin, les auteurs admettent que si le droit réel est absolu, le droit personnel est relatif, puisqu'il n'est opposable qu'au débiteur¹¹¹⁷.

329- Le droit réel et le droit personnel étant antinomiques, l'association de l'un et de l'autre dans une même figure juridique, ne pourrait relever que de l'aberration¹¹¹⁸. Ainsi a-t-on fait remarquer que l'extension du concept de propriété aux créances néglige la distinction des droits réels et des droits personnels, les droits réels dont fait partie la propriété constituant « une catégorie distincte, à la fois symétrique et antithétique, de la catégorie des créances »¹¹¹⁹. D'une manière plus précise, les auteurs ont considéré que le fait qu'un droit réel porte sur un droit personnel reviendrait à

¹¹¹⁰ A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *op. cit.*, p. 17 ; P.- B. MIGNAULT, *op. cit.*, p. 390 ; F. LANGELIER, *op. cit.*, t. 1, p. 6 et 7.

¹¹¹¹ P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien, op. cit.*, t. 2, p. 393 : les droits constitués sur la chose « postérieurement au mien ne viennent point en concours avec lui ; je passe avant tout ! » ; L. BAUDOIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, p. 352 ; S. NORMAND, *op. cit.*, p. 41.

¹¹¹² P.- C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 179.

¹¹¹³ P.- C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 180.

¹¹¹⁴ L. BAUDOIN, *Le droit civil de la Province de Québec, op. cit.*, p. 352

¹¹¹⁵ S. NORMAND, *op. cit.*, p. 41. Sur la faculté d'abandon unilatéral du droit réel : P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 182 ; J. GOULET, A. ROBINSON et D. SHELTON, *Théorie générale du domaine privé, op. cit.*, p. 55.

¹¹¹⁶ Art. 1687-1692 C.c.Q.

¹¹¹⁷ A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *op. cit.*, p. 18 ; W. RODYS, *Cours élémentaire de droit civil français et canadien, op. cit.*, p. 67 : « Le droit réel est opposable à tout le monde, c'est un droit absolu [...] Bien autrement énergique est l'obligation [...] c'est un droit relatif ».

¹¹¹⁸ G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 313, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 281, p. 134 : « De cette distinction fondamentale du droit personnel et du droit réel est née cette idée que la propriété ne peut conceptuellement porter sur une créance. Droit de propriété et droit de créance ne peuvent se mortaiser l'un à l'autre car ils appartiennent à des catégories [...] que tout éloigne. Aussi sont-ils condamnés à se repousser comme les deux pôles opposés d'un aimant ».

¹¹¹⁹ J. DABIN « Une nouvelle définition du droit réel », *loc. cit.*, p. 31.

détruire tant la nature juridique du droit réel¹¹²⁰ que celle du droit personnel¹¹²¹. De plus, il serait impossible de concilier le caractère indirect du droit du titulaire d'une créance, avec le principal caractère du droit réel, qui est d'être un droit direct sur une chose¹¹²².

Il est alors intéressant d'évaluer l'incidence qu'a pu avoir sur la propriété des créances, la remise en cause personnaliste de la distinction des droits réels et des droits personnels.

2. L'incidence de la remise en cause personnaliste de la distinction des droits réels et des droits personnels

330- La distinction des droits réels et des droits personnels est souvent invoquée pour condamner la figure juridique de la propriété, analysée en un droit réel, portant sur un droit personnel de créance. Néanmoins, au début du XXe siècle, les personnalistes ont mis en relief la présence d'une obligation passive universelle relativement aux créances, traditionnellement décrites comme des droits relatifs. Cela a opéré un rapprochement entre les droits réels et les droits personnels, diminuant ainsi d'autant la force de l'opposition entre ces deux catégories de droits.

La critique personnaliste est véritablement entrée en France sous la plume de Planiol, dès la première édition de son *Traité élémentaire de droit civil*, paru en 1897¹¹²³. Selon lui, « [c]'est par suite d'une illusion [...] que l'on a séparé le domaine du droit en deux compartiments qui semblent n'avoir rien de commun : celui des obligations ou droits de créance, celui de la propriété et des autres droits réels. On a établi entre eux une séparation absolue qui fait croire que ces différents droits sont de nature différente [...] »¹¹²⁴. Or, pour Planiol, « [a]u fond, le droit réel est de même nature que le droit de créance ; il suppose, lui aussi, un rapport d'ordre obligatoire entre les personnes. La définition classique, qui réduit le droit réel à un rapport direct entre une personne et une chose est fautive ; le droit réel n'est un droit que parce qu'il implique une obligation passive universelle, à charge de toute personne autre que son titulaire ».

¹¹²⁰ Voir R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. trim. dr. civ.* 1958.331, p. 332.

¹¹²¹ P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 177

¹¹²² L. RIGAUD, thèse préc., p. 395 et 396.

¹¹²³ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, t. 1, n° 2185 ; J. ORTOLAN, *Généralisation du droit romain*, 12^e éd. par J.E. LABBÉ, Paris, Plon, 1884, p. 637-642 et p. 550, note 2 : « Il n'y a de droit possible, pour le jurisconsulte, que d'homme à homme [...] ».

¹¹²⁴ M. PLANIOL, *Traité, op. cit.*, t. 2, 4^e éd., préface.

L'idée développée par Planiol est donc simple : un rapport de droit n'est pas possible entre une chose et une personne¹¹²⁵. Tout droit peut se ramener à des rapports juridiques entre les hommes, donc à des obligations. Si l'on applique cette idée au droit réel le plus typique que constitue la propriété, le premier terme du rapport est constitué par le propriétaire, tandis que le second l'est par « *tout le monde excepté lui* »¹¹²⁶. Ainsi, le droit réel constitue un rapport juridique d'ordre obligatoire, puisque sont identifiés d'une part une personne comme sujet actif et, d'autre part, toutes les autres comme sujets passifs, tenus de ne pas troubler le titulaire du droit¹¹²⁷. Le droit réel a donc la même nature juridique que les obligations proprement dites ; le titulaire d'un droit réel ne constitue rien d'autre que le créancier d'une obligation passive universelle. Ainsi, la propriété se réduit-elle à l'obligation, la propriété n'étant qu'une « variation » du droit de créance¹¹²⁸. Ayant ramené, par l'entremise du concept d'obligation passive universelle, le droit réel à un droit de créance¹¹²⁹, plus rien ne s'oppose dans une telle conception, à ce que l'une des catégories de ces droits puisse porter sur l'autre.

331- La thèse de Planiol a convaincu de nombreux disciples¹¹³⁰. Tous se rejoignent sur l'idée qu'un droit existe nécessairement dans un rapport de personne à personne, et ne peut avoir pour objet des choses qui sont inertes¹¹³¹. Certaines divergences peuvent néanmoins être recensées et des auteurs ont rassemblé les

¹¹²⁵ Selon lui, « un rapport d'ordre juridique ne peut pas exister entre une personne et une chose [...]. Par définition, tout droit est un rapport entre les personnes » : *Traité élémentaire*, t. 1, n° 2159. Seul un rapport de fait peut donc exister entre une personne et une chose.

¹¹²⁶ *Ibid.*

¹¹²⁷ *Ibid.*, n° 2160. Voir aussi C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, § 172, n° 55 : Toutes les autres personnes, hormis le propriétaire, sont tenues de « respecter sa prétention à l'utilisation exclusive ou préférentielle de la chose ».

¹¹²⁸ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 186.

¹¹²⁹ Il ne subsiste plus entre ces deux droits que des différences techniques. La différence entre le droit réel et le droit personnel ne réside pas dans leur objet (les droits personnels étant considérés comme une manière d'exercer un pouvoir sur un bien) mais dans les caractéristiques du sujet passif, tantôt déterminé, tantôt indéterminé et universel. Voir L. RIGAUD, thèse préc., p. 3 et 4 ; F. ZENATI, thèse préc., n° 23, p. 43.

¹¹³⁰ Parmi les continuateurs des idées émises par Planiol, voir notamment : H. MICHAS (Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle, thèse Paris, 1900) ; G. RIPERT (De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, thèse Aix, 1902) ; R. QUÉRU (*Synthèse du droit réel et du droit personnel : Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, thèse Caen, 1905) ; L. PRODAN (*Essai d'une théorie générale des droits réels*, thèse Paris 1909) ; R. DEMOGUE (*Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1911) ; B. MINEI (*Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse Paris, 1912) ; R. BASQUE (*De la distinction des droits réels et des obligations*, thèse Montpellier, 1914). Voir aussi E. ROGUIN en Suisse (*La règle de droit : Étude de science juridique pure*, Paris, Pichon, 1889) ; B. WINDSCHEID en Allemagne (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt, Rütten & Koenig, 1906). Tous ces auteurs proposent de considérer le droit réel comme une obligation passive universelle : P. COSTE-FLORET, *La nature juridique de la propriété d'après le Code civil et depuis le code civil*, thèse Montpellier, 1935, p. 247.

¹¹³¹ Voir L. RIGAUD, thèse préc., p. 167 ; R. QUÉRU, thèse préc., p. 327.

principaux personalistes en plusieurs sous-groupes, caractéristiques de leurs particularités¹¹³². Le premier groupe d'auteurs, dont font partie Planiol et Roguin, rassemble les personalistes qui ont été identifiés comme étant les moins audacieux¹¹³³. Dans cette conception, s'il n'y a pas une différence d'essence entre les deux types de droits, du moins y a-t-il encore une distinction d'espèce : ainsi le droit réel ou absolu doit-il être opposé au droit personnel ou droit relatif. Un second groupe de personalistes peut être identifié autour de Michas et de Quéru. Selon eux, il serait plus scientifique et rationnel de distinguer le droit réel et le droit de créance au point de vue de l'objet de l'obligation, plutôt qu'au point de vue du nombre de sujets passifs, comme l'ont fait Planiol et Roguin¹¹³⁴. Si d'après ces auteurs, la nature d'un droit dépend de leur objet d'un point de vue strictement scientifique, ils acceptent néanmoins de se ranger à l'opinion, dominante parmi les personalistes, qui tient plutôt compte du nombre de sujets passifs pour distinguer les droits¹¹³⁵. La distinction à faire entre les deux catégories traditionnelles de droits se fait alors ténue, rendant d'autant plus envisageable une perméabilité entre ces deux catégories de droits, qui étaient auparavant hermétiquement opposées.

Demogue enfin, doit être considéré à part, puisque c'est lui qui a poussé le plus loin la critique de la distinction traditionnelle¹¹³⁶. En effet, la majorité des personalistes continue à admettre la distinction des droits réels et des droits de créance, même s'ils la cantonnent à l'existence d'une spécificité de caractère entre les deux types de droits, n'allant pas jusqu'à admettre une véritable différence de nature juridique. Or, Demogue va jusqu'à refuser toute valeur réelle à la distinction¹¹³⁷. Il n'identifie plus que des droits

¹¹³² Sur une classification des thèses des personalistes : L. RIGAUD, thèse préc., p. 173 et suiv. Voir aussi J. BONNECASE, supplément au *Traité théorique et pratique de droit civil* de Baudry-Lacantinerie, t. 5, p. 22 et suiv.

¹¹³³ L. RIGAUD, thèse préc., p. 173.

¹¹³⁴ H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, op. cit., p. 168 : « Rigoureusement, la nature d'un droit dépend exclusivement de son objet, puisque le droit consiste essentiellement en une restriction apportée à la liberté de certaines personnes au profit de certaines autres; or, la liberté apparaît sous deux formes séparées par une différence fondamentale : agir ou ne pas agir. L'action ou l'abstention imposée au sujet passif, telle est donc logiquement la base de toute classification rationnelle du droit » ; R. QUÉRU, thèse préc., p. 318.

¹¹³⁵ H. MICHAS accepte néanmoins la classification « le plus en harmonie avec les idées courantes », dans laquelle « la considération du nombre ou plutôt la détermination positive ou négative des sujets passifs prédomine sur celle de l'objet ». En effet : « D'une part [...] les droits absolus, qui comprennent un sujet passif universel, et d'autre part les droits relatifs, dont le sujet passif se compose d'un nombre déterminé de personnes » : thèse préc., p. 177. Voir aussi : R. QUÉRU, thèse préc., p. 246, selon lequel il faut et il suffit, pour caractériser le droit absolu, que le sujet passif soit universel.

¹¹³⁶ L. RIGAUD identifie un quatrième groupe de personalistes, rassemblant notamment Thon, Schlossmann, Thaller et Duguit ; la particularité de cette communauté d'auteurs étant de considérer que le droit réel n'existe pas en tant que droit subjectif : voir L. RIGAUD, thèse préc., p. 201-204.

¹¹³⁷ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1911, p. 440 : « S'il est commode pour faciliter l'apprentissage du droit de prendre la vieille classification des droits absolus et relatifs, elle n'en est pas plus exacte » et on a intérêt à l'abandonner.

à contenu variable¹¹³⁸, qui sont plus ou moins forts ou faibles¹¹³⁹. Plus rien ne s'oppose alors à une combinaison de droits qui ne sont plus considérés comme contraires.

332- Au Québec également, un certain nombre d'auteurs a été sensible à la critique personnaliste, dont on retrouve certains accents en doctrine. C'est ainsi que Mignault, expose que « [l]e droit réel a pour corrélatif une obligation générale et négative, c'est-à-dire l'obligation imposée, non pas à tel ou tel individu, mais à toute personne autre que celle investie du droit, de s'abstenir de tous actes qui pourraient entraver l'exercice »¹¹⁴⁰. De même, le professeur Rodys estime que Planiol a justement relevé que tout droit est un rapport entre les personnes, ce qu'il juge être « une vérité élémentaire, un axiome inébranlable »¹¹⁴¹.

La critique personnaliste a été majoritairement rejetée en doctrine. La distinction des droits réels et des droits personnels est donc toujours invoquée pour refuser la propriété des créances, le rejet de la critique personnaliste ayant renoué avec la condamnation de la propriété des créances.

3. Le rejet de la critique personnaliste renoue avec la condamnation de la propriété des créances

333- La théorie personnaliste a été critiquée à plusieurs niveaux et elle est aujourd'hui rejetée par la quasi-unanimité des auteurs¹¹⁴². On lui a d'abord reproché de ne pas avoir défini le droit réel avec une précision suffisante¹¹⁴³ et d'avoir eu pour effet de déformer la notion de droit réel¹¹⁴⁴. On lui a également reproché d'avoir, à tort, considéré l'obligation passive universelle comme une véritable obligation¹¹⁴⁵, alors qu'une telle obligation ne pourrait constituer à proprement parler une dette, puisqu'elle n'apparaît au passif d'aucun patrimoine. Pourtant, l'importance des sanctions attachées

¹¹³⁸ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, op. cit., p. 440 : « les droits sont tous des droits d'obligation, entre lesquels il y a des variétés [...] ».

¹¹³⁹ R. DEMOGUE, op. cit., p. 440 et suiv.

¹¹⁴⁰ P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, op. cit., t. 2, p. 390.

¹¹⁴¹ W. RODYS, op. cit., p. 67.

¹¹⁴² P. MALAURIE, *Droit civil, Les biens*, « Les cours de droit », op. cit., p. 26 ; L. JOSSERAND, op. cit., t. 1, n° 1335, selon lequel la conception d'un sujet passif universel « est franchement paradoxale et arbitraire ».

¹¹⁴³ L. RIGAUD, thèse préc., p. 225, selon lequel l'obligation passive universelle ne donne aucune idée du contenu du droit réel. Le manque de rigueur technique de l'idée d'une obligation passive universelle a été illustrée au moyen d'une formule mathématique « $1/\infty = 0$: une obligation due par tout le monde égale zéro débiteur » : P. CATALA, « L'immatériel et la propriété », loc. cit., p. 61 et 62.

¹¹⁴⁴ C. LARROUMET, *Les Biens*, op. cit., n° 14, p. 13.

¹¹⁴⁵ L. RIGAUD, thèse préc., p. 217 ; J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse Toulouse, 1952, p. 258.

à l'obligation passive universelle semble en faire une véritable obligation¹¹⁴⁶. Surtout, les classiques eux-mêmes n'ont pas nié l'existence d'une telle obligation passive universelle. Tout au plus a-t-on observé qu'elle existe dans les droits personnels tout autant que dans les droits réels, observation sur laquelle on s'est appuyé pour ne plus s'en préoccuper. Il est vrai que son existence commune à tous les droits patrimoniaux n'est pas susceptible d'en faire un critère de distinction, contrairement à ce qu'ont prétendu les personnalistes. Il n'en reste pas moins que la présence de cette obligation ne devrait pas être niée sur ce fondement¹¹⁴⁷.

334- Quelles que soient les limites de la critique personnaliste, celle-ci a donc eu le mérite de souligner que l'opposabilité à tous n'est pas l'apanage du droit réel, puisqu'elle se retrouve également dans le droit personnel¹¹⁴⁸. Depuis que l'on a découvert, avec les personnalistes, que l'opposabilité est un caractère commun aux droits réels et aux droits personnels, la distinction ne saurait reposer sur le critère d'une différence d'opposabilité. C'est face à cette impasse que les auteurs ont dû construire leurs théories pour tenter de défendre la distinction classique des droits réels et des droits personnels. Rigaud s'est ainsi posé comme l'un des plus ardents défenseurs des thèses classiques en la matière. Pour cet auteur, la conception obligationnelle du droit réel est tout à la fois incomplète (puisque elle n'exprime que l'aspect passif du droit réel) et fautive (puisque elle a confondu l'obligation de droit public qui correspond au devoir juridique, avec l'obligation proprement dite)¹¹⁴⁹. Il estime que la conception traditionnelle ne doit pas être abandonnée, le droit réel ne pouvant se réduire à un complexe d'obligations¹¹⁵⁰. Selon Rigaud, « [l']obligation passive universelle ne doit pas être niée dans l'analyse actuelle du droit réel ; elle appartient à sa sanction et à sa garantie, à son côté externe [...] mais elle ne le constitue pas, elle n'en forme pas le contenu juridique »¹¹⁵¹. D'après lui, les auteurs classiques n'ont pas ignoré l'obligation

¹¹⁴⁶ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 4, p. 6 et 7 : « On a beaucoup ergoté sur l'obligation passive universelle ; on n'a pu sérieusement en contester l'existence. Tout au plus a-t-on affecté de n'y voir qu'un simple devoir, comme si l'ampleur des sanctions dont elle est entourée n'en faisait pas une véritable obligation dans toute la force du terme ». De plus, il ne faut pas confondre l'obligation passive universelle « avec l'obligation de réparer que verra naître à sa charge quiconque y contrevient : obligation positive, patrimoniale, de la personne déterminée du contrevenant, et qui suppose l'existence préalable de l'obligation négative, non patrimoniale, dont il était tenu avec le monde entier. Celle-là ne se conçoit que comme sanction de celle-ci ».

¹¹⁴⁷ Voir aussi sur l'obligation passive universelle : n° 334, 366, 690 et suiv.

¹¹⁴⁸ Voir notamment H. CAPITANT, « Les notions fondamentales du droit privé d'après le livre de Demogue », *Rev. trim. dr. civ.* 1911.729, p. 740 ; C. LARROUMET, *Les Biens*, op. cit., n° 15, p. 13 : tous les droits, et pas seulement les droits réels, sont opposables aux tiers.

¹¹⁴⁹ L. RIGAUD, thèse préc., p. 12.

¹¹⁵⁰ L. RIGAUD, thèse préc., p. 7.

¹¹⁵¹ L. RIGAUD, thèse préc., p. 11.

négative corrélatrice au droit réel¹¹⁵², mais ils n'ont pas, à juste titre selon lui, centré sur elle la définition du droit réel.

Dabin a également tenté de montrer, qu'en dépit des critiques personalistes, les deux types de droits que sont les droits réels et les droits de créances sont réellement distincts¹¹⁵³. Pour cet auteur, s'il est vrai que les droits réels et les droits personnels sont également absolus quant à leur opposabilité à tous¹¹⁵⁴, ils se distinguent néanmoins par leur objet. Alors que le droit réel porte sur « une chose déterminée sur laquelle le titulaire a pouvoir », le droit de créance porte sur « une personne déterminée dont le créancier a le droit d'exiger quelque chose »¹¹⁵⁵. Or, d'après cet auteur, la distinction des droits subjectifs selon leur objet est « à la fois exhaustive et fondamentale »¹¹⁵⁶.

335- D'autres auteurs se sont placés sous un angle différent pour tenter de sauver la distinction attaquée. L'idée principale de Levis, dans sa thèse sur l'opposabilité du droit réel¹¹⁵⁷, est que c'est le régime de la sanction -que l'auteur désigne sous le nom d'exclusivisme¹¹⁵⁸- qui distingue le droit réel du droit personnel. La distinction entre droit réel et droit personnel s'exprimerait par deux régimes d'opposabilité différents¹¹⁵⁹ : « l'atteinte portée à un droit réel reçoit une sanction différente de celle portée au droit personnel : sanction en nature, obligatoire et inconditionnée dans le premier cas, sanction en nature facultative¹¹⁶⁰ et conditionnée dans le second »¹¹⁶¹. Les droits réels et les droits personnels obéiraient donc à deux régimes distincts d'opposabilité, dont seul le premier traduirait le principe d'exclusivisme et permettrait d'exiger l'attribution de la propriété en cas de conflit¹¹⁶². Par ailleurs, M. Levis s'oppose aux auteurs qui ont estimé que l'exclusivité, définie comme l'exclusion des autres, constitue la caractéristique dominante du droit subjectif¹¹⁶³. Selon lui, le principe d'exclusivisme diffère du régime de la responsabilité

¹¹⁵² L. RIGAUD, thèse préc., p. 151.

¹¹⁵³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 196.

¹¹⁵⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 199.

¹¹⁵⁵ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 186.

¹¹⁵⁶ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 196.

¹¹⁵⁷ M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Paris, Economica, 1989.

¹¹⁵⁸ L'auteur considère que l'exclusivisme constitue davantage que l'exclusivité, commune à tous les droits subjectifs et qui signifie seulement l'exclusion des autres : M. LEVIS, thèse préc., p. 7. Pour lui, l'exclusivisme réside dans la sanction du droit, qui pour le droit réel, est une sanction en nature, obligatoire et inconditionnée. Cette sanction se distingue de celle des droits personnels, qui se fait par le biais de la responsabilité civile.

¹¹⁵⁹ M. LEVIS, thèse préc., n° 150.

¹¹⁶⁰ Alors que dans le premier cas, le titulaire du droit réel peut exiger du magistrat une sanction en nature, dans le second ce type de sanction ne peut être que sollicité : M. LEVIS, thèse préc., n° 9.

¹¹⁶¹ M. LEVIS, thèse préc., n° 132.

¹¹⁶² M. LEVIS, thèse préc., n° 274.

¹¹⁶³ Voir : J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Introduction générale*, op. cit., n° 189, p. 140 ; ZENATI, thèse préc., n° 59.

sur trois points : la sanction, l'existence d'un préjudice et l'appréciation du comportement à l'origine du trouble¹¹⁶⁴. Enfin, cet auteur considère qu'en droit positif, le droit réel est opposable aux tiers par principe et indépendamment de la connaissance que les tiers pourraient en avoir¹¹⁶⁵. Ainsi, l'idée selon laquelle l'opposabilité du droit personnel serait proche de celle du droit réel¹¹⁶⁶ serait erronée ; il serait faux de dire¹¹⁶⁷ que la seule différence entre les deux types de droits est une dissemblance dans les modalités par lesquelles ils sont portés à la connaissance des tiers.

Pour cet auteur, quelle que soit la définition du droit réel adoptée¹¹⁶⁸, elle « contient la prohibition des atteintes à cette prérogative »¹¹⁶⁹. Au contraire, dans le droit personnel, il n'y a rien qui « à soi seul impose la sanction en nature »¹¹⁷⁰, sauf pour les obligations de ne pas faire. M. Levis propose alors une nouvelle *summa divisio*, avec d'un côté les droits réels et les obligations de ne pas faire (sanctionnés en nature) et, de l'autre, les obligations de faire (dont la sanction résulte du pouvoir souverain du juge)¹¹⁷¹. Quelle que soit la valeur de cette nouvelle classification, il est clair qu'elle ne sépare plus désormais les droits réels des droits personnels.

336- Dans la doctrine majoritaire, les idées classiques ont eu raison des critiques soulevées par les personnalistes. C'est ainsi que les ouvrages récents de droit des biens présentent toujours la distinction comme essentielle¹¹⁷², et les auteurs continuent d'opposer les droits réels et les droits personnels sous la forme d'une antithèse. Ainsi, pour Carbonnier, la différence réside à la fois dans la structure et dans l'accomplissement du droit¹¹⁷³. En premier lieu, les deux droits sont différents dans leur structure, puisque dans le droit personnel, il y a deux personnes¹¹⁷⁴, alors que dans le droit réel il n'y a qu'une personne face à une chose¹¹⁷⁵. En second lieu, s'agissant de

¹¹⁶⁴ M. LEVIS, thèse préc., n° 17.

¹¹⁶⁵ M. LEVIS, thèse préc., n° 19.

¹¹⁶⁶ S. CALASTRENG, thèse préc., p. 404-405 et 407 ; J. DERRUPPÉ, thèse préc., n° 195 ; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 33, p. 83 et 84 ; J. DUCLOS, thèse préc., n° 251, p. 286.

¹¹⁶⁷ *Contra* : J. DUCLOS, thèse préc.

¹¹⁶⁸ Qu'il s'agisse de la définition classique, laquelle définit le droit réel comme le pouvoir direct et immédiat sur une chose ; ou qu'il s'agisse de la définition personnaliste, laquelle le définit comme la prérogative faisant naître un devoir universel de respecter cette chose.

¹¹⁶⁹ M. LEVIS, thèse préc., n° 134.

¹¹⁷⁰ M. LEVIS, thèse préc., n° 134.

¹¹⁷¹ M. LEVIS, thèse préc., n° 135.

¹¹⁷² J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., n° 38, p. 67, qui présente la distinction comme formant « l'arête du droit du patrimoine ». De même : G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens*, op. cit., n° 41, p. 29 : « Traditionnelle (et souvent contestée), elle demeure essentielle (et commode) ». Voir aussi C. ATIAS, *Les biens*, op. cit., p. 53 et suiv.

¹¹⁷³ J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., n° 40, p. 70 et 71.

¹¹⁷⁴ Voir : C. ATIAS, *Les biens*, op. cit., n° 52, p. 71.

¹¹⁷⁵ C. ATIAS, *Les biens*, op. cit., n° 43, p. 56, selon lequel le droit réel est caractérisé par le fait « qu'entre le sujet et l'objet du droit, il n'y a personne », le titulaire du droit réel l'exerçant d'une manière

l'accomplissement des droits, le droit réel est doté d'une énergie beaucoup plus grande que le droit personnel, ce qui se manifeste par l'existence, à l'égard du premier et non du second, d'un droit de suite et d'un droit de préférence¹¹⁷⁶.

337- Au Québec également, les auteurs les plus récents ont pris du recul par rapport aux thèses personalistes. La doctrine québécoise actuelle, à l'instar de la doctrine française récente, considère toujours dans sa majorité, la division des droits patrimoniaux en droits réels et personnels comme une classification importante. Ainsi oppose-t-on encore le droit réel, pouvoir direct sur un bien, au droit personnel du créancier, d'exiger d'une personne l'exécution d'une prestation¹¹⁷⁷.

La distinction traditionnelle des droits réels et des droits personnels est donc toujours avancée, en France comme au Québec, pour rejeter la propriété des créances. Or, cette distinction a également eu pour effet d'évacuer la dimension réelle du droit.

B. La distinction des droits réels et des droits personnels évacue la dimension réelle du droit

338- La difficulté de concevoir la créance comme un bien est largement liée à la distinction des droits réels et des droits personnels et à son interprétation doctrinale. Si Marcade, dans son *Explication du Code Napoléon*, expliquait que les droits intéressant les choses (donc les droits patrimoniaux) sont des biens¹¹⁷⁸, la forte influence de l'approche subjectiviste dans la doctrine du XIX^e siècle, a eu des répercussions jusqu'en droit des biens. La distinction des droits réels et des droits personnels a, en effet, été interprétée au XIX^e siècle par une doctrine encore influencée par l'école du droit naturel, dont on a souligné la tendance à vouloir expliquer l'ensemble du droit en termes de droits subjectifs¹¹⁷⁹. Cela explique que les droits patrimoniaux aient davantage été considérés comme des « projections de la personne sur les biens » que

directe, sans avoir besoin de passer par aucun intermédiaire. Au contraire, le droit personnel est « le pouvoir reconnu à une personne d'exiger quelque chose d'une autre personne. Le droit personnel comporte donc trois éléments constitutifs : deux personnes (un sujet actif et un sujet passif), et un troisième terme (ce que l'un attend et ce que l'autre doit).

¹¹⁷⁶ C. ATIAS, *Les biens*, *op. cit.*, n° 43, p. 58.

¹¹⁷⁷ P.-C. LAFOND, *op. cit.*, p. 174 et 178. Dans le même sens : S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, *op. cit.*, p. 29, lequel définit le droit réel comme « le droit qu'une personne a directement sur un bien », et le droit personnel comme « le droit qu'une personne (le créancier) a d'exiger d'une autre (le débiteur) une prestation ou un service ». Voir aussi sur ce point : R.A. MACDONALD, « Reconciling the Symbols of Property : Universalities, Interests and other Heresies », *loc. cit.*, p. 767 et 768 : les droits personnels sont définis comme des « droits permettant à leur titulaire de réclamer une prestation d'une autre personne », alors que les droits réels sont analysés comme des « droits permettant à leur titulaire d'exercer une variété de prérogatives directement dans ou sur un bien corporel » (trad. libre).

¹¹⁷⁸ V. MARCADÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 392.

¹¹⁷⁹ F. ZENATI, thèse préc., n° 22, p. 40 et 41.

comme des biens¹¹⁸⁰. Les droits réels et les droits personnels ont été envisagés comme étant deux manières d'exercer un pouvoir sur un bien, soit directement avec le droit réel, soit indirectement avec le droit personnel. La créance ou droit personnel n'a donc pas été analysée comme un bien, mais comme un droit au bien (*jus ad rem*), ou un rapport entre personnes relativement à un bien. En dépit de leur différence de nature, les créances ont donc été analysées comme ayant le même genre que les droits réels, puisque comme eux, elles sont décrites comme « des droits du sujet, des pouvoirs de l'individu et *non pas comme à Rome des biens, ayant la particularité de consister en un rapport juridique* »¹¹⁸¹. Ainsi a-t-on pu voir dans la distinction des droits réels et des droits personnels telle qu'elle a été interprétée, une simple « variation technique » autour de la notion de droit subjectif¹¹⁸². En effet, dans les deux cas, le raisonnement se fait en termes de « *pouvoir de l'individu sur les choses* »¹¹⁸³, tantôt direct, tantôt indirect.

339- Les droits réels comme les droits personnels ont été analysés comme des « *droits-pouvoirs de l'individu sur les biens* », qui ont « *une intensité, une qualité variable* » selon qu'ils sont « *sur la chose* » ou « *à la chose* »¹¹⁸⁴. Comme l'écrit le professeur Zenati, « [*l]es relations des personnes intéressant les biens sont des droits de l'individu dont le plus fondamental est le droit de propriété ; les autres droits, dérivés ou non de la propriété, sont présentés de manière dégressive, en quelque sorte, parce qu'ils sont tous conçus comme des modalités du pouvoir qu'a le sujet de s'approprier les biens. Tel est le sens qu'attribue plus ou moins consciemment la doctrine à la distinction des droits réels et des droits personnels : celle-ci n'est autre que le palier principal de la hiérarchie des droits subjectifs appliqués aux choses* »¹¹⁸⁵. Le fait que la distinction des droits réels et des droits personnels ait été analysée en une distinction des droits subjectifs a donc également eu une influence sur l'objet de la propriété, les créances ayant été analysées en une catégorie de droits subjectifs plutôt qu'en des biens.

¹¹⁸⁰ C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 9, p. 7 et 8. F. ZENATI, thèse préc., n° 21, p. 38.

¹¹⁸¹ F. ZENATI, thèse préc., n° 22 p. 41.

¹¹⁸² F. ZENATI, thèse préc., n° 22 p. 41 : cette distinction « n'est pas une division des biens, une distinction entre les diverses formes d'éléments constituant un patrimoine, elle n'est qu'une variation technique d'un concept unitaire indépendant de la notion de bien : le droit subjectif ».

¹¹⁸³ F. ZENATI, thèse préc., n° 36 p. 61.

¹¹⁸⁴ F. ZENATI, thèse préc., n° 22 p. 40.

¹¹⁸⁵ F. ZENATI, thèse préc., n° 22 p. 41.

340- En plus de ces arguments liés à l'opposition de la nature juridique de la propriété et de la créance, et pour dénier tout caractère scientifique à la figure juridique de la propriété des créances, la doctrine traditionnelle s'est également appuyée sur des arguments inverses, relatifs à la similitude de leur nature juridique.

§2. L'impossibilité de la propriété des créances fondée sur la similitude de leur nature juridique combinée

341- Après avoir envisagé la question de la juxtaposition de biens posée par la propriété des créances (A), nous rendrons compte du problème de la superposition de droits qu'elle paraît entraîner (B).

A. Le problème de la juxtaposition du bien-propriété et du bien-créance dans le patrimoine du propriétaire de la créance

342- Un autre argument susceptible de rejeter la notion de propriété des créances s'appuie sur le fait qu'elle consacrerait l'existence de deux biens (le bien-propriété et le bien-créance¹¹⁸⁶) dans le patrimoine du propriétaire de la créance¹¹⁸⁷. Or, il est évident que la combinaison de ces deux biens ne va pas sans susciter l'interrogation. La question se pose de savoir ce qu'il advient du bien-propriété lorsqu'il est combiné avec le bien-créance. La difficulté est ici liée au fait que la doctrine classique contemporaine analyse le droit réel de propriété comme un bien¹¹⁸⁸. Or, une telle analyse rend la propriété des droits difficile, puisqu'il est étonnant que le propriétaire d'un droit ait deux biens dans son patrimoine, un droit de propriété et le bien sur lequel il porte¹¹⁸⁹.

343- L'analyse de la propriété en un bien est d'abord fondée sur la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet. La perception de la propriété en un bien a été accentuée par le rapprochement opéré en doctrine entre les biens et les droits. L'évolution des relations entre les notions de droit et de bien a déjà été évoquée¹¹⁹⁰. Dans la conception classique, qui était dominée par une vision subjectiviste, les droits

¹¹⁸⁶ J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., n° 50, p. 92 : « Le droit de créance en vertu duquel le créancier peut exiger du débiteur un certain bien est lui-même un bien ».

¹¹⁸⁷ Cet argument n'a pas, à notre connaissance, fait l'objet d'une évaluation par la doctrine québécoise.

¹¹⁸⁸ R. SAVATIER « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *Rev. trim. dr. civ.* 1958.1.

¹¹⁸⁹ V. MARCADÉ, op. cit., t. 2, p. 392 ; F. ZENATI, thèse préc., n° 20 et suiv., p. 37 et suiv.

¹¹⁹⁰ Voir *supra*, n° 23 et suiv.

étaient analysés comme des relations entre les personnes et les biens ; la différence était clairement établie entre les droits et leur objet¹¹⁹¹. Or, nous avons vu qu'au XX^e siècle, ces deux notions se sont confondues en une notion unique chez les auteurs, qui tendent désormais à identifier les droits aux biens¹¹⁹². De même que l'ensemble des droits patrimoniaux, le droit de propriété n'a plus été alors analysé comme un pouvoir sur les biens, mais comme un bien¹¹⁹³, ce qui rend alors difficile que le bien-propriété puisse s'exercer sur le bien-créance¹¹⁹⁴.

À côté des réticences suscitées par la double qualité de bien de la propriété et de la créance, la doctrine a également fait état, à l'encontre de la propriété des créances, de la double qualité de droit de ses composantes.

B. Le problème de la superposition du droit de propriété au droit de créance

344- La question du chevauchement de droits de nature opposée n'est pas propre à la propriété des créances. Savoir si un droit réel peut porter sur un droit personnel est lié à la question, plus vaste, de décider si un droit peut porter sur un autre droit¹¹⁹⁵. Plusieurs hypothèses peuvent être distinguées. Tout d'abord, la figure juridique d'un droit réel portant sur un droit de propriété pose moins de problèmes théoriques, dans la mesure où la traditionnelle théorie de l'incorporation de la propriété

¹¹⁹¹ C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, p. 8 : alors que les personnes exercent leur droits sur des biens, les biens sont « *les objets des droits civils* [...] sous le rapport de l'utilité qu'ils offrent à la personne qui a des droits à exercer sur eux ». H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3^e éd., Paris, A. Pédone, 1912, p. 218, note 3 : « Il ne faut pas dire [...] que les biens sont les droits que nous pouvons avoir sur les choses, car c'est confondre deux notions distinctes ».

¹¹⁹² Voir sur ce point : H. BATIFFOL « Problèmes contemporains de la notion de bien », *A.P.D.* 1979.10, p. 15.

¹¹⁹³ C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, t. 4, par P. VOIRIN, n° 11, p. 10 et 11.

¹¹⁹⁴ F. ZENATI, thèse préc., n° 29, p. 52 : « En réalité, la propriété reste toujours un pouvoir du sujet, mais ce pouvoir, comme tous les autres pouvoirs sur les choses, droits réels comme personnels [...] est dorénavant considéré de manière objective comme une chose : le droit subjectif patrimonial et le droit de propriété qui en est le prototype se sont 'réifiés' ».

¹¹⁹⁵ D.A. IMBROANE, *Nature juridique du gage des créances*, thèse Paris, 1939, p. 24 : « Cette théorie prétend que le droit en tant que tel serait susceptible de faire l'objet d'un autre droit, réel celui-ci ; que dans des constructions comme celle du gage des droits (« Plandrecht an Rechten ») ou celle de l'usufruit des droits (« Niessbrauch an Rechten ») le droit réel supérieur porterait directement et immédiatement sur le droit inférieur, réel ou personnel, considéré indépendamment de son objet matériel ». Voir aussi : J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique de droit civil* de Baudry Lacantinerie, t. 5, *op. cit.*, n° 79 ; S. QUINCARLET, *La notion de gage en droit privé français*, thèse Bordeaux 1937, p. 383 ; P. RAYNAUD, « Le contrat de location d'un fonds de commerce » *Rev.crit.* 1936.546, p. 552 ; P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.* 1905.443, p. 450 ; A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », *Rev. trim. dr. civ.* 1957.1 ; R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.615 ; A. LAINÉ, *De l'usufruit des valeurs mobilières*, thèse Paris, 1912 ; J. COCARD, *L'usufruit des actions et des obligations*, thèse Caen, 1938, notamment p. 2-6.

dans son objet corporel¹¹⁹⁶, conduit à assimiler cette situation à celle où un droit réel porte directement sur une chose¹¹⁹⁷. Mais la situation est différente lorsqu'un droit réel porte sur un droit réel autre que la propriété, ou lorsqu'un droit réel porte sur un droit personnel. En effet, dans ces deux cas, la théorie de l'incorporation ne peut jouer, ce qui laisse place aux hypothèses controversées de droit sur un autre droit.

345- La représentation d'un droit portant sur un autre droit se heurte aux constructions classiques qui sont à la base du droit des biens et, malgré les efforts des auteurs, la théorie traditionnelle n'est jamais parvenue à expliquer le phénomène de « droit sur droit »¹¹⁹⁸. La doctrine juge généralement impossible de considérer le droit réel et le droit personnel « *comme pouvant avoir entre (eux) un rapport étroit qui unit un droit à son objet* »¹¹⁹⁹. C'est la philosophie subjectiviste, sous-jacente chez la majorité des auteurs classiques du XX^e siècle, qui a conduit à considérer que le droit, lien entre les choses et les personnes, ne peut être en même temps l'objet de droits¹²⁰⁰. D'après l'analyse traditionnelle, la notion de droit sur droit est impossible, car le *droit n'est pas analysé comme une chose incorporelle, mais comme un pouvoir de la personne*. Or, l'existence d'un double pouvoir, de deux personnes différentes sur une même chose, paraît absurde en raison de l'étroitesse du lien existant entre une personne et sa chose¹²⁰¹. Ainsi, selon Dabin, « [I]ogiquement, la notion de droit sur un droit paraît contradictoire : de quelque droit qu'il s'agisse et de quelque façon qu'on définisse le droit subjectif, celui-ci est nécessairement propre à son titulaire, et cette qualité de « propre » ne saurait être elle-même [...] l'objet de la « propriété » d'une autre personne ». Pour cet auteur, toutes les choses, corporelles ou incorporelles, susceptibles d'utilisation privative, peuvent faire l'objet de droits, « *à l'exception précisément des droits, dont la seule signification est de marquer le caractère privatif, exclusif et souverain de l'utilisation des choses* »¹²⁰².

¹¹⁹⁶ Voir *supra*, n°37 et suiv.

¹¹⁹⁷ Voir : F. ZENATI, thèse préc., n° 36 p. 62 et 63. Sur la critique de cette théorie : n° 103 et suiv. et J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE, t. 5, 1930, n° 70 et suiv. ; E. ROGUIN, *Science juridique pure*, t. 3, Paris, 1923, n° 1088 ; P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.* 1905.443, p. 450.

¹¹⁹⁸ Voir notamment : M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, t. 3, n° 758, p. 755 : « Dire que l'usufruit s'étend à tous les biens incorporels, c'est reconnaître qu'un droit réel puisse exister sur eux. C'est mieux, car l'usufruit est considéré comme un démembrement de la propriété ; c'est reconnaître que la propriété d'un bien incorporel peut être démembrée, alors qu'on affirme qu'un tel bien n'est pas susceptible de propriété ». Dans le même sens H. CAPITANT, « Les notions fondamentales du droit privé », *Rev. trim. dr. civ.* 1991.729, p. 739.

¹¹⁹⁹ S. QUINCARLET, *op. cit.*, p. 412 et 110 et suiv.

¹²⁰⁰ Voir sur ce point F. ZENATI, thèse préc., n° 36 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 31.

¹²⁰¹ F. ZENATI, thèse préc., n° 36.

¹²⁰² J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 195.

Avec la propriété des créances, l'usufruit des créances ou encore le gage sur créances, la doctrine dénonce la figure juridique monstrueuse d'un droit réel chevauchant un droit personnel¹²⁰³. Demogue s'étonnait déjà du phénomène en ces termes : « [i]l est bizarre déjà de voir un droit personnel avoir pour sanction un droit réel [...]. Mais ici c'est la créance, c'est le droit personnel qui devient l'objet du droit réel. *Ce n'est plus le droit personnel qui chevauche sur un droit réel, ce qui se conçoit, le droit plus fort pouvant supporter un droit plus faible ; c'est tout le contraire. C'est le faible qui supporte le fort, « le cheval qui a pris la place du cavalier ! »*. Plusieurs auteurs se sont émus de la « monstruosité » d'une figure juridique visant à créer un droit réel sur la base d'un rapport personnel¹²⁰⁴.

346- La remise en cause des conceptions classiques était telle que l'on a tenté de modifier la nature juridique du droit d'usufruit ou du gage portant sur une créance. Ne voulant pas admettre que le droit réel avait dans ces hypothèses un objet incorporel, qui plus est, personnel et que ces hypothèses pourraient conduire à la reconnaissance de la propriété des créances par application de la théorie du démembrement¹²⁰⁵, il a été soutenu par la doctrine, tant française que québécoise, que l'usufruit des créances n'est pas un droit réel¹²⁰⁶. On considère que, dans la figure juridique de l'usufruit des créances, l'usufruit ne porterait pas sur une créance, mais serait un démembrement ou une partie du droit de créance¹²⁰⁷. Le raisonnement consiste donc à dire que l'usufruit des créances doit s'analyser en une cession partielle de la créance, l'usufruit étant décrit

¹²⁰³ Voir sur ce point L. RIGAUD, thèse préc., p. 141.

¹²⁰⁴ R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.615, n° 3, p. 616.

¹²⁰⁵ Si l'usufruit, démembrement du droit de propriété, peut porter sur une créance, pourquoi en irait-il autrement du droit de propriété dans son entier ?

¹²⁰⁶ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil, op. cit.*, t. 2, n° 2941, p. 1025 ; F. ZENATI, thèse préc., n° 4 ; R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *loc. cit.*, p. 332 et 333 ; E. ROGUIN, *Science juridique pure*, t. 1, n° 297, p. 438 ; J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, Dalloz, 1951, n° 259. En ce sens en droit québécois : P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 542 ; A. MONTETIT et G. TAILLEFER, *op. cit.*, t. 3, p. 222 ; M. CANTIN CUMYN, « De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation », *loc. cit.*, p. 40, selon laquelle l'usufruit d'une créance ne constitue pas un véritable droit réel, mais un droit personnel. L'absence de matérialité du bien empêche l'usufruitier de prétendre à un droit direct sur la chose ; et du même auteur : *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1980, n° 73, p. 52 : « L'usufruit, droit réel, porte sur une chose. L'usufruit peut également avoir pour objet un droit de créance. Il se transforme alors en droit personnel ».

¹²⁰⁷ M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit.* 1931.539, p. 586 et 587 ; J. DERRUPPÉ, thèse préc., n° 259 ; S. QUINCARLET, thèse préc., p. 410, y voit « soit (une) aliénation temporaire, soit (un) démembrement d'un droit ». Ainsi, dans le gage ou l'usufruit des créances, « le créancier [...] transfère [...] à son propre créancier soit le droit d'obtenir certaines prestations telles que les intérêts de la créance, soit le droit de s'approprier la valeur de la créance ou plus exactement de la prestation qui en fait l'objet en réalisant cette valeur par une aliénation qui lui permettra d'en toucher le prix » (*op. cit.*, p. 410).

comme « la jouissance pour le titulaire de certaines des utilisations de la créance »¹²⁰⁸. Selon Derruppé, « *il ne saurait y avoir de droit réel sur un droit de créance ; en toute hypothèse, ce sont les prérogatives des créanciers qui en totalité ou en partie sont accordées à un autre individu ; il y a transfert du droit ou de partie du droit, mais sa nature ne change pas ; il s'agit toujours du pouvoir d'exiger d'une personne certaines prestations* »¹²⁰⁹. Selon un raisonnement similaire, on a estimé que le gage de créances entraînerait une « décomposition de ce droit », qui ne serait plus réel¹²¹⁰.

347- De plus, la théorie du démembrement, traditionnelle en doctrine depuis Pothier¹²¹¹, va à l'encontre de l'idée de la propriété d'un droit. Selon cette théorie, tous les droits réels sont issus de la propriété, autrement dit, constituent des démembrements de la propriété¹²¹². Les droits réels autres que le droit de propriété « ne comportent qu'une fraction, qu'une partie des diverses facultés, dont le faisceau constitue le droit de propriété »¹²¹³. Ainsi distingue-t-on un « droit total de propriété » et des « droits partiels démembrés du droit de propriété »¹²¹⁴. Tout droit réel est considéré comme une partie de la propriété, comme une « petite propriété »¹²¹⁵. Cette théorie, qui constitue l'un des principaux fondements de l'analyse de la propriété en un droit réel¹²¹⁶, a eu des répercussions sur l'objet de la propriété. La propriété s'y situe au même niveau que les droits, ce qui rend à tout le moins inélégante, l'idée d'une propriété portant sur des droits.

Enfin, l'idée selon laquelle la propriété se confond avec son objet corporel est également à l'origine du rejet de la notion de propriété d'un droit puisque, selon cette théorie, la propriété est identifiée à la chose corporelle sur laquelle elle porte. Cette théorie conduit également à rendre inutile la propriété des créances¹²¹⁷. En effet, le « propriétaire d'une créance n'est pas plus avancé qu'un créancier, le droit qu'il a relativement à une chose n'est pas plus direct, n'en devient pas réel pour autant »¹²¹⁸.

La portée de ces arguments, présentés pour réfuter la propriété des créances, doit à présent être évaluée.

¹²⁰⁸ E. ROGUIN, *Science juridique pure*, t. 1, n° 297, p. 438, et n° 250, p. 373.

¹²⁰⁹ J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, n° 259.

¹²¹⁰ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire*, *op. cit.*, t. 1, n° 107.

¹²¹¹ R.J. POTHIER, *op. cit.*, t. 9, p. 2.

¹²¹² R.J. POTHIER, *op. cit.*, t. 9, p. 2.

¹²¹³ A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, t. 1, p. 709.

¹²¹⁴ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 333.

¹²¹⁵ P. MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit*, thèse Dijon, 1933, p. 197.

¹²¹⁶ F. ZENATI, thèse préc., n° 48.

¹²¹⁷ F. ZENATI, thèse préc., n° 49.

¹²¹⁸ F. ZENATI, thèse préc., n° 49.

SECTION II

LA RÉFUTATION DES OBJECTIONS À LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

348- Pour nier la possibilité d'une propriété des créances, la doctrine, tant française que québécoise, a donc avancé, en sus des arguments relatifs au caractère exclusivement corporel de l'objet de la propriété authentique, des objections liées à la nature juridique de la propriété et de la créance. Après avoir souligné les limites de la distinction entre droits réels et droits personnels, distinction traditionnellement avancée pour rejeter la propriété des créances (§1), on s'interrogera sur la compatibilité de la propriété et de la créance (§2).

§1. Les limites de la distinction des droits réels et des droits personnels

349- La distinction des droits patrimoniaux en droits réels et en droits personnels est traditionnellement présentée comme tellement nécessaire et universelle, qu'elle aurait de tout temps existé. Or, plusieurs travaux ont montré qu'il s'agit en réalité d'une distinction moderne, dont les anciens ont fort bien pu se passer. En dehors de la contingence de la distinction (A), la classification traditionnelle est de plus en plus remise en cause dans le droit contemporain, ce qui conduit la doctrine à la relativiser¹²¹⁹. La propriété portant sur une créance apparaît alors comme l'un des aspects de la défaillance générale de la distinction entre droits réels et droits personnels (B).

A. La contingence de la distinction

350- La distinction des droits réels et des droits personnels est souvent présentée comme étant essentielle aux systèmes civilistes, tant en droit français qu'en droit québécois. L'histoire permet toutefois de relativiser cette idée puisque, si l'on a

¹²¹⁹ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, op. cit., n° 366, p. 101. Sur un plan théorique, les différences relevées par les classiques entre les droits réels et les droits de créances apparaissent comme étant « souvent plus apparentes que réelles » : J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créances*, Paris, 1951, p. 200. Aubry et Rau notaient déjà qu'« Il ne convient pas de faire entre le droit réel et le droit de créance une opposition aussi entière qu'on l'a fait souvent » et que « Le droit réel et le droit personnel ne sont pas aussi différents qu'on les a parfois présentés » : C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, op. cit., t. 2, § 172, n° 58, p. 89-91.

longtemps cru découvrir dans le droit romain l'origine de la distinction des droits réels et des droits personnels, il semble en réalité qu'elle n'avait pas sa place dans ce droit.

Nous tenterons de montrer ici que la distinction des droits réels et des droits personnels, loin d'être la distinction universelle et incontournable qu'on y voit souvent, était absente en droit romain (1), et qu'elle est, en réalité, relativement moderne (2).

1. L'absence de la distinction des droits réels et des droits personnels en droit romain

351- Il est souvent admis que la distinction des droits réels et des droits personnels était présente dès le droit romain¹²²⁰. Pour y découvrir l'existence de la distinction, les interprètes de ce droit se sont principalement appuyés sur la classification romaine des actions *in rem* et *in personam*¹²²¹. Sur un plan terminologique, le droit réel a été identifié dans l'expression romaine *jus in re*¹²²² et le droit personnel dans celle de *jus in personam*. La question terminologique réglée, les auteurs ont transposé les idées modernes en la matière. Ils ont estimé qu'en droit romain, de même qu'aujourd'hui, le droit réel était un droit direct et immédiat sur une chose¹²²³, alors que le droit personnel était un droit s'exerçant sur la personne du débiteur et ayant pour effet de l'obliger à donner ou à faire quelque chose¹²²⁴. L'existence de cette distinction posée, les auteurs n'ont eu alors qu'à l'appliquer à la propriété et à la créance.

Conformément à l'analyse actuelle de la nature juridique de la propriété, celle-ci a été décrite comme constituant le prototype du droit réel en droit romain¹²²⁵. Pour ce qui est de la créance, elle a pour sa part été définie comme constitutive d'un droit personnel. Pour qualifier l'obligation de droit personnel, les romanistes se sont d'abord

¹²²⁰ P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *op. cit.* t. 2, p. 34 ; A. PIRET, thèse préc., p. 24 ; J.-P. LÉVY, *op. cit.*, p. 12 ; P. BONFANTE, *Histoire du droit romain, op. cit.*, t. 1, p. 219 ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, t. 2, *op. cit.*, p. 1 ; R. BASQUE, *De la distinction des droits réels et des obligations*, thèse Montpellier 1914, p. 43.

¹²²¹ C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, § 172, n° 54, p. 85 : transposant en une distinction des droits la distinction romaine des actions *in rem* et *actions in personam*, la doctrine française distingue les droits réels et les droits personnels. Sur la distinction romaine, voir : JUSTINIEN, *Inst.*, §1, *De action.* ; GAIUS, IV, §1.

¹²²² C'est le cas de la majorité des auteurs jusqu'au milieu du XIX^e siècle, Pothier compris. Voir également P.-F. GIRARD, *Manuel, op. cit.*, p. 274 : « Les droits réels existent directement au profit d'une personne sur une chose : c'est pour cela qu'on les appelle *jura in re* » ; J. GAUDEMET, *Cours de droit romain, op. cit.*, p. 744.

¹²²³ C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, § 172, n° 54, p. 85 et 86 ; J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 744 ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, t. 2, *op. cit.*, p. 1.

¹²²⁴ Voir notamment : G. HUBRECHT, *op. cit.*, p. 1 ; C. DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain*, t. 2, 3^e éd., Paris, Marescq, 1876, p. 164.

¹²²⁵ C. DEMANGEAT, *op. cit.*, p. 164.

appuyés sur la définition de l'obligation issue des *Institutes* de Justinien¹²²⁶, qui la définissent comme un lien de droit. Ils ont déduit de la définition de l'obligation comme un lien, qu'elle ne pouvait changer de titulaire. En effet, a-t-on estimé, l'obligation romaine ne saurait subsister entre des personnes n'ayant pas été parties à sa formation, puisque la modification de l'une des parties entraînerait la modification de la relation personnelle et donc du droit même¹²²⁷. Au contraire, la propriété romaine s'aliénait facilement, puisque sa nature de droit exclusif et absolu faisait qu'elle ne se modifiait pas en changeant de titulaire¹²²⁸. Ainsi, l'obligation, droit personnel, aurait-elle été nettement opposée au droit réel¹²²⁹ et donc à la propriété¹²³⁰.

352- Pour dire que le droit romain opposait l'obligation aux droits réels, les romanistes se sont également appuyés sur la définition de l'obligation donnée par Paul au Digeste¹²³¹. D'après cette définition, ce qui fait la substance des obligations, ce n'est pas la propriété d'une chose corporelle ou d'une servitude, mais le fait qu'un débiteur soit astreint à fournir une prestation¹²³². Une telle définition est considérée comme opposant la propriété à l'obligation, et donc comme condamnant la figure juridique de la propriété des créances. Il faut cependant observer que la définition de l'obligation donnée par le jurisconsulte Paul ne peut condamner la figure juridique de la propriété des créances, sous le prétexte que cette définition oppose propriété et obligation : reconnaître la propriété des créances ne doit pas conduire à assimiler les deux concepts¹²³³. Le fait que le bien-créance puisse être l'*objet* de la propriété ne remet pas en cause le fait qu'il s'agit effectivement de deux notions distinctes.

353- Plusieurs recherches ont pourtant montré que la distinction des droits réels et des droits personnels n'existait pas en droit romain¹²³⁴, les notions de droit réel

¹²²⁶ JUSTINIEN, *Inst.*, III, 13 pr. : « *obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura* » (l'obligation est un lien de droit par lequel nous sommes astreints à la nécessité de payer quelque chose, conformément au droit de notre cité).

¹²²⁷ L'impossibilité toucherait non seulement l'hypothèse d'un changement de débiteur, mais également celle d'un changement de créancier, et cela y compris en cas d'accord entre les deux parties. Un tel accord ne saurait en effet empêcher la création d'une obligation nouvelle : GAIUS, II, § 38.

¹²²⁸ Voir : C. ACCARIAS, *op. cit.*, t. 1, p. 183

¹²²⁹ J. MACQUERON, *Histoire des obligations, op. cit.*, p. 2.

¹²³⁰ Voir cependant sur les prémisses d'une conception patrimoniale de l'obligation : *supra*, n° 116 et suiv.

¹²³¹ D. Paul, 44, 7, 3, pr. : « *Obligationum substantia non in ea consistit ut aliquod corpus obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* ».

¹²³² Traduction par M. VILLEY, « Métamorphoses de l'obligation », dans *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 206.

¹²³³ Sur cette confusion, voir C. ACCARIAS, *op. cit.*, t. 1, p. 491 : on ne peut qualifier le créancier de propriétaire de la créance, car le droit de créance diffère essentiellement du droit de propriété.

¹²³⁴ J.-L.-E. ORTOLAN, *Généralisation du droit romain, op. cit.*, p. 490 : « la division des droits réels et personnels n'a pas été formulée par la jurisprudence romaine, mais a été déduite du droit romain » ; P.

et de droit personnel, qui supposent connue la notion de droit subjectif, étant des notions récentes¹²³⁵. Si la distinction entre l'*actio in personam* et l'*actio in rem* existait sans conteste dans le *Corpus juris*¹²³⁶, la distinction entre les *jura in re* et les *jura in personam* n'y apparaissait pas¹²³⁷. En d'autres termes, ce qui était une distinction entre les actions ne s'est jamais étendu en droit romain à une distinction entre les droits.

354- Pour se convaincre du fait que la distinction entre les droits réels et les droits personnels n'avait pas sa place en droit romain, il est important de signaler que la notion de droit subjectif, ou de droit attribut de la personne, était ignorée à l'époque. Les travaux de Michel Villey ont clairement exposé que le terme *jus* ne correspondait pas à la notion actuelle de droit subjectif¹²³⁸. À Rome, la science juridique n'était pas axée comme aujourd'hui sur l'individu, mais sur les choses qui étaient susceptibles d'être partagées entre les membres du corps social¹²³⁹. La notion même de droit subjectif était en totale opposition avec la philosophie grecque, qui a sans nul doute influencé le droit romain¹²⁴⁰. La vision cosmogonique qui ressort des écrits de Platon aussi bien que de ceux d'Aristote, reflète la croyance des anciens en un ordre du *cosmos*, ordre naturel qui rejaillissait en quelque sorte sur le droit, qui existait objectivement. Dans une telle conception du monde, il est peu étonnant que les jurisconsultes romains ne se soient guère souciés de l'intérêt des particuliers¹²⁴¹.

MASSON, thèse préc., p. VI ; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 466 p. 364 : « le droit romain n'avait pas même formulé scientifiquement cette classification, ou du moins ce n'était qu'aux actions qu'il appliquait la division, qui a été depuis appliquée aux droits eux-mêmes » ; R. BASQUE, *De la distinction des droits réels et des obligations*, thèse Montpellier 1914 : « il n'y a pas eu à Rome de distinction expresse des droits réels et des obligations » ; R. QUÉRU, thèse préc., p. 49 : « Les Romains n'ont jamais connu quant au fond ni quant à la forme notre distinction dualiste du droit réel et du droit personnel [...] », et p. 88 : « La distinction tranchée des droits réels et des droits personnels, que l'on prétend fondamentale en droit moderne, n'a pas de sens en droit romain ». H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, *op. cit.*, p. 33 : « il n'y avait dans la législation, même celle de Justinien, aucune opposition systématique entre ces deux éléments du patrimoine ».

¹²³⁵ M. VILLEY, « Les origines de la notion de droit subjectif », *loc. cit.*, p. 249.

¹²³⁶ JUSTINIEN, *Inst.*, §1, *De action.* ; GAIUS, IV, §1.

¹²³⁷ E.M. MEIJERS, « Le soi-disant *jus ad rem* », dans *Études d'histoire du droit*, t. 4, *Le droit romain au Moyen-Âge*, Leyde, Universitaire pers Leiden, 1966, p. 176. Selon cet auteur, ce sont les glossateurs qui ont en réalité souligné la distinction entre le droit réel et le droit personnel, *loc. cit.*, p. 176.

¹²³⁸ Avant ces travaux, cette idée était également présente chez E. VERMOND, *op. cit.*, spéc. p. 60 : « Cette prérogative que nous regardons aujourd'hui comme un droit qui existe sur une chose ou à l'encontre d'une personne était regardée par les Romains comme la chose même qui appartenait à celui qui pouvait s'en prévaloir ». Voir aussi : P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 283 : « les Romains n'ont pas eu une conscience claire de ce que nous appelons le droit subjectif » ; Voir aussi p. 7 : en droit romain, ce sont les actions en justice qui constituent la base du droit, et non les droits ; p. 8 : l'« idée des droits subjectifs envisagés comme des prérogatives pour les individus » est relativement moderne et apparaît véritablement à la Renaissance.

¹²³⁹ M. VILLEY, « Notes sur le concept de propriété », *loc. cit.*, p. 194.

¹²⁴⁰ M. VILLEY, « Les origines de la notion de droit subjectif », *loc. cit.*, p. 264.

¹²⁴¹ M. VILLEY, « Les origines de la notion de droit subjectif », *loc. cit.*, p. 267. Il est remarquable que les plans des grands ouvrages du droit romain, qu'il s'agisse des *Institutes* de Gaius ou de Justinien, présentent de manière objective le célèbre triptyque « personnes-choses-actions ». Rien ne rappelle ici

355- Afin de cerner le véritable sens du terme *jus* en droit romain, il faut s'extraire de notre mode de pensée moderne et ne prendre en compte que le seul système romain tel qu'il existait alors. Des études ont clairement montré que le mot *jus*, employé à titre principal ne faisait pas référence à un attribut du sujet ou un pouvoir de l'individu¹²⁴². Il désignait plutôt « une chose incorporelle, purement juridique », c'est-à-dire une chose immatérielle, résultant d'une création des juristes et opposée aux choses corporelles¹²⁴³. Dans les textes classiques, le mot *jus* était souvent employé en opposition à *corpus* ou *res corporalis*¹²⁴⁴ et il existait de nombreux *jura* dans le Digeste, qui ne pouvaient être considérés comme des droits subjectifs¹²⁴⁵. Enfin, il faut remarquer que la distinction entre les *res corporales* et les *res incorporales* rend également bien compte de cette logique romaine d'où le droit subjectif était absent. En effet, en droit romain, « avoir des biens, ce n'est pas avoir des droits, mais avoir des choses, sans qu'apparaisse en une quelconque manière entre la personne et la chose la médiation du droit-pouvoir du sujet »¹²⁴⁶.

356- La meilleure preuve de ce que la notion de droit subjectif n'existait pas en droit romain, est que les deux droits subjectifs les plus importants, à savoir le droit de créance et le droit de propriété, n'étaient pas considérés comme des *jura*¹²⁴⁷. Il est vrai que Gaius parle de *jus obligationis* dans ses *Institutes*¹²⁴⁸. Mais, le *jus* renvoie ici au lien d'obligation, au *vinculum* et non au droit du créancier¹²⁴⁹ ; il ne désigne pas le droit à l'obligation ou à la prestation convenue, mais la chose objective qui constitue un bien,

une description des sujets de droit et des droits dont ils seraient titulaires : le point de vue de l'individu n'est pas présent dans ces ouvrages.

¹²⁴² F. ZENATI, thèse préc., n° 154, p. 213.

¹²⁴³ ¹²⁴³ M. VILLEY, « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », *loc. cit.*, p. 426 ; M. VILLEY, « Le *jus in re* », *loc. cit.*, p. 194 : « Mes recherches ont porté sur le sens du mot *jus*, qui pour moi ne signifie pas droit subjectif, mais chose incorporelle, comme dans le livre II des *Institutes* de Gaius ». F. ZENATI, thèse préc., n° 155, p. 214 : « Le *jus* est une chose et donc un objet de propriété tout autant que les corps, et non une relation unissant les personnes entre elles ou aux choses ».

¹²⁴⁴ Ainsi, la *vindicatio* pouvait-elle porter sur une *res corporalis* ou sur un *jus* : GAIUS, IV, 3 ; ULPIN F. V. 92 « *Sicut corpora vindicanti ita et jus* ». On trouve également des textes qui comprennent dans le patrimoine tant les *corpora* que les *jura* : HERMOGÉNIEN, 50, 16, 222 ; ULPIN, 5, 3, 18, 2.

¹²⁴⁵ C'est ainsi que le *jus utendi fruendi* n'est pas le droit pour le propriétaire d'user et de tirer les fruits de sa chose, puisque le propriétaire n'avait pas un tel droit à Rome. L'expression désignait alors une espèce de servitude personnelle au bénéfice de l'usufruitier : M. VILLEY, « Du sens de l'expression *jus in re* [...] », *loc. cit.*, p. 427.

¹²⁴⁶ F. ZENATI, *op. cit.*, p. 215. Le professeur Zenati note ici la ressemblance avec le droit anglais, qui n'a pas connu d'influence romaniste, ce qui serait propre à expliquer l'absence d'utilisation du concept de droit subjectif en droit des biens anglais : *op. cit.*, p. 215, note 80.

¹²⁴⁷ M. VILLEY, « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », *loc. cit.*, p. 426.

¹²⁴⁸ *Institutes*, II, 14.

¹²⁴⁹ M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *R.H.D.* 1946-47. 201, p. 216 ; M. VILLEY, « Du sens de l'expression *jus in re* [...] », *loc. cit.*, p. 422.

une valeur à l'égard du créancier¹²⁵⁰. Gaius, dans son livre III ne traite nullement d'un droit subjectif de créance, mais il considère au contraire l'obligation dans son sens objectif, en envisageant notamment comment elle naît, meurt et se transforme¹²⁵¹. De même, en ce qui concerne le *dominium*, celui-ci ne constituait pas non plus un droit, mais ne faisait que produire une situation juridique objective¹²⁵².

Enfin, on ne trouvait pas davantage en droit romain la notion de droit réel que celle de droit subjectif. Plusieurs travaux ont montré que les juristes romains ne connaissaient pas la notion de droit réel¹²⁵³. L'expression *jus in re*, qui existait en droit romain classique¹²⁵⁴, ne peut être l'équivalent de notre droit réel moderne¹²⁵⁵. Aucun texte romain ne qualifiait d'ailleurs la propriété de « *jus in re* », l'expression n'étant employée que pour l'usufruit¹²⁵⁶, le gage¹²⁵⁷ ou la superficie, mais jamais pour la

¹²⁵⁰ De même, l'expression *jus creditoris* désigne la condition juridique du créancier : G. PIÉRI, « Obligation », *A.P.D.* 1980.221, p. 227.

¹²⁵¹ M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif », *loc. cit.* p. 216.

¹²⁵² Si à l'époque classique, l'expression *jus domini* apparaît dans quelques textes (R. MONIER, *Cours de droit romain approfondi, op. cit.*, p. 76), on ne saurait pour autant en conclure que le *dominium* était analysé en un droit. En effet, ce que cette expression voulait dire, c'est que le *dominium* produisait une certaine condition juridique (*jus*) dans la personne du *dominus* (*jus domini*) ou de la chose appropriée : M. VILLEY, « Du sens de l'expression *jus in re* [...] », *loc. cit.*, p. 423. Ainsi, la *vindicatio* (C. III. 44, 4.), ou les actions noxales (D. 9, 4, 42, 2.), sont intentées *jure domini*, c'est-à-dire en raison de la propriété, grâce à la situation juridique conférée par la propriété. Doit s'interpréter dans le même sens l'expression *jure domini possidere* que l'on trouve notamment dans des fragments de Paul (D. 36, 1, 61, pr) ; en effet, posséder *jure domini* signifie posséder à titre de propriétaire, avec la condition juridique découlant du fait qu'on est propriétaire.

¹²⁵³ M. VILLEY, « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », *R.I.D.A.*, 1949, p. 418 ; « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », dans *Conférences faites à l'Institut de Droit romain en 1947*, Publications de l'Institut de droit romain de l'Université Paris VI, Paris, Sirey, 1950, p. 187-209. Voir aussi C. MAYNZ, *Cours de droit romain, op. cit.*, t. 1, p. 382, qui note que les Romains n'avaient pas de nom générique pour désigner ce que nous appelons les droits réels ; E. VERMOND, *op. cit.*, p. 53 ; R. QUÉRU, thèse préc., p. 6 : la notion de droit réel était inconnue du droit romain ; il ne faut pas en effet confondre l'*actio in rem* avec le droit réel ; R. BASQUE, *De la distinction des droits réels et des obligations*, thèse préc., p. 15.

¹²⁵⁴ D. 39, 2, 19.

¹²⁵⁵ M. VILLEY, « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », *loc. cit.*, p. 417-436 et « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », *loc. cit.*, p. 193. Selon le romaniste ORTOLAN, les expressions *jus in re* et *jus ad rem* désignaient indifféremment les droits réels ou les obligations : *op. cit.*, n° 195.

¹²⁵⁶ GAIUS, D. 9, 4, 30 et 39, 2, 19.

¹²⁵⁷ C. 8, 3, 12, pr.

propriété¹²⁵⁸. On a même souligné que Gaius opposait expressément la situation de *dominus* à celle de la personne qui a un *jus in re*¹²⁵⁹.

357- Au vu de ces éléments, il paraît donc légitime de conclure que la distinction des droits réels et des droits personnels était inconnue des Romains, qui non seulement ne connaissaient pas la notion de droit subjectif, mais qui, de plus, n'ont jamais analysé ni la propriété comme un droit réel, ni l'obligation comme un droit personnel¹²⁶⁰. Il reste donc à déterminer l'époque à laquelle la distinction est apparue.

2. L'origine moderne de la distinction des droits réels et des droits personnels

358- La distinction des droits réels et des droits personnels est liée à l'apparition de la notion de droit subjectif, qui a été progressivement dégagée par les glossateurs¹²⁶¹ et les post-glossateurs¹²⁶², puis qui a pris son ampleur au XVI^e siècle, sous l'influence philosophique de l'école du droit naturel¹²⁶³. En analysant le *dominium* en un *jus in re*, les glossateurs ont fait un premier pas vers l'affirmation de la distinction¹²⁶⁴. Ils n'ont cependant jamais été jusqu'à distinguer d'une façon rationnelle les droits en réels et personnels, pour la raison simple qu'ils n'ont pas identifié la catégorie du droit personnel dans l'obligation. En effet, ils considéraient l'*obligatio*

¹²⁵⁸ M. VILLEY, « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », *loc. cit.*, p. 193, selon lequel « il n'existe aucun texte classique qualifiant le *dominium* de *jus in re* ». Dans le même sens : P. MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les Romanistes du Moyen-Âge et dans le droit français*, thèse Dijon, 1933, p. 6 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, *op. cit.*, t. 3, note 2, p. 41 : « Le mot droit réel est de formation relativement récente. L'adjectif *realis* n'existe pas dans la latinité classique. Bien plus : les anciens n'ont jamais eu d'expression générale pour l'ensemble des droits que nous nommons réels ; ils appelaient chaque catégorie de son nom particulier : *dominium*, *usufructus*, *servitutes* etc. Le mot « réel » a été [...] employé par les commentateurs pour traduire la formule *actio in rem* [...]. Des actions, il a été ensuite étendu aux droits eux-mêmes ».

¹²⁵⁹ GAIUS, D. 9, 4, 30 et 39, 2, 19 : « *Sive domini sunt, sive aliquid in re jus habeant* ». Certains auteurs ont alors expliqué que, lorsque les Romains parlaient de *jus in re*, ils voulaient en réalité dire *jus in re aliena* (L. RIGAUD, thèse préc., p. 61 et suiv.). Cette explication, qui explique ce qui ne rentre pas dans nos schémas modernes par une erreur romaine n'est guère convaincante. En effet, « *aliena* » ne figure pas dans les textes romains, et quoi qu'il en soit, la liste des *jura in re* ne correspond pas mieux à celle des droits réels sur la chose d'autrui : M. VILLEY, « Du sens de l'expression *jus in re* [...] », *loc. cit.*, p. 420. Par ailleurs, l'analyse grammaticale elle-même contredit une telle traduction : M. VILLEY, « Du sens de l'expression *jus in re* [...] », *loc. cit.*, p. 419-321. En effet, pour signifier « droit portant sur une chose », il faudrait employer l'expression *jus in rem* (accusatif), plutôt que celle de *jus in re*.

¹²⁶⁰ Sur la nature juridique du *dominium* romain : F. ZENATI, thèse préc., p. 241-264, qui analyse le *dominium* en une puissance. Voir aussi sur la question : R. MONIER, *Manuel*, *op. cit.*, t. 1, n° 284 ; F. SENN, « La notion romaine de la propriété », *loc. cit.*, p. 420 et 421.

¹²⁶¹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 8.

¹²⁶² F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *loc. cit.*, p. 86.

¹²⁶³ Sur l'importance en la matière de l'École du droit de la nature et des gens : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 8.

¹²⁶⁴ Sur l'idée que l'on trouve chez les glossateurs une utilisation des concepts de droit réel et de droit personnel, voir F.-X. TESTU, « Les glossateurs. Regards d'un civiliste », *loc. cit.*, p. 302 et 303.

comme une chose et non comme un droit, qu'ils auraient ainsi pu opposer au droit réel¹²⁶⁵. C'est avec les post-glossateurs que le *jus in re* a été opposé à l'obligation. Ce sont eux qui ont donné à l'obligation sa connotation subjective, en la rapprochant du concept de *jus ad rem*¹²⁶⁶. C'est à cette époque que le *jus* va être considéré comme un droit constituant le fondement des actions pouvant être intentées sur sa base¹²⁶⁷. Néanmoins, la distinction systématique des droits en droits réels et droits personnels ne sera formulée d'une manière rigoureuse qu'au XVI^e siècle¹²⁶⁸. Il a fallu « attendre l'apparition de l'esprit rationaliste¹²⁶⁹ et d'une sensibilité juridique subjectiviste pour que la théorie des biens soit conçue au travers de droits de l'individu rigoureusement et systématiquement classifiés sur la base de l'opposition entre la propriété et l'obligation »¹²⁷⁰. La distinction sera reprise par la suite par de nombreux auteurs¹²⁷¹, avant d'être formulée par Pothier dans son *Traité du droit de domaine de propriété*¹²⁷².

La distinction des droits réels et des droits personnels est une classification relativement moderne, dont les anciens ont fort bien pu se passer. Surtout, l'imperfection actuelle de la distinction limite d'autant la force d'un refus de la propriété des créances basé sur ce fondement.

B. L'imperfection de la distinction

359- Aucune référence explicite à la distinction des droits réels et des droits personnels n'est faite dans le Code civil français. Dans le Code civil du Bas Canada, les expressions de droit réel et de droit personnel n'apparaissent que rarement et étaient surtout employées pour désigner les actions judiciaires plutôt que les droits eux-

¹²⁶⁵ F. ZENATI, thèse préc., n° 213.

¹²⁶⁶ F. ZENATI, *ibid.* Sur le *jus ad rem*, voir E.M. MEIJERS, « Le soi-disant *jus ad rem* », dans *Études d'histoire du droit*, t. 4, *Le droit romain au Moyen-Âge*, Leyde, Universitaire pers Leiden, 1966, p. 175 et suiv.

¹²⁶⁷ F. ZENATI, thèse, *op. cit.*, n° 215.

¹²⁶⁸ H. COING, « Signification de la notion de droit subjectif », *A.P.D.* 1964.1, p. 15 et 16, la trouve formulée chez Doneau ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 8.

¹²⁶⁹ Sur l'importance de l'influence de la philosophie rationaliste dans le domaine juridique : A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil*, *op. cit.*, p. 156.

¹²⁷⁰ F. ZENATI, thèse préc., n° 213.

¹²⁷¹ Selon M. VILLEY, la distinction apparaît réellement avec G. Feltmann : M. VILLEY, « La Justice distributive et l'idée de droit subjectif », dans *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, p. 195 et « Les origines de la notion de droit subjectif », *loc. cit.*, p. 275 ; L. RIGAUD, « Un docteur de l'Université des lois d'Orléans, professeur et diplomate Gérard Feltmann (1637-1696) », *R.H.D.* 1952.232, p. 233. On trouve également la distinction chez C. FLEURY, *Institution au droit français*, Paris, Thorin, 1858, p. 250 ; ou chez G. ARGOU, *Institution au droit français*, 10^e éd., Paris, Bailly, 1771, p. 111.

¹²⁷² R.J. POTHIER, *op. cit.*, t. 9, n° 1, p. 101 : « On considère, à l'égard des choses qui sont dans le commerce, deux espèces de droits ; le droit que nous avons dans une chose, qu'on appelle *jus in re* ; et le droit que nous avons par rapport à une chose, qu'on appelle *jus ad rem* ».

mêmes¹²⁷³. Quant au Code civil du Québec, il contient de nombreuses références aux droits réels et aux droits personnels, sans néanmoins que la distinction soit expressément formulée¹²⁷⁴.

La distinction des droits réels et des droits personnels est prise en défaut, à la fois par l'impossibilité de classer tous les droits patrimoniaux dans cette classification et par la perméabilité croissante de la frontière séparant ces deux catégories de droits. Les limites de la distinction traditionnelle s'illustrent aussi bien en théorie (1) qu'en pratique (2).

1. L'échec théorique de la distinction des droits réels et des droits personnels

360- Les critères de cette distinction, qu'ils soient classiques ou personalistes, sont défaillants¹²⁷⁵. Ginossar avait déjà dénoncé en son temps le double échec des classiques et des modernes, dans leur tentative de donner une définition satisfaisante du droit réel et du droit personnel¹²⁷⁶. Les limites de la doctrine classique en la matière s'illustrent à plusieurs niveaux, qu'il s'agisse de la définition du droit réel, ou des critères de distinction proposés entre les deux catégories de droits. Nous avons vu que les auteurs ont traditionnellement défini le droit réel comme un droit sur une chose, par opposition au droit personnel s'exerçant envers une personne. Or, comme l'a justement noté Ginossar, cette définition est trop large, puisqu'elle peut également s'appliquer à des droits personnels, tels le droit du dépositaire, de l'emprunteur ou du preneur à bail¹²⁷⁷. Pour distinguer les droits réels des droits de créance, les classiques ont retenu deux critères. Il s'agit d'une part du droit de suite et du droit de préférence, censés caractériser le droit réel, et d'autre part, de l'absence d'intermédiaire propre dans le droit réel, le droit personnel étant au contraire caractérisé par la présence d'un tel

¹²⁷³ R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interests and other Heresies », *loc. cit.*, p. 786. L'auteur cite à l'appui de son analyse, les articles 911, 119 et 2660.

¹²⁷⁴ Dans le Code civil du Québec, seule une allusion discrète à la distinction est faite, dans le titre XVIII, relatif à l'enregistrement des droits réels. La notion de droit réel est mentionnée dans plusieurs dispositions du Code civil du Québec : art. 404, 423, 442, 469, 795, 822, 870, 877, 886, 904, 911, 912, 921, 928, 930, 932, 1026, 1055, 1076, 1119, 1261, 1307, 1433, 1453-1456, 1642, 1786, 2654, 2660, 2698, 2700, 2772, 2783, 2790, 2794, 2885, 2923, 2925, 3097, 3110. On en trouve également mention dans le livre neuvième, aux articles 2934-3075 C.c.Q. La notion de droit personnel est mentionnée aux articles 423, 442, 469, 795, 822, 1642, 2654, 2698, 2700, 2925 C.c.Q. ; voir aussi les articles 2934-3075 C.c.Q.

¹²⁷⁵ Le droit réel a été successivement défini par les classiques comme le droit s'exerçant envers une chose (*res*), par opposition au droit s'exerçant envers une personne (le débiteur) ; puis par les personalistes comme le droit s'exerçant envers toutes les personnes existantes (droit absolu), par opposition au droit ne s'exerçant qu'envers une personne déterminée (droit relatif) : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, *op. cit.*, n° 2, p. 3.

¹²⁷⁶ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 10.

¹²⁷⁷ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 3.

intermédiaire¹²⁷⁸. Mais, ici encore, les critères utilisés par la doctrine classique pour distinguer les droits réels des droits personnels se sont révélés insatisfaisants. Le droit de suite et le droit de préférence sont de simples « signes extérieurs » ne permettant pas de cerner l'essence du droit concerné¹²⁷⁹. Ces indices se sont de plus révélés tout autant inefficaces que le critère de l'absence d'intermédiaire juridique.

361- Ni le critère du droit de suite, ni celui du droit de préférence ne sont satisfaisants, car ils ne sont pas toujours fiables. Dès le début du XX^e siècle, le marquis de Vareilles-Sommières a montré que le droit de préférence n'est pas inconciliable avec le droit de créance¹²⁸⁰. Son étude a permis de souligner que « [l]e droit de préférence est si peu contraire à l'essence de la créance, que rationnellement toute créance devait, en principe, donner un droit de préférence contre les créances postérieures et que ce régime idéal n'a été écarté qu'à cause des difficultés pratiques de son application »¹²⁸¹. Le principe de l'égalité entre les créanciers posé par l'article 2093 du Code Napoléon, qui a son pendant dans les articles 2644 et 2647 du Code civil du Québec¹²⁸² s'explique par le fait qu'il est impossible d'organiser une publicité des droits de créance absolument équivalente à celle organisée pour les droits réels¹²⁸³. En outre, il n'est pas absolu, puisqu'il ne vise que les créanciers de sommes d'argent et laisse en dehors de son domaine les créanciers de choses ou d'objets déterminés¹²⁸⁴. On peut conclure qu'il n'y a, du point de vue du droit de préférence, « aucune différence appréciable entre les

¹²⁷⁸ Voir sur ce point : J. DERRUPPE, thèse préc., p. 195.

¹²⁷⁹ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 3, p. 4.

¹²⁸⁰ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Du conflit des créances et du droit de préférence entre créanciers », *Rev. crit.* 1906.474.

¹²⁸¹ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Du conflit des créances et du droit de préférence entre créanciers », *loc. cit.*, n° 46.

¹²⁸² En droit français, l'article 2093 C.C. dispose que « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». En droit québécois : l'article 2644 C.c.Q. prévoit que « Les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers », et l'art. 2647 C.c.Q. ajoute que « Les causes légitimes de préférence sont les priorités et les hypothèques ».

¹²⁸³ L'article 2938 C.c.Q. (ancien article 2158 C.c.B.C.) prévoit la « publicité des droits personnels et des droits réels mobiliers, dans la mesure où la loi prescrit leur publication ». L'interprétation de cet article est cependant restrictive relativement aux droits réels et personnels mobiliers ; la publicité des droits vise toujours au premier chef la publicité des droits réels immobiliers : D.-C. LAMONTAGNE, *Les biens*, op. cit., n° 129, p. 66. Voir aussi : F. BROCHU, « Le mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits en vertu du nouveau Code civil du Québec et le rôle des principaux intervenants », (1993) 34 *C. de D.* 949, p. 1004.

¹²⁸⁴ R. DEMOGUE, *Notions fondamentales*, op. cit., p. 421 ; L. RIGAUD, thèse préc., p. 260. J. DERRUPPE, thèse préc., p. 236 : a été encore plus loin, en estimant que l'article 2093 du Code civil ne concerne en réalité pas le droit de créance, mais plutôt le droit de gage général des créanciers, pour lequel il a été écrit.

droits de créance et les droits réels. D'un côté comme de l'autre, tantôt il existe et tantôt il n'existe pas »¹²⁸⁵.

362- Le droit de suite n'est guère plus efficient. Les classiques considèrent que, contrairement au droit réel, le droit de créance ne confère pas de droit de suite parce que le créancier ne peut agir que contre le débiteur¹²⁸⁶. En réalité, l'affirmation doit être nuancée, puisque dans certaines hypothèses, le droit de créance comporte un droit de suite. C'est le cas du droit du preneur en matière de bail (article 1743 du Code civil français et 1886 du Code civil du Québec), ou encore du recours du créancier contre celui qui a touché le paiement de la créance lorsque le débiteur a été valablement libéré¹²⁸⁷ (articles 1240 du Code civil français et 145 du Code de commerce français, dont le pendant se trouve à l'article 1559 du Code civil du Québec). Les classiques ont rétorqué que ces exemples ne pouvaient convaincre, dès lors que le premier s'explique par le caractère particulier du droit au bail, et que le second constitue une application du principe de l'enrichissement sans cause¹²⁸⁸.

363- Le critère de distinction classique a perdu beaucoup de son importance, depuis qu'il a été montré en doctrine que le droit de suite et le droit de préférence ne s'appliquent qu'aux droits réels sur la chose d'autrui¹²⁸⁹. Même en matière réelle, le droit de suite est loin d'être aussi absolu que ce que l'on a longtemps prétendu. Ainsi, en matière mobilière, la possession de bonne foi fait-elle échec à la revendication du propriétaire¹²⁹⁰; la faculté de « suivre » la chose entre les mains d'un acquéreur quelconque n'existe donc même pas totalement pour le premier des droits réels. L'idée a été depuis largement admise, selon laquelle le droit de suite et le droit de préférence

¹²⁸⁵ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Du conflit des créances et du droit de préférence entre créanciers », *loc. cit.*, n° 55, p. 489. De même au Québec, sur l'idée selon laquelle le droit de préférence n'est pas une caractéristique du droit réel, puisqu'il se retrouve en l'absence de tout droit réel : M. LACHANCE, *L'efficacité des sûretés du Code civil du Québec en vertu du droit civil et de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 1996, p. 89-93.

¹²⁸⁶ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, *op. cit.*, t. 3., n° 45, p. 51 et 52.

¹²⁸⁷ R. DEMOGUE, *Notions fondamentales*, *op. cit.*, p. 432.

¹²⁸⁸ L. RIGAUD, thèse préc., p. 261.

¹²⁸⁹ J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique de droit civil* de BAUDRY LACANTINERIE, t. 5, *op. cit.*, p. 206.

¹²⁹⁰ Voir déjà en ce sens : E. LÉVY, thèse préc., n° 71, p. 125 : « L'art. 2279 enlève en partie le droit de suite quant aux meubles corporels ». L'auteur note également que la propriété est « privée du droit de suite et du droit de préférence lorsqu'elle se manifeste en justice, non pour revendiquer la possession, mais pour demander réparation des dommages qui lui sont causés » (*ibid.*). En droit québécois, il s'agit de la possession de bonne foi pendant trois ans : art. 2919 C.c.Q.

n'ont en réalité de sens que pour les droits réels accessoires¹²⁹¹, et non pour le droit de propriété, censé pourtant être le droit réel type. On en a justement conclu que le droit de suite et le droit de préférence, « qui ne sont que des expressions imagées pour traduire l'opposabilité du droit [...] *ne peuvent être utilisées comme criterium de la distinction de ces droits* »¹²⁹².

364- Les classiques ont d'ailleurs reconnu les limites des critères couramment utilisés. Ainsi Rigaud note-t-il que « tous les droits se ressemblent par le côté externe », c'est-à-dire dans le rapport entre le titulaire et les tiers, et que l' « on peut à ce point de vue relever des analogies et des ressemblances frappantes entre des droits qui sont profondément différents dans leur structure interne, tels que les droits réels [...] et les droits de créance »¹²⁹³. En dépit de sa volonté affichée de défendre les idées classiques en la matière, l'auteur a été contraint d'admettre comme fondé, le reproche adressé à la doctrine classique de ne fournir aucun critérium certain susceptible de déterminer la nature réelle ou personnelle d'un droit¹²⁹⁴. « *Malheureusement, écrit-il, les deux principales prérogatives du droit réel : droit de préférence, droit de suite, ou l'une d'elles, se trouvent en fait conférées à certains droits personnels et peuvent manquer ou ne pas apparaître dans certains droits reconnus comme réels* »¹²⁹⁵.

Ainsi, de l'aveu même de la doctrine traditionnelle, le droit de suite et le droit de préférence ne constituent pas des critères infaillibles pour caractériser le droit réel.

365- Le critère de l'absence d'intermédiaire ne vaut guère davantage¹²⁹⁶. Il est inexact de dire que le droit réel s'exerce directement sur une chose, dès lors que tous les droits réels démembrés font intervenir une personne autre que leur titulaire. Aussi Rigaud s'est-il proposé de préciser le critère classique. À la place de la définition traditionnelle du droit réel, selon laquelle le droit réel s'exerce directement sur la chose et sans intermédiaire, il a suggéré d'admettre que le droit réel s'exerce « *sans l'intermédiaire d'un sujet personnellement obligé* »¹²⁹⁷. Cependant, on ne voit plus très bien ici la ligne claire permettant de délimiter les droits réels des droits personnels,

¹²⁹¹ M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, op. cit., p. 12, n° 3 ; M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit.* 1931.539 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, op. cit., n° 213, p. 165 et suiv.

¹²⁹² J. DERRUPPÉ, thèse préc., notamment p. 203 et 241.

¹²⁹³ L. RIGAUD, thèse préc., p. 273.

¹²⁹⁴ L. RIGAUD, thèse préc., p. 155.

¹²⁹⁵ L. RIGAUD, thèse préc., p. 156. L'auteur estime seulement sur ce point qu'il ne faut pas conférer une portée absolue à ces deux critères, qu'il faut combiner en cas de doute avec le critère d'exercice direct du droit réel sur la chose : thèse préc., p. 157 et 159.

¹²⁹⁶ En ce sens : J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 242.

¹²⁹⁷ L. RIGAUD, thèse préc., p. 162.

puisque'une personne autre que le titulaire du droit intervient, dans tous les droits réels sur la chose d'autrui. Surtout, le principal défenseur de la théorie classique lui-même, a admis qu'il ne fallait pas reconnaître à ce dernier critère « une portée générale et absolue » et a limité sa portée à « certains cas, pourvu qu'on l'emploie judicieusement »¹²⁹⁸. Or, il est clair que de telles restrictions ne sauraient en faire un critère efficace¹²⁹⁹.

La doctrine classique a donc ainsi montré son inaptitude à décrire le droit réel autrement que par son opposabilité aux tiers, ce qui a d'ailleurs constitué le point de départ de la critique personaliste¹³⁰⁰.

366- Pour les personalistes, c'est l'obligation d'abstention du sujet passif qui caractérise le droit réel. Ce droit doit être défini non comme un pouvoir sur une chose, mais par l'obligation passive universelle qui le constitue. Dans une telle conception, les droits réels comme les droits de créance s'analysent en « deux rapports d'ordre obligatoire ». La majorité des personalistes continue cependant à distinguer les deux types de droits du point de vue du nombre de sujets passifs selon qu'ils sont limités à un ou plusieurs débiteurs déterminés pour le droit de créance ; ou illimité en nombre pour le droit réel. Cependant, ici encore, le critère proposé n'est guère satisfaisant. Il a déjà été amplement montré, et il est aujourd'hui accepté en doctrine, que l'obligation passive universelle n'est pas propre aux droits réels et qu'elle se retrouve également dans les droits de créance, malgré leur caractère relatif¹³⁰¹. Elle ne peut servir de critère de distinction dès lors qu'elle se retrouve dans tous les droits subjectifs, droits de créances compris¹³⁰². Tout comme les classiques, les personalistes ont donc également failli dans leur mission¹³⁰³.

367- La critique personaliste a, néanmoins, permis de montrer qu'il n'y a pas de différence fondamentale du point de vue de l'opposabilité, entre les droits réels et les

¹²⁹⁸ L. RIGAUD, thèse préc., p. 157.

¹²⁹⁹ Sur le rejet de ce critère : J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 245.

¹³⁰⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 4.

¹³⁰¹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 10. Voir notamment C. DEMOLOMBE, op. cit., t. 9, p. 361, n° 464 ; J.-L.-E. ORTOLAN, *Généralisation du droit romain*, p. 637 ; J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 255 ; L. RIGAUD, thèse préc., p. 208 ; J. LIMPENS, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers ; contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et personnels », dans *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t. 2, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1961, notamment n° 26 et 35, p. 101 et 104.

¹³⁰² P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 10.

¹³⁰³ La doctrine contemporaine l'admet en décidant qu'il faut rejeter la théorie de Planiol, dont la définition du droit réel est trop large, puisqu'elle s'applique à tous les droits subjectifs.

droits personnels, puisque l'un comme l'autre sont opposables à tous¹³⁰⁴. L'opposabilité permet de les différencier seulement en ce qu'elle est plus ou moins automatique dans l'un ou l'autre cas, ce qui s'explique par le fait qu'ils sont plus ou moins facilement connus des tiers¹³⁰⁵. Le droit personnel ayant un caractère plus secret que le droit réel, son existence est plus fragile, puisqu'elle pourra être niée par les tiers de bonne foi¹³⁰⁶. Mais il n'en reste pas moins que le principe, dans les deux types de droits, est celui de leur opposabilité à tous.

368- La distinction des droits patrimoniaux en droits réels et droits personnels est sortie affaiblie, voire ébranlée, des discussions entre les tenants de la doctrine classique et les personalistes. La question se pose de savoir ce qu'il en reste, au terme de ces controverses. Un auteur a bien retranscrit les récentes interrogations doctrinales en la matière¹³⁰⁷. Tout d'abord, écrit-il, il faut rejeter la théorie de Planiol, qui a défini le droit réel en termes trop larges, puisqu'ils s'appliquent à tous les droits subjectifs. Mais la théorie classique tombe également, puisqu'elle définit les droits réels par le droit de suite et de préférence, caractéristiques qui sont souvent importantes, mais pas essentielles, spécialement pour les droits réels principaux¹³⁰⁸. Ces deux attributs sont désormais souvent considérés comme des attributs douteux du droit réel¹³⁰⁹, puisqu'ils ne se rencontrent pas dans tous les droits réels et ne peuvent donc servir de caractéristique de ce droit. On admet donc désormais que l'opposition entre les droits réels et personnels consiste en ce que le premier confère à son titulaire un pouvoir direct et immédiat sur une chose corporelle (lequel ne nécessite pas de passer par l'intermédiaire d'autrui pour exercer son pouvoir sur la chose), alors que le second est un droit envers une autre personne qui est tenue de l'accomplissement d'une prestation au profit du créancier. Alors que le titulaire d'un droit réel a un droit sur une chose, le titulaire d'un droit personnel a un droit envers autrui. Néanmoins, poursuit l'auteur, même cette dernière opposition reste partiellement inexacte, puisque tous les droits réels autres que le droit de propriété supposent un rapport entre deux personnes, par lequel

¹³⁰⁴ J. LIMPENS, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers ; contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et personnels », dans *Mélanges en l'honneur de P. Roubier, op. cit.*, t. 2, n° 28, p. 102 : « il paraît préférable d'écarter l'élément d'opposabilité des critères servant à distinguer le droit réel du droit personnel, puisqu'aussi bien ils sont tous deux opposables à tous ».

¹³⁰⁵ L'argument vaut également en droit québécois, qui est loin d'avoir organisé une publicité générale des biens mobiliers.

¹³⁰⁶ J. LIMPENS, *loc. cit.*, n° 32, p. 103 : « Par sa nature même en effet, le droit obligationnel n'est pas d'emblée opposable aux tiers, parce qu'aucun moyen de publicité adéquat ne leur en révèle l'existence ».

¹³⁰⁷ C. LARROUMET, *Les biens, op. cit.*, n° 25, p. 18.

¹³⁰⁸ Voir : C. LARROUMET, *Droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit privé*, 3^e éd., Paris, Economica, 1998, n° 498 et suiv.; et voir *supra* n° 360 et suiv.

¹³⁰⁹ C. LARROUMET, *Les biens, op. cit.*, n° 26, p. 18.

l'une est débitrice de l'autre¹³¹⁰. C'est ainsi que dans l'usufruit, l'usufruitier et le nu-propriétaire sont chacun débiteur l'un de l'autre. De même, la servitude implique un rapport entre les propriétaires respectifs du fonds dominant et du fonds servant. Enfin, dans l'emphytéose, il y a également un rapport entre le preneur et le bailleur, par lequel chaque partie est débitrice l'une de l'autre. Il est donc contestable de définir le droit réel comme le droit conférant à son titulaire un pouvoir direct et immédiat sur une chose. Les tenants de la doctrine classique tentent de nier que les droits réels accessoires supposent l'établissement d'un rapport de droit entre deux personnes. Mais cela revient à nier l'évidence d'un nécessaire rapport de droit entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, le propriétaire du fonds dominant et celui du fonds servant, ou entre l'emphytéote et le bailleur¹³¹¹.

369- La différence entre le droit réel de propriété et les autres droits réels est telle, que certains auteurs ont été conduits à distinguer deux sortes de droits réels¹³¹². C'est à ce prix, estime le professeur Larroumet, que la distinction des droits réels et personnels peut être sauvée. Il faudrait donc considérer que le droit réel est une prérogative concernant une chose corporelle¹³¹³, soit d'une façon directe et immédiate comme c'est le cas pour la propriété, soit par l'établissement d'un rapport entre deux patrimoines, comme c'est le cas pour les autres droits réels¹³¹⁴. Cette idée d'une double définition du droit réel n'est cependant guère satisfaisante. Le simple fait que la doctrine classique s'accorde à faire de la propriété le prototype des droits réels paraît suffisant à la disqualifier –sauf à admettre avec certains auteurs, que la propriété n'est pas un droit réel¹³¹⁵. En somme, à travers la distinction des droits réels et des droits personnels que la doctrine contemporaine essaie de cerner, il y a davantage une différence de structure qu'une réelle différence de nature.

La classification traditionnelle apparaît donc limitée sur un plan théorique. Mais elle l'est également sur un plan pratique.

¹³¹⁰ Voir : C. LARROUMET, *Les biens, op. cit.*, n° 26, p. 19.

¹³¹¹ Il s'agit dans ce cas d'obligations réelles ou *propter rem*, contreparties d'un droit réel, par opposition à l'obligation contrepartie d'un droit personnel : C. LARROUMET, *Les biens, op. cit.*, n° 27, p. 20.

¹³¹² C. LARROUMET, *Les biens, op. cit.*, n° 47 et suiv.

¹³¹³ Pour la doctrine classique, toutes les choses sont corporelles.

¹³¹⁴ C. LARROUMET, *Les biens, op. cit.*, n° 27, p. 21.

¹³¹⁵ Voir *infra*, n° 381 et suiv.

2. L'échec pratique de la distinction des droits réels et des droits personnels

370- En France, l'idée selon laquelle tous les droits sont nécessairement soit réels, soit personnels, n'est plus soutenue en doctrine¹³¹⁶, notamment depuis l'avènement des droits intellectuels, ce qui réduit d'autant la portée d'une distinction censée être exhaustive. De plus, de l'avis quasi unanime des auteurs, cette classification est moins absolue qu'auparavant, le droit moderne ayant donné naissance à des droits intermédiaires ou hybrides, tel le droit de bail¹³¹⁷. Enfin, les deux catégories de droits sont loin d'être totalement étanches l'une à l'autre, puisqu'il existe des hypothèses de « droit sur droit », combinant en une même figure juridique un droit réel et un droit personnel.

371- Même si l'on admet que la distinction des droits réels et des droits personnels a bien fonctionné historiquement, elle constitue aujourd'hui un outil théorique défaillant. Dès 1958, le doyen Savatier notait¹³¹⁸ qu'il existe un certain nombre de biens incorporels « nouveaux » qui ne sont ni des droits personnels, ni des droits réels, parmi lesquels il énumérait les parts sociales, les clientèles, les privilèges des créateurs des œuvres de l'esprit, ou encore les privilèges et avantages économiques distribués par l'État. Les catégories juridiques ont ainsi été forcées, afin de faire entrer dans la distinction des biens nouveaux, qui ne sont ni des droits personnels, ni des droits réels. Ces biens, qui sont le signe de la modernité, ont été difficilement inclus dans les catégories préexistantes de droits¹³¹⁹, et les auteurs ont été conduits à en inventer de nouvelles, au gré des nécessités, qu'il s'agisse des notions de monopoles d'exploitation, des droits de clientèle ou des droits intellectuels¹³²⁰. De plus, les biens nouveaux ne sont pas les seuls à souligner le caractère imparfait de la distinction. Les interrogations

¹³¹⁶ Voir notamment J. DERRUPPÉ, thèse préc., n° 259.

¹³¹⁷ J.-L. BERGEL, *Le droit des biens, op. cit.*, p. 27. Voir notamment V. RANOUIL, « Propriété », *loc. cit.*, n° 23, p. 6 : « le preneur d'un bail commercial (D. 30 sept. 1953, art. 4 et suiv.), rural (C. rur. Nouveau livre IV, art. L. 411-46), d'habitation ou mixte (L. 6 juill. 1989, art. 15) bénéficie, en principe, d'un droit au renouvellement [...]. Les possibilités de reprise gratuite du local sont fort rares (D. 30 sept. 1953, art. 9- C. rur. nouveau livre IV, art. L. 411-57 et suiv.; L. 6 juill. 1989, art. 11 et 15), et le bailleur ne peut recouvrer l'usage de son bien en payant une indemnité d'éviction que si le bail est commercial (D. 30 sept. 1953, art. 8). À cela s'ajoute que le fermier et le métayer peuvent, pendant la durée du bail, effectuer des échanges ou locations de parcelles et modifier les lieux loués pour améliorer l'exploitation (C. rur. nouveau livre IV, art. L. 411-28 et L. 411-29). Par ailleurs, le bail commercial peut être cédé avec le fonds de commerce, à l'acquéreur de celui-ci (D. 30 sept. 1953, art. 35-1). Quant au bail rural, il continue, à la mort du preneur, au profit du conjoint, des ascendants ou descendants ayant participé à l'exploitation, dans certaines conditions (C. rur. nouveau livre IV, art. L. 411-34). Ces différentes prérogatives confèrent au droit du preneur une très grande stabilité, et le teignent fortement de réalité ».

¹³¹⁸ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. trim. dr. civ.* 1958.331, n° 32, p. 346-348.

¹³¹⁹ P. JOURDAIN, *Les biens, op. cit.*, n° 4, p. 6.

¹³²⁰ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *loc. cit.*, p. 88.

suscitées par la nature juridique du droit du preneur à bail qui se teinte de plus en plus de réalité, ne sont pas nouvelles¹³²¹. De même, les universalités, qui sont des formes de biens traditionnelles, n'ont jamais pu être classées dans la distinction, ce qui devient de plus en plus problématique au vu de leur importance croissante en droit contemporain¹³²².

372- Au Québec également, la doctrine a souligné l'inadaptation et l'incomplétude de la distinction des droits réels et des droits personnels¹³²³. Bien que cette classification bipartite prétende à l'exhaustivité, elle s'est avérée inopérante pour rendre compte de la totalité des droits patrimoniaux¹³²⁴. En premier lieu, elle n'intègre pas tous les droits, comme c'est le cas des droits intellectuels¹³²⁵. De plus, certains droits ont été considérés en doctrine comme des droits personnels renforcés, tels par exemple le dépôt ou le mandat. Dans ces cas, même s'il n'est pas trop difficile de maintenir la qualification de droit personnel, il existe néanmoins une relation matérielle directe avec la chose, et son titulaire est investi d'actions généralement réservées aux détenteurs de droits réels¹³²⁶. Surtout, certains droits sont véritablement mixtes¹³²⁷, puisqu'ils participent à la fois des droits réels et des droits personnels ; tel est notamment le cas du louage d'un immeuble d'habitation¹³²⁸. Si en principe le droit du preneur à bail d'avoir la jouissance de la chose louée est un droit personnel contre le

¹³²¹ Voir J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créances*, thèse Paris, 1951 ; J.-L. BERGEL, *Le droit des biens*, *op. cit.*, p. 9 : le droit du preneur n'est plus tout à fait un droit personnel et s'il se rapproche d'un droit réel, la distinction classique des droits réels et personnels en est affectée.

¹³²² F. ZENATI, « Le droit des biens, dans l'œuvre du doyen Savatier », *loc. cit.*, p. 18.

¹³²³ Voir notamment R. A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) 39 *R.D.McGill* 761, p. 792, qui souligne « the inadequacy and the incompleteness of the *summa divisio* between real rights and personal rights » ; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, p. 193 : « La distinction entre les droits personnels et les droits réels présente incontestablement des lacunes ».

¹³²⁴ R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property [...] », *loc. cit.*, p. 768.

¹³²⁵ D.-C. LAMONTAGNE, *Les biens*, *op. cit.*, n° 108, p. 53 : « les droits intellectuels [...] constituent une catégorie particulière de droits [...]. Ces droits ne s'exercent en effet ni contre une personne (droits personnels), ni sur un bien corporel (droits réels) ».

¹³²⁶ R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property [...] », *loc. cit.*, p. 790.

¹³²⁷ D.-C. LAMONTAGNE, *Les biens*, *op. cit.*, n° 105, p. 51 : « Le Code civil du Québec introduit certains droits mixtes -« mâtiné(s) de réalité » (selon l'expression du professeur F. ZENATI, « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », *loc. cit.*, p. 18) qui se situent à mi-chemin des droits personnels et des droits réels » ; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, p. 195.

¹³²⁸ R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property [...] », *loc. cit.*, p. 768. Voir aussi sur l'exemple du contrat de travail, qui survit à l'aliénation d'une entreprise : M.-F. BICH, « Le contrat de travail », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, *op. cit.*, t. 2, n° 79, p. 771. Sur l'exemple de certains droits fiduciaires : D.-C. LAMONTAGNE, *Les biens*, *op. cit.*, n° 106, p. 51.

bailleur, un certain nombre de dispositions textuelles ont en fait converti le statut du preneur à bail en statut d'un véritable titulaire de droit réel¹³²⁹.

373- De même, l'exemple de la fiducie, ou encore, l'existence d'un droit de rétention au profit du créancier sur un bien meuble de son débiteur dont il est en possession¹³³⁰, achèvent de montrer l'insuffisance de la classification traditionnelle. Ainsi, en matière de fiducie, la relation tripartite décrite par les textes ne peut guère être explicitée, ni en ayant recours au concept de droit personnel, ni à celui de droit réel¹³³¹. La fiducie du droit québécois est un patrimoine sans titulaire, sur lequel aucun des intervenants n'a de droit réel (art. 1261 C.c.Q.¹³³²). Selon le professeur Brierley, le patrimoine fiduciaire se fonde sur une nouvelle conception : « une masse de biens peut exister juridiquement sans être rattaché en propriété à des personnes physiques ou morales. *Le patrimoine n'est plus alors anthropocentrique*. Il s'ensuit que les personnes impliquées dans ce nouveau rapport juridique ne sont plus titulaires de droits réels »¹³³³. Pour cet auteur, « [l]es rapports juridiques en cause sont maintenant conçus comme *des pouvoirs et devoirs en ce qui concerne le fiduciaire et des intérêts juridiquement protégés pour les bénéficiaires*, et même pour le constituant (ou ses héritiers ou autres personnes intéressées) en certains cas ». Dès lors, ce sont « *ces séries de rapports entre eux qui constituent la construction juridique dénommée fiducie* »¹³³⁴.

Si le bénéficiaire n'est pas titulaire d'un droit réel aux termes mêmes de la loi, il pourrait alors être tentant de lui attribuer la qualité de titulaire d'un droit personnel. Pendant que dure la fiducie, le bénéficiaire peut certes réclamer la prestation ou le paiement prévus dans l'acte constitutif, de même qu'il peut exercer un certain nombre de recours (art. 1284, 1290, 1291 C.c.Q.). Pour autant, on peut douter de la possibilité

¹³²⁹ Voir P.-G. JOBIN, *Le louage de choses*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 339. En ce sens : R. A. MACDONALD, « Reconciving the Symbols of Property [...] », *loc. cit.*, p. 790. D.-C. LAMONTAGNE, *Les biens*, *op. cit.*, n° 106, p. 51, qui souligne le droit du locataire d'un logement au maintien dans les lieux (art. 1886 et 1937 C.c.Q.) ou à l'abandon (1915 C.c.Q.). Voir aussi D.-C. LAMONTAGNE, « L'opposabilité des droits du locataire et du locateur », (1991) 93 *R. du N.* 306, 317 et 318. Voir également sur l'obligation *propter rem*, considérée comme une catégorie intermédiaire, à la frontière entre les droits réels et les droits personnels : S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, *op. cit.*, p. 34.

¹³³⁰ Art. 974 C.c.Q. Voir sur ce point P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, p. 195, qui souligne que ce droit « fondamentalement personnel dans sa conception, est pénétré d'un droit de préférence et d'un droit de suite en cas de dépossession volontaire (art. 1593 C.c.Q.) » ; ce droit étant également opposable à tous (art. 1593 C.c.Q.), sauf au créancier hypothécaire (art. 2770 C.c.Q.).

¹³³¹ En ce sens : R.A. MACDONALD, « Reconciving the Symbols of Property [...] », *loc. cit.*, p. 793.

¹³³² Art. 1261 C.c.Q.: « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel ».

¹³³³ J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *loc. cit.*, n° 17, p. 45 et 46.

¹³³⁴ J. E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *loc. cit.*, n° 18, p. 46 et 47.

de qualifier le bénéficiaire d'une fiducie de simple créancier en droit québécois. En effet, le fiduciaire n'est pas le débiteur personnel du bénéficiaire : ses propres biens sont séparés des biens de la fiducie (art. 1313 C.c.Q.) et il doit rendre compte de sa gestion. De plus, le bénéficiaire et les personnes intéressées (le constituant et ses héritiers) peuvent demander à ce que le fiduciaire soit destitué et peut exercer contre lui le recours prévu par la loi. Or, « [c]e ne sont pas là des rapports ordinaires de créancier à débiteur, du moins dans le sens classique du droit des obligations. Les rapports entre fiduciaires et bénéficiaires, et même entre fiduciaires et les autres personnes ayant un intérêt prévu par la loi, sont aménagés dans un régime d'une « créance » particulière, c'est-à-dire un *intérêt juridiquement protégé* dans le cadre de la fiducie »¹³³⁵. Les relations engendrées par la fiducie québécoise cadrent donc mal avec la distinction traditionnelle des droits réels et des droits personnels. Certains ont conclu à l'absence de valeur pratique de la distinction¹³³⁶.

Ces difficultés pratiques de classement des différents droits dans les catégories juridiques préexistantes ont eu des conséquences au niveau théorique, à travers de nouvelles tentatives de classifications des droits.

374- Une partie de la doctrine québécoise a souligné le fait que la théorie classique du droit réel, qui veut que le droit réel porte exclusivement sur une chose corporelle individualisée, est largement dépassée, le droit québécois admettant expressément qu'un droit réel peut porter tant sur une universalité que sur une chose future ou sur un autre droit réel¹³³⁷. Contrairement au droit positif antérieur, le Code civil du Québec admet désormais que l'on peut prendre une hypothèque sur un bien futur, sur un bien indéterminé, sur une universalité ou sur une créance. Le professeur Macdonald en conclut que cela suggère « *soit qu'un droit réel peut porter sur un droit personnel, soit qu'une créance ordinaire est un droit réel, soit que la panoplie de droits*

¹³³⁵ J. E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *loc. cit.*, n° 19, p. 47 et 48. Voir le projet de définition de l'intérêt juridiquement protégé : *Dictionnaire de droit privé. Les biens*, à paraître, v° *Intérêt juridiquement protégé* : « La notion d'intérêt juridiquement protégé est parfois entendue comme un intérêt dont le droit tient compte, sans qu'il s'agisse nécessairement d'un droit subjectif. Par exemple, de l'avis de certains, le bénéficiaire d'une fiducie ne serait pas titulaire d'un droit personnel à l'égard du patrimoine fiduciaire, notamment, parce que celui-ci, n'étant pas une personne, ne pourrait prendre part à un rapport obligationnel. Le bénéficiaire serait plutôt titulaire d'un intérêt juridiquement protégé dans ce patrimoine, intérêt susceptible d'être opposé au fiduciaire ».

¹³³⁶ Voir notamment M. TANCELIN, *Des obligations : Les techniques d'exécution et d'extinction*, *op. cit.*, p. 138 : « La valeur pratique de la distinction est nulle à cause des multiples incertitudes créés par les innombrables cas-limites. Pour se convaincre de l'importance du problème on peut évoquer la situation du locataire de logement d'habitation, titulaire du droit au maintien dans les lieux, qui participe incontestablement de la nature réelle [...]. Bien plus spectaculaire est l'incertitude ouverte par l'article 1261 C.Q. qui contourne la difficulté avec sa disposition purement négative sur la nature des droits conférés par la fiducie ».

¹³³⁷ R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property [...] », *loc. cit.*, p. 788.

que donne l'hypothèque à un créancier n'est pas un droit réel »¹³³⁸. L'hypothèque étant néanmoins expressément qualifiée de droit réel par le code, et suivant l'idée développée plus haut d'après laquelle un droit ne change pas de nature selon son objet, les deux possibilités qui subsistent mettent sérieusement à mal la distinction traditionnelle des droits patrimoniaux.

375- Il n'y a pas lieu de recenser ici toutes les nouvelles classifications des droits qui ont été proposées en doctrine, à la suite de l'échec théorique et pratique de la distinction. Il suffit de souligner que les défaillances de la classification des droits réels et des droits personnels ont conduit de plus en plus d'auteurs à vouloir lui apporter des modifications substantielles¹³³⁹. Les tentatives faites par la doctrine récente pour proposer de nouvelles classifications des droits privés, montrent bien que la distinction traditionnelle est de plus en plus dépassée par le droit positif.

376- À la division, devenue classique, des droits en réels, personnels et intellectuels, Ginossar avait opposé une classification proche du système romain, scindant les biens susceptibles d'appropriation en corporels et incorporels, ces derniers se subdivisant eux-mêmes en droits relatifs (personnels, réels et mixtes) et en droits intellectuels¹³⁴⁰. Dans son système, les droits personnels et les droits réels sont analysés en « deux espèces de droits d'obligations, par lesquels une personne déterminée (sujet actif, créancier) peut exiger d'une autre personne déterminée (sujet passif, débiteur) une prestation active ou passive »¹³⁴¹.

Plus récemment, un auteur¹³⁴² a proposé une *summa divisio* des droits patrimoniaux comprenant, en plus des traditionnels droits réels et droits personnels, le

¹³³⁸ R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property [...] », *loc. cit.*, p. 800 (traduction personnelle).

¹³³⁹ Voir R. LIBCHABER, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Biens*, n° 2 : « À quoi sert une division des biens que l'on force à l'arrivée de chaque bien nouveau, et qui n'est plus porteuse d'un véritable régime juridique pour les biens qui y sont intégrés ? On peut en conséquence prophétiser non le déclin de notre division des biens, car il est depuis longtemps engagé, mais son renouvellement ».

¹³⁴⁰ A.-J. ARNAUD, « Le droit français des biens entre jeu et providence », *A.P.D.* 1979.214. Voir sur cette classification : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 191.

¹³⁴¹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 182. Contrairement au droit personnel où le débiteur est nommément désigné, le sujet passif des droits réels (ceux-ci étant réduits aux droits réels sur la chose d'autrui et n'incluant pas la propriété) est « la personne quelle qu'elle soit, qui se trouve être propriétaire d'un bien déterminé » : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 182.

¹³⁴² M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.583. Cette classification reprend celle proposée par Windsheid, puis par Albertario : voir R. MONIER, « La date d'apparition du *dominium* et la distinction des *res* en corporelles et incorporelles », *loc. cit.*, p. 362, note 16. Voir aussi P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 44 : « il est fort possible que la division romaine des choses en corporelles et incorporelles représente les éléments du patrimoine comme comprenant [...] trois catégories de biens, à savoir la propriété, les droits réels et les droits (personnels) de créance ».

droit de propriété. Pour cet auteur, « la propriété est un droit subjectif patrimonial, à côté des droits réels et des droits personnels » et tout droit subjectif patrimonial est nécessairement l'un des trois droits possibles parmi le droit de propriété, le droit réel et le droit personnel.

377- On signalera également en France la distinction préconisée par le professeur Hage-Chahine et susceptible selon l'auteur de remédier à l'« *insuffisance et l'inadaptation* » de la classification des droits réels et des droits personnels¹³⁴³. Elle oppose les droits à réalisation immédiate aux droits à réalisation médiate, le critère étant celui de l'existence d'un sujet passif déterminé¹³⁴⁴. Les créances constituent des droits à réalisation médiate¹³⁴⁵, lesquels sont caractérisés du côté passif par le lien particulier de donner, de faire, de ne pas faire ou de laisser faire¹³⁴⁶. L'autre grande catégorie de droits correspond aux droits à réalisation immédiate, qui se caractérisent du côté passif par le devoir universel de ne pas empiéter sur la sphère juridique d'autrui¹³⁴⁷. Cette distinction propose donc une classification opposant la propriété (droit à réalisation immédiate) aux « autres droits réels, lesquels sont soit des droits de créance (servitude impliquant une obligation de ne pas faire ou une obligation de faire non accompagnée d'une faculté d'abandon), soit des droits potestatifs (usufruit, servitude, droit de passage et droit de préférence), soit des droits injonctifs (servitude impliquant une obligation de faire accompagnée de la faculté d'abandon et du droit de suite) »¹³⁴⁸. Au sein des droits à réalisation médiate, le critère de distinction utilisé est le type de soumission existant : « *au lien d'assujettissement patrimonial correspond le droit de créance, au lien de sujétion le droit potestatif et au lien de charge le droit injonctif* »¹³⁴⁹. À travers cette classification, l'auteur rejette donc l'opposition traditionnelle entre des droits réels et des droits de créance, puisqu'il va jusqu'à l'inclure, sous le qualificatif de droits réels, les droits de créance.

La volonté de renouveler les catégories traditionnelles s'est également manifestée au Québec. Ainsi, le professeur Macdonald, constatant que la distinction traditionnelle des droits patrimoniaux en droits réels et en droits personnels est fortement mise à mal dans le nouveau Code civil du Québec, propose de la remplacer

¹³⁴³ F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *Rev. trim. dr. civ.* 1982.705, n° 13, p. 714.

¹³⁴⁴ F. HAGE-CHAHINE, *loc. cit.*, n° 16, p. 716 et 717.

¹³⁴⁵ F. HAGE-CHAHINE, *loc. cit.*, n° 44, p. 734.

¹³⁴⁶ F. HAGE-CHAHINE, *loc. cit.*, n° 57, p. 741.

¹³⁴⁷ F. HAGE-CHAHINE, *loc. cit.*, n° 57, p. 741.

¹³⁴⁸ F. HAGE-CHAHINE, *loc. cit.*, n° 58, p. 742.

¹³⁴⁹ F. HAGE-CHAHINE, *loc. cit.*, n° 57, p. 741.

par une distinction plus générale : le concept de l'intérêt¹³⁵⁰. Le professeur Brierley estime quant à lui que le concept traditionnel de droit réel n'a pas perdu toute sa pertinence¹³⁵¹. Il considère toutefois que « le législateur québécois a réussi, à l'article 947, à définir la notion de *titularité des intérêts patrimoniaux juridiquement protégés* (en anglais, on dira des 'entitlements') plutôt que le droit de propriété lui-même. *La propriété, ou encore un droit réel, portant sur des choses n'est évidemment qu'une façon de concevoir une valeur à caractère économique [...]. Parmi ces intérêts patrimoniaux juridiquement protégés où figurent déjà droits réels et personnels, il convient maintenant de ranger la fiducie et la nouvelle hypothèque qui ne sont, à proprement parler, ni l'un ni l'autre.* Ce sont, en effet, des montages complexes, chacun ayant sa propre spécificité juridique, qui cherchent par de nouvelles techniques juridiques à saisir et à cerner des valeurs à caractère économique »¹³⁵². Dans cette optique, la notion d'intérêt patrimonial constituerait donc une catégorie plus large que la distinction des droits réels et des droits personnels, permettant d'englober les différentes manifestations de l'idée de valeur.

378- Ces exemples de propositions doctrinales de nouvelles classifications des droits, illustrent le malaise général face à la distinction traditionnelle des droits patrimoniaux. S'il peut être commode de conserver une distinction imparfaite, encore ne faut-il pas trop s'étonner de ce que toutes les évolutions du droit positif n'y trouvent pas toujours leur place. La difficulté d'y intégrer la propriété des créances ne constitue donc qu'une illustration des limites tant théoriques que pratiques de cette classification. Le fait que la figure juridique de la propriété des créances cadre mal avec la distinction des droits réels et des droits personnels, ne peut suffire à condamner la propriété des

¹³⁵⁰ R. A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) 39 *R.D.McGill* 761, p. 793 et 805 : « Alternatively, one can, like Ginossar, recognize the centrality of ownership as a symbol, dissociating it from all other types of patrimonial entitlement, and at the same time acknowledge the diversity of its objects. Such a strategy has the advantage of better accommodation both the concept of the hypothec and the new set of roles flowing from the trust. [...] This approach permits the doctrinal development of a new generic category of property relationship -that of an "interest"- and this category, by changing the organizing vocabulary of the law, better accommodates the now recognized extreme diversity of patrimonial entitlements otherwise sitting awkwardly in the classical framework » (on peut, comme Ginossar, reconnaître le caractère central de la propriété en tant que symbole, en la dissociant de tous les autres types d'intérêts patrimoniaux, et en même temps reconnaître la diversité de son objet. Cette stratégie a l'avantage d'une meilleure accommodation du concept d'hypothèque et de l'ensemble des relations découlant du trust. Cette approche permet le développement doctrinal d'une nouvelle catégorie de relations de propriété –celle d'« intérêt» –et cette catégorie, en changeant le vocabulaire fondamental du droit, rend mieux compte de l'extrême diversité des intérêt patrimoniaux, qui sans cela bousculent les classifications traditionnelles).

¹³⁵¹ J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau code civil du Québec », *loc. cit.*, n° 20, p. 48.

¹³⁵² J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau code civil du Québec », *loc. cit.*, n° 20, p. 48.

créances, pas plus que cette distinction ne compromet l'existence du droit de bail, ou des droits intellectuels.

La notion de propriété des créances a encore été, nous l'avons vu, rejetée sur un autre fondement qu'il convient à présent d'évaluer : celui de la combinaison de biens et de la superposition de droits qu'elle est susceptible d'engendrer.

§2. La compatibilité de la propriété et de la créance

379- La possibilité de la propriété des créances et la reconnaissance de son existence en tant que notion juridique peut d'abord passer par la remise en cause de la nature juridique de la propriété, comme elle peut simplement s'accommoder d'une distinction déjà boiteuse.

On pourrait douter, comme certains, de la nature juridique de droit réel de la propriété (A). Toutefois, la reconnaissance de la nature juridique réelle de la propriété ne condamne pas la propriété des créances. Le droit positif consacre de nombreuses hypothèses de superposition de droits, y compris de nature opposée, et de juxtaposition de biens. Cela montre à la fois la généralité de l'objet du droit réel et la compénétrabilité des droits réels et des droits personnels. L'hypothèse du maintien de la nature juridique réelle de la propriété peut alors être proposée (B).

A. Le thèse de la remise en cause de la nature juridique réelle de la propriété

380- Une partie de la doctrine a remis en cause la nature juridique de la propriété, en considérant qu'elle ne doit pas s'analyser en un droit réel (1). Or, une telle remise en cause de la nature juridique de la propriété n'est pas sans conséquence sur notre étude, puisqu'elle permet de résoudre un certain nombre de problèmes théoriques qui sont traditionnellement liés à la propriété des créances (2).

1. Le caractère douteux de la réalité de la propriété

381- Devant les limites de l'analyse de la propriété en un droit réel, un certain nombre d'auteurs ont été conduits, au cours de leurs travaux, à exclure la propriété de la catégorie des droits patrimoniaux et à l'envisager comme une relation entre une personne et un bien. C'est Ginossar qui, le premier, a formulé clairement la thèse d'une

distinction de la propriété et des « autres » droits réels¹³⁵³. En admettant que la créance constitue l'un des objets possibles de la propriété, Ginossar a été conduit à distinguer la propriété de ce que l'on nomme couramment les droits réels. Pour cet auteur, si la propriété porte sur les droits patrimoniaux, tant réels que personnels, cela laisse supposer qu'elle a une nature juridique distincte des droits sur lesquels elle porte. L'appellation de droit réel doit donc être réservée aux droits sur la chose d'autrui, la propriété en étant exclue¹³⁵⁴. C'est par une confusion, issue des Glossateurs, que l'on a conféré la même nature juridique à la propriété et aux droits réels démembrés » ; telle est « l'erreur initiale d'où provient tout le mal »¹³⁵⁵. En réalité, la propriété est le seul droit absolu, par opposition aux droits relatifs que sont les droits réels et les droits personnels. Pour Ginossar, la propriété ne peut se définir comme le pouvoir d'une personne sur une chose¹³⁵⁶, mais doit s'analyser comme la « *relation par laquelle une chose appartient à une personne* »¹³⁵⁷. L'auteur estime que, si l'on considère traditionnellement la propriété comme un droit réel, défini comme un droit portant sur une chose corporelle, le Code civil n'exclut pas une conception plus extensive de la propriété, qui porte alors tant sur les choses corporelles que sur les choses incorporelles ou droits. La propriété se situe alors « au principe de tous les droits »¹³⁵⁸.

Dans la conception de Ginossar, la propriété n'a donc pas la même nature juridique que ses démembrements, il y a entre eux « *une différence essentielle, structurelle, organique* »¹³⁵⁹. Les droits réels, qui doivent être réduits aux droits relatifs sur la chose d'autrui¹³⁶⁰, à l'exclusion de la propriété, sont des « *droits relatifs* », de nature obligationnelle, dont le sujet passif est individuellement déterminé en la personne d'autrui et dont la chose est affectée par le droit réel. Au contraire, la propriété est un « *droit absolu, un rapport juridique dont le sujet passif est, à tout moment, le monde entier* ». Or, une telle propriété ne peut être un droit réel, car « *elle se meut sur un plan plus élevé* »¹³⁶¹.

¹³⁵³ Voir notamment avant lui la classification des droits réels et des droits personnels du doyen M. CHAUVEAU qui porte en elle une telle conclusion (puisque'il note que les droits réels autres que la propriété engendrent une relation de type obligationnelle), bien qu'il n'aille pas jusqu'à retirer à la propriété sa nature juridique de droit réel.

¹³⁵⁴ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 42, p. 112.

¹³⁵⁵ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 70, p. 195.

¹³⁵⁶ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 11, p. 29.

¹³⁵⁷ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 12, p. 33.

¹³⁵⁸ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 42, p. 112.

¹³⁵⁹ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 42, p. 111 et 112.

¹³⁶⁰ Pour Ginossar, il convient de « réserver l'appellation de 'droit réel' aux 'autres' droits réels, c'est-à-dire aux droits sur la chose d'autrui corrélatifs d'une obligation réelle » : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 42, p. 112.

¹³⁶¹ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 42, p. 112.

382- Restait alors à définir la nature juridique de la propriété, ce qui a fait l'objet principal de la thèse du professeur Zenati. Avant de proposer une nouvelle lecture de l'analyse juridique de la propriété, l'auteur entreprend de distinguer la propriété de la catégorie des droits réels. Une différence de nature sépare la propriété des droits patrimoniaux¹³⁶². Dans les droits réels sur la chose d'autrui, « *le titulaire du droit a un sujet passif déterminé qui est un propriétaire* » et « *son droit ne pourrait exister en l'absence d'un propriétaire le subissant* »¹³⁶³. Or, la propriété n'a pas ces caractéristiques : « *[c]ontenu même de l'acquisition de tous les droits, droit susceptible de prescription extinctive, seul titre de la possession non précaire -pour ne citer que ces exemples- elle semble [...] n'avoir rien de commun avec l'ensemble des droits patrimoniaux, si ce n'est quelques caractères que ceux-ci lui empruntent* ». L'auteur découvre alors que « [l]a spécificité du droit de propriété constituerait une évidence [...] si, au lieu de penser que comme ce droit, les droits réels sont objets de possession et de revendication et, plus généralement, les droits patrimoniaux sont susceptibles de disposition, on cherchait l'explication de ces principes dans l'idée que *ces droits sont des objets de propriété*. La ressemblance entre la propriété et les droits ne serait qu'un leurre s'il s'avérait qu'on aliène, revendique, possède un droit, non pas à l'instar du droit de propriété, mais parce que l'on est propriétaire »¹³⁶⁴.

383- À partir de la structure de la propriété, qui est, aux termes même du Code civil, à la fois jouissance et disposition, l'auteur va être amené à identifier la propriété au droit subjectif¹³⁶⁵, les autres droits étant les objets du droit subjectif¹³⁶⁶. Il estime que la propriété n'est pas un droit patrimonial, car elle se situe à un niveau supérieur à celui des autres droits¹³⁶⁷. La propriété est intimement liée à la personnalité juridique ; elle est un rapport¹³⁶⁸, une « *projection* » de la personne sur les biens et ne peut en être dissociée¹³⁶⁹. La propriété est la « *relation par laquelle une personne s'approprie un bien et exerce sur lui un pouvoir de jouissance exclusive et de disposition, qui par son caractère absolu s'exerce erga omnes* »¹³⁷⁰. Seul droit exprimant un pouvoir absolu¹³⁷¹ de jouissance et de disposition sur les biens, la propriété est analysée en une prérogative

¹³⁶² F. ZENATI, thèse préc., n° 55.

¹³⁶³ F. ZENATI, thèse préc., n° 61.

¹³⁶⁴ F. ZENATI, thèse préc., n° 2.

¹³⁶⁵ F. ZENATI, thèse préc., n° 547 : « la propriété n'est pas un droit subjectif mais le droit subjectif ».

¹³⁶⁶ F. ZENATI, thèse préc., n° 556.

¹³⁶⁷ F. ZENATI, thèse préc., n° 546.

¹³⁶⁸ F. ZENATI, thèse préc., n° 549 : la dimension essentielle de la propriété est d'établir une relation privative.

¹³⁶⁹ F. ZENATI, thèse préc., n° 550.

¹³⁷⁰ F. ZENATI, thèse préc., n° 570.

¹³⁷¹ Dans les limites que la loi autorise.

attachée au sujet, donc un droit subjectif¹³⁷². Ainsi, le professeur Zenati, après avoir distingué la propriété des droits réels, a identifié sa nature juridique véritable dans le droit subjectif.

384- Plusieurs autres auteurs se situent dans cette mouvance. Ainsi, Mme Fabre-Magan a également adopté la thèse qui refuse l'assimilation de la propriété aux droits réels¹³⁷³. Reprenant la thèse de Ginossar, cet auteur considère que les droits réels devraient être définis comme les « droits directs *sur la chose d'autrui* », la propriété « qui est un droit sur ses *propres choses, ne devrait donc pas être considérée comme un droit réel* »¹³⁷⁴. Alors que la propriété est un droit qui porte sur une chose qui figure à l'actif du patrimoine, et que l'on est donc propriétaire des biens de *son* patrimoine, le droit réel, tels l'usufruit ou la servitude, porte au contraire sur la *chose d'autrui*. « En définitive, la *summa divisio* à effectuer au sein des droits subjectifs patrimoniaux comprend le droit de propriété (droit sur sa propre chose), les droits réels (droits sur la chose d'autrui) et les droits personnels (droits contre autrui). En d'autres termes, la propriété est un droit subjectif patrimonial, à côté des droits réels et des droits personnels »¹³⁷⁵.

Le courant doctrinal qui refuse la nature juridique de droit réel à la propriété trouve donc un certain écho en doctrine.

385- Cette idée a également été considérée outre-Atlantique, où l'on a même formulé l'hypothèse selon laquelle les codificateurs du Code civil du Québec pourraient avoir modifié la nature juridique de la propriété. En effet, si l'article 1119 du Code civil du Québec dispose sans aucune ambiguïté que les démembrements de la propriété « constituent des droits réels »¹³⁷⁶, on a souligné qu'au contraire, « la formulation de l'article 947 met en doute le caractère toujours réel de la propriété »¹³⁷⁷. Cette position comporte néanmoins ses limites, dès lors que le législateur québécois a expressément admis la théorie du démembrement (art. 1119 C.c.Q.). Une telle théorie étant acceptée,

¹³⁷² F. ZENATI, thèse préc., n° 546 et 547: la propriété ne peut être réduite ni au concept de chose, ni à celui de personne ; elle « ne peut se voir attribuer une nature juridique particulière parce qu'elle constitue une notion fondamentale du droit privé, qui se confond avec le droit subjectif lui-même ».

¹³⁷³ M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.583.

¹³⁷⁴ M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 24, p. 602 et 603.

¹³⁷⁵ M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 34., p. 609 et 610

¹³⁷⁶ Art. 1119 C.C.Q. : « L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont des démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels ».

¹³⁷⁷ J.E.C. BRIERLEY, « Regard sur le droit des biens dans le nouveau Code civil » *loc. cit.*, n° 6, p. 36. Voir aussi sur l'ambiguïté du C.c.Q. quant à la nature juridique du droit de propriété : R.A. MACDONALD, « Reconciving the Symbols of Property [...] », *loc. cit.*, p. 797 : l'absence de qualification de la propriété en un droit réel par l'article 947 C.c.Q. contraste avec l'affirmation expresse de la nature juridique de droits réels des démembrements de la propriété (art. 1119 et 2660 C.c.Q.).

il est difficile d'expliquer comment le tout, à savoir la propriété, pourrait avoir une nature juridique distincte de ses parties, ou démembrements. Surtout, l'article 911 du même code, aux termes duquel on peut être titulaire sur un bien « *d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel* », paraît exclure une telle interprétation¹³⁷⁸.

Quelle que soit la position que l'on adopte sur ce point, il est indéniable que l'idée selon laquelle la propriété ne serait pas un droit réel a été développée en France et présentée au Québec. Or, cette thèse n'est pas sans conséquences sur la propriété des créances et plus spécifiquement sur les problèmes théoriques qui lui sont traditionnellement liés.

2. Les retombées théoriques de la remise en cause de la nature juridique de la propriété

386- La remise en cause de la nature juridique de la propriété permet de résoudre, tant les problèmes liés à la superposition de droits de natures opposées (a), que ceux liés à une combinaison de biens dans le patrimoine du propriétaire de la créance (b).

a) Le problème de la superposition de droits de natures opposées

387- Une fois admise la thèse de la remise en cause de la nature juridique de droit réel de la propriété, force est de reconnaître que le problème posé par la superposition d'un droit réel de propriété sur un droit personnel de créance, n'a plus lieu d'être. La première conséquence de la remise en cause de la nature juridique de la propriété, est que la propriété des créances ne perturbe plus le schéma de la distinction traditionnelle des droits réels et des droits personnels. La propriété n'étant plus analysée en un droit réel, mais en une relation unissant la personne aux choses, celle-ci peut porter, sans problème théorique spécifique, sur une créance. De plus, la remise en cause de la nature juridique de la propriété permet également de résoudre la question posée par la combinaison de biens issue de la propriété des créances.

b) Le problème de la combinaison de biens posée par la propriété des créances

388- À partir du moment où la propriété n'est plus définie comme un droit réel mais comme une relation entre une personne et une chose, cette relation peut

¹³⁷⁸ Voir notamment, sur l'idée selon laquelle la propriété est un droit réel : D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, n° 204, p. 134.

difficilement être qualifiée de bien. En effet, l'analyse de la propriété en un bien est liée à l'idée de la confusion de la propriété dans son objet. C'est cette confusion qui fait dire que la propriété n'est pas une prérogative attachée au sujet, mais un bien. La propriété désigne alors dans un sens objectif « le statut d'une chose : est une propriété toute chose appartenant à un particulier »¹³⁷⁹. Mais la propriété peut également s'entendre dans un sens subjectif, comme la relation entre la personne et les biens¹³⁸⁰.

389- Nous avons vu que, dans son analyse de la nature juridique de la propriété, le professeur Zenati est arrivé à la conclusion selon laquelle la propriété constitue une « émanation du sujet » et doit être analysée en un droit subjectif¹³⁸¹. Elle peut être définie comme « la relation par laquelle une personne s'approprie un bien et exerce sur lui un pouvoir de jouissance exclusive et de disposition, qui par son caractère absolu s'exerce *erga omnes* »¹³⁸². Or, une telle conception de la propriété, relation entre une personne et un bien, exclut qu'il puisse s'agir d'un bien¹³⁸³ qu'il est utile et possible de s'approprier¹³⁸⁴, puisque l'appropriation du rapport d'appropriation en tant que tel serait sans intérêt¹³⁸⁵.

390- C'est à une conception relativement proche que s'est récemment rallié le professeur Fabre-Magnan. Pour cet auteur, la propriété ne peut pas être, comme dans la conception classique, un des éléments du patrimoine, puisque ce droit porte sur « *tous les éléments composant l'actif du patrimoine (qui) sont des objets de propriété* »¹³⁸⁶. L'auteur en déduit que le « droit de propriété ne doit pas alors figurer dans le patrimoine à côté des choses », reprenant ainsi l'idée du professeur Zenati, selon laquelle « *le droit*

¹³⁷⁹ La propriété désigne alors dans un sens objectif « le statut d'une chose : est une propriété toute chose appartenant à un particulier » : F. ZENATI, thèse préc., n° 298, p. 395.

¹³⁸⁰ Ce second sens correspond au *dominium* romain, alors que le sens objectif de la propriété se rapproche de la *proprietas* du droit romain. Sur l'ambivalence dans la notion de propriété du Code civil français : F. ZENATI, thèse préc., n° 296, p. 392 et n° 260, p. 349, selon lequel la propriété apparaît le plus souvent dans un sens subjectif, mais également parfois dans un sens objectif.

¹³⁸¹ L'analyse de la propriété en un droit subjectif a été suivie en doctrine par un certain nombre d'auteurs : B. LOTTI, thèse préc., n° 294, p. 331 : « Lorsqu'il s'applique aux biens, le droit subjectif désigne le droit de propriété [...]. La supériorité de la propriété s'explique par sa nature : comme tout droit subjectif, le droit de propriété est extrapatrimonial. Il est une projection du sujet sur les biens ».

¹³⁸² F. ZENATI, thèse préc., n° 570.

¹³⁸³ F. ZENATI, thèse préc., n° 299, p. 396 ; thèse préc., n° 256, p. 341 : « En disant que tous les biens sont des droits [...] on nie que la propriété puisse se situer à un niveau supérieur aux autres droits et on la rabaisse au stade d'un droit au même rang que les autres, on en fait un bien et non pas la relation entre la personne et les biens ».

¹³⁸⁴ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 1, p. 13 : le bien désigne la chose qu'il est utile et possible de s'approprier.

¹³⁸⁵ En ce sens : F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 2, p. 14 : « il serait absurde et inutile d'approprier le rapport d'appropriation ».

¹³⁸⁶ M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.583, n° 22, p. 600 et 601.

de propriété ne peut pas être considéré comme un bien sans absurdité. Il n'y a pas de sens à considérer comme objet d'appropriation l'instrument même de l'appropriation »¹³⁸⁷. D'après ce courant doctrinal, la propriété ne doit donc pas être considérée comme un bien.

391- On pourrait néanmoins se demander si les codificateurs du Code civil du Québec n'ont pas entendu consacrer la nature juridique de bien de la propriété. En effet, le livre IV du C.c.Q., intitulé « Des biens », comporte un titre deuxième, lui-même intitulé « De la propriété ». Il nous semble néanmoins préférable de considérer ce titre comme visant uniquement le domaine du droit des biens, de même que le code traite du domaine du droit des personnes et de la famille dans les titres précédents. Cette explication se justifie par l'intitulé du titre premier du livre IV (« De la distinction des biens et de leur appropriation »), qui distingue l'appropriation et les biens, montrant ainsi que le titre « Des biens » est utilisé dans un sens large. De plus, une telle explication explique que la propriété ne figure pas parmi l'énumération des biens des articles 899 et suivants du Code civil du Québec¹³⁸⁸. Cependant, même si le législateur avait expressément entendu qualifier la propriété de bien¹³⁸⁹, l'argument qui refuserait d'admettre la propriété des créances, au motif qu'elle consacrerait l'existence de deux biens dans le patrimoine du propriétaire de la créance, ne saurait convaincre un juriste québécois. En effet, le Code civil du Québec admet expressément la propriété des droits¹³⁹⁰, consacrant ainsi la possibilité que la propriété, si elle est analysée en un bien, porte sur un autre bien -les droits objets de propriété constituant par définition des biens.

392- La remise en cause de la conception traditionnelle de la nature juridique de la propriété rend légitime la propriété des créances. En effet, si la propriété ne s'analyse pas en un bien, la question du double bien posée par la figure juridique de la propriété des créances disparaît. Si la propriété n'est pas un bien, mais une relation - conformément à ce qu'elle était en droit romain- le propriétaire de la créance a alors

¹³⁸⁷ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, n° 2, p. 14.

¹³⁸⁸ Cela est encore confirmé par le fait que l'article 904 C.c.Q. vise généralement les « droits réels » et non la propriété ; et par le fait que les *Commentaires du Ministre* sur cet article disent que l'article 904 précité reprend le contenu de l'ancien article 381 C.c.B.C., qui ne citait pas la propriété.

¹³⁸⁹ Le droit de propriété pourrait se trouver dans l'article 904 C.c.Q., d'après lequel « Les droits réels qui portent sur des immeubles, les actions qui tendent à les faire valoir et celles qui visent à obtenir la possession d'un immeuble sont immeubles ». Voir cependant *contra* les *Commentaires du Ministre*, selon lesquels l'article 904 reprend l'ancien art. 381 C.c. B.-C., qui ne citait pas la propriété parmi les droits réels (art. 381 C.c.B.C. : « Sont immeubles par l'objet auquel ils s'attachent : l'emphytéose, l'usufruit des choses immobilières, l'usage et l'habitation, le droit de coupe de bois perpétuel ou pour un temps limité, les servitudes, les droits ou actions qui tendent à obtenir la possession d'un immeuble »).

¹³⁹⁰ Voir *supra*, n° 178 et suiv.

pour bien sa seule créance. La propriété exprime seulement alors la nature du lien qui relie le propriétaire au bien incorporel que constitue la créance. La remise en cause de la nature juridique de droit réel de la propriété permet donc de résoudre les deux principaux problèmes théoriques liés à la propriété des créances.

393- L'analyse de la propriété en un droit distinct de l'ensemble des autres droits nous semble largement convaincante. En effet, la propriété paraît se distinguer dans sa nature de tous les droits, tant personnels que réels. La propriété irradie l'ensemble des droits patrimoniaux et ne peut donc être considérée comme l'un de ces droits. Elle porte sur eux, elle les surplombe et les domine. C'est cette conception de la propriété qui semble se dégager de l'évolution du droit positif. En effet, si la propriété peut avoir pour objet tant les choses corporelles que les objets incorporels telles que des créances, c'est que les créances et les droits réels sont au même niveau par rapport à la propriété. Portant sur les droits réels aussi bien que sur les droits personnels, la propriété se situe alors à un niveau supérieur. Telle est selon nous l'explication la plus logique et la plus convaincante. De plus en plus d'auteurs, même parmi les classiques, ont d'ailleurs entrevu les différences profondes qui séparent la propriété des « autres » ou plutôt des seuls droits réels.

La doctrine dominante restant néanmoins attachée à l'analyse de la propriété en un droit réel, la question se pose de déterminer si cette conception condamne nécessairement la propriété des créances.

B. L'hypothèse du maintien de la nature juridique réelle de la propriété

394- L'observation du droit positif atteste la généralité de l'objet de la propriété. Sans nécessairement remettre en cause la nature juridique de la propriété, il est patent que le droit positif s'accommode fort bien de la compénétration du droit réel et du droit personnel. La reconnaissance par le droit positif des hypothèses de l'usufruit ou du gage des créances, tend non seulement à montrer qu'un droit peut porter sur un droit, mais qu'un droit réel peut porter sur un droit personnel, et plus encore que la propriété des créances existe.

Nous reprendrons successivement la question du cumul de biens (1), puis celle de la superposition de droits (2).

1. La question du double bien du propriétaire de la créance

395- Le problème qui se pose ici, est que le propriétaire d'un droit ne saurait avoir deux biens dans son patrimoine, l'un constitué du droit de propriété, et l'autre du droit sur lequel il porte¹³⁹¹. Pour résoudre cette difficulté, sans pour autant remettre en cause la nature juridique de droit réel de la propriété, plusieurs voies sont ouvertes.

396- En premier lieu, on peut d'abord observer que la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet, qui est sollicitée pour résoudre la difficulté de la propriété portant sur des corps, pourrait être également utilisée lorsqu'elle porte sur des droits. Quand bien même cette idée paraît choquante au premier abord, on pourrait en effet soutenir que la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet a désormais un domaine plus large, qui suit l'extension de son assiette. La théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet traditionnellement corporel est justifiée par la force du droit de propriété, qui aurait pour effet d'incorporer le bien propriété dans son objet, autre bien matériel. C'est cette construction qui permet de dire que le propriétaire n'a, en définitive, qu'un seul bien dans son patrimoine. Or, le raisonnement pourrait être étendu aux biens incorporels susceptibles d'être l'objet de la propriété. En effet, dans ce cas, la force du droit de propriété est la même, puisque c'est un droit de propriété identiquement exclusif, qui s'applique aux créances¹³⁹². La théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet, pourrait ainsi trouver à s'appliquer, que celui-ci soit corporel ou incorporel.

397- Lorsqu'on dit que le droit de propriété s'incorpore dans son objet corporel, de sorte qu'il n'existe plus qu'un seul bien, il s'agit d'une explication commode, mais qui masque le fait que le propriétaire d'un bien corporel a deux biens dans son patrimoine. C'est une pure fiction que de considérer, grâce à la théorie juridique dite de l'incorporation, que la difficulté du double bien du propriétaire d'un bien corporel s'évanouit. Cela justifierait que l'on puisse recourir à une fiction identique en matière de créances, dès lors que les développements du droit contemporain ont largement développé sa nature juridique de bien¹³⁹³. Il est vrai que l'argument de la

¹³⁹¹ V. MARCADÉ, *Explication du Code Napoléon, op. cit.*, t. 2, n° 366.

¹³⁹² Nous renvoyons à nos développements postérieurs pour cette démonstration.

¹³⁹³ Voir *supra*, n° 137 et suiv. Et sur la fiction juridique : G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 253, Paris, L.G.D.J., p. 12 : « la fiction juridique peut donc se définir comme l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application » ; et p. 14 : « Toute fiction juridique manifeste une insuffisance de la construction juridique élaborée à partir d'un ensemble de concepts, dont elle compromet la cohérence logique ». Voir aussi A.-M. LEROYER,

nécessité d'un corps paraît *a priori* justifier le refus de l'application de cette théorie à un objet incorporel, donc sans corps et sans assise matérielle. Néanmoins, l'idée d'une incorporation renvoie à une fusion du droit dans son objet, en raison de la force du droit en question ; or, si l'on admet que la notion de propriété est identique et que sa force est la même quel que soit son objet, cela pourrait justifier la fiction selon laquelle la propriété peut fusionner dans son objet immatériel, même si la fiction est plus forte qu'en matière corporelle. Une construction parallèle à celle imaginée pour les biens corporels, permettrait d'expliquer la possibilité pour la propriété de porter sur des droits ou choses incorporelles, en écartant, tout comme pour les corps, le problème théorique posé par l'existence de deux biens dans le patrimoine du propriétaire.

398- Sans qu'une telle position soit absolument insoutenable, l'évolution du droit positif semble toutefois aller en sens contraire. En effet, nous avons vu précédemment que la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet gagnerait à être remise en cause. Les auteurs justifient fréquemment l'idée selon laquelle la propriété doit s'analyser en un bien, par le fait que le bien-propriété, qui ne figure certainement pas dans l'énumération des biens donnée par le Code civil français et sans doute pas dans celle donnée par le Code civil québécois¹³⁹⁴, serait en réalité confondu avec ces biens, selon le raisonnement traditionnel de l'incorporation de la propriété dans son objet. Or, non seulement la liste des biens donnée par les deux codes civils ne contient pas la propriété¹³⁹⁵, mais aucun des deux codes ne contient non plus de dispositions faisant de la propriété un objet de droit. De plus, nous avons vu que le droit romain, dont se sont inspirés les codes civils français et québécois en la matière, n'a nullement opéré une telle confusion. La thèse a un fondement purement doctrinal et permet de contourner le problème qui se pose dans toute propriété, quel que soit son objet. Ainsi, lorsque la propriété porte sur un bien corporel, l'analyse traditionnelle de la propriété en un bien devrait conduire à refuser toute propriété portant sur un corps, au motif que le propriétaire aurait dans son patrimoine un double bien, le bien-propriété

Les fictions juridiques, thèse Paris II, 1995, p. 93 : « On peut ainsi distinguer les fictions qui consistent en l'affirmation de ce qui n'est pas, celles qui consistent en la négation de ce qui est, et celles qui consistent à prétendre que ce qui a lieu à un certain moment, ou sur une certaine chose ou une certaine personne, a lieu à un autre moment, ou sur une autre chose ou une autre personne. Le mécanisme de la fiction juridique semble donc être susceptible de procéder par trois mouvements différents : par une affirmation, par une négation, ou par une translation » ; et p. 146 : « Les fictions doctrinales sont celles qui sont imaginées « en vue d'expliquer une situation, un mécanisme » et p. 147 : « Une explication artificielle donnée par les auteurs est donc une fiction d'ordre purement doctrinal, dès lors qu'elle ne trouve aucune consécration en droit positif ».

¹³⁹⁴ Voir les articles 516 et suivants du Code civil français et 899 et suivants du Code civil du Québec.

¹³⁹⁵ Si l'on admet que la propriété est un droit réel, le bien propriété pourrait cependant être identifié à l'art. 904 C.c.Q., qui est plus englobant que l'art. 526 du Code civil français.

s'adjoignant au bien-objet. Le stratagème doctrinal consiste alors à invoquer l'incorporation de la propriété dans son objet, pour dire qu'en réalité, ce qui figure dans le patrimoine du propriétaire du bien, est le seul bien objet de la propriété, celle-ci étant fusionnée dans son objet.

Néanmoins, il n'est pas nouveau de dire que la propriété s'est dématérialisée. Le fait même de la reconnaissance de la propriété intellectuelle montre que la propriété ne saurait, sauf à avoir recours à une fiction importante, être incorporée dans son objet.

399- Même si le législateur québécois avait expressément entendu qualifier la propriété de bien, l'argument qui refuserait d'admettre la propriété des créances, au motif qu'elle consacrerait l'existence de deux biens dans le patrimoine du propriétaire de la créance, ne saurait davantage convaincre. En effet, le Code civil du Québec admet expressément la propriété des droits, consacrant ainsi la possibilité que la propriété, si elle est analysée en un bien, porte sur un autre bien -les droits objets de propriété constituant par définition des biens.

400- L'analyse de la propriété en un droit réel ne doit pas nécessairement conduire à sa qualification en un bien. S'il est vrai que les droits constituent une catégorie de biens, à savoir les biens incorporels¹³⁹⁶, cela ne signifie pas que tous les droits soient des biens. Le problème vient ici du double sens du terme droit, à la fois utilisé pour désigner le droit patrimonial et son objet. Lorsqu'on dit que la propriété est un droit, le terme est employé au sens de droit subjectif, ce qui n'implique pas qu'il s'agisse d'un bien, défini comme objet de droit. Tout au contraire, l'admission de la nature juridique de droit réel de la propriété, devrait exclure sa qualification de bien au sens de chose qu'il est utile et possible de s'approprier¹³⁹⁷.

Ainsi, et pour conclure sur ce point, plusieurs positions sont possibles en la matière, qui dépendent de la conception que l'on retient de la propriété, mais toutes ouvrent une possibilité de reconnaissance de la propriété des créances. Si l'on admet que la propriété ne constitue pas un droit réel ni un bien mais une relation entre une personne et un bien, le problème du double bien du propriétaire de la créance est supprimé. Mais, nous avons également vu que l'analyse traditionnelle qui fait de la propriété un droit réel peut être conservée, sans que cela ait pour conséquence de condamner la propriété des créances. En effet, dans ce cas, si l'on admet la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet, cette théorie devrait pouvoir être étendue,

¹³⁹⁶ Voir les articles 526 et 529 C.C.

¹³⁹⁷ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 1.

pour des raisons identiques, aux biens incorporels. De plus, nous avons souligné que cette théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet est contestable. Si la doctrine admettait alors sa remise en cause, la question du double bien du propriétaire se poserait strictement dans les mêmes termes pour la propriété des corps ou des droits. Enfin, toutes ces questions peuvent facilement se résoudre, si l'on continue à analyser la propriété en un droit réel, sans pour autant la qualifier de bien, les deux concepts n'étant pas strictement équivalents.

Quelle que soit la position adoptée, aucun des arguments exposés en la matière, ne sont dirimants pour refuser la propriété des créances sur ce fondement théorique. Mais, la reconnaissance de la notion de propriété des créances se heurte également, sur le plan des principes, à la question de la superposition de droits qu'elle paraît engendrer.

2. La question de la superposition de droits du propriétaire de la créance

401- Nous avons vu que les classiques ont également refusé la propriété des créances, au motif qu'elle entraînerait la superposition de deux droits, ceci étant d'autant plus inacceptable lorsqu'il s'agit d'un droit réel de propriété portant sur un droit personnel de créance. Si cet argument est plus facilement surmontable lorsqu'on admet de remettre en cause la nature juridique de droit réel de la propriété, une telle remise en cause n'est cependant pas nécessaire. En effet, le droit positif, tant français que québécois, a clairement reconnu des hypothèses de « droit sur droit », et même plus précisément de droit réel portant sur un droit personnel, à travers l'usufruit des créances et le gage des créances. Après avoir rendu compte des cas de reconnaissance de la notion de droit sur droit par le droit positif (a), nous tenterons de répondre aux arguments traditionnels en la matière (b).

a) La reconnaissance des hypothèses de « droit sur droit » en droit positif

402- Le droit positif, tant français (α) que québécois (β), reconnaît la figure juridique d'un droit portant sur un droit.

α . Droit français

403- La difficulté de nier la possibilité d'une figure juridique faisant porter un droit sur un autre droit, est liée à la reconnaissance de cette possibilité par les textes eux-mêmes. Tout d'abord, le Code civil français régit expressément le gage des

créances dans ses articles 2075 à 2081¹³⁹⁸. L'article 2075 de ce code prévoit que le gage peut s'établir « *sur des meubles incorporels, tels que les créances mobilières* »¹³⁹⁹, ce qui est confirmé par l'article 2081¹⁴⁰⁰. De plus, l'article 2079 dispose que le débiteur reste « propriétaire du gage » jusqu'à l'expropriation ; le législateur a donc reconnu ici que le débiteur sera, le cas échéant, propriétaire de la créance gagée¹⁴⁰¹. La jurisprudence s'est également prononcée en ce sens, lorsqu'elle a admis que celui qui vend une créance à un tiers, alors que celle-ci ne lui a été remise qu'à titre de gage, « *vend la chose d'autrui* »¹⁴⁰². Or, pourquoi refuser pour le droit réel de propriété ce que le législateur a expressément admis pour le droit réel de gage, à savoir qu'il puisse porter sur des créances ?

404- Tel est également le cas de l'usufruit. Aux termes de l'article 578 du Code civil français, l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance¹⁴⁰³. L'usufruitier a toutes les prérogatives de fait reconnues au propriétaire, sauf l'*abusus* - qui lui permettrait de compromettre le droit de propriété lui-même ; de son côté, le propriétaire, qui n'a quasiment plus de pouvoir matériel sur la chose, n'est plus qu'un « propriétaire abstrait, un *nu-propriétaire* »¹⁴⁰⁴.

405- La doctrine française s'accorde à admettre la reconnaissance légale de l'usufruit des créances, dont la licéité était déjà reconnue en droit romain¹⁴⁰⁵. Les auteurs reconnaissent que l'usufruit peut être constitué sur des biens incorporels et spécifiquement sur « *des créances de toute espèce, même sur une rente viagère* »¹⁴⁰⁶. En

¹³⁹⁸ L'article 2076 C.C. exigeant la tradition de la chose, le législateur a donc exigé une mise en possession de la créance. Sur la question de la mise en possession de la chose gagée : n° 614 et suiv.

¹³⁹⁹ Art. 2075 C.C. : « *Lorsque le gage s'établit sur des meubles incorporels, tels que les créances mobilières, l'acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, est signifié au débiteur de la créance donnée en gage, ou accepté par lui dans un acte authentique* ».

¹⁴⁰⁰ Art. 2081 C.C. : « *S'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus [...]* ».

¹⁴⁰¹ Voir : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, p. 51 et 52.

¹⁴⁰² Req. 10 mai 1898, D.P. 1898. I. 387.

¹⁴⁰³ Voir sur la notion d'usufruit : E. DOCKÈS, « *Essai sur la notion d'usufruit* », *Rev. trim. dr. civ.* 1995.479.

¹⁴⁰⁴ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 216.

¹⁴⁰⁵ L. RIGAUD, thèse préc., p. 51 et 391, selon lequel une créance (*res incorporalis*) pouvait être l'objet d'un droit d'usufruit (*usufructus nominis*). On rapporte à ce propos la querelle des jurisconsultes sur le point de savoir si le legs d'usufruit d'une créance devait être valable uniquement dans l'hypothèse où il était fait au débiteur, ou bien dans tous les cas, cette dernière opinion ayant fini par l'emporter : G. LEPOINTE, *op. cit.*, p. 137 et 138.

¹⁴⁰⁶ J.-B. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie, op. cit.*, n° 333, p. 410. Voir aussi : J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 92, p. 165 : « *Toutes sortes de biens, corporels ou incorporels (ex. : créances, fonds de commerce, actions et obligations), immeubles ou meubles, ont également vocation à supporter un usufruit* ».

premier lieu, cette analyse peut être inférée de la généralité de l'article 581 du Code civil, selon lequel l'usufruit peut être établi sur « toute espèce de biens meubles ou immeubles ». De plus, le code prévoit que l'usufruit peut porter sur des choses consommables (art. 587) et il envisage expressément que l'usufruit peut avoir pour objet une rente viagère, qui est une forme de créance (art. 588). Enfin, il est clair que les articles du Code relatifs aux fruits civils concernent davantage l'usufruit des créances que l'usufruit des choses corporelles¹⁴⁰⁷. Le Code civil français admet donc l'usufruit des créances, même si les dispositions en la matière sont un peu moins expresses que pour le gage.

Cela est confirmé par la jurisprudence, qui a reconnu l'usufruit des créances. Les tribunaux décident que l'usufruitier, qui est administrateur de la chose, doit l'entretenir, c'est-à-dire dans notre hypothèse, agir en sorte qu'elle ne se prescrive pas¹⁴⁰⁸, et il doit également assurer son recouvrement¹⁴⁰⁹. Le nu-propiétaire est quant à lui privé de tout pouvoir pratique sur la chose et il ne peut donc recouvrer la créance¹⁴¹⁰; il peut néanmoins obtenir des mesures conservatoires si son droit est menacé¹⁴¹¹. Dans l'hypothèse où l'usufruitier a obtenu paiement, l'usufruit dégénère en quasi-usufruit, le droit du nu-propiétaire ne consistant alors qu'à obtenir, à la fin de l'usufruit, la restitution des sommes perçues¹⁴¹².

406- La thèse selon laquelle un droit ne saurait porter sur un autre droit est, encore, contredite par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, qui a admis dans un arrêt précité relatif aux nationalisations, que le droit de propriété puisse porter sur des droits sociaux¹⁴¹³, lesquels peuvent s'analyser en des variétés de créances. Or, si le droit de propriété, couramment analysé comme le premier des droits réels, peut porter sur des droits sociaux, qui peuvent s'analyser comme une variété de créances, pourquoi cette possibilité serait-elle déniée au droit réel d'usufruit ?

La reconnaissance par le droit positif français de l'usufruit et du gage des créances, apporte donc un démenti formel à l'idée traditionnelle selon laquelle les droits réels ne portent que sur des corps¹⁴¹⁴. Qu'en est-il alors du droit québécois ?

¹⁴⁰⁷ A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », *Rev. trim. dr. civ.* 1956.1, p. 2 et 3.

¹⁴⁰⁸ Req., 21 mai 1930, S. 1930.1.286.

¹⁴⁰⁹ Req., 21 juin 1945, S. 1845.1.129.

¹⁴¹⁰ Bordeaux, 9 avril 1845, S. 1846.2.531.

¹⁴¹¹ Req., 27 mars 1946, D. 1946.240.

¹⁴¹² Toulouse, 21 juin 1887, D.P. 1888. 2. 77.

¹⁴¹³ Décision n° 81-132 DC du 6 janv. 1982, Rec. 18, AJDA 1982.377, note J. RIVERO.

¹⁴¹⁴ Le Code Napoléon admettait dès les origines que des droits puissent porter sur d'autres droits: voir notamment les articles 588, 2075, 2118, 2181.

β. Droit québécois

407- En droit québécois, le phénomène d'un droit portant sur un autre droit existe également. Déjà dans le Code civil du Bas Canada, l'article 446 disposait que l'usufruit pouvait porter « *sur toute espèce de bien meuble ou immeuble* ». La doctrine déduisait de cet article que l'usufruit pouvait être constitué sur les choses corporelles et les choses incorporelles, parmi lesquelles on pouvait compter un autre droit réel ou un droit personnel de créance¹⁴¹⁵. Cette analyse était confirmée en jurisprudence, qui admettait sans question l'usufruit des créances¹⁴¹⁶.

408- La possibilité pour un droit d'usufruit de porter sur un autre droit, et plus spécifiquement sur une créance, est reconnue plus expressément par le Code civil du Québec que par le Code civil français¹⁴¹⁷. L'article 1120 C.c.Q. dispose que « L'usufruit est le *droit d'user et de jouir, pendant un certain temps, d'un bien dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance* ». Les biens étant corporels et incorporels, (art. 899 C.c.Q.), c'est donc que l'usufruit porte tant sur les biens incorporels que corporels. La doctrine est en ce sens, qui admet que la dématérialisation de l'objet de la propriété rend possible la dématérialisation de l'objet des autres droits réels, tels l'usufruit¹⁴¹⁸.

Toute ambiguïté est d'ailleurs levée par l'article 1132 du Code civil du Québec, qui traite expressément de l'usufruit d'une créance, en prévoyant que : « Si la *créance sur laquelle porte l'usufruit* vient à échéance au cours de l'usufruit, le prix en est payé à l'usufruitier, qui en donne quittance. L'usufruitier en doit compte au nu-propiétaire à la fin de l'usufruit ».

¹⁴¹⁵ Voir P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien, op. cit.*, t. 2, p. 542 et 560 et suiv. Voir cependant : M. CANTIN CUMYN, « De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation », *loc. cit.*, p. 40.

¹⁴¹⁶ Voir notamment *Moore c. Gartner*, [1930] 68 C.S. 365.

¹⁴¹⁷ P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 742 : « *L'usufruit peut porter sur toute espèce de bien, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels* » ; F. FRENETTE, « Les démembrements du droit de propriété : traits saillants d'une réforme », (1988) 3 *C.P. du N.* 215, p. 226 : « La pierre angulaire de la réforme porte sur les développements du droit d'usufruit appliqué à des biens incorporels » ; M. CANTIN CUMYN, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie, op. cit.*, n° 73, p. 52 : « *L'usufruit peut également avoir pour objet un droit de créance* » ; A. COSSETTE, « De la révision du chapitre de l'usufruit », (1958) 60 *R. du N.* 254 ; P. MARTINEAU, *Les biens, op. cit.*, p. 136 ; A. LAVALLÉE, « Quid », (1947-48) 50 *R. du N.* 490. En jurisprudence : *Bérubé c. Morneau*, (1888) 14 Q.L.R. 90 (C.S.) ; *Moore c. Gardner*, (1930) 68 C.S. 365. Sur l'usufruit d'une rente viagère ou temporaire : P.-C. LAFOND, *op. cit.*, p. 767.

¹⁴¹⁸ S. NORMAND, *Introduction au droit des biens, op. cit.*, p. 206 : l'usufruit « porte sur toutes sortes de biens (1120 C.c.Q.) qu'il s'agisse de biens corporels, meubles ou immeubles (par exemple l'usufruit d'une propriété foncière), ou de biens incorporels (par exemple l'usufruit d'une créance, l'usufruit d'un droit de propriété littéraire, artistique ou commerciale ou l'usufruit de valeurs mobilières). *La dématérialisation, désormais admise, de l'objet de la propriété lève les obstacles que le droit antérieur connaissait* ».

409- De même, en matière de gage, un paragraphe spécifique régleme l'« hypothèque mobilière sur des créances » (articles 2710 à 2713). Aux termes de l'article 2666 du Code civil, « L'hypothèque grève soit *un ou plusieurs biens particuliers, corporels ou incorporels*, soit un *ensemble de biens compris dans une universalité* ». En dépit de l'extension de son objet, le législateur n'a pas hésité à réaffirmer la nature juridique de droit réel de l'hypothèque¹⁴¹⁹.

410- En droit québécois comme en droit français, la figure juridique d'un droit portant sur un autre droit est donc expressément reconnue et, au-delà, celle d'un droit réel portant sur un droit personnel. Le désaveu apporté à la théorie traditionnelle est tel que les classiques ont proposé plusieurs explications susceptibles de rendre compte de ces figures juridiques gênantes. Que penser de ces explications ?

b) La critique de l'analyse classique des hypothèses de droit sur droit

411- Après avoir souligné les limites de l'analyse traditionnelle en la matière (α), nous envisagerons quelles conséquences il faut en tirer en matière de propriété des créances (β).

α . La critique de l'analyse traditionnelle de l'usufruit et du gage des créances

412- Selon l'explication traditionnelle le droit d'usufruit ou le droit de gage seraient dénaturés lorsqu'ils viennent à porter sur des créances. On peut toutefois se demander comment la nature juridique d'un droit peut changer en fonction de son objet. La thèse qui veut que l'objet sur lequel porte un droit réel d'usufruit ou de gage, ait pour effet de modifier leur nature juridique de droit réel, est pour le moins discutable et les tenants de la doctrine classique s'en sont eux-mêmes étonnés¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁹ L'article 2660 C.c.Q. définit l'hypothèque comme « un droit réel sur un bien, meuble ou immeuble, affecté à l'exécution d'une obligation [...] » ; voir aussi l'art. 2666 C.c.Q. : « L'hypothèque grève soit un ou plusieurs biens particuliers, *corporels ou incorporels*, soit un ensemble de biens compris dans une universalité ». Sur l'hypothèque des créances : D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, *op. cit.*, n° 251, p. 115 : « *L'hypothèque peut grever des biens incorporels, comme des créances* (art. 2666 C.c.Q.). De plus, le nouveau code admet l'hypothèque portant sur un bien futur, *un bien indéterminé ou sur une universalité* : R.A. MACDONALD, « Reconciving the Symbols of Property [...] », *loc. cit.*, p. 800.

¹⁴²⁰ A. COLIN, H. CAPITANT *Traité de droit civil*, *op. cit.*, t. 1, n° 1705, p. 960.

On pourrait alors considérer que l'usufruit ou le gage des créances conservent leur nature réelle, même lorsqu'ils viennent à porter sur des créances. De nombreux auteurs l'admettent¹⁴²¹, de même que certains jugements¹⁴²².

413- L'idée d'un démembrement de la créance, traditionnellement avancée pour rendre compte de l'usufruit des créances, prête également à discussion. La question se pose en effet de savoir « comment le droit de créance, qui ne comporte pas de droit de jouissance dans sa structure, pourrait-il être démembré ? »¹⁴²³. Si l'on analyse traditionnellement l'usufruit comme un démembrement du droit de propriété, regroupant l'*usus* et le *fructus*, cela ne veut pas dire que tous les droits, droit de créance compris, possèdent une telle structure. Ce n'est pas parce que le créancier jouit de sa créance, que celle-ci s'analyse en un droit de jouissance¹⁴²⁴. Le droit réel d'usufruit, portant sur le droit personnel de créance, ne devrait donc pas être analysé en un démembrement de la créance.

L'hypothèse d'un usufruit ou d'un gage portant sur une créance ne peut donc s'expliquer par un démembrement du droit secondaire sur lequel porte le droit supérieur. De plus, si l'on refuse de reconnaître que l'objet d'un droit pourrait modifier sa nature juridique, l'usufruit ou le gage des créances devraient continuer à être analysés en des droits réels. Avec l'usufruit ou le gage des créances, on a donc bien la figure juridique de droits réels portant sur un droit personnel de créance. La question se pose alors de savoir quels enseignements en retirer en matière de propriété des créances.

¹⁴²¹ En ce sens : A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 1, n° 771, p. 469 ; A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », *loc. cit.*, n° 5, p. 5, selon lequel il n'est « pas inexact d'appliquer à l'usufruit des créances la qualification de droit réel, car non seulement l'usufruitier a un pouvoir direct sur la chose (puisqu'il peut tirer certains avantages de la créance sans avoir à passer par l'intermédiaire du nu-propiétaire), mais son droit est également opposable à tous (l'usufruitier peut notamment l'invoquer à l'encontre d'un cessionnaire de la créance ou d'un créancier du nu-propiétaire qui l'aurait saisi) ». Voir aussi : L. RIGAUD, thèse préc., p. 395, selon lequel dans ce cas, la figure juridique reste réelle, car la prestation n'existe pas dans l'intérêt du titulaire du droit supérieur ou dominant, qui n'est pas sujet actif de la prestation. Voir aussi en ce sens : S. ROGIER, *De la mise en gage des créances en droit français*, thèse Paris, 1929, p. 31 : « le gage portant sur une créance ou un autre droit quelconque est bien un véritable droit réel ». D.A. IMBROANE, *Nature juridique du gage des créances*, thèse Paris, 1939, p. 21 : la thèse selon laquelle « le gage est un droit réel, indifféremment de son objet, que ce soit une chose corporelle ou incorporelle » est « celle qui recueille les suffrages du plus grand nombre d'auteurs et qui a été consacrée, plus ou moins expressément par les législations positives des différents pays ».

¹⁴²² En ce sens : Paris, 10 octobre 1964, D. 1965.125 : « la signification est une condition substantielle de la naissance du droit réel au profit du créancier gagiste ».

¹⁴²³ F. ZENATI, thèse préc., n° 424, p. 587.

¹⁴²⁴ F. ZENATI, thèse préc., n° 69, p. 109.

β. Les prolongements de la critique traditionnelle en matière de propriété des créances

414- En plus de rendre possible l'existence d'un droit portant sur un autre droit, la reconnaissance de l'usufruit des créances débouche logiquement sur la reconnaissance de la propriété des créances.

L'idée a été avancée selon laquelle le recours à la propriété des créances ne serait pas indispensable pour rendre compte de la possibilité d'un usufruit ou d'un nantissement des créances¹⁴²⁵. Une telle conception heurte cependant la théorie traditionnelle du démembrement : si la créance peut être l'objet d'un usufruit et si l'usufruit est un démembrement de la propriété, comment la créance ne pourrait-elle être l'objet du droit souche de propriété¹⁴²⁶ ?

Il est remarquable que la grande majorité des auteurs contemporains qui n'admettent pas la notion de propriété des créances, admettent pourtant celle d'usufruit des créances¹⁴²⁷. À ce propos, Oppetit soulignait fort justement que « nos concepts manquent singulièrement de rigueur et de précision en la matière ; en effet, *si l'on se refuse à parler de propriété, au sens technique du terme, à propos de biens incorporels, et si l'on récuse la qualification de droit réel appliquée à un droit sur une créance, on admet pourtant que l'usufruit s'étend à tous les biens incorporels : c'est donc reconnaître que la propriété d'un bien incorporel peut être démembrée, alors qu'il est d'autre part bien établi qu'un tel bien n'est pas susceptible de propriété* »¹⁴²⁸. Les auteurs qui admettent la théorie du démembrement, sur laquelle repose la théorie classique de la propriété, ne peuvent rationnellement, à la fois reconnaître l'usufruit des créances et rejeter la notion de propriété des créances.

L'explication la plus satisfaisante, pour expliquer qu'une créance peut être grevée d'un usufruit ou d'un gage, est donc bien que cette créance puisse faire l'objet

¹⁴²⁵ Ainsi, pour Dabin, « Ni l'usufruit, ni le nantissement ne présupposent la propriété ; ils supposent uniquement un droit pécuniaire, un bien propre quelconque » : J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *loc. cit.*, p. 32 et *Le droit subjectif*, p. 194-196. L'explication fournie par l'auteur est que « le droit qu'a le créancier d'obtenir de son débiteur une certaine prestation représente une valeur, dont il est possible, en droit moderne, de céder la jouissance (usufruit) ou de tirer crédit (nantissement) » : *loc. cit.*, p. 32.

¹⁴²⁶ L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », *loc. cit.*, n° 6 : si « l'usufruit, qui n'est qu'un démembrement de la propriété, est susceptible d'être établi sur une créance, une rente, un fonds de commerce, un usufruit même ; pourquoi en irait-il autrement de la propriété envisagée dans sa plénitude ? ». Voir aussi : F. ZENATI, thèse préc., n° 69 : « Comment l'usufruit, fragment de propriété peut-il porter sur une créance [...] tout en étant le fragment d'un droit qui, lui, ne saurait s'exercer sur de telles entités ? » ; pour cet auteur, si la créance peut être l'objet d'un droit d'usufruit, elle doit pouvoir être l'objet d'un droit de propriété dès lors que l'usufruit des droits constitue « un diminutif de la propriété des droits ».

¹⁴²⁷ H., L., et J MAZEAUD et F. CHABAS, *Les biens, op. cit.*, n° 1651, p. 384 ; J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 43, p. 76 et n° 103, p. 179. *Contra*: C. LARROUMET, *Les biens, op. cit.*, p. 281.

¹⁴²⁸ B. OPPETIT, « Le trust dans le droit du commerce international », *Rev. Crit. D.I.P.* 1973.9, note 2, p. 9.

d'une propriété pleine et entière¹⁴²⁹. Va également dans ce sens, le fait que s'il existe un usufruitier, c'est nécessairement qu'il existe un nu-propiétaire qui, s'il est un propriétaire démuné, demeure toutefois un propriétaire¹⁴³⁰.

415- La question reste de savoir comment le propriétaire d'une créance peut avoir un droit direct sur la créance, alors que l'on considère traditionnellement que le créancier a un droit indirect à la créance. La thèse qui refuse à la propriété la nature juridique de droit réel répond parfaitement à cette objection. De plus, cette théorie permet de situer la propriété à un niveau supérieur à celui des autres droits, ce qui rend plus élégante la figure juridique d'un droit de propriété portant sur des droits réels ou personnels.

416- Il est toutefois possible de reconnaître la notion de propriété des créances, sans aller jusqu'à remettre en cause la nature juridique de la propriété. En effet, nous avons vu que la définition du droit réel comme un droit portant directement sur une chose est loin d'être absolue. Dès lors, si l'on veut refuser la nature juridique de droit réel à la propriété des créances sur ce fondement, il faudrait mettre en cause la nature juridique de droit réel de tous les droits réels démembés, qui ne s'exercent sur une chose que par l'intermédiaire d'une personne. De plus, il n'est pas même certain que le critère du caractère direct du droit réel ne puisse s'appliquer aux créances. Si ce caractère a souvent été refusé sur le fondement de l'analyse de l'obligation en un lien de droit entre deux personnes, nous avons vu que l'obligation, si elle est un lien de droit, s'analyse également en un bien, lorsqu'elle est contemplée en tant que créance, dans son aspect positif. Rien n'empêche alors la propriété, analysée en un droit réel, de porter directement sur le bien créance.

Notons enfin que le seul critère incontournable du droit réel, à savoir l'opposabilité à tous, s'applique sans exclusive à la propriété des corps comme à la

¹⁴²⁹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 53 : « Puisqu'il est possible de grever une créance de 'droits réels', de constituer sur elle un usufruit ou un gage, et de scinder ainsi les pouvoirs du créancier entre plusieurs bénéficiaires, c'est que la réunion de ces divers fragments dans le chef d'une seule personne, le créancier, confère à ce dernier la pleine et complète propriété de la créance ».

Voir également en ce sens: M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, *op. cit.*, t. 3, n° 758, p. 755 ; L. RIGAUD, thèse préc., p. 164 ; L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », *loc. cit.*, p. 95.

¹⁴³⁰ Voir sur ce point : P. CROCOQ, thèse préc., p. 79 : « le nu-propiétaire demeure bien un propriétaire et le Code civil le reconnaît expressément en le désignant comme tel : art. 578, 585, 592, 599, 600, 603, 605, 607, 609, 611, 612, 614, 616, 617 et 618 du Code civil. Seul l'article 595 emploie le terme de nu-propiétaire mais il s'agit d'une rédaction postérieure et cet emploi ne figurait pas dans le Code civil initialement [...] ». Sur l'idée selon laquelle l'essence de la propriété est la potentialité de la plénitude des pouvoirs : P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de propriété » *loc. cit.*, p. 446.

propriété des droits. Nous tâcherons de montrer que, de même que la propriété des corps est par principe opposable à tous¹⁴³¹, tel est également le cas de la propriété des droits, et plus spécifiquement de la propriété des créances.

417- Si plusieurs positions doctrinales sont envisageables, chacune étant tributaire de la conception que l'on retient de la propriété, elles ouvrent une possibilité de reconnaissance de la propriété des créances. Si l'on admet que la propriété ne constitue pas un droit patrimonial, mais une relation entre une personne et un bien, les problèmes de superposition de bien et de doublement de droits sont supprimés. Mais, l'analyse traditionnelle qui fait de la propriété un droit réel ne conduit pas nécessairement à un rejet de la propriété des créances. Tant le phénomène du double bien que celui du double droit, que l'on a invoqués pour refuser que la propriété s'applique au bien créance, ne sont à l'analyse insurmontables, quelle que soit l'analyse juridique de la propriété que l'on adopte.

Conclusion du chapitre

418- Les fondements traditionnellement invoqués pour refuser la figure juridique de la propriété des créances ont perdu beaucoup de leur solidité. Ni l'idée de l'objet traditionnellement corporel de la propriété, ni la distinction des droits réels et des droits personnels ne sont insurmontables à l'analyse. La conception de l'objet de la propriété, telle qu'elle ressort des textes, n'est aucunement limitée à la propriété des corps, tout au contraire. De plus, l'ensemble du droit civil s'oriente vers une prise en compte de plus en plus complète des biens incorporels, dont l'importance qualitative et quantitative s'est largement développée dans les dernières décennies. Quant aux arguments relatifs à la nature juridique de la propriété et de la créance, ils sont également réfutables. La distinction des droits patrimoniaux en droits réels et en droits personnels est loin de fournir l'outil de classification infaillible que certains auteurs ont voulu y voir. Sans aller jusqu'à la remise en cause totale de la classification, qui rend compte d'une certaine réalité, la simple existence de cet outil de classement, souvent défaillant tant sur un plan pratique que théorique, ne saurait mettre en cause l'existence du concept de propriété des créances -sous peine de discréditer toutes les figures juridiques que cette classification bipartite n'a pas su intégrer. Enfin, nous avons vu que

¹⁴³¹ Le principe n'est pas absolu, comme on peut l'observer dans la situation où le propriétaire ne peut revendiquer son bien contre le possesseur de bonne foi : *infra*, n° 723.

la figure juridique d'un droit portant sur un autre droit n'est pas spécifique à la propriété des créances. Ainsi, l'usufruit des créances constitue un véritable usufruit portant sur des créances, sans que la nature de son objet ait pour effet de dénaturer l'usufruit en un autre droit. En dernier lieu, la question du double bien du propriétaire de la créance peut également être dépassée, que l'on remette ou non en cause la nature juridique de la propriété.

CONCLUSION DU TITRE II :

419- La qualité de bien de la créance reconnue, c'est la qualité de propriétaire du créancier que l'on peut à présent affirmer. Ces développements ont tenté de montrer que la propriété des droits est possible, ce qu'a souligné le précédent de la propriété intellectuelle et ce qui se vérifie, lorsqu'on parvient à identifier la notion de propriété dans la notion traditionnelle de titularité. La possibilité de la propriété des créances devient envisageable d'un point de vue théorique, lorsque sont écartés les arguments liés à l'incompatibilité de la nature juridique de la propriété et de la créance. Même si plusieurs d'entre eux peuvent faire douter de la nature de droit réel de la propriété, il n'est pas nécessaire de remettre en cause la nature traditionnelle de la propriété pour admettre la propriété des droits en général et la propriété des créances en particulier. En effet, la propriété, même qualifiée de droit réel, n'est pas un bien, mais la relation qui permet l'appropriation des choses ou des biens. De plus, les problèmes théoriques que pose la figure juridique d'un droit portant sur un droit ne sont pas insurmontables, pas plus que ne le sont ceux posés par la superposition d'un droit réel à un droit personnel. Si l'on admet l'usufruit des créances ou le gage des créances, pourquoi refuser alors la propriété des créances, d'autant plus que, dans la vision traditionnelle, la propriété est le droit réel le plus complet susceptible de porter sur une chose ? La notion de droit réel doit simplement être révisée, afin de prendre en compte la possibilité pour ce droit de porter tant sur des choses matérielles que sur des droits.

Il convient désormais d'admettre que les droits réels peuvent avoir pour objet non pas la *res* au sens matériel, mais les biens, qu'ils soient corporels ou incorporels, parmi lesquels figurent les créances. Cela se vérifie tant à travers la figure juridique de l'usufruit des créances, que de celle du gage ou de l'hypothèque des créances. L'énigme de la fiducie québécoise pourrait par cette voie être résolue. La difficulté de faire référence au concept de droit réel dans le cadre de fiducie pourrait également être

dépassée et l'on éviterait ainsi la figure juridique problématique d'un patrimoine sans titulaire, ou d'un patrimoine propriété de personne. De même qu'on a pu répondre par l'affirmative à la question de savoir si l'usufruit des créances existait, il nous semble aujourd'hui possible d'affirmer l'existence de la propriété des créances.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

420- L'existence juridique 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 propriété. Suivant en cela l'évolution de la richesse économique, l'immatériel tend en effet à s'imposer de plus en plus en droit.

421- Si la reconnaissance de la propriété des créances peut passer par la remise en cause de la nature juridique de droit réel de la propriété, une telle remise en cause n'est toutefois pas nécessaire. Il est possible d'admettre une telle propriété, tout en analysant la propriété comme un droit réel. La définition du droit réel doit néanmoins être revue pour tenir compte de son évolution, ce droit pouvant désormais porter tant sur des biens corporels qu'incorporels-ce qui explique du même coup les figures juridiques, longtemps problématiques, de l'usufruit des créances ou du gage des créances. Si la créance est un droit personnel, le cas de la propriété des créances est loin d'être le seul où le législateur a reconnu qu'un droit réel porte sur un droit personnel. Il ne s'agit en réalité que d'une manifestation, parmi d'autres, de l'imperfection de la distinction traditionnelle des droits patrimoniaux en droits réels et en droits personnels.

422- La tentation du dédoublement notionnel de la propriété en une propriété des corps authentique et une propriété des droits, impropre d'un point de vue théorique, peut également être évitée, dès lors qu'on reconnaît l'essence de la notion de propriété dans le concept classique de titularité, traditionnellement utilisé pour rendre compte des manifestations multiples de la propriété des créances.

L'existence de la notion de propriété des créances admise, il convient à présent d'en déterminer le régime juridique.

LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

Approche comparative

par

Yaëll EMERICH

Thèse de doctorat effectuée en cotutelle

à

**Faculté des études supérieures
UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL**

ET

UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université de
Montréal en vue de l'obtention du grade de **Docteur en Droit (L.L.D.)**

et à

l'Université Jean Moulin Lyon 3

le 17 décembre 2004

copyright Yaëll Emerich, 2004



SECONDE PARTIE

LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

423- La reconnaissance de l'existence de la propriété des créances en droit français et en droit québécois emporte inévitablement des conséquences en termes de régime juridique. Si la notion de propriété des créances existe, la question se pose de savoir quel régime appliquer à ce type particulier de propriété. S'agit-il du même régime juridique que celui de la propriété des corps ?

Traditionnellement, le régime juridique des créances est étudié dans une branche du droit distincte du droit des biens, à savoir en droit des obligations. Or, au sein même du droit des obligations traditionnel, on distingue la présence du droit des biens, qui se justifie par la nature spécifique de la créance, qui est à la fois un lien de droit entre deux personnes et un bien.

Il faut se garder ici de vouloir trop expliquer par la propriété des créances : tout le droit des obligations n'est pas du droit des biens. Ainsi nous désintéresserons-nous de tout ce qui ne relève pas du régime réel des créances, comme la question des sources des obligations. Il s'agit plutôt de cerner ce qui, au sein du traditionnel droit des obligations, constitue du droit des biens. Le particularisme du bien créance ne peut manquer d'avoir des conséquences sur son régime juridique. Le droit des biens des obligations est un droit spécifique, en raison la nature très particulière de la créance.

424- Afin de déterminer si le régime de la propriété corporelle peut s'adapter aux biens incorporels et si, au-delà des inévitables particularités s'attachant à la différence d'objet de la propriété, on retrouve la marque de la propriété, il convient de cerner les grands traits du régime juridique de la propriété des créances, à travers l'étude de l'acquisition de la propriété des créances (titre I), puis du contentieux de la propriété des créances (titre II).

Titre I

L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

425- Les systèmes juridiques français et québécois connaissent des modes d'acquisition de la propriété largement similaires. En dehors de l'acquisition par le biais des successions, la propriété s'acquiert par voie d'occupation, par accession, par prescription, par l'effet des obligations, ou en vertu de certains autres modes spécifiquement prévus par la loi¹⁴³². Si plusieurs types de classement des modes d'acquisition de la propriété peuvent être retenus¹⁴³³, l'usage le plus commun est de distinguer l'acquisition originaire, ou pure et simple, dans laquelle le propriétaire ne tient son droit de personne, de l'acquisition dérivée ou translative, dans laquelle l'acquéreur tient son bien d'un précédent propriétaire¹⁴³⁴.

L'acquisition translative ou dérivée, qui constitue le principal mode d'acquisition de la propriété des créances sera d'abord envisagée (chapitre I), avant de rendre compte de l'acquisition originaire de la propriété des créances qui, tout en étant plus rare, n'en est pas moins possible (chapitre II).

¹⁴³² Art. 711 et 712 C.C.f. ; art. 916 C.c.Q. : « Les biens s'acquièrent par contrat, par succession, par occupation, par prescription, par accession ou par tout autre mode prévu par la loi [...] ». Voir notamment en droit français : C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 7^e éd., t. 2, par P. ESMEIN, Paris, Librairies techniques, 1961, § 200 bis, n° 189 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, op. cit., n° 388, p. 291 ; en droit québécois : P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 987.

¹⁴³³ J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., n° 106, p. 185 : les modes d'acquérir sont à titre universel ou à titre particulier ; à cause de mort, ou entre vifs ; originaires ou dérivés ; conventionnels ou légaux. Voir aussi : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, op. cit., n° 389, p. 292 : les modes d'acquisition sont fondés sur la propriété (accession), sur la possession (tels l'occupation, ou l'usucapion), sur la volonté (convention, testament), ou sur la loi.

¹⁴³⁴ Voir notamment en droit français : C. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. 4, *Les biens*, par P. VOIRIN, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1938, n° 634, p. 688 ; M. VANDEL, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Propriété*, n° 153 et 154 : « L'acquisition a lieu suivant un mode originaire lorsque l'acquéreur ne tient ses droits d'aucune autre personne, soit qu'au moment de l'acquisition le bien acquis n'ait jamais fait l'objet ou ne fasse plus l'objet d'un droit préexistant, soit que la loi supprime ou transforme au bénéfice du nouvel acquéreur le droit préexistant ». Au contraire, « [L] acquisition a lieu suivant un mode dérivé lorsqu'elle implique la transmission d'un droit préexistant par un auteur à son ayant cause [...] ». En droit québécois : L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 4, Montréal, Wilson & Lafleur, 1954, p. 13 ; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 989 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, op. cit., n° 209, p. 138 : « On parle de mode dérivé d'acquisition lorsqu'un propriétaire (ayant cause) tient son droit d'un prédécesseur (auteur) à la suite d'un contrat ou de l'ouverture d'une succession. Il y a mode originaire quand le bien acquis n'appartient à personne (occupation) ou lorsque la transmission a lieu par l'effet de la loi (prescription, acquisition des fruits et revenus par le possesseur de bonne foi, accession, tout autre mode légal) ».

Chapitre premier

L'ACQUISITION DÉRIVÉE

426- Si le destin de l'obligation a, pendant longtemps, été de s'éteindre, le droit moderne a connu une indéniable expansion de la circulation des créances¹⁴³⁵. Les développements précédents ont montré que la transmission à cause de mort a été la première à être admise et que ce n'est que plus tard, d'un point de vue historique, que la transmission entre vifs s'est imposée.

En droit positif, la nature juridique de bien de la créance et la possibilité qui en découle de lui appliquer le régime juridique de la propriété se manifeste tout autant à travers la transmission des créances entre vifs (section I), qu'à cause de mort (titre II).

SECTION I.

LA TRANSMISSION ENTRE VIFS DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

427- Si la créance a longtemps été analysée comme un lien de droit intransmissible, elle est devenue transmissible à partir du moment où elle a été considérée comme un bien¹⁴³⁶. Même si certaines créances demeurent incessibles, le principe est assurément aujourd'hui, en droit français comme en droit québécois, celui de leur cessibilité¹⁴³⁷. La question essentielle en la matière est de déterminer ce qui fait l'objet du transfert : s'agit-il de la créance ou de la propriété, ou encore, de la créance et

¹⁴³⁵ Bien que le rapport d'obligation puisse être envisagé tant sous sa face active que passive, la dette, qui n'est pas un bien (*supra*, n° 132), n'est pas un objet de propriété. Les développements qui suivent sont donc restreints à la transmission active de l'obligation, l'examen de la cession de dette et de la cession de contrat ayant été volontairement écarté.

¹⁴³⁶ *Supra*, n° 116 et suiv.

¹⁴³⁷ Voir notamment sur cette question en droit français : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 348, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 209. En droit québécois : *Banque royale du Canada c. Béliveau*, [1976] C.A. 539 ; *Distribution Sunliner Inc.* (1985), J.E. 95-241 (C.S.) : le principe est celui de la cessibilité de toute créance, qu'elle soit pure et simple, conditionnelle ou à terme.

de la propriété à la fois ? La réponse à cette question dépend largement de la conception de la propriété que l'on adopte.

Entre vifs, la transmission de la propriété des créances se réalise d'une façon volontaire (sous-section I) ou involontaire (sous-section II).

SOUS-SECTION I. LA TRANSMISSION VOLONTAIRE

428- Alors qu'en droit français, on oppose volontiers la cession civile à la cession commerciale des créances, la distinction paraît moins évidente en droit québécois, où certains s'interrogent sur l'existence même d'un droit commercial¹⁴³⁸. En la matière, le système québécois est à mi-chemin du droit français -qui connaît une séparation relativement nette entre le droit civil et le droit commercial- et du droit anglais qui, ayant intégré le droit commercial (*commercial law*, ou *mercantile law*) à la *common law* depuis le XVII^e siècle, ne connaît pas une telle dualité¹⁴³⁹. Nous suivrons néanmoins ici l'opinion majoritaire, qui est d'admettre la présence d'un droit commercial au Québec, défini comme « *la partie du droit privé qui régit d'une façon particulière les actes de commerce et les commerçants* »¹⁴⁴⁰.

L'existence d'un droit commercial admise, il reste encore à savoir si son examen est pertinent dans le cadre d'une étude relative au droit québécois. Dans une conception restrictive, le droit québécois se limite au droit de source législative ou réglementaire québécoise ; selon cette approche, l'examen du droit commercial devrait être, au moins partiellement, exclu de cette étude. Si le droit des valeurs mobilières a une source mixte -relevant à la fois du fédéral et du provincial¹⁴⁴¹- le droit des effets négociables, qui est

¹⁴³⁸ A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *Droit commercial général*, 3^e éd., t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1985, p. 5 et 6 : « si l'on définit le droit commercial comme l'ensemble des règles juridiques qui s'appliquent *spécialement ou exclusivement aux commerçants*, on peut difficilement parler d'un véritable droit commercial québécois [...]. Si, au contraire [...] on définit le droit commercial d'une façon moins formelle comme l'ensemble des règles *qui intéressent plus particulièrement les personnes qui se livrent à des activités commerciales*, on peut parler alors d'un droit commercial du Québec ».

¹⁴³⁹ Sur le système anglais, voir notamment : O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, coll. « droit privé », 1^{re} éd., Paris, Précis Dalloz, 2000, n^o 9, p. 5 ; A. BOHÉMIER et F. FERLAND, *Droit commercial général*, Montréal, Coop. Droit Université de Montréal, 1997-1998, p. 3 et 4.

¹⁴⁴⁰ B. CLERMONT et B. YACCARINI, *Initiation au droit des affaires du Québec*, 4^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986, p. 21 et 22. Voir aussi : N. L'HEUREUX, *Précis de droit commercial du Québec*, 2^e éd., Laval, P.U.L., 1975, p. 1 : « Le droit commercial régit les activités du citoyen dans l'exercice de la *profession de commerçant* ou dans l'accomplissement d'*opérations commerciales*. Il constitue le *droit privé du commerce*, régime d'exception au droit civil en vue de favoriser le commerce ».

¹⁴⁴¹ Au Québec, le domaine des valeurs mobilières est régi par des lois tant fédérales (*Loi sur les corporations canadiennes*, S.C.R. 1970, ch. C-32 ; *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44 ; *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46) que provinciales (*Code civil du Québec* ; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q. c. V-1.1 ; *Loi sur les compagnies*, L.R.Q. c. C-38 ; *Loi sur les pouvoirs*

de compétence fédérale, pourrait à ce titre être écarté d'un examen de la propriété des créances en droit québécois¹⁴⁴². Nous l'évoquerons néanmoins, non seulement en raison de l'intérêt de la comparaison de ce droit inspiré de la *common law* avec le droit français, mais aussi, car le droit québécois peut s'entendre dans une acception plus large : il désigne alors, tout simplement, le droit applicable au Québec.

429- Si la cession de droit commun comporte d'importantes similitudes en droit français et en droit québécois, tel n'est pas le cas des modes de transfert dérogatoires au droit commun. En effet, le droit québécois ne connaît pas à ce jour la dématérialisation qui a touché le droit français dans le domaine des valeurs mobilières. De plus, la théorie de la propriété de la provision, qui est au centre du mécanisme du transfert des effets de commerce en droit français, est inconnue du droit commercial canadien, qui s'inspire sur ce point du système anglais.

430- Dans les deux systèmes étudiés, la transmission des créances peut se réaliser selon les procédés du droit commun, à savoir par le biais d'une cession de créance ou d'une subrogation personnelle, ou encore, selon un mode dérogatoire au droit commun, appelé négociation¹⁴⁴³, principalement utilisé en droit commercial. Le recours aux titres négociables dans la transmission des créances, dont on a dit qu'il avait

spéciaux des personnes morales (anciennement *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*), L.R.Q., c. P-16.

¹⁴⁴² Dans le cas de la législation fédérale, inspirée de la *common law*, il est d'usage de parler de droit canadien, plutôt que de droit québécois. Les provinces ont compétence en matière de propriété et de droits civils, ainsi que pour les compagnies d'intérêt provincial : Art. 92 de la *Loi constitutionnelle* de 1867). Sont au contraire de compétence fédérale la réglementation du commerce, des banques, de l'intérêt, des compagnies qui ont un champ d'activité de compétence fédérale, de même que la faillite, les lettres de change, les brevets d'invention ou le droit d'auteur : Art. 91 de la *Loi constitutionnelle* de 1867. Sur la dualité des sources du droit commercial québécois : A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *Droit commercial général*, *op. cit.*, p. 11 ; B. CLERMONT et B. YACCARINI, *Initiation au droit des affaires du Québec*, *op. cit.*, p. 21 ; N. L'HEUREUX, *Précis*, *op. cit.*, p. 2, qui souligne que les tribunaux ont interprété l'article 91 §2, de telle sorte que la réglementation du commerce domestique à l'intérieur des provinces est de leur ressort.

¹⁴⁴³ Voir notamment en droit français : *Nouveau Répertoire Dalloz*, v° *Valeurs mobilières*, n° 60 : « La négociation [...] dans un sens extensif, désigne la transmission effectuée selon les procédés propres aux titres dits négociables du droit commercial (effets de commerce, chèques, valeurs mobilières). Elle s'oppose alors à la cession selon les procédés du droit civil » ; en droit québécois : A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, t. 3, n° 433, p. 601, selon lequel la cession de créance est soumise aux formalités de la signification prévues par le C.c.Q., alors que les créances qui sont constatées dans des titres sont considérées comme incorporées à ces titres et se transmettent selon un procédé spécifique, appelé négociation. Voir aussi sur la notion de négociation : *127097 Canada Ltd. c. Québec (C.A.)* [1991] A.Q. n° 1661.

bouleversé les modes de transmission des créances¹⁴⁴⁴, pose en effet des questions spécifiques.

On envisagera donc successivement le droit commun de la transmission des créances (§1), puis les modes de transmission des créances dérogatoires au droit commun (§2).

§1. Le droit commun de la transmission des créances

A. La cession de créance

431- La question se pose de savoir si c'est la propriété ou son objet, ou encore, les deux à la fois, qui sont transmis dans la cession de créance. Après avoir proposé une analyse du transfert de la propriété des créances (1), on posera les grandes lignes du régime juridique de la cession de créance (2).

1. Analyse du transfert de la propriété des créances

432- La vente constitue le prototype du contrat translatif de propriété. L'identification de l'objet du transfert dans le bien explique la spécificité du régime de la cession de créance. Le bien transféré étant tantôt corporel, tantôt incorporel, cette spécificité a des conséquences inévitables sur le régime applicable à ces biens (a). Nous verrons toutefois que cette spécificité reste relative, la propriété étant le fondement unique du pouvoir de transférer (b).

a) L'identification de l'objet du transfert dans le bien

433- Il existe une certaine ambiguïté des textes, tant français que québécois, quant à la question de l'objet du transfert. Deux thèses principales s'affrontent en la matière : alors que certains considèrent que c'est le droit de propriété qui est transféré, d'autres admettent au contraire que c'est le bien qui fait l'objet du transfert.

D'après la thèse traditionnelle, lors de l'aliénation d'un bien, c'est le droit même de propriété qui est transféré¹⁴⁴⁵. Cette conception est liée à la théorie de l'incorporation

¹⁴⁴⁴ M. FONTAINE, « La transmission des obligations de lege ferenda », dans CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS, UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN, *La transmission des obligations : Travaux des IX^e Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 612-672, p. 635.

¹⁴⁴⁵ En droit français, cette théorie s'appuie principalement sur l'article 711 du Code civil, qui dispose que « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation [...] et par l'effet des obligations ». Elle trouverait également appui dans les art. 938 et 2182 C.C.f. Voir en ce sens en droit français : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 16, 3^e éd., Paris, Marescq, 1878, p. 416 ; en

de la propriété dans son objet et à son corollaire, qui est l'analyse de la propriété en un bien. On a déjà souligné en doctrine que la nature juridique de la propriété a une incidence importante sur la description que l'on fait de l'acquisition. En effet, « [s]i l'on analyse la propriété comme un *bien* après l'avoir incorporée dans son objet, force est d'en déduire que *la transmission de la chose emporte celle du droit* et que *le droit de l'acquéreur n'est autre que celui de l'aliénateur*. Si l'on analyse au contraire la propriété comme un *lien* attachant un bien à une personne et indissociable de cette dernière, force est d'en déduire que *la transmission concerne le seul bien* et qu'elle consiste dans *l'extinction et la constitution simultanées de deux prérogatives en la personne des parties* »¹⁴⁴⁶.

En définitive, d'après la thèse traditionnelle, qui veut que la propriété soit incorporée dans son objet, le bien objet de la propriété ne peut être transféré sans que le droit même soit transféré : la propriété étant incorporée dans son objet, il faut nécessairement que l'une soit transmise, pour que l'autre le soit également. Surtout, c'est parce que la propriété est usuellement analysée en un bien qu'on admet aisément qu'elle est l'objet du transfert.

434- À l'opposé de cette conception, la plupart des auteurs qui se sont spécifiquement penchés sur la question, ont reconnu qu'il est impossible de réellement transmettre un droit. La thèse qui veut que ce ne soit pas le droit de propriété, mais le bien objet de la propriété qui est transféré lors d'une transmission, n'est pas nouvelle¹⁴⁴⁷ et, dès le droit romain, Ihéring affirmait que ce n'était pas le droit qui était transféré, mais la chose¹⁴⁴⁸. Cette conception pourrait avoir été reprise par le droit moderne.

Comme l'a souligné une thèse récente sur la propriété, « [l]a transmission d'un droit et notamment de propriété ne relève pas en dépit des apparences, de l'évidence »¹⁴⁴⁹. L'idée de l'absence de transfert du droit de propriété a été présentée pour la première fois par E. Lévy, sur le fondement principal de l'importance des exceptions à la règle d'après laquelle *Nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même*. C'est cette observation qui a conduit l'auteur à admettre qu'« à proprement parler, on ne transmet jamais de droit et [que] à chaque transfert, dans

droit québécois : P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien, op. cit.*, t. 7, p. 13 : « aussitôt que la vente est conclue, elle est *translative de la propriété qu'elle a pour objet* ».

¹⁴⁴⁶ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 130, p. 157.

¹⁴⁴⁷ C. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. 4, *Les biens*, avec la collaboration de P. VOIRIN, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1938, p. 694.

¹⁴⁴⁸ R. von IHÉRING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 3, trad. O. MEULENAERE, Paris, Marescq, 1880, p. 124 : « Le transfert de propriété n'était pas le transfert du droit de propriété, mais bien le transfert de la chose même ».

¹⁴⁴⁹ C. POURQUIER, thèse préc., n° 396, p. 323.

chaque contrat, il y a au fond création d'un droit nouveau »¹⁴⁵⁰. Cette conception a largement été suivie en doctrine¹⁴⁵¹, à tel point qu'une étude récente a conclu que « la presque totalité des auteurs ayant étudié la notion de transfert de propriété de façon approfondie arrive à la conclusion d'une intransmissibilité du droit de propriété »¹⁴⁵². En définitive, si « l'idée d'un transfert de droit a le mérite de la simplicité et donne un sentiment de sécurité aux juristes », il est néanmoins « très difficile de mettre en relief un véritable transfert du droit de propriété lui-même »¹⁴⁵³.

435- En droit français, le législateur a parfois fait référence au transfert de la propriété. Ainsi, aux termes de l'article 711 du Code Napoléon, « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations ». De même, l'article 2182 de ce code prévoit que : « Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue : il les transmet sous l'affectation des mêmes privilèges et hypothèques dont la chose vendue était grevée ».

Comme on l'a déjà fait remarqué, dans le Code civil français, les codificateurs ont toutefois utilisé la notion de propriété dans un double sens : au sens subjectif de droit –et il s'agit alors du pendant du *dominium* romain– mais également, au sens objectif de bien –qui recouvre le concept de la *proprietas* romaine¹⁴⁵⁴. La référence à la propriété ne renvoie donc pas nécessairement au droit subjectif et le transfert peut s'analyser comme le transfert du bien. Par ailleurs, s'agissant de la formulation utilisée par le législateur à l'article 2182 de ce code, il a été montré en doctrine qu'elle tend uniquement à rendre compte de la règle *nemo plus juris*, règle dont la fonction est principalement didactique¹⁴⁵⁵. Il s'agit de mettre en exergue le fait que la chose est

¹⁴⁵⁰ E. LÉVY, thèse préc., n° 49, p. 88 et 89.

¹⁴⁵¹ Voir notamment : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 5^e éd., t. 1, Paris, Dalloz, p. 983 ; P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *Rev.trim.dr.civ.*1905.443, n° 28, p. 459 ; R. SALEILLES, *Études sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand*, op. cit., p. 64 ; L. RIGAUD, thèse préc., p. 396, note 1 : « Si l'on va au fond des choses, les droits ne sont pas susceptibles de transmission, on achète ou on vend la valeur qui résulte des choses ou de l'activité humaine, on n'achète point, on ne vend point des droits » ; F. ZENATI, thèse préc., n° 266, p. 356 : « Le transfert de propriété consiste en ce qu'un bien corporel ou incorporel qui est propre à une personne, autrement dit en sa propriété (in dominio suo) va se trouver, par l'effet d'une mutation en la propriété d'une autre personne » et n° 302, p. 400 : « dans l'esprit du législateur, ce n'est pas la propriété qui est transférée parce que celle-ci n'est qu'une qualité, un attribut de la personne, mais les biens [...] qui en sont l'objet » ; C. ATIAS, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse Poitiers, 1974, n° 403, p. 516, selon lequel la transmission du droit de propriété s'analyse en réalité en « une abdication de l'aliénaire suivie de l'acquisition d'une situation équivalente ».

¹⁴⁵² C. POURQUIER, thèse préc., n° 418, p. 339.

¹⁴⁵³ C. POURQUIER, thèse préc., n° 418, p. 339.

¹⁴⁵⁴ Sur cette double acception possible du terme propriété : F. ZENATI, thèse préc., n° 268 et 269, p. 358 et suiv.

¹⁴⁵⁵ C. ATIAS, thèse préc., p. 506.

transmise avec toutes ses caractéristiques et qu'elle demeure grevée des mêmes charges et droits réels.

436- En définitive, si la propriété a longtemps été assimilée à son objet et que cette conception transparaît parfois chez le législateur, il arrive au contraire que les textes distinguent nettement la propriété de son objet. Or, d'un point de vue rationnel, le droit doit être distingué de son objet et, si la confusion est parfois présente, nombreux sont ceux qui, sans aller jusqu'à la remettre en cause, y décèlent les relents d'une ancienne erreur, véhiculée au fil des générations de juristes. La propriété, détachée de son objet -conformément à l'ancienne invitation de Josserand en ce sens- permet d'envisager que le transfert porte sur le seul objet du droit, sans nécessairement entraîner le transfert du droit lui-même. Cette conception d'une propriété distincte de son objet est d'ailleurs en accord avec les développements récents de la propriété¹⁴⁵⁶.

437- On retrouve la même ambiguïté des textes en droit québécois. Aux termes de l'article 1708 alinéa premier du Code civil du Québec, « La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, *transfère la propriété d'un bien* à une autre personne, l'acheteur, moyennant un prix en argent que cette dernière s'oblige à payer ». L'alinéa second du même article ajoute que : « Le transfert peut aussi porter *sur un démembrement du droit de propriété ou sur tout autre droit dont on est titulaire* ». Est-ce à dire que l'alinéa second oppose le transfert de la propriété d'un bien corporel, au simple transfert de la titularité d'un droit ? Ou bien, faut-il comprendre que la vente, laquelle réalise un transfert de la propriété du bien, concerne tant les biens corporels (alinéa 1), que les droits ou biens incorporels (alinéa 2) ?

La doctrine est divisée sur le sens à donner à cet article. Pour certains, le transfert de la propriété d'un bien corporel doit être distingué de la cession d'un droit. Selon une première conception, soutenue par le professeur Jobin, « [l]e législateur ne s'est pas limité à voir *la vente dans sa conception la plus habituelle, visant le transfert du droit de propriété*, qui est le droit réel par excellence ». Il a prévu que « le transfert peut aussi porter sur un démembrement du droit de propriété ou sur *tout autre droit dont on est titulaire* »¹⁴⁵⁷. Or, il existe des « *différences profondes [...]* entre le transfert de

¹⁴⁵⁶ Ainsi est-il logique que la propriété, qui n'est pas un bien, puisse heureusement se combiner avec un droit réel ou un droit personnel, comme le droit positif l'enseigne. L'argument d'une confusion que créerait la figure juridique d'une propriété des créances, dont on a dit qu'elle laisserait émerger deux biens distincts, le droit de propriété analysé en un bien, se superposant au bien objet de la propriété -sans que la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet, corporel, ne puisse être invoquée- peut donc être rejeté. Voir *supra*, n° 388 et n° 396.

¹⁴⁵⁷ P.-G. JOBIN, *La vente*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 1, p. 1.

la propriété d'un bien corporel et la cession d'un droit personnel : régimes juridiques différents et réalités économiques différentes »¹⁴⁵⁸. Une telle analyse conduit toutefois à se demander comment expliquer que le législateur traite, dans un article sur la vente -et il s'agit de l'article fondamental de la vente, puisque c'est lui qui en porte la définition¹⁴⁵⁹- de ce qui ne devrait pas être qualifié de vente.

Selon d'autres auteurs, comme les professeurs Lamontagne et Larochele, la vente opère toujours un transfert de droits de patrimoine à patrimoine. Il peut s'agir soit d'un transfert de droits réels, comme à l'article 1708 du code, soit d'un transfert de droits personnels, comme dans la cession de créance à l'article 1637 C.c.Q., soit encore d'un transfert de droits intellectuels (art. 909 C.c.Q.)¹⁴⁶⁰.

438- Cette analyse a toutefois l'inconvénient de détacher la vente de la notion de propriété. Si l'on définit la vente comme le simple transfert d'un droit patrimonial quelconque, on perd alors de vue ce qui fait l'essence du contrat de vente, le législateur l'ayant justement analysé comme le contrat par lequel une personne transfère la *propriété d'un bien* (art. 1708 C.c.Q.).

À ce propos, il convient de mentionner que le projet de loi 125, qui se bornait à définir la vente comme le transfert d'un bien, a été critiqué en doctrine. Alors que l'avant-projet de 1987 définissait la vente comme « le contrat par lequel le vendeur transfère la propriété d'un bien à l'acheteur, moyennant un prix en argent que ce dernier d'oblige à payer », le projet de 1990 se bornait à définir la vente comme le transfert d'un bien, sans autre précision. Or, comme le professeur Goldstein l'a justement souligné, cette définition était trop large et pêchait par son manque de rigueur¹⁴⁶¹. La simple référence au transfert d'un bien, détachée de toute idée de propriété, est insuffisante pour définir la vente. Ainsi, « le 'transfert d'un bien' peut simplement consister à le transporter : or, le contrat de vente n'a rien à voir avec le contrat de

¹⁴⁵⁸ P.-G. JOBIN, *La vente dans le Code civil du Québec*, 1^{re} éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n° 5, p. 5. Voir cependant : P.-G. JOBIN, *La vente*, *op. cit.*, n° 1, p. 1 et n° 5, p. 5 : « le déplacement des règles régissant la cession de créance hors du chapitre du Code sur la vente paraît bien manifester l'intention du législateur de lui reconnaître son autonomie. Toutefois, *il convient parfois de faire appel à certaines règles de la vente (comme celles sur la vente de droits litigieux) afin d'éviter un vide juridique et un effet pervers de la réorganisation des dispositions du Code civil* ».

¹⁴⁵⁹ Sur les définitions législatives : G. CORNU, *Linguistique juridique*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 111.

¹⁴⁶⁰ D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, *op. cit.*, n° 68, p. 40.

¹⁴⁶¹ Voir à ce sujet : G. GOLDSTEIN, « La vente dans le nouveau Code civil du Québec : quelques observations critiques sur le projet de loi 125 », (1991) 51 *R. du B.* 329.

transport, pourtant celui-ci pourrait peut-être trouver sa place dans la définition de l'article 1701 »¹⁴⁶².

439- Si la propriété est de l'essence de la vente, cela n'implique toutefois pas qu'elle soit l'objet du transfert. L'idée la plus simple est d'admettre que l'alinéa second de l'article 1708 du Code civil du Québec ne fait que préciser l'alinéa premier. Alors que l'article 1708 alinéa premier du Code civil du Québec définit la vente comme « le contrat par lequel une personne, le vendeur, *transfère la propriété d'un bien* à une autre personne [...] », le second alinéa précise que la vente, dont l'objet est de transférer la propriété d'un bien (alinéa 1), peut aussi porter sur tout droit réel démembré, sur tout droit personnel (il s'agit ici d'un renvoi implicite aux dispositions spécifiques à la cession de créance), voire sur tout droit intellectuel (les dispositions spécifiques à ces droits ayant également vocation à s'appliquer)¹⁴⁶³. Dans les deux cas, le transfert du bien, corporel ou incorporel, peut donc se faire en propriété et réaliser ainsi une vente. La référence au transfert de la propriété d'un bien peut en effet, à la fois s'analyser comme une référence au transfert du droit de propriété sur un bien, ou comme le transfert d'un bien en propriété. Dans cette dernière hypothèse, il y a transfert de propriété dans le sens que la propriété du bien s'éteint chez le vendeur, en même temps qu'elle naît chez l'acquéreur.

Cette conception s'harmonise parfaitement avec les dispositions relatives à la vente de certains biens incorporels (article 1779 et suivants du Code civil du Québec), qui témoignent de la reconnaissance législative de la vente des biens incorporels. Déjà, dans le Code civil du Bas Canada, on admettait que « la vente implique le *transfert de la propriété d'un bien* »¹⁴⁶⁴, lequel peut être corporel ou incorporel, telle une créance¹⁴⁶⁵. Parmi ces choses incorporelles, la doctrine identifiait les droits personnels (la vente des créances étant prévue à l'article 1570 C.c.B.C.), et les droits réels (droits d'hypothèque, d'usufruit et de servitude)¹⁴⁶⁶. Un jugement récent a d'ailleurs décidé que la vente, définie à l'article 1708 du Code civil, vise le transfert de la propriété d'un bien, sans qu'aucune distinction ne soit faite entre les deux alinéas de l'article en question¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶² G. GOLDSTEIN, « La vente dans le nouveau Code civil du Québec : quelques observations critiques sur le projet de loi 125 », *loc. cit.*, p. 334.

¹⁴⁶³ La précision peut se justifier par l'existence de controverses doctrinales sur ce point.

¹⁴⁶⁴ M. POURCELET, *La vente, op. cit.*, p. 85.

¹⁴⁶⁵ M. POURCELET, *La vente, op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁶⁶ M. POURCELET, *La vente, op. cit.*, p. 111.

¹⁴⁶⁷ *Epiciers unis Métro Richelieu Inc. c. Lefebvre*, J.E. 95-380 D.T.E. 95 T-211.

440- Si l'on admet que le transfert porte sur le bien plutôt que sur le droit, c'est donc le bien-créance qui est transféré et non le droit de propriété. Il est alors logique que ce soit le régime juridique de la cession de créance, ou de la subrogation personnelle, qui s'applique au transfert des créances. Si le régime applicable au transfert des créances est en principe celui de la cession de créance, celle-ci peut toutefois s'analyser en une vente, lorsqu'elle est faite à titre onéreux. On retrouve, dans la cession de créances, l'esprit de la vente et son principal élément, à savoir le transfert de la propriété d'un *bien*, peu important que ce dernier soit corporel ou incorporel.

Il convient de rejeter ici l'idée selon laquelle ce qui est transmis, dans la cession de créances, serait uniquement l'élément objectif de l'obligation -ce qui laisserait en dehors de la transmission le rapport personnel¹⁴⁶⁸. Selon cette conception, le seul effet de la cession de créance serait de transmettre le bénéfice du droit de créance, à savoir le droit de poursuivre le débiteur en paiement, sans pour autant transférer le *titre* de créancier. La dissociation du titre et de l'émolument permet de sauvegarder la conception traditionnelle du droit de créance comme étant un droit essentiellement personnel¹⁴⁶⁹. Telle n'est cependant pas la conception actuelle de la cession de créance. Il est désormais admis, sans équivoque, que le cessionnaire n'est pas le mandataire du cédant (ce qui lui donnerait le droit de recouvrer la créance au nom du créancier primitif) mais qu'il lui succède véritablement. Par la transmission de la créance, celle-ci *appartient* au cessionnaire¹⁴⁷⁰.

Si le bien transféré est sujet à variation, la parenté étroite entre la vente et la cession de créance s'explique par le fait que la propriété constitue le fondement du pouvoir de transférer les biens, tant corporels qu'incorporels.

b) La propriété comme fondement du pouvoir de transférer

441- La propriété constitue le fondement du pouvoir de transférer le bien, qu'il soit corporel ou incorporel. C'est parce que la créance est un bien qui *appartient* au créancier, que celui-ci peut le transmettre¹⁴⁷¹. Si la théorie objective des créances¹⁴⁷² a

¹⁴⁶⁸ Voir sur ce point : C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968, n° 23 et n° 63.

¹⁴⁶⁹ Voir : P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, t. 2, Les cours de droit, D.E.A. Droit privé général Paris II, Paris, 1978, p. 125.

¹⁴⁷⁰ Voir notamment : C. LARROUMET, thèse préc., n° 26, p. 51 : « Dès la cession, le droit lui *appartient* et c'est en son propre nom et pour son propre compte qu'il l'exerce ».

¹⁴⁷¹ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse Paris X, 2001, n° 8, p. 20. Voir aussi : P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, op. cit., p. 5 : « on ne peut concevoir la cession d'une obligation que si on voit dans celle-ci non pas le fait ou l'abstention du débiteur, mais une valeur susceptible d'être transmise, c'est-à-dire un véritable bien, au sens juridique et économique du terme ». En droit québécois : L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 11,

suscité des réserves en doctrine, c'est cette analyse objective qui est clairement invoquée pour justifier la cession de créance¹⁴⁷³. L'article 537 du Code civil français ne prévoit-il pas que « Les particuliers ont la *libre disposition des biens qui leur appartiennent* [...] » ? Il est d'ailleurs reconnu que « [l]a pleine aliénabilité, cessibilité et transmissibilité du bien est un *attribut capital de la propriété* »¹⁴⁷⁴. L'idée selon laquelle la possibilité de transmettre une créance est une conséquence de la propriété de la créance n'est pas nouvelle¹⁴⁷⁵. On la trouve déjà chez Aubry et Rau, qui considéraient que le recours à la notion de propriété « *se justifie lorsqu'on considère les créances comme des biens, c'est-à-dire comme des éléments constitutifs du patrimoine* »¹⁴⁷⁶. Les auteurs de l'école de l'Exégèse, qui sont réputés pour le grand respect qu'ils portaient à la lettre du Code civil, ont continué à transmettre cette idée tout au long du XIX^e siècle, en étudiant dans leurs ouvrages la cession de créance en même temps que la vente¹⁴⁷⁷. La conception objective des créances a ensuite été consacrée par les codificateurs, qui ont réglementé la cession de créance dans le titre du Code civil consacré à la vente¹⁴⁷⁸. Les travaux préparatoires le confirment, dans lesquels Portalis qualifie la créance de bien dans le commerce¹⁴⁷⁹.

442- L'idée d'après laquelle la propriété est le fondement du droit de disposition est également soutenue par une partie de la doctrine québécoise. Ainsi, selon le professeur Tancelin, « *Les droits personnels sont susceptibles de mutation au sens de transmission, comme les droits réels, si l'on admet qu'ils font l'objet du même droit de propriété que ces derniers* ». Pour cet auteur le fondement de la possibilité du transfert des droits personnels se trouve donc dans la propriété. Corrélativement, si l'on admet la possibilité d'un tel transfert, c'est que les droits personnels peuvent être l'objet de la

Montréal, Wilson & Lafleur, 1961, p. 25 : « il faut en outre que le vendeur soit propriétaire de la chose qu'il vend, c'est-à-dire, qu'il doit pouvoir en transférer la propriété à son acheteur ».

¹⁴⁷² Sur cette analyse : *supra*, n° 137 et suiv.

¹⁴⁷³ F. LEPLAT, thèse préc., n° 89, p. 86 et 87. Voir notamment F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n° 1270, p. 1181 : « *En tant que bien*, l'obligation est cessible et transmissible » ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, t. 3, *Régime général*, 6^e éd., Paris, Litec, 1999, n° 5, p. 3.

¹⁴⁷⁴ J.-L. BERGEL, *La propriété*, coll. « connaissance du droit », Paris, Dalloz, 1994, p. 19.

¹⁴⁷⁵ F. LEPLAT, thèse préc., n° 66, p. 69.

¹⁴⁷⁶ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français, op. cit.*, t. 2, § 359 bis, p. 553. Cette idée ne sera abandonnée que par BARTIN, dans la 6^e édition.

¹⁴⁷⁷ F. LEPLAT, thèse préc., n° 67, p. 69. Voir notamment C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. 17, complété par J.-B. DUVERGIER, 6^e éd., Paris, Cotillon, p. 193.

¹⁴⁷⁸ Voir en ce sens, F. LEPLAT, thèse préc., n° 60, p. 62.

¹⁴⁷⁹ J.-E.-M. PORTALIS, discours devant le corps législatif, rapporté dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t. 9, p. 180 : « Indépendamment des choses mobilières et immobilières, il est une troisième espèce de biens, celle des créances et autres droits incorporels [...] elle est dans le commerce comme tous les autres biens ».

propriété : ainsi l'auteur rappelle-t-il que « *les obligations, biens incorporels, sont des droits patrimoniaux, soumis à la propriété tout comme les choses corporelles* »¹⁴⁸⁰.

On pourrait, certes, nous opposer que la propriété n'est pas toujours le fondement du pouvoir de transférer en droit québécois, le législateur ayant octroyé un tel pouvoir à l'administrateur du bien d'autrui¹⁴⁸¹. L'absence de référence expresse à la propriété ne doit toutefois pas faire illusion. Le législateur a distingué la « simple administration du bien d'autrui » de la « pleine administration du bien d'autrui »¹⁴⁸². Or, cette dernière, par les pouvoirs qui sont conférés au « plein administrateur », se rattache indéniablement à la propriété telle que le législateur lui-même l'a définie. En effet, selon l'article 1307 du Code civil, « *L'administrateur peut, pour exécuter ses obligations, aliéner le bien à titre onéreux, le grever d'un droit réel ou en changer la destination et faire tout autre acte nécessaire ou utile, y compris toutes espèces de placements* ». Or, de tels actes constituent l'exercice du droit de disposer¹⁴⁸³, lequel est caractéristique de la propriété aux termes mêmes de la loi¹⁴⁸⁴. Cela tend à montrer que l'administrateur du bien d'autrui a un pouvoir fondé sur la propriété, même si le législateur n'a pas été jusqu'à lui en reconnaître le titre¹⁴⁸⁵.

443- Le fondement commun de la vente et de la cession de créance permet d'expliquer la similitude des obligations principales des parties dans la vente et dans la cession de créances. On admet traditionnellement que l'un des principaux effets de la vente consiste dans le transfert de propriété d'un bien ; or, la cession de créance a pour

¹⁴⁸⁰ M. TANCELIN, *Des obligations : Les techniques d'exécution et d'extinction*, op. cit., p. 646.

¹⁴⁸¹ Voir l'art. 1299 C.c.Q. : « *toute personne chargée d'administrer un bien ou un patrimoine qui n'est pas le sien, assume la charge d'administrateur du bien d'autrui* ».

¹⁴⁸² Art. 1301 et suivants et 1306 et suivants du C.c.Q. Pour le professeur Brierley, le droit du bénéficiaire de « la pleine administration du bien d'autrui » (par opposition à « la simple administration du bien d'autrui » prévue aux art. 1301 et suiv. C.c.Q.), ne porte plus sur des biens particuliers, mais sur une universalité, ce qui correspond au concept de « *fund* » de la *common law* : J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », loc. cit., n° 9, p. 39.

¹⁴⁸³ Le droit de disposer recouvre tant l'aliénation que l'abandon, ou la constitution de droit réel : voir *supra*, n° 277 et suiv.

¹⁴⁸⁴ Le droit de disposer est érigé par le législateur québécois en attribut du droit de propriété. Voir l'art. 947 C.c.Q. : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de *disposer* librement et complètement d'un bien [...] ». La doctrine traditionnelle est d'ailleurs en ce sens : B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Contribution à la distinction de la propriété et des droits réels*, thèse Paris XI, 1999, p. 1, et les références, note 2.

¹⁴⁸⁵ F. RAINVILLE, « De l'administration du bien d'autrui », dans *La réforme du Code civil*, t. 1, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 783, à la page 785 : « La pleine administration du bien d'autrui suppose pour son administrateur la possibilité d'exercer sur ces biens tous les droits et pouvoirs que possède une personne physique capable *sur ses propres biens* », la seule limite, prévue par l'article 1315 du code, étant celle d'une donation. Cette limite au droit de disposer est encore inopérante pour disqualifier la propriété, dès lors que le législateur a lui-même prévu, dans la définition qu'il donne de la propriété, des limitations possibles au droit de propriété (Art. 947 C.c.Q. : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement complètement d'un bien, *sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi* »).

effet de faire du cessionnaire « le nouveau propriétaire de la créance »¹⁴⁸⁶, le cessionnaire étant investi de la propriété de la créance¹⁴⁸⁷. Par ailleurs, les accessoires sont également transférés en propriété¹⁴⁸⁸. Tel est notamment le cas des intérêts échus¹⁴⁸⁹ ou des droits hypothécaires¹⁴⁹⁰.

On peut donc conclure de ces développements que les biens, corporels et incorporels, sont l'objet du transfert. Si l'on admet que la propriété ne constitue pas un bien parmi d'autres, mais le *fondement* de la transmission du bien, ou autrement dit, la relation qui permet de s'approprier les biens¹⁴⁹¹, cela permet d'expliquer, non seulement le fait que la propriété n'est pas l'objet de l'acquisition, mais aussi qu'une certaine unité subsiste dans les régimes du transfert des biens corporels et incorporels. C'est ce qu'il convient de vérifier dans l'examen du régime juridique de la cession de créance.

2. Le régime juridique de la cession de créance

444- Le régime juridique de la cession de créance est souvent opposé à celui de la vente quant à l'opposabilité aux tiers, en raison de l'existence des formalités de signification de la cession au débiteur¹⁴⁹²; en revanche, dans les relations entre les parties, il est plus couramment admis que le régime de la cession de créance est très proche de celui de la vente.

On envisagera le régime de la cession de créances entre les parties (a), avant de rendre compte de l'opposabilité aux tiers de la cession de créance (b).

¹⁴⁸⁶ En ce sens : D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, *op. cit.*, p. 239. Voir les art. 1708, 1646 et 1658 C.c.Q.

¹⁴⁸⁷ Voir notamment : J. RHÉAUME, « La cession générale de créances commerciales à titre de garantie comme contrat de "fiducia" en droit québécois, français, anglais », (1987) 28 *C. de D.* 137, 142 : « Le cessionnaire qui a acheté des créances est devenu propriétaire des sommes à recouvrer : il peut donc poursuivre le débiteur en son propre nom et n'a aucun compte à rendre à qui que ce soit ».

¹⁴⁸⁸ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, *op. cit.*, n° 504, p. 840 : « La cession transmet au cessionnaire toute la créance, principal et accessoires ».

¹⁴⁸⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1017.

¹⁴⁹⁰ D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, *op. cit.*, p. 239

¹⁴⁹¹ F. ZENATI, thèse préc., n° 262. Sur la nature juridique de la propriété : *supra*, n° 379 et suiv.

¹⁴⁹² Sur l'opposition entre vente et cession de créance : J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, n° 216, p. 169 : « La propriété est transmissible à titre onéreux : la vente est précisément l'opération destinée à cette fin. La créance a également une valeur pécuniaire. La prestation qu'elle donne le droit d'exiger représente une richesse future. Il est possible d'anticiper sur la perception de cet avantage en cédant immédiatement la créance à un tiers qui versera de l'argent pour obtenir l'exécution à son profit de l'obligation ».

a) Le régime de la cession de créance entre les parties

445- Entre les parties à une cession de créance, le principe du consensualisme, qui est caractéristique du transfert de propriété des biens corporels, trouve incontestablement à s'appliquer. Contrairement au droit romain, dans lequel la seule volonté était insuffisante pour réaliser un transfert de propriété¹⁴⁹³, le principe du consensualisme régit le transfert de propriété en droit français. Cela signifie que le transfert se fait en principe immédiatement, dès l'échange de consentement des parties, sans que l'accomplissement d'aucune formalité ne soit nécessaire¹⁴⁹⁴. Ce principe est posé par les articles 1138¹⁴⁹⁵ et 1583¹⁴⁹⁶ du Code civil français.

Tout comme la vente des choses corporelles, la cession de créance est « un *contrat consensuel* entre le créancier cédant et l'acquéreur cessionnaire qui est soumis aux conditions ordinaires de validité des conventions en ce qui concerne le consentement des parties contractantes, leur capacité, l'objet et enfin le prix du transport »¹⁴⁹⁷. La cession est parfaite entre le cédant et le cessionnaire dès qu'il y a eu accord sur la créance cédée et sur le prix¹⁴⁹⁸. La doctrine admet que le simple accord des

¹⁴⁹³ En droit romain, si l'existence d'une volonté de transférer était conditionnelle au transfert, ce dernier n'était réalisé que par la remise de la chose, qui se faisait sous plusieurs formes (*mancipatio, in jure cessio* et *traditio*) : P. JOURDAIN, *Les biens, op. cit.*, n° 52, p. 67. Le transfert exigeait à la fois un acte créateur d'obligation, tel un contrat de vente, et un acte de disposition, la tradition : E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 82, p. 57 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 399, p. 297.

¹⁴⁹⁴ C. SOUCHARD, *De la cession de créance*, thèse préc., p. 81 : « Le transport de créance est parfait dans les rapports entre parties contractantes dès le moment de l'accord de leurs deux volontés sur la chose et sur le prix, sans qu'il y ait besoin d'en aviser le débiteur cédé, ni même qu'il y ait remise du titre entre les mains du cessionnaire ; aucun acte extérieur n'est donc exigé pour parfaire l'investiture du cessionnaire, de sorte que le cédant doit être considéré comme dessaisi de sa créance [...] à la date de la convention ». Voir aussi : C. BUFNOIR, *Propriété et contrat : théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1900, p. 39 : « lorsqu'une personne s'est obligée à transférer la propriété, celle-ci est transférée par le fait même que l'obligation a été contractée (art. 1138). Le créancier devient immédiatement propriétaire, sans qu'il soit besoin de faire intervenir aucun acte particulier, aucune formalité subséquente ou postérieure ».

¹⁴⁹⁵ J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 108, p. 187 : « l'obligation de livrer la chose (= d'en remettre la possession, d'en faire *traditio*) est parfaite (= accomplie) par le seul échange des volontés, et le créancier de l'obligation de donner (ex. l'acheteur) est propriétaire de la chose dès l'instant où elle a dû être livrée (= où l'obligation d'en faire *traditio* est née, dès le moment du contrat), encore que la *traditio* (effective, ce que l'a. 1606 nomme tradition réelle) n'en ait point été faite (encore que l'acheteur n'ait pas pris réellement possession) ».

¹⁴⁹⁶ Art. 1583 C.C. : « Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé ».

¹⁴⁹⁷ C. SOUCHARD, *De la cession des créances*, thèse Paris, 1977, p. 28.

¹⁴⁹⁸ Voir notamment : Paris, 12 juillet 1911, D. 1913.2.189. Le prix n'est pas nécessairement fixé en argent : la contrepartie de la cession peut être l'extinction d'une dette du cédant vis-à-vis du cessionnaire, ou une créance que ce dernier donne en échange au cédant : *Rép. civ.* Dalloz, v° *Cession de créance*, n° 17. Les parties à la cession doivent avoir la capacité juridique et donner un consentement libre et éclairé : E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 240, p. 150.

parties suffit à transférer la créance par le biais d'une cession de créance¹⁴⁹⁹. De même, les tribunaux considèrent que la créance est transmise par le seul échange du consentement des parties¹⁵⁰⁰, à moins qu'une disposition législative expresse ne prévoie une solution contraire¹⁵⁰¹. Les parties au contrat étant le créancier cédant et le cessionnaire, le consentement du débiteur, qui est un tiers vis-à-vis de la cession, est indifférent en la matière.

446- Une partie de la doctrine considère que le transfert d'une créance de somme d'argent doit être reporté jusqu'à l'individualisation¹⁵⁰², conformément à la solution applicable aux choses de genre ou aux autres choses fongibles¹⁵⁰³. La portée du principe du consensualisme ne doit toutefois pas être exagérée¹⁵⁰⁴. Aubry et Rau rappelaient déjà que « si l'obligation de transférer immédiatement la propriété est de la nature de la vente, elle n'est pas, cependant, de son essence »¹⁵⁰⁵. Ainsi, les ventes dont le transfert de propriété est différé restent néanmoins des ventes, dont il ne faut pas surestimer le particularisme¹⁵⁰⁶. De même, l'article 1583 du Code civil a un caractère supplétif de volonté et il peut faire l'objet d'exceptions légales. Tel est le cas des choses de genre et des choses futures¹⁵⁰⁷, « qui faute d'individualisation ou d'existence au jour de la conclusion du contrat, entrent difficilement dans la logique du transfert

¹⁴⁹⁹ E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 88, p. 60.

¹⁵⁰⁰ Voir notamment : Com. 15 novembre 1994, *Bull. civ.* IV, n° 334.

¹⁵⁰¹ Com. 5 novembre 1991, *Bull. civ.* IV, n° 329.

¹⁵⁰² On admet couramment que l'individualisation d'une créance de somme d'argent se fait par l'indication du nom du débiteur et du montant de la créance ; certains y ajoutent la nécessité d'une date (F. GRUA, « À propos des cessions de créance par transmission d'effets », D. 1986.chr.261, n° 6).

¹⁵⁰³ Sur cette question : F. LEPLAT, thèse préc., p. 369 et suiv. Si le principe est celui du transfert de propriété *solo consensu*, pour les choses de genre, l'effet translatif du consentement est reporté au moment de l'individualisation de la chose : F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 132, p. 160.

¹⁵⁰⁴ Elle ne concernerait en réalité que les corps certains présents : F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1993, n° 188, p. 156.

¹⁵⁰⁵ C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 5, § 349.

¹⁵⁰⁶ Voir sur ce point : T. REVET, « Les différentes ventes », J.C.P. 1995, *Cah. dr. ent.* 8, p. 14.

¹⁵⁰⁷ Selon une jurisprudence ancienne, un droit doit exister dans son principe pour pouvoir être cédé : Req., 27 janvier 1875, S. 1876.1, 12. Néanmoins, l'article 1130 du Code civil prévoit qu'une chose future peut former l'objet d'une obligation. Ce texte ayant une portée générale, on peut penser qu'il a vocation à s'appliquer à la cession de créance (en ce sens : F. PELAT, thèse préc., n° 377, p. 308). Une étude a permis de distinguer les cas où la jurisprudence refuse une la cession d'une créance future, lorsque la créance n'est pas susceptible d'être déterminée avec une précision suffisante (par ex. Civ. 17 juill. 1977, S. 1878.1.53 ; Req., 29 juin 1908, D.P. 1908.1.463), et les cas où une telle cession est admise, lorsque la créance future est déterminable avec une précision suffisante (par ex. Req., 27 janv. 1975, D.P. 1975.1.363) : voir E. PUTMAN, *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille, 1989, n° 446. Cette évolution permet à une partie de la doctrine d'admettre la possibilité de céder une créance future, sous certaines conditions : J. STOUFFLET et Y. CHAPUT, « L'allègement de la forme des transmission de créances liées à certaines opérations de crédit », J.C.P. 1981.I.16 : « une créance future est transmissible, selon le droit commun, dès lors qu'elle est suffisamment identifiée ». La validité des cessions de créances professionnelles futures a par ailleurs été expressément affirmée par le législateur, qui admet la cession de créance « résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir, mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés » : art. 1-4 L. 2 janv. 1981, repris par l'art. L. 313-23 *Code monétaire et financier*.

immédiat »¹⁵⁰⁸. Le rapprochement éventuel du transfert des créances de sommes d'argent du régime de la vente de choses fongibles ne les éloigne donc pas tant du régime de la vente¹⁵⁰⁹.

447- En droit québécois également, le principe du consensualisme a vocation à s'appliquer à la cession de créance tout comme à la vente. L'ancien article 1570 du Code civil du Bas Canada prévoyait que « *La vente des créances et droits d'action contre des tiers est parfaite entre le vendeur et l'acheteur, par l'exécution du titre, s'il est authentique, ou sa délivrance, s'il est sous seing privé* ». En dépit d'une certaine controverse ayant entouré l'interprétation de cet article, la doctrine majoritaire l'avait néanmoins explicité dans le sens d'un transfert *solo consensu* de la cession de créance¹⁵¹⁰. Ainsi, Mignault estimait-il que, s'il existe une obligation de délivrance, « cette délivrance n'a pas pour but de transporter la chose du cédant au cessionnaire, puisque ce transfert a déjà eu lieu par le seul fait de la cession [...] elle n'a d'autre objet que de *mettre le cessionnaire à même d'user de la chose qu'il vient d'acquérir* »¹⁵¹¹.

Sous le régime du Code civil du Québec, le contrat de vente est, incontestablement, un contrat consensuel qui se forme par le seul échange des consentements (art. 1385 C.c.Q.)¹⁵¹². Ce principe est également applicable à la vente de plusieurs biens « considérés comme une universalité » (art. 1453 al. 1 C.c.Q.). Lorsque la vente porte sur une chose de genre, le transfert de propriété est reporté au moment de l'individualisation du bien et de l'information de l'acheteur de cette individualisation¹⁵¹³. Le principe du consensualisme s'applique également à la cession de créance, qui est un contrat consensuel, qui se forme dès l'échange de consentement du cédant et du cessionnaire¹⁵¹⁴.

Le transfert de propriété *solo consensu* s'applique donc aux créances comme aux biens corporels même si, comme c'est le cas pour les choses matérielles, ce principe peut subir certaines limitations.

¹⁵⁰⁸ T. REVET, « Les différentes ventes », *loc. cit.*, n° 2, p. 9.

¹⁵⁰⁹ Certains auteurs considèrent que le transfert de propriété immédiat de telles choses est possible, la seule difficulté en la matière étant une difficulté de preuve : F. PELLAT, *op. cit.*, n° 439, p. 369.

¹⁵¹⁰ L. BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec, op. cit.*, p. 609. *Contra* : M. TANCELIN, *Des obligations : Les techniques d'exécution et d'extinction, op. cit.*, n° 926, p. 67.

¹⁵¹¹ P-B MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le Code civil de Frédéric Mourlon »*, t. 7, Montréal, Éditions Théorêt, 1906, p. 181.

¹⁵¹² D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, *op. cit.*, n° 2, p. 9 ; B. CLERMONT et B. YACCARINI, *Initiation au droit des affaires du Québec, op. cit.*, p. 216.

¹⁵¹³ P.-G. JOBIN, *La vente, op. cit.*, n° 72, p. 85.

¹⁵¹⁴ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations, op. cit.*, n° 889, p. 721 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations, op. cit.*, n° 503, p. 838.

448- Les obligations principales des parties sont largement similaires dans la cession de créance et dans la vente. En droit français, la doctrine, même traditionnelle, reconnaît des similitudes entre la cession de créance et la vente. Dans son traité sur la vente, notamment, Pothier fait référence à la « *propriété des créances* » à propos de la cessibilité des créances¹⁵¹⁵. Des ouvrages plus contemporains maintiennent ce lien entre les deux institutions¹⁵¹⁶ et la majorité des études récentes en la matière se prononcent dans le sens de la qualification de vente¹⁵¹⁷. Les auteurs n'hésitent pas à renvoyer aux dispositions régissant la vente, lorsqu'ils rendent compte des dispositions propres aux cessions à titre onéreux¹⁵¹⁸. Ainsi, par exemple, les règles générales relatives à la vente sont-elles applicables pour déterminer les règles de capacité des parties à la cession de créance à titre onéreux¹⁵¹⁹. Tout comme dans la vente des biens corporels, le principal effet de la cession de créance est de transférer la créance, celle-ci devenant la propriété du cessionnaire. Comme dans toute vente, le transfert de la propriété de la créance s'étend au transfert des accessoires de la créance, tels que la caution, le privilège ou l'hypothèque¹⁵²⁰.

449- La cession de créance à titre onéreux étant un type particulier de vente, cela se reflète sur le régime juridique de la cession de créance. Le Code civil français a réglementé la cession de créance au titre de la vente et l'on admet que le cessionnaire doit, en tant qu'acheteur, payer le prix (art. 1650 C.C.), alors que le cédant doit, en tant que vendeur, délivrance et garantie (art. 1603 C.C.). On sait que, dans la vente, le vendeur est tenu à deux obligations principales : celle de délivrer et celle de garantir la

¹⁵¹⁵ R.J. POTHIER, *op. cit.* t. 9, n° 552-559.

¹⁵¹⁶ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n° 1288, p. 1197 : « La cession de créance est une hypothèse particulière de vente (ou de donation, d'échange, d'apport...). C'est un acte translatif. On ajouterait volontiers : [...] de la propriété de la créance, si ce terme de désignait pas, habituellement, le principal parmi les droits réels, alors que la créance, par définition, est un droit personnel. L'analogie avec la vente est cependant réelle ».

¹⁵¹⁷ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, thèse préc., n° 302, p. 185 : « Le Code civil considère la cession de créance principalement comme une opération onéreuse et la classe parmi les règles de la vente ». Dans le même sens : J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », dans Travaux des IX^e journées d'études juridiques Jean Dabin, *La transmission des obligations*, Paris, L.G.D.J., 1989, n° 14, p. 16 et 17 ; J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, n° 315, p. 558.

¹⁵¹⁸ L. CADIET, « Transport de créances et autres droits incorporels, cession de créance : généralités », *J.Cl. Civ.*, art. 1689 à 1695, fasc. 1, n° 5.

¹⁵¹⁹ E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 253, p. 158 : au contraire, les dispositions relatives aux libéralités s'appliquent dans le cas d'une cession à titre gratuit.

¹⁵²⁰ Comparer les articles 1615 et 1692 du Code civil. Voir T. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. 2, Paris, Pichon, 1891, p. 198 : « La cession fait passer le droit cédé dans le patrimoine du cessionnaire tel qu'il était dans le patrimoine du cédant [...] ».

chose qu'il vend¹⁵²¹. Or, tout comme le vendeur d'une chose corporelle, le cédant doit délivrance et garantie¹⁵²².

Le mode de délivrance ainsi que les cas de garantie varient toutefois selon que la transmission concerne des biens corporels ou incorporels, ce qui explique que les dispositions relatives à la cession de créance en traitent spécifiquement¹⁵²³. Si l'article 1689 du Code Napoléon prévoit que le cédant doit remettre au cessionnaire le titre qui constate la créance, on admet que cette prescription n'a pas pour effet de retarder la transmission de la créance. D'après l'opinion dominante, la remise du titre n'est pas une condition de validité de la cession mais uniquement l'un de ses effets¹⁵²⁴. Cette disposition est classiquement interprétée comme étant l'exécution d'une obligation de délivrance¹⁵²⁵, qui met le cessionnaire en *possession* de la créance¹⁵²⁶. Les règles propres à la vente se retrouvent en matière de cession de créance ; c'est le cas, également du transfert des accessoires de la créance (art. 1692 C.C.).

S'agissant de l'obligation de garantie, le Code civil français, dans ses articles 1693 à 1695, transpose à la cession de créance les règles traditionnelles de la vente. Dès lors qu'elle est faite à titre onéreux, la cession entraîne garantie. Aux termes de l'article 1693 du code, « Celui qui *vend* une créance ou un autre droit incorporel, doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie ». Cette garantie s'applique tant aux créances civiles que commerciales¹⁵²⁷. Le cédant doit garantir au cessionnaire, si la créance est nulle ou fictive. Si la créance n'appartenait pas au cédant, le cessionnaire peut agir en nullité de la cession, sur le fondement de l'article 1599 du Code Napoléon, qui vise la vente de la chose d'autrui. Le cédant garantit également l'existence des accessoires de la créance, telles les sûretés¹⁵²⁸. Tout comme dans la vente des choses corporelles, le cédant doit garantir le cessionnaire contre l'éviction¹⁵²⁹.

¹⁵²¹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, t. 2, n° 2534¹, p. 597.

¹⁵²² J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 315, p. 559.

¹⁵²³ Voir : F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse Paris X, 2001, n° 60, p. 62 et 63. Dans le même sens : Discours de Portalis, dans P.A. FENET, *op. cit.*, t. 9, p. 149 ; et le tribuna Grenier : P.A. FENET, *op. cit.*, t. 9, p. 205.

¹⁵²⁴ E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 302, p. 186 ; A. RIEG, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Cession de créance*, n° 20 et 21 : « Dans les rapports de cédant à cessionnaire, la cession est parfaite par l'effet du seul consentement, sans qu'il y ait à en aviser le cédé, ni même à remettre les titres au cessionnaire [...]. La délivrance s'opère, ici, par la remise du titre (C.civ., art. 1689), qui est une conséquence et non un élément de formation du contrat ».

¹⁵²⁵ La délivrance est définie par la loi comme « *le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* » (art. 1604 C.C.).

¹⁵²⁶ Voir : F. LEPLAT, thèse préc., n° 433, p. 366.

¹⁵²⁷ E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 575, p. 352.

¹⁵²⁸ J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », *loc. cit.*, n° 21.

¹⁵²⁹ L'article 1626 C.C. s'applique à la cession de créance. En ce sens : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 1292, p. 1200 ; H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, t. 3, n° 49.

450- Sous le régime du Code civil du Bas Canada, la cession de créance était clairement analysée en une vente¹⁵³⁰. Aujourd'hui, une partie des auteurs considèrent que la modification de l'emplacement de la cession de créance dans le code, qui la rattache désormais à la théorie générale des obligations¹⁵³¹, limiterait la possibilité d'analyser la cession de créance en une vente¹⁵³². Ainsi, d'après le professeur Jobin, « - [l]es codificateurs du XIX^e siècle voyaient la cession de créance comme une espèce particulière de vente. Le législateur de notre temps la considère plutôt comme un mode de transmission ou de mutation de la créance, au même titre que la subrogation, la novation et la délégation de paiement »¹⁵³³. Dès lors, « *les nouvelles dispositions sur la vente ne sauraient s'appliquer automatiquement, de façon supplétive, à la cession de créance* », en raison de la nouvelle place qu'occupe la cession de créance dans le Code civil du Québec et en raison des différences de régimes juridiques qui les caractérisent¹⁵³⁴.

451- On peut toutefois se demander si une telle rupture par rapport aux conceptions antérieures a été voulue par les codificateurs. En effet, ni les travaux préparatoires, ni les *Commentaires du Ministre de la Justice*¹⁵³⁵ ne font allusion à un changement spécifique dans la définition de la vente. De plus, la jurisprudence continue de faire référence à la « *vente de créance* »¹⁵³⁶. Enfin, l'article 1708 alinéa premier du

¹⁵³⁰ La vente des créances était prévue à l'article 1570 C.c.B.C. Voir notamment : T. ROUSSEAU-HOULE, *Précis du droit de la vente et du louage*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1986, p. 240-255 ; M. POURCELET, *La vente*, 5^e éd., Montréal, Éditions Thémis, p. 213 et suiv. ; L. BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 608 : « Le Code civil québécois et le Code civil français ont placé la cession de créance sous le signe de la vente » ; A. DESMEULES, « La vente des créances », (1954-1955) 1 C. de D. 171, 172 : « On peut se demander quelles sont les créances qui peuvent ainsi faire l'objet d'une vente : ce sont toutes les sortes de créance liquides [...] ».

¹⁵³¹ La cession de créance figurait sous le titre « De la vente », aux articles 1570 et suiv. du Code civil du Bas Canada. Elle est aujourd'hui réglementée aux articles 1637 et suivants du Code civil du Québec ; plus précisément, dans le chapitre VII (intitulé « De la transmission et des mutations de l'obligation ») du livre V, relatif aux obligations).

¹⁵³² Le législateur actuel n'a pas expressément défini la cession de créance. Il a simplement prévu que « *Le créancier peut céder à un tiers, tout ou partie d'une créance qu'il a contre son débiteur* » (art. 1637 C.c.Q.). Quant aux auteurs, ils définissent généralement la cession de créance comme le contrat, à titre onéreux ou à titre gratuit, par lequel une personne, le créancier transfère à une autre, le cessionnaire, tout ou partie d'une créance qu'il a contre son débiteur, le cédé : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 502, p. 838 ; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 879, p. 717.

¹⁵³³ P.-G. JOBIN, *La vente*, op. cit., n° 5, p. 4.

¹⁵³⁴ P.-G. JOBIN, *La vente*, op. cit., n° 5, p. 5.

¹⁵³⁵ *Commentaires du Ministre de la Justice*, op. cit., art. 1708, selon lesquels l'alinéa 1 « reprend en substance la définition de la vente de l'al. 1 de l'art. 1472 C.c.B.C. » et l'alinéa 2 « prévoit le cas où la vente porte sur un démembrement du droit de propriété ou sur tout autre droit, tels les droits successoraux ou litigieux ».

¹⁵³⁶ Pour une application jurisprudentielle récente : *Banque Nationale du Canada c. G. Beaudet & Cie*, [1998], J.E. 98-1129 (C.S.).

Code civil du Québec définit la vente comme le « contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère la propriété d'un bien à une autre personne [...] », les biens pouvant être corporels ou incorporels (art. 899 C.c.Q.).

La modification de l'emplacement de la réglementation de la cession de créance peut aisément s'expliquer, par le fait que la cession de créance ne s'analyse pas nécessairement en une vente, dès lors qu'elle peut se faire à titre gratuit¹⁵³⁷. Ce changement ne devrait pas avoir pour effet d'exclure que la cession de créance à titre onéreux puisse toujours être analysée en une vente¹⁵³⁸. En effet, le législateur traite, à côté de la vente de droit commun, d'un certain nombre de modalités de la vente¹⁵³⁹, et notamment « De la vente de *certain*s biens incorporels » (articles 1779 et suivants du Code). Parmi ces biens incorporels, figurent la 'vente de droits successoraux' et la 'vente de droits litigieux'. Or, la créance constitue le type même du droit litigieux¹⁵⁴⁰. Comment le législateur aurait-il pu exclure la vente des créances, tout en réglementant la vente de droits litigieux, dont font incontestablement partie les créances ? Pour résoudre cette difficulté, il paraît donc plus logique de considérer que le législateur québécois a repris, dans le Code civil du Québec, la conception traditionnelle selon laquelle la cession de créance peut s'analyser en une vente. La majorité des auteurs admet d'ailleurs que la cession de créance à titre onéreux doit continuer à être analysée

¹⁵³⁷ Voir déjà, sous l'ancien code : T. ROUSSEAU-HOULE, *Précis du droit de la vente et du louage*, op. cit., p. 241 : « Bien que le Code civil considère la cession de créance comme une vente, elle ne revêt pas toujours ce caractère. Elle peut être une vente lorsqu'elle prend la forme d'un contrat à titre onéreux, mais elle peut servir à réaliser une libéralité ou une dation en paiement. Elle est alors soumise aux règles de la donation (776 C.c.) ou de la dation en paiement (1592 C.c.) ».

¹⁵³⁸ *Contra* : P.-G. JOBIN, *La vente dans le Code civil du Québec*, op. cit., n° 5, p. 3 : « Les codificateurs du XIX^e siècle voyaient la cession de créance comme une espèce particulière de vente. Le législateur de notre temps la considère plutôt comme un mode de transmission de la créance, au même titre que la subrogation, la novation et la délégation de paiement. Le régime juridique de la cession de créance, dans le Code civil du Québec, est inspiré de son régime dans l'ancien code, lequel était inscrit dans le chapitre de la vente. Pourtant, à notre avis, les nouvelles dispositions sur la vente ne sauraient s'appliquer de façon supplétive à la cession de créance ».

¹⁵³⁹ Il s'agit notamment de la vente avec faculté de rachat, qui est une vente sous condition résolutoire (art. 1750 C.c.Q.), de la vente à tempérament, qui est une vente sous réserve de propriété (art. 1745 C.c.Q.), ou encore de la vente d'entreprise (art. 1767 et suiv.), anciennement dénommée 'vente en bloc' par le Code civil du Bas Canada, « qui porte sur l'ensemble ou une partie substantielle d'une entreprise et qui a lieu en dehors du cours des activités du vendeur », qui font toutes l'objet d'une réglementation spécifique.

¹⁵⁴⁰ J. TURGEON, « Interrelations et considérations sur les droits litigieux, les droits successifs et l'officier de justice », (1993) 53 *R. du B.* 81, p. 87 : « Il faut qu'il y ait contestation ou germe de contestation pour que le droit soit litigieux. En effet, s'il n'y a pas de litige ni de procès qui puisse être envisagé lors de la cession, il n'y a pas de droit litigieux ». D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, *Les principaux contrats : la vente, le louage, la société et le mandat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, n° 437, p. 236 : le droit est litigieux « c'est-à-dire incertain, disputé ou disputable quant au fond, comme une créance dont le débiteur conteste l'existence ». Voir notamment : *Vallée c. Potiers Frères Ltée*, J.E. 90-239 (C.S.) : une cession de créance constitue une cession de droits litigieux lorsqu'elle est faite aux risques et périls du cessionnaire.

en une vente¹⁵⁴¹. La jurisprudence paraît également être en ce sens. Ainsi, dans une affaire récente, il a été jugé que, lorsque la cession de créance se fait à titre onéreux, « il y a *transfert complet de propriété*, de façon absolue et définitive. *La créance passe du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire* qui la prend dans l'état où elle se trouve » et il s'agit alors d'une « *vente d'un droit personnel* »¹⁵⁴².

Si l'on admet que la cession de créance à titre onéreux s'analyse toujours en une vente, comme c'était le cas sous l'ancien Code civil, on peut en déduire une possible application supplétive des dispositions sur la vente à la cession de créance, ce qu'admettent certains auteurs¹⁵⁴³. Cette application a un intérêt, notamment en raison du caractère succinct de la réglementation de la cession de créance.

452- La jurisprudence reconnaît qu'une obligation de délivrance pèse sur le cédant, d'une façon parallèle à ce qui existe dans la vente des choses corporelles¹⁵⁴⁴. Dans l'affaire *Plourde c. Chrétien*, il a ainsi été jugé que « [l]a remise du titre qui donne au cessionnaire le moyen d'exécuter la cession, constitue, pour le cédant, ce qui fait l'objet de son obligation de délivrance, comme dans une vente de choses corporelles, la délivrance de la chose elle-même est l'exécution de l'obligation du vendeur résultant de la vente »¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴¹ D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, *op. cit.*, n° 443, p. 238 : « La cession de créance à titre onéreux constitue une *vente de biens incorporels* (art. 1708 C.c.Q.). Voir aussi : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, *op. cit.*, n° 501, p. 837 : « La cession de créance figurait dans le Code civil du Bas Canada au chapitre de la vente [...]. Il n'y avait là rien d'inexact, si ce n'est que cela supposait une transmission à titre onéreux, alors que rien n'interdisait [...] une transmission à titre gratuit » ; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 878, p. 717 : « Désormais les articles 1637 et suiv. C.c. se réfèrent en tout temps à la cession qui n'est pas nécessairement une vente, mais peut être à titre gratuit » ; J. DESLAURIERS, « Commentaires sur les propositions concernant la vente », (1988) 29 *C. de D.* 931, 248 : « On trouvait les règles de transports de créances dans le chapitre de la vente, mais l'article 1578 C.c. rendait les articles 1570 et suiv. applicables non seulement à la vente des droits incorporels, mais à tout transport de créance ou droit incorporel, par contrat de vente ou autrement. Il est donc logique que ces modalités ne soient pas insérées nécessairement dans le chapitre de la vente ».

¹⁵⁴² *Station touristique la Crapaudière inc c. Grondin Poudrier Bernier s.e.n.c* [2001] R.R.A. 481 (j. C. Larouche), n° 62, 68 et 77. Voir aussi *Caisse populaire d'Amos c. Denis Cimaf Inc.*, [1997] A.Q., n° 2951, (C.A.) (j. Rothman, Baudouin, et Deschamps), n° 18 et n° 20, où la Cour d'appel du Québec a jugé que « la cession de créance, en droit civil, emporte un véritable et authentique transfert du droit de propriété ».

¹⁵⁴³ D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, *op. cit.*, p. 238 : « La cession de créance à titre onéreux constitue une vente de biens incorporels » et « l'onérosité entraîne l'application des dispositions sur la vente de façon supplétive ». Au contraire, la cession de créance à titre gratuit est soumise à des dispositions spécifiques : art. 1816 et 1827 C.c.Q. En ce sens, sous l'ancien code : L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec*, *op. cit.*, p. 615 : « Placée sous le signe du contrat de vente, la cession de créance se trouve normalement soumise à certaines règles qui dérivent de ce type de contrat, comme elle est soumise aux règles des donations si elle est faite à ce titre ».

¹⁵⁴⁴ Art. 1717 C.c.Q. : « L'obligation de délivrer le bien est remplie lorsque le vendeur met l'acheteur en possession du bien ou consent à ce qu'il en prenne possession, tous obstacles étant écartés ».

¹⁵⁴⁵ *Plourde v. Chrétien*, (1933) 54 B.R. 15 (j. St-Germain).

Toutefois, la délivrance ne se fait pas toujours par la remise du titre. Il est ainsi admis que les modalités de la délivrance dépendent de la nature du bien vendu¹⁵⁴⁶. S'agissant de la vente de biens incorporels, telle la vente d'une créance hypothécaire, la délivrance se fait par la remise du titre, ou « quand le droit cédé n'est pas constaté par un écrit, par l'usage que l'acquéreur en fait à la connaissance et avec le consentement du vendeur »¹⁵⁴⁷.

453- Par ailleurs, tout comme dans la vente des choses matérielles, le cédant à titre onéreux est incontestablement soumis à une obligation de garantie¹⁵⁴⁸. Aux termes de l'article 1639 du Code civil du Québec, le cédant à titre onéreux garantit l'existence de la créance¹⁵⁴⁹. Cette disposition est une application nette de l'obligation de garantie caractéristique de la vente¹⁵⁵⁰. De plus, comme dans le droit antérieur, la garantie s'étend aux accessoires de la créance¹⁵⁵¹, la créance étant cédée dans son intégralité¹⁵⁵².

Dans la vente de droit commun, le vendeur est tenu à la garantie de propriété et de qualité (art. 1716 C.c.Q.). La garantie du droit de propriété a pour objet de garantir à l'acheteur la possession paisible du bien vendu. Dans l'hypothèse d'une éviction, le cessionnaire, s'il est de bonne foi, est fondé à récupérer le prix de la cession, ainsi que des dommages-intérêts (art. 1606, 1607 C.c.Q.)¹⁵⁵³. Selon les professeurs Lamontagne et Larochelle, « [l]a garantie du droit de propriété (*d'un bien corporel ou incorporel* –

¹⁵⁴⁶ D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, *op. cit.*, n° 145, p. 78 : il peut s'agir d'une tradition réelle (la remise du bien et des titres), d'une tradition symbolique (remise des clés du bâtiment où se trouve le bien), ou d'une tradition consensuelle, qui se fait par la remise de titres, notamment dans le cas des valeurs mobilières.

¹⁵⁴⁷ Voir en ce sens : P.-G. JOBIN, *La vente*, *op. cit.*, n° 94, p. 104.

¹⁵⁴⁸ L. BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec*, *op. cit.*, p. 615 : « L'obligation de garantie qui pèse sur tout vendeur en général s'impose au vendeur de la créance ». Comparer avec l'article 1723 C.c.Q., qui prévoit que le vendeur « est tenu de garantir à l'acheteur que le bien est libre de tous droits, à l'exception de ceux qu'il a déclarés lors de la vente ».

¹⁵⁴⁹ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 904, p. 727 : « Le cédant est garanti de la validité juridique de la créance (par exemple, qu'elle n'est pas entachée de nullité) et de sa disponibilité à être cédée (par exemple, qu'elle n'a pas déjà été antérieurement cédée ou qu'elle est déjà éteinte) ». Voir notamment : *Quincaillerie Laberge c. Tremblay*, [1971] C.S. 421.

¹⁵⁵⁰ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, *op. cit.*, n° 505, p. 841 : « Lorsque la cession est à titre onéreux, des dispositions particulières prévoient certaines garanties qui pèsent sur le cédant : on retrouve alors l'aspect 'vente' de la cession de créance ». A. DESMEULES, « La vente des créances », *loc. cit.*, p. 175 : « Dans toute vente de chose corporelle, le vendeur doit fournir certaines garanties à son acheteur ; il en est ainsi pour la vente d'une créance ou droit d'action ».

¹⁵⁵¹ *Chauret c. Joubert*, [1923] R.C.S. 3.

¹⁵⁵² L'obligation de garantie n'est toutefois pas d'ordre public. Tout comme dans le droit commun de la vente, les parties peuvent augmenter ou diminuer l'obligation de garantie légale, jusqu'à la supprimer : D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, *op. cit.*, p. 242 et suiv.). Le cédant peut, par exemple, ne garantir que les accessoires de la créance (art. 1732 C.c.Q.) ; ou exclure toute garantie, en dehors de la garantie de son fait personnel (art. 1474 et 1732 C.c.Q.).

¹⁵⁵³ Le point de savoir s'il peut se faire rembourser le gain manqué est controversé. Pour une réponse positive : M. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 11, Montréal, Wilson & Lafleur, 1961, 489 ; M. POURCELET, *La vente*, *op. cit.*, p. 227. *Contra* : P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1906, p. 192.

699 et 947 C.c.Q.) couvre surtout les défauts de titre »¹⁵⁵⁴. La garantie du droit de propriété couvre les troubles de fait, qui ne sont guère pertinents en matière de cession de créance, mais aussi les troubles de droit. Ainsi, par exemple, le vendeur ne saurait prétendre détenir un droit de créance si celle-ci a été cédée, même sans signification au débiteur (art. 1643 C.c.Q.). En outre, la garantie légale de qualité, par laquelle le vendeur est tenu à la garantie des vices cachés (art. 1716, 1726 C.c.Q.), ne semble pas être pertinente s'agissant des créances¹⁵⁵⁵, sauf à voir dans la garantie de solvabilité une forme de garantie contre les vices cachés. Néanmoins, cette garantie n'est pas consubstantielle à la vente, puisqu'elle peut être réduite par convention et même écartée (art. 1732 C.c.Q.).

Alors que, dans la vente (sous-entendu, des biens corporels), le transfert de propriété se fait *solo consensu*, la cession de créance ne serait pas totalement consensuelle, puisque des formalités sont nécessaires pour rendre la cession opposable aux tiers. Nous tenterons néanmoins de montrer que l'opposabilité de la cession de créance n'est pas aussi spécifique qu'on a pu le dire, les formalités de signification pouvant s'analyser comme réalisant la tradition de la créance.

b) L'opposabilité aux tiers de la cession de créance

454- On oppose, traditionnellement, les meubles corporels aux créances sur le plan de l'opposabilité aux tiers de la transmission. Il est toutefois possible d'analyser les formalités de la cession de créances comme réalisant la tradition, ou mise en possession de la créance

455- Alors que le propriétaire d'un bien corporel peut vendre son bien sans avoir à respecter aucune formalité, comment expliquer la présence, en matière de cession de créance, de l'article 1690 du Code civil français, qui prévoit la signification de la cession au débiteur cédé, ou son acceptation dans un acte authentique ? Il est usuellement enseigné que la créance étant un rapport de droit personnel, la simple volonté du cédant et du cessionnaire ne suffit pas à substituer une personne à une autre dans ce rapport, l'aspect conventionnel de la cession de créance (la créance est transmise par le seul échange des consentements, en vertu de l'article 1583 du Code civil) étant complété par un aspect formaliste (à savoir, la formalité de l'article 1690 du

¹⁵⁵⁴ D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, *op. cit.*, p. 92.

¹⁵⁵⁵ En ce sens : D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, *op. cit.*, p. 241 et 242 : « La nature particulière de [la cession de créance] *exclut toutefois l'application des dispositions relatives à la garantie de qualité –un bien incorporel, et non corporel, étant cédé [...]* ».

même code)¹⁵⁵⁶. La spécificité de la transmission des créances ne doit toutefois pas être exagérée.

456- La doctrine analyse généralement les formalités de l'article 1690 du Code civil comme des formalités de publicité¹⁵⁵⁷. Ainsi note-t-on que, pour être efficace, la cession de créance est soumise à une double formalité : la remise du titre, qui constitue la preuve de la créance (art. 1689 C.C.), et la signification, qui rend la cession opposable aux tiers (art. 1690 C.C.)¹⁵⁵⁸. Les tiers concernés sont le débiteur cédé, ainsi que les ayants causes du cédant -ce qui recouvre notamment les créanciers du cédant et le second cessionnaire, dans l'hypothèse d'une cession successive de la même créance¹⁵⁵⁹. En matière d'opposabilité aux tiers, la cession de créance se rapprocherait donc du régime juridique des immeubles, dont la transmission, pour être opposable aux tiers, doit apparaître au registre de la publicité foncière¹⁵⁶⁰.

457- Si la cession de créance est soumise à un certain nombre de formalités, qualifiées de formalités de publicité, il convient de noter que toutes les transmissions de créances n'obéissent pas à ces formalités¹⁵⁶¹, et surtout, que leur but premier n'est sans doute pas d'opérer une publicité du transfert.

Aux termes de l'article 1690, « [l]e cessionnaire n'est *saisi* à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut également être *saisi* par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ». D'un point de vue historique, le terme *saisir*, utilisé par le législateur¹⁵⁶², fait référence à une mise en possession : « [*s*]aisir, ensaisiner, historiquement, l'expression évoque une mise en possession (*saisine* = *possession*) qui a des caractères d'investiture publique, soit à l'égard du débiteur cédé, soit à l'égard des ayants-cause du cédant »¹⁵⁶³. Il se pourrait que cette conception ait toujours des prolongements dans

¹⁵⁵⁶ Voir : J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, n° 315, p. 558.

¹⁵⁵⁷ P. MALINVAUD, *Les mécanismes juridiques des relations économiques, op. cit.*, n° 200, p. 247. J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 110, p. 189 : pour que le transfert de propriété soit opposable aux tiers, « il faut qu'à la convention s'ajoute quelque formalité destinée à la rendre extérieurement visible ».

¹⁵⁵⁸ P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 8^e éd., Paris, Litec, 2003, n° 775, p. 547.

¹⁵⁵⁹ J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, n° 316, p. 560.

¹⁵⁶⁰ D. 4 janvier 1955.

¹⁵⁶¹ Les formalités de l'article 1690 du Code civil ne doivent pas être respectées dans l'hypothèse d'une cession faite par legs, lorsque les créances en cause font partie d'une universalité de droit, ou lorsque les créances sont constatées dans un titre. Voir aussi, pour les personnes morales, les hypothèses de scissions, fusions ou 'apports partiels d'actifs, en tant qu'ils entraînent la cession de l'universalité du patrimoine de la société en cause : L. CADIET, *J.-Cl. Civ.*, art. 1689 à 1695, fasc. B-1, n° 72 ; A. RIEG, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Cession de créance*, n° 53.

¹⁵⁶²

¹⁵⁶³ J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, n° 316, p. 560.

le droit actuel. La formalité de publicité que permet l'article 1690 du Code civil ne serait qu'une conséquence de la mise en possession qu'elle opère.

458- La délivrance de la créance peut d'abord se faire par la *remise du titre*¹⁵⁶⁴. Il résulte des articles 1607 et 1689 du Code civil français, que la tradition des droits incorporels peut être réalisée par la remise du titre. La remise du titre n'est toutefois pas le seul moyen de mettre en possession de la créance. Les pères du Code civil considéraient que la prise de possession d'un droit peut se faire, outre par la remise du titre, par la *signification au débiteur*¹⁵⁶⁵. Ainsi, Pothier estimait-il à l'égard des droits de créance, que la tradition, qui est la translation que fait une personne à une autre de la possession d'une chose, ne peut se faire que par la signification du transport au débiteur¹⁵⁶⁶.

459- Le sens véritable de l'article 1690 du Code civil n'est pas tant l'organisation d'une mesure de publicité, que celle d'une mise en possession¹⁵⁶⁷. Telle était déjà l'opinion de Esmein, qui écrivait que la transmission des créances est soumise à un régime « qui, avec des différences tenant à la nature des biens, *s'apparente à celui des meubles corporels : la signification au débiteur de la créance de l'acte de cession n'est pas une mesure de publicité ; c'est une prise de possession, réalisée à la façon dont elle est réalisable pour une créance* »¹⁵⁶⁸.

Cette explication permet notamment d'expliquer les imperfections de l'article 1690 vu comme organisant la publicité du transfert de la créance. Comme l'observe M. Ravail, « Le législateur sait, quand il le désire, prendre une décision efficace pour assurer la publicité d'un acte juridique. Conçoit-on qu'il ait, dans l'article 1690, si mal atteint son but ? S'il ne l'a pas atteint, c'est qu'il ne le visait pas. *C'est qu'il voyait dans la signification de la cession ou dans son acceptation authentique par le débiteur une mise en possession, remplaçant pour les créances la tradition exigée par l'article 1141 en*

¹⁵⁶⁴ Voir notamment F. ZENATI, v° *Usufruit des droits sociaux*, *loc. cit.*, n° 119, p. 18 : « Les droits incorporels, bien qu'immatériels, sont susceptibles de possession. Pour exercer son droit, l'acquéreur ou le détenteur doit être mis en possession du titre qui le constate. Ceci explique que la tradition des droits incorporels s'effectue par la remise du titre (C.civ., art. 1607 et 1689) ».

¹⁵⁶⁵ Voir sur ce point J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », *loc. cit.*, n° 26.

¹⁵⁶⁶ R.J. POTHIER, *op. cit.*, t. 9, n° 194. Cela reprend l'article 108 de la Coutume de Paris : « Un simple transport ne saisit point ; il faut signifier le transport à la partie, et en donner copie ».

¹⁵⁶⁷ P.-J. RAVAIL, thèse préc., p. 204-210.

¹⁵⁶⁸ P. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi*, *op. cit.*, p. 13. Voir aussi G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 1670 : « de même que l'acquéreur d'un meuble corporel doit fortifier son droit de propriété par la possession de manière à pouvoir l'affirmer contre les ayants cause de son vendeur, de même le cessionnaire doit accomplir l'une des formalités de l'article 1690 pour affirmer sa qualité contre tous ceux qui n'ont pas été partie à la cession, à commencer par le débiteur cédé ».

matière de translation de propriété de « choses purement mobilières ». Ainsi, pour cet auteur, « la disposition de l'article 1690 n'est qu'une application particulière de l'article 1141. *Les créances font partie de ces choses purement mobilières dont la propriété ne peut être déplacée à l'égard des tiers que par la tradition* »¹⁵⁶⁹.

Les limites de la compréhension de l'article 1690 du Code civil comme étant une formalité de publicité apparaissent encore dans le fait *qu'il ne faut pas signifier aux tiers, mais au débiteur*. La jurisprudence n'impose pas au débiteur une obligation d'informer les tiers qui ne sont pas encore cessionnaires¹⁵⁷⁰, ce qui tend à montrer que le but premier de l'article 1690 n'est pas d'organiser une véritable publicité pour les créances¹⁵⁷¹.

460- La signification au débiteur peut donc s'interpréter comme une formalité de délivrance des droits incorporels, ce qu'admettaient déjà des auteurs comme Pothier ou Domat¹⁵⁷². Si l'article 1690 du Code civil est aujourd'hui analysé comme une formalité de publicité, son rôle de mise en possession est souvent oublié. La possession d'un droit incorporel est le fait de passer pour être titulaire de ce droit. Les auteurs qui ont inspiré le Code civil ont moins considéré la signification au débiteur comme une formalité de publicité, que comme une formalité permettant au créancier de s'approprier sa chose. Tant que le débiteur ne sait pas qui est son créancier, le droit est théorique. C'est à partir du moment où le débiteur est informé, que le nouveau créancier peut se considérer comme en possession de la créance.

Tout comme pour les meubles corporels, la mise en possession crée la publicité, celle-ci n'étant en réalité qu'un épiphénomène au regard de l'article 1690 du Code civil¹⁵⁷³. L'article 1690 du Code civil s'explique donc par le fait que la mise en possession est ici assurée par la signification, laquelle est nécessaire pour rendre publique et opposable la créance ; il s'agit donc d'une réplique de l'article 1141 du Code civil, en matière de meubles corporels.

¹⁵⁶⁹ P.-J. RAVAIL, thèse préc., n° 220, p. 209.

¹⁵⁷⁰ P. CROCQ, thèse préc., n° 335, p. 292.

¹⁵⁷¹ C.-T. BARREAU-SALIOU, *Les publicités légales*, Paris, L.G.D.J., coll. « Droit des affaires », 1990, n° 5, p. 7 et 8 : « il ne peut y avoir publicité que s'il y a divulgation au public, c'est-à-dire recours à un mode collectif d'information destiné à porter l'élément juridique à la connaissance d'un public plus ou moins large ».

¹⁵⁷² R.J. POTHIER, *op. cit.*, t. 9, n° 194 ; J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, op. cit.*, livre III, titre VII, section II, n° 22, qui admet que la mise en possession d'un droit incorporel se fait par la signification au débiteur.

¹⁵⁷³ Nous verrons toutefois que, dans certains cas, la loi crée une fiction permettant de céder une créance de manière opposable sans signification, ce qui est *a priori* contraire aux articles 1690 et 1146 du Code civil : voir *infra*, n° 521 et 554 sur le régime de la cession Dailly.

461- Il est entendu qu'en droit français, il n'est pas nécessaire, pour que le transfert de propriété s'opère, qu'il y ait un transfert de possession, ou autrement dit, une tradition¹⁵⁷⁴. Pour autant, il n'est pas certain que la *traditio* ne joue plus aucun rôle¹⁵⁷⁵. En matière de meubles corporels, la tradition a des conséquences importantes vis-à-vis des tiers. C'est ainsi que, lorsque la même chose a été successivement transférée à deux personnes par le même auteur, l'article 1141 C.C. donne priorité non pas à celui qui a acquis le premier, mais à celui qui est entré en possession le premier¹⁵⁷⁶. La possession n'étant qu'un moyen d'information, la mauvaise foi entraîne le retour à la règle *prior tempore, potior jure*¹⁵⁷⁷. Au contraire, dans le cas des immeubles, pour lesquels la tradition n'a pas le même effet d'information, puisque leur possession est souvent séparée de la propriété, c'est la publicité foncière qui rend la convention opposable aux tiers¹⁵⁷⁸.

Les créances, qui sont généralement mobilières, obéissent à un régime proche de celui des meubles corporels. Simplement, la remise du titre, qui permet l'entrée en possession n'a pas toujours une vertu publicitaire suffisante, ce qui explique qu'elle est souvent renforcée par la signification au débiteur, laquelle peut être analysée comme un mode d'entrée en possession¹⁵⁷⁹.

462- Avec le système de la tradition réelle¹⁵⁸⁰, le transfert de la propriété et de la possession vont de pair : il y a exécution de l'obligation de transférer la propriété par la

¹⁵⁷⁴ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 122, p. 151. La tradition peut se définir comme une forme particulière de délivrance : *Encyclopédie juridique Dalloz*, v° *Tradition*, n° 1 et n° 3 : « Toute délivrance n'est pas une tradition ; elle ne l'est qu'à une double condition. D'une part, elle doit avoir pour objet une chose mobilière [...]. D'autre part, la délivrance n'est une tradition que si elle est faite en exécution d'une obligation de donner ».

¹⁵⁷⁵ J.-P. CHAZAL et S. VINCENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *Rev. trim. dr. civ.* 2000.477, n° 30, p. 493 : « [...] l'échange des consentements est une tradition ! Non une tradition réelle ou feinte comme en droit romain mais une tradition civile. Portalis a été sur ce point extrêmement clair : il « s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport du droit, et qui nous donne une action pour forcer la tradition réelle de la chose... ».

¹⁵⁷⁶ G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, t. 1, n° 3403 et 3444, qui ont mis en lumière la fonction translative de la possession, qui est nécessaire pour rendre opposable aux tiers le transfert de la propriété mobilière (c'est ainsi que l'art. 1141 C.C. sert à régler le conflit entre deux acquéreurs successifs tenant leur droit du même auteur) ; J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 236, p. 368.

¹⁵⁷⁷ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 132, p. 160.

¹⁵⁷⁸ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 132, p. 161.

¹⁵⁷⁹ J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, n° 320, p. 567 ; F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 132, p. 161 ; J.-P. CHAZAL et S. VINCENTE, *loc. cit.*, n° 47, p. 502 : « Pour les créances, cette faculté d'exercer le droit acquis passe nécessairement par la signification du transport au débiteur. Seule cette signification permet de conférer la possession d'une créance et donc d'en transférer la pleine propriété ».

M. PLANIOL, *op. cit.*, t. 3, n° 110 : « la signification a été [...] le moyen de saisir le cessionnaire, de le mettre en possession, une *traditio* venant compléter la convention génératrice d'obligation ».

¹⁵⁸⁰ Voir notamment, sur l'idée selon laquelle la propriété des meubles n'est transférée à l'égard des tiers que par la tradition : T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, Paris, Pichon, 1903, n° 128 ; P. HUGUENEY, *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation*

remise de la chose. Or, le Code Napoléon « a désolidarisé la propriété et la possession sans, pour autant, supprimer l'obligation de transférer la propriété, donc la nécessité d'une tradition »¹⁵⁸¹. Aujourd'hui, la tradition est, en principe, intellectuelle en ce qu'elle s'opère « du seul fait que le contrat est formé, c'est-à-dire, exactement, dès que l'obligation de livrer est exigible »¹⁵⁸². L'obligation de transporter la chose en la puissance et possession de l'acheteur, que requiert l'article 1604 du Code civil, peut s'analyser comme une obligation de donner¹⁵⁸³. Le plus souvent, cette obligation n'apparaît pas au grand jour, elle est, en quelque sorte, « masquée »¹⁵⁸⁴ car elle s'exécute en principe de façon automatique, dès qu'elle est exigible¹⁵⁸⁵. Néanmoins, l'existence de cette obligation apparaît nettement lorsque le transfert de propriété est différé dans le temps. Dans ce cas, en effet, le vendeur demeure débiteur de cette obligation de donner, la propriété n'ayant pas été transférée lors de la conclusion du contrat¹⁵⁸⁶.

Le fait que l'opposabilité de la cession aux tiers soit subordonnée à la tradition, c'est-à-dire à une mise en possession par le biais d'une signification, n'a rien d'étonnant. De même que pour le transfert des biens corporels, la possession n'est pas dénuée d'effets s'agissant du transfert des créances, la seule différence étant que le mode de mise en possession diffère selon que le bien est corporel ou incorporel¹⁵⁸⁷. Le

contractuelle, thèse Dijon, 1910, p. 50 : « Ainsi donc le système que nous défendons, d'après lequel la propriété des meubles n'est transférée à l'égard des tiers que par la tradition, système qui [...] est conforme aux enseignements de notre ancien droit, n'est contraire à aucun des textes de notre Code, ni à l'article 1138, ni à l'article 2279 ».

¹⁵⁸¹ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 131, p. 159.

¹⁵⁸² T. REVET, « Les différentes ventes », *loc. cit.*, p. 17 ; F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 131, p. 159 : « [...] sauf convention contraire, la propriété est transférée par l'échange des consentements (transfert dit *solo consensu*), qui exécute donc l'obligation de donner (art. 1138). C'est la tradition civile ».

¹⁵⁸³ Si la tradition n'est pas contenue parmi les modes d'acquérir mentionnés à l'article 711 C.C., les discussions devant le Corps législatif révèlent qu'elle apparaît au titre « Des effets des obligations ». À la question que Cambacérès pose de savoir si la tradition constitue tout comme en droit romain, un mode d'acquisition de la propriété, Treilhard répond que « *les caractères et les effets de la tradition sont expliqués au titre Des effets des obligations* » : A. FENET, *op. cit.*, t. 12, p. 4. Voir sur ce point J.-P. CHAZAL et S. VINCENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *loc. cit.*, n° 15, p. 485 : « *les articles 1606 et 1607 sont gênants dans la mesure où ils consacrent expressément le maintien de la tradition comme mode de transfert de la propriété dans le contrat de vente* ».

¹⁵⁸⁴ P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *Rev. trim. dr. civ.* 1988.673, p. 694.

¹⁵⁸⁵ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens, op. cit.*, n° 52, p. 59.

¹⁵⁸⁶ T. REVET, « Les différentes ventes », *loc. cit.*, n° 25, p. 15.

¹⁵⁸⁷ En acceptant la tradition *animo solo*, les Romains avaient déjà admis que la mise en possession n'est pas nécessairement matérielle. Les jurisconsultes admirent cette forme de tradition (c'est-à-dire la tradition sans déplacement de la possession corporelle, mais simplement en vertu de l'intention des parties) dès l'époque classique en matière de *mutuum* (prêt de consommation portant sur les choses fongibles) : J. MACQUERON, *Histoire des obligations, op. cit.*, p. 74.

rôle de mise en possession de la signification au débiteur dans la cession de créance apparaît encore plus nettement en droit québécois.

463- En droit québécois, la cession de créance de droit commun est soumise à un certain nombre de formalités à l'égard des tiers, dont certaines sont très proches des formalités qu'organise le droit français. Il peut s'agir, soit de l'acquiescement à la cession par le débiteur, soit de la réception par le débiteur d'une copie ou d'un extrait pertinent de l'acte de cession, ou de toute autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant (art. 1641 al. 1 C.c.Q.) –on retrouve ici, formulé autrement, la signification au débiteur ou son acceptation, connues en droit français, sans qu'un acte authentique ne soit toutefois exigé. Par rapport à l'ancien code, les formalités de signification ont été simplifiées puisqu'une « *simple mention sur un état de compte, pourvu qu'elle soit claire, une lettre adressée au débiteur cédé en même temps que la facture, voire la transmission d'un état certifié de l'inscription de la cession sur le registre approprié, pourront constituer autant de moyens de rendre la cession opposable au débiteur cédé et aux tiers* »¹⁵⁸⁸.

464- La loi québécoise prévoit, en outre, deux hypothèses particulières, soumises à des dispositions spécifiques et inconnues du droit français. Lorsque le débiteur se trouve à l'extérieur du Québec, l'opposabilité de la cession est soumise à la publication dans un journal de la dernière adresse connue du débiteur, ou lorsqu'il exploite une entreprise, dans la localité de son principal établissement (1641 al. 2 C.c.Q.). Il est prévu, par ailleurs, que la cession portant sur une universalité de créances n'est opposable aux tiers que si elle a été inscrite au *Registre des droits personnels et réels mobiliers* (1642 C.c.Q.)¹⁵⁸⁹. Dans ce dernier cas cependant, les formalités de mise en possession ne sont pas pour autant écartées, la signification au débiteur cédé étant toujours nécessaire¹⁵⁹⁰.

465- Si le nouveau Code civil ne nous renseigne pas sur le fondement de ces formalités, tel n'était pas le cas du Code civil du Bas Canada. L'article 1571 du Code civil du Bas Canada était on ne peut plus explicite sur le rôle de mise en possession de la signification au débiteur. En effet, cet article disposait que « L'acheteur n'a pas de

¹⁵⁸⁸ *Commentaires du Ministre de la Justice, op. cit.*, art. 1641 C.c.Q.

¹⁵⁸⁹ Sur ce *Registre* : *infra*, n° 712 et suiv.

¹⁵⁹⁰ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations, op. cit.*, n° 503, p. 839 : « Ces principes n'est cependant valable qu'à l'égard des tiers, puisque la cession d'une universalité de créances n'est opposable aux débiteurs cédés que si ceux-ci ont acquiescé à la cession ou que les autres formalités prévues à l'article 1641 C.c.Q. ont été accomplies à leur égard (art. 1642 C.c.Q.) ».

possession utile à l'encontre des tiers, tant que l'acte de vente n'a pas été signifié et qu'il n'en a pas été délivré copie au débiteur ; il peut cependant être mis en possession par l'acceptation du transport que fait le débiteur [...] ¹⁵⁹¹. La doctrine considérait donc sans difficulté qu'à l'égard des tiers, « *l'acheteur d'une créance n'a aucune possession utile, aussi longtemps que l'acte de vente n'a pas été signifié et qu'il n'en a pas été délivré copie au débiteur* »¹⁵⁹². Il était admis qu'« en principe [...] *le cessionnaire n'est pas effectivement mis en possession tant que les formalités (de signification) n'ont pas été accomplies. Jusqu'à ce moment, le cédé peut considérer le titre du cessionnaire comme lui étant inopposable. Le paiement par lui fait au cédant pendant cette période, est valable* »¹⁵⁹³. L'explication de la signification comme une mesure de publicité était par ailleurs rejetée, au motif qu'il ne saurait y avoir de publicité que si les tiers peuvent effectivement connaître l'exactitude d'une situation, ce qui n'est pas le cas des formalités de la cession de créance¹⁵⁹⁴. Le Code civil du Bas Canada était donc particulièrement net dans sur le rôle de mise en possession de la signification¹⁵⁹⁵.

466- Rien ne permet de penser que le législateur a remis en cause le fondement des formalités de l'article 1641 du Code civil du Québec, si bien qu'il est possible de considérer ces formalités comme permettant la *mise en possession* du débiteur. C'est d'ailleurs ce qui a été reconnu dans une affaire récente, où la cour d'appel a expressément considéré que l'acceptation par le débiteur de la cession de créance est un mode de mise en possession de la créance, aussi valable que sa signification¹⁵⁹⁶.

467- L'unicité de solution entre le droit français et le droit québécois s'explique parfaitement bien d'un point de vue historique, puisque l'article 108 de la Coutume de Paris est à l'origine de l'article 1690 du Code civil français¹⁵⁹⁷, qui a lui-même inspiré les dispositions correspondantes du Code civil du Bas Canada, puis du Code civil du Québec.

Les formalités de l'article 1690 du code civil français et de l'article 1641 du Code civil du Québec semblent donc avoir pour objet véritable la *mise en possession* de

¹⁵⁹¹ C'est nous qui soulignons. Pour une application jurisprudentielle, voir notamment : *Société du crédit agricole c. Trudeau*, [1991] R.J.Q. 695 (C.A.)

¹⁵⁹² A. DESMEULES, « La vente des créances », (1954-1955) 1 *C. de D.* 171, p. 173.

¹⁵⁹³ L. BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec, op. cit.*, p. 613.

¹⁵⁹⁴ L. BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec, op. cit.*, p. 610.

¹⁵⁹⁵ Voir, pour une application jurisprudentielle: *Canada inc. c. Immobilière Natgen inc.* [1998] R.D.I. 545 (C.A.) (j. Deschamps, Pigeon, Philippon), n° 17 : « En somme l'acceptation par le débiteur de la créance cédée est un *mode alternatif de mise en possession de la créance*, tout aussi valable que sa signification ».

¹⁵⁹⁶ *Immobilière Natgen inc. c. 2897041 Canada inc.*, [1998] R.D.I. 545 (C.A.), R.E.J.B. 98-07740 (C.A.).

¹⁵⁹⁷ P.-J. RAVAIL, thèse préc., n° 218, p. 204.

l'acquéreur du droit incorporel, leur rôle de formalité de publicité n'étant que corrélatif. C'est la possession de la créance, le fait que l'on exerce un pouvoir sur ce bien, qui a une vertu publicitaire vis-à-vis des tiers.

B. La subrogation personnelle

468- En plus de pouvoir disposer de son bien par la voie d'une cession de créance, le propriétaire d'une créance peut également en disposer par le biais d'une subrogation personnelle¹⁵⁹⁸. Le droit français et le droit québécois reconnaissent une parenté étroite entre la cession de créance et la subrogation, qui l'une comme l'autre, ont pour effet de transférer la propriété de la créance (1), sans toutefois nécessiter une mise en possession (2).

1. Le transfert de la propriété des créances par subrogation personnelle

469- En droit français, la subrogation personnelle a la particularité d'être à la fois une modalité de paiement et une cession de créance¹⁵⁹⁹. Si le Code civil français, de même qu'une partie des auteurs, la présente comme une modalité de paiement (art. 1249-1252 C.C.)¹⁶⁰⁰, les développements récents de la subrogation personnelle permettent toutefois de dire que, ce qui fait l'essence de l'institution, est moins le paiement qui transfère la créance, que la *transmission* de la créance, sur le fondement d'un paiement¹⁶⁰¹. Tel est notamment le sens des travaux menés par le professeur Mestre¹⁶⁰². Cela justifie donc d'étudier la subrogation personnelle comme un mode de transmission de la créance¹⁶⁰³.

¹⁵⁹⁸ La notion de subrogation renvoie à l'idée de remplacement, soit qu'une chose en remplace une autre dans un patrimoine, soit qu'une personne en remplace une autre dans un rapport d'obligation : J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, n° 334, p. 589. La subrogation personnelle est consacrée par les articles 1249 et 1252 du Code civil.

¹⁵⁹⁹ J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, n° 334, p. 589.

¹⁶⁰⁰ Voir notamment : J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », *loc. cit.*, n° 43, p. 34 : la subrogation personnelle est « le mécanisme juridique en vertu duquel celui qui paye la dette d'autrui est substitué dans les droits du créancier qu'il a désintéressé. La subrogation du *solvens* au créancier initial entraîne ainsi un transfert de la créance au profit du subrogé. *La subrogation personnelle s'analyse donc en un paiement qui n'est plus extinctif de créance, mais translatif de celle-ci* ».

¹⁶⁰¹ J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », *loc. cit.*, n° 43, p. 34 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, t. 3, *Régime général, op. cit.*, n° 260, p. 175 : la subrogation personnelle est davantage devenue un « *mode de transfert de la créance, lié au paiement* » ; E. FRAUD, « La notion de transfert de créance », *Droit prospectif, R.R.J.* 1998-3, n° 91, p. 855, selon lequel elle est un mode de transmission des créances qui est lié au paiement fait par un autre que le débiteur.

¹⁶⁰² J. MESTRE, thèse préc., n° 540 et n° 636, p. 842 : « la subrogation personnelle apparaît [...] dans le droit contemporain comme un *transfert de créance réalisé sur le fondement d'un paiement* ».

¹⁶⁰³ Planiol et Ripert mettaient déjà en avant l'effet translatif de la subrogation, en considérant que : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1956, p. 179 : « Dans son ensemble, l'opération est une transmission de créance. Le débiteur a maintenant un créancier

470- La doctrine française considère qu'il y a subrogation personnelle, lorsque celui qui paye un créancier est substitué dans les droits de celui-ci¹⁶⁰⁴. La subrogation personnelle peut avoir une source conventionnelle ou légale. En dehors des quatre cas de subrogation légale prévus par l'article 1251 du Code Napoléon¹⁶⁰⁵, plusieurs lois spécifiques prévoient une telle subrogation¹⁶⁰⁶. La loi admet notamment, s'agissant des mécanismes de garantie, que l'assureur de dommage bénéficie de la subrogation légale (article L 121-12 du Code des Assurances). De même, lorsque la victime d'un accident corporel est indemnisée par la Sécurité sociale, ou le Fonds de garantie, ces organismes bénéficient d'une subrogation de plein droit contre l'auteur responsable du dommage¹⁶⁰⁷. Dans ces différents cas, c'est donc la propriété de la créance qui est transférée.

471- Lorsque la subrogation est d'origine conventionnelle¹⁶⁰⁸, l'hypothèse la plus fréquente est qu'elle soit consentie par le créancier. Institution de droit commun, la portée du mécanisme subrogatoire a été étendue par la jurisprudence dans le domaine du crédit, à travers le contrat d'affacturage. L'opération d'affacturage « garantit le règlement d'un crédit et permet éventuellement la mobilisation de *créances commerciales* à court terme. Elle repose sur le règlement par le *factor* [...] à l'*adhérent* (son client) des factures que ce dernier a sur ses débiteurs (acheteurs) en contrepartie du transfert des factures (c'est-à-dire des créances) au *factor* »¹⁶⁰⁹. Dans cette hypothèse, les tribunaux ont expressément décidé que « l'affactureur qui a réglé les factures de son adhérent, devient *propriétaire des créances* correspondantes *qui lui sont transférées par l'effet d'une subrogation conventionnelle* »¹⁶¹⁰.

nouveau, le subrogé, à la place de l'ancien ». Voir aussi J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, n° 336, p. 593 : « En conclusion, il serait peut-être réaliste de la [subrogation personnelle] traiter aujourd'hui plutôt que comme un mode d'extinction des obligations, comme un transfert de créance réalisé sur la base d'un paiement ».

¹⁶⁰⁴ Voir J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, L.G.D.J., 1979.

¹⁶⁰⁵ L'hypothèse principale est celle du codébiteur d'une obligation solidaire ou indivisible, ou autrement dit, qui s'est acquitté seul de la dette et se trouve alors subrogé de plein droit : c'est la subrogation « au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres, au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter ».

¹⁶⁰⁶ La subrogation légale a lieu de plein droit, sans que le créancier ou le débiteur n'aient à manifester leur volonté (art. 1251 C.C.).

¹⁶⁰⁷ Voir en matière d'assurance-maladie-invalidité : L. 9 août 1963, art. 70.

¹⁶⁰⁸ La subrogation conventionnelle peut se faire par la volonté du créancier (art. 1250-1°), ou par la volonté du débiteur (art. 1250-2°).

¹⁶⁰⁹ Y. CHAPUT, « La transmission des obligations en droit bancaire français », dans *La transmission des obligations*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 371.

¹⁶¹⁰ Paris, 4 février 1992, D. 1992.i.r.121.

Il est notable que, lorsqu'elle est consentie par le débiteur¹⁶¹¹, le consentement du créancier n'est pas requis¹⁶¹², si bien qu'on a pu voir dans ce type de subrogation un « mécanisme d'expropriation des créances pour cause d'utilité privée »¹⁶¹³.

472- Quant à ses effets, la subrogation personnelle se rapproche donc de la cession de créance, en ce qu'elle entraîne la transmission de la créance, mais elle s'en distingue en ce qu'elle est fondée sur un paiement¹⁶¹⁴. La subrogation personnelle a un effet translatif, car la créance n'est pas éteinte, mais est transmise au solvens. Cet effet translatif est néanmoins limité, notamment en ce que le créancier primitif n'est pas tenu d'une obligation de garantie, puisqu'il n'a fait que recevoir un paiement¹⁶¹⁵. Il reste que la créance est transmise en propriété, peu important que le transfert soit ici fondé sur un paiement.

473- Tout comme en droit français, il existe en droit québécois de grandes similitudes entre la cession de créance et la subrogation¹⁶¹⁶. Les auteurs admettent que « la subrogation est une opération très proche de la cession de créance, c'est-à-dire d'une vente de créance »¹⁶¹⁷. La subrogation peut être définie comme « l'opération juridique par laquelle le solvens se voit transmettre légalement ou conventionnellement, par le créancier, la créance de ce dernier avec tous ses accessoires »¹⁶¹⁸. Contrairement à ce qui était prévu par l'article 2576 du Code civil du Bas Canada, l'article 2474 du Code civil du Québec pose le principe de la subrogation de l'assureur, par le seul effet de la loi, dans les droits de son assuré, contre l'auteur du dommage¹⁶¹⁹. D'après les

¹⁶¹¹ Sur la rareté de l'emploi de ce mécanisme : M. FONTAINE, « La transmission des obligations *de lege ferenda* », dans *La transmission des obligations*, *op. cit.*, p. 630.

¹⁶¹² Req., 11 juill. 1843, S. 1844.I.379.

¹⁶¹³ J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 336, p. 593.

¹⁶¹⁴ J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », *loc. cit.*, n° 58, p. 42.

¹⁶¹⁵ J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, n° 640, p. 699 : « C'est parce que le transfert intervient sur la base d'un paiement, et non d'une vente par exemple, que le recours du subrogé est limité à la mesure de ce qu'il a payé, ou encore, qu'au cas de concours entre le subrogeant et le subrogé, préférence est donnée au premier ».

¹⁶¹⁶ La subrogation est réglemantée aux articles 1651 et suivants du Code civil du Québec. Sur le lien entre les deux institutions : M. DUBÉ, *La distinction entre la subrogation et la cession de créance*, thèse de maîtrise, Université de Montréal, Faculté de droit, 1969.

¹⁶¹⁷ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, *op. cit.*, n° 337, p. 605. La subrogation se distingue néanmoins de la cession, notamment en ce que l'idée de spéculation est absente de la subrogation (*op. cit.*, n° 501, p. 837). De plus, les auteurs ont souligné que, « S'agissant d'un paiement, la subrogation peut avoir lieu contre la volonté du créancier, lorsqu'elle résulte de la loi; au contraire, la cession de créance nécessite le consentement du créancier qui décide de vendre sa créance au cessionnaire » (*op. cit.*, n° 338, p. 605).

¹⁶¹⁸ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 909, p. 732.

¹⁶¹⁹ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 919, p. 737 et 738. Art. 2474 C.c.Q. : « L'assureur est subrogé dans les droits de l'assuré contre l'auteur du préjudice, jusqu'à concurrence des indemnités qu'il a payées [...] ».

tribunaux, l'article 2474 du code « créé, en faveur de l'assureur qui paie une indemnité, une *subrogation légale* dans les droits de son assuré contre le tiers responsable du dommage ».

474- La subrogation produit le même effet en droit québécois qu'en droit français : « elle opère *transmission de la créance elle-même* »¹⁶²⁰. Il a été jugé que « [l]a subrogation fait acquérir au subrogé tous les droits du créancier payé, non pas seulement les droits accessoires (privilège, hypothèque, cautionnement, etc.) mais *la créance elle-même*, le droit principal auquel ces diverses garanties sont attachées »¹⁶²¹. Le principal intérêt pratique de la subrogation est que « le créancier reçoit son dû et que le *solvens*, lui, acquiert non seulement sa créance, mais encore toutes les garanties, sûretés et accessoires qui y sont attachés »¹⁶²².

2. L'absence de mise en possession par signification

475- En droit français comme en droit québécois, les formalités de la cession de créance ne sont pas applicables en matière de subrogation. Les auteurs, confortés par la jurisprudence¹⁶²³, admettent que « [l]a subrogation opère non seulement entre les parties mais [qu']elle est aussi *opposable aux tiers sans autres formalités*, alors même que la notification au débiteur n'aurait pas été faite »¹⁶²⁴.

En droit québécois, les formalités prévues par l'article 1641 du Code civil du Québec ne sont pas nécessaires en cas de subrogation, si bien que, « dans l'hypothèse où le subrogeant aurait reçu paiement de la même créance par deux tiers, successivement, qu'il aurait l'un et l'autre subrogés dans ses droits, le premier subrogé l'emporterait sur le second »¹⁶²⁵. Lorsque la subrogation porte sur une créance hypothéquée ou sur une priorité, l'article 3003 C.c.Q. en exige toutefois la publication.

476- Il reste qu'en principe, la mise en possession n'a pas à se faire par une signification. Cela s'explique par le fait que l'aspect « paiement » de la subrogation personnelle prime ici sur son aspect translatif, ce qui évite les formalités de la cession de créance. De plus, contrairement à la cession de créances de droit commun, la

¹⁶²⁰ L. BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec, op. cit.*, p. 622.

¹⁶²¹ *Ontario inc. c. Regletex Inc.*, [2001] J.Q. n° 2123, (C.S.), n° 122 (j. J. Verrier).

¹⁶²² J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations, op. cit.*, n° 909, p. 732.

¹⁶²³ Voir notamment : Civ. 1, 26 avril 1978, *Gaz. Pal.* 1978.pan.8 ; Com. 13 juill. 1954, D. 1954.681.

¹⁶²⁴ Y. CHAPUT, « La transmission des obligations en droit bancaire français », *loc. cit.*, p. 375. Dans le même sens : J. MESTRE, thèse préc., n° 46 et 219.

¹⁶²⁵ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations, op. cit.*, n° 338, p. 605.

transmission des créances par voie de subrogation doit être expresse¹⁶²⁶. entraîne l'application de l'art. 1250 1° du code civil français, aux termes duquel « *la subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement* »¹⁶²⁷. Dès lors, la vertu publicitaire de la mise en possession perd son utilité.

477- Dans les deux droits étudiés, la cession de créance comme la subrogation personnelle permettent, à l'instar de la vente, la transmission des créances en propriété. La subrogation se rattachant davantage à un paiement qu'à une transmission, cela explique toutefois que les formalités de mise en possession ne lui soient pas applicables.

Si la créance peut être transmise entre vifs selon les modes de transmission du droit commun que sont la cession de créance ou la subrogation, elle peut également être transmise selon des modes dérogatoires au droit commun, notamment par voie de négociation.

§2. Les modes de transmission des créances dérogatoires au droit commun

478- En France comme au Québec, le recours aux titres négociables marque de sa spécificité la transmission des créances dans les relations commerciales¹⁶²⁸. Les deux catégories principales de *titres négociables*, ou *effets négociables (negotiable instruments)* sont les valeurs mobilières et les effets de commerce¹⁶²⁹. Alors que les valeurs mobilières constatent des créances à long terme et permettent d'assurer le

¹⁶²⁶ Aux termes de l'art. 1250 1° C.c.f., « *la subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement* ». Voir dans le même sens l'art. 1653 C.c.Q. : « La subrogation conventionnelle peut être consentie par le créancier ou par le débiteur, mais elle doit être expresse et constatée par écrit ». L'art. 1654 C.c.Q. exige par ailleurs qu'elle soit faite en même temps que le paiement.

¹⁶²⁷ T. BONNEAU, *Droit bancaire*, coll. « Domat droit privé », 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2003, n° 578, p. 397.

¹⁶²⁸ Si la négociation concerne avant tout le droit commercial, elle comporte également des implications importantes en droit civil : J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., n° 317, p. 563 ; F. LEPLAT, thèse préc., n° 62, p. 65 ; A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, op. cit., t. 3, n° 433, p. 601. La notion de négociabilité a donné lieu à de multiples tentatives de définitions doctrinales. Voir notamment : D.-R. MARTIN, « Du titre et de la négociabilité (À propos des pseudo-titres de créances négociables) », D. 1993.chr.20, dont il ressort que le principal critère réside dans la présence d'un procédé de transfert simplifié. Voir aussi : E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd. par J. PERCEROU, Paris, Rousseau et Cie, 1931, n° 572, p. 572 : « *La négociabilité, avec ses trois formes alternatives du titre nominatif, du titre au porteur ou du titre à ordre, s'écarte de la cession d'une créance ordinaire (art. 1690 C. civ.)* ». Les titres négociables sont « *des écrits qui constatent et représentent des droits, écrits dont la transmission, par des procédés de négociation propres au droit commercial, assure la transmission des droits eux-mêmes* » : J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., n° 252, p. 391 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit du crédit*, t. 2, *Effets de commerce, Chèque, Carte de paiement et de crédit*, 3^e éd., Paris, Litec, 1998, n° 1 : « *titre transmissible par l'un des procédés simplifiés que la pratique a imaginés et le droit reconnu : endossement, tradition, transfert et virement pour titres inscrits en compte* ».

¹⁶²⁹ J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., n° 252, p. 391.

financement des grandes entreprises sur le long terme¹⁶³⁰, les effets de commerce, tels la lettre de change ou le chèque, constatent des créances à court terme¹⁶³¹. Par ailleurs, le législateur français a prévu un mode de transfert particulier pour la cession des créances professionnelles, institué par la loi du 2 janvier 1981, dite *loi Dailly*, qui utilise la technique des effets de commerce.

479- En France, la loi du 30 décembre 1981, qui a prévu la dématérialisation des valeurs mobilières, a bouleversé les données du régime traditionnel du transfert des valeurs mobilières. Le droit québécois ne connaît pas, à ce jour, une telle dématérialisation, même si *de lege ferenda*, on semble également s'acheminer vers une remise en cause du système de l'incorporation des valeurs mobilières dans les titres.

S'agissant du transfert des créances dans le droit des effets de commerce, la notion de *propriété de la provision*, laquelle désigne la créance du tireur sur le tiré, est au cœur du droit français des effets de commerce. On a souvent opposé le droit commercial français, qui a consacré la théorie complexe de la provision, au droit commercial canadien, inspiré du droit anglais qui, ayant adopté un droit cambiaire à l'état pur, ignore la théorie de la provision. Si la différence entre les deux systèmes est importante, nous verrons toutefois qu'il convient de nuancer leur disparité.

Après avoir envisagé le transfert de la créance dans le droit des valeurs mobilières (A), nous rendrons compte de la question du transfert de la propriété de la provision dans les effets de commerce, et en particulier dans la lettre de change (B). Enfin, la question du transfert fiduciaire des créances sera envisagée (C).

A. Le transfert de la créance dans le droit des valeurs mobilières

480- En droit français, les valeurs mobilières peuvent être définies comme des titres négociables qui représentent des droits de différente nature, qu'il s'agisse de rentes, de parts sociales comme les actions, ou de créances comme les *obligations*¹⁶³². La notion englobe à la fois les actions, les obligations, ainsi que certaines variantes telles que les certificats d'investissement¹⁶³³.

¹⁶³⁰ A. REYGROBELLET, *La notion de valeur mobilière*, thèse Paris II, 1995, p. 690 ; P. LESCOT et R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, t. 1, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1953, n° 8, p. 12.

¹⁶³¹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, t. 2, n° 1911, p.127.

¹⁶³² L'art I de la loi du 23 décembre 1988 (loi n° 88-1201) définit les valeurs mobilières comme « les titres émis par des personnes morales publiques ou privées *transmissibles par inscription en compte ou par tradition*, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance ». La portée de la définition est cependant réduite aux dispositions énoncées par la loi.

¹⁶³³ La catégorie des valeurs mobilières regroupe les types traditionnels de valeurs que sont les actions, les obligations, les emprunts émis par l'État et les collectivités publiques, ainsi que les parts de fondateur

On s'intéressera ici aux obligations, qui sont une variété de créances¹⁶³⁴. Comme l'a souligné le doyen Batiffol, l'obligataire est un « simple prêteur » et « ses droits se limitent intrinsèquement au service des intérêts et au remboursement du capital à l'échéance. *Il ne s'agit que de créances et de dettes* »¹⁶³⁵. Au contraire, l'étude des actions est volontairement écartée, car la notion d'action va au-delà de la créance. L'actionnaire n'est pas un simple créancier, puisqu'il a d'autres prérogatives, tels le droit de vote aux assemblées générales, ou le droit à la répartition de l'actif à la dissolution¹⁶³⁶.

481- La propriété des titres ou valeurs mobilières est également reconnue par le droit positif québécois¹⁶³⁷. Les valeurs mobilières recouvrent, à titre principal, les actions, les obligations et les débentures, ces dernières désignant des obligations non garanties¹⁶³⁸.

Pas plus qu'en France, l'action ne saurait être réduite à un droit de créance¹⁶³⁹. L'actionnaire a des droits qui vont au-delà de ceux d'un créancier, tels que le droit de vote, ou le droit de se partager le reliquat des biens de la société lors de sa liquidation¹⁶⁴⁰. On écartera donc, ici encore, l'analyse du transfert d'actions de ces développements. Contrairement à l'actionnaire, celui qui détient une obligation ou une débenture est, selon la doctrine majoritaire, un créancier de la compagnie¹⁶⁴¹. Alors que l'actionnaire est un véritable associé, l'obligataire n'est qu'un emprunteur¹⁶⁴².

émises par les sociétés commerciales. Se sont greffés à cette liste de nouveaux types de valeurs mobilières, tels les certificats d'investissement, les titres participatifs ou les valeurs mobilières composées : G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 2, n° 1737, p. 6 et 7.

¹⁶³⁴ P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 3, *La monnaie, les valeurs mobilières, les effets de commerce*, Paris, P.U.F., 1999, p. 98 : « Les obligations sont des créances à long terme, négociables et fongibles [...] ».

¹⁶³⁵ H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de bien », *loc. cit.*, p. 11. Voir aussi : R. SAVATIER, *La théorie des obligations*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1969, n° 49, p. 67.

¹⁶³⁶ H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de bien », *loc. cit.*, p. 11 et 12.

¹⁶³⁷ Art. 10 à 10.5 de la *Loi sur les valeurs mobilières* (L.R.Q., c. V-1.1). Voir notamment l'art. 10 : « Chaque fois qu'il est question de la *propriété de titres*, il est fait abstraction de toute convention ayant pour effet d'attribuer la *propriété de ces titres* à un titulaire autre que celui à qui ils appartiennent véritablement ».

¹⁶³⁸ M. MARTEL et P. MARTEL, *La compagnie au Québec, op. cit.*, p. 32-11 et 32-13 : les débentures sont souvent assimilées à des billets à ordre, ou *notes* du droit anglo-canadien ou américain ; H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd. Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, v° *Débeture* : « Valeur mobilière émise par une personne morale en reconnaissance d'une dette, qui prévoit le paiement d'une somme déterminée au porteur et porte intérêt jusqu'à son échéance ».

¹⁶³⁹ Voir notamment *Fan Flame Spark Plug Co. Of Canada Ltd.*, (1926) 64 C.S. 292 ; *Simgest Inc. c. Trustco général du Canada inc.*, J.E. 93-1563 (C.S.).

¹⁶⁴⁰ Art. 102, 123.40 et suiv. de la *Loi sur les compagnies* (L.R.Q. c. C-38) ; art. 24(3) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (L.R.C. 1985, ch. C-44).

¹⁶⁴¹ M. MARTEL et P. MARTEL, *La compagnie au Québec, op. cit.*, p. 32-15 ; J.-P. ARCHAMBAULT et M.-A. ROY, *Le droit des affaires, op. cit.*, p. 217 ; A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTE, *Droit commercial général, op. cit.*, p. 60, note 272.

¹⁶⁴² Voir sur la réglementation des obligations : art. 1339, 2692 et 3060 C.c.Q. ; art. 3(b), 77(1)(b), 78(1) et 122 de la *Loi sur les compagnies préc.* ; art. 32 et 33 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des*

482- Le mode de transfert des valeurs mobilières dépend largement de la conception des valeurs mobilières que l'on adopte. Si le droit français a dématérialisé les valeurs mobilières, tel n'est pas le cas à ce jour en droit québécois, même si l'on peut observer un mouvement en ce sens. Après avoir constaté la présence d'un mouvement vers une dématérialisation des valeurs mobilières (1), on envisagera les conséquences qui en découlent quant au mode de transfert de la propriété des valeurs mobilières (2).

1. Le mouvement de dématérialisation des valeurs mobilières

483- La propriété des valeurs mobilières est classiquement justifiée par la théorie de l'incorporation du droit dans le titre. Depuis la dématérialisation des valeurs mobilières en droit français, les auteurs s'interrogent sur les effets, plus ou moins importants, qui en découlent : faut-il y voir une « simple mue » ou une « véritable métamorphose »¹⁶⁴³ ?

Si la dématérialisation des valeurs mobilières caractérise le droit français *de lege lata* (a), on peut penser qu'elle sera sans doute appelée à s'imposer *de lege ferenda* en droit québécois (b).

a) La dématérialisation *de lege lata* en droit français

484- Sous le régime antérieur à la dématérialisation des valeurs mobilières, la propriété des obligations¹⁶⁴⁴ était expliquée par le recours à la théorie de l'incorporation du droit dans le titre¹⁶⁴⁵. Grâce à cette théorie, le droit patrimonial était considéré comme fusionné dans un objet concret et symbolique, consistant en un morceau de papier portant une écriture¹⁶⁴⁶. On admettait que le droit empruntait au titre son

corporations préc.; art. 1(1), 1(2) et 3(8) de la *Loi sur les valeurs mobilières préc.*. Les obligations et les débetures sont émises tant par le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux ou les municipalités, que par les compagnies (art. 1(5), *Loi sur les valeurs mobilières préc.*; art. 77.1, *Loi sur les compagnies préc.* ; G. BÉRUBÉ, *Initiation aux valeurs mobilières, op. cit.*, p. 27-34). Les sociétés en commandite, mais à l'exclusion des autres types de sociétés, ont également la possibilité d'émettre des obligations afin d'assurer leur financement (art. 27, 28 et 30 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations préc.* ; voir sur ce point : J.-P. ARCHAMBAULT et M.-A. ROY, *Le droit des affaires, op. cit.*, p. 216).

¹⁶⁴³ A. REYGRABELLET, *La notion de valeur mobilière*, thèse préc., p. 954.

¹⁶⁴⁴ L'analyse classique des valeurs mobilières admet que « l'obligataire est propriétaire de son obligation » : F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, pour une fiducie des valeurs mobilières*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 783, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 204.

¹⁶⁴⁵ Sur cette théorie : J. LARGUIER, *La notion de titre en droit privé*, Paris, Dalloz, 1951. Voir aussi : P. MALAURIE, *Droit civil, Les biens*, « Les cours de droit », *op. cit.*, p. 67.

¹⁶⁴⁶ E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité de droit commercial, op. cit.*, n° 892 ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses, op. cit.*, série 3, n° 472, p. 150 ; A. WAHL, *Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers, op. cit.*, n° 274 : « Il y a incorporation, en ce sens que la propriété et la

caractère de meuble corporel¹⁶⁴⁷, ce qui justifiait l'application aux créances des règles de la possession et de la transmission usuellement réservées aux corps. Ainsi, la propriété des titres aux porteurs était-elle transférée par voie de tradition, ou remise matérielle des titres de la main à la main, et on leur appliquait sans difficulté les règles de l'article 2279 du Code civil¹⁶⁴⁸. La créance assimilée aux titres, donc aux choses matérielles, il était possible de tirer toutes les conséquences du régime juridique de la propriété, sans toutefois remettre en question l'idée selon laquelle le droit de propriété ne porte que sur des choses corporelles¹⁶⁴⁹.

485- La technique de l'incorporation du droit dans le titre paraît toutefois dépassée en droit français, depuis la dématérialisation des valeurs mobilières. Dans un sens général, la dématérialisation¹⁶⁵⁰ désigne le fait de « supprimer le support matériel préexistant d'une chose, voire d'une idée ou d'un ensemble d'idées pour l'idéaliser ; autrement dit, rendre immatérielle, irréelle ou abstraite la matière »¹⁶⁵¹. En matière juridique, la dématérialisation consiste à modifier la nature juridique d'un bien, qui de corporel, devient incorporel¹⁶⁵².

La loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981, reprise par le Code monétaire et financier, a généralisé et rendu obligatoire la dématérialisation des valeurs mobilières, quelle que soit leur forme¹⁶⁵³. Toutes les valeurs mobilières doivent désormais prendre la forme d'une inscription en compte au nom de leur propriétaire¹⁶⁵⁴. Alors que,

créance sont unies, et que comme conséquence, le propriétaire du titre étant créancier, la créance doit être considérée comme confondue avec le titre ».

¹⁶⁴⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil, op. cit.*, t. 3, n° 560.

¹⁶⁴⁸ Anc. art. 265 al. 2 Loi 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales. Voir J.-M. DELLECI, « Le nouveau droit de propriété des titres négociés », *loc. cit.*, p. 305-306. De même, le titre à ordre était considéré comme le véhicule du droit (R. SAVATIER, *Les métamorphoses*, série 3, n° 472, p. 150). En revanche, pour le titre nominatif, les droits du titulaire résultaient seulement d'une inscription sur les registres de la société émettrice : anc. art. 265 al. 2 Loi 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales (B. MERCADAL et P. JANIN, *op. cit.* n° 2483). Selon Larguier, la (con)fusion entre l'*instrumentum* et le *negotium* existe tant pour les titres nominatifs que pour les titres au porteur, l'incorporation étant seulement plus parfaite dans le cas du titre au porteur : J. LARGUIER, thèse préc., p. 170 et 245.

¹⁶⁴⁹ H., L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, op. cit.*, t. 2, vol. 2, p. 114 ; C. LASSALAS, thèse préc., p. 13 : le titre papier a « permis d'éviter toute discussion sur l'idée d'une propriété des droits personnels ».

¹⁶⁵⁰ L'expression dématérialisation est issue du Décret n° 56-27 du 11 janvier 1956.

¹⁶⁵¹ A. REYGROBELLET, *La notion de valeur mobilière*, thèse préc., n° 981, p. 967.

¹⁶⁵² A. REYGROBELLET, *La notion de valeur mobilière*, thèse préc., n° 982 p. 967 et 968.

¹⁶⁵³ Art. L. 211-4 du Code monétaire et financier : « Les valeurs mobilières émises en territoire français et soumises à la législation française, quelle que soit leur forme, doivent être inscrites en comptes tenus par la personne morale émettrice ou par un intermédiaire habilité ». De plus, l'art. 1 du D. d'application n° 83-359 du 2 mai 1983 précise que « les titres de valeurs mobilières ne sont plus matérialisés que par une inscription en compte au nom de leur propriétaire ». Voir notamment : C. LASSALAS, thèse préc., n° 111, p. 45-46 : « Les valeurs mobilières au porteur, modalité réservée aux titres cotés, et les valeurs mobilières nominatives, cotées ou non, ne sont donc plus représentées matériellement ».

¹⁶⁵⁴ Art 1 du Décret d'application n° 83-359 du 2 mai 1983.

traditionnellement, le titre consistait en une feuille de papier, donc en une chose matérielle, le droit commercial a remplacé le titre, ou support-papier, par une inscription en compte¹⁶⁵⁵. Le principal effet des dispositions sur la dématérialisation a donc été de « transformer les titres entre vifs en valeurs scripturales »¹⁶⁵⁶, ou encore, d'instaurer « un système de scripturalisation généralisée où la détention des valeurs mobilières ne résulte plus que de mentions comptables portées à des comptes ouverts au nom de leurs propriétaires »¹⁶⁵⁷.

486- Si l'idée d'une propriété des créances était étrangère au droit français, la dématérialisation des valeurs mobilières aurait dû rendre caduque la référence à la propriété. En effet, en l'absence de tout support matériel, l'idée d'une incorporation du droit dans le titre ne peut plus être avancée pour justifier la référence à la propriété¹⁶⁵⁸. Pourtant, ce référent n'a pas été abandonné par les textes législatifs¹⁶⁵⁹.

Certains auteurs déplorent alors l'état du droit positif et préconisent une réforme. On s'indigne de ce que « Les valeurs mobilières sont appréhendées *comme des objets de propriété alors que ce sont des droits de créance* résultant d'un contrat, contrat de société pour l'action, contrat de prêt pour l'obligation »¹⁶⁶⁰.

487- La « réification des valeurs mobilières » apparaît d'une façon particulièrement marquée dans les opérations de transferts temporaires de valeurs

¹⁶⁵⁵ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 2, n° 1730, p. 2. Une partie de la doctrine considère que la dématérialisation a fait disparaître, du même coup, la notion de titre, car il ne saurait y avoir de titre en dehors d'un support tangible : D. SCHMIDT, « Le régime actuel des valeurs mobilières », *loc. cit.*, p. 43 ; D.-R. MARTIN, « Du titre et de la négociabilité », *loc. cit.*, n° 1, p. 21 : « Formellement, le titre postule d'abord un support en papier ». D'autres auteurs sont d'avis que la notion de titre garde toute son actualité : A. REYGRABELLET, thèse préc., n° 1073 ; H. CAUSSE, thèse préc., n° 614 et suiv., pour lequel le titre, qu'il soit ou non matérialisé, reste un *instrumentum* ; F. AUCKENTHALER, thèse préc., n° 32, p. 34. On peut penser que le titre a toujours une réalité en droit positif, au moins en ce qu'il fait référence au *negotium*, car le législateur a conservé la référence aux titres nominatifs et aux titres au porteur, dans la nouvelle rédaction de l'art. 263 L. 24 juillet 1966. La signification de la distinction en ressort toutefois réduite à une opposition entre le titre nominatif, défini comme un titre « dont le titulaire est connu de l'établissement émetteur » et le titre au porteur, qui « désigne un titre dont le titulaire est anonyme » : G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, t. 2, n° 1783, p. 26.

¹⁶⁵⁶ J.-M. DELLECI, « Le nouveau droit de propriété des titres négociés », *loc. cit.*, n° 7, p. 306.

¹⁶⁵⁷ R. ROBLOT, La dématérialisation des valeurs mobilières, A.N.S.A., 1984, n° 18.

¹⁶⁵⁸ Voir notamment C. LASSALAS, thèse préc., n° 20, p. 14 : « [a]vec l'inscription en compte obligatoire et la disparition du titre papier, il n'y a plus de bien corporel susceptible de constituer l'objet du droit de propriété [...] ».

¹⁶⁵⁹ Voir notamment : art. 47 bis, L. n° 93-1444 du 31 décembre 1993 : « le transfert de propriété des titres résulte de leur inscription au compte de l'acheteur » ; article 63-I, L. 2 juillet 1996 (relative à la modernisation de l'activité financière) : « les prestataires de services d'investissement [...] protègent les droits de propriété des investisseurs dont ils assurent la tenue de compte ».

¹⁶⁶⁰ F.-X. LUCAS, thèse préc., p. 157.

mobilières¹⁶⁶¹. Les opérations de transferts momentanés de titres¹⁶⁶² (encore appelés « transferts temporaires »¹⁶⁶³, ou « aliénations temporaires »¹⁶⁶⁴ de titres) ont pris une importance pratique considérable dans le droit contemporain. Sous ces diverses appellations, on désigne la « transmission des titres *en propriété* pour une durée limitée à une personne qui, après un certain laps de temps, transférera les titres à son tour en exécution de la convention préalable »¹⁶⁶⁵. Ces transferts prennent la forme de conventions variées, qui sont tantôt des contrats nommés (vente à réméré, prêt de titres), tantôt des contrats innommés, créés par la pratique (pension de titres, report en bourse)¹⁶⁶⁶.

L'analyse du droit positif révèle que l'opération de prêt de titres s'analyse en un prêt de consommation plutôt qu'en un prêt à usage¹⁶⁶⁷. Cela résulte tant des dispositions particulières au prêt de titres que des dispositions générales du Code civil. Ainsi, l'article 31 c) de la loi du 17 juin 1987¹⁶⁶⁸ dispose que le prêt de titres est soumis aux articles 1892 à 1904 du Code civil, ces dispositions étant celles qui régissent le prêt de consommation. Par conséquent, l'emprunteur « est investi de la *propriété des titres* », qu'il peut prêter à son tour ou céder¹⁶⁶⁹. S'il a « un droit de propriété plein et entier sur les titres », il s'agit d'une propriété temporaire et, à l'issue du prêt, l'emprunteur devra restituer au prêteur des titres semblables, conformément aux dispositions relatives au prêt de consommation¹⁶⁷⁰.

Par ailleurs, l'article 18-I de la loi du 16 juillet 1991¹⁶⁷¹ prévoit que « le prêt de titres peut être garanti par la remise d'espèces ou de titres » et que « les parties peuvent convenir qu'en cas de défaillance de l'une d'elles, l'autre sera définitivement *propriétaire* des espèces ou des titres remis ». La doctrine a analysé cette opération

¹⁶⁶¹ F.-X. LUCAS, thèse préc., p. 231, qui déplore l'application « *des concepts tirés du droit des biens à des droits réels à cette assimilation* ».

¹⁶⁶² Voir la thèse de C. GENTILI, *Les transferts momentanés de titres*, thèse Lyon 3, 1996.

¹⁶⁶³ Voir la thèse de aussi F. AUCKENTHALER, *Les transferts temporaires de titres sur le marché de l'argent*, Montpellier, 1993 ; F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, pour une fiducie des valeurs mobilières*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 283, Paris, L.G.D.J., 1997.

¹⁶⁶⁴ Y. GUYON, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, dans J. GHESTIN (dir.), *Traité des contrats*, Paris, L.G.D.J., 1993, n° 252 et suiv.

¹⁶⁶⁵ C. GENTILI, thèse préc., n° 13, p. 10.

¹⁶⁶⁶ Voir notamment sur le contrat de prêt : Y. CHAPUT, « La transmission des obligations en droit bancaire français », dans *La transmission des obligations*, Travaux des IX^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 371, à la page 380.

¹⁶⁶⁷ Si dans le prêt à usage, le prêteur reste propriétaire de la chose prêtée, dans le prêt de consommation, l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée : art. 1877 et 1893 C.C.f. Voir sur ce point : F. AUCKENTHALER, thèse préc., n° 162, p. 116.

¹⁶⁶⁸ Loi 87-416 du 17 juin 1987. Voir aussi sur la réglementation du prêt de titres : loi 88-1201 du 23 décembre 1988, D. 89-624 du 6 septembre 1989 ; loi 91-716 du 26 juillet 1991.

¹⁶⁶⁹ Art. 43-I-4 de la Loi 23 décembre 1988.

¹⁶⁷⁰ C. GENTILI, thèse préc., n° 67-68, p. 45.

¹⁶⁷¹ Cette loi a modifié la loi du 17 juin 1987.

comme instaurant un type de propriété-sûreté¹⁶⁷². Selon un mécanisme proche de celui organisé par la loi Dailly, « un débiteur transfère un bien [...] à titre de garantie et *en propriété* à son créancier, celui-ci devant restituer le bien lorsque la créance a disparu »¹⁶⁷³. Il s'agit d'un mécanisme fiduciaire, par lequel les titres remis en garantie du prêt sont transférés *en pleine propriété*.

488- De même, la vente à réméré a été utilisée pour permettre à une personne d'être propriétaire de titres, le vendeur en recouvrant ensuite la propriété¹⁶⁷⁴. La jurisprudence a interprété la vente à réméré comme une vente sous condition résolutoire¹⁶⁷⁵. Elle a décidé que, dans ce type de vente, le vendeur a seulement le droit d'exiger la restitution du bien de la part de l'acquéreur¹⁶⁷⁶ ; il y a donc un véritable transfert de la propriété des valeurs mobilières. Puis, « [l]ors de l'exercice du réméré, le vendeur redevient propriétaire des titres qui font retour dans son patrimoine et sont réputés ne jamais en être sortis »¹⁶⁷⁷.

La question de la nature juridique du droit du vendeur n'est pas sans incidence pratique : elle détermine notamment si le vendeur peut procéder à une nouvelle vente des titres, si un créancier du vendeur peut ou non saisir ces titres, ou encore, si l'acheteur peut faire siens les dividendes ou intérêts attachés aux titres. Dès lors qu'il y a transfert de la propriété des titres, l'acheteur peut disposer librement des titres qu'il a acquis, à défaut de stipulation conventionnelle contraire ; de plus, tant que le réméré n'est pas exercé, l'acheteur pourra considérer les fruits comme siens¹⁶⁷⁸.

489- S'agissant enfin du portage de titre¹⁶⁷⁹, certains estiment que cette opération n'aurait pas pour effet de transférer la propriété des valeurs mobilières, mais

¹⁶⁷² F. AUCKENTHALER, thèse préc., n° 716, p. 419 ; C. GENTILI, thèse préc., n° 84, p. 51.

¹⁶⁷³ C. GENTILI, thèse préc., n° 84, p. 51.

¹⁶⁷⁴ Aux termes de l'article 1659 du Code civil, la vente à réméré est « le pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la *chose* vendue moyennant restitution du prix principal ». La question a été posée de savoir si l'on pouvait appliquer l'article 1659 du Code civil, qui utilise le terme chose, traditionnellement associé aux biens matériels, pour des valeurs mobilières, qui sont des biens incorporels. La doctrine a cependant écarté l'argument : « la terminologie du Code civil ne doit pas constituer un obstacle et le terme de 'chose' ne doit pas désigner exclusivement un bien corporel mais peut également s'entendre d'une chose incorporelle » : F. AUCKENTHALER, thèse préc., n° 197, p. 132.

¹⁶⁷⁵ Civ., 24 oct. 1950, J.C.P. 1950.II.5835, où la cour affirme que la faculté pour le vendeur de reprendre la chose vendue « constitue seulement l'application d'une condition résolutoire remplaçant les parties dans le même état où elles se trouvaient avant la vente, sans opérer une nouvelle mutation ». Dans le même sens : Civ. 3, 31 janv. 1984, *Bull. civ.* III 1984, n° 21.

¹⁶⁷⁶ Paris, 12 Août 1971, D.P. 1873.2.133.

¹⁶⁷⁷ F. AUCKENTHALER, thèse préc., n° 238, p. 154.

¹⁶⁷⁸ F. AUCKENTHALLER, thèse préc., n° 230, p. 150 et n° 234, p. 152.

¹⁶⁷⁹ L'opération de portage de titres peut être définie comme « la convention par laquelle une personne, appelée 'porteur' souscrit ou achète les titres d'une société à la demande d'une autre personne, appelée 'donneur d'ordre', et s'engage à céder la *propriété de ces titres* au donneur d'ordre ou à un tiers à l'issue d'un délai déterminé et pour un prix fixé à l'avance » : P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc., n° 59, p. 47 ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° *Portage* : « convention (non réglementée

seulement leur détention ou leur possession. Néanmoins, si tel était le cas, le porteur serait primé en cas de défaillance du donneur d'ordre, par les titulaires de certains privilèges généraux -tels les privilèges du Trésor, les frais de justice, les superprivilèges des salaires, ou les privilèges de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985¹⁶⁸⁰. Or si la faillite du donneur d'ordre n'a aucune conséquence pour le porteur dans le cadre d'une opération de portage, c'est bien qu'il est propriétaire des droits sociaux.

Si ces différentes hypothèses de transferts de titres en propriété étaient traditionnellement expliquées par le recours à l'incorporation du droit dans le titre, la théorie ne peut guère plus être sollicitée et l'on se trouve désormais dans des situations où l'on applique des concepts traditionnellement réservés à la propriété des corps, à des valeurs mobilières dématérialisées, lesquelles s'analysent en des créances.

490- L'idée a été présentée, selon laquelle la notion de titre négociable devrait désormais être réservée aux titres corporels. Dans une thèse récente consacrée à la question, un auteur considère que les titres au porteur corporels sont les seuls à pouvoir faire l'objet d'un droit de propriété et qu'il s'agit, en l'occurrence, d'une propriété de l'instrument corporel plutôt que du droit qu'il constate¹⁶⁸¹. L'auteur remet en cause la théorie de l'incorporation du droit dans le titre, en observant que « Le titre ne crée pas le droit, il n'incorpore pas de droit : le titre n'est qu'une inscription, figurant sur un papier ou dans un compte, qui désigne de manière réfragable le titulaire du droit »¹⁶⁸² ; celui que le titre désigne ne ferait que bénéficier d'une présomption simple de titularité.

Selon M. Nizard, lorsque le titre est un meuble corporel, le porteur bénéficie du régime applicable aux meubles corporels, notamment la protection de l'article 2279 du Code civil. Mais, il s'agirait « uniquement (d')une conséquence de la forme corporelle du titre », si bien que « [l]orsque le titre n'est pas un meuble corporel, mais une inscription sur un registre ou dans un compte, son titulaire ne peut pas bénéficier du régime applicable aux meubles corporels »¹⁶⁸³.

L'inscription ne saurait remplir le même rôle que la détention d'un titre au porteur et l'acquéreur de bonne foi d'un titre incorporel ne saurait invoquer l'article 2279 du Code civil. Pour cet auteur, « [u]n titre inscrit en compte n'est pas un titre corporel. Il ne

par la loi) en vertu de laquelle une personne nommée donneur d'ordre, transmet la *propriété de titres* à une autre personne nommée porteur, qui l'accepte mais s'engage par écrit à céder ces mêmes titres à une date et pour un prix fixé à l'avance à une personne désignée qui peut être le donneur d'ordre lui-même ou un tiers bénéficiaire [...] ». Sur la licéité de l'opération : P. CROCQ, thèse préc., n° 60, p. 48.

¹⁶⁸⁰ C. GENTILI, thèse préc., n° 365, p. 165.

¹⁶⁸¹ F. NIZARD, *Les titres négociables*, coll. « Pratique du droit », Paris, Economica, 2001, p. 294 et suiv.

¹⁶⁸² F. NIZARD, thèse préc., n° 647, p. 296 : « Selon nous, au contraire, il faut bien marquer cette distinction élémentaire entre le titre et ce qu'il représente; entre le vecteur matériel et ce qu'il contient ».

¹⁶⁸³ Sur l'idée selon laquelle l'inscription n'est pas un meuble corporel susceptible de propriété et de possession : F. NIZARD, thèse préc., n° 670, p. 306.

peut pas circuler, être nanti ou saisi de la même manière qu'un titre corporel, ou encore être l'objet d'un droit de propriété »¹⁶⁸⁴. Il en déduit que « *Derrière l'appellation commune de titre négociable, apparaissent des régimes juridiques très différents selon que les titres sont des titres au porteur corporels, des titres à ordre ou des titres inscrits en compte* ». M. Nizard préconise alors de ne conserver la notion de titre négociable que pour qualifier les titres corporels et d'adopter une autre qualification pour les inscriptions en compte, à l'exemple du droit américain, qui a créé la notion de *security entitlement*¹⁶⁸⁵, assorti d'un régime spécifique.

On peut observer toutefois que l'auteur, qui remet en question la théorie de l'incorporation du droit dans le titre, semble renouer avec cette théorie lorsqu'il considère que la propriété du titre doit s'interpréter comme faisant référence à la propriété de l'instrument corporel et non du droit qu'il constate. Surtout, cette théorie est pour le moment largement prospective et ne reflète pas l'état du droit positif, qui ne distingue nullement entre les différents titres négociables et qui applique à des valeurs mobilières dématérialisées des concepts traditionnellement réservés aux corps.

491- On a encore soutenu, qu'en dépit de la disparition de l'*instrumentum*, le droit serait matérialisé grâce à l'inscription en compte, celle-ci constituant une nouvelle modalité de la matérialisation¹⁶⁸⁶. Cette analyse a pourtant été rejetée par le Conseil national du crédit et du titre, qui a considéré l'idée d'une matérialisation par un simple signe comptable comme « insuffisante pour qualifier les titres dématérialisés de droits corporels »¹⁶⁸⁷. De plus, d'après la jurisprudence, le titulaire du titre conserve [...] *un droit réel de propriété sur la valeur mobilière* [...] le seul effet de la dématérialisation du titre étant que *la preuve de la détention* du titre [...] n'est plus constituée par son

¹⁶⁸⁴ F. NIZARD, thèse préc., n° 665, p. 304.

¹⁶⁸⁵ Voir notamment, sur cette notion de sûreté globale, adoptée tant par le droit américain que par les provinces canadiennes de *common law* : J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec, (1995) *R.I.D.C.* 33. Voir sur le *security interest* : D. LEGAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse préc., p. 297 et suiv., notamment n° 539, p. 298 : « Le '*security interest*' est une sûreté générale quant à son assiette. La garantie peut porter sur des meubles corporels [...]. Le '*security interest*' peut aussi avoir pour assiette les biens incorporels » ; J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire du droit des sûretés mobilières*, thèse Clermont-Ferrand, 1995. L'article 9 du *Code de commerce uniforme* dispose que le *security interest* « est tout droit constitué sur un bien meuble ou sur un bien immeuble par destination afin de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation ».

¹⁶⁸⁶ D.-R. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996.I.chr. 47.

¹⁶⁸⁷ CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT ET DU TITRE, « Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres », Annexes au rapport, Paris, mai 1997, p. 123.

support matériel mais *par son inscription en compte* »¹⁶⁸⁸. Cela semble bien indiquer que l'inscription en compte est la possession et la tradition du droit¹⁶⁸⁹.

492- Il est en réalité possible, comme le font certains, de considérer avec faveur le concept de propriété des valeurs mobilières dématérialisées. Selon une étude récente sur la propriété scripturale, «[e]u égard aux avantages traditionnellement procurés par le droit de propriété, il est incontestable que le titulaire du compte est *propriétaire* des valeurs qui y sont inscrites. Il en résulte que *la suppression du titre papier ne conduit pas à rejeter la propriété* »¹⁶⁹⁰.

L'obligataire a sur ses obligations un droit de jouissance et de disposition. Ainsi peut-il s'en dessaisir, les mettre en gage ou en percevoir les fruits par le biais de dividendes. L'idée d'après laquelle une propriété sur les valeurs mobilières inscrites en compte serait impossible en raison de leur absence d'individualisation doit également être écartée. S'il est vrai que chaque valeur inscrite en compte n'est pas individualisée, le compte permet toutefois d'individualiser les actifs qu'il enregistre et les valeurs inscrites en compte ne sont pas moins individualisées, par exemple, qu'un grain de blé dans un sac, dont on reconnaît sans difficulté la propriété¹⁶⁹¹.

Plusieurs auteurs admettent qu'il est possible aujourd'hui d'utiliser l'expression « propriété de droits sociaux ». Le doyen Roblot lui-même considère que le titulaire de valeurs mobilières « a sur la valeur représentée par l'inscription, *un droit qui se rattache à la catégorie des droits réels par les pouvoirs qu'il confère en vue de son utilisation directe et immédiate et par son opposabilité absolue* »¹⁶⁹². On peut alors estimer qu'il ne s'agit plus, en l'état actuel du droit positif, de parler « de l'action ou de la part en tant qu'objet matériel susceptible d'appropriation, mais de *droit (même de créance) susceptible de propriété. L'idée est que les biens, au sens du titre du Livre 2 du Code civil, sont non seulement les choses, les droits qui portent sur ces choses, mais également les droits de créance* »¹⁶⁹³.

¹⁶⁸⁸ Paris, 16 mars 1995, cité par M. GERMAIN, « À propos de l'arrêt Truffier de la Cour d'appel de Paris-16 mars 1995 », dans CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT ET DU TITRE, « Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres », *loc. cit.*, p. 175.

¹⁶⁸⁹ J.-M. DELECCL, « Le nouveau droit de propriété sur les titres négociés », J.C.P. éd. E., 1994.I. 368 ; F. ZENATI et T. REVET, *op. cit.*, p. 173.

¹⁶⁹⁰ C. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 427, p. 147.

¹⁶⁹¹ C. LASSALAS, thèse préc., n° 381, p. 133.

¹⁶⁹² R. ROBLOT, La dématérialisation des valeurs mobilières, (I) ANSA, n° 185, Paris, 1984, n° 18, p. 31. Voir aussi sur ce point : A. REYGROBELLET, « Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », *Rev.trim.dr.com* 1999.305.

¹⁶⁹³ C. GENTILI, thèse préc., n° 794, p. 365.

493- La propriété des valeurs mobilières dématérialisées consacre-t-elle l'émergence d'un nouveau droit de propriété ayant pour objet une valeur¹⁶⁹⁴ ? Une réponse négative paraît s'imposer. En effet, les développements qui précèdent ont permis de montrer que la valeur est au cœur même de la notion de bien. La propriété, lorsqu'elle porte sur une valeur, ne cesse donc pas de porter sur un bien –ce bien, qui s'analyse en un droit, étant simplement immatériel. Il ne semble donc pas nécessaire d'admettre l'existence d'un nouveau droit de propriété, la spécificité d'un droit de propriété portant sur une valeur étant –nous l'avons vu– toute relative.

En droit québécois, si *de lege lata*, les titres sont généralement considérés comme incorporant les créances, comme c'était le cas antérieurement en droit français, il semble toutefois que l'on s'achemine, *de lege ferenda*, vers une remise en cause du système de l'incorporation.

b) La dématérialisation *de lege ferenda* en droit québécois

494- Contrairement au droit français, la théorie de l'incorporation du droit dans le titre est toujours à la base des principes de la négociation en droit québécois. La théorie de l'incorporation concerne à la fois les valeurs mobilières (certificats d'actions et d'obligations) et les effets de commerce (lettres de change, chèques, billets et autres effets de commerce au porteur)¹⁶⁹⁵. Selon cette théorie, le droit se confond dans le titre¹⁶⁹⁶.

Sous l'ancien code civil, la théorie de l'incorporation du droit dans le titre avait reçu une consécration jurisprudentielle dans l'affaire *Pesant c. Pesant*¹⁶⁹⁷, où il avait été jugé que le titre de créance pouvait être considéré comme une chose corporelle au sens

¹⁶⁹⁴ Voir notamment D. SCHMIDT, « Le régime actuel des valeurs mobilières », *Rev. dr. banc.*2.43 : « le droit de propriété portant autrefois sur un titre matérialisé, est peut-être devenu avec la dématérialisation, un droit de propriété portant sur une valeur ».

¹⁶⁹⁵ P. CIOTOLA et F. HÉLEINE, *Théorie générale des droits*, cours polycopié, Montréal, Librairie de l'Université de Montréal, 1975, p. 14 ; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, p. 39 ; R. A. MACDONALD, « Enforcing Rights in Corporeal Moveables : Revendication and its Surrogates. Part one », (1986) 31 *McGill L.J.* 574, p. 626 et 627 : « the rights represented by many cheques, bills, notes and other negotiable instruments are deemed under the civil Law to be corporeal ».

¹⁶⁹⁶ P. CIOTOLA et F. HÉLEINE, *Théorie générale des droits*, *op. cit.*, p. 14 : « Le support devient alors l'élément physique qui permet au droit personnel de quitter le monde abstrait pour entrer dans le monde concret [...]. Le phénomène, connu aussi sous le nom d'incorporation du droit dans le titre, permet aux droits personnels concernés de devenir des biens corporels du monde physique » ; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, p. 39 : « le droit (la créance) se confond en quelque sorte avec son support (le document) ». Voir aussi en matière d'effets de commerce : A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, p. 74 : « [I]e détenteur d'un instrument de circulation ou de crédit apparaît comme l'unique personne possédant tous les droits attestés par cet écrit. Le signataire de cet écrit peut payer au porteur sans justification autre que la présentation de cet écrit ; à ce point de vue, le titre se confond avec le droit lui-même ; l'on présume que le propriétaire est le véritable créancier ; propriété et créance sont unies dans le titre ».

¹⁶⁹⁷ *Pesant c. Pesant*, [1934] R.C.S. 249.

de l'article 776 du Code civil du Bas Canada. Dans ce jugement, le juge Rinfret avait fait sienne la théorie de l'incorporation du droit dans le titre, en considérant que la créance était matérialisée dans un titre et se transmettait donc de la main à la main.

495- Dans le Code civil du Québec, la théorie de l'incorporation du droit dans le titre, qui n'est confirmée par aucun texte, semble avoir été implicitement désapprouvée par le législateur québécois. Dans le projet de loi 125, le Code civil du Québec devait contenir un article 947 ainsi rédigé : « Sont *réputés* des meubles *corporels* les créances ou les autres droits incorporels constatés par un titre au porteur [...] ». En raison de la règle d'interprétation posée par le Code¹⁶⁹⁸, cet article devait créer une présomption irréfragable de corporalité¹⁶⁹⁹, en accord avec la doctrine qui considère que le droit de créance est incorporé dans le titre au porteur qui le constate¹⁷⁰⁰. Il reprenait ainsi la thèse selon laquelle « La créance se transportant par la remise de ce titre¹⁷⁰¹, on confond pour ainsi dire le droit et le document où il est consigné »¹⁷⁰². Or, *cette disposition a été retranchée du projet de loi 125*¹⁷⁰³.

496- De plus, le Canada connaît actuellement plusieurs initiatives qui visent à intégrer les titres dans un environnement électronique. L'*Association canadienne des marchés des capitaux* a été fondée dans l'intention de permettre au Canada de s'adapter à un nouveau mode de traitement électronique des valeurs mobilières. Plusieurs groupes de réflexion ont été constitués sous sa supervision, parmi lesquels un groupe de travail chargé de la dématérialisation, dont le mandat a été d'émettre des recommandations afin d'éliminer les certificats papiers du processus de circulation des valeurs mobilières. Ce groupe de travail a remis, le 31 octobre 2001, la première mouture d'un projet de réforme, sous la forme d'un *Livre blanc sur la dématérialisation*, qui préconise la détention des titres sous une forme électronique. La volonté est affirmée de dématérialiser les titres, « c'est-à-dire de *remplacer les certificats par des avoirs électroniques* ». Cette dématérialisation est considérée comme avantageuse en termes de risques et de coûts, pour tous les intervenants du marché.

¹⁶⁹⁸ L'art. 2847 C.c.Q. prévoit que la présomption « qui concerne des faits *présumés* est simple et peut être repoussée par une preuve contraire ; celle qui concerne des faits *réputés* est absolue et aucune preuve ne peut lui être opposée ».

¹⁶⁹⁹ P.-Y. MARQUIS, « De la distinction des biens et de leur appropriation et de la propriété », (1988) 3 C.P. du N. 1, n° 25.

¹⁷⁰⁰ A. PERRAULT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 2, n° 635 ; t. 3, p. 952, n° 719.

¹⁷⁰¹ P. CIOTOLA, « La tradition, condition d'existence du don manuel », (1975-1976) 78 R. du N. 3, 25, 78, et 89.

¹⁷⁰² P.-Y. MARQUIS, *loc. cit.*, n° 25.

¹⁷⁰³ P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 39.

497- Dans un article récent, un auteur confirme ce mouvement vers l'immatériel : « Il n'y a pas si longtemps, on pouvait confondre la créance, objet du droit de propriété, avec le papier qui la constatait [...] (a) *aujourd'hui, la créance représentée jadis par un bout de papier conservé précieusement (obligation, action, option, etc.) se dématérialise de jour en jour et se résume à une simple inscription faite dans les entrailles d'un ordinateur*, inscription qui peut apparaître sur un écran et dont on pourra obtenir une preuve en requérant une « sortie », c'est-à-dire une matérialisation du titre, de la créance contre le Québec, le Canada, etc. »¹⁷⁰⁴.

De même, en dépit de la confusion fréquente entre l'obligation (ou l'action) et le certificat d'obligation (ou d'action) qu'émettent les compagnies ou sociétés¹⁷⁰⁵, il convient pourtant de les distinguer¹⁷⁰⁶, ce que fait notamment la *Loi sur les banques*¹⁷⁰⁷.

498- Si, à ce jour, le droit français s'est affranchi de la théorie de l'incorporation des créances particulières que forment certaines valeurs mobilières dans un titre matériel qui les constate, le droit québécois semble donc également prêt à abandonner cette théorie.

Le phénomène de la dématérialisation conduit à s'interroger sur les nouvelles modalités du transfert des valeurs mobilières.

2. Les modes de transfert de la propriété des valeurs mobilières

499- La dématérialisation des valeurs mobilières en droit français conduit à admettre la possibilité d'une tradition symbolique, le transfert se réalisant par le biais d'une inscription en compte (a). En droit québécois, où la théorie de l'incorporation des valeurs mobilières dans le titre qui les constate reste consacrée, c'est le système de la tradition réelle –autrement dit, le transfert matériel du titre– qui prédomine (b).

¹⁷⁰⁴ A. COSSETTE, (1997) 100 *R. du N.* 3, p. 40.

¹⁷⁰⁵ Art. 48(12) et 53 de la *Loi sur les compagnies*; art. 49(7) et suiv. de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

¹⁷⁰⁶ B. CLERMONT et B. YACCARINI, *Initiation au droit des affaires du Québec*, op. cit., p. 380, qui distinguent le *certificat d'action*, qui est un « document représentatif », du bien incorporel que constitue l'action. Voir aussi P. MARTEL, « La constitution, l'organisation et la continuation d'une compagnie », dans *Collection de droit 2001-2002*, École du Barreau du Québec, vol. 9, *Droit des affaires, faillite et insolvabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 111 : le certificat est simplement la preuve du droit.

¹⁷⁰⁷ *Loi sur les banques et les opérations bancaires*, L.C. 1991, c. 46 [L.R.C., c. B-1.01] : distingue la valeur mobilière, ou certificat de valeur mobilière, de la valeur mobilière sans certificat, cette dernière étant définie comme une « [v]aleur mobilière dont aucun certificat ne constate l'existence et dont l'émission ou le transfert est inscrit ou mentionné dans les registres tenus à cette fin par la banque ou en son nom ».

a) Le transfert par inscription en compte ou tradition symbolique en droit français

500- En droit français, le transfert de propriété des valeurs mobilières se fait désormais par une simple inscription en compte. Selon le principe du consensualisme, que reprennent notamment les articles 1138 et 1583 du Code civil, le transfert de propriété résulte du simple accord des volontés. Aucune formalité n'est nécessaire, la convention réalise le transfert de propriété indépendamment de la remise de la chose. C'est en application de ce principe du consensualisme que doctrine¹⁷⁰⁸ et jurisprudence¹⁷⁰⁹ ont d'abord décidé que le transfert de propriété des valeurs mobilières s'effectuait le jour de la *négociation*, et ce indépendamment d'une inscription en compte¹⁷¹⁰. Dans le courant de cette jurisprudence, « l'inscription en compte n'emportait aucune conséquence sur le transfert du droit de propriété des valeurs dématérialisées »¹⁷¹¹.

Depuis l'adoption des dispositions relatives à la dématérialisation, la Cour de cassation a notamment jugé que « *les textes de mise en œuvre de la dématérialisation des valeurs mobilières françaises n'ont aucune portée en ce qui concerne le transfert de la propriété entre les parties à une vente de titres qui s'opère par l'effet de la convention de cession dont la validité subordonne le droit de propriété du cessionnaire* »¹⁷¹². Dans cette perspective, l'inscription en compte constituait « *une présomption simple ayant pour effet de rendre les transmissions des titres dématérialisés opposables aux tiers et, tout particulièrement, à la société émettrice* »¹⁷¹³.

501- Ces solutions n'étaient pas dénuées d'inconvénients pratiques, en raison notamment du décalage chronologique entre le traitement des mouvements de titres par les intermédiaires habilités, et les inscriptions corrélatives au compte des clients donneurs d'ordre. Alors que la jurisprudence précitée présumait que l'acheteur était propriétaire des valeurs dès l'exécution de la transaction en bourse, les textes sur la dématérialisation présumaient que le vendeur restait propriétaire des valeurs jusqu'à leur inscription en compte¹⁷¹⁴.

¹⁷⁰⁸ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 2, n° 1794, p. 32 ; H. CAUSSE, *Les titres négociables : Essai sur le contrat négociable*, Paris, Litec, 1993, n° 661 et suiv.

¹⁷⁰⁹ Com. 22 novembre 1988, *Bull. Civ. IV*, n° 322 ; Com. 24 janvier 1989, *J.C.P. 1989.IV.114* ; Com. 23 novembre 1993, *J.C.P. 1994.IV.293*.

¹⁷¹⁰ C. LASSALAS, thèse préc., n° 612, p. 210.

¹⁷¹¹ C. LASSALAS, thèse préc., n° 623, p. 313.

¹⁷¹² Cass. com., 29 novembre 1988, *Bull. civ. IV*, n° 323.

¹⁷¹³ J.-M. DELLECI, « Le nouveau droit de propriété des titres négociés », *loc. cit.*, n° 7, p. 306 ; voir Cass. com., 24 janvier 1989, *Bull. civ. IV*, n° 39.

¹⁷¹⁴ Voir J.-M. DELLECI, « Le nouveau droit de propriété des titres négociés », *loc. cit.*, n° 9, p. 306.

À la suite de ces difficultés, deux textes sont venus compléter le dispositif sur la dématérialisation. Il s'agit du nouvel article 4-2-5 du règlement général du Conseil des bourses de valeurs, homologué par arrêté¹⁷¹⁵, ainsi que de l'article 10-II de la loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993¹⁷¹⁶. Si, avec ces derniers textes, l'assise consensualiste demeure, « *l'accord de volontés de l'acheteur et du vendeur devient [...] une condition nécessaire mais non suffisante pour transmettre au premier la propriété des titres négociés* »¹⁷¹⁷. Le transfert est, en effet, repoussé à la date de l'inscription au compte de l'acheteur (art. 4-2-5 précité).

La loi du 31 décembre 1993¹⁷¹⁸, qui a modifié la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983, a donc modifié les solutions traditionnelles relativement au transfert de propriété des valeurs mobilières cotées. Cette loi prévoit que c'est désormais *l'inscription en compte* - plus précisément l'inscription au crédit du compte de l'acheteur- qui constitue la date du transfert de la propriété des valeurs cotées¹⁷¹⁹. Or, on a considéré en doctrine que la règle est susceptible d'être étendue à l'ensemble de valeurs mobilières, y compris non cotées, dès lors que la solution législative a pour fondement le transfert de propriété des choses de genre¹⁷²⁰.

502- Il n'est pas nouveau de dire que le principe du consensualisme n'est pas absolu et qu'il connaît de nombreuses exceptions¹⁷²¹. Le transfert de propriété peut être différé en raison de la nature particulière de certains biens, comme c'est le cas pour les choses de genre qui ne sont pas encore individualisées -le transfert étant reporté au jour de leur individualisation. Dans ce cas, il s'agit moins d'une véritable exception que de « *l'expression de la limite du principe* »¹⁷²². La solution antérieure, qui admettait le transfert immédiat de la propriété des valeurs mobilières, ignorait le fait qu'elles s'analysent en des choses de genre¹⁷²³. À partir du moment où l'on reconnaît aux valeurs scripturales la nature de choses de genre non individualisées, il n'y a rien d'étonnant à ce que « *la convention n'entraîne pas automatiquement le transfert de*

¹⁷¹⁵ Arrêté du 11 août 1993, J.C.P. éd. E. 1994.III. 66611.

¹⁷¹⁶ J.C.P. éd. E. 1994.III.66611.

¹⁷¹⁷ J.-M. DELLECI, « Le nouveau droit de propriété des titres négociés », *loc. cit.*, p. 308.

¹⁷¹⁸ Loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993.

¹⁷¹⁹ Loi n° 83-1 du 3 janvier 1983, nouvel art. 47 bis.

¹⁷²⁰ H. de VAUPLANE, « Le régime juridique du transfert de propriété des titres cotés », Banque et droit.1994.11. Voir aussi sur la question : J.-M. DELLECI, « Le nouveau droit de propriété des titres négociés », *loc. cit.*, 368 ; P. de LAPASSE, « Le moment du transfert de propriété lors de la vente des valeurs mobilières et d'autres droits incorporels », J.C.P. 1995, *Cah. dr. ent.*, Suppl.5.18, p. 20.

¹⁷²¹ Voir, sur l'importance de ces exceptions : T. REVET, « Les différentes ventes », J.C.P. 1995, *Cah. dr. ent. Suppl.5.1*, p. 8.

¹⁷²² T. REVET, *loc. cit.*, n° 8, p. 10.

¹⁷²³ Voir sur ce point C. LASSALAS, thèse préc., n° 671, p. 229.

propriété qui a lieu lors de l'individualisation et, à défaut, lors de la livraison [...] des titres »¹⁷²⁴.

503- Traditionnellement, le titre nominatif, constaté sur un registre tenu par le débiteur (la société), se transmettait par voie de *transfert*, alors que le titre au porteur, analysé en un meuble corporel, se négociait par voie de *tradition*. Lorsque le droit était considéré comme incorporé dans le titre, la tradition pouvait être qualifiée de réelle¹⁷²⁵. Ainsi, toute créance constatée dans un titre au porteur émis par un débiteur pouvait être cédée par la simple tradition, d'un porteur à un autre, du titre qui la constatait.

Depuis la dématérialisation des valeurs mobilières, il est toujours possible d'admettre que *l'inscription en compte réalise une véritable tradition* de la valeur que représente la créance¹⁷²⁶. Il s'agit alors simplement d'une *tradition symbolique, mais qui ne remplit pas moins son rôle de mise en possession de la créance*. Avec la dématérialisation, la transmission est devenue moins formaliste, afin de rendre la circulation plus aisée et rapide. L'acquéreur n'est plus mis en possession par la remise du titre et la signification au débiteur de la mutation : une simple inscription sur un registre est désormais suffisante¹⁷²⁷. *L'inscription sur le registre d'une société, tout comme l'inscription sur un compte bancaire*¹⁷²⁸, *apparaissent donc comme des modes de délivrance* : elles réalisent la mise en possession, ou tradition de l'obligation¹⁷²⁹, désormais nécessaires pour réaliser le transfert.

Contrairement au droit français, le principe reste, en droit québécois, celui d'une tradition réelle du titre constatant la créance.

b) La prévalence du système de la tradition réelle en droit québécois

¹⁷²⁴ C. LASSALAS, thèse préc., n° 678, p. 231.

¹⁷²⁵ *Enc. Dalloz dr. civ. v° Tradition*, n° 58 : « La tradition réelle est la remise effective de la chose faite par le vendeur à l'acheteur ».

¹⁷²⁶ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *A.P.D.* 1999.79, p. 92 et 93.

¹⁷²⁷ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *loc. cit.*, p. 83. Voir l'art. 2 du D. 83-359 : « Tous les titres inscrits en compte, nominatifs ou au porteur, se transmettent par un simple virement de compte à compte ».

¹⁷²⁸ La Cour de cassation, assimile le virement de compte à compte, en matière bancaire, à une tradition : C. GENTILI, thèse préc., n° 795, p. 366.

¹⁷²⁹ Voir notamment : F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *loc. cit.*, p. 93 : « *Le même résultat que la tradition –le transfert de possession– est obtenu avec une extrême économie de moyens grâce à la technique du compte. Par le crédit de son compte, l'acquéreur d'un bien est mis en possession de sa représentation, ce qui, à l'égard d'un objet fongible, est suffisant. La scripturalisation des biens permet de dématérialiser leur possession* ».

504- Le transfert des valeurs mobilières obéit à des dispositions spécifiques, distinctes de celles qui régissent la cession de créance de droit commun. Alors que la cession de droit commun est soumise aux formalités de l'article 1641 du Code civil du Québec, la créance constatée dans un titre négociable est transmissible selon un mode simplifié, appelé négociation¹⁷³⁰. On distingue les obligations payables à une personne désignée, ou à son ordre, qui se transfèrent par endossement et délivrance¹⁷³¹, des obligations payables au porteur, qui se transfèrent par simple délivrance¹⁷³². Ces procédés simplifiés, d'abord imaginés en matière commerciale, ont vocation à s'appliquer même en dehors de cette sphère.

505- Dans le Code civil du Bas Canada, l'article 1573 énumérait différentes hypothèses dans lesquelles les formalités de signification de la cession étaient inapplicables¹⁷³³. La distinction apparaît d'une façon plus succincte aux articles 1637 et suivants du Code civil du Québec. Alors que le paragraphe premier de la section I du chapitre VII, consacré à la transmission et aux mutations de l'obligation, concerne « *la cession de créance en général* », le paragraphe qui suit s'intitule « *De la cession d'une créance constatée dans un titre au porteur* ». L'article 1647 du Code civil prévoit notamment que la créance constatée dans un titre au porteur, se transmet par « la simple

¹⁷³⁰ A. PERRAULT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, n° 43, p. 77 : « Un titre est *négociable* lorsqu'il est transmissible par un mode, abrégé ou simplifié, imaginé d'abord pour les opérations commerciales et étendu peu à peu à des écrits qui n'ont pas toujours le caractère de commercialité. Ces modes de transmission consistent dans l'endossement par le bénéficiaire et dans la délivrance du titre si celui-ci est libellé payable à personne désignée, dans la simple remise du titre si celui-ci est rédigé au porteur ». A. BOHÉMIER et F. FERLAND, *Droit commercial général*, Montréal, Coop. Droit Université de Montréal, 1997-1998, p. 3 : « En droit civil commercial, on peut céder ses droits selon une technique simple -technique dite de la négociation- par opposition à la technique du droit civil -qui est celle de la cession de créance et ses formalités (art. 1637 C.c.Q.) ».

¹⁷³¹ Art. 27, *Loi sur les dettes et les emprunts municipaux*, L.R.Q., c, D-7.

¹⁷³² A. PERRAULT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, p. 75 et 80 et 81

¹⁷³³ L'article 1573 C.c.B.C. prévoyait que les formalités de signification de la cession de créance, étaient inapplicables aux « *lettres de change, billets, chèques ou mandats sur banquier, payables à ordre ou au porteur, dont la cession ne requiert pas de signification*; non plus qu'aux *debentures* pour le paiement de sommes d'argent; ni aux actions dans les fonds de compagnies incorporées, qui est réglé par les actes d'incorporation ou les règlements respectifs de ces compagnies ». L'alinéa 2 du même article ajoutait que « *Les billets pour deniers ou pour livraison de grains ou autres choses, payables à ordre ou au porteur, peuvent être transportés par endossement ou délivrance, sans signification [...]* ». La doctrine interprétait la formule de l'alinéa 2 visant les « autres choses », comme ouvrant une possibilité d'étendre les modes de négociation à d'autres hypothèses non spécifiquement visées : A. PERRAULT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, n° 43, p. 77.

tradition, d'un porteur à un autre, du titre qui la constate »¹⁷³⁴. Dans tous les cas, le transfert a pour effet de transmettre « la propriété de l'obligation au cessionnaire »¹⁷³⁵.

Alors qu'en France le transfert se fait désormais par le biais d'une tradition symbolique, au Québec -où le principe est toujours celui de la matérialisation des valeurs mobilières dans les titres- le transfert des créances constatées dans un titre au porteur se fait par une *tradition réelle*. Pourtant, le rôle de ces deux formes de traditions est unique : celui d'une mise en possession.

506- Le Code civil du Québec n'est toutefois pas seul à régir le transfert des valeurs mobilières. Si le principe est que le transfert des valeurs mobilières qui sont constatées dans un titre au porteur se fait par une tradition, ou remise matérielle du titre, la *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit que le transfert des valeurs mobilières qui font l'objet d'une inscription en compte auprès d'une chambre de compensation de valeurs¹⁷³⁶, peut se faire par le biais d'un virement dans les comptes tenus par la chambre de compensation¹⁷³⁷. L'hypothèse d'un mode de transfert dématérialisé des valeurs mobilières n'est donc pas étrangère au législateur québécois¹⁷³⁸.

Cette même loi précise que « le cessionnaire ou le créancier gagiste acquiert la *possession utile* à l'égard des tiers *du seul fait du virement*, bien que les titres ne soient pas individualisés » (art. 10.3). Lorsque les valeurs sont transférées par le biais d'une inscription en compte, celle-ci réalise donc une mise en possession, à l'instar du système français.

¹⁷³⁴ Aux termes de l'article 1647 C.c.Q., « Il est de l'essence de toute créance constatée dans un titre au porteur émis par un débiteur, qu'elle puisse être cédée par simple *tradition*, d'un porteur à un autre, du titre qui la constate ». Il résulte clairement de cette disposition que la loi distingue la créance du titre qui la constate.

¹⁷³⁵ Voir notamment l'article 29 de la *Loi sur les dettes et les emprunts municipaux*, L.R.Q., c. D-7 : « un transfert effectué conformément à l'article 27 [...] *transmet la propriété de l'obligation* au cessionnaire et lui permet d'intenter un recours fondé sur cette obligation en son propre nom ».

¹⁷³⁶ La chambre de compensation est un « organisme d'autoréglementation », dont le fonctionnement est réglementé aux art. 169 et suiv. de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Sur la reconnaissance d'une négociation par la voie d'un système électronique : art. 170.2 de la *Loi sur les valeurs mobilières*.

¹⁷³⁷ Art. 10.2, *Loi sur les valeurs mobilières* : « La cession ou le nantissement d'une valeur admise à l'*inscription en compte* auprès d'une chambre de compensation agréée par la Commission [des valeurs mobilières] peut se faire par *virement* dans les comptes tenus par la chambre de compensation. Les inscriptions dans ces comptes peuvent n'indiquer que le nombre ou le montant des titres cédés ou nantis ou le solde des titres après compensation ». Au niveau fédéral, l'article 218(2) de la *Loi sur les corporations canadiennes* prévoit que le « transfert de toute action, obligation, débenture, stock-obligation ou autre valeur » doit être inscrit sur « un Registre de transfert ». Au niveau provincial, une disposition semblable se trouve à l'article 107 de la *Loi sur les compagnies*, qui prévoit que « *Toute compagnie doit tenir [...] un ou plusieurs livres ou sont inscrits [...] ses créances et obligations [...]* » (art. 107).

¹⁷³⁸ Voir aussi : M. BEAUCHAMP, *Le nantissement des valeurs mobilières*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1988, p. 6-24.

Bien qu'étant actuellement en opposition quant au régime de transfert des valeurs mobilières, les deux systèmes étudiés ne laissent donc pas d'avoir d'importants points de contact. La disparité entre le droit français et le droit québécois s'accroît toutefois s'agissant des effets de commerce.

B. Le transfert de la créance de provision dans le droit des effets de commerce

507- La notion de *propriété de la provision*, créance du tireur sur le tiré, est au cœur du droit des effets de commerce en droit français¹⁷³⁹. Tous les systèmes juridiques n'ont toutefois pas recours à la théorie complexe de la provision, dont l'objet est d'assurer la sécurité du porteur de la lettre de change. Alors que le droit commercial français consacre la théorie de la provision (1), le droit commercial canadien, inspiré du droit anglais qui a adopté un droit cambiaire à l'état pur, ignore cette théorie (2).

1. L'utilisation de la technique de la propriété pour protéger la créance de provision en droit français

508- La notion d'effet de commerce n'est pas définie en droit français ; plusieurs textes épars y font simplement référence¹⁷⁴⁰. Traditionnellement, l'effet de commerce est défini comme « un *titre négociable* qui constate l'existence au profit du porteur d'une créance à court terme et sert à son paiement »¹⁷⁴¹. Il s'agit d'une catégorie hétérogène, regroupant la lettre de change, les billets à ordre et le chèque, chaque effet négociable obéissant à une réglementation particulière¹⁷⁴². La lettre de change constitue l'exemple le plus complexe, mais aussi le plus parlant pour notre propos. La *traite*, ou *lettre de change*, est un ordre de paiement négociable, qui sert à mobiliser des créances commerciales. On la définit souvent comme « l'écrit par lequel une personne, appelée *tireur*, donne mandat à une autre personne, appelée *tiré*, de payer à une troisième, appelée *preneur ou bénéficiaire* ou à l'ordre de celle-ci, une certaine somme à une

¹⁷³⁹ Alors que le droit français utilise volontiers l'expression 'effets de commerce', le droit québécois préfère celle d' 'effets négociables' (*negotiable instruments*), voire celle d' 'instrument de circulation et de crédit'. Sous ces deux appellations, on a coutume de désigner la lettre de change, le chèque, le billet et le connaissance : A. PERRAULT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, p. 63, 64 et 73.

¹⁷⁴⁰ Voir les art. 477 et 546 du Code de commerce, remplacés par art. 107-4° et 120 Loi 25 janvier 1985; art. 439 Code pénal.

¹⁷⁴¹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 2, n° 1911, p. 127.

¹⁷⁴² J. CARBONNIER, *Les Biens, op. cit.*, n° 252, p. 391.

époque déterminée »¹⁷⁴³. Il s'agit d'un *titre à ordre*¹⁷⁴⁴, qui se négocie par voie d'*endossement* -lequel se réalise par la signature du cédant au dos du titre.

509- La provision étant une créance -la créance du tireur sur le tiré¹⁷⁴⁵- l'institution, qui ne s'intègre guère facilement à la théorie classique, n'a eu de cesse de susciter l'interrogation des auteurs. Comment, une fois de plus, admettre que le droit réel de propriété puisse porter sur le droit de créance particulier que constitue la provision¹⁷⁴⁶ ? Le recours à la notion de propriété de la provision est traditionnellement expliqué par le fait que « l'expression de provision éveille dans l'esprit l'existence d'une chose matérielle. C'est, dit-on, le sac d'argent déposé par le tireur chez le tiré pour être remis au porteur »¹⁷⁴⁷. La doctrine traditionnelle considère toutefois qu'il ne s'agit pas d'une propriété au sens propre et l'on dénonce, une fois de plus, l'usage abusif qui serait fait de la notion de propriété¹⁷⁴⁸.

510- En dépit des réticences doctrinales, la notion de propriété (et non de titularité) de la provision est admise aujourd'hui, au moins dans l'expression¹⁷⁴⁹.

La technique de la propriété rend fort bien compte des solutions du droit positif dans le domaine complexe du transfert de la provision dans les effets de commerce¹⁷⁵⁰. Ainsi lui a-t-on reconnu « le mérite de bien exprimer la volonté législative d'attribuer au porteur un *droit exclusif* sur la créance constitutive de la provision »¹⁷⁵¹. Elle permet, notamment, d'expliquer pourquoi le porteur, qui est propriétaire de la provision,

¹⁷⁴³ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 2, n° 1914, p. 130, qui retiennent cependant la définition, plus formelle, suivante : « *titre qui, remis par le tireur au bénéficiaire, donne à celui-ci ou à celui qui est à son ordre, le droit de se faire payer, à une date déterminée, une certaine somme d'argent par le tiré* ».

¹⁷⁴⁴ Les titres à ordre contiennent une clause à ordre du type : « Veuillez payer à l'ordre de X... ».

¹⁷⁴⁵ C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 4, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1907, n° 159, p. 150.

¹⁷⁴⁶ R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, Paris, Sirey, 1975, n° 194 ; B. FAGES, *J.-Cl. Com.*, v° *Lettre de change, Théorie de la provision*, n° 163 : « Cette formule (législative) est généralement contestée par la doctrine qui lui reproche de parler de « propriété » à propos d'une provision, qui, étant une créance, échappe au domaine des droits réels » ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit du crédit, op. cit.*, t. 2, n° 88.

¹⁷⁴⁷ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 2, n° 1974, p. 164.

¹⁷⁴⁸ J. FRANÇOIS, *La propriété de la provision en matière de lettre de change*, thèse préc., p. 183 et 184 : « [...] l'expression de propriété, employée pour désigner le droit spécial reconnu au porteur sur la provision, est aussi commode matériellement qu'impropre du point de vue juridique » ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 2, n° 1979, p. 166 : « La provision étant la créance du tireur sur le tiré, il ne saurait être question de propriété au sens juridique du mot » ; M. GHELMEGEANU, *Essai sur une théorie générale des effets de commerce en droit français*, Paris, éd. Jouve et Cie, 1922, p. 80 : « Connue sous le terme impropre de 'propriété de la provision', la solution fournie par la jurisprudence a été consacrée par la loi du 8 février 1922 ».

¹⁷⁴⁹ P. JESTAZ, « Le tireur conserve-t-il la disponibilité de la traite après l'émission d'une lettre de change ? », *Rev. trim. dr. com.* 1966.881.

¹⁷⁵⁰ F. ZENATI, thèse préc., n° 110 et suiv.

¹⁷⁵¹ B. FAGES, « Lettre de change, Théorie de la provision », *J.-Cl. Com.*, fasc. 415, n° 163.

échappe à la loi du concours avec les créanciers du tireur mis en faillite¹⁷⁵². De même, l'efficacité d'une saisie pratiquée par les créanciers du tireur dépend de la question de savoir si le transfert de propriété de la provision a, ou non, eu lieu¹⁷⁵³. La loi ayant consacré la propriété de la provision d'une lettre de change, cela explique que le transfert de la créance de provision ait pour effet de faire sortir la provision du patrimoine du tireur et de le priver de la faculté d'en disposer. Ses créanciers ne pourront donc compter ce bien comme faisant partie de leur gage, et le tireur ne pourra plus en jouir, dès lors que cette créance ne lui appartiendra plus¹⁷⁵⁴.

511- Si l'institution de la provision est toujours d'actualité en droit français¹⁷⁵⁵, les solutions sont restées jusqu'à aujourd'hui en partie 'brinquebalantes', selon le mot d'Escarra, car incertaines, plusieurs auteurs appelant de leurs vœux un réexamen des solutions traditionnelles¹⁷⁵⁶. Ainsi s'interroge-t-on toujours sur le moment du transfert de la provision (a), de même que sur le rôle de l'acceptation et de la défense de payer faite au tiré dans la lettre de change (b).

a) Le moment du transfert de la provision

512- La provision désigne la créance du tireur sur le tiré¹⁷⁵⁷ ; elle est distincte de la valeur fournie, qui est la cause de l'engagement du tireur¹⁷⁵⁸. Aux termes de l'article L. 511-7 al. 2 du Code de commerce (ancien article 116 al. 2), il « y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou

¹⁷⁵² B. FAGES, « Lettre de change, Théorie de la provision », *loc. cit.*, n° 8, p. 4 : « [...] le droit de propriété qui lui est transmis en même temps que la traite, sur la provision, le dotera d'une sérieuse protection, particulièrement appréciable en cas de procédure collective ouverte contre le tireur ».

¹⁷⁵³ G. MAFFRE, *La provision en matière de chèque*, Toulouse, imprimerie du Sud-Ouest, 1925, p. 86.

¹⁷⁵⁴ Pour une application jurisprudentielle : Com., 23 février 1983, D. 1984.i.r.80, note M. VASSEUR.

¹⁷⁵⁵ B. FAGES, « Lettre de change, Théorie de la provision », *loc. cit.*, n° 8, p. 4 : « [...] la provision demeure une des pièces maîtresses du mécanisme cambiaire, et joue en pratique un rôle considérable ».

¹⁷⁵⁶ M. VASSEUR, « Réflexions sur le régime du porteur de traites non acceptées », *loc. cit.*, n° 13, qui appelle au réexamen des solutions en matière de traites non acceptées.

¹⁷⁵⁷ E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, *op. cit.*, n° 1426 ; C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 4, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1907, n° 159, p. 150 : « Le plus souvent, le tireur est créancier du tiré, et on appelle provision la somme due par le tiré au tireur et qui doit servir à l'acquittement de la lettre ou, en d'autres termes, la créance du tireur contre le tiré » ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit du crédit*, *op. cit.*, t. 2, n° 83, p. 104 : « La provision est une créance du tireur sur le tiré. L'article 116, alinéa 2, est explicite sur ce point. Cette créance est nécessairement une créance de somme d'argent ». Voir, sur les autres tentatives de définitions de la provision : G. ENDRÉO, *La provision, garantie du paiement de la lettre de change*, thèse Nantes, 1980, n° 163 et n° 167.

¹⁷⁵⁸ R. RODIÈRE et B. OPPETIT, *Droit commercial*, coll. « précis Dalloz », Paris, Dalloz, 1978, n° 4, p. 7 et 8 : « [l]e tireur émet une lettre sur le tiré parce qu'il est créancier de celui-ci. Sa créance est dite la provision de la lettre de change. Il la remet au bénéficiaire parce qu'il est lui-même débiteur de celui-ci. La créance du bénéficiaire ou du porteur envers le tireur est dite valeur fournie ».

à celui pour le compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change ».

513- S'agissant du moment du transfert de la propriété de la provision, la jurisprudence distingue selon qu'il s'agit d'une lettre de change acceptée ou non acceptée, sans toutefois préciser le fondement de ces solutions, ce qui en rend l'interprétation difficile¹⁷⁵⁹. Dans le premier cas, les tribunaux décident que la provision est transférée lors de l'émission de la lettre de change¹⁷⁶⁰. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'une *traite non acceptée*, le moment du transfert diffère selon les cas: tantôt, il est fixé au moment de l'émission, tantôt au moment de l'échéance, tantôt enfin, à un moment intermédiaire, soit lors d'une *défense de payer* faite au tiré, ou au moment de la *faillite* du tireur¹⁷⁶¹.

514- La transmission de la créance de provision est en principe régie par les règles du droit civil, sauf dérogation apportée par le droit cambiaire. Le fait que la jurisprudence décide que le transport de la provision est, en principe, fixé au moment de l'émission de la lettre de change confirme le caractère consensuel du transfert de la propriété de la provision. Ce caractère pourrait être mis en doute en invoquant l'identification de la provision dans l'*instrumentum*, support de l'effet. Pourtant, en droit cambiaire comme en droit commun, la remise du titre, qui opère tradition de la chose cédée, n'est qu'une modalité d'exécution de la cession, et non une condition du transfert de propriété.

La règle du transfert de propriété *solo consensu* n'est d'ailleurs pas absolue et peut souffrir des dérogations, notamment en raison des qualités de l'objet cédé. Cela

¹⁷⁵⁹ J.-M. TALAU, « Le porteur d'une lettre de change, le sous-traitant et la provision », *loc. cit.*, n° 3. Pour une critique de cette solution : M. VASSEUR, « Réflexions sur le régime juridique du porteur de traits non acceptés », D. 1985.chr. 204 ; M. JEANTIN, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1995, n° 333, p. 201.

¹⁷⁶⁰ C. GAVALDA et J. STOUFLLET, *Droit du crédit, op. cit.*, t. 2, n° 87, p. 108.

¹⁷⁶¹ J.-P. MARTY, « Les rapports de la créance fondamentale et du titre avec la provision de la lettre de change », *Rev. trim. dr. com.* 1978.307, p. 327 : les termes de l'article 116 du Code Com. ne sont pas clairs et l'on peut tout autant admettre que le porteur a un droit exclusif, à partir du moment où le tiré est débiteur, ou à partir de l'échéance (si l'on admet que l'échéance est le moment où s'exécute l'obligation du tireur de fournir provision), ou encore, à un moment intermédiaire entre la transmission et l'échéance. Voir notamment sur ces différentes options : B. FAGES, « Lettre de change, Théorie de la provision », *loc. cit.*, n° 171 : en cas de traite non acceptée, on admet que le droit du porteur sur la provision est définitivement fixé au jour de l'échéance. Le droit du porteur n'a pour objet qu'une créance éventuelle, si bien que le tireur garde le droit de réclamer sa créance jusqu'à l'échéance, et que le tiré peut refuser de payer le porteur en cas de compensation. *Contra* : Com. 24 avril 1972, D. 1972.686, note R. ROBLOT, qui admet que la défense de payer faite au tiré par le porteur, entraîne l'immobilisation de la créance de provision à son profit. *Contra* : G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 2, n° 1979, p. 168 : le droit du porteur est alors « fixé sur la provision qui existe à cette date, et qui échappe au gage des autres créanciers du tireur ».

permet d'expliquer un certain nombre d'hypothèses, dans lesquelles le *transfert de la provision est retardé*. Lorsque la créance cédée est déterminée, comme c'est le cas dans la lettre de change avec affectation spéciale de provision, le transfert de la provision a lieu instantanément. Au contraire, il arrive que le porteur reçoive une traite dont l'objet n'est pas encore déterminé. Tel est le cas lorsqu'une entreprise mobilise une créance qui n'existe pas en l'état, mais qu'elle présente un caractère suffisamment certain pour pouvoir faire l'objet d'une opération de crédit.

515- Il est constant que la jurisprudence reconnaît certains droits au porteur d'une traite non échue. Ce dernier se voit ainsi accorder la possibilité de s'opposer à une saisie-arrêt qu'opéreraient les créanciers du tireur¹⁷⁶², le droit de retirer la provision du gage général des créanciers, en cas de liquidation judiciaire des biens du tireur avant l'échéance¹⁷⁶³, ou encore, le droit d'interdire au tiré de se dessaisir de la provision¹⁷⁶⁴. Sur quel fondement expliquer ces solutions ?

D'après l'opinion dominante, le porteur jouit d'un *droit éventuel* sur la provision avant l'échéance¹⁷⁶⁵. On admet qu'en réalité, la provision doit s'analyser comme la *créance éventuelle* susceptible d'exister, au profit du tireur contre le tiré, le jour de l'échéance de la traite¹⁷⁶⁶. C'est ce droit éventuel -qui va au-delà de la simple expectative- qui lui permettrait de protéger son droit de propriété à venir contre l'immixtion de tiers¹⁷⁶⁷ et lui permettrait de rendre le transfert de la provision opposable au tiré¹⁷⁶⁸. Cette interprétation est généralement fondée sur ce que l'on considère être une contradiction dans les textes, entre l'article L. 511-7 alinéa 3 (ancien art. 116 al. 3) du Code de commerce, qui prévoit que « la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change », et l'article L. 511-7 alinéa 2

¹⁷⁶² Civ. 11 novembre 1850, D. 1854.5.86.

¹⁷⁶³ Req. 21 mai 1884, D. 1884.1.291 ; Trib. com. Seine 12 novembre 1968, *Rev. trim. dr. com.* 1969.545, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE.

¹⁷⁶⁴ Req. 1^{er} juin 1856, D.P. 1858.1.387 ; Com., 24 avril 1972, D. 1972.686, note R. ROBLOT.

¹⁷⁶⁵ Sur l'exposé de cette thèse : G. ENDRÉO, thèse préc., n° 361 et suiv. Voir aussi : J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse Paris, 1953 ; C. GAVALDA et J. STOUFLET, *Droit du crédit*, *op. cit.*, t. 2, n° 167 ; G. MARTY, « Les rapports de la créance fondamentale et du titre avec la provision de la lettre de change », *loc. cit.*, p. 327.

¹⁷⁶⁶ C. GAVALDA et J. STOUFLET, *op. cit.*, t. 2, n° 88 ; B. FAGES, *J.-Cl. Com.*, v° *Lettre de change, Théorie de la provision*, n° 166.

¹⁷⁶⁷ H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, t. 2, n° 1032 ; G. MARTY, « Les rapports de la créance fondamentale et du titre avec la provision de la lettre de change », *loc. cit.*, p. 330 : « [...] la défense apparaît constituer la prérogative normale, spécifique de la propriété de la provision en tant que droit éventuel ».

¹⁷⁶⁸ Les tribunaux admettent que le porteur peut faire défense au tiré de payer, ce qui entraîne l'immobilisation de la créance de provision à son profit : Com. 24 avril 1972, D. 1972.686, note R. ROBLOT.

(ancien art. 116 al. 2) du même code¹⁷⁶⁹, qui impliquerait que le droit sur la provision existe avant l'échéance¹⁷⁷⁰.

Cette explication, outre sa complexité, comporte un inconvénient majeur : si le droit éventuel est soumis à un aléa, le transfert de la provision de la lettre de change se caractérise au contraire par l'absence d'aléa¹⁷⁷¹. Une autre interprétation peut alors être suggérée.

516- L'idée peut être avancée selon laquelle cette situation est le signe de l'existence d'une obligation de donner, une telle obligation étant présente dans tout transfert de propriété différé¹⁷⁷². On peut, tout simplement, considérer que c'est parce que le porteur est créancier d'une *obligation de donner* la provision, qu'il peut agir de manière à en provoquer le transfert. L'avantage d'une telle explication est que, à l'opposé du droit éventuel, l'obligation de donner a un caractère ferme qui convient à la situation qui nous occupe.

Dans certains cas, l'exécution de l'obligation de donner a lieu en dehors de la volonté des parties. Le recours à la notion d'obligation de donner permet d'expliquer la règle selon laquelle *le transfert de la provision d'une lettre de change non acceptée a lieu à l'échéance*. L'échéance n'a pas pour effet de fixer la date du transfert¹⁷⁷³, mais

¹⁷⁶⁹ Art. L. 511-7 al. 2 C. Com. : « Il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change ».

¹⁷⁷⁰ Voir notamment E. PUTMAN, *Droit des affaires, op. cit.*, n° 61, p. 92 ; F. LEPLAT, thèse préc., n° 442, p. 374 ; M. GHELMEGEANU, thèse préc., p. 82 : « [...] comment peut-on céder la créance de la provision et continuer toutefois d'en disposer jusqu'à l'échéance ? Ou il y a cession et alors la créance sortie du patrimoine du tireur n'est plus à sa disposition; ou elle est à sa disposition jusqu'à l'échéance (art. 116 C. com.), mais alors il n'y a plus de cession. Pour échapper à cette objection, on a fait intervenir l'idée du droit éventuel. La cession existe comme convention du moment de l'accord des consentements intervenu entre le tireur et le preneur. Le tireur continue toutefois à disposer de la créance, parce que, de la volonté même des parties, l'exécution de la cession est différée à l'échéance de l'effet ».

¹⁷⁷¹ Sur la réfutation de la thèse du droit éventuel : G. ENDRÉO, thèse préc., n° 362 : « Il faut donc considérer [...] que c'est la créance *actuelle* qui est transmise aux porteurs successifs de la lettre de change. Cette solution a le mérite de correspondre à la pratique de l'escompte, et d'être en harmonie avec le texte de l'article 116. Elle a enfin pour elle l'autorité d'une partie de la doctrine ». Voir, notamment, qui admettent une créance actuelle : R. HOUIN et R. RODIÈRE, *Droit commercial*, Sirey, 1961, n° 413 ; M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, obs. à la *Rev. trim. dr. Com.* 1972. 964. Voir aussi : M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2002, n° 333, p. 213, selon lesquels conformément à l'alinéa 3 de l'article 116, le porteur d'une lettre de change acceptée ou non, a un droit sur une créance de provision, ce droit n'étant pas un droit éventuel.

¹⁷⁷² Voir *supra*, n° 462.

¹⁷⁷³ Le professeur Vasseur a souligné que personne n'a jamais expliqué comment l'échéance pourrait avoir pour effet de faire acquérir la propriété de la provision au porteur. Alors que l'alinéa 2 règle la date à laquelle la provision doit exister au plus tard, c'est-à-dire le jour de l'échéance, l'alinéa 3 du même article porte sur le moment de la transmission de la provision au porteur (« la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs »), cet article ne faisant aucunement référence à la date de l'échéance. M. VASSEUR, « Réflexions sur le régime juridique du porteur de traites non acceptées (À propos de Com. 4 déc. 1984) », D. 1985.165, n° 8 : « Dès lors, faire dire à l'alinéa 2 de l'article 116 [L. 511-7] que c'est à l'échéance (en principe) que la provision est acquise au porteur de traite non

seulement de *rendre exigible la dette du tiré*. Dans la lettre de change, la créance du tireur sur le tiré est réputée exister et être exigible lors de la survenance de l'échéance¹⁷⁷⁴. La survenance de l'échéance a donc pour effet de cristalliser les relations entre les parties et de fixer l'objet du transfert¹⁷⁷⁵. De même, en cas de liquidation judiciaire du tireur, la faillite provoque le transfert de la propriété de la provision. Cela peut également s'expliquer par le fait que la *faillite* cristallise les relations entre tireur et tiré -ce qui permet de fixer l'existence d'une créance au profit du tireur.

Dans d'autres hypothèses, le mécanisme de transfert est lié à la volonté des parties. Il peut arriver que le transfert de la propriété soit différé en raison de la nature du bien transmis. Ainsi est-il admis que le transfert de la propriété des choses de genre a lieu au jour de leur individualisation. Cette *individualisation de la créance* du tireur sur le tiré peut avoir lieu lors de *l'émission même de la lettre de change, comme c'est le cas dans l'hypothèse d'une traite avec affectation spéciale de provision*¹⁷⁷⁶. À défaut d'affectation, laquelle peut avoir lieu également postérieurement à l'émission de la lettre, c'est *l'échéance qui aura cet effet d'individualisation* (art. L. 511-7 al. 2)¹⁷⁷⁷.

b) Le rôle de l'acceptation et de la défense de payer faite au tiré

517- La question se pose de savoir quel est le *rôle de l'acceptation* et de la *défense de payer* faite au tiré, dans la lettre de change. Le professeur Ginossar a montré que l'une des particularités de la propriété des créances, est que les tiers de bonne foi peuvent l'avoir légitimement ignorée, puisque le propriétaire d'une obligation, de par sa nature, ne peut être identifié aussi aisément que le propriétaire d'un bien corporel¹⁷⁷⁸. Ce type de propriété pouvant être facilement ignoré, cela explique la possibilité donnée

acceptée, c'est lui faire dire ce qu'il ne dit pas. Cet alinéa n'a pas eu pour fin de fixer la date de l'acquisition de la provision au porteur ».

¹⁷⁷⁴ Cela résulte de l'art. L. 511-7 al. 2 C.Com. En ce sens : Y.-L. SAGE, *Les effets de commerce*, Paris, éd. L'Hermès, coll. Droit privé, 1994, p. 35 : « C'est [...] au jour de l'échéance et à ce jour uniquement qu'il faut se placer pour déterminer l'existence de la provision (article 116 alinéa 2 du code de commerce) » ; M. VASSEUR, *loc. cit.*, n° 5.

¹⁷⁷⁵ Voir M. VASSEUR, *loc. cit.*, n° 6-7, selon lequel l'échéance est sans rapport avec l'acquisition de la provision. Il résulte de la jurisprudence que « ce n'est nullement l'échéance qui commande l'acquisition par le porteur de la provision d'une traite non acceptée. Elle ne ferait que consolider le droit du porteur, un droit qui, par hypothèse, préexiste ».

¹⁷⁷⁶ En cas d'affectation spéciale de la provision, le tireur « s'est lui-même interdit le droit de disposer de la provision, il l'a destinée au paiement de la lettre de change et le porteur qui en a connaissance est en droit de compter définitivement sur elle » : G. BAICOIANU, *De la provision en matière de lettre de change et de chèque*, Paris, éd. Bonvalot-Jouve, 1906, p. 35-36.

¹⁷⁷⁷ Sur l'idée selon laquelle la date de l'échéance permet d'*individualiser* la provision de la lettre de change et que c'est l'individualisation qui permet d'expliquer le régime juridique de la transmission de la provision : F. LEPLAT, thèse préc., n° 443, p. 375.

¹⁷⁷⁸ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, op. cit.*, n° 33, p. 83.

au porteur de notifier au tiré l'existence de son droit de propriété sur la provision, lui permettant ainsi de protéger adéquatement son droit de propriété vis-à-vis des tiers¹⁷⁷⁹.

518- La spécificité de la propriété des créances trouve encore à s'estomper. La défense de payer est souvent analysée comme une formalité d'opposabilité des droits du porteur sur la provision¹⁷⁸⁰. Si, dans la cession de créance, la délivrance s'opère par la signification au débiteur, qui est alors en mesure d'identifier son nouveau créancier¹⁷⁸¹, on retrouve le même principe en matière de lettres de change. En effet, on peut considérer que *l'information du débiteur tient lieu de tradition dans le transfert de la propriété de la provision* des effets de commerce. Cette information peut avoir lieu tant par le biais de l'acceptation du tiré, que par la notification au tiré d'une défense de payer entre les mains du tireur¹⁷⁸².

519- On sait que la jurisprudence permet au porteur de provoquer le transfert de la propriété de la provision par la notification au tiré d'une défense de payer entre les mains du tireur. Cela peut s'expliquer par le fait que cette notification tient lieu de tradition : dès lors que le débiteur est informé, le nouveau créancier peut se considérer comme en possession de la créance, la possession d'un droit étant le fait de passer pour être titulaire de ce droit¹⁷⁸³.

De même, le porteur d'une traite peut présenter la lettre de change à l'acceptation du tiré¹⁷⁸⁴. L'acceptation désigne l'engagement que prend le tiré de payer la lettre de change à l'échéance¹⁷⁸⁵. Concrètement, elle résulte de la signature apposée par le tiré sur le titre. L'acceptation, en même temps qu'elle ajoute aux relations préexistantes entre les parties un rapport cambiaire¹⁷⁸⁶, met le porteur en possession de la créance de provision.

¹⁷⁷⁹ F. ZENATI, thèse préc., n° 112, p. 160 : « Le tireur 'mise' donc sur cette relative immunité pour disposer de la provision pendant la période précédant l'échéance, mais le porteur peut rétablir la situation en exerçant son *jus prohibendi* de propriétaire [...] ».

¹⁷⁸⁰ Voir notamment : M. JEANTIN, *Droit commercial, op. cit.*, n° 333, p. 202 ; G. ENDRÉO, note sous Com. 28 juin 1983, D. 1984, p. 447.

¹⁷⁸¹ Voir *supra*, n° 460.

¹⁷⁸² La jurisprudence a décidé que la défense emporte les mêmes effets que l'acceptation, s'agissant des droits du porteur sur la provision : Com. 19 nov. 1973, *Rev. trim. dr.com.*, 1975.307, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit du crédit, op. cit.*, t. 2, n° 88, p. 110.

¹⁷⁸³ Voir *supra* : n° 460 et suiv.

¹⁷⁸⁴ Y.-L. SAGE, *Les effets de commerce, op. cit.*, n° 45, p. 38 : « L'acceptation de la lettre de change fait acquérir au porteur un droit actuel, certain et irrévocable sur la provision, de telle sorte que le tiré se trouve tenu de payer entre les mains du porteur de bonne foi ».

¹⁷⁸⁵ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 2, n° 1987, p. 172.

¹⁷⁸⁶ L'acceptation a pour effet de faire naître un engagement cambiaire, c'est-à-dire un engagement selon le droit du change, ce qui va au-delà de la situation d'un simple débiteur civil : G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 2, n° 1998, p. 177. Voir aussi : R. RODIÈRE et B.

Tant l'acceptation que la défense de payer, interprétées comme réalisant la tradition de la provision, permettent donc au créancier de s'approprier sa chose.

520- Les cessions de créances professionnelles par bordereau sont souvent qualifiées de cessions « pseudo-cambiales »¹⁷⁸⁷, puisqu'on y retrouve la technique des effets de commerce. La loi Dailly du 2 janvier 1981, telle que modifiée par la loi bancaire du 24 janvier 1984¹⁷⁸⁸, a créé une forme simplifiée de cession des créances professionnelles, par voie de bordereau¹⁷⁸⁹. Le régime juridique de la cession Dailly est désormais réglé aux L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier.

521- Le bordereau de créance rend la créance opposable aux tiers sans l'accomplissement d'aucune formalité. Aux termes de l'article L. 313-27 al. 1, du code précité, la cession « prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de la remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances »¹⁷⁹⁰. La loi Dailly a donc créé une *fiction*, en permettant de *céder une créance de manière opposable sans signification*, ce qui est *a priori* contraire aux articles 1690 et 1146 du Code civil français¹⁷⁹¹.

OPPETIT, *Droit commercial, op. cit.*, n° 35, p. 37 : « [...] l'acceptation fait du tiré le premier débiteur de la lettre de change. Jusque-là, c'était le tireur. Désormais, c'est le tiré » ; E. PUTMAN, *Droit des affaires*, coll. « Thémis droit privé », t. 4, Paris, P.U.F., 1995, n° 43, p. 74 : « [...] l'acceptation fait naître contre le tiré accepteur une action cambiale directe et autonome, indépendante de la provision ». Pour une illustration jurisprudentielle : Cass. com., 13 mai 1986, *Bull.civ.* IV, n° 88.

¹⁷⁸⁷ J. STOUFFLET, « Propos sur la transmission des créances », dans *Mélanges A. Weill*, Paris, Fontemoing, 1983, p. 515

¹⁷⁸⁸ Quant à sa technique, la cession Dailly, qui est proche de la cession par lettre de change, mérite d'être étudiée en parallèle avec les effets de commerce. Voir *Rapport Dailly, op. cit.*, p. 17 : « l'ensemble du titre premier de la proposition de loi s'inspirait directement des techniques de la lettre de change, à cette différence près que le bordereau permettrait de regrouper plusieurs créances ». Sur la question de savoir si la cession Dailly doit ou non s'analyser comme une cession fiduciaire : D. LEGAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse préc., n° 428, p. 243.

¹⁷⁸⁹ A. DARMSTADTER, *J.-Cl.Com.*, v° *Bordereau de transfert des créances*, n° 16 : « Il suffit de la remise du bordereau répertoriant les créances cédées ou nanties et remplissant certaines conditions de forme, pour que la cession ou le nantissement des créances soient réalisés et le soient par eux-mêmes, de manière opposable aux tiers. La cession se réalise hors l'application de l'article 1690 du Code civil [...] ». Tout comme la cession ordinaire, la cession à titre de garantie réalise le transfert de la créance en pleine propriété : E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 598, p. 369 ; P. DELVAUX, « La mobilisation de créances à titre de garantie », dans *La transmission des obligations*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 517. Sur la Loi Dailly : D. SCHMIDT et P. GRAMLING, « La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises », D. 1981.217 ; C. GAVALDA, « La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles », D. 1981.199 ; J. STOUFFLET et Y. CHAPUT, « L'allègement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit », J.C.P. 1981.I.13044 ; M. VASSEUR, « L'application de la loi Dailly », D. 1982.273.

¹⁷⁹⁰ À défaut de date, la jurisprudence décide que la cession n'a pas d'effet entre les parties : Cass. com., 14 juin 2000, J.C.P. 2000.IV.2354. Selon E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 341, p. 203 : « la datation se substitue [...] au formalisme imposé en droit commun par l'article 1690 du Code civil, destiné à assurer la publicité de la cession à l'égard des tiers ».

¹⁷⁹¹ Voir, sur la comparaison entre la cession Dailly et l'effet réel de la cession de créance en droit allemand : E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., p. 463 et suiv.

Il est loisible au cédant d'informer le débiteur de la cession, ce dernier ne pouvant alors plus l'ignorer. La notification a un rôle facultatif dans la cession Dailly. Si elle n'a pas d'effet quant à l'opposabilité aux tiers, l'information du débiteur a pour conséquence de lui faire défense de payer entre les mains du créancier originaire, qui a cédé la créance. Comme le souligne un auteur, « [à] compter de la notification, il est admis que le débiteur ne peut plus se libérer valablement qu'entre les mains du cessionnaire, mais dans la mesure seulement où aucun vice n'affecte la créance dont ce dernier est désormais titulaire »¹⁷⁹².

La notification prend donc ici le relais des formalités de signification, dont on a vu qu'elles s'analysent en des formalités de mise en possession, ou de tradition. La notification permet au créancier de s'approprier sa chose. C'est à partir du moment où le débiteur est informé que le nouveau propriétaire peut être considéré comme en possession de son bien. La notification au tiers cédé peut donc être rapprochée de la défense de payer faite au tiré. La *notification* de la cession de créance professionnelle par le cédé a pour effet de donner la même protection au cessionnaire que celle dont jouit le porteur d'une lettre de change acceptée¹⁷⁹³, ce qui explique qu'une partie de la doctrine voie dans la cession par bordereau une cession « *pseudo-cambiales* »¹⁷⁹⁴.

Si c'est bien la technique de la propriété qui est utilisée en droit français pour protéger les droits du porteur d'une lettre de change, tel n'est pas le cas en droit canadien, qui s'appuie sur la technique de la garantie.

2. L'utilisation de la technique de la garantie pour protéger les droits du détenteur régulier en droit canadien

522- Le droit des effets de commerce n'étant pas un droit de source législative québécoise, mais canadienne¹⁷⁹⁵, nous ne ferons ici que l'évoquer¹⁷⁹⁶, en raison de l'intérêt que peut représenter la mise en confrontation du droit français avec le droit canadien, dont on considère généralement qu'il ignore la théorie de la provision. Le

¹⁷⁹² P. LAPASSE, « Le moment du transfert de propriété lors de la vente des valeurs mobilières et d'autres droits incorporels », *loc. cit.*, p. 21.

¹⁷⁹³ F. LEPLAT, thèse préc., n° 3, p. 10.

¹⁷⁹⁴ J. STOUFFLET, « Propos sur la transmission des créances », dans *Mélanges A. Weill*, Paris, Fontemoing, 1983, p. 515

¹⁷⁹⁵ L'article 91(18) de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne compétence exclusive au parlement fédéral en matière de « lettres de change et de billets promissaires » (*'Bills of exchange and promissory notes'*), de même qu'en matière de constitution des banques et de commerce de banque.

¹⁷⁹⁶ Cette étude, consacrée au droit québécois, peut toutefois en rendre compte. En effet, le droit québécois peut désigner à la fois le droit de source législative québécoise, ou le droit applicable au Québec, quelle qu'en soit la source. Dans ce sens plus extensif que nous avons retenu, l'étude du droit québécois comprend l'examen de certains champs de compétence fédérale.

droit des effets de commerce est réglementé par la *Loi concernant les lettres de change, les chèques et les billets à ordre ou au porteur*¹⁷⁹⁷ (ou *Loi sur les lettres de change*), qui est largement inspirée de la loi britannique de 1882 (*'Bills of Exchange Act'*)¹⁷⁹⁸.

523- S'il est possible de céder un effet de commerce selon les formalités ordinaires de la cession de créance¹⁷⁹⁹, la *Loi sur les lettres de change* prévoit un mécanisme simplifié de transmission, par la voie d'une négociation¹⁸⁰⁰. Ces formalités diffèrent selon que l'effet est à ordre ou au porteur¹⁸⁰¹. Aux termes de l'article 59 de la *Loi sur les lettres de change*, le transfert de la créance, que l'on nomme négociation, se fait par simple livraison de l'effet, s'il est au porteur, ou par endossement et livraison s'il est à ordre¹⁸⁰².

La doctrine et la jurisprudence admettent que c'est l'incorporation du droit dans le titre, ou autrement dit, le fait que « la créance fait corps avec le document qui la constate »¹⁸⁰³, qui permet la négociation¹⁸⁰⁴. Ainsi, selon Nicole L'Heureux et Edith Fortin, la négociabilité d'un effet de commerce en droit canadien se caractérise par « la réification, c'est-à-dire la matérialisation de l'obligation que représente le document, de façon à le transférer par la livraison matérielle de l'instrument (avec ou sans endossement) plutôt que par cession et notification »¹⁸⁰⁵.

¹⁷⁹⁷ L.R.C. 1985 ch. B-4.

¹⁷⁹⁸ M. CARON, *Précis de droit des effets de commerce*, 7^e éd. par A. BOHÉMIER, Montréal, Beauchemin, 1978, p. 9 et 10 ; A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, t. 3, *Instruments de circulation et instruments de crédit*, Montréal, Imprimerie de Lamirande, n° 92, p. 151. Voir le 'Bills of Exchange Act' de 1882 (45-46 Vict., chap. 61).

¹⁷⁹⁹ Dans ce cas, toutefois, le cessionnaire ne peut avoir plus de droits que le cédant : *Aldcrest Developments Ltd. c. Hamilton Co-Axial* (1958) Ltd., [1974] R.C.S. 793.

¹⁸⁰⁰ M. DESCHAMPS, « Les obligations résultant des effets de commerce », Collection de droit 1998-1999, École du Barreau du Québec, vol. 5, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 319 ; A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, t. 3, n° 436, p. 606.

¹⁸⁰¹ Art. 59(2) et 59(3) de la *Loi sur les lettres de change* : « La lettre payable au porteur se négocie par livraison. La lettre payable à ordre se négocie par endossement du détenteur ». Comparer l'art. 1647 C.c.Q., selon lequel le titre au porteur est cessible par simple livraison, et l'art. 1573 C.c.B.C. Le Code civil actuel ne reconnaît pas expressément qu'un titre négociable et payable à ordre puisse être cédé par endossement et délivrance.

¹⁸⁰² M. DESCHAMPS, « Les obligations résultant des effets de commerce », *loc. cit.*, p. 319. Voir aussi B. CLERMONT et B. YACCARINI, *Initiation au droit des affaires du Québec*, *op. cit.*, p. 450.

¹⁸⁰³ N. L'HEUREUX et E. FORTIN, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 323. Sur l'analyse de la créance cambiaire en un meuble corporel : *Pesant c. Pesant*, [1934] R.C.S. 249. Voir aussi A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, t. 3, p. 82 : lorsque l'écrit comporte une clause au porteur, « la propriété s'en transmet, même à l'égard des tiers, de la même manière que celle des objets mobiliers corporels ».

¹⁸⁰⁴ N. L'HEUREUX et E. FORTIN, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 322 : « Le fait que le droit au paiement est incorporé dans le document permet au détenteur de le transférer (négocier) par simple endossement pour obtenir un paiement ou un crédit ».

¹⁸⁰⁵ N. L'HEUREUX et E. FORTIN, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 322.

524- Quant aux effets de la négociation, ils diffèrent de la cession de droit commun, principalement à trois niveaux¹⁸⁰⁶. Tout d'abord, la négociation est opposable aux tiers sans que des formalités de notification ne soient nécessaires. Ensuite, contrairement au droit commun, l'endosseur d'un effet de commerce en garantit le paiement¹⁸⁰⁷. Enfin, la *Loi sur les lettres de change* déroge au principe selon lequel un cessionnaire ne peut avoir plus de droits que le cédant¹⁸⁰⁸.

525- En dépit des efforts d'unification déployés en matière cambiaire, la Convention de Genève de 1930, qui a été ratifiée par le Canada, a relégué en annexe la question de la provision¹⁸⁰⁹. Il est couramment admis que le droit canadien, qui est marqué en la matière par le droit anglais et la théorie du titre abstrait¹⁸¹⁰, ne connaît pas le principe français de la transmission de la provision aux porteurs¹⁸¹¹. Dans le système anglais, la règle est que la remise de la lettre de change n'entraîne pas la cession au preneur des fonds destinés à son paiement¹⁸¹². Contrairement au droit français, le droit canadien aurait repoussé l'idée d'une transmission de la provision aux porteurs, logiquement incompatible avec la théorie du titre abstrait.

Plusieurs auteurs considèrent néanmoins que, contrairement au système allemand de la lettre de change, qui reconnaît la théorie de l'acte abstrait¹⁸¹³, et au système français, dans lequel un contrat est à la base de la lettre de change, le système anglo-américain constitue un troisième groupe, à mi-chemin entre les deux systèmes¹⁸¹⁴. Le

¹⁸⁰⁶ M. DESCHAMPS, *Droit bancaire*, Montréal, Coop Droit, Université de Montréal, 2000, p. 98.

¹⁸⁰⁷ Les articles 130 et 132 prévoient la responsabilité personnelle de la part de celui qui endosse, sauf exception prévue à l'article 33.

¹⁸⁰⁸ Ce principe est énoncé en matière de cession de créance à l'art. 1637 C.c.Q., qui prévoit qu'une telle cession ne peut « porter atteinte aux droits du débiteur, ni rendre son obligation plus onéreuse ». L'inopposabilité des exceptions illustre la particularité des effets de la négociation par rapport à la cession de créance en droit civil. Les signataires de l'effet de commerce sont en effet tenus en vertu d'un rapport direct envers le nouveau détenteur, sans qu'ils puissent lui opposer un moyen de défense qui aurait pu être opposé au porteur antérieur : A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, t. 3, p. 85 et suiv.

¹⁸⁰⁹ L'art. 16 de l'Annexe 2 de la *Loi uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre* prévoit que : « La question de savoir si le tireur est obligé de fournir provision à l'échéance et si le porteur a des droits spéciaux sur cette provision reste en dehors de la loi uniforme. Il en est de même pour toutes autres questions concernant le rapport sur la base duquel on a émis la traite ».

¹⁸¹⁰ Voir cependant, sur l'idée selon laquelle le droit anglo-saxon se prononce nettement contre la théorie allemande de l'acte abstrait : J. FRANÇOIS, thèse préc., p. 282. En effet, précise l'auteur, la lettre de change doit avoir une cause, appelée cause de valeur (*valuable consideration*), même si l'existence de cette cause est présumée en la matière, contrairement au droit commun (*op. cit.*, p. 282-283).

¹⁸¹¹ Le droit anglo-américain est généralement considéré comme ayant une théorie proche du système allemand en matière de provision : A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, t. 3, n° 625, p. 834.

¹⁸¹² Voir, en matière de chèque : G. MAFFRE, thèse préc., p. 221-223.

¹⁸¹³ En droit allemand, la lettre de change est considérée comme un titre abstrait, détaché des relations antérieures entre les parties. De plus, contrairement au droit français, le porteur n'acquiert aucun droit privatif sur la provision.

¹⁸¹⁴ S. ADATTO, thèse préc., p. 119 ; J. FRANÇOIS, thèse préc., p. 282 ; G. BAICOIANU, thèse préc., p. 108 : « Le système anglais se rapproche plus du système allemand que du système français, il ne détache

système anglo-américain n'admet pas l'idée d'une dette abstraite, puisque dans ce système, il y a un contrat à la base de la lettre de change¹⁸¹⁵. En créant la lettre de change, le tireur s'engage à faire en sorte que la traite soit acceptée et payée et il accepte de l'acquitter personnellement entre les mains du porteur dans les cas où le tiré ne ferait pas honneur à sa signature¹⁸¹⁶. L'engagement du tireur n'est pas la conséquence d'une promesse abstraite, mais résulte au contraire d'un contrat entre le tireur et le preneur¹⁸¹⁷. De plus, la loi anglaise permet au porteur de recueillir la provision en cas de faillite du tireur et du tiré accepteur¹⁸¹⁸, ce qui tempère le principe traditionnel de l'absence de transfert des fonds.

526- L'article 53 du *Bill of Exchange Act* prévoit qu'« une lettre de change *par elle-même ne vaut pas comme cession entre les mains du tiré des fonds propres à être (available for) appliqués au paiement de cette lettre, et le tiré qui n'accepte pas* comme il est exigé par la présente loi n'est pas lié par cet écrit ». On considère généralement qu'il résulte de cet article que -contrairement au droit français- le porteur de la lettre de change n'est, en principe, investi d'aucun droit sur la provision¹⁸¹⁹ et que le tiré d'une lettre de change n'a aucune obligation vis-à-vis du preneur tant que la lettre n'a pas été acceptée.

Tout comme le droit anglais, la loi canadienne prévoit que « *La lettre [de change] n'a pas pour effet de transférer des fonds au tiré pour son paiement, et le tiré qui ne consent pas à l'acceptation prévue par la présente loi n'est pas obligé par l'effet* » (art. 126, *Loi sur les lettres de change*). On admet qu'en droit canadien, le tiré n'est pas lié par le simple commandement de payer que le tireur lui adresse au moyen d'une lettre de change, si bien que « *l'obligation du tiré naît avec son acceptation* »¹⁸²⁰.

cependant pas tout à fait la traite de sa cause, car il la présume ». Voir aussi T. BARCLAY, *Les effets de commerce dans le droit anglais*, Paris, Pédone-Lauriel, p. XVII.

¹⁸¹⁵ S. ADATTO, thèse préc., p. 119, à la note 1.

¹⁸¹⁶ S. ADATTO, thèse préc., p. 121 ; art. 55 du *Bill of Exchange Act* ; M. BIGELOW, *The law of bills, notes and cheques*, 2^d ed., Boston, 1900, p. 70.

¹⁸¹⁷ A. PERRAULT, *Traité, op. cit.*, t. 3, n° 385, p. 486.

¹⁸¹⁸ L'article 97 de la *Loi sur le change (Bill of Exchange Act)* dispose que « les règles sur la faillite qui concernent les lettres de change [...] resteront en vigueur nonobstant toutes dispositions de la présente loi ». Voir sur ce point : J. FRANÇOIS, thèse préc., p. 283 ; G. MAFFRE, thèse préc., p. 223 : « [d]ans le cas de la faillite du tiré [...] si un client tire sur son banquier un chèque qui n'est pas présenté dans un délai convenable et que le banquier tombe en faillite, ayant encore la provision, sans doute le client sera libéré, mais le détenteur du chèque pourra produire pour le montant du titre à la faillite du banquier ».

¹⁸¹⁹ J. FRANÇOIS, thèse préc., p. 283 ; S. ADATTO, thèse préc., p. 122.

¹⁸²⁰ A. PERRAULT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, t. 3, n° 622, p. 832. Sur l'acceptation : art. 34(1) de la *Loi sur les lettres de change* : « L'acceptation d'une lettre [de change] est l'engagement pris par le tiré d'exécuter l'ordre du tireur ». Le principal effet de l'acceptation est de faire de l'accepteur le débiteur principal de la lettre de change : A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTE, *Droit commercial général*, 3^e éd., t. 2, Montréal, Éditions Thémis, 1986, p. 259 : « Dans le cas d'une lettre de change, le tiré n'assume aucune obligation, n'ayant pas encore signé la lettre. Il n'engage sa responsabilité qu'au moment où il appose sa signature en tant qu'accepteur (art. 127 et 131) ». Voir aussi sur l'effet de l'acceptation : B.

527- La comparaison entre les deux systèmes ne saurait toutefois être forcée. Dans le système fédéral canadien, la protection des droits du porteur n'est pas assurée par le recours à la propriété de la créance de provision, mais plutôt au moyen d'une cascade de garanties, qui jouent au profit du détenteur régulier et qui ne sont pas fondées sur la propriété. C'est ainsi notamment que le tireur, en tirant la lettre, s'engage à payer lui-même en cas de non-paiement (art. 129 de la *Loi sur les lettres de change*¹⁸²¹), tout en ayant un recours contre l'accepteur (art. 139, L. préc.). De plus, par l'acceptation¹⁸²², le tiré accepte d'être lié et devient ainsi le premier débiteur, en prenant le nom d'accepteur (art. 126 et 127, L. préc.¹⁸²³). Enfin, l'endosseur joue le rôle d'une sorte de caution de l'accepteur, débiteur principal¹⁸²⁴.

Les créances peuvent encore être cédées à titre de garantie, par la voie d'une cession fiduciaire.

C. La cession fiduciaire à titre de garantie

528- La cession fiduciaire à titre de garantie existe en droit français comme en droit québécois. Mais, si la fiducie est expressément reconnue par le Code civil du Québec (1), tel n'est pas le cas en droit français, qui ne connaît à ce jour que des fiducies-sûretés innommées¹⁸²⁵ (2).

CLERMONT et B. YACCARINI, *Initiation au droit des affaires du Québec, op. cit.*, p. 453 : « En acceptant la lettre de change, le tiré reconnaît avoir une dette envers le tireur et promet qu'à l'échéance cette dette sera honorée par lui et payée au détenteur de l'effet. Par l'acceptation, le tiré s'intègre à la lettre de change et devient partie liée. Sa situation juridique change totalement; d'aléatoire, son obligation devient obligatoire. Le changement est si total que la loi ne l'appelle plus dès lors le tiré, mais l'accepteur ».

¹⁸²¹ Art. 129, *Loi sur les lettres de change* : « La personne qui tire une lettre, ce faisant : a) promet que, sur présentation en bonne et due forme, elle sera acceptée et payée à sa valeur, et s'engage en cas de refus, à indemniser le détenteur ou tout endosseur forcé de l'acquitter [...] ».

¹⁸²² N. L'HEUREUX et E. FORTIN, *Droit bancaire, op. cit.*, p. 397 : « L'acceptation est l'engagement, écrit sur la lettre et dénoncé au détenteur, que prend le tiré de payer la valeur de la lettre, à l'échéance » (art. 34(1) ».

¹⁸²³ Art. 126, *Loi sur les lettres de change* : « La lettre [de change] n'a pas pour effet de transférer des fonds au tiré pour son paiement, et le tiré qui ne consent pas à l'acceptation prévue par la présente loi n'est pas obligé par l'effet ».

¹⁸²⁴ Art. 132, *Loi sur les lettres de change* : « [...] la personne qui endosse une lettre: a) promet que, sur présentation en bonne et due forme, elle sera acceptée et payée à sa valeur et s'engage, en cas de refus, à indemniser le détenteur ou l'endosseur postérieur forcé de l'acquitter [...] ». Voir aussi A. BOHÉMIER et M. DESCHAMPS, *Précis de droit des effets de commerce*, Montréal, Beauchemin, 1986, p. 207 : « On le constate, cet engagement de l'endosseur à l'égard du détenteur, ne diffère pas de celui du tireur. Comme celui-ci, il cautionne l'accepteur, débiteur principal [...] ».

¹⁸²⁵ En droit québécois, la cession fiduciaire peut se faire entre vifs ou à cause de mort. Notre propos n'étant pas ici d'insister sur ce point, mais sur ce qui fait la spécificité de la cession fiduciaire et de son rapport à la propriété, la fiducie sera traitée ici d'un point de vue général, tout en réservant la question de la spécificité de la transmission à cause de mort à la dévolution successorale.

1. La cession fiduciaire en droit québécois

529- En droit québécois, la cession fiduciaire, par voie de fiducie-sûreté (b) est nécessairement liée à l'analyse que l'on retient de la fiducie (a).

a) La fiducie patrimoine d'affectation rompt-elle le lien avec la propriété ?

530- Aux termes de l'article 1260 du Code civil, « La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, *transfère de son patrimoine à une autre personne* qu'il constitue, *des biens* qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à *détenir et à administrer* ». L'article 1261 du même code précise que « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un *patrimoine d'affectation* autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, *sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel* ».

Le Code civil du Québec a ainsi consacré la théorie du patrimoine d'affectation¹⁸²⁶, dont l'origine est allemande¹⁸²⁷, mais qui a été remise d'actualité par le juriste français Pierre Lepaulle¹⁸²⁸. Selon cette conception, le patrimoine n'est plus lié, comme dans la théorie classique d'Aubry et Rau, à la personnalité juridique¹⁸²⁹; il forme un patrimoine détaché, impersonnel, dans laquelle c'est « la communauté d'affectation qui soude entre eux les éléments hétérogènes »¹⁸³⁰. Le législateur québécois n'a, toutefois, pas été jusqu'au bout de cette conception, puisqu'il n'a pas coupé tous les liens entre le patrimoine et la personnalité juridique, un tel lien demeurant le principe¹⁸³¹. Ainsi a-t-on pu dire que « le nouveau droit reconnaît à la

¹⁸²⁶ S. NORMAND et J. GOSSELIN, « La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise », *loc. cit.*, p. 715.

¹⁸²⁷ Sur le droit allemand et la théorie de Brinz : S. GINCHARD, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, thèse Lyon 3, 1974, n° 1, p. 1 ; T. KIPP et M. WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, t. 1, éd. Marburg, 1932, § 96.

¹⁸²⁸ P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932 ; P. LEPAULLE, « An Outsider's View Point of the Nature of Trusts », (1928-29) 63 *R. du N.* 431, p. 435. Voir aussi : P. CHARBONNEAU, « Les patrimoines d'affectation : vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine », (1982-83) 85 *R. du N.* 491, p. 527 ; A. COSETTE, « Aperçu des principales nouveautés de la réforme du droit des biens », (1984) 15 *R.G.D.* 385, p. 396 et 397.

¹⁸²⁹ Le patrimoine d'affectation constitue « une exception remarquable -révolutionnaire même au regard de la conception traditionnelle du patrimoine » : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 1002, p. 1031, à la note 3. Voir sur cette conception : C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, p. 333.

¹⁸³⁰ J. CARBONNIER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 4, p. 7.

¹⁸³¹ Art. 2 al. 1 C.c.Q. : « Toute personne est titulaire d'un patrimoine » ; ce lien est également toujours présent aux articles 302 et 911 al. 2 C.c.Q.

personne un *patrimoine 'de base'*, qui correspond en tout point au patrimoine tel qu'élaboré par Aubry et Rau, *auquel s'adjoignent un ou plusieurs 'patrimoines de division'*»¹⁸³².

531- La solution québécoise consiste à voir la fiducie comme un patrimoine d'affectation, sur lequel aucun des trois protagonistes, incluant le fiduciaire, n'a de droit réel. Une première interprétation possible est de dire que le législateur a été sensible aux arguments de ceux qui soutenaient que, contrairement à la *common law*, l'on ne saurait parler de propriété fiduciaire dans les systèmes de droit romano germaniques. Une partie de la doctrine québécoise a rejeté le concept de droit réel et, par la même occasion, la notion de propriété comme explication de l'autorité exclusive du fiduciaire sur les biens de la fiducie. Ainsi, d'après la professeure Cantin Cumyn, « *la situation du fiduciaire n'est pas équivalente à celle d'un propriétaire dans le sens civiliste du terme. En effet, alors que le propriétaire a une liberté de jouir de son droit qui ne souffre que les restrictions qui lui sont imposées d'une manière spécifique par la loi ou par un acte juridique et alors que le propriétaire est libre de conserver ou de laisser déperir sa chose, le fiduciaire n'a aucune faculté à l'égard de la fonction qu'il doit remplir. Il n'a que les pouvoirs que l'acte constitutif ou la loi lui accordent et qu'il ne peut exercer que si cela se justifie dans le cadre d'une bonne gestion. Il ne peut disposer qu'à titre onéreux et à charge de emploi* ». Dès lors, pour cet auteur, le contrôle ou les sanctions requises pour assurer le respect par le fiduciaire du but pour lequel la fiducie a été constituée ne sont pas compatibles avec la notion civiliste de propriété. La situation du fiduciaire serait même « *l'antithèse d'un droit de propriété* »¹⁸³³. Dans le même sens, messieurs Normand et Gosselin estiment les biens transmis en fiducie constituent « *pour la durée de la fiducie, une universalité distincte, sur laquelle personne ne pouvait prétendre à un droit de propriété* »¹⁸³⁴.

Selon cette conception, le fiduciaire exerce de simples pouvoirs sur les biens de la fiducie¹⁸³⁵ et le concept de patrimoine d'affectation n'est que la conséquence logique de l'absence de recours à la propriété du fiduciaire par le droit québécois¹⁸³⁶.

¹⁸³² J. BEAULNE, *Droit des fiducies, op. cit.*, p. 24. Plus précisément, l'art. 2 al. 2 C.c.Q. prévoit que le patrimoine « peut faire l'objet d'une *division* ou d'une *affectation*, mais dans la seule mesure prévue par la loi ».

¹⁸³³ M. CANTIN CUMYN, « La propriété fiduciaire : mythe ou réalité », *loc. cit.*, p. 10 et 11.

¹⁸³⁴ S. NORMAND et J. GOSSELIN, « La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise », *loc. cit.*, p. 720. Lepaulle reviendra cependant sur sa position initiale et proposera, quelques années plus tard, de conférer à la fiducie la personnalité morale et d'en confier la gestion au fiduciaire: J. BEAULNE, *Droit des fiducies, op. cit.*, n° 33, p. 21.

¹⁸³⁵ Voir aussi : J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *loc. cit.*, n° 18, p. 46 : « Les rapports juridiques en cause sont maintenant conçus comme *des pouvoirs et devoirs en ce qui concerne le fiduciaire et des intérêts juridiquement protégés pour les*

532- Certains auteurs se sont accommodés volontiers de cette nouvelle analyse en termes de pouvoirs¹⁸³⁷. On peut toutefois s'étonner, en accord avec une autre partie de la doctrine, de ce que les biens transférés en fiducie n'ont plus de propriétaire. Plusieurs auteurs se sont demandés si la fiducie ne crée pas une propriété sans titulaire¹⁸³⁸ ou, pour reprendre l'expression de Motulsky, « *un patrimoine-propriété de personne* »¹⁸³⁹. Rompant le lien traditionnel entre le patrimoine et la personnalité, le lien entre patrimoine et propriété en sort également distendu. Il peut exister des biens, réunis au sein d'un patrimoine sans titulaire, sur lesquels s'exercent des pouvoirs de fait, ces pouvoirs étant eux-mêmes détachés de tout droit subjectif¹⁸⁴⁰. Commentant le projet de réforme du Code civil qui sera par la suite adopté, le professeur Frenette estimait que « [c]e projet [...] introduit l'idée d'une *fiducie sans propriétaire*. La fiducie n'y est pas davantage revêtue de la personnalité morale. En conséquence, *quiconque acquerrait un bien du fiduciaire, n'acquerrait de personne*. Il faut que la fiction dans le domaine du droit soit forte pour admettre ce genre de nouveauté, qui est souvent nécessaire à la survie d'une institution à la condition que le changement ne soit pas introduit au mépris des principes fondamentaux du droit »¹⁸⁴¹. La notion de patrimoine d'affectation, qui

bénéficiaires, et même pour le constituant (ou ses héritiers ou autres personnes intéressées) en certains cas. Ce sont, en effet, ces séries de rapports entre eux qui constituent la construction juridique dénommée 'fiducie' ».

¹⁸³⁶ M. CANTIN CUMYN, « *The Quebec Trust : A Civilian Institution with English Law Roots* », *loc. cit.*, p. 80.

¹⁸³⁷ Voir notamment : A. COSSETTE, « Aperçu des principales nouveautés de la réforme du droit des biens », (1984) 15 *R.G.D.* 385, p. 396 : « ces biens ne sont pas sans propriétaire : ceux-ci ne sont pas susceptibles d'être appropriés par simple occupation, puisque le fiduciaire en a la maîtrise et la détention ; ils ne seront pas non plus susceptibles d'être paralysés : les pouvoirs étendus du fiduciaire vont en effet lui permettre, non seulement d'en assurer la conservation, mais aussi la libre circulation ».

¹⁸³⁸ Voir déjà : P.-B. MIGNAULT « À propos de la fiducie », *loc. cit.*, p. 73.

¹⁸³⁹ H. MOTULSKY, « De l'impossibilité juridique de constituer un 'Trust' anglo-saxon sous l'empire de la loi française », (1948) 37 *Rev. Crit. D.I.P.* 451.462.

¹⁸⁴⁰ Voir sur la notion de pouvoir : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, thèse préc., p. 232 et 233 : « Le droit positif connaît deux catégories de prérogatives juridiques par essence distinctes : les *droits subjectifs* abandonnés au libre arbitre de leur titulaire, le sujet de droit [...] ; les *pouvoirs* conférés à leur titulaire, l'agent juridique, dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien [...] ». Pour cet auteur, « *Le pouvoir est la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour lui* ». Il précise que « La représentation est le mécanisme qui transforme l'usage d'un pouvoir en l'exercice –par représenté– d'un droit subjectif ». Dès lors, « *Pouvoir et représentation apparaissent ainsi comme deux techniques concurrentes d'imputation des effets d'un acte passé par un individu dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien* ». M. Gaillard considère que « Le pouvoir est une *prérogative finalisée*. Par ce néologisme, [il] entend signifier qu'à la différence du droit subjectif, le pouvoir est orienté vers un but, qu'il est tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire » (*op. cit.*, n° 235, p. 150).

¹⁸⁴¹ F. FRENETTE, « La propriété fiduciaire », *loc. cit.*, p. 737. Sur l'idée selon laquelle il ne peut y avoir de propriété sans titulaire du droit de propriété : P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien, op. cit.*, t. 5, p. 76.

exclut la référence à la personnalité juridique ainsi qu'à la notion de droit réel, ébranle donc sérieusement les principes traditionnels.

Même si certains ont avancé que la fiducie elle-même serait investie de la propriété des biens¹⁸⁴², cette approche peut toutefois surprendre, s'agissant d'une entité qui n'a pas la personnalité juridique¹⁸⁴³.

533- Il n'est pas certain que le recours à la propriété fiduciaire soit exclu par le modèle civiliste de la propriété. Il est vrai que, s'il s'agit de propriété, cela ne pourrait être qu'une propriété aux contours aménagés. Rien n'interdit pourtant au législateur d'imposer une restriction aux droits du propriétaire, en vertu même de la définition légale de la propriété¹⁸⁴⁴. De plus, la référence législative à la « maîtrise » et à l'administration « exclusive » du patrimoine fiduciaire par le fiduciaire (art. 1178 C.c.Q.) paraît caractéristique de la difficulté qu'il y a d'éviter le recours à la notion de propriété. Si le terme de propriétaire a été évité, la réalité de l'institution renvoie toutefois à la propriété -le fiduciaire *agissant comme un propriétaire*. Ainsi le fiduciaire peut-il aliéner les biens qui lui sont remis dans le cadre d'une fiducie, ou encore, constituer une hypothèque sur ces biens, tous pouvoirs qui sont traditionnellement analysés comme caractéristiques de la propriété. Peut-être est-il alors possible de considérer que, même sans en avoir le titre, le fiduciaire est bien un propriétaire dans les faits. La reconnaissance d'une affectation de biens sans propriétaire pose, en définitive, des problèmes théoriques autrement plus importants que la reconnaissance de l'idée selon laquelle le propriétaire n'a pas nécessairement toutes les utilités de la chose. Cela conduit à envisager une autre explication possible de la fiducie.

534- Il se pourrait que l'explication vienne d'une mauvaise compréhension des intentions du législateur. En effet, ce dernier dit que le fiduciaire n'a pas de droit réel

¹⁸⁴² Voir M. CANTIN CUMYN, « *The trust in a civilian context: The Quebec case* », (1994) 3 *Journal of International Trust and Corporate Planning* 69-77, p. 71 et 72 : « Although the trust is not classified as a moral person it will, as a patrimony by appropriation, operate in a similar way. It will be the owner of the trust property. It will be able to enter into contracts and incur debts or other obligations » ; M. CANTIN CUMYN, « *The Quebec Trust : A Civilian Institution with English Law Roots* », dans J.M. MILO et J.M. SMITS, *Trusts in Mixed Legal System*, Privaatrecht, Nijmegen, 2001, p. 73 et suiv., p. 76 : « *The trust is the owner of the property included in the patrimony* ». Telle était déjà la position de Lepaulle : P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, op. cit., p. 26, 31 et 42.

¹⁸⁴³ Voir la critique de H. MOTULSKY, « De l'impossibilité juridique de constituer un 'Trust' anglo-saxon sous l'empire de la loi française », loc. cit., p. 459 : « Le 'patrimoine affecté', en droit allemand, n'a d'existence que dans la mesure où il a la personnalité juridique ».

¹⁸⁴⁴ Voir sur ce point : B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, thèse préc., p. 213 : selon le Code civil, la propriété « est à la fois le plus ample des droits et un droit limité. Il consacre l'absolutisme de la propriété mais contient en germe ses limitations » ; dans le même sens : P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété loc. cit., n° 62, p. 477 et 478. L'argument vaut d'autant plus en droit québécois, où la formule législative insiste davantage sur les limites de la propriété (v. supra, n° 304).

sur la fiducie, mais il prévoit en même temps qu'il exerce les pouvoirs d'un propriétaire. Se pourrait-il alors que le *législateur n'ait pas considéré la propriété comme un droit réel* ? Cette idée, qui peut *a priori* choquer¹⁸⁴⁵, a néanmoins des antécédents doctrinaux solides¹⁸⁴⁶. Elle pourrait être corroborée par le fait que le législateur québécois ne qualifie pas expressément la propriété de droit réel, contrairement à ses démembrements¹⁸⁴⁷. Néanmoins, cette position va à l'encontre de la théorie du démembrement -dont la logique voudrait que les parties ou démembrements d'une entité aient la même nature juridique que le tout- théorie qui semble avoir été admise par le législateur québécois¹⁸⁴⁸.

535- Une autre alternative est de voir dans la fiducie une nouvelle forme de propriété. La conception québécoise de la fiducie s'explique, d'abord et avant tout, par la crainte de reconnaître une propriété divisée. C'est la remise en cause de l'unité du concept civiliste de propriété qui a principalement voulu être évitée par le législateur québécois¹⁸⁴⁹ et le dédoublement de la propriété caractéristique de la *common law*, entre propriétaire légal et propriétaire équitable, que l'on a voulu conjurer¹⁸⁵⁰.

Selon Brierley, si la fiducie n'entraîne pas un dédoublement du droit de propriété du constituant, c'est qu'elle n'est pas fondée sur le concept de droit réel. En effet, « [e]lle s'exprime dans un moule juridique distinct, celui de patrimoine

¹⁸⁴⁵ La doctrine majoritaire québécoise s'oppose à cette idée. Voir notamment, sous l'ancien code : P.-B. MIGNAULT, *Droit civil canadien, op. cit.*, t. 2, 466 et suiv.; P. MARTINEAU, *Les biens, op. cit.*, p. 28 ; sous le nouveau code : D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, n° 204, p. 134 ; J. GOULET, « La perception au figuré d'un droit pourtant bien réel » (1990) 21 *R.G.D.* 739.

¹⁸⁴⁶ Voir *supra* n° 381 et suiv. et notamment F. ZENATI, thèse préc. ; R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property [...] », *loc. cit.*, n° 34, p. 797 : « The Code [Civil Code of Quebec] reveals a fundamental ambiguity in respect to the juridical nature of the right of ownership itself. Article 911 is drafted so that ownership appears to be a species of real right. Yet article 947 does not textually announce such a characterization. This absence of specification contrasts with article 1119, which provides that various dismemberments of ownership are real rights, and article 2260, which provides that the hypothec is also a real right ».

¹⁸⁴⁷ Art. 1119 C.c.Q. : « L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont des démembrements de propriété et constituent des droits réels ».

¹⁸⁴⁸ Art. 1119 C. c. Q., précité.

¹⁸⁴⁹ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, P.-A. CRÉPEAU (président), Comité du droit de la fiducie, *Rapport sur la fiducie*, Montréal, 1976, p. 4 : « Si l'on analyse la fiducie dans un contexte de droit civil, il est immédiatement apparent que les droits que le fiduciaire exerce quant aux biens mis en fiducie ne sont pas ceux d'un propriétaire, encore qu'il ait tous les pouvoirs d'administration et d'aliénation. La propriété ne peut non plus reposer sur le bénéficiaire qui est plutôt dans la situation d'un créancier à l'égard de la fiducie. Quant au constituant, il est essentiel qu'il se départisse des biens qu'il met en fiducie. Le rapport propose de considérer que les choses ou les droits mis en fiducie constituent un patrimoine distinct de celui du fiduciaire dont ce dernier a la gestion exclusive » ; Ministre de la Justice du Québec, *Commentaires. Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Les publications du Québec, 1993, p. 749 et 750.

¹⁸⁵⁰ Voir notamment P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien, op. cit.*, p. 155, note a : « Il est évident que nous ne pouvons accueillir, dans notre droit, le système assez fantaisiste du droit anglais, qui voit dans le fiduciaire le propriétaire légal, privé de l'utilité de la chose, et dans le bénéficiaire, le propriétaire équitable, privé du titre légal ».

d'affectation », lequel « déborde les catégories traditionnelles des droits réels et personnels tels que nous les avons connus jusqu'ici »¹⁸⁵¹. Pour cet auteur, le recours à la notion de patrimoine d'affectation permet d'éviter le concept de « propriété fiduciaire » issu de la *common law*, tout autant que la notion d'une fiducie personne morale –ce qui aurait pour effet de l'assujettir au régime juridique des personnes morales¹⁸⁵². Le professeur Brierley voit dans la notion de patrimoine affecté « la constitution d'un *fonds de valeur* ou d'un *portefeuille à contenu variable*, mais dont la destination reste constante » et au sein duquel le régime de la subrogation réelle trouve à s'appliquer¹⁸⁵³. Ainsi pourrait-on voir dans la fiducie une nouvelle forme de propriété, portant non pas sur un objet déterminé, mais sur une universalité de biens. La fiducie allant au-delà de la conception traditionnelle du droit réel, cela expliquerait que le législateur ait précisé qu'aucun des protagonistes de la fiducie, n'a de droit réel. Si propriété il y a, la référence à la notion traditionnelle de droit réel, portant sur un objet déterminé doit, à tout le moins, être balayée.

536- La question de savoir si la fiducie québécoise s'inspire du trust anglo-saxon est controversée¹⁸⁵⁴. Certains voient dans la notion de patrimoine d'affectation une institution largement autonome et originale vis-à-vis du trust. Le lien avec le trust a

¹⁸⁵¹ J.E.C. BRIERLEY, « De la fiducie », dans *La réforme du Code civil*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, n° 14.

¹⁸⁵² J.E.C. BRIERLEY, « De la fiducie », *loc. cit.*, n° 13.

¹⁸⁵³ J.E.C. BRIERLEY, « De la fiducie », *loc. cit.*, n° 13. Voir aussi sur la notion de fonds de valeur : J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *loc. cit.*, n° 9 : « L'idée d'un *fonds de valeur*, à *contenu variable* mais toujours affecté au même but, paraît capitale dans le nouveau Code civil dans tous les cas où la pleine gestion est confiée à une personne [...] mais où les biens sont destinés à une autre personne [...]. Le 'droit réel' du bénéficiaire prend, donc, une tournure différente en ce sens qu'il porte non plus sur les biens particuliers mais désormais sur une universalité (changeante dans sa composition matérielle) affectée à la satisfaction de ce droit. Comme le dirait un juriste de la *common law*, il s'agit, en effet, d'un 'fund' ». Voir aussi : J.E.C. BRIERLEY, « The New Quebec Law of trusts : The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concepts », dans H. P. GLENN, *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 390 : « *The property held in trust can be treated as a fund or portfolio, the contents of which may be varied or transposed by the trustee* ». Voir aussi : J.B. CLAXTON, « *Language of the Law of the Trust* », (2002) 62 *R. du B.* 273, n° 20, p. 285 : « The new concept of the trust is so framed that it will embrace the patrimonial idea of a *fund*; a fund composed as a number of separate properties which may be disposed of or added to in the ordinary course of its administration. The idea of a fund as an entity composed of separate assets or properties is embraced in it. It acknowledges the concept of wealth management where the patrimony represents a monetary value ».

¹⁸⁵⁴ Un article récent a identifié plusieurs types de réactions doctrinales à la fiducie, qui se seraient succédées dans le temps : S. NORMAND et J. GOSSELIN, « La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise », (1990) 31 *C. de D.* 681. Alors que certains auteurs québécois considèrent que la fiducie québécoise n'est pas redevable dans ses sources au droit anglais, d'autres y voient au contraire un emprunt du *trust* anglo-saxon (P. -B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, C. Théorêt, 1901, p. 154 ; F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, p. 332) et considèrent le recours à la notion de propriété comme possible dans un régime civiliste. D'autres encore, y voient une institution autonome, nécessitant de nouvelles solutions susceptibles d'acclimater la fiducie au système civiliste québécois.

pourtant été expressément fait par l'Office de révision du Code civil, qui soulignait la difficulté de « concilier la notion de propriété du droit civil avec le trust du droit anglais qui consiste essentiellement en une distinction faite entre la loi et l'Equity »¹⁸⁵⁵. On peut se demander alors si la notion de patrimoine d'affectation n'est pas une manière d'introduire la logique du trust de la *common law* dans la fiducie québécoise.

Même si la notion de patrimoine d'affectation n'a pas été théorisée en *common law*, il se pourrait toutefois qu'elle soit sous-jacente en *common law*. En effet, l'une des principales règles du trust, est celle d'après laquelle les biens *in trust* forment un patrimoine d'affectation, qui est distinct du patrimoine personnel du *trustee* et qui, comme tel, ne peut être saisi par les créanciers personnels du *trustee*, ni être intégré à l'actif du *trustee* dans l'hypothèse d'une faillite.

537- En *common law*, la propriété peut être divisée en une multitude d'*estates* ou d'*interests*, qui évoquent l'idée d'un faisceau de droits et d'obligations qui appartiennent ou qui incombent à son bénéficiaire¹⁸⁵⁶. Dans ce système, la propriété est conçue comme « un ensemble de droits multiples. On n'est pas, techniquement du moins, propriétaire d'une parcelle de terre ; mais on la 'tient' de la Couronne, ce qui vient à dire qu'on est propriétaire d'un 'intérêt' dans le bien, plutôt que du bien lui-même »¹⁸⁵⁷. Même si le bénéficiaire du trust n'a pas un véritable droit, les juridictions d'*Equity* protègent son 'intérêt' de manière telle (notamment par la voie de la procédure d'injonction) que sa situation est identique à celle dans laquelle il serait véritablement titulaire d'un droit¹⁸⁵⁸. Avec le trust anglo-saxon, les droits sur les biens « sont partagés en deux *estates* : un *legal estate* qui existe selon la *common law* et dont le titulaire est le *trustee*, et un *equitable estate* qui existe selon l'*equity* et dont le titulaire est le

¹⁸⁵⁵ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, P.-A. CRÉPEAU (président), Comité du droit de la fiducie, *Rapport sur la fiducie*, Montréal, 1976, p. 2 : « Vouloir admettre dans un contexte de droit civil une institution aussi intimement liée à l'évolution même du droit anglais n'est pas sans présenter de nombreuses difficultés dont le nœud réside dans la notion même que chaque système juridique se fait du droit de propriété. Il est, en effet, difficile de concilier la notion de propriété du droit civil avec le trust du droit anglais qui consiste essentiellement en une distinction faite entre la loi et l'Equity ».

¹⁸⁵⁶ R.M. PASQUEL, *La propriété dans le Trust : Essai de Droit comparé*, Mexico, 1951, p. 22, qui fait une traduction du *Restatement of the Law* de l'Institut Nord-américain de droit (vol. 1, *On Trusts*, éd. 1935) : « Le terme propriétaire (en anglais *owner*) s'emploie dans le *Restatement* sur ce sujet pour indiquer la personne investie d'un ou plusieurs 'intérêts' pour son propre bénéfice. La personne sur qui les intérêts sont investis a le 'titre' de ces intérêts, soit qu'elle les possède pour son propre compte, soit qu'elle possède pour le bénéfice d'une autre. En conséquence le mot titre 'titre', à l'encontre de 'propriété' (en anglais : *ownership*) est un mot incolore. Dire, sans plus, qu'une personne a le 'titre' de certains biens ne veut pas dire qu'elle les possède pour son propre bénéfice ou comme *trustee*. La 'propriété' peut se dire d'une chose tant qu'on peut dire 'intérêt' sur cette chose. On appelle une personne : 'propriétaire d'une chose' si celle-ci a l'entière propriété de la chose. Même si elle a partagé ses intérêts on peut continuer à la nommer sa propriétaire, comme si elle avait fait une location ».

¹⁸⁵⁷ A. BOUDREAU-OUELLET, « Aspects conceptuels et juridiques du droit de propriété », (1990) 21 *R.G.D.* 169, p. 172 ; A.M. SINCLAIR, *Introduction to Real Property Law*, Toronto, Butterworth, 1987.

¹⁸⁵⁸ Voir R. DAVID et X. BLANC-JOUVAN, *Le droit anglais, op. cit.*, p. 112.

cestui »¹⁸⁵⁹. Alors que le fiduciaire est propriétaire des biens en *common law* (*legal owner*), le bénéficiaire est propriétaire en *equity* (*equitable owner*)¹⁸⁶⁰.

La *common law* admet un dédoublement de la propriété entre une propriété juridique (*legal ownership*) et une propriété économique (*equitable ownership*). La séparation entre la jouissance et l'administration des biens se manifeste par la dissociation du titre en un titre légal (*legal title*) et un titre équitable (*equitable title*), chacun étant considéré comme un propriétaire¹⁸⁶¹. On considère que le *trustee* est propriétaire pour le bénéfice d'un tiers. Il est investi d'un *legal estate* qui lui permet d'administrer et de disposer des biens du trust¹⁸⁶². Quant au bénéficiaire, s'il n'est pas investi de la propriété légale, il jouit d'un *equitable estate*, ou d'un intérêt protégé en équité, qui lui confère notamment un droit de suite sur les biens aliénés¹⁸⁶³.

538- On a déjà souligné que la fiducie québécoise est proche de la *common law* en ce qui concerne le statut du fiduciaire et du bénéficiaire¹⁸⁶⁴. Le fiduciaire n'a pas de droit réel sur les biens de la fiducie et les biens de la fiducie ne sont pas confondus avec ses biens personnels (art. 1261 et 1313 C.c.Q.). De même, le bénéficiaire n'a pas de droit réel sur les biens de la fiducie (art. 1261 C.c.Q.), mais il a des actions analogues à celles d'un créancier ordinaire (art. 1290 et 1291 C.c.Q., qui sont une adaptation de l'action oblique et de l'action paulienne)¹⁸⁶⁵. La question reste entière de savoir si le bénéficiaire peut suivre les biens de la fiducie dans le patrimoine d'un tiers avec lequel le fiduciaire aurait improprement traité, ce qui reprendrait la solution du *tracing* de la

¹⁸⁵⁹ R. DAVID et X. BLANC-JOUVAN, *Le droit anglais, op. cit.*, p. 114.

¹⁸⁶⁰ A. GRENON, *Les fiducies, op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁶¹ B. PIERRE, « *Classification of Property and Conceptions of Ownership in civil and Common law* » (1997) 29 *R.G.D.* 235, p. 247 ; P.J. FITZGERALD, *Salmond on jurisprudence*, London, Sweet & Maxwell, 1966: « A trust is a very important and curious instance of duplicate ownership which allows for the separation of the powers of management and the rights of enjoyment. Trust property is that which is owned by two persons at the same time, the relation between the two owners being such that one of them is under an obligation to use his ownership for the benefit of the other. The former is called the trustee, and his ownership is trust-ownership; the latter is called the beneficiary, and his is beneficial ownership ».

¹⁸⁶² R. DAVID et X. BLANC-JOUVAN, *Le droit anglais, op. cit.*, p. 112 : « *Le trustee n'est pas un représentant du bénéficiaire du trust : il est véritablement propriétaire des biens qui lui ont été confiés ; l'equity n'est pas allée sur ce point contre la common law. Propriétaire, le trustee n'est pas appelé seulement à administrer les biens : il peut en disposer. Il est vrai que l'equity l'oblige, à respecter les instructions qui lui ont été données dans l'acte constitutif du trust [...]* ».

¹⁸⁶³ R. DAVID et X. BLANC-JOUVAN, *Le droit anglais, op. cit.*, p. 113 : « *Il pourra [...] arriver que le droit du bénéficiaire du trust se reporte sur le bien que le trustee a acquis en contrepartie du bien aliéné —ou que le tiers acquéreur, parce qu'il connaissait ou aurait du connaître l'existence du trust, se trouve substitué au trustee originaire et soit désormais tenu comme ce dernier, d'exercer dans l'intérêt du bénéficiaire le droit par lui acquis* ».

¹⁸⁶⁴ J.E.C. BRIERLEY, « *The new Law of trusts : the adaptation of Common law thought to Civil law concepts* », *loc. cit.*, p. 393.

¹⁸⁶⁵ *Loc. cit.*, p. 394-395.

common law. Selon Brierley, l'admission d'un tel droit de suite pourrait être fondé sur l'esprit de la fiducie et sur l'affectation des biens à un certain but¹⁸⁶⁶.

539- Si la fiducie québécoise s'inspire du trust anglo-saxon¹⁸⁶⁷, on peut douter du fait que personne n'ait de droit de propriété sur les biens de la fiducie québécoise. Il ne s'agit pas ici, loin s'en faut, de dire que le droit québécois a repris la distinction anglo-saxonne du titre légal et du titre équitable. Les intentions du législateur sont clairement contraires. Cependant, même si, en recourant à la notion de patrimoine d'affectation, le législateur a voulu éviter le dédoublement de la propriété caractéristique de la *common law*, la construction élaborée n'est pas aussi éloignée du trust de la *common law* qu'on pourrait le croire. Selon Lepaulle lui-même, dont on a dit qu'il a inspiré la fiducie québécoise, « le trust est un patrimoine affecté »¹⁸⁶⁸. L'auteur ajoute « Ayant ainsi découvert l'élément spécial unique qui caractérise le *trust*, nous sommes en mesure de proposer la définition suivante : le *trust* est une institution juridique qui consiste en un patrimoine indépendant de tout sujet de droit et dont l'unité est constituée par une affectation qui est libre dans les limites des lois en vigueur et de l'ordre public »¹⁸⁶⁹.

Avec la fiducie québécoise, une masse patrimoniale est constituée, qui est distincte du patrimoine personnel du gérant de la fiducie, mais dont ce dernier a néanmoins la maîtrise, dans les limites de ce que l'acte constitutif de la fiducie autorise. On retrouve ici le concept de « *separate fund* » de la *common law*, qui regroupe les biens transférés en trust qui ne se confondent pas avec les biens personnels du *trustee*, biens dont le *trustee* ne peut tirer aucun profit personnel, la jouissance de ces biens étant exclusivement réservée au bénéficiaire du trust.

¹⁸⁶⁶ L'auteur conclut alors : « It will lead us, ultimately, to thinking of the trust *beneficiary as having a 'proprietary interest' manifested in the different forms which are articulated to protect his entitlement* » : *loc. cit.*, p. 395.

¹⁸⁶⁷ Voir notamment sur la filiation de la fiducie québécoise avec le droit anglais : J.E.C. BRIERLEY, « The New Quebec Law of Trusts : The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concepts », dans H.P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 383 s.

¹⁸⁶⁸ P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, éd. Rousseau et Cie, 1932, p. 31.

¹⁸⁶⁹ P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, *op. cit.*, p. 31. Voir aussi F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 118, p. 148, selon lesquels le trust anglo-saxon constitue une forme de propriété affectée : « Le trust est une aliénation aux fins de gestion et de rétrocession de la chose à un tiers [...]. L'acquéreur, ou *trustee*, est un véritable administrateur et l'affectation de la propriété à la gestion est opposable aux tiers ; le bénéficiaire peut revendiquer contre eux la chose en vertu d'un droit de propriété « équitable » ; de même, les créanciers du *trustee* ne peuvent pas poursuivre la chose mise en trust, laquelle constitue, avec les dettes de l'administration, une manière de patrimoine d'affectation ».

Si l'on admet que la propriété québécoise constitue un droit réel, le fiduciaire n'ayant, aux termes de la loi, pas de droit réel, il n'y aurait donc pas de propriété fiduciaire. Comme nous l'avons vu cependant, il n'est pas certain que la propriété soit un droit réel, auquel cas la fiducie pourrait être rattachée à la propriété. Dans tous les cas, le simple fait que la fiducie dépasse le traditionnel concept de droit réel, peut suffire à expliquer l'absence de référence au droit réel, quand bien même le lien avec la propriété ne serait pas totalement rompu.

Quant à la fiducie-sûreté, sa nature dépend de la conception que l'on retient de la fiducie.

b) Fiducie-sûreté et sûreté-propriété

540- Dans un article récent, M^c Payette a très bien montré comment la fiducie-sûreté, ou la fiducie pour fins de garantie, héritière de la *fiducia cum creditore* du droit romain, après être tombée en désuétude¹⁸⁷⁰, a « refait surface dans le Code civil du Québec »¹⁸⁷¹. La reconnaissance par le législateur de la fiducie-sûreté résulte, tout d'abord, de l'article 591 C.c.Q., qui permet à un tribunal d'ordonner la constitution d'une fiducie destinée à garantir le paiement d'une créance d'aliments, dans le cadre du paiement d'une pension alimentaire. Elle provient également de l'article 1263 du même code, qui traite expressément de l'hypothèse d'une fiducie-sûreté et soumet le fiduciaire à l'application de certaines règles du droit des hypothèques¹⁸⁷².

541- La constitution de la fiducie-sûreté implique que les biens affectés en garantie ne font plus partie du gage commun des créanciers : ils « quittent son patrimoine pour le *bénéfice exclusif* du créancier garanti »¹⁸⁷³. Le créancier garanti n'entre donc pas en concurrence avec les créanciers ordinaires du constituant. Il convient également de noter que le fiduciaire, ayant l'obligation de protéger le patrimoine fiduciaire, devrait s'opposer à toute saisie qu'un créancier du constituant

¹⁸⁷⁰ M. CANTIN CUMYN, « La fiducie et le droit civil », dans *Estate Planning (Conférence Meredith)* 1991, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 165 et 166.

¹⁸⁷¹ L. PAYETTE, « Fiducie pour fins de garantie et hypothèque : comparaisons », dans *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain*, Conférences Meredith, Montréal, Université McGill, 1997, p. 317 et suiv. On trouve également une survivance de la *fiducia cum creditore* dans le *mortgage* du droit anglais.

¹⁸⁷² Art. 1263 C.c.Q. : « Si la fiducie à titre onéreux établie par contrat a pour objet de garantir l'exécution d'une obligation, le fiduciaire doit, en cas de défaut du constituant, suivre les règles prévues au livre *Des priorités et des hypothèques* pour l'exercice des droits hypothécaires ». Pour une explication des *Commentaires du ministre de la Justice* sur cet article : L. PAYETTE, « Fiducie pour fins de garantie et hypothèque : comparaisons », *loc. cit.*, p. 318.

¹⁸⁷³ L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, *op. cit.*, n° 1872, p. 812.

voudrait opérer dans le patrimoine fiduciaire¹⁸⁷⁴. De plus, après la constitution de la fiducie, « le constituant ne peut plus hypothéquer le bien puisqu'il n'en est plus propriétaire. *Hypothéquer est un attribut du droit de propriété que seul le fiduciaire peut alors exercer* »¹⁸⁷⁵. La qualification de fiducie-sûreté entraîne l'application de l'article 1263 C.c.Q., qui exige la publicité de cette fiducie par inscription et assujettit le fiduciaire à certaines règles, liées notamment à la finalité de la fiducie constituée¹⁸⁷⁶. Enfin, en cas de défaut du constituant, la fiducie-sûreté est assujettie aux règles de l'exercice des droits hypothécaires prévues en matière de priorité et d'hypothèque (art. 1263 C.c.Q.)¹⁸⁷⁷.

542- Traditionnellement, la fiducie-sûreté est fondée sur la propriété, cette dernière étant souvent considérée comme offrant la plus efficace des sûretés¹⁸⁷⁸. Au Québec, la propriété a été utilisée à titre de garantie dans plusieurs types de conventions, telles que la vente à tempérament¹⁸⁷⁹, la vente avec faculté de rachat¹⁸⁸⁰, la vente avec clause résolutoire, la fiducie¹⁸⁸¹ ou le crédit-bail¹⁸⁸². Or, même si elles ont été controversées « tant dans leur légitimité que dans leur nature juridique, *ces nouvelles formes de garanties sont aujourd'hui incontournables* »¹⁸⁸³. On leur a notamment opposé qu'elles ont pour effet de créer indirectement un nouveau droit réel de sûreté. Cependant, il est contestable de dire que les sûretés-propriété se heurtent au principe de l'énumération limitative des sûretés¹⁸⁸⁴. En effet, pour qu'il y ait un droit de préférence, il doit y avoir un concours ; or, avec les sûretés-propriété, il n'y a pas de concours, il n'y

¹⁸⁷⁴ L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, op. cit., n° 1890, p. 822.

¹⁸⁷⁵ L. PAYETTE, « Fiducie pour fins de garantie et hypothèque : comparaisons », loc. cit., p. 318. Voir aussi : L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, op. cit., n° 1894, p. 825.

¹⁸⁷⁶ L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, op. cit., n° 1918, p. 833.

¹⁸⁷⁷ Sur l'exercice des droits hypothécaires : P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 531 s.

¹⁸⁷⁸ P. CIOTOLA, « Les cessions de créances : modalités de réalisation et conflits de colocation », *R.J.T.*, 1982-83, 365-402, notamment p. 395-396 : « N'est-il pas soutenu souvent qu'un créancier, avide d'une sûreté efficace, préfère obtenir un *droit de propriété* plutôt qu'une hypothèque ou un gage ! ».

¹⁸⁷⁹ P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres., *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues, Les obligations*, 3^e éd., v° *Vente à tempérament* : « Vente à terme par laquelle le transfert du bien est différé jusqu'au parfait paiement du prix par l'acheteur ».

¹⁸⁸⁰ P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres., *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues, Les obligations*, op. cit., v° *Vente avec faculté de rachat* : « Vente sous condition résolutoire par laquelle le vendeur se réserve, pour un temps convenu, le droit de reprendre le bien vendu moyennant remboursement du prix de vente ».

¹⁸⁸¹ Contrairement à l'hypothèque, la fiducie-sûreté permet au bénéficiaire de ne plus être en concurrence avec les créanciers ordinaires du constituant : L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 1891, p. 823.

¹⁸⁸² D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, Université de Sherbrooke, éd. Revue de droit, 1995, p. 28.

¹⁸⁸³ J. AUGER, « Problèmes actuels de sûretés réelles », loc. cit., p. 630.

¹⁸⁸⁴ Ce principe d'origine doctrinale, est fondé sur les articles 2644 à 2646 C.c.Q., qui prévoient que tous les biens du débiteur répondent de toutes ses dettes et qui posent le principe de la loi du concours entre créanciers.

a donc pas de question de préférence, et le principe de l'énumération limitative des sûretés n'a alors pas vocation à s'appliquer.

543- Les codificateurs ont refusé de proscrire les sûretés-propriété¹⁸⁸⁵, contrairement à l'idée proposée en 1977 par l'Office de révision du Code civil, d'empêcher le recours à ces sûretés-propriété par le biais d'une présomption générale d'hypothèque¹⁸⁸⁶. Il faut néanmoins noter que le législateur, tout en admettant la validité de ce type de propriété, a soumis certaines de ses manifestations aux formalités prévues pour l'exercice des droits hypothécaires¹⁸⁸⁷.

La reconnaissance de la fiducie-sûreté va dans le sens de l'admission d'une propriété fiduciaire. Refuser la propriété fiduciaire reviendrait à avaliser la situation, pour le moins étrange, où une sûreté serait basée sur la technique du transfert de propriété, mais où le fiduciaire, pas plus que le constituant, ne serait propriétaire des biens transférés¹⁸⁸⁸.

En droit français, il n'existe à ce jour que des fiducies-sûretés innommées, qui sont –personne ne le conteste– fondées sur la technique de la propriété.

2. La cession fiduciaire en droit français

544- Avant de rendre compte des fiducies-sûretés innommées en droit français (b), le projet de la loi avorté sur la fiducie doit être évoqué (a).

a) Le projet de loi avorté sur la fiducie

¹⁸⁸⁵ J. AUGER, « Problèmes actuels de sûretés réelles », *loc. cit.*, p. 633.

¹⁸⁸⁶ OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, vol. 1, art. 281-284. Cette proposition visait à qualifier d'hypothèque toute convention ayant pour objet de garantir l'exécution d'une obligation.

¹⁸⁸⁷ Selon M. Auger, le législateur a admis la légitimité de l'aliénation fiduciaire à titre de garantie, tout en l'assujettissant aux règles prévues pour l'hypothèque, tant pour sa réalisation que pour sa publicité : J. AUGER, « Problèmes actuels de sûretés réelles », *loc. cit.*, p. 638. L'auteur précise qu'une caractéristique importante de la réforme du droit des sûretés réelles a été de soumettre l'hypothèque à une formalité de publicité. Toutes les hypothèques, y compris mobilières et y compris les sûretés-propriété (notamment la vente à tempérament : art. 1749 C.c.Q ; ou la vente avec faculté de rachat : art. 1756 C.c.Q) doivent être publiées. Cette publication se fait généralement au *Registre des droits réels et personnels mobiliers*, mais peut parfois aussi résulter de la dépossession du débiteur : J. AUGER, « Problèmes actuels de sûretés réelles », *loc. cit.*, p. 628.

¹⁸⁸⁸ La seule alternative serait de reconnaître une distorsion entre une propriété-gestion, extraite de la notion de propriété, et une propriété-sûreté, rattachée à la propriété. Néanmoins, une telle solution, en plus d'être insatisfaisante pour l'esprit et pour la logique juridique, ne semble nullement résulter des textes. Sur le double rôle de la fiducie-sûreté et de la fiducie-gestion : C. WITZ, *La fiducie en droit français*, Paris, Economica, 1981, n° 55 s., p. 54 s.

545- Il est intéressant de comparer l'approche du Code civil du Québec avec le projet de loi instituant la fiducie en droit français, déposé en 1992¹⁸⁸⁹. Ce projet, qui faisait de la fiducie à la fois une sûreté et une technique de gestion des biens d'autrui¹⁸⁹⁰, prévoyait d'intégrer au livre troisième du Code civil, relatif « aux différentes manières dont on acquiert la propriété », un titre XVI *bis* intitulé 'De la fiducie' (art. 2062 s. du Code civil). La fiducie y était définie comme « un contrat en vertu duquel *un constituant transfère tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire, à charge pour celui-ci d'agir, dans un but déterminé, au profit de bénéficiaires ou du constituant lui-même* » (art. 2062). S'agissant de l'objet du contrat, l'exposé des motifs indiquait qu'il visait : « un transfert de biens ou droits, accompagné d'une mission de gestion ou d'administration définie dans le contrat. *Les biens transférés vont former un 'patrimoine séparé', distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Les biens ne pourront être saisis ni par les créanciers du constituant, ni par ceux, personnels, du fiduciaire. Il s'agit donc d'un patrimoine d'affectation* »¹⁸⁹¹. Il ressort clairement de ce texte que le principal but et intérêt du patrimoine d'affectation est de protéger ce patrimoine des créanciers personnels du fiduciaire et du constituant.

546- M. Grimaldi, dans les commentaires qu'il a faits du projet de loi français instituant la fiducie, soulignait que la fiducie consiste en « un *transfert de propriété*, mais d'une *propriété doublement limitée* : dans sa *substance*, par les restrictions apportées aux prérogatives qui s'y attachent ; dans sa *durée*, par l'obligation où se

¹⁸⁸⁹ Assemblée nationale, *Projet de loi instituant la fiducie*, projet n° 2583, enregistré le 20 fév. 1992, chapitre premier. On a dit de ce projet qu'il était inspiré de l'article 11 de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, aux termes duquel « les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee* » : C. LARROUMET, « La fiducie inspirée du *trust* », D. 1990. I.119, n° 5, p. 120, dans sa note 19.

¹⁸⁹⁰ Voir notamment sur ce projet : M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Défr.* 1991.35085.897 ; J. de GHILLEN SCHMIDT, « La fiducie, pour quoi faire ? Présentation de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie », *Rev. dr. banc.* 1990.105. Voir aussi pour un commentaire de ce projet : M. CANTIN CUMYN, « L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique », D. 1992.chr.117. Voir aussi, sur le sujet : P. DECHEIX, « La fiducie ou du sens du mots », D. 1997.I.chr.35 ; C. WITZ, « La fiducie sûreté en droit français », dans *L'évolution du droit des sûretés*, *Rev. jurisprud. com.* 1982.67.

¹⁸⁹¹ H. NALLET (garde des sceaux), *Projet de loi instituant la fiducie*, Exposé des motifs, A.N. 2583-2, p. 6. Le texte clé de l'avant-projet était l'article 2067 C.C., aux termes duquel « les biens et droits transférés au fiduciaire forment une *masse séparée* dans son patrimoine. Le fiduciaire doit prendre toutes les mesures propres à *éviter la confusion desdits droits et biens ainsi que des dettes s'y rapportant, soit avec ses biens personnels, soit avec d'autres biens fiduciaires*. Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté née antérieurement au contrat de fiducie et hors le cas de fraude aux droits des créanciers chirographaires du constituant, *les biens transférés au fiduciaire ne peuvent être saisis que par les titulaires des créances nées de la conservation ou de la gestion de ces biens* ». Selon le professeur Larroumet, cet article « ne peut être compris qu'à la lumière du *trust* » et montre que le projet français n'est pas inspiré de la fiducie romaine : C. LARROUMET, « La fiducie inspirée du *trust* », *loc. cit.*, n° 4, p. 120.

trouve généralement le fiduciaire de la restituer ou de la transmettre »¹⁸⁹². En effet, « la propriété fiduciaire n'est un élément ni de richesse, ni de crédit »¹⁸⁹³ et ce type de propriété « n'investit pas nécessairement de tous les pouvoirs sur la chose »¹⁸⁹⁴. De plus, contrairement à la propriété traditionnelle, qui est perpétuelle, « la propriété fiduciaire est par essence temporaire »¹⁸⁹⁵.

Ainsi, « La propriété fiduciaire n'est pas la propriété ordinaire : elle ne confère ni l'avoir, ni tous les pouvoirs, et elle ne dure qu'un temps. Ce qui l'en approche, c'est seulement (mais c'est déjà beaucoup) que, sur les pouvoirs ou la garantie qu'elle confère, elle assure l'exclusivité : elle met son titulaire hors concurrence. Elle apparaît donc comme une technique –mieux : comme une *technique d'exclusion*- appliquée tantôt à la gestion des biens d'autrui, tantôt à une garantie prise sur le bien d'autrui »¹⁸⁹⁶. L'auteur souligne que le principal risque engendré par la reconnaissance de la qualité de propriétaire au fiduciaire est que les tiers « confondent, sciemment ou pas, les biens qui sont sa propriété ordinaire et ceux qui ne sont que sa propriété fiduciaire »¹⁸⁹⁷. Afin d'éviter ce risque, deux techniques peuvent être utilisées, consistant soit à constituer une personne morale, soit à créer un patrimoine affecté à l'exécution de la fiducie. On retrouve ici la solution québécoise¹⁸⁹⁸.

547- Le projet français s'inspire de l'idée du trust, même si la technique est différente¹⁸⁹⁹. En particulier, le trust-fiducie, à la différence de son homologue anglais, résulte d'un acte de volonté¹⁹⁰⁰. De plus, « le démembrement entre le *legal property* et

¹⁸⁹² M. GRIMALDI, « La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *loc. cit.*, n° 1, p. 497 et 498. Voir aussi : J. de GUILLENCHMIDT, « La fiducie, Pour quoi faire ? Présentation de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie », *loc. cit.*, p. 105 : « Mécanisme à trois personnes qui, à cet égard pourrait s'apparenter à celui de la stipulation pour autrui, la fiducie est avant tout un contrat translatif de propriété ».

¹⁸⁹³ M. GRIMALDI, *loc. cit.*, n° 12, p. 913.

¹⁸⁹⁴ M. GRIMALDI, *loc. cit.*, n° 14, p. 914.

¹⁸⁹⁵ M. GRIMALDI, *loc. cit.*, n° 16, p. 915.

¹⁸⁹⁶ M. GRIMALDI, *loc. cit.*, n° 18, p. 916.

¹⁸⁹⁷ M. GRIMALDI, *loc. cit.*, n° 21, p. 918.

¹⁸⁹⁸ Sur cette solution : M. GRIMALDI, *loc. cit.*, n° 21, p. 918 : « La seconde [solution] consiste à constituer ces mêmes biens en une masse à part, répondant des seules dettes nées de l'exécution de la fiducie : cet actif et ce passif, liés, forment le patrimoine fiduciaire, affecté à l'exécution de la fiducie. Le fiduciaire se retrouve ainsi à la tête de deux patrimoines : son patrimoine ordinaire et un patrimoine d'affectation ». L'auteur considère que le principe de l'unicité du patrimoine « *ne subit [...] d'atteinte qu'apparente, là où un même individu, tel le fiduciaire, est « propriétaire » de deux catégories de biens : de biens dont il est riche et de biens dont la valeur appartient à autrui* » : M. GRIMALDI, *loc. cit.*, n° 22, p. 919.

¹⁸⁹⁹ D'après cet auteur, ce n'est pas le modèle romain, mais le modèle du trust, qu'a choisi le législateur français dans son avant projet de loi sur la fiducie, qui prévoit la création d'un patrimoine d'affectation. En effet, si la fiducie existait à Rome -la *fiducia* permettait de transférer la propriété de biens à une personne, à charge pour elle d'en user dans l'intérêt du disposant ou d'un tiers- la notion de patrimoine d'affectation était absente du droit romain.

¹⁹⁰⁰ C. LARROUMET, « La fiducie inspirée du trust », *loc. cit.*, n° 5, p. 120.

le *beneficial property* ne peut évidemment pas être admis en droit français qui ignore une telle dissociation des droits patrimoniaux ». Dès lors, la protection des intérêts du bénéficiaire et, spécifiquement, l'impossibilité pour les créanciers personnels du fiduciaire de pouvoir saisir les biens qui font l'objet de la fiducie, est fondée sur la notion de patrimoine d'affectation¹⁹⁰¹. Le jeu de la subrogation réelle, liée à la notion de patrimoine d'affectation, vise à éviter l'enrichissement du patrimoine personnel du fiduciaire, au détriment du patrimoine fiduciaire¹⁹⁰².

548- La parenté entre le projet français et le droit québécois apparaît nettement. Dans le projet français, les biens transférés au patrimoine fiduciaire, « s'ils entrent dans le patrimoine du fiduciaire, vont cependant constituer à l'intérieur de celui-ci une « *masse séparée de biens* » (art. 2067) qui ne devront en aucune façon se confondre avec ses autres biens »¹⁹⁰³. Le droit québécois a été jusqu'à admettre la constitution d'un patrimoine véritablement autonome, mais dans les deux cas, la masse de biens ainsi constituée est fondée sur l'idée d'affectation. Dans les deux droits étudiés, la fiducie semble inspirée non pas du droit romain, qui ne connaissait pas le patrimoine d'affectation, mais du trust anglo-saxon. Or, le trust anglo-saxon a clairement lié l'institution à la propriété.

549- Même si le projet français de fiducie est à ce jour demeuré sans suite¹⁹⁰⁴, il n'en a pas moins suscité une réflexion doctrinale importante. Avant même le dépôt du projet, la thèse de M. Witz avait été l'occasion d'une prise de conscience de l'existence d'hypothèses de fiducies innommées en droit français, qu'il s'agisse tant de la fiducie-gestion que de la fiducie-sûreté¹⁹⁰⁵. On trouve des exemples de la fiducie-gestion en législation, comme c'est le cas pour les fonds communs de créances, pour lesquels « la société de gestion du fonds gère souverainement ces titres, *comme s'ils lui appartenaient* »¹⁹⁰⁶. De même a-t-on souligné en doctrine la *nature fiduciaire des*

¹⁹⁰¹ Voir sur le projet français : C. LARROUMET, *loc. cit.*, n° 5, p. 121.

¹⁹⁰² C. LARROUMET, « La fiducie inspirée du trust », *loc. cit.*, n° 5, p. 120.

¹⁹⁰³ J. de GUILLENCHMIDT, « La fiducie, Pour quoi faire ? Présentation de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie », *loc. cit.*, p. 106.

¹⁹⁰⁴ Ce projet a été abandonné et a été remplacé par un nouveau projet de loi d'application limitée, puisqu'il réserve la constitution d'une fiducie aux seules personnes morales : F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 118.

¹⁹⁰⁵ C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1982. Voir aussi : *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, L.G.D.J., 1985 ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *loc. cit.*, n° 3, p. 899 : « Non reconnue comme telle par notre droit positif, la fiducie s'y rencontre cependant de-ci de-là, innommée ou autrement nommée ». Voir aussi, sur la fiducie-sûreté : P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc..

¹⁹⁰⁶ M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *loc. cit.*, p. 903. Sur les fonds communs de créances : *supra*, n° 172.

*conventions de portage*¹⁹⁰⁷. Par ailleurs, s'agissant de la fiducie-sûreté, l'exemple typique est celui de la loi Dailly, qui organise une véritable cession fiduciaire¹⁹⁰⁸.

b) Les fiducies-sûretés innommées en droit français

550- Selon le professeur Legeais, « L'aliénation fiduciaire est l'opération par laquelle le propriétaire d'un bien, quelle que soit sa nature, en transfère la propriété à son créancier, à charge pour ce dernier de la retransférer en cas d'exécution de son obligation par le débiteur »¹⁹⁰⁹. Contrairement au droit québécois, le droit français ne reconnaît pas la validité de principe de l'aliénation fiduciaire, principalement en raison de la prohibition du pacte comissoire et en raison du fait qu'elle aurait pour but de dissimuler une opération de nantissement¹⁹¹⁰.

551- En principe, la loi Dailly constitue une opération d'escompte¹⁹¹¹ en forme simplifiée. L'escompte a été défini par le doyen Roblot comme « une opération de crédit dans laquelle la technique employée est le transfert de propriété d'un effet de commerce »¹⁹¹². La cession escompte est l'opération par laquelle un établissement de crédit « achète » la créance du cédant, son client, en créditant son compte du montant de la créance, diminué de celui des commissions. Cette cession réalise « une opération unique liant le paiement anticipé des créances et le transfert de la *propriété des créances* »¹⁹¹³. Ainsi, en raison de son mécanisme même, l'escompte ne peut porter que sur des titres constatant une créance de somme d'argent liquide et dont la date d'exigibilité est connue. En effet, si le banquier ne connaît pas le montant qu'il

¹⁹⁰⁷ M. GRIMALDI, « La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *loc. cit.*, p. 903 : « La nature fiduciaire du portage est évidente. Le porteur est titulaire de tous les droits attachés aux titres, et il les exerce : il vote aux assemblées, il perçoit les dividendes, il est soumis au statut de l'actionnaire. Mais il les exerce pour le compte du donneur d'ordre [...] ». L'auteur donne de cette convention la définition suivante : « convention par laquelle une personne, le porteur, s'engage envers une autre, le donneur d'ordre, à acquérir ou à souscrire des actions, puis à les céder, au bout d'un certain temps et à un prix convenu, soit au donneur d'ordre, soit à un tiers » : *loc. cit.* p. 907.

¹⁹⁰⁸ *Loc. cit.*, p. 908 et *infra* nos développements sur la cession Dailly : n° 520 et suiv. et n° 554.

¹⁹⁰⁹ D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1999, n° 665, p. 405. Voir aussi : M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4^e éd., Paris, Litec, 1997, n° 529, p. 443 : « « la fiducie est une technique qui repose sur un transfert de propriété au profit du fiduciaire (le créancier), transfert qui n'est ni simulé, ni fictif, ni enchâssé dans une vente. Le fiduciaire souscrit des obligations qui limitent ses prérogatives de propriétaire. Le transfert doit être suivi, en cas de paiement de la créance garantie, d'un transfert en sens inverse [...] ».

¹⁹¹⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 8 juill. 1969, J.C.P. 1970.II.16182, note H. GAUDEMET-TALLON.

¹⁹¹¹ Selon M. Crocq, l'escompte ne constitue pas une propriété-garantie car l'acquisition de la propriété de la créance est en principe définitive : P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc., n° 25, p. 19.

¹⁹¹² R. ROBLOT, *Droit commercial*, t. 2, *op. cit.*, n° 1038.

¹⁹¹³ T. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 567 : l'escompte est « l'opération de crédit à court terme par laquelle des effets sont transférés au banquier qui, en contrepartie, procède à leur paiement immédiat, sous déduction des intérêts et commissions ».

encaissera ou s'il ne sait pas à quelle date il pourra l'encaisser, il lui sera impossible d'avancer exactement ce montant, ou de calculer sa rémunération¹⁹¹⁴.

552- En plus de réaliser une opération d'escompte, la loi Dailly a également permis de réaliser une cession de créance en propriété à titre de garantie, en utilisant la technique de la fiducie¹⁹¹⁵. La loi du 24 janvier 1984 a expressément envisagé cette possibilité, qui avait déjà été entrevue par certains commentateurs de la loi de 1981¹⁹¹⁶, qui avaient souligné la possibilité de garantir un crédit n'ayant aucun lien juridique avec les créances cédées. L'article 1-1 de la loi de 1984, devenu l'art. L.313-24 du Code monétaire et financier, dispose que « même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la *propriété de la créance* cédée ». Cette cession de créance en propriété a été définie comme consistant pour l'établissement de crédit « à *se faire céder en pleine propriété les créances en garantie des concours de toute nature qu'il peut consentir à son client* »¹⁹¹⁷, qu'il s'agisse notamment d'un découvert, ou d'un engagement de caution. Dans cette hypothèse -et il s'agit là d'une grande différence avec la cession escompte- le transfert de propriété est conçu comme étant temporaire : si le crédit est remboursé avant le recouvrement des créances cédées, ces dernières devront être rétrocédées au cédant¹⁹¹⁸.

553- Quant à leur régime juridique, la loi Dailly n'a opéré aucune forme de distinction entre les deux formes de cessions que sont la cession escompte et la cession en propriété à titre de garantie. Dans les deux cas, la simple remise du bordereau par le

¹⁹¹⁴ J.-L. RIVES-LANGE, *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, Paris, L.G.D.J., 1962, n° 109 et 116.

¹⁹¹⁵ La fiducie-sûreté a été définie comme « une technique qui repose sur un transfert de propriété au profit du fiduciaire (le créancier), transfert qui n'est ni simulé, ni fictif, ni enchâssé dans une vente. Le fiduciaire souscrit des obligations qui limitent ses prérogatives de propriétaire. Le transfert doit être suivi, en cas de paiement de la créance garantie, d'un transfert en sens inverse, qui résulte soit de l'exécution d'une obligation de rétrocession, soit du jeu d'un mécanisme automatique. Ainsi entendue, la fiducie est une authentique sûreté réelle. Elle met la propriété au service d'un objectif exclusif : le paiement préférentiel d'une créance » : M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 2^e éd., Paris, Litec, 1993, p. 401. Sur le point particulier de la possibilité d'une propriété temporaire : C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité*, thèse préc., n° 371, p. 306 : « La fiducie présente la particularité d'instaurer une propriété temporaire, répondant à un patrimoine autonome ».

¹⁹¹⁶ M. VASSEUR, « L'application de la loi Dailly, Escompte? Cession de créance en propriété à titre de garantie? ou bien l'un ou l'autre suivant les cas? », D. 1982.chr.273

¹⁹¹⁷ ASSOCIATION FRANÇAISE DES BANQUES, *Dix ans de jurisprudence de la loi Dailly : la loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises*, coll. « Techn. de banques », Paris, Association française des banques, 1992, p. 22.

¹⁹¹⁸ D. IECZAIS *Les garanties conventionnelles sur créances*, coll. « droit des affaires et de l'entreprise », Paris, Economica, 1986, n° 441 et 442. La Cour de cassation l'a d'ailleurs admis implicitement : Com. 8 janvier 1991, *Bull. civ. IV*, n° 8, p. 5 : dans cette affaire, la haute juridiction a en effet considéré que le cessionnaire pouvait engager sa responsabilité envers le cédant s'il laissait disparaître « des chances sérieuses de recouvrement à son profit ».

cédant au cessionnaire, réalise le transfert de la propriété des créances cédées¹⁹¹⁹. Le transfert de la propriété des créances prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau, sans qu'il soit besoin d'accomplir une formalité de publicité¹⁹²⁰. Le banquier devient propriétaire des créances cédées, et exerce toutes les prérogatives attachées à la propriété. La propriété de la créance ayant été transférée, le cédant ne peut plus modifier les droits attachés aux créances (article L. 313-27 Code mon. et fin.). Il ne peut plus accorder de *remise de dette*, ou conclure un accord de *compensation*¹⁹²¹. La banque à qui une créance a été cédée par voie de bordereau Dailly a désormais seule qualité pour *obtenir le paiement, exercer des poursuites* contre le débiteur cédé, ou lui accorder des *délais de paiement*¹⁹²². Il faut également noter que, dans le cas où le cédant est mis en redressement judiciaire, le banquier cessionnaire échappe à la procédure collective, dès lors qu'il détient sur les créances cédées un droit appelé « propriété » par la loi, ce qui lui confère la meilleure des sûretés¹⁹²³.

554- Si en droit français, la cession fiduciaire à titre de garantie est sans aucun doute fondée sur la propriété, la question reste controversée de savoir si le droit québécois a, ou non, détaché la fiducie de la propriété en créant le patrimoine d'affectation. Quand bien même l'aurait-il fait, il n'en resterait pas moins qu'en aliénant ses créances par la voie fiduciaire, le constituant, qui transfère ses biens dans un autre patrimoine, exerce un acte de propriété.

Remarquons enfin qu'en plus de pouvoir être transmises d'une façon volontaire, les créances peuvent également l'être par la voie d'une transmission forcée.

¹⁹¹⁹ T. BONNEAU, *Droit bancaire*, coll. « Domat droit privé », 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2003, n° 591, p. 409.

¹⁹²⁰ Art. L. 313-27 Code monétaire et financier (anc. art. 4 al. 1, L. 2 janvier 1981) : « La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance, ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autre formalité [...] ». Ce transfert reste opposable aux tiers même si le cédant est mis en redressement judiciaire.

¹⁹²¹ Voir sur ces points : E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 511, p. 311 et 312.

¹⁹²² Com. 8 janvier 1991, *Rev.trim.dr.civ.* 1991.368, obs. M. BANDRAC ; *Rev.trim.dr.com* 1991.271, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

¹⁹²³ A.-M. TOLÉDO, « La compensation conventionnelle. Contribution plus particulièrement à la nature juridique de la compensation *in futurum* », *Rev.trim.dr.civ.* 2000.265, p. 268 et 269 : « les mécanismes tels que le gage-espèce ou la cession de créances fiduciaires par bordereau Dailly confèrent au créancier mieux qu'un droit de préférence : ils font bénéficier le créancier de la propriété des espèces ou des créances. Ainsi, toute idée de concours avec d'autres créanciers [...] est éliminée : le créancier a en effet un droit exclusif sur les espèces ou les créances données en garantie et ne subit pas le concours d'autres créanciers. Le caractère exclusif du droit conféré au créancier fiduciaire s'explique tout d'abord par un argument très simple : dès lors que la créance a été transmise au fiduciaire, elle est sortie du patrimoine du fiduciaire et les autres créanciers du débiteur ne peuvent plus invoquer un quelconque droit sur cette créance ».

SOUS-SECTION II. LA TRANSMISSION FORCÉE

555- La saisie-attribution du droit français (§1) et la saisie-arrêt du droit québécois (§2) peuvent s'analyser comme des modes de cession forcée des créances.

§1. La saisie-attribution du droit français

556- La loi ayant expressément affirmé l'effet translatif de propriété de l'acte de saisie, la procédure de saisie peut s'analyser en une cession forcée des créances. En droit français, la *saisie-attribution* est régie par la loi du 9 juillet 1991, telle que complétée par le décret du 31 juillet 1992¹⁹²⁴. Aux termes de l'article 42 de la loi précitée, cette procédure permet au créancier « *muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible* » de « saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une *somme d'argent* ». L'hypothèse visée est celle du créancier qui, ne parvenant pas à se faire payer par son propre débiteur, intente son recours contre un tiers, appelé tiers saisi, lui-même débiteur de son débiteur. Il s'agit donc d'une opération à trois personnes -saisissant, débiteur saisi et tiers saisi- le tiers saisi désignant « celui qui détient des sommes dues par le débiteur saisi en vertu d'un pouvoir propre et indépendant, même s'il les détient pour le compte d'autrui »¹⁹²⁵, tel un dépositaire, un mandataire, ou un représentant légal.

557- La créance objet de la saisie-attribution doit être une créance de somme d'argent, liquide et exigible au jour de la saisie (art. 42 de la loi précitée). La saisie d'une créance simplement conditionnelle, ou à terme, est possible¹⁹²⁶. La condition de certitude de la créance n'est plus exigée par les textes, même si certains arrêts y font toujours référence¹⁹²⁷. Quant à l'acte de saisie, il doit être signifié par le créancier au tiers, par acte d'huissier de justice¹⁹²⁸.

558- La saisie-attribution a d'abord pour effet de bloquer le solde du compte au profit du créancier saisissant, en le rendant indisponible (art. 29 loi 9 juill. 1991).

¹⁹²⁴ Voir les articles 42 à 47 de la Loi et 55 à 79 du Décret.

¹⁹²⁵ G. COUCHEZ, *Voies d'exécution*, 7^e éd., Paris, Armand Colin, 2003, n° 239, p. 123.

¹⁹²⁶ Art. 13 L.9 juill. 1991 ; Paris, 27 avril 2000, D. 2000.i.r.159.

¹⁹²⁷ Voir notamment Civ. 2, 25 mars 1998, *Bull. civ.* II, n° 109, qui souligne que la créance doit être certaine et disponible à la date de la saisie. *Contra* : Civ. 2, 14 oct. 1999, *Rev. trim. dr. civ.* 2000.169, obs. R. PERROT.

¹⁹²⁸ Art. 56 al. 1, D. 31 juill. 1992.

Surtout, le principal effet de la saisie-attribution réside dans l'attribution immédiate de la créance saisie¹⁹²⁹. Aux termes de l'article 43 al. 1 de la loi du 9 juillet 1991, « L'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, *attribution immédiate* au profit du saisissant de la créance saisie disponible entre les mains du tiers saisi ainsi que de tous ses accessoires ». La saisie-attribution entraîne ainsi « *le transfert immédiat* audit créancier de la propriété de la créance »¹⁹³⁰. Il s'agit d'un transfert immédiat, car il a lieu dès le début de la saisie, plutôt qu'à la fin de la procédure¹⁹³¹.

Il convient de noter que la saisie attribution peut se faire sur des comptes bancaires, qu'il s'agisse de comptes de dépôt ou de comptes courants. L'établissement bancaire, qui est le tiers saisi, est légalement tenu de déclarer le solde du compte de son débiteur au jour de la saisie¹⁹³². Dans ce cas, le « solde saisi-attribué » est bloqué au profit du saisissant, à concurrence du montant de sa créance¹⁹³³.

559- Dans les relations entre le saisissant et le tiers saisi, le créancier saisissant se voit immédiatement attribuer la créance saisie. Le caractère immédiat de l'attribution de la créance saisie fait que le créancier saisissant n'a plus à craindre le concours avec d'autres créanciers, la créance sortant du patrimoine de son débiteur pour entrer dans le sien dès l'acte de saisie¹⁹³⁴. En conséquence, peu lui importe que le saisi fasse l'objet d'une procédure collective postérieure, ou que d'autres créanciers intentent des saisies entre les mains du tiers après lui : il est le premier saisissant. La seule réserve concerne des saisies qui seraient signifiées le même jour, puisque la loi les répute alors simultanées¹⁹³⁵.

Dans les relations entre le tiers saisi et le débiteur saisi, la créance étant sortie du patrimoine du tiers saisi au profit du saisissant, le tiers saisi ne peut plus payer le débiteur saisi, sauf à s'exposer à payer deux fois¹⁹³⁶. La créance saisie attribuée étant

¹⁹²⁹ Sur le lien entre le blocage du compte et l'effet d'attribution : J.-M. CALENDINI, « La saisie-attribution de compte bancaire », *Petites affiches*, n° 17, 9 fév. 1994, 13, p. 16.

¹⁹³⁰ T. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 376, p. 247 ; J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *R.R.J. Droit prospectif* 2001.4.1421.

¹⁹³¹ C. MOULY, « Procédures civiles d'exécution et droit bancaire », *Rev.trim.dr.civ.* 1993.65, n° 27.

¹⁹³² L'art. 47 L. 9 juill. 1991 vise, d'une façon large, les « établissements habilités par la loi à tenir des comptes de dépôt », ce qui vise tant les banques, que les caisses d'épargne ou les centres de chèques postaux habilités à tenir des comptes de dépôt : G. COUCHEZ, *op. cit.*, n° 248, p. 126.

¹⁹³³ G. COUCHEZ, *Voies d'exécution, op. cit.*, n° 249, p. 126. L'art. 47 al. 4 précise que le solde « n'est affecté par ces éventuelles opérations de débit ou de crédit que dans la mesure où leur résultat cumulé est négatif et supérieur aux sommes non frappées par la saisie au jour de leur règlement ».

¹⁹³⁴ G. COUCHEZ, *Voies d'exécution, op. cit.*, n° 258, p. 130.

¹⁹³⁵ Art. 43 al. 3 L. 9 juill. 1991 : « les actes de saisie signifiés au cours de la même journée entre les mains du même tiers sont réputés fait simultanément ». Si « les sommes disponibles ne permettent pas de désintéresser la totalité des créanciers ainsi saisissants, ceux-ci viennent en concours ».

¹⁹³⁶ Civ. 2, 11 mars 1998, *Rev. trim. dr. civ.* 1998.486, obs. R. PERROT.

sortie du patrimoine du saisi, cela fait également obstacle aux éventuelles opérations de compensation qui éteindraient la dette du tiers saisi, ou de cession ou de remise de dette opérées par le débiteur saisi au profit du tiers saisi¹⁹³⁷.

En droit québécois, la saisie des créances peut également s'analyser en une cession forcée de créances.

§2. La saisie-arrêt du droit québécois

560- En droit québécois, la *saisie-exécution des biens meubles* permet aux créanciers de saisir les biens meubles qui sont en possession du débiteur. La vente des biens saisis se fait par la voie d'une vente aux enchères (art. 594 al. 1 e) C.p.c.)¹⁹³⁸. Aux termes de l'art. 607 C.p.c., le premier saisissant qui ne fait pas diligence ne peut empêcher la vente à la poursuite d'un second saisissant. Cela signifie que « les mêmes biens meubles peuvent être saisis par divers créanciers et que *le premier qui les saisit n'est pas nécessairement celui qui va les faire vendre. Le droit à la vente est à celui qui agit avec célérité* »¹⁹³⁹.

La vente est parfaite par l'adjudication du bien au dernier enchérisseur (art. 1762 C.c.Q.), le transfert de propriété ayant lieu le jour de l'adjudication sur exécution (577 C.p.c.). Lorsqu' aucun créancier prioritaire ou hypothécaire ne s'est manifesté, l'officier saisissant « *paie au créancier saisissant les sommes d'argent saisies ou prélevées* »¹⁹⁴⁰. Au contraire, lorsque des créanciers prioritaires ou hypothécaires se sont manifestés, l'officier saisissant dresse un état de collocation des créances, qui indique les créances qui seront payées, leur rang et le montrant qui leur sera attribué (art. 604 C.p.c.). Les premières créances à être payées sont les frais de justice, qui sont des créances de premier rang (art. 2651 al. 1 C.c.Q.). Ensuite, « selon l'article 615 C.p.c. et dans la mesure où il reste des sommes disponibles, suivent dans l'état de collocation les réclamation des *créanciers prioritaires et hypothécaires* (art. 2647, 2651, 2660 C.c.Q.) qui se sont conformés aux prescriptions de l'article 604 C.p.c. et la *réclamation du créancier saisissant, s'il est chirographaire et si la déconfiture du saisi n'a pas été décrétée* »¹⁹⁴¹. Le créancier chirographaire entre alors en concurrence avec les autres créanciers qui ont le même statut que lui (art 2646 C.c.Q.).

¹⁹³⁷ Voir G. COUCHEZ, *Voies d'exécution op. cit.*, n° 262, p. 132.

¹⁹³⁸ Aux termes de l'art. 1758 C.c.Q., la vente sous autorité de justice est régie par le C.p.c. et par les art. 1757 à 1766 du C.c.Q. « s'il n'y a pas d'incompatibilité ».

¹⁹³⁹ D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec, op. cit.*, p. 247.

¹⁹⁴⁰ D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec, op. cit.*, p. 256 ; art. 613

C.p.c.

¹⁹⁴¹ D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec, op. cit.*, p. 258 et 259.

561- À côté de la saisie-exécution des biens meubles, qui permet aux créanciers de saisir les biens meubles qui sont en possession du débiteur, la *saisie-arrêt* constitue une autre mesure d'exécution forcée en matière mobilière. Par cette action, « le créancier, bénéficiaire d'un jugement exécutoire contre le débiteur [...] peut faire saisir-arrêter, à son profit, *ce que le tiers saisi doit au débiteur* ou le bien meuble qu'il détient »¹⁹⁴². Tel est le cas, notamment, d'une saisie de loyers dus par un locataire au débiteur-locateur¹⁹⁴³. La saisie arrêt peut donc, ici encore, s'analyser en une cession forcée des créances.

Transmissible entre vifs, volontairement ou de façon forcée, la créance l'est également à cause de mort.

SECTION II.

LA TRANSMISSION À CAUSE DE MORT DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

562- En droit français comme en droit québécois, la propriété des créances peut être transmise à cause de mort. Il ne s'agit pas d'entrer ici dans les détails de la transmission à cause de mort de la propriété des créances, en raison de la spécificité du droit des successions, mais simplement de montrer que la propriété des créances, à l'instar de la propriété des choses matérielles, peut se transmettre à cause de mort, comme elle se transmet entre vifs.

563- Le décès a pour effet de transformer le patrimoine en hérédité (art. 1696 C.C.) et de le traiter comme une universalité de droit, laquelle peut être envisagée comme un bien complexe -formé de biens et d'obligations- susceptible d'être acquis, aliéné, ou encore abandonné par les héritiers¹⁹⁴⁴. Le principe est que la succession absorbe l'ensemble des biens composant le patrimoine du *de cuius*, sans distinction de l'origine ou de la nature des biens. Encore convient-il de déterminer dans quelle mesure le principe de l'indivision successorale est applicable aux créances, puisqu'en principe, les créances se divisent d'elles-mêmes.

¹⁹⁴² D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, op. cit., p. 264.

¹⁹⁴³ Voir par ex. : *Melamed c. Standard Electric inc.*, J.E. 95-861 (C.S.).

¹⁹⁴⁴ Voir sur ce point : F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 44, p. 58.

Après avoir envisagé la transmission des créances par voie de succession ou de legs (§1), il conviendra de s'interroger sur l'application du régime de l'indivision successorale aux créances (§2).

§1. La transmission des créances par voie de succession ou de legs

564- On évoquera successivement la transmission successorale (A), puis le legs des créances (B).

A. La transmission successorale

566- Au décès d'une personne, ses biens se transmettent par succession *ab intestat* ou par succession testamentaire¹⁹⁴⁵, voire exceptionnellement, par succession contractuelle, ce dernier cas étant ici écarté. La succession *ab intestat* a lieu en dehors de la volonté du testateur, par le seul effet de la loi, que le *de cuius* ait omis d'exprimer sa volonté, ou qu'elle ne puisse produire d'effets. Les successeurs sont alors désignés sous le nom d'héritiers ou d'héritiers *ab intestat*. Au contraire, la succession testamentaire découle de la volonté du testateur, exprimée dans un testament valable. Les personnes désignées pour recevoir les biens sont appelées les légataires.

567- Les articles 720 et suivants du Code Napoléon prévoient la transmission de la propriété des biens par succession¹⁹⁴⁶. Dans la transmission à cause de mort, la transmission des créances se fait au sein d'une universalité. Comme le soulignent les professeurs Malaurie et Aynès, « *La transmission d'une succession présente une différence essentielle avec les autres transmissions de la propriété. Elle n'a pas pour objet un bien déterminé, mais une universalité, et même la plus achevée des universalités, le patrimoine (ou une fraction de patrimoine, par exemple, en cas de pluralité d'héritiers ou de légataires universels)* »¹⁹⁴⁷. Même si l'héritier bénéficie d'une option, son acceptation a seulement pour effet de consolider la transmission

¹⁹⁴⁵ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, op. cit.*, t. 4, vol. 2, par L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 658, p. 3.

¹⁹⁴⁶ Loi 3 déc. 2001 (L. n° 2001-1135), reprise aux art. 720 et suiv. C.C.f. Voir notamment : M. BEAUBRUN, « La loi du 3 décembre 2001 portant réforme du droit des successions », *Défr.* 2003. 73.

¹⁹⁴⁷ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris, Cujas, 1998, n° 144, p. 97.

successorale, dont le fondement se trouve dans la loi¹⁹⁴⁸. En effet, l'acquisition opère de plein droit, par le seul effet du décès¹⁹⁴⁹.

En droit québécois également, « *L'acquisition des droits du défunt par le successible se réalise par le seul effet de la loi, au moment même de l'ouverture de la succession* »¹⁹⁵⁰. L'acceptation de la succession ne fait que confirmer la transmission, laquelle opère de plein droit, au moment du décès.

568- Le principe est que la succession absorbe l'ensemble des biens composant le patrimoine du *de cuius*, sans distinction de l'origine ou de la nature des biens¹⁹⁵¹. En effet, « Tout ce qui constitue le patrimoine du *de cuius* est dévolu par la transmission successorale, l'actif et le passif, les droits et les obligations »¹⁹⁵². Ne sont toutefois pas transmissibles à cause de mort les droits et obligations qui ont un caractère viager, telle les pensions alimentaires, ainsi que les obligations qui ont un caractère strictement personnel.

569- Il convient de noter que les biens successoraux étant transmis à l'héritier dès l'ouverture de la succession, les fruits et produits lui appartiennent en principe à compter de ce moment¹⁹⁵³. Toutefois, en vertu de l'article 729 C.c.f., l'indigne doit restituer tous les fruits qu'il a perçus depuis l'ouverture de la succession¹⁹⁵⁴. La jurisprudence a par ailleurs précisé que la mauvaise foi de l'héritier apparent débute du jour où il a eu connaissance du vice du titre.

570- La loi française comme la loi québécoise traite donc les créances comme des biens objets de propriété du *de cuius*, qui peuvent être transmises par la voie d'une succession. Tout comme les autres biens, les créances peuvent également faire l'objet d'un legs.

B. Le legs de créances

¹⁹⁴⁸ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil : Les successions, les libéralités*, op. cit., n° 145, p. 97.

¹⁹⁴⁹ Art. 720 C.C.f. ; H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, vol. 2, par L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, op. cit., n° 672, p. 15 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil : Les successions, les libéralités*, op. cit., n° 145, p. 97.

¹⁹⁵⁰ G. BRIÈRE, *Droit des successions*, coll. « bleue », 3^e éd., revue et mise à jour par J. BEAULNE, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, n° 85, p. 57.

¹⁹⁵¹ Art. 724 C.C.f. : « Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt [...] ».

¹⁹⁵² P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil : Les successions, les libéralités*, op. cit., n° 26, p. 34.

¹⁹⁵³ C. AUBRY et C. RAU, op. cit., t. 10, § 615.

¹⁹⁵⁴ Voir sur ce point : S. PIEDELIÈVRE, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Fruits*, n° 60.

571- Par la voie d'un testament, une personne peut décider du sort de ses biens après sa mort. Le testament permet la transmission des biens du *de cuius* en dehors des règles de la succession *ab intestat*¹⁹⁵⁵. Le legs contenu dans un testament désigne la « *disposition à titre gratuit, à cause de mort et par testament, d'un patrimoine, d'une partie de patrimoine ou d'un bien déterminé* »¹⁹⁵⁶.

Ici encore, la loi prévoit que c'est au jour du décès que le légataire devient propriétaire des biens légués, quelle que soit la date de son acceptation (art.1014 C.C.f.).

572- Notons que le legs de la chose d'autrui est frappé de nullité par la loi (art. 1021 C.C.f.)¹⁹⁵⁷ : pour qu'un legs soit valable, les biens légués doivent appartenir au testateur au jour de son décès¹⁹⁵⁸. Or, sauf si la créance a une nature strictement personnelle, le testateur peut valablement léguer un droit de créance contre un tiers¹⁹⁵⁹.

573- Les formalités prévues à l'article 1690 du Code civil français concernent uniquement les cessions entre vifs et n'ont pas vocation à s'appliquer à la transmission des créances par succession ou legs. Dans ces derniers cas, le seul décès rend le transport opposable aux tiers¹⁹⁶⁰.

Toutefois, lorsqu'un débiteur, ignorant l'existence du legs, paye entre les mains de l'héritier apparent possesseur de la créance, il ne saurait être contraint à payer de nouveau entre les mains du légataire, en raison de l'article 1240 du Code civil, qui dispose que « *le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance*

¹⁹⁵⁵ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, op. cit.*, t. 4, vol. 2, par L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, n° 997, p. 321.

¹⁹⁵⁶ J. HÉRAIL, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Legs*, n° 1 ; H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, op. cit.*, t. 4, vol. 2, par L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, n° 1000, p. 324 : « Le legs est une *disposition testamentaire par laquelle le testateur désigne la ou les personnes qui, à son décès seront gratifiées soit de la totalité ou d'une fraction de son patrimoine, soit de certains biens déterminés. Le legs est une libéralité* [...]. Le legs est une *disposition à cause de mort* ». Par ailleurs, le testament peut être défini comme « un acte juridique unilatéral, solennel, dont les effets ne se réalisent qu'au décès du testateur, et qui est essentiellement révocable » : H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, op. cit.*, t. 4, vol. 2, par L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, n° 956, p. 280.

¹⁹⁵⁷ J. HÉRAIL, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Legs*, n° 76.

¹⁹⁵⁸ J. HÉRAIL, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Legs*, n° 76 : « Il est nécessaire à la validité du legs que les biens légués appartiennent au testateur au jour de son décès. Peu importe qu'il en soit propriétaire lors de la confection du testament ».

¹⁹⁵⁹ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, op. cit.*, t. 4, vol. 2, par L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, n° 1027, p. 348.

¹⁹⁶⁰ C. SOUCHARD, *De la cession de créances*, thèse Paris, 1977, p. 141 ; *Rép. civ. Dalloz*, v° *Succession*, n° 969 : « La transmission de l'actif héréditaire, qui se produit de plein droit à l'instant du décès et que l'acceptation de la succession rend définitive [...] porte sur tous les droits patrimoniaux du défunt ».

*est valable [...] »*¹⁹⁶¹. Le débiteur étant valablement libéré de son obligation, le légataire ne dispose alors que d'un recours contre l'héritier apparent¹⁹⁶².

574- En droit québécois, tout comme en droit français, le légataire particulier devient propriétaire du bien, non pas au moment de l'acceptation du legs, mais dès le moment du décès¹⁹⁶³. Comme l'a souligné le professeur Beaulne, « la succession est l'un des modes d'acquisition de la propriété et [...] *l'instantanéité de la transmission* du droit au profit tant de l'héritier que du légataire particulier fait en sorte que ceux-ci *deviennent propriétaires des biens qui leur sont dévolus à compter du moment précis de l'ouverture de la succession* »¹⁹⁶⁴. Les créances deviennent donc la propriété des héritiers par le biais du transfert de l'actif successoral.

Pas plus qu'en droit français, les formalités de la cession de créances n'ont vocation à s'appliquer à une telle transmission, puisque la loi a expressément prévu qu'elle se réalise de façon automatique, au moment du décès. La transmission à cause de mort constitue donc une autre illustration de ce que la propriété des créances peut être transmise, à l'instar des autres biens, par le biais d'une transmission successorale ou d'un legs.

Si les créances sont transmises par le biais d'un legs ou d'une succession tout comme les autres biens, encore convient-il de savoir si le régime de l'indivision successorale leur est applicable.

§2. L'application du régime de l'indivision successorale aux créances

575- En dépit de leur nature juridique de bien incorporels intellectuellement divisibles, en droit français (A) comme en droit québécois (B), les créances sont des biens qui font partie de l'indivision successorale et sont à ce titre soumises à l'effet déclaratif du partage.

A. Droit français

¹⁹⁶¹ En ce sens : C. SOUCHARD, thèse préc., p. 141

¹⁹⁶² A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 2, n° 1661, p. 918. Voir notamment : Cass. 16 avril 1889, D.P. 1890.1.260.

¹⁹⁶³ G. BRIÈRE, *Droit des successions*, *op. cit.*, 3^e éd. par J. BEAULNE, n° 87, p. 58.

¹⁹⁶⁴ J. BEAULNE, *La liquidation des successions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, n° 602.

576- La question de savoir si les créances font partie de l'indivision successorale est délicate, les textes paraissant contradictoires en la matière. Si l'article 1220 alinéa 2 C.C.f. semble poser la règle de la division des créances entre les héritiers, cela devrait signifier que les créances ne tombent pas dans l'indivision et seraient donc exclues du partage. Or, l'article 832 alinéa 2 indique que les créances sont incluses dans le partage¹⁹⁶⁵. De plus, le principe de l'effet déclaratif du partage est formulé dans des termes très généraux par l'article 883 alinéa 1 du même code, qui vise *tous les effets* compris dans le lot de chaque cohéritier¹⁹⁶⁶.

577- La doctrine a imaginé plusieurs constructions susceptibles de résoudre la difficulté¹⁹⁶⁷. Selon une première analyse, l'article 1220 du code doit prévaloir : en principe, les créances ne font pas partie de la masse à partager. L'article 832 du code les mentionnerait en tant qu'opération distincte du partage proprement dit, les créances, qui sont généralement divisibles, permettant d'égaliser les lots. Selon une seconde interprétation, c'est l'article 883 qui doit prévaloir, cet article privant rétroactivement d'effets l'article 1220 du code civil. Enfin, selon une dernière analyse, il conviendrait d'appliquer les deux articles de façon distributive : alors que l'article 1220 C.C. régit la période d'indivision, l'article 883 règle la question de l'attribution des créances dans le partage¹⁹⁶⁸.

La jurisprudence s'est d'abord ralliée à ce dernier système¹⁹⁶⁹, avant de décider dans un arrêt du 5 décembre 1907, depuis lors confirmé, que l'article 1220 du code civil régit les relations entre les héritiers et les débiteurs du *de cujus*, l'article 883 étant applicable aux relations des héritiers entre eux¹⁹⁷⁰. Cette solution prend en compte la nature de bien de la créance, en la traitant comme un élément possible de l'indivision, à

¹⁹⁶⁵ Art. 832 al. 2 C.C.f. : « Dans la mesure où le morcellement des héritages et la division des exploitations peuvent être évités, chaque lot doit, autant que possible, être composé, soit en totalité, soit en partie, de meubles ou d'immeubles, *de droits ou de créances* de valeur équivalente ».

¹⁹⁶⁶ Art. 883 al. 1 C.C.f. : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à *tous les effets* compris dans son lot [...] ».

¹⁹⁶⁷ Voir M. BACACHE, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Indivisibilité*, n° 386 et suiv.

¹⁹⁶⁸ En ce sens : C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 10, § 635.

¹⁹⁶⁹ Voir notamment : Cass. Civ., 4 déc. 1866, S. 1867.1.1.

¹⁹⁷⁰ Cass. Ch. réunies, 5 déc. 1907, D.P. 1908.1.113, note A. COLIN ; S. 1908.1.5., note C. LYON-CAEN. Récentement : Cass. Civ. 1, 24 sept. 2002, *Juris-Data* 2002-015810 : « La succession n'est pas une personne morale et *en application des articles 873 et 1220 du code civil, les créanciers, à défaut de saisir l'actif successoral, pouvaient seulement poursuivre le recouvrement de leur créance contre chacun des héritiers, au prorata de leurs droits* ». Voir aussi : M. GRIMALDI, *Droit civil, Succession*, 6^e éd., Paris, Litec, 2001, n° 862, p. 837 et 838 : « L'article 832 compte les créances parmi les biens susceptibles de composer les lots : ce qui présuppose qu'elles figurent dans la masse partageable. L'article 1220 énonce qu'elles se divisent de plein droit entre les héritiers : ce qui paraît les exclure de l'actif indivis. *La jurisprudence a concilié ces deux textes, en leur assignant des domaines d'application distincts*. Dans les rapports réciproques des successeurs, c'est le premier qui s'applique : seul, donc, le partage dira à qui revient la créance. En revanche, c'est le second qu'il faut appliquer dans les rapports des successeurs avec le tiers débiteur [...] ».

l'instar des autres biens¹⁹⁷¹. Dégagée à propos de l'indivision successorale, la doctrine admet que la solution vaut pour l'indivision en général¹⁹⁷².

578- Lorsqu'une personne décède, ses successeurs sont immédiatement placés en situation d'indivision¹⁹⁷³. En matière d'indivision successorale, le principe est celui de la division des créances, s'agissant de leur exercice, et de l'indivision, s'agissant des actes de disposition¹⁹⁷⁴. S'agissant tout d'abord de l'exercice du droit de créance, le paiement de la créance héréditaire obéit aux règles suivantes : durant l'indivision, chaque indivisaire peut recouvrer les créances héréditaires pour la part qui lui revient¹⁹⁷⁵. Dès lors, tous les paiements effectués, dans les limites de la part de chaque indivisaire, seront valables¹⁹⁷⁶. Au contraire, si le débiteur paye au-delà de la part de l'indivisaire, son paiement ne sera pas libératoire, en raison du principe de division posé à l'article 2220 du code civil. Sauf hypothèse d'un mandat passé entre l'*accipiens* et les autres coïndivisaires, le débiteur s'expose alors à payer deux fois¹⁹⁷⁷.

579- Au contraire, les actes de disposition de la créance héréditaire sont régis par le principe de l'indivision¹⁹⁷⁸. Les tribunaux appliquent la règle de l'effet déclaratif du partage lorsque l'une des créances a été cédée au cours de l'indivision par un indivisaire. La cession n'est alors pas soumise à l'article 1690 du Code civil¹⁹⁷⁹. De

¹⁹⁷¹ M. BACACHE, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Indivisibilité*, n° 401 : « Un facteur plus général a [...] dû jouer pour établir le système qui s'est cristallisé à partir de 1908 : c'est la nouvelle conception promue en France par Saleilles, selon laquelle l'obligation n'est pas seulement un lien entre deux personnes, mais une valeur économique abstraite qui peut engager n'importe quel débiteur au profit de n'importe quel créancier ; cela ne pouvait qu'inciter à traiter les créances comme tous les autres biens, c'est-à-dire à les inclure autant que possible dans l'indivision, malgré la réserve formelle de l'article 1220 ».

¹⁹⁷² M. BACACHE, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Indivisibilité*, n° 389.

¹⁹⁷³ X. TESTU, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Indivision*, n° 113.

¹⁹⁷⁴ X. TESTU, *L'indivision, op. cit.*, p. 20 ; M. BACACHE, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Indivisibilité*, n° 390. Voir notamment : Orléans, 26 mai 2003, *Juris Data* 2003-224518 : « l'application combinée des articles 1220 et 883 du code civil conduit [...] à admettre qu'il y a, en vertu du premier, division des créances en ce qui concerne l'exercice du droit de créance, et, en vertu du second, indivision en ce qui concerne les actes de disposition ».

¹⁹⁷⁵ Cass. civ. I, 11 octobre 1988, *Bull. civ. I*, n° 285 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1989.542, obs J. MESTRE.

¹⁹⁷⁶ Cass. I^{re} civ., 10 févr. 1981, J.C.P. 1982.II.19786 ; Orléans, 26 mai 2003, *Juris Data* 2003-224518 : « Il résulte de l'article 1220 du Code civil que dans les rapports entre les héritiers et les débiteurs, la créance du *de cuius* se partage de plein droit entre les indivisaires à proportion des parts héréditaires, dès l'ouverture de la succession, de sorte qu'elle ne tombe pas dans l'indivision ; chaque indivisaire peut dès lors poursuivre le recouvrement de la part lui revenant et le paiement ainsi fait libère définitivement le débiteur [...] ».

¹⁹⁷⁷ M. BACACHE, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Indivisibilité*, n° 392-394 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 917, p. 901.

¹⁹⁷⁸ F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1997, n° 739.

¹⁹⁷⁹ X. TESTU, *L'indivision, op. cit.*, p 20 : « Si une créance héréditaire fait, en cours d'indivision, l'objet d'une cession consentie par l'un des indivisaires, la jurisprudence applique l'effet déclaratif du partage. Cela évite de soumettre l'opération à l'art. 1690 (signification au débiteur cédé des cessions de créance),

plus, la cession consentie par un indivisaire non attributaire de la créance dans le partage est nulle¹⁹⁸⁰. Enfin, les créanciers de l'indivision peuvent saisir les créances héréditaires, puisqu'elles font partie de l'indivision.

580- Toutefois, même transmises à titre héréditaire, certaines créances ne pourront être divisées. L'indivisibilité de l'obligation fait référence à l'obligation qui ne peut ou ne doit être exécutée que dans sa totalité et ne peut être divisée. Tel est le cas des créances indivisibles par nature, ou des créances où l'indivisibilité a été stipulée¹⁹⁸¹. L'indivisibilité objective vise l'obligation dont l'objet est insusceptible de division par nature (art. 1217 C.C.). Il peut s'agir d'une obligation de faire, telle l'obligation de livrer dans la vente, d'une obligation de ne pas faire, qui est pratiquement toujours indivisible, en raison de la difficulté d'imaginer une abstention partielle, ou d'une obligation de donner, telle l'obligation de transférer la propriété dans la vente. Quant à l'indivisibilité subjective, elle résulte de la volonté des parties, qui peuvent rendre indivisible toute obligation, y compris celles qui sont naturellement divisibles, telle une créance de somme d'argent.

La question de l'inclusion ou de l'exclusion des créances de la masse indivise s'est également posée en droit québécois.

B. Droit québécois

581- En droit québécois, l'indivision comprend en principe tous les biens dont le *de cuius* était propriétaire à son décès. La doctrine a toutefois émis des réserves sur le point de savoir si les créances font partie de l'indivision, dès lors que celles-ci se divisent de plein droit au moment du décès¹⁹⁸².

582- Sous l'ancien Code civil, la question s'était posée de savoir si la règle de l'effet déclaratif du partage s'appliquait ou non aux créances. En effet, « [d]'une part

même s'il est utile d'avertir d'une manière ou d'une autre le débiteur ». Voir aussi : M. BACACHE, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Indivisibilité*, n° 398.

¹⁹⁸⁰ Req. 13 janvier 1909, D. 1911.1.435 : « [...] celui auquel un des communistes a cédé une créance faisant partie de la masse à partager, ne peut s'en faire attribuer la propriété que si le résultat du partage l'attribue à son cédant ».

¹⁹⁸¹ Voir notamment : F.-X. TESTU, *L'indivision*, coll. « Droit privé », Paris, Dalloz, 1996, p. 19 : « Après avoir posé le principe d'indivisibilité des obligations, l'art. 1220 al. 1^{er} formule aussitôt une exception : à l'égard des héritiers, l'obligation est divisible [...]. On en retrouve le principe d'indivisibilité que si l'objet de l'obligation est indivisible (ce qui n'est pas le cas des créances de sommes d'argent) ou si l'indivisibilité a été stipulée ».

¹⁹⁸² G. BRIÈRE, *Droit des successions*, *op. cit.*, par J. BEAULNE, n° 772, p. 399. Art. 1519 et 1522 C.c.Q.

l'article 746 C.c.B.C. soumettait à l'effet déclaratif toutes les choses comprises dans le lot de chaque partageant ; l'article 703 C.c.B.C. donnait à entendre que les créances étaient comprises dans l'actif à partager, et l'article 750 C.c.B.C. faisait voir qu'une créance pouvait être attribuée intégralement par partage à l'un des héritiers ». Mais par ailleurs, « l'article 1122 C.c.B.C. posait le principe de la division des créances entre les héritiers ; il y avait lieu de considérer en conséquence que l'attributaire d'une créance successorale la tenait non pas du défunt, mais de ses cohéritiers chacun pour sa part, puisque, avant le partage, cette créance appartenait par fractions à chacun des héritiers »¹⁹⁸³. En pratique, la solution fut souvent de concilier les deux textes, l'article 1222 du code régissant les rapports entre les héritiers et le débiteur de la créance, alors que l'article 746 trouvait à s'appliquer dans les rapports des héritiers entre eux et avec les tiers¹⁹⁸⁴.

583- Cette solution de conciliation a été retenue dans le Code civil du Québec. En principe, les créances et les dettes ne font pas partie de la masse indivise, car elles se divisent de plein droit entre les héritiers au moment du décès (art. 1519 et 1522 C.c.Q.)¹⁹⁸⁵. La même solution que celle retenue antérieurement s'applique donc concernant les héritiers. En revanche, l'article 888 al. 1 du Code civil du Québec contient une nouvelle disposition, selon laquelle l'effet déclaratif s'applique aux créances contre des tiers, à la cession de créances faite pendant l'indivision par un cohéritier et à la saisie-arrêt des créances pratiquée par les créanciers d'un cohéritier. Or, le principal effet du partage des biens de la succession est d'être déclaratif de propriété (art. 664 al. 1). Aux termes de l'article 664 alinéa 2, « Chaque copartageant est réputé avoir succédé, seul et immédiatement, à tous les biens compris dans son lot ou qui lui sont échus par un acte de partage [...] ; il est censé avoir eu la propriété de ces biens à compter du décès et n'avoir jamais été propriétaire des autres biens de la succession ». Par ces dispositions, le législateur a donc également considéré les créances comme des biens susceptibles de propriété.

584- Tout comme en droit français, la doctrine a traditionnellement préconisé la solution suivante : « la division de la créance ne se produirait que dans les rapports entre les héritiers et le débiteur, chacun de ceux-là ayant le droit de réclamer sa part à celui-ci ; dans les rapports des cohéritiers entre eux, la division ne se produirait pas, de

¹⁹⁸³ G. BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, op. cit., n° 747, p. 476.

¹⁹⁸⁴ G. BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, op. cit., loc. cit. .

¹⁹⁸⁵ L'article 1220 du Code civil français constitue le pendant de ces dispositions ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les successions*, 3^e éd., Paris, Armand Colin, 1991, n° 339, p. 230.

sorte que si les créances n'ont pas été encaissées pendant l'indivision, elles sont comprises dans le partage et soumises à l'effet déclaratif »¹⁹⁸⁶.

La question s'est toutefois posée de savoir si une telle solution est conciliable avec les nouveaux textes¹⁹⁸⁷. Sous le régime du Code civil du Bas Canada, certains auteurs faisaient prévaloir l'article 1122 C.c.B.C.¹⁹⁸⁸, d'autres l'article 746 C.c.B.C.¹⁹⁸⁹, alors que d'autres, enfin, appliquaient l'article 112 dans les relations des héritiers avec le débiteur de la créance et l'article 746 dans les relations des héritiers entre eux et avec les tiers¹⁹⁹⁰.

585- Cette dernière solution semble avoir été reprise par le Code civil du Québec. Aux termes de l'article 1519 C.c.Q., l'obligation est en principe divisible de plein droit¹⁹⁹¹. L'article 1522 C.c.Q. précise cependant que « L'obligation divisible qui n'a qu'un seul débiteur et qu'un seul créancier doit être exécutée entre eux comme si elle était indivisible ; mais demeure divisible entre leurs héritiers ». Enfin, l'article 888 al. 1 du même code, qui est de droit nouveau, prévoit que l'effet déclaratif du partage « s'applique pareillement aux créances contre des tiers, à la cession de ces créances faite pendant l'indivision par un cohéritier et à la saisie-arrêt de ces créances pratiquée par les créanciers d'un cohéritier »¹⁹⁹².

Selon le professeur Beaulne,

« Dans ses rapports avec le débiteur de la créance, chaque héritier peut exercer sa fraction de droit sans devoir obtenir le consentement des autres : les paiements partiels reçus du débiteur par un seul des héritiers demeurent donc valables, quel que soit le résultat du partage [...] puisque entre eux, le partage est translatif, laissant intacts les actes faits avant sa réalisation. Mais cela ne permet pas pour autant les actes de disposition [...] vu la nécessité de protéger l'attributaire de la créance contre les actes d'aliénation de ses copartageants : entre les cohéritiers, l'effet translatif cèdera donc le pas à l'effet déclaratif »¹⁹⁹³.

La même distinction se retrouve donc en droit québécois et en droit français, entre la disposition et l'exercice des créances.

La transmission à cause de mort constitue donc une autre illustration de ce que la propriété des créances peut être transmise, à l'instar des autres biens, par le biais d'une transmission successorale ou d'un legs. Pas plus qu'en droit français, les formalités de

¹⁹⁸⁶ G. BRIÈRE, *Traité de droit civil, Les successions*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, n° 736, p. 845.

¹⁹⁸⁷ Voir G. BRIÈRE, *Traité de droit civil, Les successions*, *op. cit.*, n° 870 et 871.

¹⁹⁸⁸ P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 3, p. 619-623.

¹⁹⁸⁹ M. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 4, Montréal, Wilson & Lafleur, 1954, p. 573.

¹⁹⁹⁰ A. MAYRAND, *Les successions ab intestat*, Montréal, P.U.M., 1971, n° 319, p. 278 et 279.

¹⁹⁹¹ Art. 1519 C.c.Q. : « L'obligation est divisible de plein droit, à moins que l'indivisibilité n'ait été expressément stipulée ou que l'objet de l'obligation ne soit pas, de par sa nature, susceptible de division matérielle ou intellectuelle ».

¹⁹⁹² G. BRIÈRE, *Traité de droit civil, Les successions*, *op. cit.*, n° 871, p. 1003.

¹⁹⁹³ G. BRIÈRE, *Droit des successions*, *op. cit.*, 3^e éd. par J. BEAULNE, n° 919, p. 465.

la cession de créances n'ont vocation à s'appliquer à une telle transmission, puisque la loi a expressément prévu qu'elle se réalise de façon automatique, au moment du décès.

Conclusion du chapitre

586- L'étude de l'acquisition translative de la propriété des créances a permis de mettre en évidence la grande similitude qui existe, en droit français et en droit québécois, entre la propriété des créances et la propriété des corps. Cela s'explique fort bien, puisque la propriété des créances est la propriété de droit commun. Sa spécificité – moins importante qu'il paraît – n'est qu'une adaptation, dictée par l'objet du droit de propriété.

587- Un parallèle peut être aisément fait entre le régime juridique de la vente, traditionnellement réservé aux biens corporels, et le régime juridique de la cession de créance, usuellement réservé aux droits personnels. Le lien entre ces deux institutions, à la fois séculaire et contesté, se comprend mieux lorsque l'on analyse la propriété, non pas comme l'objet du transfert, mais comme son fondement. La propriété, qui n'est pas un bien, n'est pas transférée d'une personne à l'autre, comme le sont les biens corporels et incorporels. C'est au contraire parce que l'on est propriétaire d'un bien quelconque qu'on peut le transférer. La propriété, plutôt qu'être l'objet du transfert, est à la source du pouvoir de transférer.

Le régime juridique de la cession de créance est à la fois proche et distinct de celui de la vente. Il en est proche, puisque dans les deux cas, il s'agit de transférer un bien en propriété. Il s'en distingue, toutefois, en ce qu'il s'adapte au bien particulier dont il régit le transfert. Le régime juridique de la cession de créance se rapproche encore du régime traditionnellement réservé au transfert des biens corporels, lorsqu'on observe que les formalités de signification au débiteur peuvent s'interpréter, en droit français comme en droit québécois, comme une mise en possession de la créance, leur rôle de formalités de publicité n'étant que corrélatif.

588- Qu'il s'agisse de la transmission volontaire, par le biais d'une transmission par voie de cession de créance, de subrogation personnelle ou de négociation des

créances, ou d'une transmission forcée, les principes sont largement similaires à ceux que l'on trouve en matière de propriété des biens corporels. Même dans la transmission à cause de mort, le bien créance est transmis, tout comme les autres biens et le régime de l'indivision successorale lui est applicable, à l'instar des autres biens de la succession.

Si le régime juridique du transfert des biens incorporels que sont les créances ne peut être totalement identique à celui du transfert des biens corporels, cela vaut tout autant pour le régime des biens meubles et biens immeubles. Cette spécificité, qui est liée à la nature particulière du bien objet de la propriété, reste toutefois secondaire par rapport au régime réel des obligations. Il ne semble aucunement qu'il s'agisse d'une notion de propriété différente de celle de la propriété traditionnellement matérielle.

Il reste à présent à rendre compte de l'acquisition originaire de la propriété des créances, qui tout en étant plus rare que l'acquisition dérivée, n'en reste pas moins possible.

Chapitre second

L'ACQUISITION ORIGINNAIRE

589- Si l'acquisition de la propriété des créances se fait généralement au moyen d'une acquisition translatrice, l'acquisition originnaire trouve également sa place dans le régime juridique de la propriété des créances.

Tout comme dans la propriété des corps, l'acquisition originnaire de la propriété des créances est tantôt fondée sur un rapport de fait, autrement dit sur la possession (section I), tantôt sur un rapport d'accessoire à principal, comme c'est le cas dans l'hypothèse d'une acquisition par voie d'accession (section II).

SECTION I. L'ACQUISITION FONDÉE SUR LA POSSESSION

590- Dans les deux droits étudiés, l'occupation et l'usucapion –ou prescription acquisitive– constituent les deux modes traditionnels d'acquisition de la propriété des corps fondés sur la possession. En droit français comme en droit québécois, la conception traditionnelle de la possession est largement matérialiste. Le domaine de la possession étant usuellement réduit aux corps, la question se pose de savoir si l'on peut envisager une occupation des créances (§1) et une usucapion des créances (§2), en tant que modes d'acquisition de la propriété des créances. Enfin, en droit français, il convient de vérifier si la fonction acquisitive de la règle « en fait de meubles, possession vaut titre », est applicable aux biens incorporels que sont les créances (§3).

§1. L'acquisition au titre de l'occupation et de l'acquisition des biens vacants et sans maître

591- Le terme « occupation » a une origine latine et vient du verbe *capere*, qui signifie prendre. La question se pose de savoir si l'occupation et son pendant, l'acquisition par l'État des biens vacants et sans maître, est ou non envisageable en matière de créances. L'acquisition de la propriété par occupation touche principalement les *res nullius*, qui sont des choses appropriables mais non encore appropriées. Parmi

ces *res nullius*, certaines ne sont pas susceptibles d'acquisition par occupation : il s'agit principalement des biens vacants ou sans maître, qui sont attribués à l'État par la loi.

Si les cas d'acquisition de la propriété des créances par les particuliers par voie d'occupation sont peu nombreux en raison de la nature incorporelle des créances (A), le législateur a néanmoins consacré des hypothèses où l'État peut acquérir des biens vacants ou sans maître, au nombre desquels se trouvent des créances (B).

A. L'absence d'application pratique de l'acquisition de la propriété des créances par voie d'occupation

592- L'examen du concept d'occupation en droit français et en droit québécois (1) doit permettre de déterminer si la propriété d'une créance peut s'acquérir par voie d'occupation (2).

1. L'identité du concept d'occupation en droit français et en droit québécois

593- Si le Code civil français reconnaît certaines formes traditionnelles du droit du premier occupant, telles que le droit de chasse ou le droit de pêche, ou encore le droit sur les objets rejetés par la mer¹⁹⁹⁴, il ne mentionne pas expressément l'occupation parmi les modes d'acquisition de la propriété. La doctrine traditionnelle a néanmoins fait de l'occupation l'un des modes d'acquisition de la propriété.

L'occupation désigne la situation dans laquelle une chose est acquise, alors qu'elle n'a pas de propriétaire¹⁹⁹⁵. Elle peut être définie comme l'appréhension d'une chose avec l'intention de se l'approprier¹⁹⁹⁶ ; il s'agit donc d'un mode d'acquisition de la propriété fondé sur la possession¹⁹⁹⁷. Mode originaire d'acquisition de la propriété, le domaine privilégié de ce type d'acquisition est celui des *res nullius*, qui sont des choses appropriables, mais non encore appropriées¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁹⁴ Voir les art. 715 et 717 al. 1 C.C.f.

¹⁹⁹⁵ L. SEBAG, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Occupation*, n° 13, p. 2 : « L'occupation, en tant que mode originaire d'acquisition de la propriété, va pouvoir pleinement jouer son rôle, pour telle partie d'une chose commune, pour les choses sans maître et pour les choses abandonnées » ; R. TORTAT, *L'occupation en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1955, p. 10.

¹⁹⁹⁶ C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français, op. cit.*, t. 2, § 201, n° 190 ; C. ATIAS, *Les biens, op. cit.*, n° 202, p. 227.

¹⁹⁹⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, t. 3, 2^e éd., par M. PICARD, Paris, L.G.D.J., n° 589 : l'occupation est « un moyen d'acquérir une chose mobilière qui n'appartient à personne, par une prise de possession faite avec l'intention d'en devenir propriétaire » ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 411, p. 306 : « Mode originaire d'acquisition, l'occupation est un moyen d'acquérir une chose en en prenant volontairement possession, c'est-à-dire avec l'intention d'en devenir propriétaire ». Sur la question du fondement de l'occupation : R. TORTAT, thèse préc., p. 22 et suiv.

¹⁹⁹⁸ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 412, p. 307.

594- Au contraire du Code civil français, le Code civil du Québec prévoit expressément l'occupation au titre des modes d'acquisition de la propriété. Aux termes des articles 916 et 935 du Code civil du Québec, la propriété des meubles sans maître¹⁹⁹⁹ s'acquiert par voie d'occupation. De plus, l'article 914 du même code précise que l'appréhension du bien doit se faire « avec l'intention de s'en rendre propriétaire ». La doctrine a adopté une définition de l'occupation proche de celle qui a cours en droit français. Ainsi a-t-elle pu être définie comme l'« acte par lequel une personne acquiert la propriété d'une chose mobilière qui n'appartient à personne par le seul fait de l'appréhension de cette chose avec la volonté de se l'approprier »²⁰⁰⁰.

En droit français comme en droit québécois, l'occupation recouvre donc un concept identique, à savoir une *appréhension* accompagnée de *l'intention de s'approprier l'objet appréhendé*. Un tel concept est-il applicable aux créances ?

2. La possibilité théorique d'une application de la technique de l'occupation aux créances

595- Conformément à la conception traditionnelle de la propriété corporelle, il est usuellement admis que la technique de l'occupation ne saurait être appliquée aux biens incorporels²⁰⁰¹. Cette théorie repose principalement sur l'idée qui veut que seules les choses mobilières matérielles puissent être appréhendées.

En droit québécois, un argument de texte pourrait être avancé pour refuser d'appliquer l'occupation aux créances. Aux termes de l'article 914 C.c.Q. : « Certaines 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 ». Peut-on déduire de l'utilisation du terme *chose* à l'article 914 C.c.Q., que le législateur a entendu réduire l'occupation aux corps ? Il a été souligné en doctrine que si le législateur québécois a le plus souvent retenu une conception large de l'objet de la propriété, notamment en utilisant le vocable *bien*, une conception plus matérielle de la propriété réapparaît à certains endroits du Code civil du Québec, notamment à l'article 914 C.c.Q.²⁰⁰². Il n'est toutefois pas certain que l'emploi du terme chose doive conduire à exclure l'occupation des créances. En effet, l'article 914 du Code civil du Québec se

¹⁹⁹⁹ Les biens sans maître sont les choses susceptibles d'appropriation mais non appropriées : art. 914 C.c.Q.

²⁰⁰⁰ P. MARTINEAU, *Les biens*, op. cit., p. 62.

²⁰⁰¹ Voir notamment H., L. et J. MAZEAUD, op. cit., t. 2, vol. 2, par F. CHABAS, n° 1580, p. 312 ; L. SEBAG, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Occupation*, n° 11.

²⁰⁰² P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexique bilingue, Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, v° *Droit réel*.

situé dans un chapitre intitulé « Des *biens* dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent ». On peut alors considérer que l'utilisation du terme chose a été préférée ici pour faire référence à la chose *avant* son appropriation, laquelle ne devient véritablement bien que *du fait de son appropriation*.

596- La question principale, pour déterminer si l'occupation est applicable aux créances, est de savoir si l'on peut trouver pour de tels droits le *corpus* de l'appréhension que nécessite l'occupation. On pourrait avancer qu'un tel *corpus* est impossible à constituer, s'agissant d'un bien incorporel. Toutefois, les biens immatériels ne sont pas insusceptibles de possession²⁰⁰³. Dans le cas d'un droit d'associé, par exemple, le simple exercice de ce droit peut constituer l'élément matériel de l'occupation. L'idée a même été soutenue en doctrine, d'après laquelle une conception purement volontaire de l'occupation pourrait être admise, en considération du seul pouvoir abstrait sur la chose²⁰⁰⁴.

597- Une partie de la doctrine n'hésite pas à déceler un phénomène d'occupation, à propos de biens incorporels. Tel est le cas des créations de l'esprit, pour lesquelles plusieurs auteurs admettent qu'elles sont susceptibles d'occupation. On estime, en effet, que les créations intellectuelles « sont les seuls [biens] à être proprement créés, à apparaître, non pas comme la transformation de biens antérieurs mais comme des biens pleinement nouveaux, non des valeurs transformées avec ou sans plus-value mais des valeurs proprement nouvelles »²⁰⁰⁵.

Ainsi, selon les professeurs Terré et Simler, l'occupation peut concerner « les produits des créations de l'esprit, en ce sens que la création est alors une occupation »²⁰⁰⁶. Les auteurs précisent qu'« [à] vrai dire, dans la mesure où le droit sur l'œuvre naît du seul fait de la création, il y a une *coïncidence* qui évacue le passage par l'état de *res nullius* lorsqu'il s'agit de propriété littéraire et artistique. Mais cette coïncidence n'évacue pas, fût-ce un instant de raison, l'idée d'occupation. De toute façon, *s'agissant des signes distinctifs ou des inventions, le recours à cette idée ne peut susciter l'hésitation, la demande de brevet constituant un acte juridique unilatéral d'appropriation* »²⁰⁰⁷.

²⁰⁰³ Voir *infra*, n° 631.

²⁰⁰⁴ R. TORTAT, *L'occupation en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1955.

²⁰⁰⁵ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », dans *Mél. Breton et Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 283, n° 13.

²⁰⁰⁶ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 414, p. 308.

²⁰⁰⁷ F. TERRÉ et P. SIMLER, *ibid.*

598- Les hypothèses d'application pratique de l'occupation aux créances paraissent néanmoins réduites, ce type d'acquisition de la propriété ayant plutôt vocation à s'appliquer aux biens corporels, non pas tant parce que les biens incorporels ne sont pas susceptibles de possession, mais parce que l'appréhension ne constitue assurément pas un mode naturel d'acquisition des biens incorporels. Cette observation ne saurait toutefois remettre en cause l'existence de la propriété des créances. Cela signifie simplement que les modes d'acquisition de la propriété sont susceptibles de varier en fonction de l'objet de l'appropriation. Ainsi ne s'étonne-t-on pas du fait que l'occupation est rare en matière immobilière ; pas plus qu'on ne se choque d'envisager les dispositions spécifiques à la propriété mobilière (sous-entendu corporelle) ou à la propriété immobilière. Certaines particularités sont tout aussi légitimes relativement aux créances.

La question de savoir si les dispositions sur l'acquisition par l'État des biens vacants et sans maître sont applicables aux créances semble en revanche plus pertinente.

B. L'application aux créances des dispositions relatives à l'acquisition par l'État des biens vacants et sans maître

599- L'acquisition des biens sans maître, mode d'acquisition de la propriété d'origine légale, constitue un mode d'acquisition originaire de la propriété, l'État ne tenant son droit de personne et n'ayant donc pas à souffrir des éventuelles limitations du droit de son prédécesseur.

En droit français, les biens sans maître sont régis par les articles 539 et 713 du Code civil. Cette catégorie de choses regroupe à la fois les *res nullius*, qui sont les choses qui n'ont jamais été appropriées, et les *res derelictae*, qui sont les choses abandonnées par leur propriétaire²⁰⁰⁸. C'est la loi elle-même qui attribue à l'État les biens vacants et les biens sans maître. Selon l'article 539 du Code civil, « *Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public* ». De plus, aux termes de l'article 713 du même code, « *les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'État* »²⁰⁰⁹.

600- On peut s'interroger sur le point de savoir si des valeurs mobilières peuvent être acquises par l'État, en application des dispositions relatives aux biens

²⁰⁰⁸ R. LIBCHABER, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Biens*, n° 19, p. 5.

²⁰⁰⁹ Voir aussi : l'article 768 C.C.f. : « *À défaut d'héritiers, la succession est acquise à l'État* ».

vacants et sans maître. En dépit de leur formulation large, les articles 539 et 713 du Code civil doivent être interprétés d'une façon restrictive, afin de laisser un domaine d'application à l'occupation²⁰¹⁰. On admet couramment²⁰¹¹ que la règle générale qui veut que les biens sans maître appartiennent à l'État, a seulement vocation à s'appliquer en matière de succession en déshérence²⁰¹² et d'immeubles²⁰¹³. Une telle conception devrait logiquement conduire à refuser l'application du régime des biens vacants et sans maître aux valeurs mobilières. Les titres étant, aux termes de l'article 529 du Code civil, des meubles par détermination de la loi²⁰¹⁴, ils ne devraient pouvoir être acquis que par des particuliers, en vertu de cette interprétation restrictive.

Par exception cependant, l'hypothèse d'une acquisition indirecte des valeurs mobilières peut être envisagée, du fait de l'appréhension par l'État, de successions contenant des titres en déshérence. En effet, « [l]orsque le défunt ne laisse ni parent au degré successible, ni conjoint survivant, ni légataire universel, sa succession est dite en déshérence et sera alors recueillie par l'État »²⁰¹⁵. De plus, l'article L. 27 du Code du domaine de l'État prévoit que sont définitivement acquises à l'État les actions, parts de fondateurs, obligations et autres valeurs mobilières des collectivités publiques, lorsqu'elles sont atteintes par la prescription trentenaire ou conventionnelle²⁰¹⁶.

Ces dispositions montrent donc qu'en droit français, les créances peuvent être comptées parmi les biens susceptibles d'être appropriés par l'État, au titre de l'acquisition des biens sans maître.

601- Par ailleurs, l'article 717 du Code civil français traite du sort des choses perdues ou épaves, en renvoyant à des textes particuliers. Ces textes nombreux, dont l'objet est de ne pas faire supporter à l'État un poids de gestion trop lourd, qui serait lié à la négligence des propriétaires particuliers, ont pour point commun d'adopter un

²⁰¹⁰ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 127, p. 155. Cette solution classique paraît être confirmée par la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982, qui a posé en principe le champ de la propriété privée et relégué dans le domaine de l'exception celui de la propriété publique : Cons. Const. 16 janvier 1982, D. 1983.169, note L. HAMON.

²⁰¹¹ Voir en ce sens : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, t. 3, *Les biens*, par M. PICARD, n° 592, p. 603 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 1, p. 841.

²⁰¹² Art. 713, 723, 724, 768 à 772, 811-814 C.C.

²⁰¹³ Art. L. 27 bis, L. 23 et L. 25 du Code du domaine de l'État.

²⁰¹⁴ Art. 529 C.C. : « Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers [...] ».

²⁰¹⁵ J. DJOUDI, *Rép. civ. Dalloz, v° Occupation*, n° 9. Voir aussi F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 412, p. 307 : « Parmi les *res nullius*, il en est qui sont attribuées par l'État par les articles 539 et 713 : ce sont les successions en déshérence. L'État recueille les successions des personnes qui décèdent *ab intestat* et ne laissent pas d'héritier, ainsi que les successions auxquelles les héritiers appelés renoncent (art. 768) ».

²⁰¹⁶ Voir sur ce point : J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 249, p. 387.

principe similaire, qui veut que l'État devienne, au bout d'un certain temps, propriétaire de la chose, ou du produit de sa vente.

Le devenir des *sommes et des titres déposés* est réglé, s'agissant des coupons, des actions et des *obligations*, par la loi du 25 juin 1920 (art. 111) et, s'agissant des sommes versées en compte à l'administration des postes, par la loi de finances du 30 janvier 1907 (art. 31-34). Il résulte de ces textes que l'État peut acquérir, d'une manière directe et par voie d'accession, des valeurs mobilières et des sommes versées sur un compte en banque.

602- En droit québécois, les dispositions relatives aux biens sans maître se trouvent aux articles 934 et suivants du Code civil du Québec. Sont sans maître les biens qui n'ont pas de propriétaire, tels les biens abandonnés ou *res derelictae* (art. 934 C.c.Q.). Aux termes de l'article 935 C.c.Q., « Les meubles sans maître appartiennent à la personne qui se les approprie par occupation » et l'alinéa second du même article précise que les meubles abandonnés que personne ne s'approprie appartiennent soit « aux municipalités qui les recueillent sur leur territoire », soit à l'État (art. 935 al. 2 C.c.Q.)²⁰¹⁷. Ici encore, une attention particulière doit être accordée aux successions vacantes, c'est-à-dire aux successions pour lesquelles il n'existe aucun parent successible.

603- Le Code civil du Québec prévoit que c'est l'État qui recueille les biens du défunt et qui les administre par l'intermédiaire d'un curateur public²⁰¹⁸. Selon l'article 698 alinéa 2 C.c.Q., « *Tant qu'ils demeurent confiés à l'administration du curateur public, les biens de la succession ne sont pas confondus avec les biens de l'État* ». Ce n'est que lors de la reddition des comptes par le curateur, que les sommes qui constituent le reliquat de la succession « *sont alors acquises à l'État* » (art. 701 C.c.Q.).

Par ailleurs, l'article 702 du Code civil du Québec prévoit que l'héritier peut réclamer la succession avant la fin de la liquidation. Les biens faisant partie de la succession, dont les créances susceptibles d'y figurer, sont alors des biens sans maître

²⁰¹⁷ Voir sur l'occupation : S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, op. cit., p. 65. On notera ici que la jurisprudence comme la doctrine, considèrent que le domaine public comprend tant les meubles que les immeubles, et tant les biens incorporels que corporels : S. NORMAND, op. cit., p. 361 ; *Richard Lassalle Construction Ltée c. Concepts Ltd.*, [1973] C.A. 944, 949 (j. Turgeon).

²⁰¹⁸ Art. 696 à 702 C.c.Q. Art. 696 C.c.Q. : « Lorsque le défunt ne laisse ni conjoint ni parent au degré successible, ou que tous les successibles ont renoncé à la succession, ou qu'aucun successible n'est connu ou ne la réclame, l'État recueille, de plein droit, les biens de la succession qui sont situés au Québec [...] ». L'État est « *saisi, comme un héritier, des biens du défunt*, dès que tous les successibles connus ont renoncé à la succession ou six mois après le décès, lorsque aucun successible n'est connu ou ne réclame la succession » (art. 697 al.1). Voir notamment : P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 998 ; G. BRIÈRE, *Droit des successions*, op. cit., 3^e éd. par J. BEAULNE, n° 269 et suiv.

puisque l'État n'a pas un véritable droit de propriété sur les biens composant la succession, mais un simple droit de saisine²⁰¹⁹. Dès lors, les dispositions combinées des articles 701 et 702 du C.c.Q. permettent d'envisager une acquisition originaire des créances par voie d'occupation, dans l'hypothèse où un héritier fait valoir ses droits sur une succession dont l'État a été saisi.

604- Si le domaine traditionnel et naturel de l'occupation est usuellement cantonné aux choses matérielles, ni le droit français, ni le droit québécois ne sont toutefois totalement réfractaires à l'admission d'une acquisition de la propriété des créances par cette voie et, moins encore, à l'acquisition de la propriété des créances au titre des biens sans maître.

La question se pose à présent de savoir si l'usucapion, ou prescription acquisitive, est ou non envisageable en matière de créances.

§2. L'usucapion des créances

605- L'usucapion est généralement définie comme un mode d'acquisition de la propriété à la suite d'une possession prolongée²⁰²⁰. Le domaine de la possession étant traditionnellement réduit aux choses corporelles²⁰²¹, il est usuellement admis que la

²⁰¹⁹ Art. 698 C.c.Q.; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 998. Voir notamment sur la saisine : G. BRIÈRE, *Droit des successions, op. cit.*, 3^e éd. par J. BEAULNE, n° 97 et suiv., notamment n° 100 : « La notion de saisine a été invoquée dans des cas où elle n'avait rien à faire. Tout d'abord, elle n'est pas la transmission de la propriété des biens ou des droits du *de cuius*. Lorsque notre droit connaissant la succession irrégulière [...] l'exécuteur testamentaire avait la *saisine sans être propriétaire* » ; et n° 102, où l'auteur définit la saisine comme « l'autorisation légale de se comporter de *plano* en possesseur de l'hérédité ou, mieux encore, l'habilitation légale à exercer les droits et actions du défunt sans avoir besoin d'accomplir aucune formalité préalable ».

²⁰²⁰ J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 189, p. 302 « la prescription ou usucapion [...] est un mode d'acquérir la propriété » ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 198, p. 209 et 210 : « La prescription acquisitive que l'on appelle aussi l'usucapion, est [...] un mode d'acquisition propres aux droits réels principaux, spécialement de la propriété, par la possession prolongée d'un bien [...] » ; F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 127, p. 155 : « [L]orsqu'une personne possède durablement un bien, elle en devient propriétaire à l'expiration d'un délai fixé par la loi » ; A.-M. SOHM-BOURGEOIS, v° *Prescription acquisitive, loc. cit.*, n° 9. Aux termes de l'article 2910 du Code civil du Québec, « La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir le droit de propriété ou l'un de ses démembrements, par l'effet de la possession ».

²⁰²¹ Voir notamment en droit français : J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 220, p. 237 : « En principe, même si la lettre du texte ne l'impose pas directement, seuls les meubles corporels peuvent faire l'objet d'une véritable possession et se transmettre sans publicité ». *Adde* : C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français, op. cit.*, t. 2, § 210, n° 283. En droit québécois : D. VINCELETTE, *La possession, op. cit.*, n° 12, p. 63 : « L'article 2192 du Code civil définit la possession comme 'la détention ou la jouissance d'une chose (...)'. De quelle chose s'agit-il ? À quel objet matériel la possession s'applique-t-elle ? Faute de réserve particulière énoncée par le législateur la possession peut affecter toute chose matérielle individualisée ».

prescription acquisitive n'a pour objet que les biens matériels²⁰²². Pour la doctrine majoritaire, tant française que québécoise, l'usucapion ne saurait donc être appliquée à des créances²⁰²³. Le refus de l'usucapion des créances s'explique en grande partie par l'idée selon laquelle la possession constitue un « *décalque du droit de propriété* »²⁰²⁴, si bien que la propriété des créances étant refusée, il faudrait du même coup condamner la possession des créances. Inversement, la propriété des créances admise, la logique voudrait que l'on admette leur possession²⁰²⁵.

606- La possibilité d'une prescription acquisitive est habituellement subordonnée à la présence de trois conditions : une chose susceptible de possession, une possession non viciée, ainsi que l'écoulement d'un certain délai. On les regroupera ici en deux volets, à savoir, une condition relative à la possession (A) et une condition relative au délai (B).

A. La condition relative à la possession des créances

607- Davantage que l'absence de vices de la possession (2), c'est l'existence même d'une possession des créances qui pose question (1).

1. L'existence de la possession des créances

608- Dans les deux droits étudiés, les limites de la conception matérialiste de la possession (a) conduisent à envisager la possibilité d'une conception plus extensive de la possession (b).

²⁰²² M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique, op. cit.*, t. 3, n° 47 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les Biens, op. cit.*, n° 435, p. 546 : la prescription acquisitive ne s'applique pas aux meubles incorporels ; H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, vol. 2, par F. CHABAS, n° 1481.

²⁰²³ En droit français : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 459, p. 340 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 575, p. 177 ; A.-M. SOHM-BOURGEOIS, *Rép. civ. Dalloz, v° Prescription acquisitive*, n° 20. En droit québécois : P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 1065 ; M. CANTIN CUMYN, « Les principaux éléments de la révision des règles de la prescription », (1989) 30 *C. de D.* 611.

²⁰²⁴ J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 121, p. 207.

²⁰²⁵ Voir J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *loc. cit.*, p. 1426 : « s'il est vrai que la propriété peut exister indépendamment de la possession (lorsqu'elle s'exerce *solo animo*), cette éventualité ne saurait être considérée comme normale, l'immense majorité des propriétaires étant en réalité des possesseurs ».

a) Les limites de la conception matérialiste de la possession

609- La définition classique de la possession, vue comme « *la maîtrise de fait, le pouvoir physique exercé sur une chose* »²⁰²⁶, porte en elle la réduction de son objet. Le possesseur est décrit comme réunissant un double élément : le *corpus*, ou élément matériel, qui désigne l'appréhension d'une chose, et l'*animus*, ou élément psychologique, perçu comme l'intention du possesseur²⁰²⁷. Si, en raison de son immatérialité, l'*animus* peut aisément s'adapter à une possession incorporelle, le *corpus* étant défini comme l'appréhension *matérielle* de la chose, la possession des meubles incorporels est nécessairement rejetée dans le domaine de l'impossible²⁰²⁸.

610- Retenir une conception strictement matérialiste de la possession ne permet pas de rendre compte de la totalité des hypothèses dans lesquelles le législateur, tant français que québécois, a utilisé la notion de possession. Elle ne rend notamment pas compte de la possession d'une créance en matière d'usufruit ou de gage, ni celle du droit d'emphytéose ou d'antichrèse, pas plus que celle des servitudes continues et apparentes²⁰²⁹. La loi elle-même a recours à la notion de *possession d'un fonds de commerce*²⁰³⁰ et l'article L. 613-7 du Code de la propriété intellectuelle, utilise la notion de « *possession de l'invention* ». On ne fera ici que reprendre les exemples les plus typiques de cette inadaptation.

Tel est le cas des dispositions relatives au paiement au possesseur de la créance (α) ou encore à la possession des créances en matière de gage (β) ou d'usufruit (γ).

α . Le paiement au possesseur de la créance

611- La conception restrictive de la possession ne permet pas de rendre compte de la totalité des hypothèses dans lesquelles le législateur, tant français que québécois, a utilisé la notion de possession. Ainsi, la conception matérialiste de la possession n'explique pas d'une manière satisfaisante l'article 1240 du Code civil français, qui

²⁰²⁶ J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., n° 118, p. 202.

²⁰²⁷ A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 24, p. 29.

²⁰²⁸ A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 25, p. 31.

²⁰²⁹ Voir sur ce point : B. LOTTI, thèse préc., n° 238, p. 270.

²⁰³⁰ Loi du 17 mars 1909, confirmée par la loi du 29 juin 1935, relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce (J.O. 19 mars, p. 2809), art. 2 et art. 23, qui utilisent les expressions d' « *entrée en possession* », de « *prise de possession* » et de « *reprise de possession* ».

considère comme valable le paiement fait de bonne foi à celui qui est « *en possession de la créance* »²⁰³¹.

Il est vrai que la doctrine prive généralement d'effet ce dernier article en refusant de le fonder sur la possession au sens technique²⁰³², si bien que les règles de la « *possession véritable* » ne sauraient s'appliquer aux créances²⁰³³. La seule réserve admise est celle des créances incorporées dans un titre, pour lesquelles plusieurs admettent qu'elles tireraient leur matérialité du titre dans lequel elles sont inscrites²⁰³⁴.

612- Le contenu technique de l'article 1240 du code civil français ne doit pourtant pas être trop vite nié. En effet, cet article répond à la définition de la possession telle qu'elle est donnée par l'article 2228 du Code civil, celle-ci n'étant nullement réduite à la détention matérielle d'une chose, mais concernant également la jouissance d'un droit²⁰³⁵. Si la possession produit des effets juridiques, pourquoi ne serait-ce pas parce que la loi présume que celui qui apparaît comme étant le propriétaire doit être traité comme s'il l'était réellement ? Une partie des commentateurs reconnaît la technicité de cet article²⁰³⁶. À tout le moins peut-on s'interroger : « *Le possesseur du droit de propriété ne jouit-il pas paisiblement de la qualité de propriétaire ? N'est-il pas dans une condition juridique telle qu'il passe pour le vrai propriétaire ? N'est-il pas le titulaire apparent de la propriété ? [...] Pourquoi le titulaire apparent de la créance n'aurait-il pas la même qualité ? Il a l'extériorité du droit de créance ; il est un*

²⁰³¹ Art. 1240 C.C. : « le paiement fait de bonne foi à celui qui est *en possession de la créance*, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé ». Voir sur ce point : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, *op. cit.*, n° 21, p. 53 et 54.

²⁰³² H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, t. 2, vol. 2, n° 1416 ; C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, § 174, p. 110 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique, op. cit.*, t. 3, n° 47, selon lesquels les éléments, ainsi que les effets de cette possession, seraient « *essentiellement différents de ceux qui caractérisent la possession d'un droit réel* ». Voir aussi : J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 202 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *De la prescription, op. cit.*, n° 201, p. 121.

²⁰³³ J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 121, p. 207 : « *cette apparence, qui peut sans doute avoir pour conséquence de faire présumer le droit jusqu'à preuve contraire, est loin de produire les effets spécifiques de la possession (ex. l'a. 2279 est inapplicable à la possession d'une succession, même mobilière, ou d'une créance)* ».

²⁰³⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de Code civil français, op. cit.*, t. 3, n° 144 et suiv. L'idée d'une incorporation des créances dans un titre a néanmoins subi un large démenti dans le droit positif contemporain : voir *supra*, n° 484 et suiv.

²⁰³⁵ Art. 2228 C.C.f. : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ».

²⁰³⁶ P. CORLAY, thèse préc., p. 56 : « *la notion est prise, ici, dans son sens technique et non pour traduire, par métaphore l'apparence créée par quelque situation juridique* » ; A. PÉLISSIER, thèse préc., p. 313 et suiv.

possesseur »²⁰³⁷. L'article 1240 ne parle d'ailleurs pas de créancier apparent ou de possession d'état de la créance, mais bien de *possession de la créance*²⁰³⁸.

L'article 1240 du Code civil français correspond d'ailleurs au fondement même de l'institution possessoire et aux conséquences qui s'y attachent²⁰³⁹. Ainsi, dans la cession Dailly, en cas de notification, le paiement au cédant ou à un autre cessionnaire que celui ayant notifié, expose le débiteur à payer deux fois, le cessionnaire ayant marqué par sa notification, sa qualité de possesseur de la créance. Inversement, « *L'article 1240 évite au débiteur cédé de pénibles recherches sur la réalité du titre du créancier. Ainsi, lorsque le second cessionnaire lui notifie la cession de créance, il est autorisé à donner foi à cet acte qui manifeste un pouvoir de fait sur la créance* »²⁰⁴⁰. Cela montre que le débiteur cédé est fondé à prendre en compte la situation que crée la possession pour diriger son paiement²⁰⁴¹. Or, seule l'interprétation de l'article 1240 C.C. comme une possession au sens strict permet de rendre compte des effets de cet article, tels que le droit positif les a consacrés.

613- En droit québécois, on trouve le pendant de l'article 1240 du code français, dans l'article 1559 du Code civil du Québec, qui dispose que « [l]e paiement fait de bonne foi au *créancier apparent* est valable, encore que subséquemment il soit établi qu'il n'est pas le véritable créancier ». La notion de « *créancier apparent* » a remplacé l'ancienne formulation de l'article 1145 du Code civil du Bas Canada, dont les termes étaient identiques à ceux du Code Napoléon. Néanmoins, selon l'*Office de révision du Code civil*, « [c]et article reproduit textuellement l'[ancien] article 1145 C.C. »²⁰⁴². La doctrine n'hésite pas à l'admettre, en considérant que le « paiement est [...] valable s'il est fait de bonne foi au *créancier apparent*, c'est-à-dire à celui qui est en possession de

²⁰³⁷ P.-J. RAVAIL, *De l'objet de la possession. Essai sur le droit romain, l'ancien droit français et le droit actuel*, thèse Paris, Arthur Rousseau, 1899, n° 217, p. 203.

²⁰³⁸ A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 5, p. 9.

²⁰³⁹ Voir notamment P.-J. RAVAIL, thèse préc., n° 217, p. 203 ; A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 376, p. 318 : « *Seule une interprétation au sens strict de l'expression 'possession de la créance' permet de déceler la réelle portée de l'article 1240 du Code civil* ».

²⁰⁴⁰ A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 374, p. 317.

²⁰⁴¹ A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 375, p. 317 : « Par la notification, le cessionnaire affirme son pouvoir de fait sur la créance. En bloquant les possibilités de paiement, il manifeste sa volonté de prendre possession de la créance. L'acte juridique de notification n'est que le signe de son pouvoir de fait sur la créance par lequel il s'impose comme son possesseur ».

²⁰⁴² OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec, Commentaires*, vol. 2, t. 2 p. 662, art. 214. Voir aussi les *Commentaires du Ministre de la Justice*, art. 1559 : « Cet article reprend la règle de l'article 1145 C.c.B.C. en la précisant, toutefois, selon l'interprétation que lui ont donné la doctrine et la jurisprudence. *Même si le texte antérieur traitait du paiement effectué à celui qui était en possession de la créance, on admettait qu'il visait non seulement le détenteur du titre ou de l'écrit qui constatait la créance, mais aussi, plus généralement, celui qui possédait la qualité apparente de créancier aux yeux du débiteur. Le nouvel article confirme donc cette interprétation* ».

la créance »²⁰⁴³. Le créancier apparent étant identifié au possesseur de la créance, cela explique les effets juridiques qui s'attachent à cette possession.

β. La constitution du gage sur créances par la mise en possession de la créance

614- En droit français, la constitution d'un gage sur une créance, à l'instar de la constitution d'un gage sur un droit incorporel quelconque, est soumise à la nécessité d'une *mise en possession*²⁰⁴⁴. En effet, l'article 2076 du Code civil prévoit que « dans tous les cas le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties ».

La nature de cette tradition en matière de biens incorporels a été questionnée : « La mise en gage d'un meuble incorporel, et plus particulièrement d'une créance, suppose donc, au même titre que celle d'un meuble corporel, une tradition. Mais, une *tradition de quoi, puisque, par hypothèse, il n'y a pas de 'corpus' susceptible d'être remis au créancier ?* »²⁰⁴⁵. Certains auteurs ont refusé la possibilité même d'un gage sur créance, au motif que la mise en possession des biens incorporels serait impossible²⁰⁴⁶. Plus couramment, on admet que la tradition peut concerner le titre qui représente la créance, le gage d'une créance étant considéré comme impossible, en l'absence d'un tel titre²⁰⁴⁷.

615- Dans une position moins tranchée, on a considéré que la mise en possession de la créance, contrairement à la mise en possession des biens corporels, ne saurait se faire par une quelconque remise de la créance²⁰⁴⁸. En revanche, la *fonction* de la mise en possession peut concerner tant les biens corporels qu'incorporels. Si « la

²⁰⁴³ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations, op. cit.*, n° 317, p. 577. Voir toutefois sur la distinction entre possession et apparence de droit : notamment J. DJOUDI, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Possession*, n° 7 : « Or, les effets protecteurs de la possession bénéficient au possesseur lui-même. La propriété apparente ne protège pas l'auteur de l'apparence trompeuse, tandis que la possession protège justement celui qui a été à l'origine de son existence ».

²⁰⁴⁴ A. FRANÇON, « L'usufruit des créances », *Rev. trim. dr. civ.* 1957.1, p. 10 ; D. LEGEAIS, thèse préc., n° 55, p. 35 : « La mise en possession est requise même lorsque c'est une créance ou un droit qui est mis en gage ». D.A. IMBROANE, thèse préc., n° 8, p. 28 : « Une des conséquences essentielles de la théorie de la réalité sur le terrain pratique a été l'assimilation du gage d'une créance à celui d'une chose corporelle quant à l'obligation de la *mise en possession* du créancier gagiste ; on est même en droit de penser que cette exigence traditionnelle a été tellement décisive qu'elle a assigné d'avance au gage d'une créance la seule nature juridique susceptible de la justifier ».

²⁰⁴⁵ P.-H. DELVAUX, « La mobilisation des créances à titre de garantie », dans *La transmission des obligations, op. cit.*, p. 520.

²⁰⁴⁶ D. LEGEAIS, thèse préc., n° 41, p. 29 et 30, qui réfère à Pothier dans la première édition de son traité.

²⁰⁴⁷ Voir notamment : F. LAURENT, *Principes de droit civil français, op. cit.*, t. 28, n° 477 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité de droit civil, op. cit.*, t. 25, n° 475.

²⁰⁴⁸ D. LEGEAIS, thèse préc., n° 69, p. 45.

mise en possession assure le transfert d'un pouvoir de fait sur une chose » en matière de meubles corporels, il ne peut en être de même s'agissant d'un bien incorporel. Dans ce cas, on peut seulement reconnaître au créancier « un certain nombre de prérogatives, aussi bien à l'encontre du débiteur de la créance qu'à l'encontre du constituant, pour préserver la valeur de son gage »²⁰⁴⁹. Dès lors, « [c]e transfert de prérogatives est l'équivalent de la remise de la chose »²⁰⁵⁰. Dans une telle analyse, la remise du titre n'est plus essentielle à la mise en possession²⁰⁵¹.

616- Si l'on applique l'idée, antérieurement développée, selon laquelle la signification requise par l'article 2075 du Code civil²⁰⁵², à l'instar de la signification requise par l'article 1690 du même code en matière de cession de créances²⁰⁵³, permet la mise en possession de la créance, l'énigme de la tradition des créances s'évanouit. Telle était déjà l'idée de Troplong, qui expliquait la formalité de signification prévue par cet article comme constituant « le genre de prise de possession propre au transport des meubles incorporels, car il a toujours été de règle en droit français que le simple transport ne saisit pas et que *c'est par la signification que le créancier prend possession extérieure de son droit* »²⁰⁵⁴.

Au-delà de sa fonction de publicité, cette formalité permet de réaliser la dépossession du créancier constituant²⁰⁵⁵. Comme le souligne un auteur, « [c]'est le pouvoir de fait de la possession qui conditionne ici l'existence du droit. *Par la signification, le créancier constituant abdique son pouvoir de fait sur la créance, ou lorsqu'il s'agit d'une acceptation, le débiteur reconnaît le transfert de pouvoir sur la créance, c'est-à-dire la paralysie du pouvoir de fait du créancier constituant assurant ainsi le pouvoir de fait du créancier gagiste* »²⁰⁵⁶.

²⁰⁴⁹ D. LEGEAIS, thèse préc., n° 69, p. 46.

²⁰⁵⁰ D. LEGEAIS, thèse préc., n° 70, p. 46.

²⁰⁵¹ *Ibid.* D. LEGEAIS, thèse préc., n° 69, p. 46.

²⁰⁵² L'art. 2075 C.C. soumet la validité du gage sur créances à la signification au débiteur de la créance de l'écrit constatant le gage, ou à son acceptation dans un acte authentique : « lorsque le gage s'établit sur des meubles incorporels, tels que les créances mobilières, l'acte sous seing privé, dûment enregistré, est signifié au débiteur de la créance donnée en gage ou acceptée par lui dans un acte authentique ».

²⁰⁵³ Voir sur le parallèle classique entre l'article 2075 C.C. et l'article 1690 C.C. en matière de cession de créance : D. LEGEAIS, thèse préc., n° 79, p. 50.

²⁰⁵⁴ R.T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, Du nantissement et de l'antichrèse*, commentaire du titre XVIII, livre III, du Code civil, Paris, 1847, n° 265.

²⁰⁵⁵ Voir notamment sur la fonction de mise en possession de la signification : Cass. Civ., 6 janvier 1994, J.C.P. 1994.IV.595.

²⁰⁵⁶ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, thèse préc., n° 302, p. 237. Voir aussi P. CROCQ, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Nantissement*, n° 22, p. 5 : « Cette exigence de dépossession s'applique même lorsque le nantissement a pour objet un bien incorporel en dépit de l'objection selon laquelle les biens incorporels seraient insusceptibles de possession. Il suffit, en effet, pour l'admettre, de considérer que le nantissement d'un bien incorporel peut conférer au créancier une emprise sur le bien qui est équivalente à celle que procure la dépossession du débiteur. Tel est, par exemple le cas en matière de nantissement de créance (en ce sens : CABRILLAC et MOULY, *[Droit des sûretés]*, 5^e éd. Paris, Litec, 1999), n° 109, qui font

617- La jurisprudence, en interprétant l'article 2076 du Code civil français²⁰⁵⁷, a écarté l'idée d'après laquelle la remise d'un titre corporel serait nécessaire pour réaliser la mise en possession du créancier. Les tribunaux ont décidé que la mise en possession du gagiste est réalisée par la signification au débiteur de la créance donnée en gage²⁰⁵⁸. La Cour de cassation a également affirmé, à l'occasion d'une affaire relative à une servitude de ne pas bâtir, qu'un droit, chose essentiellement incorporelle, peut être l'objet d'une possession et en conséquence d'une action possessoire²⁰⁵⁹.

618- S'agissant du nantissement des titres négociables, il se fait, dans le cas des titres à ordre, soit par endossement pignoratif (art. 91 al. 2 du Code de commerce) soit « par inscription du transfert à titre de garantie sur les registres de l'établissement émetteur si le titre est nominatif » (art. 91 al. 3 C. Com.), soit enfin, dans le cas d'un titre au porteur, par « la transmission de la possession du titre »²⁰⁶⁰.

Le gage des créances est donc soumis, en droit français, à une nécessité de mise en possession, laquelle se réalise par la signification. Tel n'est pas le cas en droit québécois.

619- La réforme du droit des sûretés au Québec a fait de l'hypothèque l'unique sûreté réelle reconnue par ce droit²⁰⁶¹. L'hypothèque mobilière sur des créances est réglementée aux articles 2710 et suivants du Code civil du Québec²⁰⁶². L'hypothèque portant sur une créance ou sur une universalité de créances peut être constituée *avec ou sans dépossession* (art. 2710 al. 1 C.c.Q.)²⁰⁶³. Toutefois, la personne physique qui

remarquer qu' 'il suffit de signifier au débiteur de ne pas payer le créancier pour que ce dernier perde la maîtrise sur sa créance' [...] ».

²⁰⁵⁷ Aux termes de cet article, « le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties ». Voir notamment sur la possession du gage : Com., 13 février 1990, *Bull. com.* IV, n° 45, p. 30.

²⁰⁵⁸ Civ. 1^{ère}, 10 mai 1983, D. 1984. 433, note G. LÉGIER ; *Rép. Defr.* 1983, 1393, note A. PIEDELIÈVRE.

²⁰⁵⁹ Req. 8 juill. 1914, S. 1916. I. 86.

²⁰⁶⁰ P. CROCQ, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Gage*, n° 20, p. 4 ; Cass. Com. 25 fév. 1975, *Bull. civ.* IV, n° 61.

²⁰⁶¹ Voir cependant : D. LEGAIS, thèse préc., n° 627, p. 341 : « En apparence, l'U.C.C. Américain et le projet de Code civil du Québec ne reconnaissent qu'une garantie mobilière, qualifiée « *security interest* » ou hypothèque. Cette appellation unique dissimule en réalité l'existence de deux sûretés. L'une est une véritable hypothèque car elle est constituée grâce à l'inscription sur un registre ; l'autre est un gage, car elle est réalisée par la mise en possession du créancier ».

²⁰⁶² Sur la variété des créances susceptibles de faire l'objet d'une hypothèque : L. PAYETTE, *op. cit.*, n° 1106, p. 472 : « L'hypothèque peut porter sur une *créance née et actuelle, ou future* ; sur une *créance échue, ou non* (art. 2743 C.c.) ; sur une *créance liquide, ou non liquide* : en ce dernier cas, le titulaire de l'hypothèque a le pouvoir de prendre action en justice pour en obtenir la liquidation (art. 2713 et 2746 C.c.) ; sur une *créance exigible, ou non*, sur une *créance individualisée ou sur toutes les créances englobées dans une universalité* (art. 2711 C.c.) ».

²⁰⁶³ Seule la personne ou le fiduciaire exploitant une entreprise peuvent recourir à l'hypothèque sur une universalité de biens : art. 2684 C.c.Q.

n'exploite pas une entreprise peut simplement hypothéquer ses créances par voie de dépossession²⁰⁶⁴. Lorsqu'elle est réalisée sans dépossession, l'hypothèque mobilière doit être constituée par écrit (art. 2696 C.c.Q.), à peine de nullité absolue²⁰⁶⁵. Alors que les sûretés sans dépossession doivent être publiées par inscription, dans le cas des sûretés avec dépossession, « la dépossession tient lieu dans leur cas de publicité »²⁰⁶⁶.

620- Comme l'a récemment souligné un auteur, « [S]elon la thèse classique, le gage implique la dépossession du constituant qui se réalise, *s'il s'agit d'un meuble corporel, par la remise du meuble* ou, *s'il s'agit d'une créance, par la signification de la cession au débiteur ou par l'acceptation que celui-ci en fait* »²⁰⁶⁷. Toutefois, depuis le Code civil du Québec et la reconnaissance d'une hypothèque sans dépossession, « [l]e contrat de gage n'est plus unanimement considéré comme un contrat réel et la dépossession est analysée par certains comme une simple formalité de publicité sanctionnée non pas par la nullité, mais seulement par l'inopposabilité. Sous cet angle, le contrat de gage devient une sûreté consensuelle soumise à la publicité »²⁰⁶⁸.

621- L'hypothèque mobilière avec dépossession est constituée par la *remise du bien ou du titre* (art. 2702 C.c.Q.). Dans le cas des titres négociables, l'article 2709 du Code civil du Québec prévoit que la remise se fait par l'endossement et la délivrance, ou par la délivrance, selon que le titre est à ordre ou au porteur.

S'agissant des *créances non constatées dans un titre négociable*, certains auteurs sont d'avis qu'elles ne peuvent être l'objet d'une hypothèque avec dépossession²⁰⁶⁹, contrairement au droit antérieur²⁰⁷⁰. La Cour suprême a récemment infirmé cette position. Dans l'affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*²⁰⁷¹, la haute cour a estimé qu'il est possible de créer valablement une hypothèque mobilière avec dépossession sur une créance non constatée par un titre négociable. Encore faut-il alors « *pour la constitution comme pour la publication de ce gage que le créancier obtienne la maîtrise effective et exclusive de cette créance*. Les formalités à accomplir pour obtenir cette maîtrise consisteront à la fois à *remettre le titre de la créance au créancier, si un tel titre constate la créance et que sa remise est possible, et à respecter*

²⁰⁶⁴ D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, Les Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, Québec, 1995, n° 254, p. 115.

²⁰⁶⁵ D. PRATTE, *op. cit.*, n° 187.

²⁰⁶⁶ L. PAYETTE, *op. cit.*, n° 1899, p. 826.

²⁰⁶⁷ J. AUGER, « Problèmes actuels de sûretés réelles », (1997) 31 *R.J.T.* 619, n° 53.

²⁰⁶⁸ J. AUGER, *loc. cit.*, n° 54.

²⁰⁶⁹ D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, *op. cit.*, n° 258, p. 118.

²⁰⁷⁰ P. CIOTOLA, *op. cit.*, p. 78.

²⁰⁷¹ *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, J.E. 2003-1144 (C.S.).

les exigences de l'article 2710, alinéa 2 C.c.Q. soit les mêmes formalités que celles prévues pour l'opposabilité d'une cession de créance en vertu des articles 1641 et suivants C.c.Q. »²⁰⁷².

622- Alors que plusieurs opposent les titres négociables aux titres non négociables et s'interrogent pour savoir si les seuls titres négociables peuvent faire l'objet d'une hypothèque avec dépossession, le fond du débat semble être de savoir si un titre est ou non nécessaire pour matérialiser la possession des créances. Si certains le considèrent, on peut estimer avec d'autres, qu'une créance qui n'est pas constatée dans un titre peut faire l'objet d'un gage avec dépossession.

Comme le souligne M. Payette, il existe « deux interprétations différentes de la loi relative à la constitution d'un gage sur créance. *Pour les uns, celui-ci n'a lieu que sur les créances représentées par un titre négociable dans lequel elles font corps* : le gage s'établit alors par la délivrance de ce titre corporel. *Pour les autres [...] le gage sur créance sous le Code civil du Québec ne couvre pas un champ moins vaste que sous le Code civil du Bas Canada et se constitue par l'accomplissement des gestes requis pour donner au créancier la 'maîtrise de fait' de la créance* »²⁰⁷³. Il peut s'agir de la livraison du titre, lorsque la créance est constatée par un titre négociable, ou de l'accomplissement des formalités de l'article 1641 C.c.Q., lorsque tel n'est pas le cas, ces formalités marquant la maîtrise du créancier sur sa créance²⁰⁷⁴.

Ainsi, de même qu'en droit français, et comme sous le Code civil du Bas Canada, la mise en possession des créances peut se faire par le biais des formalités de signification ou de ses substituts. La conception strictement matérialiste de la possession se heurte encore à la mise en possession de l'usufruitier des créances.

²⁰⁷² M. BOUDREAULT, « Le dixième anniversaire du Code civil du Québec : L'évolution dans le domaine des sûretés réelles », (2001) 105 R. du N. 696.

²⁰⁷³ L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 1104, p. 471 et les références : *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, C.S. Rimouski, n° 100-11-000756-986, 5 mars 1999, J.E. 99-787 (C.S.) ; *contra* : *Blouin et Bérubé (Syndic de) c. La Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant*, C.A. Montréal, n° 200-09-002486-988, 22 janvier 2001.

²⁰⁷⁴ L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, *op. cit.*, n° 1104, p. 471 : « si la créance est constatée par un titre négociable, la livraison du titre au créancier accomplit ces fins ; dans les autres circonstances, cette 'maîtrise' se réalise lorsque les débiteurs de la créance cédée deviennent liés par l'hypothèque et ne peuvent se libérer autrement que par un paiement de la dette entre les mains du créancier hypothécaire (par suite d'un acquiescement du débiteur à l'hypothèque, de la réception par lui d'une copie de l'écrit constatant l'hypothèque ou d'une autre preuve opposable au constituant : art. 1641 C.c.) »

y. La mise en possession de l'usufruitier des créances

623- En matière d'usufruit des créances, l'usufruitier doit être mis en *possession de la créance* pour pouvoir user et acquérir les fruits de la créance²⁰⁷⁵. Il résulte, tout d'abord, des articles 1607 et 1689 du Code civil français, que la tradition des droits incorporels peut être réalisée par la remise du titre. En l'absence de titre, la tradition est réputée faite, dès lors que le vendeur consent à l'usage de son droit (art. 1607 C.C.f.). Quant à l'information du débiteur, l'article 1690 du Code Napoléon est généralement analysé comme réalisant une formalité de publicité. On a vu toutefois que, les auteurs qui ont influencé la genèse du Code civil considéraient la signification comme une formalité nécessaire à la mise en possession des créances²⁰⁷⁶ et que l'article 1690 du code, en faisant référence à la saisine, semble avoir perpétué l'idée d'une signification ayant l'effet d'une mise en possession²⁰⁷⁷. De même, en droit québécois, les formalités prévues en matière de cession de créance ont moins pour objet d'opérer une publicité de la cession, que de permettre une mise en possession de la créance²⁰⁷⁸. La mise en possession de l'usufruitier peut donc se faire, en droit français comme en droit québécois, tant par la remise du titre que par l'information du débiteur.

624- En droit français, lorsque la créance est une valeur mobilière²⁰⁷⁹, en plus des formalités de signification, l'information peut également passer par une inscription sur les registres de la société, ou par une inscription en compte. Depuis la dématérialisation des valeurs mobilières, l'inscription sur les registres d'une société est exceptionnelle mais, dans le cas des sociétés civiles, il est possible qu'une telle inscription puisse réaliser l'entrée en jouissance de l'usufruitier (art. 1865 al.1 C.C.f.²⁰⁸⁰). Même si la loi exige l'inscription en compte des valeurs mobilières au nom

²⁰⁷⁵ Art. 1143 *a contrario* C.c.Q.

²⁰⁷⁶ Voir : J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre III, titre VII, section II, n° 22, qui admettait que, pour user de son droit avec le consentement du vendeur et entrer ainsi en possession d'un droit incorporel, il était nécessaire que le cessionnaire ait signifié son titre au débiteur.

²⁰⁷⁷ Cette position a reçu l'appui des décisions jurisprudentielles qui admettent que, dans les relations entre cessionnaire et débiteur et contrairement aux relations entre le cessionnaire et les tiers, une acceptation non formelle de la cession suffit : F. ZENATI, v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 125 et les références citées. Voir notamment Cass. Req., 6 fév. 1878, D.P. 1878.1.275 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1970, *Bull. civ. I*, n° 19.

²⁰⁷⁸ La mise en possession du débiteur peut se faire par son acquiescement, ou encore, par la réception par le débiteur d'une copie ou d'un extrait de l'acte de cession, ou d'une autre preuve de la cession (1641 C.c.Q.).

²⁰⁷⁹ Voir notamment : A. LAINÉ, *De l'usufruit des valeurs mobilières*, Paris, A. Pédone, 1912 ; J. COCARD, *L'usufruit des actions et des obligations*, thèse Caen, 1938.

²⁰⁸⁰ Art. 1865 al. 1 C.C.f. : « La cession de parts sociales doit être constatée par écrit. Elle est rendue opposable à la société dans les formes prévues à l'article 1690, ou, si les statuts le stipulent, par transfert sur les registres de la société ».

de leur propriétaire (art. L. 228-1 al. 2 du Code de commerce), plusieurs auteurs sont d'avis que la constitution d'un usufruit sur une valeur mobilière devrait conduire à faire mention du nom de l'usufruitier²⁰⁸¹.

Une conception plus intellectuelle de la possession, qui puisse inclure l'ensemble des manifestations de la possession, mérite alors d'être envisagée.

b) La possibilité d'une conception intellectuelle de la possession

625- Les discussions sur le point de savoir si la possession nécessite ou non une mainmise matérielle sur le bien ne sont pas nouvelles. La controverse est connue, qui a opposé au XIX^e siècle les deux romanistes allemands Savigny et Ihéring autour de la nature juridique de la possession²⁰⁸². Dans la conception de Savigny, le *corpus* désigne la *détention matérielle de la chose ou le pouvoir physique exercé sur elle*, l'*animus* étant l'intention d'exercer le droit de propriété. Cette théorie a été qualifiée de subjective, car d'après cette construction, l'élément matériel ne permettant pas de distinguer le possesseur du détenteur, l'élément caractéristique de la possession doit être identifié dans l'*animus domini*. Au contraire, dans la théorie objective de la possession adoptée par Ihéring, le *corpus* est le fait d'exercer sur la chose les actes qu'exercerait le propriétaire, l'*animus* constituant la volonté d'exercer le *corpus*²⁰⁸³. Ainsi, la possession ne nécessite aucune mainmise ou appréhension matérielle de la chose. Dans cette conception, « [p]osséder, c'est accomplir, à l'occasion de la chose et conformément à sa destination, *les actes qu'accomplit normalement et ordinairement un propriétaire* »²⁰⁸⁴, la possession étant l'« extériorité du droit ».

626- Il n'est sans doute pas inutile de rappeler que la possession des droits était reconnue en droit romain²⁰⁸⁵. Dès l'époque classique, on distinguait la *possessio rei*,

²⁰⁸¹ F. ZENATI, v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 134.

²⁰⁸² À la suite d'Aubry et Rau et de Planiol, la doctrine moderne majoritaire analyse la possession comme un état de fait : J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 348 et p. 352 : « *On peut dire que la possession, en elle-même est un simple fait. Mais ce fait, dans certains cas et sous certaines conditions, produit certains effets juridiques. D'autre part, ce fait est parfois protégé comme tel ; il devient alors un droit, et l'on peut en ce sens parler d'un droit de possession* ». À l'inverse, l'idée selon laquelle la possession constitue un droit a été soutenue : C. BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, op. cit., t. 4, par P. VOIRIN, n° 69 et 686.

²⁰⁸³ Pour une théorie intermédiaire, plutôt proche de celle d'Ihéring : R. SALEILLES, *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, Dijon, Imprimerie Darantière, 1894, p. 207. Pour Saleilles, le possesseur était « *celui qui apparaissait dans le monde des faits extérieurs, comme le maître de fait de la chose et qui voulait l'être* » : op. cit., n° 110, p. 376.

²⁰⁸⁴ P.-J. RAVAIL, thèse préc., p. 12.

²⁰⁸⁵ P.-J. RAVAIL, thèse préc., n° 52, p. 50 : la possession « *ne consiste plus dans le fait de soumettre une chose à son pouvoir physique ; elle est la jouissance ou l'exercice d'un droit se manifestant par des actes*

« qui désignait la possession des choses corporelles et correspondait à la jouissance complète et exclusive d'une chose », de la *quasi-possessio* des droits réels d'usufruit ou de servitude, qui correspondait au fait de se comporter comme si l'on était titulaire du droit²⁰⁸⁶.

La reconnaissance historique de la possession des créances a trouvé un écho chez des auteurs tels que Domat ou Pothier. Alors que le premier admet « une espèce de possession des choses qui ne consistent qu'en des droits »²⁰⁸⁷, le second considère qu'« en général, la jouissance que j'ai de quelque droit que ce soit est une quasi-possession », cette dernière étant « susceptible des mêmes qualités et des mêmes vices que la véritable possession »²⁰⁸⁸.

La question se pose alors de savoir si la conception de la possession retenue par le droit français (α) et par le droit québécois (β) est ou non strictement matérialiste.

a. Droit français

627- En définissant la possession comme la détention d'une chose ou l'exercice d'un droit, le législateur français semble avoir retenu une conception large de l'objet de la possession²⁰⁸⁹. Au XIX^e siècle, la majorité de la doctrine, dans une interprétation fidèle à la lettre de l'article 2228 du Code civil, avait défini la possession comme la détention d'une chose ou la jouissance d'un droit²⁰⁹⁰. Puis, les auteurs se sont éloignés de la lettre du texte pour adopter une conception unitaire de l'objet du *corpus*²⁰⁹¹, cette unification étant faite tantôt à partir de la notion de droit, tantôt à partir de la notion de chose. Une première tendance a été d'unifier l'objet du *corpus* autour de la notion de chose²⁰⁹². Dans cette optique, ce qui est possédé - autrement dit, l'objet du *corpus*

visibles. Elle se dématérialise pour ainsi dire. Si elle a encore pour objet des choses, elle s'applique également aux droits ».

²⁰⁸⁶ B. LOTTI, thèse préc., n° 238, p. 269 et 270 ; M. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi, op. cit.*, p. 45 : « [...] si les Romains sont partis d'une conception de la possession envisageant une appréhension et détention matérielle d'une chose, ils ne s'y sont pas tenus strictement. Ils ont aussi admis que la protection possessoire joue au profit de celui qui ne prétend pas avoir la jouissance complète de la chose mais avoir seulement un droit de servitude ou de superficie ».

²⁰⁸⁷ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Durand, 1777, n° 5, p. 294.

²⁰⁸⁸ R.J. POTHIER, *Œuvres annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, par J.-J. BUGNET, 2^e éd., t. 15, *Traité de la possession et de la prescription*, Paris, Debure, 1776, n° 37, p. 278.

²⁰⁸⁹ Art. 2228 C.C.f., précité. Le Code civil français a repris les principes du droit romain en matière de possession : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité, op. cit.*, t. 3, par M. PICARD, n° 143 et suiv. ; M. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi, op. cit.*, p. 45 ; R. RODIÈRE, *Enc. Dall. dr. civ.*, v° *Possession*, n° 4.

²⁰⁹⁰ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 32, 3^e éd., Paris, A. Marescq, 1878, n° 263 ; V. MARCADÉ, *Explication du Code Napoléon, op. cit.*, t. 2, p. 58.

²⁰⁹¹ Sur cette évolution : A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 25, p. 31.

²⁰⁹² C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français, op. cit.*, t. 2, § 177, p. 106 : « [...] on appelle possession dans le sens le plus large de cette expression, l'état ou la relation de fait qui donne à une

possessoire- est la chose, l'exercice des actes matériels sur cette chose étant la manifestation du *corpus*²⁰⁹³.

628- Au contraire, une autre tendance doctrinale a admis que l'objet du *corpus* est, en définitive, toujours un droit²⁰⁹⁴. La définition dualiste du *corpus* retenue par le Code civil ne serait qu'un reflet de la confusion, une fois de plus invoquée, que les jurisconsultes romains faisaient entre le droit de propriété et son objet. Mais si, d'après ces auteurs, seuls les droits peuvent être possédés, il ne s'agit, parmi les droits, que des seuls droits réels. Dès lors, on possède moins la chose que le droit réel sur la chose²⁰⁹⁵. Les commentateurs qui soutiennent une telle position, considèrent que le législateur aurait dû définir de façon univoque la possession comme l'exercice d'un droit²⁰⁹⁶.

Cette dernière conception est aujourd'hui majoritaire²⁰⁹⁷. Or, la possession vue comme l'exercice d'un droit, n'exclut en rien les créances de son domaine d'application. Comme le souligne le professeur Viennois, « [s]i l'on admet qu'elle se définit comme l'utilisation, l'exercice du droit, la possession s'applique naturellement aux biens incorporels »²⁰⁹⁸. Tout comme pour la possession des corps, le créancier peut exercer son droit par des actes de possession²⁰⁹⁹.

629- Le refus de la possession des droits personnels ne devrait pouvoir être fondé en logique sur le fait que la possession d'un droit est impossible, puisque la possession des droits réels est admise. On pourrait alors estimer que le rejet doctrinal d'une possession des créances est moins fondé sur le fait que la créance s'analyse en un droit, que sur le fait qu'il s'agit de la catégorie spécifique des droits personnels. Mais, ici encore, l'argument est sujet à critique. En effet, la doctrine comme la jurisprudence admettent que l'article 2279 du Code civil est applicable à la créance incorporée dans un titre. Or, l'incorporation d'une créance dans un titre n'a pas pour effet d'en modifier la

personne la possibilité physique, actuelle et exclusive, d'exercer sur une chose des actes matériels, d'usage, de jouissance ou de transformation » ; R.-J. POTHIER, *op. cit.*, t. 9, n° 1, p. 428, selon lequel ce qui est « en la puissance du possesseur ce n'est pas le droit mais bien la chose [...] ».

²⁰⁹³ A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 47, p. 46.

²⁰⁹⁴ Voir notamment G. BAUDRY-LACANTINERIE, *De la prescription, op. cit.*, n° 196 ; J. VALETON, *De la possession des servitudes*, thèse Bordeaux, 1927, p. 39 ; P. JOURDAIN, *Les biens, op. cit.*, n° 13, p. 15.

²⁰⁹⁵ Sur ce raisonnement : F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 305, p. 336.

²⁰⁹⁶ J.-M. TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers*, Paris, Economica, 1981, n° 232.

²⁰⁹⁷ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 459, p. 340 ; P. JOURDAIN, *Les biens, op. cit.*, n° 13, p. 15 ; P.-J. RAVAIL, thèse préc., n° 14.

²⁰⁹⁸ J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *loc. cit.*, n° 13, p. 1427.

²⁰⁹⁹ En ce sens : F. ZENATI, thèse préc., n° 85, p. 128, dans sa note 142.

nature, le porteur du titre ne devenant pas, du seul fait de l'incorporation, titulaire d'un droit réel²¹⁰⁰.

Si le domaine de la possession est usuellement cantonné aux seuls droits réels²¹⁰¹, il n'y a « même en théorie pure, aucun motif de restreindre aux droits réels l'objet de la possession. *Tous les droits, sans exception, peuvent se manifester et se manifestent, en fait, par des actes extérieurs, positifs, apparents et visibles. Tous, par conséquent, sont susceptibles de possession* »²¹⁰². Le recours à la notion de jouissance dans la définition de la possession donnée par le code civil, semble au contraire montrer l'absence d'exclusion législative d'une possibilité de posséder les biens incorporels et, plus spécifiquement, les créances²¹⁰³.

630- Comme pour les droits réels, la possession d'un droit personnel trouve à se manifester par un *corpus*, ce qui vise en droit positif les actes matériels de jouissance du droit, et par un *animus*, qui est la volonté d'exercer ce droit à titre de propriétaire.

La jurisprudence refuse, jusqu'à présent, d'admettre que la possession puisse être avérée par l'accomplissement d'actes juridiques et non matériels²¹⁰⁴. Rejetant la théorie de l'*animus domini*, les tribunaux exigent l'accomplissement d'actes matériels avérés, ou faits de possession, en plus de l'intention de posséder. On peut toutefois admettre que ces actes matériels varient en fonction de la chose possédée. Pour la majorité des auteurs, il s'agit des actes de détention, mais aussi des actes de jouissance, d'usage ou de transformation, accomplis sur la chose²¹⁰⁵. Or, le fait d'encaisser des créances de loyer ou celui de percevoir des dividendes, constituent des actes de jouissance²¹⁰⁶ et donc de possession du bien créance.

²¹⁰⁰ C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, p. 155, § 183, à la note 21 ; P. CORLAY, *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1978, p. 50 et 56 et suiv.

²¹⁰¹ J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 201 ; J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 121, p. 207.

²¹⁰² P.-J. CORLAY, *De l'objet de la possession*, thèse préc., n° 17, p. 17.

²¹⁰³ Voir notamment en ce sens : J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *loc. cit.*, n° 13, p. 1427 : « Définie comme l'utilisation économique, l'exploitation, la jouissance peut être caractérisée par tout acte présentant un intérêt économique, spécialement, s'agissant de créances, la remise en vue d'un escompte ou à titre de garantie ».

²¹⁰⁴ Civ. 14 novembre 1910, D.P. 1912.1.483 ; Civ. 3^e, 3 octobre 1990, J.C.P., éd. N., 1991.II.194 ; Civ. 3, 13 fév. 1991, *Rev. trim. dr. civ.* 1992.601. Le refus des actes juridiques comme pouvant constituer le *corpus* de la possession est largement critiqué en doctrine : voir notamment P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 489, p. 143 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens, op. cit.*, n° 17, p. 17. Une ouverture jurisprudentielle en la matière semble en passe de se produire : voir Civ. 3, 11 juin 1997, D. 1998.Somm.com.57, obs. A. ROBERT ; A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 67, p. 58, qui commentant cet arrêt, observe que « sans se prononcer expressément sur la possibilité pour les actes juridiques de manifester la possession, [la Cour] a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de renvoi qui avait admis comme actes de possession, un arrêté d'amodiation et l'octroi d'un permis de construire ».

²¹⁰⁵ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique, op. cit.*, t. 3, par M. PICARD, 1926, n° 146 ; G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens, op. cit.*, n° 1130, p. 473.

²¹⁰⁶ J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 119, p. 203.

631- La définition traditionnelle de la possession ne tient pas suffisamment compte de la dimension intellectuelle de la possession. Plusieurs travaux doctrinaux ont souligné la nécessité de reconnaître une notion large de la possession, qui puisse intégrer les biens immatériels²¹⁰⁷. Une thèse récente sur la possession a proposé de réviser l'analyse traditionnelle du *corpus* possessoire, dénoncée comme insuffisante²¹⁰⁸. Selon Mme Péliissier, en réalité, « *ce qui est déterminant de la possession n'est pas que l'homme saisisse la chose, mais que par cette action de saisir, il marque son pouvoir sur une chose* »²¹⁰⁹. Le *corpus* possessoire peut alors être redéfini comme un *pouvoir de fait*²¹¹⁰, ce dernier désignant, non pas la situation de fait ou un rapport matériel avec la chose, mais dans un sens plus général, la « *possibilité d'agir directement sur la chose* »²¹¹¹. Plus précisément, ce pouvoir serait « *un rapport de puissance conscient sur une chose dont l'existence se traduit naturellement par sa conscience chez les tiers* »²¹¹².

Le *corpus* possessoire ainsi redéfini en un pouvoir de fait, l'appréhension de la chose n'est plus exclusivement matérielle : si elle est matérielle pour la plupart des meubles corporels, elle est au contraire intellectuelle pour les meubles incorporels²¹¹³. Cette redéfinition du *corpus* de la possession « permet de ne plus considérer l'immatérialité comme un obstacle, mais comme une spécificité »²¹¹⁴.

²¹⁰⁷ Ginossar a montré l'existence d'une possession des droits, aux effets certes plus restreints qu'en matière corporelle, mais néanmoins présente. Il existe, écrit-il, « à côté de la *possessio rei*, une *possessio juris*, possession d'un droit, tel le droit de créance, également protégée sous certains rapports lors même qu'elle ne coïnciderait pas avec la propriété de la créance » : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, *op. cit.*, n° 21, p. 53.

²¹⁰⁸ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, thèse Montpellier I, 2000, n° 173, p. 132 : « L'étude du contenu de l'analyse traditionnelle du *corpus* possessoire nous a révélé une notion ancienne, mal cernée par la doctrine, et exclusivement envisagée dans une approche matérialiste. En effet, la doctrine restreint inlassablement l'objet du *corpus* possessoire aux choses corporelles. Pourtant [...] dès le droit romain, une évolution s'était dessinée avec la consécration d'une quasi-possession ayant pour objet les droits réels en dehors du droit de propriété ». À partir d'une analyse de la rétention, qui se distingue de la possession par la seule absence de l'*animus domini*, l'auteur observe, à travers les exemples du gage sur des meubles incorporels avec dépossession, un modèle vers lequel la possession pourrait évoluer. Pour cet auteur : « Il convient de libérer la possession de ses entraves historiques afin qu'elle puisse, à l'instar de la rétention, ouvrir son domaine aux meubles incorporels. Le dépassement de l'analyse traditionnelle du *corpus* possessoire s'impose » (n° 175, p. 134).

²¹⁰⁹ A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 177, p. 136 et 137.

²¹¹⁰ A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 179, p. 138.

²¹¹¹ A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 215, p. 162 et la référence à F.K. de SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, *op. cit.*, §18, p. 220.

²¹¹² A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 214, p. 162.

²¹¹³ A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 225, p. 169 : « On peut alors distinguer deux formes d'appréhension qui vont coexister dans la seule notion de pouvoir de fait. Une appréhension matérielle, toujours de rigueur pour la plupart des meubles corporels, et une appréhension que l'on pourrait qualifier de plus intellectuelle, adaptée aux meubles incorporels ».

²¹¹⁴ A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 233, p. 176.

632- Si la définition de la possession donnée par Savigny est trop restrictive pour englober à la fois la détention d'une chose et l'exercice d'un droit, tel n'est pas le cas de la définition de Ihéring. Vue comme l'extériorité du droit de propriété, la possession est le *fait de se comporter en propriétaire*, une telle définition n'excluant nullement la possession des biens incorporels que sont les créances²¹¹⁵.

La conception d'une possession dématérialisée est également loin d'être étrangère au droit québécois. En définissant la possession comme l'exercice de fait d'un droit réel dont on se veut titulaire, le Code civil du Québec a consacré l'idée que c'est moins la chose que le droit qui est possédé.

β. Droit québécois

633- Dans le Code civil du Bas Canada, la possession était définie dans les mêmes termes qu'en droit français, à savoir comme la détention d'une chose ou la jouissance d'un droit (art. 2192 C.C.B.C.). Cette définition était souvent critiquée en raison de son caractère équivoque, qui aurait laissé « *supposer qu'il y a deux classes de possession ; une pour les choses corporelles et une autre pour les choses incorporelles, pour les droits (quasi-possession)* »²¹¹⁶. La cause de ce caractère équivoque était trouvée dans le droit romain et, plus spécifiquement, dans l'argument selon lequel les jurisconsultes avaient confondu le droit de propriété et la chose qui formait son objet²¹¹⁷.

Si, pour certains auteurs, l'objet de la possession résidait dans la chose²¹¹⁸, pour d'autres, il résidait dans le droit²¹¹⁹. Une partie importante de la doctrine estimait toutefois que seuls les droits réels faisaient partie du domaine « technique » de la possession²¹²⁰. La définition du Code civil du Bas Canada n'excluait pourtant pas la possibilité d'une possession des créances. En effet, la doctrine majoritaire définissait le *corpus* comme « *l'exercice effectif du droit* »²¹²¹. Or, comme nous l'avons vu pour le

²¹¹⁵ B. LOTTI, thèse préc., n° 230, p. 262 et n° 238, p. 269 et 270.

²¹¹⁶ A. AGUILAR, *De la possession dans le droit civil de la Province de Québec*, thèse pour la maîtrise en droit civil, Montréal, 1948, p. 21.

²¹¹⁷ A. AGUILAR, thèse préc., p. 22.

²¹¹⁸ D. VINCELETTE, *La possession*, op. cit., n° 12, p. 63.

²¹¹⁹ A. AGUILAR, op. cit., p. 22 : « En effet, ce qu'on possède, soit à titre de propriétaire, soit à titre d'usufruitier ou usager, ce n'est pas l'objet matériel de ces droits, mais les droits eux-mêmes ».

²¹²⁰ A. AGUILAR, op. cit., p. 31 : « En partant de l'idée que posséder revient à dire *exercer les facultés qu'un droit suppose*, on peut affirmer sans erreur que tous les droits sont susceptibles de possession. C'est dans ce sens très large du mot qu'on peut parler d'une possession d'état et de la possession d'une créance ». Cependant, ajoutait-on, « la conception technique du mot possession est plus étroite. La possession [...] suppose une relation de fait entre une personne et une chose, caractérisée par des *actes matériels* d'usage et de jouissance. Alors, il faut exclure les droits, autres que les droits réels ».

²¹²¹ D. VINCELETTE, *La possession*, op. cit., n° 9, p. 62.

droit français, une telle définition de la possession s'applique sans difficulté au bien incorporel que constitue la créance. La possession des créances était fréquemment reconnue, sur le fondement de l'article 1571 du Code civil du Bas Canada²¹²². La doctrine admettait que « l'acheteur d'une créance n'a aucune possession utile, aussi longtemps que l'acte de vente n'a pas été signifié et qu'il n'en a pas été délivré copie au débiteur »²¹²³. Certains auteurs avaient d'ailleurs admis, sous le régime de l'ancien Code civil, une possession des biens incorporels, permettant l'application à ce type de biens des règles de la prescription acquisitive ou extinctive²¹²⁴.

634- Désormais, l'article 921 du Code civil du Québec définit la possession comme « l'exercice de fait, par soi-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne qui détient le bien, d'un droit réel dont on se veut titulaire »²¹²⁵. Si la doctrine interprète cette définition comme impliquant l'impossibilité de prescrire les droits personnels²¹²⁶, cette solution n'est pourtant pas la seule possible.

Définie comme l'exercice de fait du droit de propriété, la possession peut toujours englober la possession des corps et des droits. On peut considérer que la possession vise l'exercice de fait du droit de propriété, peu important l'objet de ce droit. Ainsi interprétée, la définition légale de la possession n'exclut pas l'usucapion des créances. En effet, l'usucapion peut se réaliser par l'acquisition, par l'effet de la possession, du droit de propriété, lequel peut porter aux termes du Code civil, tant sur les biens corporels que sur les biens incorporels, au rang desquels figurent les créances.

Si ce qui est possédé est, selon le législateur québécois, le droit et non la chose, il faut en conclure non seulement que l'objet de la possession ne se réduit pas aux corps, mais également, que l'exercice de fait du droit réel de propriété peut conduire à usucaper un tel droit, quel que soit son objet, corporel ou incorporel. Ainsi, lorsque le droit réel de propriété a pour objet une créance, l'exercice de fait du droit de propriété

²¹²² Art. 1571 C.c.B.C. : « L'acheteur n'a pas de possession utile à l'encontre des tiers, tant que l'acte de vente n'a pas été signifié et qu'il n'en a pas été délivré copie au débiteur ; il peut cependant être mis en possession par l'acceptation du transport que fait le débiteur [...] ».

²¹²³ A. DESMEULES, « La vente des créances », (1954-1955) 1 C. de D. 171, p. 173.

²¹²⁴ En ce sens : Y. CARON, « La vente et le nantissement de la chose mobilière d'autrui. Première partie », (1977) 23 McGill L.J. 1. 22 : « Les règles ordinaires de la prescription acquisitive ou extinctive [...] régissent ces biens. Dans certains cas [...] la loi crée une 'possession de biens incorporels' (e.g. droits de créances et droits d'actions) ».

²¹²⁵ Les dispositions relatives à la possession se situent dans un chapitre quatre, du livre sur les biens, intitulé « De certains rapports de fait concernant les biens ».

²¹²⁶ P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 1065 : « Sauf une exception (les servitudes réelles), tous les droits réels principaux (art. 930 et 2910 C.c.Q.) peuvent être acquis par prescription ». Il n'existe pas de prescription acquisitive à l'endroit des droits personnels ». Voir aussi D.-C. LAMONTAGNE, « Distinction des biens, domaine, possession et droit de propriété », dans Barreau du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 467, à la page 486.

portant sur une créance, peut conduire à l'acquisition de la propriété de la créance par le biais de l'usucapion.

635- Cette interprétation semble d'ailleurs en accord avec l'article 2919 alinéa 1 du Code civil du Québec, qui dispose que « Le possesseur de bonne foi d'un *meuble* en acquiert la propriété par trois ans à compter de la dépossession du propriétaire ». Alors que le Code civil du Bas Canada prévoyait que « *La prescription des meubles corporels a lieu par trois ans [à compter de la dépossession], en faveur du possesseur de bonne foi* » et que : « *La possession actuelle d'un meuble corporel à titre de propriétaire fait présumer le juste titre* » (art. 2268 C.c.B.C.), le nouvel article ne distingue plus entre les meubles corporels et incorporels, laissant ainsi supposer que la prescription acquisitive leur est tout autant applicable.

Les *Commentaires du Ministre de la Justice* ont mis en exergue le fait que « [l]a disposition n'est pas limitée au meuble corporel. La possession juridique d'un meuble est possible que le meuble soit corporel ou incorporel »²¹²⁷. Cette interprétation, qui est conforme au principe selon lequel il n'y a pas à distinguer là où la loi ne distingue pas, suit également l'évolution générale du Code civil du Québec vers la voie de l'incorporel.

636- Le *corpus* étant défini comme « l'ensemble des faits de possession, matériels ou parfois juridiques (bail, etc.), soumis à l'appréciation du juge »²¹²⁸, rien n'empêche qu'une telle définition soit appliquée à des biens incorporels ou droits. L'indifférence de la matérialité de la possession se retrouve dans la possession *corpore alieno* (921 C.c.Q.), le possesseur n'ayant pas dans cette hypothèse la détention du bien, le seul fait de retirer des fruits ou de percevoir des revenus du bien étant considéré suffisant pour posséder²¹²⁹. La possibilité de posséder une créance est d'ailleurs reconnue par le Code civil du Québec, par le biais de l'hypothèque ou gage des

²¹²⁷ *Commentaires du Ministre de la Justice, op. cit.*, art. 2919 C.c.Q. *Contra* : F. FRENETTE, « De la prescription », « De la prescription », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 567-587, p. 578 : « il n'est pas du tout certain que l'élimination du qualificatif 'corporel' [...] signifie un élargissement du domaine d'application traditionnel de la prescription acquisitive en fait de meubles. En effet, l'article 2919 C.c.Q. ne réfère à nul autre droit que celui de la propriété et il n'est pas plus réaliste et exact de parler de 'propriété de créances' que de 'propriété de démembrements sur des biens meubles' ».

²¹²⁸ D.-C. LAMONTAGNE, « Distinction des biens, domaine, possession et droit de propriété », dans *La réforme du Code civil*, p. 465 et suiv., n° 50, p. 487 ; W. MARLER, *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs, 1932, n° 42. Voir la définition plus restrictive de M.-L. BEAULIEU, « Analyse de la possession », *loc. cit.*, n° 5, p. 13 selon lequel « les actes juridiques tels que le bail ou la vente ne peuvent constituer l'élément corporel de la possession ».

²¹²⁹ D.-C. LAMONTAGNE, « Distinction des biens, domaine, possession et droit de propriété », *loc. cit.*, n° 51, p. 487.

créances, qui peut être constituée avec ou sans dépossession²¹³⁰. Or, il a été jugé que « [p]ersonne ne conteste *qu'une créance, un bien incorporel, puisse être hypothéquée aux conditions et de la manière prévue par la loi* »²¹³¹.

De même, il est prévu par l'article 2758 du Code civil du Québec que l'une des mentions que doit comporter le préavis d'exercice d'un droit hypothécaire, est « *la sommation faite au débiteur de délaisser le bien grevé avant l'expiration du délai imparti* ». Le délaissement correspondant à un abandon de possession, le fait qu'un tel préavis d'exercice soit un préalable impératif à l'exercice de tout droit hypothécaire²¹³² montre également que la créance est susceptible de possession²¹³³. En effet, si tel n'était pas le cas, la créance ne pourrait être délaissée, ce qui reviendrait à priver d'effets l'hypothèque sur créance, pourtant reconnue par le législateur. Plusieurs jugements ont d'ailleurs admis sans équivoque la possibilité d'une possession des créances²¹³⁴.

637- La possession des créances ne semble donc pas impossible, ni en droit français, ni en droit québécois. La première condition requise pour que l'usucapion soit un mode d'acquisition de la propriété des créances, à savoir l'existence d'une possession des créances, est donc susceptible d'être remplie. Pour mener à une usucapion, encore faut-il que cette possession ne soit pas viciée.

638- Mentionnons enfin que, dans sa majorité, la doctrine civiliste adopte une analyse dualiste de la prescription²¹³⁵, en y voyant, conformément à l'analyse de Pothier et en dépit des similitudes de régimes juridiques, soit un mode d'acquérir, soit la cause

²¹³⁰ Le C.c.Q. admet que l'hypothèque -encore appelée gage (Art. 2665 C.c.Q.)- mobilière qui grève des créances peut être constituée sans dépossession ou avec dépossession (art. 2710 C.c.Q. : « *L'hypothèque mobilière qui grève une créance que détient le constituant contre un tiers, ou une universalité de créances, peut être constituée avec ou sans dépossession* »).

²¹³¹ *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2001] J.Q. n° 61 (C.A.) (j. en chef Michaud, j. Pigeon et j. Biron), n° 26.

²¹³² *Banque Nationale du Canada c. Ruel*, (1995) R.J.Q. 2180, 2181 (C.S.).

²¹³³ M. LACHANCE, *Le concept de garantie sous le Code civil du Québec*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, p. 36. Sur l'idée que seules les créances constatées dans un titre seraient susceptibles de possession : M. DESCHAMPS, « La fiducie pour fins de garantie », dans *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain*, Conférences Meredith 1997, Université McGill, Faculté de droit, p. 133, à la page 139.

²¹³⁴ Voir notamment *Immobilière Natgen inc. c. 2897041 Canada inc.*, [1998] R.D.I. 545 (C.A.), où il a été jugé, à propos d'une cession successive de loyers, que lorsqu'un nouveau bail est contracté, le créancier cessionnaire devient *propriétaire des créances* nouvellement acquises, mais que *pour conserver une possession utile à l'égard des tiers, il doit signifier la cession de loyer au locataire ou la faire accepter par lui*. Voir aussi : *Banque royale du Canada c. Caisse populaire Desjardins de St Théophile de Beauce*, J.E. 98-964 (C.S.); *Compagnie de papier Q.N.S. Ltée c. Paul Gobeil*, (1993) R.D.J. 119 (C.A.), p. 120 : « Attendu que [...] Cobec était légalement rentrée en possession de la créance et qu'en conséquence elle avait le droit de la percevoir ».

²¹³⁵ P. MARTINEAU, *La prescription*, op. cit., n° 2, p. 3 : « La même appellation sert à désigner deux institutions distinctes par leur nature et leurs effets ». L'auteur traite néanmoins de la prescription acquisitive et extinctive dans un même ouvrage.

d'extinction des droits²¹³⁶. Suivant cette conception, qualifiée de processuelle, « [...] la prescription extinctive s'écarte de l'usucapion. Étrangère au droit substantiel, elle n'est qu'une institution de procédure, une fin de non-recevoir, faite pour dispenser le juge, en mettant obstacle au procès, d'avoir à trancher de trop anciens litiges. Elle tend à se confondre avec un délai de forclusion donné pour accomplir la demande en justice, et sa portée se limite à éteindre l'action »²¹³⁷.

Certains auteurs ont néanmoins défendu une conception unitaire de la prescription²¹³⁸, conception qualifiée de *substantielle*. Selon eux, la prescription extinctive a pour effet « d'éteindre les droits subjectifs substantiels, tout comme la prescription acquisitive a pour effet de les faire acquérir, elle est un *mode d'extinction des droits symétrique du mode d'acquisition de ceux-ci que constitue l'usucapion*. Aussi, dans le régime des deux prescriptions, la symétrie des conditions préfigure-t-elle celle des effets [...] »²¹³⁹. Si l'on admet que la notion de prescription est unique, en dépit de leur fonction différente, acquisitive ou libératoire, la prescription extinctive étant -de l'avis unanime des auteurs- applicable aux créances, la prescription acquisitive devrait également s'appliquer à elles. Le fait que le Code civil du Québec comme le Code civil français donnent une définition unique de la prescription acquisitive ou extinctive va dans le sens d'une conception unitaire de la prescription²¹⁴⁰.

2. L'absence de vices de la possession

639- Pour pouvoir prescrire, il faut non seulement que la possession existe, mais qu'elle ne soit pas viciée. Dans les deux droits étudiés, la possession n'est utile et ne peut conduire à la prescription que si elle est continue, paisible, publique et non équivoque- comme cela est requis par l'article 2229 du Code civil français et par l'article 2911 du Code civil du Québec²¹⁴¹.

²¹³⁶ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 327, p. 358.

²¹³⁷ M. BANDRAC, thèse préc., n° 1, p. 1.

²¹³⁸ S. FOURNIER, *Essai sur la notion de prescription en matière civile*, thèse Grenoble, 1992 ; M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, thèse Paris II, 1983.

²¹³⁹ M. BANDRAC, thèse préc., n° 1, p. 1.

²¹⁴⁰ Art. 2219 C.c.f. : « La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi » ; art. 2875 C.c.Q. : « La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par l'écoulement du temps et aux conditions déterminées par la loi ».

²¹⁴¹ Voir notamment en droit québécois : F. BROCHU, « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière », (2003) 105 *R. du N.* 737, à la page 748 : « Pour produire ses effets, l'article 2911 C.c.Q. indique que la prescription doit se fonder sur une possession conforme aux conditions établies à l'article 922 C.c.Q., c'est-à-dire une possession paisible, continue, publique et non équivoque ».

640- Le vice de clandestinité est davantage susceptible d'affecter une créance qu'un bien corporel, puisque l'extériorisation de la possession par des actes de jouissance peut être plus secrète que l'extériorisation de la possession sur un meuble corporel. On considère généralement que la clandestinité est avérée « lorsque le comportement constituant le *corpus* a été dissimulé à ceux qui avaient intérêt à empêcher l'usucapion, la possession est clandestine et, partant, leur est inopposable [...] »²¹⁴².

En plus des conditions relatives à la possession, l'usucapion des créances n'est possible que si certaines conditions relatives au délai sont remplies.

B. La condition relative à la durée de la possession

641- Le délai de droit commun pour prescrire diffère en droit français et en droit québécois. En droit français, le délai de droit commun pour prescrire est de trente ans. Il existe cependant des délais de prescription plus courts, comme c'est le cas en matière immobilière, pour la prescription abrégée de dix à vingt ans.

Dans le Code civil du Bas Canada, le délai requis pour usucaper était de dix ans, dans l'hypothèse où le possesseur était de bonne foi et possédait un titre translatif de propriété, ou de trente ans, dans le cas contraire²¹⁴³. L'article 2268 prévoyait néanmoins que la prescription acquisitive pouvait s'acquérir par trois ans, lorsqu'il s'agissait d'un meuble corporel et que le possesseur était de bonne foi²¹⁴⁴.

Avec le Code civil du Québec, le délai de droit commun est passé de trente à dix ans, même dans les cas où le possesseur a un titre ou est de bonne foi (art. 2917 C.c.Q.)²¹⁴⁵.

642- L'article 2279 du Code civil français, qui prévoit l'acquisition instantanée au bénéfice du possesseur de bonne foi d'un meuble, est inconnue du droit québécois, où l'acquisition se fait par trois ans.

En droit québécois, par exception au délai de droit commun, la prescription est triennale pour les meubles (2919 C.c.Q.), à la condition que le possesseur soit de bonne

²¹⁴² J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., n° 120, p. 205.

²¹⁴³ A. AGUILAR, op. cit., p. 74.

²¹⁴⁴ Art. 2268 C.c.B.C. : « La possession actuelle d'un meuble corporel à titre de propriétaire fait présumer le juste titre. C'est au réclamant à prouver, outre son droit, les vices de la possession et du titre du possesseur qui invoque la prescription ou qui en est dispensé d'après les dispositions du présent article ».

²¹⁴⁵ Art. 2917 C.c.Q. : « Le délai de prescription acquisitive est de dix ans, s'il n'en est autrement fixé par la loi ».

foi (art. 2219 et 2220 C.c.Q.). Contrairement au droit français, la possession ne confère pas, en tant que telle, un titre de propriété.

643- Si elle se manifeste un peu différemment dans les deux droits, l'usucapion des créances semble néanmoins possible dans les deux systèmes étudiés, les textes français et québécois étant suffisamment larges pour admettre la prescription acquisitive des créances.

En droit français, la question se pose en outre de savoir si la fonction acquisitive de la règle « en fait de meubles, possession vaut titre », est applicable aux biens incorporels que sont les créances.

§3. L'applicabilité aux créances de l'article 2279 du Code civil français dans sa fonction acquisitive

644- La formule de l'article 2279 du Code civil français est historiquement issue de la jurisprudence du Châtelet de Paris. En droit romain, contrairement à l'actuel droit français, le propriétaire d'un meuble pouvait le revendiquer contre le possesseur tant que celui-ci n'en était pas devenu propriétaire par usucapion.

La règle romaine, fondée sur le principe « *nemo plus juris* », se retrouve de nos jours en droit québécois. Dès lors, la règle de l'acquisition instantanée au profit du possesseur de bonne foi d'un meuble n'existe qu'en droit français

645- La règle de l'article 2279 du Code civil français a une fonction acquisitive de propriété, dans l'hypothèse où le possesseur de bonne foi a acquis un meuble d'un non-propriétaire²¹⁴⁶. Le domaine de l'article 2279 du Code civil est traditionnellement restreint aux meubles corporels, tant par la doctrine que par la jurisprudence²¹⁴⁷. Il n'est pourtant pas exclu que l'article 2279 ait vocation à régir les créances²¹⁴⁸. On ne saurait déduire des termes de la loi, qui vise les meubles sans autre précision, que les biens incorporels doivent être exclus du domaine de cet article. De plus, les auteurs ont noté que la jurisprudence ne répugne pas à inclure dans son domaine certains droits,

²¹⁴⁶ J. CARBONNIER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 228, p. 358.

²¹⁴⁷ La jurisprudence s'est prononcée contre l'application aux créances de l'art. 2279 C.C. : Cass. civ. 2 déc. 1856, D.P. 56.1.443 ; Cass. Req., 25 nov. 1929, D.H. 1930.3.

²¹⁴⁸ Déjà en ce sens : J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *loc. cit.*, p. 1237 : « [...] il n'existe pas de raison d'exclure que la possession produise les mêmes effets de droit lorsqu'elle porte sur une créance que lorsqu'elle porte sur un meuble corporel ».

d'usufruit ou de gage, lorsqu'ils portent sur des corps²¹⁴⁹. Ce n'est donc pas le caractère incorporel des créances qui les exclut du champ d'application de ce texte²¹⁵⁰. Or les créances sont, tout autant que les meubles corporels, sujettes à aliénation et les mêmes raisons qui ont conduit le législateur à protéger les impératifs du commerce en donnant au possesseur de bonne foi un titre, même s'il a acquis *a non domino*, devraient donc s'appliquer à elles²¹⁵¹. De plus, l'acquisition de la propriété sur le fondement de l'article 2279 du Code civil, aurait en outre l'avantage de conférer au propriétaire de créances un titre fort, la possession créant « un titre nouveau et inattaquable »²¹⁵². L'application aux créances de l'article 2279 du Code civil, dans sa fonction acquisitive, paraît donc à la fois intéressante pratiquement et possible théoriquement.

646- Si l'on accepte d'inclure les créances dans le domaine de l'article 2279 du Code civil, encore faut-il que les conditions d'application de cet article se trouvent réunies. En dehors de la condition relative à l'existence de la possession des créances, la possession doit être véritable, effective et exempte de vices²¹⁵³. La possession est véritable lorsqu'elle se fait à titre de propriétaire et non de simple détenteur²¹⁵⁴. La possession doit en outre être effective. Si l'on considère traditionnellement que pour être effective, la possession doit se concrétiser dans la détention matérielle du meuble²¹⁵⁵, cette maîtrise peut néanmoins être indirecte, ce qui est notamment le cas lorsqu'un titre représente le droit²¹⁵⁶. La possession doit enfin être exempte de vices, et plus spécifiquement, elle doit être exempte de violence, de clandestinité ou d'équivoque

²¹⁴⁹ Si l'on considère généralement que le domaine de l'article 2279 du Code civil exclut les meubles incorporels, à l'exception des titres au porteur (Agen, 6 mai 1993 et Paris, 21 mai 1993, *Dr. Sociétés*, nov. 1993, n° 215, p. 17, note H. HOVASSE), la doctrine et la jurisprudence admettent que le droit réel d'usufruit ou de gage, qui sont pourtant des biens incorporels, font partie de son domaine d'application : B. LOTTI, thèse préc., n° 239, p. 271.

²¹⁵⁰ Le fondement ne semble pas être le caractère incorporel de ces biens, puisque certains biens incorporels y sont soumis (ainsi, le l'usufruit et le gage sont soumis à l'art. 2279 en droit positif), et qu'à l'inverse, certains meubles corporels ne font pas partie de son domaine d'application (navires de mer, bateaux de rivière, aéronefs). Voir J. DJOUDI, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Revendication*, n° 88.

²¹⁵¹ B. BOULOC, *loc. cit.*, n° 107 ; A. PÉLISSIER, thèse préc., n° 445, p. 398 : « L'impératif de sécurité du commerce n'est pas moins impérieux et le véritable propriétaire dépossédé n'est pas plus diligent lorsque le bien en cause dans le conflit est un meuble incorporel ».

²¹⁵² F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 486, p. 359.

²¹⁵³ B. BOULOC, *loc. cit.*, n° 126.

²¹⁵⁴ Req., 12 mars 1918, D.P. 1921.1.148.

²¹⁵⁵ Cette condition est toutefois issue d'un emprunt à l'article 1141 du Code civil, qui traite de la transmission successive du même objet mobilier à deux personnes différentes. Sur cet emprunt : J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 3, n° 76.

²¹⁵⁶ B. BOULOC, *loc. cit.*, n° 129 : « Si les biens mobiliers ont donné lieu à création d'un titre représentatif, la possession du titre représentatif de ces biens équivaut à la possession des biens eux-mêmes ».

–le vice de discontinuité étant écarté, dès lors que le possesseur acquiert la propriété instantanément²¹⁵⁷.

Par ailleurs, la seconde condition pour pouvoir invoquer l'article 2279 du Code civil est une condition de bonne foi²¹⁵⁸. Cette dernière désigne la croyance du possesseur d'avoir contracté avec le véritable propriétaire²¹⁵⁹ et s'apprécie au moment de l'entrée en possession. La bonne foi étant présumée (2268 C.C.), c'est au revendiquant de prouver la mauvaise foi du possesseur, cette preuve pouvant être faite par tous moyens²¹⁶⁰.

647- Quand bien même les créances demeureraient-elles exclues du domaine de l'article 2279 du Code civil, comme elles le sont *de lege lata*, cela signifie simplement que la revendication des créances reste possible contre l'acquéreur d'une créance ayant acquis de bonne foi *a non domino*. Une telle possibilité ne condamnerait pas pour autant la reconnaissance de la possession des créances, à partir du moment où tous les meubles corporels eux-mêmes ne sont pas concernés par la règle. Exclure les créances du domaine de l'article 2279 du Code civil ne reviendrait finalement qu'à un retour au droit commun, qui admet la revendication contre le possesseur²¹⁶¹.

Si les modes d'acquisition fondés sur la possession se retrouvent tout autant s'agissant des biens incorporels que sont les créances que s'agissant des biens corporels, il convient à présent de considérer si l'accession des créances est envisageable.

SECTION II. L'ACCESSION DES CRÉANCES

648- La notion de propriété, telle qu'elle existe en droit commun, étant applicable aux créances, la question de l'application du mécanisme de l'accession aux créances mérite d'être posée. Si, en droit français, l'habitude s'est prise, de cantonner les développements relatifs à l'accession à la seule accession par incorporation²¹⁶², l'accession par production, souvent négligée dans son rôle de source d'acquisition des

²¹⁵⁷ En ce sens : B. BOULOC, *loc. cit.*, n° 132.

²¹⁵⁸ Req., 1^{er} fév. 1893, D.P. 1894.1.278.

²¹⁵⁹ Civ., 11 juill. 1887, S. 1887.1. 453.

²¹⁶⁰ Req., 27 mars 1889, D.P. 1890.1.413.

²¹⁶¹ Dans le cas où le possesseur du meuble corporel acquis *a non domino* est de mauvaise foi, le délai requis pour prescrire revient au droit commun, à savoir la prescription trentenaire. Voir A.-M. SOHM-BOURGEOIS, v° *Prescription acquisitive*, *loc. cit.*, n° 22.

²¹⁶² Voir notamment R. SAINT-ALARY, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Accession*.

fruits, apparaît toutefois clairement dans les textes. L'intérêt de remettre en avant l'accession par production, à côté de l'accession par incorporation, transparaît dans le droit québécois, où la loi comme la doctrine n'hésitent pas à placer sur un même niveau les deux types d'accession, respectivement dénommées accession par production et accession par union²¹⁶³.

L'étude de l'acquisition de la propriété des créances par accession recouvre à la fois l'examen de l'accession par incorporation, ou par union (§1), et de l'accession par production (§ 2).

§ 1. L'application de l'accession par incorporation ou par union aux créances

649- Aux termes de l'article 546 du Code civil français, « La propriété d'une chose²¹⁶⁴, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur *tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement*, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession »²¹⁶⁵. Le droit québécois donne une définition pratiquement identique de l'accession. Selon l'article 948 du Code civil du Québec, « La propriété d'un bien²¹⁶⁶ donne droit à ce qu'il produit et à ce qui s'y unit, de façon naturelle ou artificielle, dès l'union. Ce droit se nomme accession ». Tout comme en droit français, l'accession peut être immobilière (art. 954 s. C.c.Q.) ou mobilière (art. 971 s. C.c.Q.).

Si l'on accepte le critère traditionnel de l'accession, qui réside dans l'existence d'un lien matériel entre deux biens, cela exclut *a priori* l'accession des modes d'acquisition de la propriété des créances (A). On observe toutefois une tendance doctrinale et jurisprudentielle, dans laquelle le déclenchement de l'accession est moins lié à l'union matérielle de deux biens, qu'à une union intellectuelle, ou simplement économique entre deux biens (B).

²¹⁶³ Voir notamment L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 4, p. 15 : « Le propriétaire, ayant le droit de jouir de sa chose de la manière la plus absolue, acquiert, par droit d'accession, les fruits naturels, industriels et civils qu'elle peut produire ». D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, op. cit., n° 759, p. 431 : « En toutes hypothèses, l'accession a lieu par production ou par union : « la propriété d'un bien donne droit à ce qu'il produit et à ce qui s'y unit ... » (948 C.c.Q.) », et n° 761, p. 432 : « En principe et sauf convention contraire [...] ou prescription en faveur d'un tiers, les « fruits et revenus » (910 C.c.Q.) issus d'un bien appartiennent à son propriétaire, par droit d'accession (948, 949 C.c.Q., id. 409 C.c.B.C.) ».

²¹⁶⁴ Le législateur québécois a substitué le terme bien à la place de celui de chose, anciennement utilisé, pour définir l'accession.

²¹⁶⁵ Voir aussi : art. 712 C.C. : « La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription » ; art. 551 C.C. : « tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire ».

²¹⁶⁶ On remarque que l'article équivalent en droit français utilise la notion de chose.

A. Le critère traditionnel de l'accession : la nécessité d'une union matérielle entre deux biens

650- En droit français, l'accession par incorporation est traditionnellement définie comme recouvrant l'hypothèse de l'acquisition d'un bien accessoire par rapport à un bien principal, dans le cas où les deux biens, qui appartenaient à des propriétaires différents, ont été *matériellement* réunis²¹⁶⁷. On considère alors que, par l'accession, la propriété d'une chose entraîne *ipso jure* la propriété d'une autre chose qui lui est *physiquement* rattachée, moyennant indemnité²¹⁶⁸.

Seule l'accession mobilière nous intéresse ici²¹⁶⁹, laquelle regroupe trois types d'accessions, à savoir l'adjonction, la spécification et le mélange. S'agissant tout d'abord de l'adjonction, elle a lieu « lorsque deux choses mobilières appartenant à deux propriétaires différents ont été réunies de manière à former un seul tout, mais sont néanmoins séparables, en sorte que l'une puisse subsister sans l'autre »²¹⁷⁰. Le mélange, ou confusion, désigne « l'union de deux choses qui cessent d'être distinctes et reconnaissables »²¹⁷¹. Enfin, la spécification est traditionnellement définie comme étant « la formation d'une chose nouvelle par le travail d'une personne sur la matière mobilière appartenant à un autre »²¹⁷².

651- L'accession *par union* du droit québécois concerne l'accession immobilière artificielle ou industrielle, l'accession immobilière naturelle et, enfin, l'accession mobilière naturelle (art. 954 et s. ; art. 971 et s. C.c.Q.)²¹⁷³. S'agissant de l'accession mobilière, elle vise « les biens meubles appartenant à plusieurs personnes et dont les composantes ne peuvent être séparées sans détérioration ou sans un travail excessif (mélange ou adjonction) ou qui ont été travaillées ou transformées par autrui (spécification) »²¹⁷⁴.

652- Au premier abord, les dispositions relatives à l'accession par union semblent principalement concerner des biens corporels. Il est couramment soutenu que

²¹⁶⁷ J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 59, p. 107 : « Si les deux biens complémentaires, appartenant à deux propriétaires différents, viennent à être *unis matériellement*, le propriétaire du principal acquiert la propriété de l'accessoire a. 546 ».

²¹⁶⁸ A. SÉRIAUX, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Propriété*, n° 28.

²¹⁶⁹ Ce type d'accession est réglementé aux art. 565 à 577 C.C.

²¹⁷⁰ R. SAINT-ALARY, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Accession*, n° 213.

²¹⁷¹ R. SAINT-ALARY, *loc. cit.*, n° 222.

²¹⁷² R. SAINT-ALARY, *loc. cit.*, n° 226.

²¹⁷³ D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, n° 767, p. 435.

²¹⁷⁴ D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, n° 792, p. 449.

les règles posées par la loi en matière d'accession mobilière, sont uniquement applicables aux biens matériels²¹⁷⁵. Il est vrai que la référence à une détérioration du bien, à une séparation ou à un travail sur le bien, sont toutes des notions qui semblent relever du domaine de la corporalité. En outre, l'un des principaux arguments invoqués pour refuser l'ouverture de l'accession au champ des biens incorporels, est de dire que de tels biens n'étant pas susceptibles de possession²¹⁷⁶, le second propriétaire ne pourrait appréhender le bien originaire et le transformer.

L'application du mécanisme de l'accession aux biens incorporels serait pourtant intéressante d'un point de vue pratique, si bien qu'on peut se demander si une interprétation plus souple de l'accession peut être envisagée.

B. Le critère possible d'une union intellectuelle ou économique entre les biens

653- L'accession par incorporation est un mécanisme propre à « résoudre les conflits relatifs à la propriété d'une chose issue de l'union de choses appartenant à des propriétaires différents »²¹⁷⁷. Elle conduit à l'adjonction d'un bien à un autre, le premier perdant son individualité et s'adjoignant au second pour appartenir au même propriétaire. Ce mécanisme, qui est intéressant lorsque deux biens corporels sont concernés, peut l'être également lorsque les biens en cause sont incorporels.

Or, un aménagement de la notion d'accession est possible, qui permet de lui donner toutes ses potentialités. Une interprétation plus souple de l'accession peut être préconisée, en raison de l'importance que le législateur, tant français que québécois, a donné à l'*équité* en matière d'accession.

654- Les tentatives doctrinales d'application du mécanisme de l'accession aux propriétés intellectuelles constituent un précédent intéressant à l'idée selon laquelle l'accession peut s'appliquer aux biens incorporels que sont les créances. En dépit de la position traditionnelle, qui réduit le domaine de l'accession aux seules choses

²¹⁷⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° *Accession mobilière* : « Accession résultant de mélange ou d'adjonction d'un *meuble corporel* à un autre ou de transformation d'une matière par l'industrie d'un tiers (spécification) [...] ». Pour une interprétation jurisprudentielle restrictive de l'accession : Paris, 13 janvier 1993, D. 1993.i.r.90, qui refuse d'appliquer à des droits d'auteur les règles de l'accession mobilière, au motif qu'elles sont uniquement applicables à des choses corporelles et matérielles. Voir aussi sur ce point : C. POURQUIER, thèse préc., p. 152.

²¹⁷⁶ P.-Y. GAUTIER, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabiniens », *loc. cit.*, p. 154.

²¹⁷⁷ C. PAULIN, *J.-Cl. Civil*, art. 565-567, n° 25.

corporelles²¹⁷⁸, la thèse de l'applicabilité de l'accession mobilière aux droits intellectuels a été soutenue en doctrine.

Dans un article relatif à l'application de l'accession aux œuvres de l'esprit, le professeur Gautier estime qu'il est possible de retenir « *une conception moins stricte du droit réel, ne tenant pas tant à la nature du pouvoir sur la chose qu'à l'activité déployée par son titulaire* », possibilité d'autant plus aisément admissible que « *la loi ne distingue pas en l'occurrence, entre meubles corporels et incorporels, alors que les droits intellectuels étaient déjà connus [...]* »²¹⁷⁹. Dans une telle conception, « *rien n'empêche d'unir deux meubles incorporels, de procéder à une incorporation, une transformation* », toutes hypothèses qui renvoient à la définition de l'accession²¹⁸⁰. L'accession pourrait alors s'appliquer à l'hypothèse d'une union de deux droits d'auteurs²¹⁸¹.

655- Le concept d'accession revêt un intérêt topique concernant les œuvres de l'esprit, pour régler la question de savoir si une œuvre dérivée constitue une transformation de l'œuvre originaire. Selon le professeur Gautier, les dispositions des articles 566 à 576 du Code civil français, qui traitent de l'adjonction, de la spécification et du mélange, sont à écarter, car elles ont manifestement été pensées pour les choses corporelles²¹⁸². En revanche, le chapeau introductif constitué par l'article 565 du Code civil serait propre à régler le conflit entre le créateur initial et l'auteur de la nouvelle chose, en raison de la généralité des termes employés²¹⁸³. Cet article prévoit que : « Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est *entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle* »,

²¹⁷⁸ Cette thèse a été adoptée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris précit. du 13 janv. 1993 (D. 1993. i.r.90), qui a jugé que les règles du Code civil relatives à l'accession ne s'appliquent qu'aux choses « corporelles et matérielles » et ne peuvent être invoquées concernant deux propriétés incorporelles.

²¹⁷⁹ P.-Y. GAUTIER, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinieniens », D. 1988.I.152, p. 154 et 155. Cette querelle opposa deux écoles de juristes du I^{er} et du II^e siècle, les Sabinieniens et les Proculéiens, sur la question de savoir qui, du propriétaire originaire ou de celui qui transforme la chose doit l'emporter : « Les Sabinieniens optaient pour le premier, duquel procède la chose, les Proculéiens pour le second, duquel procède sa mise en valeur » : P.-Y. GAUTIER, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinieniens », *loc. cit.*, n° 1, p. 152.

²¹⁸⁰ P.-Y. GAUTIER, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinieniens », *loc. cit.*, n° 9, p. 155.

²¹⁸¹ Même si cette thèse n'a pas été à ce jour consacrée par la jurisprudence (rejet par Paris, 13 janv. 1993, D. 1993.i.r.90), le raisonnement tenu par le professeur Gautier garde toutefois toute sa pertinence.

²¹⁸² Voir cependant F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 161, p. 196, selon lesquels « *rien n'exclut, légalement, la possibilité d'un mélange, d'une adjonction ou d'une spécification des biens incorporels* ».

²¹⁸³ P.-Y. GAUTIER, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinieniens », *loc. cit.*, n° 9-11, p. 155.

l'alinéa second précisant que « Les règles suivantes serviront *d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus*, suivant les circonstances particulières ».

Le législateur québécois a, de même que son homologue français, choisi de ne donner qu'une valeur d'exemple à la réglementation des différents types d'accession²¹⁸⁴. En effet, l'article 975 du Code civil du Québec dispose que « *Dans les circonstances qui ne sont pas prévues, le droit d'accession en matière mobilière est entièrement subordonné aux principes de l'équité* ». Si l'occasion se présentait, le juge pourrait donc parfaitement prendre en compte une accession mobilière en matière de créances, en raison de la grande généralité des dispositions législatives en la matière. La vocation large de la fonction correctrice de l'équité²¹⁸⁵, fait que l'accession ne doit pas nécessairement être limitée au domaine des corps.

La souplesse des législateurs français et québécois est donc grande en matière d'accession, où ils n'ont fixé que des règles générales, qui sont subordonnées à l'équité²¹⁸⁶. L'esprit de l'institution est de sauvegarder l'intérêt de « celui qui subirait le plus grave préjudice si la chose était entièrement attribuée à l'autre ». Ce principe général conduit à estimer que « dans un cas, il y aura attribution totale à l'un ou l'autre, avec soulte, dans un autre, séparation des deux parties réunies, dans un autre encore, indivision sur le tout entre les deux propriétaires, suivie d'une licitation, etc. »²¹⁸⁷. Le droit français et québécois relatif à l'accession étant susceptible de s'adapter au phénomène de l'incorporel à travers l'exemple de la propriété intellectuelle, on peut penser qu'il pourrait en être de même s'agissant des créances.

656- Le professeur Dross, qui a consacré sa thèse à l'accession, estime qu'« [i]l n'est pas évident que la théorie de l'accession, bâtie sur une casuistique romaine visant à résoudre les difficultés nées de l'union matérielle de deux choses corporelles appropriées, ne puisse s'adapter à la nature incorporelle de certains biens »²¹⁸⁸. Pour que le mécanisme de l'accession soit susceptible d'être appliqué à des biens incorporels

²¹⁸⁴ P.-C. LAFOND, *op. cit.*, p. 1048 : « Le principe guidant l'accession mobilière trouve son fondement à l'article 975 C.c.Q. À moins qu'il n'en soit prévu autrement dans le Code, les règles applicables en cette matière sont *entièrement subordonnées au principe d'équité*, en évitant le plus possible les situations d'indivision. Les articles 971 à 974 C.c.Q. en constituent *des exemples d'application* ».

²¹⁸⁵ Sur cette fonction, voir C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2000, p. 167.

²¹⁸⁶ Voir G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens*, *op. cit.*, n° 1667, p. 687.

²¹⁸⁷ P.-Y. GAUTIER, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinien », *loc. cit.*, n° 11, p. 155. Voir R. SAINT-ALARY, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Accession*, n° 211.

²¹⁸⁸ W. DROSS, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse Nancy II, 2000, n° 78, p. 77.

tels que les créances, il faut admettre que le lien qui unit un bien incorporel à un autre bien (corporel ou incorporel) puisse être intellectuel et non matériel.

Qu'il nous soit permis ici de citer une partie des conclusions auxquelles l'auteur arrive : « *L'étude des hypothèses d'accession, écrit-il, a [...] permis de l'affranchir de la tyrannie de la matière. Ordinairement perçue comme la conséquence automatique au plan de la propriété de l'incorporation définitive d'un bien à un autre, l'accession se produit en réalité lorsqu'il s'agit non de constater une union mais d'assurer le maintien d'une unité. L'approche matérialiste du problème doit être dépassée [...]. Le droit positif ne s'incline pas devant une union indissociable mais joue de l'accession comme d'un instrument destiné à protéger l'unité que forment deux biens par delà une divergence dans leur appropriation respective [...]. Ayant établi que l'accession se déclenche parce que deux biens forment une unité, le caractère corporel de leur rattachement n'apparaît plus alors comme une condition nécessaire au déclenchement de l'accession* »²¹⁸⁹.

657- Le fonds de commerce est l'exemple type d'un bien incorporel, auquel peuvent être affectés d'autres biens, qu'ils soient corporels, telle une marchandise, ou incorporels, tels un brevet ou une marque. Les tribunaux français ont déjà eu à se pencher sur l'hypothèse d'un bien propre affecté à l'exploitation d'un fonds de commerce commun. La Cour de cassation, dans un arrêt de principe du 23 janvier 1975, a estimé que « les marchandises, comme les autres éléments composant le fonds de commerce, prennent en principe le caractère propre ou commun de ce fonds »²¹⁹⁰. Ainsi, la nature propre ou commune du bien disparaît devant celle du fonds.

Le fondement de la solution a été discuté. Selon certains, c'est la fongibilité des éléments du fonds de commerce qui expliquerait la solution de l'unité du fonds de commerce²¹⁹¹. Cette solution a toutefois été contestée, car il est loin d'être certain que tous les éléments du fonds de commerce sont fongibles entre eux ; ainsi se peut-il fort bien que les marchandises au sein d'un fonds de commerce ne soient pas fongibles. D'autres y ont vu une application de la subrogation réelle, laquelle a été à son tour contestée au motif qu'elle ne saurait jouer qu'au sein d'un même patrimoine²¹⁹². Dès lors, l'explication par l'accession semble la plus logique, de l'avis de plusieurs : « [l]a jurisprudence, en admettant que le propriétaire d'un fonds de commerce devient

²¹⁸⁹ W. DROSS, thèse préc., n° 99, p. 98.

²¹⁹⁰ Civ.1, 23 janv. 1979, *Défr.* 1979.644, art. 31954, obs. A. COLOMER.

²¹⁹¹ J. DERRUPPÉ, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Fonds de commerce*, n° 164 et suiv.

²¹⁹² W. DROSS, thèse préc., n° 84, p. 82.

*propriétaire des biens accessoires qui y sont intégrés, fait implicitement mais nécessairement application des règles gouvernant l'accession mobilière »*²¹⁹³.

658- Le lien unissant le principal à l'accessoire ne doit pas nécessairement être matériel, mais peut être simplement économique²¹⁹⁴. Une telle union économique peut s'observer dans le phénomène de fusion des créances, dans la théorie du compte courant²¹⁹⁵. Les comptes courants ont un effet particulièrement rigoureux, en raison du lien étroit qu'ils créent entre les créances qui y figurent. La théorie du compte courant, systématisée par Thaller²¹⁹⁶ et largement consacrée par la jurisprudence²¹⁹⁷, y voit un creuset dans lequel les différentes remises perdent leur individualité pour ne plus constituer qu'un simple élément de cette entité appelée à se résoudre en un solde.

659- Le compte courant est couramment considéré comme un mode de règlement de créances²¹⁹⁸. Pour Lyon Caen et Renault, le compte courant désigne le « contrat par lequel deux personnes, en prévision des opérations qu'elles feront ensemble et qui les amèneront à se remettre des valeurs, s'engagent à laisser perdre aux créances qui pourront en naître leur individualité, en les transformant en articles de crédit ou de débit, de façon à ce que le solde final résultant de la compensation de ces articles soit seul exigible »²¹⁹⁹.

Contrairement aux comptes de dépôt, les comptes courants sont surtout utilisés entre commerçants qui sont dans une relation d'affaire suivie²²⁰⁰, le principal avantage

²¹⁹³ W. DROSS, thèse préc., n° 85, p. 83 ; dans le même sens : A COHEN, note sous Civ. 6 nov. 1950, J.C.P. 1952.II.6702.

²¹⁹⁴ W. DROSS, thèse préc., n° 70, p. 71.

²¹⁹⁵ Voir notamment en droit québécois : N. L'HEUREUX et E. FORTIN, *Droit bancaire*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 72 : « Au lieu de traiter chaque opération isolément et de procéder à des règlements distincts, soumis à des modalités différentes, les parties conviennent de simplifier leurs rapports juridiques et de régler leurs créances réciproques par fusion en un solde ».

²¹⁹⁶ E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^e éd., avec le concours de J. PERCEROU, 1916, § 1661 et suiv. : « Il y a compte courant lorsque deux correspondants conviennent de faire masse de toutes celles de leurs opérations qui porteront sur des valeurs ou sur de l'argent [...] de les rendre connexes, et de les bloquer dans un tout qui se soldera à une époque déterminée ».

²¹⁹⁷ Cass. Civ., 24 juin 1903, D. 1903.1.472 : « Les opérations d'un compte courant se succédant les unes aux autres jusqu'au règlement définitif, forment un tout indivisible qu'il n'est pas permis de décomposer ni de scinder ; tant que le compte reste ouvert, il n'y a ni créance ni dette, mais seulement des articles de crédit et de débit et c'est par la balance finale que se détermine le solde à la charge de l'un ou l'autre des contractants et par conséquent les qualités de créancier et débiteur, jusque là en suspens ». En droit québécois, voir notamment : *Hart (Inspector of Taxes) c. Sangster*, [1957] 2 All E.R. 208 (C.A.).

²¹⁹⁸ M.-T. RIVES-LANGE, *Le compte courant en droit français*, Paris, Sirey, 1969, n° 11, p. 11.

²¹⁹⁹ C.-L. LYON CAEN et L.-C. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 4, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1925, § 794. Voir aussi : T. BONNEAU, *Droit bancaire*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2003, n° 333, p. 215 : « Le compte courant est un contrat par lequel les parties décident de faire entrer en compte toutes leurs créances et dettes réciproques de manière à ce que celles-ci soient réglées immédiatement par leur fusion dans un solde disponible soumis à un régime unitaire ».

²²⁰⁰ P. ESMEIN, « Essai sur la théorie juridique du compte courant », *Rev. trim. dr. civ.* 1920.79, p. 79.

de ces comptes étant que les créances qui y figurent se servent mutuellement de garantie²²⁰¹. La spécificité du compte courant réside dans le fait que, contrairement aux comptes ordinaires, le solde du compte courant consiste en une créance nouvelle, distincte des diverses créances qui ont servi à le former²²⁰².

660- Le phénomène du compte courant est traditionnellement expliqué à la fois par les notions de novation et d'indivisibilité²²⁰³. Si la novation permet de rendre compte de l'effet extinctif que produit la remise en compte, aucun lien d'obligation ne naît en contrepartie. Or, dans le compte courant, il y a incorporation de la créance au compte, qui entraîne une modification corrélative du solde du compte²²⁰⁴.

L'effet extinctif de la novation dans la théorie du compte courant a également été mis en cause. On a critiqué l'idée du remplacement d'une créance, entité juridique, par un article de crédit, entité de compte. La créance est, certes, modifiée par son entrée en compte, notamment en ce que son exigibilité est retardée, mais la modification ne semble pas aller jusqu'à la novation, la créance n'étant pas éteinte par son entrée en compte, l'obligation étant simplement affectée dans ses modalités²²⁰⁵.

661- Quant à l'indivisibilité au sein du compte courant, elle fait référence au fait que les créances perdent leur individualité lorsqu'elles entrent dans le compte ; en effet, la créance portée au compte courant n'est plus qu'un article du compte, « élément d'une masse en travail, qu'on n'en peut pas retirer, et qu'on n'y peut même pas isoler pour le soumettre à des opérations ou des effets distincts [...] »²²⁰⁶.

L'idée d'indivisibilité illustre le phénomène de fusion des créances dans le compte courant, mais n'explique pas réellement son fondement. De plus, elle ne rend pas compte du fait que la « la fusion des créances en un solde est successive : elle se

²²⁰¹ J. STOUFFLET, *Rép.com. Dalloz*, v° *Compte courant*, n° 2, p. 2.

²²⁰² M.-T. RIVES-LANGE, *Le compte courant en droit français*, *op. cit.*, n° 58, p. 38. En droit québécois : N. L'HEUREUX et E. FORTIN, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 73 : « Seul le résultat de la fusion peut être recouvré par l'une ou l'autre des parties. Cette fusion en un solde est instantanée, elle n'est pas reportée à la clôture du compte. Il s'agit d'une créance unique, bien que née d'une pluralité de créances ».

²²⁰³ P. ESMEIN, « Essai sur la théorie juridique du compte courant », *loc. cit.*, p. 81 ; J. STOUFFLET, *Rép.com. Dalloz*, v° *Compte courant*, n° 13, p. 4 : la doctrine considère traditionnellement que « ce qui caractérise le compte courant est c'est, d'une part, la fusion qui s'opère au sein du compte entre les créances qui y sont entrées, ce qu'il est convenu d'appeler l'effet novatoire [...] et, d'autre part, la volonté des parties de procéder à un règlement global, à la clôture du compte, caractéristique connue sous le nom d'indivisibilité ».

²²⁰⁴ P. ESMEIN, « Essai sur la théorie juridique du compte courant », *loc. cit.*, p. 79.

²²⁰⁵ P. ESMEIN, « Essai sur la théorie juridique du compte courant », *loc. cit.*, p. 89-90.

²²⁰⁶ P. ESMEIN, « Essai sur la théorie juridique du compte courant », *loc. cit.*, p. 82 ; T. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 338, p. 216 : l'indivisibilité « explique l'état de la créance jusqu'à la clôture du compte ; elle participe à un bloc dont les éléments sont inséparables et neutres dans la mesure où il n'y a ni créance ni dette ».

produit pour chaque créance individuellement et non pas de façon globale à la clôture, comme l'impliquerait le principe d'indivisibilité ».

Pas plus que la novation, l'indivisibilité ne peut expliquer à elle seule la théorie du compte courant.

662- L'explication du compte courant se trouve peut-être ailleurs que dans le droit des obligations. On peut se demander si l'accession ne serait pas mieux apte à expliquer le phénomène, dès lors qu'elle conduit à l'adjonction d'un bien à d'autres, le premier perdant son individualité et s'adjoignant aux autres, pour appartenir au même propriétaire. La créance portée au compte courant s'amalgame avec les biens présents dans le compte, tout en perdant son individualité. L'acquisition des créances est reportée par la convention de compte courant, au moment du règlement, lors de l'attribution du solde. Le mécanisme du compte courant peut alors se voir comme un mécanisme propre à « résoudre les conflits relatifs à la propriété d'une chose issue de l'union de choses appartenant à des propriétaires différents »²²⁰⁷.

663- En droit québécois, en plus de l'argument d'équité précédemment évoqué, la possibilité d'appliquer l'accession aux biens incorporels que sont les créances repose également sur un argument de texte. Le législateur ayant utilisé le terme « bien » dans la définition qu'il donne de l'accession (art. 948 C.c.Q.) et les biens pouvant être corporels ou incorporels (art. 899 C.c.Q.), le domaine de l'accession devrait logiquement les englober les uns comme les autres.

664- Non seulement n'existe-t-il aucune limite légale pour refuser d'appliquer l'accession aux biens incorporels que sont les créances, mais il est même des hypothèses où le législateur, français et québécois, a expressément envisagé une accession portant sur ce type de biens. La possibilité d'admettre une accession des créances est encore renforcée par l'application du principe d'équité prévu par la loi, qui donne au juge une latitude d'intervention importante. Si les cas d'acquisition des créances par voie d'occupation sont peu nombreux, cela vaut néanmoins pour l'ensemble des meubles²²⁰⁸. Tant en droit français qu'en droit québécois, le régime juridique traditionnel de la propriété peut donc s'adapter, sans difficulté majeure, à une acquisition de la propriété des créances par voie d'accession par incorporation ou par union.

²²⁰⁷ Ch. PAULIN, *J.-Cl. Civil*, art. 565 à 567, n° 25.

²²⁰⁸ Voir notamment R. SAINT-ALARY, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Accession*, 1999, n° 210 ; J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 111, p. 191.

Par ailleurs, le droit québécois n'hésite pas à inclure dans l'accession le phénomène de l'accession par production ; or, ce type d'accession, souvent délaissé par la doctrine française, est pourtant bien présent dans les textes.

§2. La présence d'une accession par production en matière de créances

665- Aux termes de l'article 546 du Code civil français, le propriétaire d'un bien frugifère acquiert la propriété des fruits de son bien²²⁰⁹. L'article 547 du même code précise qu'il les fait siens en vertu de son droit d'accession. Si le principe est que les fruits appartiennent au propriétaire, il n'est pas rare qu'ils soient attribués à une autre personne.

666- Il est possible d'identifier, dans les deux droits étudiés, un principe qui veut que les fruits reviennent au propriétaire par voie d'accession (A). Ce principe est toutefois soumis à certaines limites (B).

A. Le principe de l'acquisition des fruits par le propriétaire par voie d'accession

667- Le Code civil français n'a pas défini la notion de fruit, qu'il se borne à classer en fruits naturels, civils et industriels. Classiquement, les fruits sont définis comme « les produits périodiques qu'une chose peut fournir sans altération de la substance »²²¹⁰. Deux caractères sont traditionnellement considérés comme nécessaires à la définition des fruits : la conservation de la substance de la chose et la périodicité de la production²²¹¹. La jurisprudence a toutefois largement tempéré ce second critère, en

²²⁰⁹ Art. 546 C.C.f. : « La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit [...] ».

²²¹⁰ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français, op. cit.*, t. 2, par P. ESMEIN, § 192, n° 149 ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, thèse Limoges, 1997, t. 1, n° 30, p. 29 ; S. PIEDELIÈVRE, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Fruits*, n° 4. Voir aussi : C. CROIZAT, *La notion de fruits en droit privé et la notion de revenus en droit fiscal*, Paris, Dalloz, 1926, p. 269 : « Les fruits sont donc les ressources régulières et périodiques qu'une chose est destinée à produire soit par une affectation naturelle, soit par un aménagement volontaire ».

²²¹¹ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La richesse des fruits », *Droit prospectif*, R.R.J.2001-4 (vol. I), p. 1225-1243, n° 3, p. 1226 : « biens qui émanent d'un autre bien et qui se caractérisent, selon la définition classique, par deux critères : celui de la conservation de la substance de la chose d'une part, les fruits s'opposant sur ce point aux produits, et celui de la périodicité de la production, d'autre part » ; A. LAINÉ, *De l'usufruit des valeurs mobilières*, thèse Paris 1912, p. 12.

reconnaissant la nature de fruits dans des hypothèses excluant toute périodicité²²¹², si bien que la périodicité peut être analysée moins comme un véritable critère, que comme un simple signe de ce que le revenu n'altère pas la substance²²¹³. La caractéristique principale des fruits est alors de pouvoir être détachés du capital qui les produit²²¹⁴, sans attenter à la substance du bien.

Parmi les fruits, certains sont des revenus. Les *revenus* désignent les sommes d'argent qu'il est possible de retirer par l'exploitation d'un bien, tels que les loyers, ou par sa force de travail²²¹⁵. Les revenus, tout comme les fruits, sont des productions d'un capital qui n'en entament pas la substance, mais nécessitent en outre un travail humain²²¹⁶.

668- Les fruits civils sont, aux termes de l'article 584 alinéa 1 du Code civil français, « *les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes* ». Communément, les fruits civils désignent « la somme qui rémunère un créancier pour l'usage de son argent par un débiteur pendant une période déterminée »²²¹⁷. Les loyers sont des revenus, autrement dit, des sommes d'argent susceptibles d'être tirés de l'exploitation d'un bien. Ils répondent sans difficulté à la condition de fixité souvent exigée pour caractériser les fruits. En tant que fruits civils, les loyers s'acquièrent jour par jour (art. 586 C.c.f.).

S'agissant des intérêts des capitaux, ils sont expressément qualifiés de fruits civils par l'article 584 alinéa 1 du Code civil français. Ils s'acquièrent donc jour par jour (art. 586 C.C.f.). Les intérêts répondent sans difficulté aux deux conditions traditionnellement exigées pour caractériser les fruits, à savoir la condition d'absence d'atteinte à la substance et celle du caractère périodique, ou fixe, des fruits. Les intérêts sont traditionnellement vus comme « *le prix de la jouissance du capital ; c'est le loyer de l'argent* »²²¹⁸. Il doit donc logiquement revenir à celui qui a la jouissance du capital, ce qui est notamment le cas de l'usufruitier.

Quant aux arrérages, le code civil français précise que « *l'usufruit d'une rente viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages sans être tenu à aucune restitution* ». La solution s'explique par

²²¹² Sur la qualification des dividendes en des fruits : Com. 5 oct. 1999, D. 2000.Cah.dr.aff.552, note G. MORRIS-BECQUET.

²²¹³ En ce sens : F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 77 ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, thèse préc., n° 33, p. 32.

²²¹⁴ E. DOCKÈS, « Essai sur la notion d'usufruit », *Rev. trim. dr. civ.* 1995.479.

²²¹⁵ T. REVET, *La force du travail*, (*Étude juridique*), coll. « Bibliothèque de droit et de l'entreprise », Paris, Litec, 1992.

²²¹⁶ S. PIEDELIÈVRE, *Rép. civ.* Dalloz, v° Fruits, n° 7.

²²¹⁷ A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, thèse préc., n° 45, p. 42.

²²¹⁸ A. LAINÉ, thèse préc., p. 21 et 22.

le fait que la jouissance passe toute entière à l'usufruitier²²¹⁹. Contrairement à la rente perpétuelle, qui n'absorbe pas la substance du capital qui la produit, la rente viagère ne doit pas s'analyser comme un fruit par nature, dès lors que la perception en épuise la source²²²⁰.

669- En droit québécois, les biens, « dans les rapports avec ce qu'ils produisent », sont classés par le Code civil du Québec en capitaux, fruits et revenus²²²¹. Aux termes de l'article 910 alinéa 1 du C.c.Q., « Les fruits et revenus sont ce que le bien produit sans que sa substance soit entamée ou ce qui provient de l'utilisation d'un capital ». Alors que sont « classés parmi les fruits ce qui est produit spontanément par le bien, ce qui est produit par la culture ou l'exploitation d'un fonds, de même que le produit ou le croît des animaux » (art. 910 al. 2 C.c.Q.), « les sommes d'argent que le bien rapporte, tels les loyers, les intérêts, les dividendes, sauf s'ils représentent la distribution d'un capital d'une personne morale [...] » sont « classés parmi les revenus » (art. 910 al. 2 C.c.Q.).

670- La doctrine québécoise admet que l'accession par production vise l'acquisition des fruits et des revenus par le propriétaire. Comme l'écrit le professeur Lafond, « [p]ar le mécanisme de l'accession, le titulaire du droit de propriété d'un bien est aussi propriétaire des fruits et des revenus de celui-ci [...]. C'est l'accession par production évoquée dans l'article 948 C.c.Q. par l'expression « la propriété d'un bien donne droit à ce qu'il produit »²²²². Le principe applicable à la matière est que, sauf convention contraire, les fruits et les revenus du bien appartiennent au propriétaire par accession (art. 948 et 949 C.c.Q.)²²²³.

671- En droit français, l'existence d'une accession par production aux côtés de l'accession par incorporation, est également décelée par certains auteurs²²²⁴. Le

²²¹⁹ A. LAINÉ, thèse préc., p. 26.

²²²⁰ C. CROIZAT, thèse préc., p. 6 et p. 8 : « Les arrrages des rentes viagères sont [...] des fruits par la volonté de l'homme » à l'égard de tous ceux qui en ont la jouissance.

²²²¹ Art. 908 C.c.Q. : « Les biens peuvent, suivant leurs rapports entre eux, se diviser en capitaux et en fruits et revenus ».

²²²² P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 1011 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, op. cit., n° 761, p. 432 : « En principe et sauf convention contraire [...] les 'fruits et revenus' (910 C.c.Q.) issus d'un bien appartiennent à son propriétaire, par droit d'accession (948, 949 C.c.Q., id. 409 C.c. B.C.) ». L'idée n'est toutefois pas reprise par S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, p. 86 et suiv.

²²²³ Sur la distinction des fruits et des revenus : art. 910 C.c.Q.

²²²⁴ Une partie importante de la doctrine française limite au contraire ses développements à l'accession par incorporation : R. SAINT-ALARY, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Accession* ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Les biens*, op. cit., n° 240, p. 250. *Contra* : S. PIEDELIÈVRE, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Fruits*, n° 49 : « Selon l'article 546 du code civil le propriétaire du bien frugifère acquiert la propriété

mécanisme de l'accession par incorporation s'applique aux fruits et aux produits qui, même s'ils se dissocient du bien dont ils procèdent, continuent d'appartenir au même propriétaire²²²⁵. Le domaine de l'accession porte donc tant sur ce qui s'unit ou s'incorpore à la chose, que sur les fruits -y compris civils- produits par la chose²²²⁶.

L'accession par production peut donc être considérée comme le fondement du droit du propriétaire aux fruits et aux produits de son bien²²²⁷. Lorsque des fruits naissent, ils sont réputés faire partie du bien qui les a produits et appartiennent à ce titre au propriétaire, en vertu de son droit de jouissance sur le bien. La loi décide de perpétuer ce lien de propriété en admettant que, lorsque les fruits deviennent indépendants et qu'ils se dissocient du bien dont ils procèdent, ils continuent d'appartenir au propriétaire, en vertu de l'accession (art. 547 C.C.f.)²²²⁸.

672- Ces principes ont vocation à s'appliquer aux créances, qu'elles soient civiles ou commerciales. S'agissant des *intérêts*, si toutes les créances ne sont pas productives d'intérêts, certaines le sont.

En droit québécois, l'application aux créances des dispositions relatives à l'accession par production, par le biais des intérêts de la créance, ne pose guère difficulté. Nous avons vu que les intérêts de la créance s'analysent en des fruits civils, ou plutôt en des revenus selon la nouvelle terminologie du Code civil du Québec²²²⁹, ce qui rend applicable aux intérêts de la créance les dispositions relatives à l'accession par

des fruits. Il s'agit là d'une conséquence de son *fructus* et donc de son pouvoir d'exclusivité. Lui porter atteinte serait l'exproprier [...]. L'article 547 de ce même code indique qu'il les fait siens *en vertu de son droit d'accession* ». L'article 547 du Code civil français prévoit en effet que « Les fruits naturels ou industriels de la terre, *Les fruits civils*, Le croît des animaux, *appartiennent au propriétaire par droit d'accession* ».

²²²⁵ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 126, p. 154.

²²²⁶ *Ibid.*

²²²⁷ A. SÉRIAUX, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Propriété*, n° 29 : « Parmi les choses susceptibles d'appropriation privée, la propriété *in actu* de l'une entraîne *ipso jure* la propriété d'un autre qui lui est physiquement rattachée. C'est là l'immense domaine de l'*accession* [...] qui porte aussi bien sur les fruits produits par la chose dont on est propriétaire que sur ce qui s'unit ou s'incorpore à elle ». Voir aussi : C. CARON, « Propriété », *J.-Cl., Répertoire Not.*, art. 544, fasc. 10, 2001, n° 53, p. 12 ; C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, par P. ESMEIN, § 192, n° 149, p. 254 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd. par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 1994, n° 512, p. 337 : « *Le propriétaire acquiert donc la propriété des fruits*, c'est-à-dire des revenus de sa chose, en vertu de son droit de propriété, et sans qu'on ait à considérer s'ils les a ou non perçus. Cette acquisition se fait *par voie d'accession* ». Voir aussi sur l'acquisition des fruits sur le fondement de la possession : F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 360, p. 394. Voir *infra*, n° 578.

²²²⁸ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 73, p. 95 ; R. SAINT-ALARY, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Fruits*, n° 72, p. 4 : « En principe, tous les fruits d'une chose appartiennent au propriétaire 'par droit d'accession', dit l'article 547 du Code civil ».

²²²⁹ Voir *supra*, n° 258.

production. Le rapport de l'Office de révision sur le Code civil du Québec est d'ailleurs en ce sens²²³⁰.

De même, en droit français, les intérêts des sommes d'argent étant qualifiés de fruits²²³¹ par la loi (art. 584 al. 1 C.C.f.), le mécanisme de l'accession est donc susceptible de s'appliquer aux intérêts produits par les créances de sommes d'argent. Au même titre que le propriétaire d'un bien corporel, le propriétaire d'une créance, par le biais des intérêts de sa créance civile ou commerciale, a donc droit par accession aux fruits de son bien.

673- La question s'est posée, en droit français, de savoir si les *dividendes* sont des fruits et, le cas échéant, de quelle sorte de fruits il s'agit. Quant à la première interrogation, il semble que les dividendes puissent être analysés en des fruits, puisqu'ils naissent et renaissent du capital sans en altérer la substance. Si certains auteurs ont critiqué cette qualification²²³², la doctrine traditionnelle a, dans sa majorité, opté pour l'analyse des dividendes en des fruits²²³³.

Les auteurs qui ont douté de la qualification des dividendes en des fruits ont notamment invoqué le fait que les dividendes ne seraient pas le simple revenu du capital, dès lors qu'ils rémunèrent également le travail et l'activité commerciale²²³⁴. L'objection, tout à fait pertinente dans le cadre de l'analyse qui assimile les dividendes aux bénéfices²²³⁵, est aisément surmontée dès lors que l'on distingue les deux concepts. En outre, selon certains auteurs, pour pouvoir être qualifiés de fruits, les dividendes doivent avoir un caractère périodique. Cela serait le cas, par exemple, si les statuts

²²³⁰ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2, *Commentaires*, t. 2, Éditeur officiel du Québec, 1978, art. 424, p. 715 (nos italiques) : « L'article reprend les dispositions de l'article 1574 C.C. On considère aussi que l'intérêt échu, contrairement à l'article 1575 C.C., est un des accessoires de la créance ». L'article 424 du projet de Code civil disposait que « La vente d'une créance en comprend les accessoires, tels l'intérêt échu et les sûretés » : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de Code Civil*, Éditeur officiel du Québec, 1978, art. 424. Cet art. a été repris par l'art. 1638 C.c.Q., qui dispose que « La cession d'une créance en comprend les accessoires ».

²²³¹ Même si la loi n'a pas défini la notion de fruit, la doctrine définit traditionnellement les fruits comme « les produits périodiques qu'une chose peut fournir sans altération de sa substance » : S. PIEDELIÈVRE, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Fruits*, n° 4. Voir notamment : J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., n° 60, p. 108, selon lequel le fruit est un « bien accessoire qui sort périodiquement d'un bien principal (capital, fonds, souche), sans que la substance de celui-ci s'en trouve diminuée ».

²²³² Voir notamment : R. MICHA-GOUDET, « Nature juridique des dividendes », J.C.P. éd. E. 1998.68.

²²³³ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, op. cit., t. 3, n° 777 et 791 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., t. 6, n° 402 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., n° 516 et 517.

²²³⁴ Y. REINHARD, note sous Cass. Com., 23 oct. 1990, D. 1991.173.

²²³⁵ La question de savoir si les bénéfices sont des fruits a été discutée, car ils rémunèrent certes le capital, mais aussi le travail du commerçant. Voir : S. PIEDELIÈVRE, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Fruits*, n° 17. Voir aussi sur l'exclusion de la qualification des bénéfices en des fruits, au motif de leur absence de périodicité : H. CROZE et Y. REINHARD, note sous C.A. Lyon, 23 fév. 1984, D. 1985.127. Voir surtout : THALLER, « Si les bénéfices du commerce sont ou ne sont pas des fruits », *Ann. Dr. Com.* 1896.194.

prévoient une distribution annuelle des dividendes²²³⁶. On peut toutefois estimer que le fait que les dividendes puissent être irréguliers ne devrait pas conduire à exclure leur qualification en des fruits, la condition de fixité souvent exigée pour caractériser les fruits étant loin d'être absolue²²³⁷.

Dans un arrêt récent du 5 octobre 1999, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la qualification des dividendes en des fruits²²³⁸. Toutefois, comme cela a souvent été le cas²²³⁹, la qualification retenue est fondée sur une assimilation des dividendes à des bénéfices, bien que ces deux concepts ne soient pas absolument identiques. En effet, alors que les bénéfices, qui sont issus des biens sociaux et du travail des associés, appartiennent à la société, les dividendes constituent des créances appartenant aux associés et provenant des droits sociaux²²⁴⁰.

674- Quant à savoir si les dividendes sont des fruits civils ou industriels, la question n'est pas sans incidence pratique. Si les fruits naturels et industriels s'acquièrent par la perception (art. 585 C.C.f.), les fruits civils s'acquièrent « *jour par jour et appartiennent à l'usufruitier à proportion de la durée de son usufruit* » (art. 586 C.C.f.). Cette différence de régime est traditionnellement expliquée par le fait que la jouissance des fruits civils a lieu de façon continue, alors que celle des fruits naturels se produit uniquement lors de la séparation du sol²²⁴¹. Les fruits naturels ne sont donc véritablement appropriés que par la séparation. La différence entre les deux régimes reste relative, la date de l'échéance constituant le pendant, pour les fruits civils, de la séparation pour les fruits naturels²²⁴².

Selon l'analyse traditionnelle, les dividendes sont qualifiés de fruits civils²²⁴³. Si certaines décisions jurisprudentielles ont hésité à qualifier les dividendes de fruits civils, en raison de l'aléa des dividendes²²⁴⁴, la doctrine a pourtant montré qu'il n'est pas inconcevable que des fruits civils puissent avoir un caractère irrégulier²²⁴⁵, si bien que

²²³⁶ Paris, nov. 1979, J.C.P. 1970.II.19462.

²²³⁷ Voir J. COCARD, thèse préc., p. 35 et 36.

²²³⁸ Com. 5 oct. 1999, D. 2000.Cah. dr. aff. 552, note G. MORRIS-BECQUET : jugé que c'est parce que les sommes distribuées à titre de dividendes font partie des bénéfices, que les dividendes sont des fruits. Déjà en ce sens : Cass. Civ., 5 fév. 1890, D.P. 1890. 1. 300.

²²³⁹ Voir : Cass. Civ., 5 fév. 1890, D.P. 1890.1.300.

²²⁴⁰ F. ZENATI, *Rép.soc.* Dalloz, v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 340 : « A la netteté de la distinction théorique s'ajoute la nécessité de différencier le régime des deux formes de biens, biens qui ne s'acquièrent pas au même moment [...]. Il serait donc souhaitable que la nature des dividendes soit consacrée de manière autonome et spécifique ».

²²⁴¹ J. COCARD, thèse préc., p. 52.

²²⁴² J. COCARD, thèse préc., p. 52 : « La date de l'échéance correspond pour les fruits civils à ce qu'est la séparation pour les fruits naturels ».

²²⁴³ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique*, op. cit., t. 3, n° 777 et 791.

²²⁴⁴ T.G.I. Bourges, 7 fév. 1989, *Bull. Joly* 1989. 901, note Y. STREIFF.

²²⁴⁵ G. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., t. 4, n° 517.

« l'article 586 s'applique à tous les fruits civils, qu'ils aient été ou non irrégulièrement produits »²²⁴⁶.

Il convient, ici encore, de distinguer les dividendes des bénéfiques, ces derniers ayant été qualifiés de fruits industriels. La qualification des dividendes en des fruits civils paraît s'imposer, les fruits naturels et industriels étant traditionnellement liés à la terre et à la matérialité. Même si ce lien avec la matière peut être appelé à évoluer²²⁴⁷, le droit positif penche actuellement dans le sens de leur qualification en des fruits civils. Cela donne notamment à l'usufruitier le droit de réclamer, à la fin de l'usufruit, une partie des fruits civils à échoir²²⁴⁸.

675- Contrairement au droit français, le Code civil du Québec a expressément prévu le sort des dividendes. Les dividendes, à l'instar des loyers et des intérêts, sont classés parmi les revenus « sauf s'ils représentent la distribution d'un capital d'une personne morale » (910 al. 3 C.c.Q.). Aux termes de l'article 1130 C.c.Q., les revenus générés par le bien se comptent jour par jour. L'article précise que les revenus, même non encore versés, appartiennent à l'usufruitier ; de plus, les dividendes doivent être déclarés pendant l'usufruit pour pouvoir être perçus par l'usufruitier²²⁴⁹. Enfin, « les primes attribuées à l'occasion du rachat d'une valeur mobilière, sont versées à l'usufruitier, qui en doit compte au nu-propriétaire à la fin de l'usufruit » (art. 1131 C.c.Q.). Le fondement de la règle est identifié par le législateur lui-même dans le fait qu'il s'agit de « gains exceptionnels ».

Le principe de l'acquisition des fruits au propriétaire de biens, qu'ils soient corporels ou incorporels existe donc dans les deux droits étudiés. Ce principe est toutefois soumis à certaines limites.

²²⁴⁶ J. COCARD, thèse préc., p. 58.

²²⁴⁷ F. ZENATI, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Usufruit des droits sociaux*, n° 349 : « À l'ère de l'immatériel, rien ne s'oppose à ce que l'esprit de la distinction des fruits dépasse une vision rurale de la production des richesses. Celle-ci n'oppose pas tant les fruits de la terre aux fruits en argent que les fruits qu'un bien procure directement aux fruits obtenus par une opération juridique ».

²²⁴⁸ G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, op. cit., t. 5, n° 512, p. 337.

²²⁴⁹ Art. 1130 C.c.Q. : « Ils [les revenus] appartiennent à l'usufruitier du jour où son droit commence jusqu'à celui où il prend fin, quel que soit le moment où ils sont exigibles ou versés, sauf les dividendes qui n'appartiennent à l'usufruitier que s'ils sont déclarés pendant l'usufruit ».

B. Les limites au principe de l'acquisition des fruits au propriétaire par voie d'accession

676- Il peut arriver qu'un propriétaire soit privé des fruits de son bien, comme c'est le cas dans l'hypothèse d'un prêt de titres (1), ou que le simple possesseur fasse les fruits siens (2).

1. L'hypothèse du prêt de titres

677- La portée du principe de l'acquisition des fruits par accession n'est toutefois pas absolue et il peut arriver que la loi déroge à cette possibilité, ce qui est notamment le cas en matière de prêt de titres. En droit français, la doctrine semble interpréter en ce sens la disposition laconique de la loi²²⁵⁰ et considère, dans cette hypothèse, que « les intérêts éventuellement perçus par l'emprunteur durant le prêt seront reversés au prêteur, en étant inclus dans sa rémunération. *L'emprunteur, bien que propriétaire des titres, perçoit mais ne conserve pas les produits attachés aux titres [...].* L'emprunteur est donc privé d'une partie du *fructus*, qu'il doit rétrocéder au prêteur. Hormis cette légère atténuation, conclut l'auteur, l'emprunteur dispose d'un droit de propriété plein et entier sur les titres »²²⁵¹. S'il peut arriver que la loi décide qu'un propriétaire se verra privé des fruits de son bien, ce qui est le cas dans le cadre d'une opération de prêt de titres, en raison de la particularité de l'opération, cela ne fait que souligner le principe de l'attribution des fruits au propriétaire de la créance.

L'acquisition des fruits au bénéfice du possesseur de bonne foi constitue une autre exception au principe de l'acquisition des fruits par le propriétaire d'un bien.

2. L'acquisition des fruits au bénéfice du simple possesseur

678- Une autre exception au principe du droit d'accession du propriétaire sur les fruits de sa chose, réside dans l'hypothèse du simple possesseur qui, en percevant de bonne foi les intérêts de sa créance, les ferait siens, en dépit d'un titre vicié²²⁵².

²²⁵⁰ Art. 32 al. 2 L. 17 juin 1987 relative au prêt de titres : « lorsque la période du prêt couvre la date de paiement des intérêts, la fraction de la rémunération représentative de la valeur des intérêts auxquels le prêteur a renoncé est soumise au même régime fiscal que le produit des titres prêtés ».

²²⁵¹ C. GENTILI, *Les transferts momentanés de titres*, thèse préc., n° 67, p. 45.

²²⁵² Pour une application récente : Cass. Civ. 3, 27 juin 2002, *Juris-Data n° 2002-016562* : « Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi [...]. Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices ».

Le principe de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi est posé par l'article 549 du Code civil français, qui considère les fruits comme des accessoires de la chose revendiquée²²⁵³. Lorsqu'un simple possesseur perçoit de *bonne foi* les fruits d'un bien dont il s'est cru propriétaire en vertu d'un titre vicié, l'article 549 du Code civil français lui reconnaît le droit d'en devenir propriétaire. Au contraire, le possesseur de *mauvaise foi* doit restituer tous les fruits qu'il a perçus. Le possesseur cesse d'être de bonne foi et perd son droit aux fruits à compter du jour de la revendication du véritable propriétaire²²⁵⁴. En outre, les *fruits non perçus* doivent être restitués par le possesseur de bonne ou de mauvaise foi. En effet, la règle de l'article 586 C.C.f. ne s'applique pas au possesseur, qui n'acquière les fruits que par la perception, que les fruits soient civils, naturels ou industriels²²⁵⁵.

679- L'article 549 du Code civil, qui a pour fondement l'équité²²⁵⁶, se distingue de la règle posée à l'article 2279 du Code Napoléon ; l'argument qui veut que l'on écarte traditionnellement cet article du domaine des biens incorporels n'a donc pas à être examiné ici²²⁵⁷.

Un principe, identique à celui du droit français, est posé à l'article 931 du Code civil du Québec, qui précise que le possesseur de bonne foi est dispensé de rendre compte des fruits et des revenus qu'il a perçus²²⁵⁸.

Conclusion du chapitre

680- L'acquisition des créances par occupation ne présente guère d'intérêt s'agissant des biens immatériels que sont les créances, non pas parce que ces biens ne peuvent faire l'objet d'une possession, mais parce qu'il ne s'agit assurément pas d'un mode naturel d'acquisition des créances. Plusieurs dispositions du Code civil français et

²²⁵³ En ce sens : H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, vol. 2, par F. CHABAS, n° 1568, p. 306 ; P. JOURDAIN, *Les biens, op. cit.*, n° 44, p. 51.

²²⁵⁴ Cass. Civ. 3, 28 juin 1983, *Bull. civ.* III, n° 148.

²²⁵⁵ S. PIEDELIÈVRE, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Fruits*, n° 68.

²²⁵⁶ Voir notamment F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 247, p. 201 ; G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse préc., n° 246, p. 331.

²²⁵⁷ Sur l'art. 2279 C.C. : n° 644 et suiv.

²²⁵⁸ Art. 931 C.c.Q. : « Le possesseur de bonne foi est dispensé de rendre compte des fruits et revenus du bien ; il supporte les frais qu'il a engagés pour les produire. Le possesseur de mauvaise foi doit, après avoir compensé les frais, remettre les fruits et revenus, à compter du jour où sa mauvaise foi a commencé ». Voir notamment pour une application : *Standard Life Assurance Co. c. Phytoderm Inc.* [2001] J.Q., n° 5555 (C.A.Q.) : « Bien que le droit de propriété du créancier hypothécaire rétroagisse à compter de l'inscription du préavis, elle ne l'autorise pas à réclamer les loyers perçus de bonne foi avant la date du jugement en délaissement car, avant cette date, le débiteur demeure un possesseur au sens de l'article 921 C.c.Q., dont la bonne foi dispense de rendre compte des fruits et revenus du bien [...] ».

du Code civil québécois permettent cependant une acquisition originaire des créances par l'État au titre des biens vacants et sans maître.

681- En revanche, la propriété des créances semble pouvoir s'acquérir par voie d'usucapion. L'usucapion des créances est possible, à la condition toutefois d'accepter un certain remaniement de la notion de possession. Cette notion étant intimement liée à celle de propriété, il est logique que la conception restrictive de la propriété ait conduit à une conception non moins restrictive de la possession. Si l'on admet l'idée d'après laquelle la propriété des créances a fait son entrée dans les systèmes civilistes et que le droit positif, tant français que québécois, n'est plus le reflet des constructions traditionnelles qui ont réduit l'objet de la propriété aux corps, un remaniement consécutif de la notion de possession paraît non seulement naturel, mais également souhaitable. Une fois la possession des créances reconnue, l'usucapion des créances, qui en est la suite logique, ne pose plus guère difficulté.

682- L'acquisition fondée sur la possession a donc sa place dans le régime juridique de la propriété des créances. On peut même admettre, *de lege ferenda*, une application aux créances de l'article 2279 du Code civil français, dans sa fonction acquisitive.

683- La propriété des créances semble également pouvoir s'acquérir par voie d'accession, tant en droit français qu'en droit québécois. Si l'accession par incorporation ou par union est traditionnellement liée à l'idée d'une union matérielle entre deux biens, les développements récents du droit positif ont montré qu'une union intellectuelle ou économique est susceptible de constituer le lien à l'origine de ce type d'accession. Il existe des arguments, notamment fondés sur l'équité, qui conduisent à une application de la notion d'accession qui soit plus compréhensive que ce qui est traditionnellement reçu.

Par ailleurs, le droit québécois, suivi en cela par une partie de la doctrine française, fait de l'accession par production le fondement de l'acquisition des intérêts d'une créance. Quand bien même refuserait-on d'utiliser l'accession par incorporation ou par union en matière de créances, cela ne signifierait pas pour autant que l'accession, mode d'acquisition de la propriété, soit inapplicable à ces biens, puisque l'accession par production s'applique sans difficulté à l'acquisition des intérêts de la créance.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

684- Au fil de ces développements, il est apparu qu'aucun des concepts traditionnellement associés à l'acquisition de la propriété corporelle, n'est réellement réfractaire à une compréhension plus large, qui puisse englober les biens immatériels que sont les créances. Mieux encore, la reconnaissance d'une application possible du régime juridique de la propriété aux créances permet d'expliquer d'une façon plus rationnelle certaines hypothèses d'acquisition des créances, notamment par voie d'accession.

685- L'examen de l'acquisition de la propriété des créances a permis de montrer que le régime juridique de cette propriété est relativement similaire à celui de la propriété des corps. Si l'acquisition par voie d'occupation reste théorique pour les biens incorporels que constituent les créances, les autres modes d'acquisition usuellement réservés aux biens matériels s'adaptent sans difficulté à l'acquisition des créances.

Il est évident que les modes d'acquisition de la propriété matérielle s'adaptent plus ou moins naturellement aux biens particuliers que sont les créances. Ainsi, l'hypothèse d'une acquisition originaire, par les particuliers, de la propriété des créances par voie d'occupation reste largement théorique, tout simplement parce que les créances sont des biens dont l'absence de propriété ne se manifeste pas d'une manière ostentatoire aux yeux des tiers. Mais, il s'agit alors d'une adaptation du régime de la propriété à la nature particulière de son objet, plutôt que d'une impossibilité théorique et rationnelle, ce qui est corroboré par la situation similaire de la possibilité pour l'État d'acquérir les biens vacants et sans maître dans le cadre des successions en déshérence. Dans ce cas, en effet, l'existence de créances peut être clairement identifiée, alors même que leur propriétaire a disparu, si bien que l'on se retrouve dans un cas de figure proche de celui d'une acquisition des corps par voie d'occupation. Encore ne s'agit-il là que de l'hypothèse la plus rebelle à une assimilation au régime de la propriété corporelle du droit commun. L'acquisition de la propriété des créances par voie d'accession ou de prescription acquisitive, nécessite donc quelques adaptations d'ordre théorique - principalement pour adapter la notion de possession au développement des biens incorporels et à l'extension de la notion de propriété. Cependant, de telles adaptations paraissent tout à fait envisageables.

686- L'analyse du transfert de la propriété des créances, a permis de montrer que le régime juridique de la cession de créance est proche de celui de la vente, traditionnellement réservé aux corps. La cession du droit personnel de créance, qui réalise la transmission en propriété d'un bien incorporel, constitue le pendant de la vente d'un bien matériel. Il est notamment apparu que les formalités de signification au débiteur peuvent s'interpréter comme une mise en possession, ou tradition, de la créance. La tradition joue un rôle pour les biens meubles corporels, lorsque le législateur donne priorité à celui qui est entré en possession le premier, lors d'un transfert successif d'un objet par le même auteur. Elle en joue également un en matière de créances, même si elle s'opère d'une manière différente. En droit français, la tradition se fait par la voie d'une signification selon le droit commun, ou par une inscription en compte, lorsque la créance en cause est une valeur mobilière. En droit québécois, c'est l'acquiescement du débiteur ou la réception d'un acte de cession en droit commun, ou encore, la tradition matérielle du titre pour les valeurs mobilières qui remplissent ce rôle. Enfin, avec le transfert des créances professionnelles par voie de bordereau Dailly, le droit français a créé une fiction qui permet de céder une créance de manière opposable sans signification. La notification prend alors parfois le relais des formalités de signification, en opérant une mise en possession du nouveau propriétaire de la créance, le débiteur ne pouvant plus ignorer la cession.

687- La technique de la propriété a également permis de rendre compte du transfert de la propriété de la provision dans les effets de commerce en droit français. Ici réside sans doute l'une des principales distorsions entre le droit français et le droit applicable au Québec, puisque le droit canadien, inspiré sur ce point du droit anglais, ignore cette théorie et ne connaît pas le principe français de la transmission de la provision aux porteurs successifs d'un effet de commerce.

688- Dira-t-on que le régime juridique de la propriété des créances est trop spécifique pour constituer une propriété? On objectera que l'identité n'est pas recherchée entre le régime de la propriété des biens corporels et incorporels, pas plus qu'elle n'est possible entre les biens meubles et immeubles. De plus, les similitudes l'emportent nettement sur les particularités. Enfin, nous avons montré que la notion de propriété est présente lorsqu'elle s'applique aux biens créances. Là nous semble être l'essentiel et résider la réponse à l'interrogation relative à légitimité de la qualification de propriété, le reste n'étant qu'adaptation d'une notion juridique à l'objet sur lequel elle porte.

689- Non seulement la propriété des créances existe, mais elle fonctionne, le régime juridique propre à l'acquisition de la propriété lui étant applicable. Ce qui est longtemps apparu comme une incompatibilité de principe semble plutôt être une différence dans l'application du régime de la propriété, ce qui ne semble pas moins légitime lorsqu'elle est fondée sur une disparité entre le corporel et l'incorporel, que lorsqu'elle l'est sur le caractère mobilier ou immobilier du bien en question. Si cette dernière distinction a longtemps dominé le droit, la démarcation entre le matériel et l'immatériel ayant gagné en importance, la différence de nature entre les biens susceptibles de propriété se reporte logiquement sur leur régime juridique.

Quel que soit l'objet, corporel ou incorporel de la propriété, les grandes lignes du régime juridique de la propriété restent identiques, ce qui montre que le régime des biens a sa place au sein du traditionnel droit des obligations. Si, peu ou prou, le régime juridique de la propriété des corps se retrouve dans l'acquisition de la propriété des créances, qu'en est-il du contentieux de la propriété des créances?

Titre II.

LE CONTENTIEUX DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES

690- La propriété peut se définir à la fois par les prérogatives du propriétaire sur son bien et par la relation qu'il entretient vis-à-vis des tiers -ce double rapport à la chose et aux tiers, placé sous le signe de l'exclusivité, étant constitutif de l'essence de la propriété²²⁵⁹. Les développements qui précèdent ont plutôt mis l'accent sur la relation du propriétaire avec sa chose. Le contentieux de la propriété des créances permet de souligner le lien qui unit le propriétaire de ce bien incorporel avec 'le reste du monde'. Dans leur tentative de redéfinir le droit réel, les personalistes ont mis en évidence que l'opposabilité à tous n'est pas caractéristique des droits réels et que « l'obligation passive universelle », qui pèse sur tous les tiers de respecter un droit, existe également pour les droits de créances, pourtant longtemps décrits comme des droits relatifs²²⁶⁰. Rejetons dès à présent l'attitude qui consiste à faire comme si, se trouvant partout, l'obligation passive universelle ne se trouvait nulle part : elle existe bel et bien et son fondement se trouve dans la propriété²²⁶¹. Que serait, en effet, la propriété sans ce pouvoir d'exclure son bien des prétentions des tiers²²⁶² ?

Il convient d'envisager comment cette obligation passive universelle se manifeste et si elle coïncide avec celle par laquelle est protégée la propriété d'un bien corporel, meuble ou immeuble. En d'autres termes, le propriétaire d'une créance dispose-t-il de sanctions lui permettant de protéger son droit vis-à-vis des tiers et ces sanctions sont-elles les mêmes que dans le cas des choses corporelles ? Les similitudes entre le régime de la propriété des créances et de la propriété des biens corporels, s'agissant des

²²⁵⁹ Voir *supra*, n° 261 et suiv.

²²⁶⁰ Nous avons vu précédemment que la notion d'opposabilité aux tiers était classiquement décrite comme un attribut du droit réel, se manifestant sous la forme du droit de suite et du droit de préférence. La critique personaliste a fait du droit réel un droit absolu et a prétendu voir dans l'opposabilité aux tiers l'essence même du droit réel. Les tenants de la doctrine classique ont répliqué que l'obligation passive universelle, aspect négatif du droit dit absolu, existait aussi dans les droits de créance. Voir sur ce point : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, *op. cit.*, n° 22, p. 56.

²²⁶¹ La question des sanctions à la disposition du propriétaire de la créance a été évoquée de façon incidente dans les développements qui précèdent, à propos de l'examen des attributs du propriétaire. En effet, le pouvoir de sanction du propriétaire fait partie de son pouvoir d'exclure, qui est partie intégrante de sa jouissance sur la chose. Le pouvoir d'exclure est également inséparable du caractère absolu des prérogatives du propriétaire, dont nous avons précédemment rendu compte.

²²⁶² Voir notamment : H. CAPITANT, « De la nature des droits réels », *loc. cit.*, p. 31 : « le propriétaire d'un bien a le monopole de son droit ; la chose qu'il possède est retirée à l'usage des tiers ».

sanctions que le propriétaire a à sa disposition pour protéger son droit, sont-elles suffisamment importantes pour que l'on décèle l'identité, au-delà des inévitables particularités ?

691- Le contentieux relatif à la propriété des biens corporels met la notion de revendication au cœur du débat. En dépit d'un certain particularisme de la revendication en droit québécois, cette action demeure dans les deux droits étudiés celle qui, par excellence, permet au propriétaire de protéger son bien contre les atteintes des tiers.

Si le domaine de la revendication est traditionnellement réservé aux biens corporels, les créances étant, dans une certaine mesure, susceptibles de possession, il serait logique qu'elles puissent faire l'objet d'une revendication -cette action permettant au propriétaire d'être remis en possession de sa chose. L'idée d'une possibilité de revendiquer les créances est moins novatrice qu'il n'y paraît. Présentée initialement par Ginossar²²⁶³, le législateur contemporain, français ou québécois, n'a pas hésité à en prévoir l'hypothèse et la doctrine se penche sur les difficultés particulières qu'elle pose²²⁶⁴.

692- L'identification d'un contentieux possessoire en matière de créances est plus problématique. Puisqu'il existe une certaine forme de possession des créances, l'existence d'une protection possessoire en matière de créances pourrait être envisagée, l'action possessoire devant permettre de protéger la simple jouissance des créances²²⁶⁵. L'observation du droit positif conduit cependant à admettre que ce contentieux n'est guère présent en matière de créances. À la vérité, cela n'est pas surprenant, puisque le droit actuel, tant français que québécois, réserve le contentieux possessoire aux immeubles²²⁶⁶.

²²⁶³ La reconnaissance d'une possibilité de revendiquer des créances n'est pas totalement novatrice. Ginossar a été l'un des premiers à montrer que le propriétaire d'une créance est, dans une certaine mesure, protégé contre la dépossession de son droit : S. GINOSSAR, *op. cit.*, n° 23 et 24, p. 59 et 60 Voir avant lui, sur cette idée : L. ROGUIN, *op. cit.*, t. 1, n° 250, p. 373 ; R. QUÉRU, thèse préc., p. 67.

²²⁶⁴ Voir notamment : J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *loc. cit.*, n° 9 et suiv., qui conclut à une nécessité d'admettre la revendication des créances.

²²⁶⁵ Voir P.-J. RAVAIL, *De l'objet de la possession : Essai sur le droit romain, l'ancien droit français et le droit actuel*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1899, n° 30, p. 28.

²²⁶⁶ Voir notamment en droit français : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 196, p. 165 : « La possession des immeubles est protégée par elle-même, qu'elle soit réunie ou non à la propriété. À cette fin, la loi donne au possesseur des actions particulières appelées 'actions possessoires', qui lui permettent de se faire maintenir en possession quand il est troublé et de recouvrer la possession quand il l'a perdue ». En droit québécois : D.-C. LAMONTAGNE, « Distinction des biens, domaine, possession et droit de propriété », dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 1, « Personnes, successions, biens », Québec, P.U.L., 1993, p. 467, à la page 489 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, n° 672, p. 389 : « Les actions possessoires existent en matière d'immeubles seulement – ainsi que le font voir les articles 904 et 2923, cf. 2925 C.c.Q. – et plus précisément de droits réels immobiliers principaux, à propos desquels peut surgir la question des troubles

693- Il est vrai que la pertinence de cette règle (dont le fondement ne résulte pas expressément des textes, mais de la tradition, parfois consacrée par les tribunaux²²⁶⁷) a été remise en cause par une partie de la doctrine qui n'y voit qu'une ramification de l'idée ancestrale de la supériorité des immeubles sur les meubles²²⁶⁸. La position majoritaire actuelle, qui considère que les actions possessoires « n'existent qu'en matière immobilière »²²⁶⁹, suffit cependant à expliquer l'absence d'un contentieux possessoire de la propriété des créances. De plus, l'admission par le droit positif de la possession des créances n'implique pas nécessairement « la protection de leur simple jouissance par la voie de l'action possessoire »²²⁷⁰. À la place, c'est un autre type de contentieux qui se développe pour les biens-créances, un contentieux qui est fondé sur les atteintes autres que la dépossession.

694- En plus du contentieux traditionnel de la propriété se greffe un contentieux spécifique à la propriété des créances, qui se manifeste par le truchement de l'action en responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. La présence d'un tel contentieux, qui pourrait surprendre, voire discréditer le rapprochement de la propriété des biens et des corps, s'explique par la nature particulière de la créance. En matière de biens corporels, les principales atteintes qu'un propriétaire peut subir sont d'ordre matériel, qu'il s'agisse d'une détérioration, d'un dommage ou d'une perte physique de l'objet de la propriété. Au contraire, la créance, bien incorporel, est davantage sujette à des risques immatériels qui sont liés à la mauvaise foi du débiteur ou à sa volonté d'échapper au paiement, qui peuvent le pousser à tenter de frauder avec l'aide, volontaire ou involontaire, des tiers²²⁷¹. Cela justifie l'adaptation de la protection de la propriété des créances aux atteintes particulières que ces biens peuvent subir.

de jouissance (929 C.c.Q.). *Les biens meubles ne sont donc pas visés* », et la note 21 b. Voir aussi : J. ANCTIL, « Le possessoire et le pétitoire », (1974) 5 *R.D.U.S.* 31 : « L'action possessoire est donc d'une utilité incontestable dans notre droit : elle protège la possession *immobilière* ». Voir toutefois, sur l'idée selon laquelle cette limitation devrait être dépassée : P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 246 et 247 : « Aucun texte clair n'affirmant que la protection possessoire est réservée aux biens immobiliers, il est permis de contester cette règle d'exclusivité héritée de la jurisprudence et de la doctrine. Continuer d'exclure le domaine mobilier du champ d'application de ce régime de protection relève d'une conception conservatrice de la propriété et contribue à perpétuer le mythe de la supériorité de la propriété immobilière ». Dans le même sens : F. ZENATI, *Rev. trim. dr. civ.* 1996.943.

²²⁶⁷ Voir Civ. 1, 6 fév. 1996, *Bull. civ.* 1, n° 57 et *Rev. trim. dr. civ.* 1996.943, obs. F. ZENATI.

²²⁶⁸ M. CUILLERON, « Revendication des meubles perdus ou volés et protection possessoire », *Rev. trim. dr. civ.* 1986.504 ; F. ZENATI, *Rev. trim. dr. civ.* 1996.943, p. 945.

²²⁶⁹ J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 122, p. 209.

²²⁷⁰ P.-J. RAVAIL, *De l'objet de la possession*, thèse préc., n° 30, p. 28 et 29 : « Raisonner ainsi serait tomber dans cet abus de l'esprit géométrique dont lhéring a fait grief à Savigny et à son école. Il ne faut pas oublier que les effets de la possession se modèlent sur l'utilité pratique [...] ».

²²⁷¹ Voir S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, op. cit.*, n° 23, p. 57.

Après avoir identifié la présence d'un contentieux traditionnel en matière de propriété, à travers la revendication des créances, sanction contre la dépossession (chapitre I), il conviendra de rendre compte du contentieux spécifique à la propriété des créances, qui permet de sanctionner une atteinte autre que la dépossession des créances, par le truchement de l'action contre le tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle (chapitre II).

Chapitre premier

LA REVENDICATION DES CRÉANCES

695- L'admission de la transmissibilité des créances a eu pour conséquence de développer des litiges portant sur leur propriété. Tout ce qui est identifié en doctrine comme étant des conflits sur créances²²⁷² ne donne toutefois pas lieu à une action en revendication. Si le contentieux de la propriété des créances est plus discret que le contentieux de la propriété des corps, il existe néanmoins et il suffit d'observer le droit positif pour s'en convaincre. Ce contentieux oppose le possesseur de la créance, c'est-à-dire celui qui exerce ce droit, à une autre personne qui prétend être le véritable propriétaire de la créance²²⁷³.

696- En droit français, l'action en revendication est traditionnellement définie comme l'action permettant au propriétaire de faire reconnaître son droit et d'être remis en possession²²⁷⁴. Par la revendication, le propriétaire interdit à un tiers de jouir de la chose et il en exige la restitution. Cette action constitue la *sanction caractéristique de la propriété*, puisqu'elle permet au propriétaire de faire respecter par les tiers l'exclusivité de son droit²²⁷⁵. Les auteurs sont relativement nombreux à avoir identifié le fondement de l'action en revendication dans la propriété²²⁷⁶. Ainsi, selon Marcadé, « la revendication étant l'action par laquelle on se prétend propriétaire de la chose réclamée,

²²⁷² H. PAILLARD, *Les conflits sur créances*, thèse Aix-Marseille III, 1994, p. 6.

²²⁷³ F. ZENATI, *Rev. trim. dr. civ.* 1996.chr.424, p. 426 : « Le contentieux de la propriété des créances [...] suppose qu'une personne possède une créance, c'est-à-dire exerce ce droit, et se voit dénier le pouvoir de le faire par une autre personne prétendant être le seul titulaire de la créance ».

²²⁷⁴ Voir notamment : R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, *op. cit.*, v° *Revendication* : « action en justice accordée à tout propriétaire pour faire reconnaître son titre » ; F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 166, p. 202 : « action par laquelle une personne demande la possession d'un bien en prétendant en être propriétaire ». G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° *Revendication* : « 1. Action en justice par laquelle on fait établir le *droit de propriété* qu'on a sur un bien, en gén. pour le reprendre d'entre les mains d'un tiers détenteur [...] ».

²²⁷⁵ F. ZENATI, thèse préc., n° 402, p. 545. Comparez, en droit québécois : D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, n° 207, p. 136 : « l'action en revendication assure l'exclusivisme du droit de propriété ».

²²⁷⁶ J. CARBONNIER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 205, p. 322, distingue la revendication, qui est « l'action en justice qui appartient au propriétaire pour faire reconnaître son droit » et qui « ne concerne que le droit de propriété, à l'exclusion des droits réels démembreés », des autres actions de nature pétitoire, telles l'action confessoire ou l'action négatoire, qui « ne sont pas techniquement des revendications ». Voir aussi : M. VANEL, *Enc. Dalloz dr. civ.*, v° *Propriété*.

il s'ensuit que *le seul droit qui produise la revendication, c'est le droit de propriété* »²²⁷⁷.

En droit québécois, le lien entre la revendication et la propriété est plus lâche. S'il est clairement affirmé par certains²²⁷⁸, l'action en revendication est souvent définie d'une façon plus large, les auteurs s'appuyant sur un certain nombre d'hypothèses où le législateur a fait référence à la revendication dans un contexte détaché de la propriété.

697- On distingue usuellement l'action en revendication des restitutions qui peuvent être demandées sur le fondement d'un contrat, et qui ne sont donc pas dirigées contre un tiers : par exemple des restitutions demandées sur la base d'un dépôt²²⁷⁹. Dans ces derniers cas, le demandeur n'a pas à démontrer son droit de propriété, mais il doit simplement prouver l'existence et le contenu du contrat²²⁸⁰. Alors que l'action fondée sur un contrat est de nature personnelle en droit français, dès lors qu'elle repose sur un engagement personnel, l'action en revendication est une action réelle²²⁸¹. En effet, dans ce droit, la revendication ne repose sur aucun engagement et tend à la consécration d'une prérogative sur une chose.

Il n'est pas certain que les mêmes principes jouent en droit québécois, le législateur ayant parfois donné l'action en revendication à des restitutions fondées sur un contrat. Pourtant, s'il est vrai que le législateur du Québec a évoqué la revendication

²²⁷⁷ V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil, op. cit.*, t. 2, n° 367. De même, pour Planiol et Ripert, l'action en revendication n'est « pas autre chose que le droit de propriété réclamé en justice » M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique, op. cit.*, t. 3, n° 95, p. 98. Voir aussi : J.-G. LOCRIÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle, op. cit.*, t. 19, p. 487 : « la revendication n'est pas un privilège, mais un acte de propriété ».

²²⁷⁸ P. MARTINEAU, *Les biens, op. cit.*, p. 71 : « Par cette action, celui qui se prétend propriétaire d'une chose demande que son droit de propriété soit reconnu par le tribunal et qu'il soit ordonné au défendeur de remettre la chose au demandeur » ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens, op. cit.*, p. 129 : « L'action en revendication d'un bien (953 C.c.Q.) –une action pétitoire– permet au propriétaire de revendiquer un bien contre le possesseur ou celui qui le détient sans droit [...]. Elle est ouverte au propriétaire contre le possesseur. La preuve du titre est essentielle ». Voir aussi : G.C. MARLER, *The law of real property, op. cit.*, n° 135, p. 60 : «The action in revendication is an action exercised by one who claims the restitution of a thing, alleging himself to be its proprietor [...]. It is founded on the right of ownership».

²²⁷⁹ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 166, p. 202 ; en droit québécois : P. MARTINEAU, *Les biens, op. cit.*, p. 71.

²²⁸⁰ P.-C. LAFOND, *op. cit.*, p. 493 et 494 : « Si le bien se trouve entre les mains d'un détenteur qui refuse de le rendre, le propriétaire n'a pas besoin d'intenter l'action en revendication. Il lui suffit de prendre une action fondée sur le contrat qui l'unit au défendeur ; il n'a pas à prouver son droit de propriété ».

²²⁸¹ H. SOLUS et R. PERROT, *Traité de droit judiciaire privé*, t. 1, Paris, Sirey, 1961, n° 129 ; L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., Paris, Litec, 1998, n° 798. L'opposition entre action réelle et action personnelle est classique. Voir notamment J. DJOUDI, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Revendication*, n° 11 : « Destinée à protéger le droit de propriété, l'action en revendication se trouve au premier rang des actions réelles. Elle se distingue alors des actions en restitution née d'un contrat (louage, prêt, mandat, dépôt), dont le but est d'assurer l'exécution d'un droit de créance ; ces actions sont dites personnelles, elles permettent la restitution de la chose et non pas d'affirmer un droit de propriété contre un possesseur ».

dans cette hypothèse, on peut l'interpréter comme une volonté de conférer une protection exceptionnelle au déposant, par analogie à la propriété, plutôt qu'en une assimilation de l'action personnelle fondée sur le contrat, à l'action réelle fondée sur la propriété. Si le droit positif québécois permet d'identifier des cas de revendication à titre de propriétaire et des cas de revendication qui ne sont pas fondées sur la propriété, seules les premières nous intéressent ici²²⁸².

698- L'action en revendication est couramment limitée aux choses corporelles, qu'il s'agisse des meubles ou des immeubles. Il apparaît cependant que les choses incorporelles comme les créances peuvent également être revendiquées dans le cas où la propriété des créances est contestée. La reconnaissance de la revendication des biens incorporels n'est pas aussi novatrice qu'on pourrait le penser. Ainsi, en droit français, la loi a notamment prévu la revendication des brevets et des marques²²⁸³ et, en matière de redressement judiciaire, la revendication concerne toutes les formes de biens²²⁸⁴. Surtout, le vendeur de meubles, à défaut de pouvoir revendiquer sa chose entre les mains du sous-acquéreur de bonne foi, peut revendiquer contre lui la créance du prix de revente (article 122 de la loi du 25 janvier 1985, devenu art. 621-124 du Code de commerce)²²⁸⁵. En droit québécois également, le législateur a reconnu la possibilité de revendiquer une créance : tel est, notamment, le cas du propriétaire d'un meuble perdu ou oublié, qui peut revendiquer sa créance sur le prix de revente du bien, par la voie de la subrogation réelle (art. 946 C.c.Q.).

699- La question se pose de savoir, concrètement, comment un créancier-propriétaire peut être dépossédé de sa créance. Le cas le plus facile à admettre est l'hypothèse d'une *dépossession du titre* qui constate la créance, la revendication s'exerçant sur le titre, support du droit. Mais, le droit de revendication peut aussi porter sur des *créances non matérialisées* dans un titre²²⁸⁶. La possession de la créance étant l'exercice de ce droit, la dépossession se réalise à partir du moment où *un tiers exerce ce droit aux dépens du véritable propriétaire*.

²²⁸² Voir *infra*, n° 717 et suiv.

²²⁸³ A. CHAVANNE et J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, n° 128 et suiv.

²²⁸⁴ L. 10 juin 1994, mod. art. 121 et 122 L. 25 janvier 1985. Voir notamment P. LE CANNU, *Bull. Joly* 1994.205, n° 27 et Y. CHAPUT, « La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises », J.C.P. éd. E. 1994.II.389, n° 89 : « la loi affirme expressément que la revendication peut s'exercer sur les *biens mobiliers* (sans distinction entre corporels et incorporels) ».

²²⁸⁵ Voir aussi, sur la possibilité de revendiquer un fonds de commerce ou une universalité : F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 203.

²²⁸⁶ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, *op. cit.*, n° 23 et suiv., p. 56 et suiv.

700- Le contentieux de la propriété des créances suppose qu'une personne, qui possède une créance en exerçant son droit, se voit contester cette prérogative par une autre personne, qui prétend être seule titulaire de la créance²²⁸⁷. Le possesseur, contre lequel le propriétaire revendique, peut être un usurpateur qui exige le paiement du débiteur ou, le plus souvent, un acquéreur -ce qui arrive lorsque la même créance a été cédée deux fois, ou lorsqu'un cessionnaire s'oppose à un créancier du cédant qui saisit la créance. Dans ces différentes hypothèses, une personne prétend être le véritable propriétaire de la créance et conteste à une autre personne, qui l'exerce, la propriété de son droit. Cette action est bien de nature réelle, puisqu'elle ne vise pas à obtenir l'exécution de l'obligation, mais à ce que soit tranché un conflit de titularité²²⁸⁸. Même si cette action peut s'accompagner d'une action en paiement contre le débiteur, ces deux actions ne se confondent pas.

701- Alors qu'en droit français, l'article 2279 du Code civil fait en sorte que les hypothèses de revendication en matière mobilière sont rares, car elles sont souvent « étouffées dans l'œuf »²²⁸⁹, tel n'est pas le cas en droit québécois²²⁹⁰, où le Code civil impose au possesseur de bonne foi d'un bien meuble un délai de trois ans pour acquérir son bien par voie de prescription acquisitive -si bien que la revendication du véritable propriétaire n'est pas avortée à peine née.

Après avoir identifié les principes généraux propres à la revendication des créances (section I), nous envisagerons le régime de la revendication des créances (section II).

²²⁸⁷ Voir sur ce point : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 23, p. 58 et 59 ; F. ZENATI, *Rev. trim. dr. civ.* 1996.chr.426.

²²⁸⁸ Voir notamment F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 167, p. 203 ; J. BOULANGER, « Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité », *Rev. trim. dr. civ.* 1935.545, p. 549 : « Dans le conflit de droits personnels proprement dits, le débiteur a établi avec des créanciers successifs autant de rapports obligatoires distincts et, c'est à propos de l'exécution de ces obligations que les créanciers sont divisés. Dans le cas de cession d'une créance, un seul rapport obligatoire a été formé à l'origine et le conflit ne s'élève que parce que cette créance unique a été successivement transmise à deux cessionnaires successifs. On se trouve alors, comme en matière de conflits de droits réels, en présence du problème de l'attribution privative d'un droit (c'est là d'ailleurs une situation qui, malgré sa fréquence, ne laisse pas juridiquement d'être assez singulière, puisqu'il faut admettre qu'on est propriétaire d'un droit personnel ».

²²⁸⁹ L'expression est du professeur Carbonnier : J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., n° 228, p. 358 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, op. cit., n° 530, p. 388 : « L'action en revendication d'un meuble est plus rare que celle d'un immeuble, en raison de la solidarité entre possession et propriété, consacrée par l'article 2279, al. 1 ».

²²⁹⁰ Voir R.A. MACDONALD, « Enforcing Rights in Corporeal Moveables: Revendication and Its Surrogates », partie I, (1986) 31 *R.D.McGill* 31573 & partie II, (1986) 32 *R.D.McGill* 1.

SECTION I.

LA REVENDICATION DES CRÉANCES, SANCTION D'UN CONFLIT DE PROPRIÉTÉ

702- Le propriétaire d'un bien incorporel, tout comme le propriétaire d'une chose matérielle, peut revendiquer son bien. Pothier lui-même estimait qu'il n'y a « rien qui empêche que le *propriétaire d'une chose incorporelle* [...] lorsqu'il en a perdu la possession, ne puisse donner l'action en revendication de cette chose contre un tiers qu'il en trouverait en possession, de même qu'on la donne pour les choses corporelles »²²⁹¹.

L'action en revendication est traditionnellement définie comme l'action exercée par un propriétaire, dans le but de faire reconnaître son droit de propriété sur un bien, contre un tiers qui l'usurpe, et de se voir restituer son bien²²⁹².

La revendication des créances peut être définie comme l'action par laquelle un propriétaire demande à voir son droit de propriété sur la créance reconnu et à être remis en possession de son bien-créance²²⁹³. Elle se distingue de l'action personnelle, fondée sur un contrat et dirigée, non pas contre un tiers mais contre un cocontractant qui s'est personnellement engagé²²⁹⁴.

703- Si le fondement de l'action en revendication des créances peut être trouvé dans la propriété, tout comme c'est le cas de la revendication des meubles corporels (§1), cette action comporte certaines particularités dont le principal effet est de limiter les conditions dans lesquelles la revendication des créances est possible (§2). Dans tous les cas, l'issue du conflit est subordonnée à la preuve de la propriété du revendiquant (§3).

²²⁹¹ R.J. POTHIER, *op. cit.*, t. 9, n° 282.

²²⁹² D'une façon générale, l'action en revendication peut être définie comme « (l)'action [...] qu'exerce le propriétaire, *en cette qualité*, contre le tiers qui détient indûment son bien et refuse de le restituer en contestant son droit. Elle tend à la reconnaissance du droit de propriété et à la restitution du bien » : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 520, p. 382. Voir aussi : R.J. POTHIER, *op. cit.*, t. 9, p. 284 : l'action en revendication est l'action par laquelle le *propriétaire* d'une chose la revendique sur celui qu'il en trouve en possession.

²²⁹³ L'action en revendication d'une créance a été définie comme « *l'action qui tend à la reconnaissance de la propriété sur la créance et à la restitution de la créance*, laquelle permettra l'exercice de l'action en paiement contre le débiteur » : J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *loc. cit.*, p. 1422.

²²⁹⁴ Voir F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 166, p. 202.

§1. Le fondement de la revendication des créances

704- C'est souvent un critère d'opposabilité qui est présenté pour distinguer les droits réels des droits personnels. Selon la doctrine classique, alors que le titulaire d'un droit réel peut poursuivre l'exercice de son droit « contre tout possesseur ou détenteur de cette chose », le titulaire d'un droit personnel, « c'est-à-dire le créancier, ne peut l'exercer que contre la personne obligée à la prestation, c'est-à-dire contre le débiteur »²²⁹⁵. Ainsi, pour Levis comme pour Duclos, la caractéristique du droit réel est de pouvoir exclure autrui, contrairement au droit personnel, qui n'offrirait pas une telle possibilité²²⁹⁶. Or, il est désormais admis que ce n'est pas le droit réel qui fonde l'opposabilité à tous, qui se retrouve dans le droit personnel. Dès le début du XX^e siècle, un auteur soulignait que « Comme l'action qui naît du droit de propriété, celle qui naît du droit de créance peut être exercée contre quiconque la viole »²²⁹⁷.

705- Comment expliquer le devoir qu'ont les tiers de respecter le droit du titulaire de la créance, sinon par la propriété ? C'est bien parce que la notion de propriété s'applique aux créances, que le propriétaire peut opposer son droit à tous les tiers qui voudraient le méconnaître. C'est la propriété, droit absolu, qui fonde le pouvoir qu'a le titulaire d'une créance de l'opposer à tous, et partant, d'en avoir la propriété, définie comme pouvoir d'exclusion des tiers de son bien.

On a pourtant fait remarquer que la propriété ne saurait être invoquée, car étant partout, elle ne serait nulle part. Il est toutefois contradictoire de refuser d'admettre la présence d'un concept, au motif qu'il serait omniprésent. En réalité, c'est bien parce que la propriété « est l'exclusivité même » qu'elle fonde l'action en revendication²²⁹⁸.

706- L'idée a été défendue, selon laquelle il existerait une différence dans l'étendue de l'opposabilité du droit réel et du droit personnel²²⁹⁹. Alors que l'opposabilité du droit de créance se limite aux personnes qui en ont eu connaissance, soit aux tiers de mauvaise foi, les droits réels sont opposables à tous les tiers²³⁰⁰.

Cette opposition a, toutefois, été largement nuancée par les analyses de Derruppé. En effet, même en matière de meubles corporels, la bonne foi du tiers acquéreur

²²⁹⁵ C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, § 173.

²²⁹⁶ M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, Paris, Economica, 1989, n° 134, p. 123 ; J. DUCLOS, thèse préc., n° 47-1 et 47-2, p. 69 et suiv.

²²⁹⁷ E. LÉVY, thèse préc., n° 71, p. 126.

²²⁹⁸ F. ZENATI, thèse préc., n° 402, p. 546.

²²⁹⁹ Voir notamment S. CALASTRENG, *La relativité des conventions*, thèse Toulouse 1939.

²³⁰⁰ S. CALASTRENG, thèse préc., p. 389 : « L'ignorance légitime du droit personnel octroie aux tiers la permission de n'en pas respecter l'obligation ».

empêche le véritable propriétaire de revendiquer son bien lorsqu'il en a perdu la possession. Au contraire, la revendication reste possible contre les tiers de mauvaise foi, qui ont eu connaissance du droit du véritable propriétaire. Dès lors, il n'est donc « pas faux de dire que *pratiquement, l'opposabilité du droit réel est restreinte aux tiers qui ont eu connaissance du droit* »²³⁰¹. En réalité, « *C'est [...] la structure même du droit de créance et [...] la nature particulière de l'objet de ce droit, qui [...] justifient l'inopposabilité de ce droit aux tiers de bonne foi* »²³⁰². L'existence d'un droit réel se manifeste simplement aux yeux des tiers d'une façon plus ostentatoire que celle d'un droit personnel, pour lequel rien ne permet en principe de soupçonner l'existence²³⁰³.

707- La doctrine classique considère que le *droit réel*, dont la propriété est le prototype, est opposable à tous en raison de sa structure, c'est-à-dire en raison du rapport direct et immédiat du propriétaire vis-à-vis de sa chose²³⁰⁴. Le droit de suite, qui permet au propriétaire de revendiquer sa chose entre les mains de quiconque, est souvent présenté comme une conséquence de l'opposabilité *erga omnes* de la propriété. On admet toutefois, en matière immobilière, que l'opposabilité du droit aux tiers soit subordonnée à des mesures de *publicité*.

L'opposabilité d'un droit quelconque dépend de la connaissance réelle ou supposée, qu'en a eue celui à qui on l'oppose²³⁰⁵. La publicité foncière constitue en matière immobilière un système d'information, dont dépend l'opposabilité des droits réels²³⁰⁶. Les conditions de la publicité des droits personnels n'étant pas organisées en droit français, ou difficilement organisables en droit québécois²³⁰⁷, cela les rend plus vulnérables, puisqu'une personne peut les méconnaître sans intention malicieuse. S'il est vrai que les moyens de rendre un droit réel opposable sont plus importants et mieux organisés que pour les droits personnels, cela ne signifie pas pour autant que le droit réel soit par nature opposable aux tiers²³⁰⁸.

708- Les créances sont des biens dont l'aliénation n'est pas opposable en soi. La créance n'étant pas un bien tangible ou visible, l'identité de son propriétaire ne peut être constatée par l'observation extérieure.

²³⁰¹ J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 219.

²³⁰² J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 226 et 219 et suiv.

²³⁰³ *Ibid.*

²³⁰⁴ H., L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, t. 2, n° 161 et suiv.

²³⁰⁵ Voir notamment sur ce point : J. DUCLOS, *L'opposabilité : Essai d'une théorie générale*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 179, Paris, L.G.D.J., 1984.

²³⁰⁶ *Contra* : M. LÉVIS, *L'opposabilité du droit réel : De la sanction judiciaire des droits réels*, Paris, Economica, 1989.

²³⁰⁷ *Infra*, n° 712 et suiv.

²³⁰⁸ R. LIBCHABER, « Biens », *loc. cit.*, n° 48.

On pourrait penser que cette faiblesse structurelle du bien-créance constitue un tempérament à la règle du caractère absolu de la propriété et fait que l'opposabilité aux tiers d'un acte de disposition relatif à une créance est subordonnée à l'information des tiers. Néanmoins, nous avons vu que l'information du débiteur peut s'analyser comme constituant la tradition des droits incorporels. Or, même pour les meubles corporels, la tradition ou mise en possession, n'est pas dénuée d'effets vis-à-vis des tiers. On sait que l'article 1141 du Code civil donne priorité non pas à celui qui a acquis le premier, mais à celui qui est entré en possession en premier, la mauvaise foi entraînant le retour à la règle *prior tempore, potior jure*²³⁰⁹. Le même phénomène s'observe s'agissant des créances, où celui qui a été mis en possession le premier, autrement dit, celui qui a signifié en premier, est préféré. La mise en possession s'opère par la signification, la possession ayant tout comme pour les corps, une vertu publicitaire. Dès lors, la nécessité d'une information est moins une faiblesse de la propriété des créances, qui la rendrait moins absolue, qu'une spécificité propre aux biens meubles corporels ou incorporels.

709- Le contentieux de la propriété des créances met en relief l'existence d'une obligation passive universelle pour les créances, qui sont pourtant censées être des droits relatifs. Or, cette obligation est aussi forte pour les créances que pour les biens corporels. Le lien qui unit le propriétaire d'une créance aux tiers est de la même fibre que le lien unissant le propriétaire d'un bien corporel aux tiers. Seule une différence liée à la nature du bien en question subsiste : alors que les tiers sont censés connaître l'existence d'un propriétaire de bien corporel, ils sont censés l'ignorer, s'agissant d'une créance²³¹⁰.

§2. La spécificité de la revendication des créances

710- La spécificité de la revendication des créances est en partie liée à l'impossibilité d'organiser un régime de publicité en matière de créances qui soit équivalent à ce qui existe en matière immobilière (A). Par ailleurs, le fait que la revendication ait pour objet une créance a un effet sur les conditions de la revendication des créances (B).

²³⁰⁹ Art. 1141 C.C. : « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi ».

²³¹⁰ Voir sur ce point : S. GINOSSAR, *op. cit.*, n° 34, p. 86 ; J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 219 et suiv.

A. La spécificité liée à l'impossibilité d'organiser un régime de publicité satisfaisant pour les créances

711- On considère souvent que la publicité des droits réels, qui permet la connaissance des droits par les tiers, constitue un préalable au respect de la propriété. Si, en droit français, les droits de créance ne sont pas soumis à une publicité organisée de façon systématique, cela ne signifie pas qu'ils ne sont pas des objets possibles de propriété, mais simplement que leur nature se prête difficilement à une appréhension durable. Cela rend difficile, en pratique, la mise en place d'une procédure de publicité à leur égard. Tous les droits immobiliers ne sont d'ailleurs pas soumis à publicité et, inversement, les biens mobiliers peuvent l'être dès lors qu'ils sont localisables²³¹¹.

Il est intéressant de noter qu'au Québec, le neuvième livre du Code civil, intitulé « De la publicité des droits », a complètement réformé le système d'enregistrement québécois, en en faisant un système à mi-chemin entre le système des livres fonciers (connu notamment en Allemagne ou en Australie, où la publicité conditionne l'attribution des droits) et le système français traditionnel (où la publicité assume un rôle d'opposabilité des droits aux tiers)²³¹². L'une des principales innovations a été l'instauration d'un *Registre des droits personnels et réels mobiliers*. Désormais, le principe général est que la publicité des droits les rend opposables aux tiers, établit leur rang et leur donne parfois effet (2941 C.c.Q.)²³¹³.

712- Le registre des droits personnels et réels mobiliers constitue, dorénavant, le pendant du registre foncier pour les immeubles, qui rend les droits qui y sont inscrits opposables aux tiers. Les droits personnels et réels mobiliers ne sont toutefois soumis à cette publicité *que dans la mesure où la loi prescrit ou autorise expressément leur publication* (art. 2938 al. 3 C.c.Q.)²³¹⁴. Le registre des droits personnels et réels mobiliers se distingue encore du registre foncier en ce que ce dernier permet de retracer les acquéreurs successifs d'un immeuble et constitue un véritable registre de titres, alors que le premier est plutôt un registre des droits (telle une hypothèque) pouvant grever un

²³¹¹ B. LOTTI, thèse préc., n° 237, p. 269.

²³¹² Voir D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, op. cit., n° 121, p. 62.

²³¹³ D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, op. cit., n° 121, p. 62. C'est ainsi que la déclaration de copropriété ne lie les copropriétaires qu'à compter de son inscription (1062 C.c.Q.).

²³¹⁴ Art. 2938 al. 3 C.c.Q. Voir sur ce point : D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, *La publicité des droits*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 612 et l'annexe, pour une liste des droits soumis à publication ; F. BROCHU, « Le mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits en vertu du nouveau Code civil du Québec et le rôle des principaux intervenants » (1993) 34 *C. de D.* 949 ; L. CADORET et N. PAGE, « RDPRM facile comme 2+2=4 ! », (2001) 1 *C.P. du N.* 93. Sont notamment soumis à publication le bail mobilier (1852 C.c.Q.), ainsi que certaines renonciations, comme la renonciation à une succession, ou la renonciation à un partage (2938 al. 2 C.c.Q.).

bien meuble²³¹⁵, qu'un registre permettant de vérifier la chaîne des propriétaires successifs du bien meuble. Ainsi, « *la vente d'un bien meuble, sauf les cas prévus aux articles 1745 [il s'agit de la vente à tempérament, ou sous réserve de propriété] et 1750 C.c.Q., [il s'agit de la vente avec faculté de rachat] ne fait généralement pas partie de la liste des droits pouvant être inscrits sur ce registre. Le tiers qui consulte le registre des droits personnels et réels mobiliers ne pourra donc vérifier au registre si le bien sur lequel il désire obtenir une hypothèque appartient réellement au débiteur* »²³¹⁶. Bien qu'ils améliorent le système traditionnel, ces aménagements n'ont donc pas eu pour effet de soumettre les droits personnels à un régime de publicité identique à celui qui existe pour les immeubles, car on se heurte alors à un obstacle matériel. Or, si un droit qui est inscrit sur un registre est présumé connu des tiers²³¹⁷, tel n'est pas le cas lorsque la réalisation d'une telle publicité est impossible.

Ainsi, même au Québec, où l'on a tenté d'instaurer un régime de publicité qui puisse inclure les droits personnels, la nature même des droits de créance ne permet pas de créer, pour ces droits, une publicité qui soit identique à celle existant pour les immeubles. Cela explique qu'en droit français comme en droit québécois, les tiers sont censés ignorer les droits personnels, la véritable publicité de ces droits se faisant plutôt par le biais d'une mise en possession. Cette spécificité est donc toute relative, les biens mobiliers corporels n'étant pas plus que les droits, soumis à un régime de publicité organisé ; dans les deux cas, la publicité se fait alors par une mise en possession.

Au-delà de cette spécificité relative, il reste à déterminer les conditions de la revendication des créances.

B. Les conditions de la revendication des créances

713- Si l'action en revendication des créances existe, les hypothèses dans lesquelles elle se manifeste sont toutefois moins nombreuses que pour la propriété des corps. Dans une étude récente sur la revendication des créances en droit français, un auteur a identifié les conditions nécessaires à l'exercice d'une action en revendication. En premier lieu, il faut évidemment qu'un conflit de propriété existe. De plus, la

²³¹⁵ Ainsi, en matière d'hypothèque mobilière de créances, l'article 2699 prévoit qu'une telle hypothèque est opposable aux créanciers du constituant depuis le moment où le créancier a exécuté sa prestation, si elle est inscrite dans les dix jours qui suivent.

²³¹⁶ Voir J.-P. BOUSQUET, « La publicité des droits », dans *Collection de droit 2000-2001*, École du Barreau du Québec, t. 6, *Contrats, prescription, sûretés et publicité des droits*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 203.

²³¹⁷ Voir, même en matière mobilière : l'article 2943 al. 2 C.c.Q., qui prévoit qu'un droit inscrit sur le registre des droits personnels et réels mobiliers est présumé connu de celui qui acquiert ou publie un droit sur le même bien (et en matière immobilière : voir les articles 2943 et 2944 C.c.Q.).

créance s'éteignant par le paiement, le débiteur ne doit pas avoir exécuté son obligation, du moins dans l'hypothèse où son paiement est libératoire, ce qui est le cas lorsqu'il est fait de bonne foi au possesseur de la créance (art. 1240 C.C.). La revendication n'est donc possible « que pour autant que le débiteur n'a pas exécuté de bonne foi son obligation au bénéfice d'un possesseur »²³¹⁸. À ces deux conditions, s'en ajoute une troisième, dans l'hypothèse où la revendication intervient après une cession *a non domino* : dans ce cas, la revendication est subordonnée à la mauvaise foi du possesseur, car sinon, la possible application de l'article 2279 du Code civil aux créances, aurait pour effet de priver le véritable propriétaire du droit de revendiquer sa créance²³¹⁹.

Si les deux premières conditions se retrouvent en droit français et en droit québécois, tel n'est pas le cas de la troisième, qui n'existe qu'en droit français. De plus, ces différentes conditions semblent toutes être liées à l'existence d'un conflit de propriété et seront regroupées à ce titre. Encore faut-il alors ajouter une dernière condition, relative à l'objet de la revendication.

714- L'hypothèse d'une revendication des créances apparaît à partir du moment où il existe une contestation de la propriété de la créance par le véritable propriétaire, à l'encontre d'un possesseur. Deux conditions sont nécessaires pour qu'un tel contentieux naisse : il faut non seulement qu'il s'agisse d'un véritable conflit de propriété, mais également que ce conflit ait pour objet une créance, et non simplement des fonds. Il convient de distinguer les véritables hypothèses de revendication des créances (dans lesquels la *propriété de la créance* est revendiquée), des faux cas de revendication (ce qui se produit lorsqu'il n'y a pas de conflit de propriété, ou lorsque la revendication ne porte pas sur une créance, mais sur une somme d'argent).

La revendication des créances- à titre de propriétaire- peut donc être envisagée, dès lors qu'existe un conflit de propriété (1), portant sur une créance (2).

1. L'existence d'un conflit de propriété

715- Nous reprendrons ici les conditions identifiées par le professeur Viennois. Pour qu'un conflit de propriété existe, il faut tout d'abord que la propriété soit en cause (a) et qu'il n'y ait pas eu de paiement libératoire (b). Enfin, dans le cas d'une revendication contre un possesseur ayant acquis *a non domino*, il faut en droit français,

²³¹⁸ J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *loc. cit.*, p. 1236 et 1237 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n° 1320, p. 1228.

²³¹⁹ J.-P. VIENNOIS, *loc. cit.*, p. 1237.

que le possesseur soit de mauvaise foi, alors que la revendication est possible en droit québécois tant que le possesseur n'a pas prescrit par voie d'usucapion (c).

a) L'exclusion des cas où la propriété n'est pas en cause

716- La première condition identifiée en doctrine est l'existence d'un conflit de propriété, et par conséquent, l'exclusion des hypothèses où le conflit ne porte pas sur la propriété. Comme on l'a déjà souligné, « L'action en revendication tend à la reconnaissance du droit de propriété et suppose évidemment un conflit opposant deux personnes au sujet du même droit. L'existence d'une contestation de la propriété est donc une première condition de la revendication »²³²⁰.

Même si cette action s'accompagne fréquemment d'une demande de dommages-intérêts, ces deux actions sont distinctes et il faut différencier l'action en revendication de l'action en paiement.

717- En droit québécois, il arrive que l'on donne à la revendication un sens plus large qu'en droit français. À côté du sens strict de revendication d'un bien à titre de propriétaire, le Code civil du Québec a qualifié de revendication certaines actions qui tendent à la restitution d'un bien, sans que soit constaté un droit de propriété sur ce bien. Ainsi n'a-t-il pas hésité à accorder un droit de revendication au titulaire d'un droit de rétention (art. 1593 C.c.Q.), au déposant (art. 2282 C.c.Q.), ou encore au titulaire d'une créance garantie par une hypothèque mobilière avec dépossession (art. 2706 C.c.Q.)²³²¹.

Dans le Code civil du Bas Canada, la revendication était souvent définie dans les mêmes termes qu'en droit français. Ainsi y voyait-on l'« Action par laquelle le propriétaire demande la reconnaissance de son droit de propriété sur un bien et la restitution de celui-ci par le possesseur »²³²². Avec le Code civil du Québec, cependant, le législateur a utilisé le terme 'revendiquer' dans des situations où le prétendu revendiquant vise uniquement à être remis en possession du bien, sans que soit constaté son droit de propriété sur le bien. Tel est le cas lorsque le revendiquant ne se prétend pas propriétaire, mais vise simplement la remise en possession (il en va ainsi de la revendication reconnue au créancier gagiste ou au rétenteur), voire la simple mise en détention du bien (comme c'est le cas pour le dépôt), ou encore, dans des situations où

²³²⁰ J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *loc. cit.*, p. 1236.

²³²¹ Voir : P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé, Les obligations, op. cit.*, v° *Revendication*.

²³²² P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé, op. cit.*, 2^e éd., 1991, v° *Revendication*, sens 1.

la demande en restitution est fondée sur l'existence d'un contrat (ainsi, le déposant est fondé à « revendiquer », en vertu de l'article 2282 C.c.Q.).

718- La première tentation pourrait être de redéfinir la notion traditionnelle de revendication, afin de l'élargir et de légitimer ainsi les nouveaux emplois du terme. On pourrait considérer que la revendication désigne l'action par laquelle une personne réclame la restitution d'un bien²³²³. Cette tendance se retrouve dans certains jugements. Ainsi, dans l'affaire *Thérien c. Ténégal*²³²⁴, le juge Bossé a estimé que « [l]e droit de revendiquer s'applique à une grande variété de cas, qu'il s'agisse d'une revendication à titre de propriétaire ou à un autre titre, soit celui de vendeur impayé, de gagiste ou de rétenteur ». Cette jurisprudence se démarque de jugements antérieurs, qui avaient décidé que « [l]a sanction du droit de propriété est la revendication, action pétitoire qui a pour but l'obtention de la possession [...] »²³²⁵.

719- Il semble toutefois préférable de conserver à la revendication son sens originaire plus restreint, tout en admettant que le législateur a, par analogie, fait référence à la revendication dans des hypothèses qui n'ont en commun avec la revendication véritable que son résultat, à savoir la restitution du bien.

Il est remarquable que toutes les hypothèses dans lesquelles le législateur a reconnu un droit de revendiquer au bénéfice d'un non-propriétaire, sont exceptionnelles. De même que la jurisprudence française a admis que le créancier-gagiste, qui pourtant n'a pas l'*animo domini*, est un véritable possesseur à l'égard des tiers et qu'il peut en conséquence invoquer l'article 2279 du Code civil qui protège la possession²³²⁶, le législateur québécois a été plus loin dans l'analogie en admettant que le gagiste, ou créancier hypothécaire, puisse « revendiquer » sur le seul fondement de sa détention²³²⁷.

On peut observer également que le vendeur impayé exerce son droit de revendication à la suite de la résolution de la vente donc, en réalité, en qualité de propriétaire. Par ailleurs, le liquidateur d'une succession a un droit de saisine, proche de

²³²³ P.-A. CRÉPEAU, N. KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé, Les obligations, op. cit.*, v° *Revendication* : « Action par laquelle on réclame la restitution d'un bien [...]. Rem. 1° L'action en revendication permet de demander la restitution d'un bien meuble ou immeuble. Le droit de revendiquer un bien appartient à son propriétaire (art. 953 C.c.Q.), mais il est aussi accordé à d'autres personnes par la loi (par ex., le liquidateur d'une succession (art. 777C.c.Q.) ; le titulaire d'un droit de rétention (art. 1593 C.c.Q.) ; le déposant (art. 2282 C.c.Q.) ; le titulaire d'une créance garantie par une hypothèque mobilière avec dépossession (art. 2706 C.c.Q.) [...] ».

²³²⁴ [1999] J.Q. n° 1308 (au n° 6 et 7).

²³²⁵ *Bois c. Dubuque*, (1929) 35 R. de J. 434.

²³²⁶ H. CAPITANT, note sous Civ. 23 avril 1918, D.P. 1919.1.33.

²³²⁷ Art. 2706 C.c.Q. : « Le créancier qui est empêché d'exercer sa détention peut revendiquer le bien de celui qui le détient, à moins que l'empêchement ne résulte de l'exercice, par un autre créancier, de ses droits hypothécaires ou d'une procédure de saisie-exécution ».

la propriété. Quant au droit de rétention, il a également une position particulière, qui résulte de la spécificité de cette institution, particulièrement énergique, qui permet une sorte de voie de fait reconnue par le droit²³²⁸. On peut alors comprendre que le législateur ait, par exception, accepté d'étendre à ce droit la protection la plus forte qui soit et qui est celle de la revendication.

S'agissant enfin du dépôt, il est intéressant de faire le parallèle entre la position du législateur québécois et un arrêt récent de la Cour de cassation française. Le 14 novembre 2000, la chambre commerciale a eu à statuer sur une hypothèse de revendication intentée par un dépositaire contre un sous-dépositaire soumis à une procédure collective²³²⁹. Or, la cour décide que la société dépositaire, ayant la charge de restituer la chose remise en nature, le droit de revendiquer le bien entre les mains du sous-dépositaire lui était ouvert. C'est un pur motif de forclusion, l'action ayant été intentée hors délai, qui fit échouer l'action²³³⁰. La plupart des auteurs ont expliqué cet arrêt par le caractère particulier du contrat de dépôt, l'obligation de restitution du dépositaire étant particulièrement énergique, étant tenu d'une obligation de restitution *ad nutum*, ce qui n'est pas le cas du locataire ou d'autres détenteurs précaires. Pour ces auteurs, l'action devrait plutôt être qualifiée d'action en restitution que d'action en revendication. Une autre idée intéressante a été présentée par la doctrine française, qui est susceptible d'éclairer le choix du législateur québécois. Le professeur Pérochon a soutenu l'idée selon laquelle il s'agirait en réalité d'une revendication « pour le compte du propriétaire »²³³¹. Cette dernière explication semble particulièrement convaincante dans le contexte québécois, où le législateur a consacré des situations où -comme dans l'administration du bien d'autrui - un tiers agit comme un véritable propriétaire, mais pour le compte du propriétaire.

720- Admettre que ces hypothèses constituent des cas de revendication authentique reviendrait selon nous à méconnaître plusieurs principes fondamentaux en droit civil. En premier lieu, la notion extensive de la revendication méconnaît la distinction traditionnelle entre les actions pétitoires et les actions possessoires, le législateur ayant fait référence à la revendication dans des cas où le prétendu 'revendiquant' vise la seule remise en possession du bien, sans que soit pour autant

²³²⁸ Voir notamment, sur la nature juridique du droit de rétention : F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p. 402 et 403.

²³²⁹ Cass Com. 14 nov. 2000, D. 2001.233, obs. P. PISONI.

²³³⁰ Voir F. PÉROCHON, « Les revendications : dernières évolutions jurisprudentielles », *Petites aff.* 2002.32.4, n° 23.

²³³¹ F. PÉROCHON, « Les revendications : dernières évolutions jurisprudentielles », *loc. cit.*, n° 25.

tranché un conflit de propriété²³³². De plus, l'extension de la notion de revendication au sens propre à ces hypothèses conduirait à ne plus distinguer l'action en revendication des restitutions qui sont demandées sur le fondement d'un contrat²³³³.

721- Si le terme revendication est parfois utilisé par le législateur ou la jurisprudence dans un sens extensif, qui recouvre la rétention ou le gage, la plupart des auteurs s'entendent toutefois pour admettre que cette action est celle qui assure, par excellence, la protection de la propriété²³³⁴. Ce lien est posé clairement par l'article 953 du Code civil du Québec, qui prévoit que « *Le propriétaire d'un bien a le droit de le revendiquer contre le possesseur ou celui qui le détient sans droit ; il peut s'opposer à tout empiètement ou tout usage que la loi ou lui-même n'a pas autorisé* ».

Quelle que soit la position adoptée et quand bien même existerait-il un sens large à la revendication en droit québécois, nous ne retiendrons ici que les hypothèses de revendication à titre de propriétaire, qui sont d'après nous les seules hypothèses authentiques de revendication, pour les comparer aux véritables hypothèses de revendication des créances en droit français²³³⁵. Même si l'on admettait l'existence d'un sens lâche à la revendication, visant la simple restitution d'un bien quel qu'en soit le fondement, encore conviendrait-il de limiter ces développements, consacrés à la propriété des créances, aux hypothèses de revendication à titre de propriétaire, qui sont

²³³² Il semble donc s'agir plutôt d'un contentieux possessoire que pétitoire, ce dernier ayant pour but de trancher un conflit de propriété. Il est vrai que l'on restreint traditionnellement le contentieux possessoire aux immeubles, ce qui explique sans doute le fait que le législateur ait assimilé ces hypothèses à des revendications.

²³³³ Voir sur cette distinction : P. MARTINEAU, *Les biens*, op. cit., p. 71 ; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 493 et 494.

²³³⁴ Voir notamment : P. MARTINEAU, *Les biens*, op. cit., p. 71 : « Par cette action, celui qui se prétend propriétaire d'une chose demande que son droit de propriété soit reconnu par le tribunal et qu'il soit ordonné au défendeur de remettre la chose au demandeur » ; P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 493 : « Par cette action, la personne qui se prétend propriétaire d'un bien demande que son droit de propriété soit reconnu par le tribunal (art. 912 C.c.Q.). Lorsqu'elle conclut, en conséquence, à la restitution du bien par le défendeur, l'action pétitoire prend le nom d'action en revendication (art. 953 C.c.Q.) » ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, op. cit., n° 674, p. 391, selon lequel l'action pétitoire n'appartient qu'au propriétaire, à l'exclusion des titulaires d'un autre droit réel. L'auteur s'appuie sur les art. 953, 1714, 2919 C.c.Q. Il souligne que le titulaire d'un droit de jouissance peut revendiquer la possession d'un bien, mais non sa propriété : *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Buffet Lazio* (1985) Inc., J.E. 9861403 (C.S). Voir aussi : M.-L. BEAULIEU, « Relations entre les actions possessoires et l'action pétitoire » (1961) 21 *R. du B.* 391, p. 391 et 392 : « L'action pétitoire s'appelle l'action en revendication ; dans notre droit, nous disons action pétitoire, lorsqu'elle porte sur le droit de propriété ; elle s'appelle l'action confessoire ou l'action négatoire quand elle a trait aux servitudes. Il y a aussi l'action confessoire d'usufruit. Quant aux actions possessoires [...], elles protègent la possession, qui est une situation de fait, c'est-à-dire le fait seul de la possession, sans engager le moindre débat sur le droit ou, en d'autres termes, sur l'existence même du droit réel. Elles permettent à celui qui est en possession de se défendre, provisoirement au moins, même contre le véritable propriétaire ».

²³³⁵ En droit français également, l'identification du contentieux pétitoire a posé des problèmes de frontière et la doctrine a tenté de départager les hypothèses de conflit véritables de propriété, des faux cas de revendication.

seules le signe de la présence d'une propriété des créances et qui protègent seules l'exclusivité du propriétaire sur son bien.

b) L'exclusion des cas où un paiement libératoire a eu lieu

722- Pour qu'une revendication de la créance soit possible, encore faut-il qu'aucun paiement libératoire n'ait eu lieu. En effet, en cas de paiement, la propriété de la créance disparaît faute d'objet. Pour qu'un paiement soit libératoire, il faut qu'il ait été fait de bonne foi au possesseur de la créance (art. 1240 C.C.f.) ou au créancier apparent (art. 1559 C.c.Q.)²³³⁶.

Dans l'hypothèse où un usurpateur se serait emparé de la créance et que le propriétaire véritable ait interdit au débiteur de payer à un autre que lui, le paiement que ferait le débiteur au possesseur de la créance ne serait pas libératoire, le débiteur n'étant plus considéré alors comme étant de bonne foi.

En droit français, *de lege ferenda* -dans le cas d'une application de l'article 2279 du Code civil français aux créances- il existerait alors une condition supplémentaire, dans l'hypothèse d'une acquisition de bonne foi d'un non-propriétaire.

c) L'éventuelle condition propre à l'acquisition *a non domino* en droit français

723- Dans l'hypothèse où l'on viendrait à admettre, *de lege ferenda*, une application de l'article 2279 du Code civil français aux créances, une condition supplémentaire de revendication s'ajouterait alors, issue de cet article. En droit français, le principe est celui de l'exclusion de la revendication des meubles, en raison de la règle « en fait de meubles la possession vaut titre », la revendication n'étant exceptionnellement possible que pour les meubles perdus ou volés (art. 2279 C.C.)²³³⁷. Alors que le domaine de la revendication immobilière est vaste, les possibilités de revendiquer un meuble sont plus circonscrites, en raison des rapports étroits que la loi pose alors entre propriété et possession. Si le propriétaire d'un immeuble peut établir son droit, sous réserve des règles de la prescription acquisitive, le possesseur de bonne

²³³⁶ L'article 1559 C.c.Q., qui prévoit que « le paiement fait de bonne foi au créancier apparent est valable, encore que subséquemment il soit établi qu'il n'est pas le véritable créancier », est interprété comme constituant le prolongement de l'ancienne formule de l'art. 1145 du Code civil du Bas Canada. On l'interprète comme prévoyant que le « paiement est [...] valable s'il est fait de bonne foi au créancier apparent, c'est-à-dire à celui qui est en possession de la créance » : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, op. cit., n° 317, p. 577.

²³³⁷ B. BOULOC, *Rép.civ. Dalloz*, v° Revendication, n° 100.

foi d'un bien meuble est immédiatement protégé, sauf le cas d'un bien meuble perdu ou volé, où la revendication est possible dans un délai de trois ans.

La situation est différente en droit québécois, qui ne connaît pas d'équivalent à l'article 2279 du Code civil français, pris dans sa fonction acquisitive. Au Québec, le possesseur n'est protégé qu'à la suite d'une prescription acquisitive, dont le délai est fixé à trois ans en matière mobilière. Le véritable propriétaire peut revendiquer son bien contre le possesseur de bonne foi, tant que ce dernier n'a pas prescrit. *De lege ferenda*, il pourrait donc exister en droit français une condition supplémentaire, dans l'hypothèse d'une acquisition *a non domino* ; condition d'après laquelle le possesseur devrait être de mauvaise foi pour qu'une revendication de la créance soit possible.

d) L'action paulienne, action en revendication de la créance en valeur ?

724- Aux termes de l'article 1167 du Code civil français, les créanciers peuvent « *en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits* ». Seul le principe de l'action paulienne, qui permet au créancier de faire révoquer les actes frauduleux de son débiteur, est posé par la loi, les tribunaux ayant précisé les contours de l'action.

Comme on le sait, l'objet de l'action paulienne est relativement limité. Elle « vise seulement à *empêcher l'appauvrissement d'un débiteur de somme d'argent au détriment de ses créanciers* »²³³⁸. Autrement dit, c'est l'action « *tendant, pour le créancier, à voir remettre en cause, à son égard, tout acte conclu par son débiteur, aux fins de diminuer les chances de recouvrement de la créance* »²³³⁹.

725- Dans sa thèse sur l'action paulienne, le professeur Trudel soulignait que l'action paulienne résulte de la tension existant entre deux principes : le principe de la liberté de disposer de son patrimoine, d'une part, lequel est tempéré, lorsqu'il entre en conflit avec un autre principe, celui de la protection du patrimoine, gage

²³³⁸ S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers : Émergence du délit civil de fraude*, *op. cit.*, n° 3, p. 11.

²³³⁹ P.-H. GAUTIER, *Recueil*, v° *Action paulienne*, n° 1. A. GROUBER, *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, Paris, librairie Sirey, 1913, n° 58, p. 108, la définit comme l' « action par laquelle les créanciers écartent les effets, pour eux préjudiciables, des actes frauduleux de leur débiteur ». Voir aussi G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° *Action paulienne* : « Action, dite encore révocatoire, par laquelle le créancier fait révoquer les actes de son débiteur qui lui portent préjudice et qui ont été accomplis en fraude de ses droits (C.civ., a. 1167). [...] se distingue de l'action en nullité d'une aliénation pour cause de simulation, laquelle tend à faire juger que le bien n'est pas sorti du patrimoine du débiteur ».

commun des créanciers²³⁴⁰. L'atteinte à cette protection est patente lorsqu'un débiteur tente, par des actes frauduleux, de porter atteinte aux droits de ses créanciers. Selon M. Trudel, « [l']action ou droit paulien est le droit qu'ont les créanciers de faire échouer les fraudes que le débiteur commet à leur préjudice sur son patrimoine ; et l'auteur d'ajouter que « [l]a fonction spécifique du droit paulien est [...] de permettre aux créanciers de faire annuler quant à eux les actes frauduleux et préjudiciables de leur débiteur »²³⁴¹.

726- Aux termes de l'article 1631 du Code civil du Québec, « Le créancier, s'il en subit un préjudice, peut faire déclarer *inopposable* à son égard l'acte juridique que fait son débiteur *en fraude de ses droits*, notamment l'acte par lequel il se rend ou cherche à se rendre insolvable ou accorde, alors qu'il est insolvable, une préférence à un autre créancier »²³⁴². Si le Code civil du Bas Canada visait la nullité, le Code civil du Québec fait désormais référence à l'inopposabilité²³⁴³. Les conditions d'exercice de l'action en inopposabilité sont relativement proches de celles retenues en droit français, bien qu'elles soient issues de la loi et non de la jurisprudence²³⁴⁴.

²³⁴⁰ G. TRUDEL, *L'action paulienne*, thèse de doctorat, faculté de droit, Université de Montréal, 1939, p. 1 et 2.

²³⁴¹ G. TRUDEL, *L'action paulienne*, *op. cit.*, p. 5 et G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec* t. 7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 437 : « L'action ou droit paulien est donc le droit que possèdent les créanciers de faire échouer les fraudes que le débiteur commet à leur préjudice sur son patrimoine » et p. 438 : « La fonction spécifique du droit paulien est donc de permettre aux créanciers de faire annuler quant à eux les actes frauduleux et préjudiciables de leur débiteur ».

²³⁴² Comparez avec l'art. 1032 C.C.B.C. : « Les créanciers peuvent, en leur nom propre, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, conformément aux règles prescrites dans cette section » et l'art. 1033 C.C.B.C. : « Un contrat ne peut être annulé à moins qu'il ne soit fait par le débiteur avec l'intention de frauder, et qu'il n'ait l'effet de nuire au créancier ».

²³⁴³ P.-A. CRÉPEAU et autres, *Dictionnaire de droit privé, Les obligations*, *op. cit.*, v° *Action en inopposabilité* : « Action par laquelle un créancier demande au tribunal de déclarer *inopposables* à son égard les actes préjudiciables que son débiteur insolvable a accomplis en fraude de ses droits [...]. Rem. 1° L'action en inopposabilité vise les actes par lesquels le débiteur se rend insolvable, cherche à se rendre insolvable ou, alors qu'il est insolvable, accorde une préférence à l'un de ses créanciers (art. 652, 1631 C.c.Q.). 2° Pour être déclaré inopposable, l'acte doit avoir été fait avec l'intention de frauder. Cette intention est toujours réputée dans le cas des actes à titre gratuit (art. 651, 1633 C.c.Q.). Dans le cas de contrats à titre onéreux, l'intention de frauder n'est réputée que si le cocontractant connaissait l'insolvabilité du débiteur ou le fait que celui-ci se rendait ou cherchait à se rendre insolvable (art. 1632 C.c.Q.) [...] 3° L'action en inopposabilité doit être intentée avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du jour où le créancier a eu connaissance du préjudice résultant de l'acte attaqué (art. 1635 C.c.Q.) ». *Adde* : N. VEZINA et L. LANGEVIN, « L'exécution de l'obligation », dans *Obligations et contrats*, coll. de droit, vol. 5, Montréal, éd. Yvon Blais, p. 65 et suiv., p. 100 : « L'action en inopposabilité permet, comme son nom l'indique, de rendre inopposable un acte juridique passé par le débiteur avec un tiers, si cet acte se fait en fraude des droits du créancier et cause un préjudice à ce dernier (art. 1631 C.c.Q.). Ce recours constitue une application concrète du principe de bonne foi des parties dans l'exécution des obligations ».

²³⁴⁴ Cette similarité est logique, le nouveau Code ayant pratiquement repris les dispositions Code civil du Bas Canada, pour lesquelles les codificateurs s'étaient inspirés du Digeste et du droit français : J.-L.

727- La nature juridique de l'action paulienne n'a eu de cesse de diviser les auteurs²³⁴⁵. La controverse remonte au droit romain, où la *fraus creditorum*²³⁴⁶ permettait aux créanciers, lorsque le débiteur était en déconfiture, de faire rentrer dans le patrimoine du débiteur les éléments que celui-ci en avait fait sortir frauduleusement²³⁴⁷. Depuis la Glose, on s'interroge sur le point de savoir si l'action paulienne est une action réelle ou une action personnelle²³⁴⁸. Le débat quant à la nature juridique de l'action paulienne s'est répercuté jusqu'à nos jours, tant en France qu'au Québec²³⁴⁹.

728- Vareilles-Sommières a défendu l'idée selon laquelle le droit de gage général des créanciers peut s'analyser en un droit réel : « Le droit qu'a le créancier de saisir et vendre les biens du débiteur, pour se payer de force ou, autrement dit, *le droit de gage général qu'a le créancier sur les biens du débiteur est*, remarquons-le, *un droit réel. Le droit réel est le droit qui porte sur la chose, c'est le droit d'agir sur*

BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, n° 699, p. 538.

²³⁴⁵ J. ACHER, « Essai sur la nature de l'action paulienne », *Rev. trim. dr. civ.* 1906.85 ; H., L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, n° 1000 et suiv. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n° 1156, p. 1078 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 2^e éd., avec le concours de C. JAMIN et M. BILLIAU, L.G.D.J., n° 460.

²³⁴⁶ L'origine même de l'institution est controversée. La doctrine majoritaire considère que l'action paulienne serait une création d'un prêteur nommé Paulus, dès avant l'époque de Cicéron. Certains situent plutôt l'origine de l'action paulienne chez les Byzantins, dont les glossateurs auraient repris la tradition : P. COLLINET, « L'origine byzantine du nom de la Paulienne », *Rev. hist. droit franç.* 1919.187.

²³⁴⁷ J. MAQUERON, *Histoire des obligations*, publications du Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité romaine, Série Mémoires et travaux, n° 1, Aix-en-Provence, 1971, note 1, p. 3 ; C. ACCARIAS, *Précis de droit romain, op. cit.*, p. 1071. Voir aussi : P.-Y. GAUTIER, *loc. cit.*, n° 2 : « Elle nous vient du droit romain, où elle s'inscrivait cependant dans le cadre de la procédure collective, déclenchée contre le débiteur en déconfiture, et était, de ce fait, exercée par le *curator bonorum* ».

²³⁴⁸ J. ACHER, « Essai sur la nature de l'action paulienne » *Rev. trim. dr. civ.* 1906.85, n° 3, p. 88 : « Certes, cette action ou plutôt ces actions, puisque la glose en reconnaissait plusieurs, sont traitées par la loi à la suite des actions réelles, mais Accurse nous explique les raisons de ce défaut d'ordonnance [...]. L'action n'en est pas moins personnelle ».

²³⁴⁹ Voir sur la nature juridique de cette action : A. GROUBER, *L'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913, n° 251 et suiv. ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, thèse Toulouse 1957 ; J. GHESTIN, *La fraude paulienne*, dans *Mélanges Marty, op. cit.*, p. 569 et suiv. ; H. SINAY, « Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. trim. dr. civ.* 1948.183, n° 1, p. 183 : « L'action paulienne est une curieuse action. Elle dérouté tout juriste désireux de la ramener à une catégorie juridique déterminée, de lui donner une qualification unique ». J. ACHER, « Essai sur la nature de l'action paulienne », *loc. cit.*, n° 1, p. 85 : « La controverse sur la nature de l'action paulienne a rapport aux plus anciens et aux plus ardues problèmes du droit civil [...]. Nous la rencontrons au berceau même de la science juridique moderne, au XII^e siècle, et elle persiste encore chez les auteurs modernes avec la même vivacité qu'au temps des glossateurs ». Au Québec, la jurisprudence s'est d'abord prononcée dans le sens de la nature réelle de cette action (*Beaulieu c. Lévesque*, (1892) 2 C.S. 193 ; *Leclair c. Côté*, (1893) 3 C.S. 331) avant d'y voir, plutôt, une action de nature personnelle (*Pépin c. Breton*, (1929) 32 R.P. 331), position reprise par la Cour suprême dans *Lamothe c. Daveluy*, (1909) 41 R.C.S. 80.

une chose. Or, saisir un bien, le vendre, en tirer sa valeur, c'est agir sur ce bien, sur cette chose, c'est donc exercer un droit réel »²³⁵⁰. L'auteur ajoute que « Ce droit réel, certes, n'est pas la créance, mais il est un auxiliaire, un très utile accessoire de la créance. *La créance en soi est un droit sur la personne [...]. Mais ce droit sur la personne, quand la personne a des biens, reçoit de la raison et de la loi, comme renfort, comme moyen de triompher, un robuste compagnon, un droit sur ces biens* »²³⁵¹.

L'analyse du droit de gage général en un véritable droit réel ne va toutefois pas sans poser question²³⁵².

729- L'idée a été présentée, selon laquelle, avec l'action paulienne, les créanciers « exercent leur droit sur la valeur des biens de leur débiteur. Ils n'ont aucun droit réel sur ces biens, mais la valeur de l'universalité qu'ils constituent leur revient »²³⁵³.

La difficulté vient de ce que l'on hésite à envisager l'universalité du patrimoine comme un bien, sur lequel le créancier aurait une sorte de droit de suite. Il se pourrait toutefois que le pas puisse être franchi. Comme l'écrit le professeur Zenati, « Le patrimoine, en situation ordinaire ne peut être envisagé véritablement comme un bien. Mais il suffit qu'il puisse l'être pour que la technique que l'on croit spécifique au droit réel puisse jouer. *L'idée d'un droit de suite affectant le gage général n'est alors pas moins concevable que le transfert de la 'propriété' du patrimoine lui-même* »²³⁵⁴. Or, une telle possibilité existe, à tout le moins dans la transmission à cause de mort.

730- Dans un article récent²³⁵⁵, un auteur a tenté de montrer que l'action paulienne est « une *forme particulière d'action en revendication de la valeur de la créance* protégée par le droit de gage général des créanciers chirographaires parce que la fraude paulienne permet au créancier chirographaire de *transformer son droit*

²³⁵⁰ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Du conflit de créances et du droit de préférence entre créanciers », *Rev. Crit.* 1906, p. 474 et suiv., n° 36, p. 478.

²³⁵¹ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Du conflit de créances et du droit de préférence entre créanciers », *loc. cit.*, n° 36, p. 478.

²³⁵² Voir *supra*, n° 138.

²³⁵³ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *loc. cit.*, p. 94.

²³⁵⁴ F. ZENATI, thèse préc., n° 470, p. 654.

²³⁵⁵ C. KRIEF-SÉMITKO, « De l'action paulienne ou de la propriété des créances, droit de propriété sur une valeur (essai d'une théorie de la valeur en droit civil français) », *Droit Prospectif R.R.J.* 2004.1.789.

de gage général, droit à une valeur non individualisée, en droit exclusif sur une valeur individualisée »²³⁵⁶.

L'auteur reprend la théorie de Ginossar et celle du double rapport de droit qu'engendre la créance, à la fois droit de propriété du créancier sur sa créance et droit personnel entre le créancier et le débiteur. Mme Krief-Sémitko propose ensuite de s'intéresser à l'aspect passif de l'obligation, à la dette plutôt qu'à la créance²³⁵⁷. A l'état brut, « le droit de gage général n'est pas un droit réel *stricto sensu*, mais un droit de propriété relatif sur une valeur flottante »²³⁵⁸. Le problème est que le créancier chirographaire ne peut revendiquer aucun bien en particulier, puisqu'il n'a aucun droit sur un bien en particulier, mais un simple droit de gage général, « valeur flottante » sur l'ensemble des biens du débiteur. En revanche, et là réside la thèse défendue, en cas de fraude du débiteur, « la valeur va se trouver fixée (et) par conséquent individualisée. La fraude paulienne trouverait donc sa sanction « dans la fixation de la valeur flottante du créancier », cette individualisation ayant pour effet de rendre le créancier « titulaire d'un droit non plus simplement relatif à une valeur, mais d'un droit absolu et exclusif sur une valeur »²³⁵⁹.

Selon cette analyse, l'action paulienne a pour effet de « transformer, en quelque sorte, le droit de créance, droit de propriété relatif en droit de propriété absolu, donc exclusif sur une valeur déterminée »²³⁶⁰. La paulienne apparaît alors comme « une forme particulière d'action en revendication de la valeur individualisée par la fraude »²³⁶¹.

731- Peut-on alors considérer l'action paulienne comme une action en revendication, qui serait permise par la fraude ? L'analyse est intéressante et montre une fois de plus la sensibilité de la doctrine contemporaine aux manifestations réelles de la créance. Cette conception se heurte pourtant selon nous à une objection essentielle, à savoir que l'action paulienne sanctionne la fraude, plutôt que la propriété. La paulienne n'a pas tant pour fonction de protéger la propriété de la créance en tant que telle, que le gage général du créancier, autrement dit, le droit qu'a tout créancier impayé de se faire dédommager sur les biens du débiteur *en cas de fraude*. L'action paulienne ne se

²³⁵⁶ C. KRIEF-SÉMITKO, « De l'action paulienne ou de la propriété des créances, droit de propriété sur une valeur (essai d'une théorie de la valeur en droit civil français) », *loc. cit.*, n° 3, p. 790.

²³⁵⁷ C. KRIEF-SÉMITKO, *loc. cit.*, n° 7, p. 792.

²³⁵⁸ C. KRIEF-SÉMITKO, *loc. cit.*, n° 7, p. 793.

²³⁵⁹ C. KRIEF-SÉMITKO, *loc. cit.*, n° 27, p. 798.

²³⁶⁰ C. KRIEF-SÉMITKO, *loc. cit.*, n° 29, p. 798.

²³⁶¹ C. KRIEF-SÉMITKO, *loc. cit.*, n° 31, p. 799.

réduisant pas à rendre opposable le droit de gage général aux tiers mais sanctionnant sa fraude, il n'y donc pas selon nous revendication à proprement parler dans ce cas.

En plus des diverses conditions nécessaires à l'existence d'un véritable conflit de propriété susceptible de donner lieu à revendication, encore faut-il que ce conflit concerne une créance pour qu'apparaisse une véritable hypothèse de revendication des créances.

2. *L'existence d'un conflit de propriété portant sur une créance : distinction entre la revendication des créances et la revendication d'une somme d'argent*

732- L'action en revendication des créances se distingue de l'action en revendication d'une somme d'argent, puisqu'elle a pour objet la créance elle-même et non le paiement d'une somme d'argent. Il ne faut pas confondre la revendication de la créance avec une simple revendication des fonds. Un exemple jurisprudentiel tiré du droit français permet d'illustrer cette hypothèse de fausse revendication. Le cas envisagé est le suivant : une entreprise cède à une banque des créances professionnelles par bordereau, sans notifier au débiteur cédé la cession. Ignorant la cession, le débiteur paye le cédant et les fonds sont déposés en compte courant chez un autre banquier du cédant. Le cédant ayant été mis en redressement judiciaire, le banquier cessionnaire, qui ne peut plus se retourner contre lui, revendique les fonds contre le banquier dépositaire.

733- Dans un premier temps, la Cour de cassation avait admis que le banquier cessionnaire d'une créance pouvait la revendiquer contre celui qui a reçu le paiement pour le compte du cédant, donc contre le banquier réceptionnaire. C'est ce qui avait été décidé dans l'arrêt *Banque Pelletier* du 28 octobre 1986²³⁶². Dans cette affaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi de la banque réceptionnaire et permis au banquier cessionnaire de revendiquer les sommes reçues par virement par la banque réceptionnaire. La solution était fondée sur l'alinéa 1 de la loi du 2 janvier 1981, qui prévoit que la cession est opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau.

734- Plusieurs critiques ont été adressées à l'arrêt *Pelletier*²³⁶³. On lui a, notamment, reproché le fait que « ce qui était en cause dans le litige examiné n'était pas

²³⁶² Com. 28 octobre 1986, D. 1986, p. 592, note M. VASSEUR ; J.C.P. 1987.II.20735, obs. J. STOUFFLET ; *Rev.trim.dr.com.* 1987.89, obs. M. CABRILLAC. Confirmé par : Com. 12 octobre 1993, *Bull. Civ. IV*, n° 328.

²³⁶³ Sur ces critiques : E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 794, p. 480.

l'attribution de la créance, la qualité de créancier, mais le sort d'une somme d'argent »²³⁶⁴. Or, la solution adoptée aurait pour effet de remettre en cause les solutions en matière de revendication des choses fongibles²³⁶⁵. Le banquier cessionnaire ne saurait revendiquer la somme d'argent, puisque « la fongibilité de la monnaie, jointe à l'effet de fusion qui résulte de la remise en compte –compte de dépôt aussi bien que compte courant - fait obstacle à une telle revendication ». Seule la remise sur un compte bloqué pourrait contourner l'argument.

En faveur du banquier dépositaire, on a avancé que l'action du cessionnaire, qui est une revendication, repose sur une confusion de la propriété de la créance avec la propriété des fonds. La propriété de la créance ne serait pas en cause car, pour qu'il en fût ainsi, il eût fallu qu'un tiers ait porté atteinte à la cession en acquérant lui-même un droit sur la créance cédée. Or, en l'espèce, seule la propriété des fonds était concernée et sa revendication était impossible puisqu'elle aurait alors porté sur des *choses fongibles*, ce qui n'est pas admis en jurisprudence²³⁶⁶. D'autres auteurs ont répliqué que la loi déclare la cession de créances par bordereau opposable aux tiers sans aucune restriction, ce qui résulte clairement des travaux préparatoires, qui envisagent un effet *erga omnes*. Mais, plutôt que de parler d'action en revendication, on préfère volontiers les notions plus vagues telles que « restitution » ou « réclamation »²³⁶⁷. On a également invoqué, en faveur du banquier dépositaire, le principe de la relativité du lien de droit unissant le déposant et le dépositaire, lequel prohibe la restitution des fonds à un autre qu'au déposant. Les tenants du banquier cessionnaire ont toutefois contourné l'argument en admettant que la réclamation de celui-ci puisse être limitée au cas où le banquier réceptionnaire recevrait non pas un dépôt, mais un simple virement²³⁶⁸.

735- Par un arrêt de sa chambre commerciale en date du 4 juillet 1995, la Cour de cassation est revenue sur sa position initiale, en donnant préférence au banquier réceptionnaire²³⁶⁹. La cour a pris en compte l'argument du lien de droit unissant le déposant et le dépositaire, puisqu'elle énonce que « le banquier dépositaire avait reçu

²³⁶⁴ J. STOUFLET, note sous Cass. com., J.C.P. 1987.II.20735. Voir aussi D.R. MARTIN et H. SYNVET, « Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée », J.C.P. éd. E. 1987.II.14940, n° 13.

²³⁶⁵ Voir notamment sur la question : S. TORCK, « La revendication des choses fongibles », *Droit prospectif*, R.R.J. 1996.2.483 ; F. PÉROCHON, « Les revendications : dernières évolutions jurisprudentielles », *Petites Aff.* 2002.32.4, p. 9.

²³⁶⁶ D. SCHMIDT, « Loi Dailly: les droits du cessionnaire à l'encontre du banquier du mandataire chargé de l'encaissement de la créance, J.C.P. éd. E. 1986.I.15465.

²³⁶⁷ M. VASSEUR, « Un grave problème d'application de la loi Dailly, D. 1986.chr.73.

²³⁶⁸ M. VASSEUR, note sous Com., 28 octobre 1986, D. 1986. 592.

²³⁶⁹ Com. 4 juillet 1995, *Bull. Civ.* IV, n° 203 ; T. BONNEAU, « La négation de l'obligation de restitution pesant sur le banquier réceptionnaire de fonds, ou un revirement inattendu », *Dalloz Affaires*.1995.79.

les paiements litigieux *au nom et pour le compte du cédant* de sorte qu'il n'était pas tenu à restitution envers le cessionnaire ». La cassation est prononcée sous le visa de l'article 1937 du Code civil (qui impose au dépositaire de rendre la chose au déposant), ainsi que de l'article 1993 du même code (qui impose au mandataire de rendre la chose au mandant). Le banquier réceptionnaire est donc fondé à conserver les sommes virées par le débiteur cédé. Le visa montre toutefois clairement que le problème de la revendication des créances a été évacué²³⁷⁰.

736- La doctrine a souligné que l'action du cessionnaire s'analysait initialement comme une revendication, car son seul objet était la remise des fonds par le dépositaire. Il ne s'agissait pas d'une action indemnitaire, puisque le banquier dépositaire n'avait été confronté à aucune demande de dommages-intérêts. De plus, c'est en vertu du droit propre du banquier cessionnaire que l'action était exercée, si bien qu'il ne s'agissait pas non plus d'une action de dépôt ou de mandat, exercée par la voie oblique en lieu et place du cédant.

Si l'action du cessionnaire n'était pas de nature personnelle, c'est qu'elle était de nature réelle²³⁷¹. C'est bien l'opposabilité de la créance cédée qui était invoquée et non un droit direct sur les fonds reçus par le dépositaire. La revendication de la créance n'avait donc pas été confondue avec la revendication des fonds²³⁷².

737- L'action en revendication de la créance était toutefois dépourvue d'intérêt en l'espèce et avait été exercée à tort. En effet, la restitution des fonds ne pouvait être obtenue sur le fondement d'une revendication de la créance : n'étant pas débiteur de la créance cédée, le dépositaire ne pouvait se voir contraint d'exécuter l'obligation du débiteur cédé. De plus, le conflit de propriété caractéristique de la revendication n'existait pas en l'espèce, puisque le dépositaire ne contestait pas la qualité de propriétaire du cessionnaire. En réalité, le banquier cessionnaire n'avait pas bien distingué la question de la propriété de celle du paiement, et avait donc inopportunément basé son action sur une revendication de la créance.

²³⁷⁰ En ce sens : F. ZENATI, *Rev. trim. dr. civ.* 1996.chr.424. Voir aussi : D. SCHMIDT, « Loi Dailly : les droits du cessionnaire à l'encontre du banquier du mandataire chargé de l'encaissement de la créance », J.C.P. éd. E. 1986.15465 : « s'il y a double mobilisation d'une même créance, donc droits concurrents sur une même créance, l'article 4 donne préférence au banquier qui a mobilisé en premier ; mais s'il y a une seule mobilisation et remise de fonds à un autre banquier, les deux banquiers ne sont pas en conflit relativement à la créance : l'un a un droit exclusif sur la créance, né de la cession, l'autre a un droit exclusif sur les fonds, né du dépôt ».

²³⁷¹ Voir F. ZENATI, *Rev. trim. dr. civ.* 1996.chr.424.

²³⁷² F. ZENATI, *Rev. trim. dr. civ.* 1996.chr.426 : « La revendication de la créance et celle des fonds ne se confondent pas. Leur distinction est dictée par celle des droits réels et des droits personnels. Dans un cas, c'est la chose elle-même qui est revendiquée, dans l'autre, le droit à cette chose ».

Cette affaire souligne donc la difficulté qu'il peut y avoir à cerner les contours de l'action en revendication et à la distinguer de l'action en paiement. La même solution a été retenue en matière d'affacturage, où il a été décidé que l'affactureur ne peut revendiquer les sommes entre les mains du banquier réceptionnaire²³⁷³.

Si les créances sont susceptibles de revendication lorsque les conditions d'une revendication se trouvent réunies, le demandeur qui prétend être propriétaire est souvent confronté à une difficulté de preuve, puisqu'il doit rapporter la preuve de sa propriété.

738- En droit québécois, il a récemment été jugé que « Si l'on veut prétendre à un droit de propriété dans les sommes d'argent qui représentent le produit de la vente de la marchandise consignée, il faut une comptabilité distincte au niveau même de ces sommes d'argent, c'est-à-dire des comptes séparés et identifiables ». Or, « Le droit de revendiquer les marchandises consignées avant leur vente n'emporte pas nécessairement le droit de revendiquer par la suite le produit de leur vente, car il s'agit de biens distincts. La raison en est fort simple [...] *l'argent est un bien fongible. Pour en revendiquer la propriété, il faut qu'il soit clairement identifiable. Il ne suffit pas qu'il soit simplement quantifiable* »²³⁷⁴. En l'espèce, la revendication de la somme d'argent est refusée, au motif d'une absence d'identification suffisante. Le juge rappelle toutefois que le versement des sommes d'argent sur un compte séparé aurait été suffisant pour faire reconnaître un droit de propriété sur ces sommes et en permettre la revendication.

§3. La preuve de la propriété des créances

739- La preuve de la propriété, qui est au cœur du contentieux de la propriété²³⁷⁵, vise à « *établir l'existence, entre celui qui se prétend propriétaire et la chose qu'il prétend être sienne, d'un lien juridique conférant au premier un pouvoir exclusif à l'égard de la seconde* »²³⁷⁶.

La question se pose de savoir si, tout comme pour la propriété des biens matériels, la possession des créances a un rôle probatoire, lorsqu'il s'agit de prouver la propriété des créances.

²³⁷³ Voir notamment Trib. Com. Paris, 13 juin 1996, *Banque*.1996.92, obs. GUILLOT.

²³⁷⁴ *Les Boutiques San Francisco incorporées c. Claudel Lingerie inc.*, [2004] J.Q. n° 6606, n° 55 et suiv. (J. C. Gascon). Déjà en ce sens : *Yachting et Sports Pigeon inc. (Syndic de)*, J.E. 95-832, p. 7-8 (C.S.).

²³⁷⁵ La revendication et la preuve de la propriété sont traditionnellement liées. Voir notamment : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 513, p. 377 et suiv., qui traitent dans un même titre de la protection (action en revendication) et de la preuve de la propriété.

²³⁷⁶ T. REVET, *Rev. trim. dr. civ.* 2002.chr.121, p. 121.

L'étude de la preuve de la propriété des créances concerne tant la charge de la preuve (A) que les modes de preuve (B).

A. La charge de la preuve : l'existence d'une présomption de propriété en faveur du possesseur de la créance

740- Si le droit québécois ne connaît pas d'équivalent à l'article 2279 du Code civil français dans sa fonction acquisitive, les deux systèmes donnent une position privilégiée au possesseur, qui bénéficie d'une présomption simple de propriété.

1. Droit français

741- Dans un arrêt du 30 mars 1999, la Cour de cassation, qui a reconnu la validité du don manuel de valeurs mobilières par virement de compte à compte, a paru admettre l'application aux créances de l'article 2279 du Code civil français, dans sa fonction probatoire²³⁷⁷.

Il s'agissait dans cette affaire de la liquidation d'une indivision, dans laquelle l'un des deux co-indivisaires prétendait faire valoir une avance de fonds qu'il aurait consenti à l'autre, alors que second se prévalait d'une donation, qui aurait été réalisée par la voie de ce virement. La cour d'appel, ayant estimé que l'intention libérale ne se présume pas, avait débouté la prétendue bénéficiaire, celle-ci n'ayant pas rapporté la preuve de la donation. Or, la cour de cassation casse l'arrêt attaqué, au motif que « *le possesseur qui prétend avoir reçu une chose en don manuel bénéficie d'une présomption et qu'il appartient à la partie adverse de rapporter la preuve de l'absence d'un tel don –ou de prouver que la possession dont se prévaut le détenteur de la chose ne réunit pas les conditions pour être efficace* ». Il a ainsi été admis que « *le titulaire du compte, qui en a la maîtrise et la disposition, a l'équivalent de la possession des meubles corporels visée par l'article 2279 du code civil, et le bénéficiaire d'un virement de compte acquiert cette possession* »²³⁷⁸.

²³⁷⁷ Civ. I, 30 mars 1999, *Rev. trim. dr. civ.* 1999.677, obs. J. PATARIN. L'auteur souligne « l'inventive imagination des financiers et des juristes qui ont su assimiler à des meubles corporels les signes monétaires et les titres au porteur, leur rendant ainsi applicable le principe de la validité du don manuel, avec l'appui de l'article 2279 du code civil et de la présomption de propriété qui en résulte au profit du donataire qui acquiert la possession du bien donné, pourvu que sa possession ne comporte pas le vice d'équivoque, de violence, de clandestinité ou de discontinuité.

²³⁷⁸ J. PATARIN, *loc. cit.*, p. 679. L'auteur souligne la logique de cette solution : « [d]ès lors qu'est consacrée la notion et la validité d'un don manuel de somme d'argent réalisé par virement de compte à compte, la Cour de cassation devait logiquement, comme elle l'a fait, lui étendre la présomption d'existence du don manuel invoqué par le possesseur actuel contre celui qui lui a remis la possession de la chose prétendument donnée ».

742- Si, *de lege ferenda*, l'article 2279 du Code civil pourrait être appliqué aux créances dans sa fonction acquisitive sans difficulté majeure²³⁷⁹, cela vaut *a fortiori* pour la fonction probatoire de ce même article. C'est vers cette voie que semble s'acheminer la jurisprudence.

On retrouve alors la même règle que pour les corps, qui veut que la possession fasse présumer la propriété dont elle est l'apparence²³⁸⁰. Comme pour les meubles corporels, la loi favorise le possesseur de créances, en donnant à celui qui possède une créance à titre de propriétaire le rôle de défendeur au procès. La charge de la preuve repose alors sur celui qui se prétend propriétaire, contre le possesseur.

743- Dans sa fonction probatoire, la règle « en fait de meubles la possession vaut titre », est moins absolue que dans sa fonction acquisitive. Le revendiquant est, en effet, admis à rapporter la preuve contraire, il peut « *ruiner du dedans la possession du défendeur, en établissant qu'elle manque des caractères requis pour faire présumer une transmission de propriété* »²³⁸¹. Celui qui revendique contre un possesseur peut donc tenter de prouver le caractère précaire de la possession en raison du titre qui la fonde – ce qui revient en pratique à prouver, par exemple, l'existence d'un contrat de prêt ou de louage²³⁸². On estime aussi généralement que le revendicateur peut tenter de prouver la mauvaise foi du possesseur, pour faire tomber la protection de l'article 2279 du Code civil²³⁸³. Le revendiquant peut, enfin, établir une possession utile antérieure, ce qui aura pour effet de renverser la charge de la preuve au profit du demandeur²³⁸⁴.

744- Même si l'on refusait d'appliquer l'article 2279 du Code civil aux créances, l'hypothèse d'une revendication des créances aurait pour effet de conférer au revendiquant la position de demandeur au procès. En vertu de l'adage *actor incumbit probatio*, qui est repris à l'article 1315 du Code civil, c'est au revendiquant qui demande la restitution d'un bien, de prouver qu'il en est propriétaire²³⁸⁵.

²³⁷⁹ Voir *supra*, n° 644 et suiv.

²³⁸⁰ J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 122, p. 208. Les tribunaux fondent parfois cette présomption sur l'article 2279 al. 1 C.C. en matière mobilière, mais ils considèrent généralement qu'elle résulte de la nature des choses : *op. cit.*, n° 122, p. 209.

²³⁸¹ J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 233, p. 365.

²³⁸² F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 169, p. 206. Quant à la preuve du contrat de dépôt, elle exclut la revendication en droit français mais non en droit québécois, en raison de l'existence d'une disposition contraire exprès.

²³⁸³ *Contra* : J. CARBONNIER, *Les biens, op. cit.*, n° 233, p. 365.

²³⁸⁴ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 178, p. 216.

²³⁸⁵ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 177, p. 215.

Que ce soit au titre de la présomption de propriété de l'article 2279 du Code civil, ou simplement au titre de sa position de défendeur au procès, le possesseur de la créance est donc déchargé du fardeau de la preuve, tout comme le possesseur d'un bien corporel.

745- Certaines règles particulières s'appliquent à la preuve de la provision, le régime de la preuve en matière commerciale étant traditionnellement soumis à des dispositions spécifiques. Aux termes des alinéas 4 et 5 de l'article L. 511-7 du Code de commerce, « *L'acceptation suppose la provision. Elle en établit la preuve à l'égard des endosseurs* ». Le code établit donc une *présomption de provision découlant de l'acceptation*. Lorsque le tiré a accepté la traite, celui qui invoque l'existence de la provision est donc dispensé de la prouver²³⁸⁶. La force de cette présomption diffère néanmoins selon qu'elle est invoquée par le tireur, ou par le porteur ou l'endosseur²³⁸⁷. Dans le premier cas, autrement dit, dans les rapports entre le tireur et le tiré accepteur, la jurisprudence décide qu'il s'agit d'une présomption simple, qui peut être écartée par le tiré²³⁸⁸. La présomption est, au contraire, irréfragable dans les rapports entre le tiré et le porteur ou l'endosseur²³⁸⁹, bien que cette solution soit critiquée par certains auteurs²³⁹⁰. À défaut d'acceptation, c'est le régime du droit commun qui s'applique ; c'est donc à celui qui invoque la provision d'en établir l'existence (art. 1315 al. 1 C.C.)²³⁹¹. En définitive, c'est à celui qui se prévaut de la provision d'en prouver la constitution, sauf en cas de lettre de change acceptée, où la loi inverse le fardeau de la preuve²³⁹².

Quant à la charge de la preuve, le droit québécois diffère peu du droit français.

2. Droit québécois

746- En principe, la charge de la preuve pèse sur le demandeur au procès, qui doit prouver son droit, la partie adverse devant ensuite présenter les éléments de preuve à l'appui de sa prétention²³⁹³. Tout comme le droit français, le droit québécois reconnaît une présomption de propriété en faveur du possesseur. Le possesseur bénéficie de plusieurs présomptions en vertu du Code civil du Québec, qu'il s'agisse de la

²³⁸⁶ Com. 4 janvier 1980, *Bull. civ.* IV, n° 4.

²³⁸⁷ B. FAGES, *loc. cit.*, n° 68.

²³⁸⁸ Req. 26 mai 1942, D.C. 1943.1.86 ; Com. 3 mai 1961, *Bull. civ.* III, n° 191.

²³⁸⁹ Req. 13 février 1928, D.P. 1928.1.13, note A. CHÉRON.

²³⁹⁰ C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit du crédit, op. cit.*, t. 2, n° 85, p. 106.

²³⁹¹ Civ. 27 janvier 1863, D.P. 1863.1.192.

²³⁹² C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit du crédit, op. cit.*, t. 2, n° 85, p. 106.

²³⁹³ Art. 2803 C.c.Q. : « Celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention. Celui qui prétend qu'un droit est nul, a été modifié ou est éteint doit prouver les faits sur lesquels sa prétention est fondée ». Voir aussi : L. DUCHARME, *Précis de la preuve*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, n° 127, p. 46 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Les biens, op. cit.*, n° 674, p. 391.

présomption de titularité du droit qu'il exerce (art. 928 C.c.Q.), d'une présomption d'*animus* (921 C.c.Q.), de la continuité de la possession (925 C.c.Q.) ou encore, d'une présomption d'absence de vices (928 C.c.Q.). Il s'agit néanmoins de présomptions relatives qui peuvent être renversées par une preuve contraire (art. 2847 C.c.Q.).

747- Aux termes de l'article 928 du Code civil du Québec, « *Le possesseur est présumé titulaire du droit réel qu'il exerce. C'est à celui qui conteste cette qualité à prouver son droit et, le cas échéant, l'absence de titre, ou encore les vices de la possession ou du titre du possesseur* »²³⁹⁴. S'il existe une possession des créances, comme nous avons tenté de le montrer, cet article a vocation à s'appliquer à ce type de possession.

Il n'y a pas à ce jour, à notre connaissance, de jugement ayant déterminé le domaine de l'article 928 C.c.Q. et son application éventuelle aux biens incorporels. La doctrine se prononce toutefois dans le sens d'une intégration possible des biens incorporels dans le domaine de cet article. Ainsi, selon le professeur Lafond, « En matière de biens corporels, la possession fait présumer que le possesseur est le propriétaire (art. 928 C.c.Q.) [...]. *De même, en matière de biens incorporels, le possesseur est présumé titulaire du droit réel qu'il exerce* »²³⁹⁵. Il semble donc possible de conférer, à tout le moins, des effets probatoires à la possession des biens incorporels²³⁹⁶. Encore ne s'agit-il, ici encore, que d'une présomption simple, qui peut être renversée par la preuve contraire (art. 2847, al. 2 C.c.Q.), notamment par un titre valable ou un vice de possession²³⁹⁷.

748- La règle de l'article 928 du Code civil du Québec confère pratiquement au possesseur la position de défendeur dans l'action en revendication, celui qui se prétend propriétaire ayant la place de demandeur dans l'action en revendication²³⁹⁸. Si le possesseur est présumé propriétaire, le revendiquant est admis, s'agissant d'une présomption simple, à prouver qu'il est le véritable propriétaire de la créance.

Les différences sont plus marquées entre le droit français et le droit québécois, s'agissant des modes de preuve.

²³⁹⁴ Comparez avec l'ancien article 2268 C.C.Q. : « la possession actuelle d'un *meuble corporel* à titre de propriétaire fait présumer le juste titre ». Comme la formulation de l'ancien Code civil y invitait, la doctrine réduisait la portée de l'article aux biens corporels : voir notamment L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, op. cit., p. 433.

²³⁹⁵ P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 240 et 241.

²³⁹⁶ Sur le refus traditionnel d'appliquer les dispositions relatives à la prescription acquisitive aux créances : *supra*, n° 605.

²³⁹⁷ P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, *ibid.*

²³⁹⁸ Voir P.-C. LAFOND, op. cit., p. 241.

B. Les modes de preuve

749- Le système québécois est régi en la matière par le système de la meilleure preuve (1), ignoré du droit français (2).

1. Droit français

750- Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a fondé le principe de la liberté de la preuve en matière mobilière sur l'article 544 du Code civil²³⁹⁹. Sous le visa de l'article 544 du code, la cour a énoncé que « *la propriété d'un bien se prouve par tous moyens* ».

L'objet de la preuve diffère peu, selon que la propriété porte sur un bien corporel ou incorporel : dans les deux cas, la preuve dépend de la question de savoir si l'acquisition a pour origine un fait juridique ou un acte juridique²⁴⁰⁰. S'agissant de la preuve de la propriété des créances, le plus souvent, cette preuve reviendra à prouver l'acte constatant l'existence même de la créance²⁴⁰¹. La créance étant souvent issue du commerce juridique, l'importance du titre s'en trouve accrue. Si, dans certains cas, une preuve parfaite de la propriété est possible (a), le plus souvent, la preuve ne sera qu'imparfaite ou indirecte (b).

a) La preuve parfaite de la propriété des créances

751- L'acquisition de la propriété des créances peut être originaire ou dérivée, l'acquisition dérivée étant la plus fréquente²⁴⁰². Deux cas de figure peuvent se présenter. En premier lieu, lorsque le demandeur et le défendeur ont le même auteur, le conflit porte sur l'efficacité de la transmission consentie à la partie adverse, aucune des parties n'ayant intérêt à invoquer le droit de son auteur, sous peine d'une remise en cause de son propre droit. Si en matière immobilière, il faut prouver l'antériorité de la publication, qui rend le droit opposable aux tiers, en matière de meubles corporels, chaque partie va tenter de prouver qu'elle a été la première à entrer en possession, afin de bénéficier de la règle *prior tempore potior jure*. Les mêmes principes se retrouvent en matière de créances : pour ces biens également, chacun tend à prouver l'antériorité

²³⁹⁹ Civ. I, 11 janvier 2000, D. 2001, p. 890, note A. DONNIER.

²⁴⁰⁰ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 217.

²⁴⁰¹ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p. 217 : « [...] la preuve de la propriété d'une créance [...] sera souvent tributaire de la preuve de l'existence même de cette créance [...] dont le mode de constitution réside le plus souvent dans un acte ».

²⁴⁰² Voir *supra*, seconde partie, titre I.

de sa mise en possession, celle-ci ayant lieu par la signification. Exceptionnellement, lorsque la loi a apporté une dérogation expresse à cette règle, comme dans le cas de la cession Dailly, il suffit d'apporter la preuve de l'antériorité de la cession par bordereau, celle-ci étant opposable à la date qui y est portée.

Dans un second cas de figure, les acquisitions en conflit proviennent d'auteurs différents. La preuve parfaite est alors difficile, puisqu'il faudrait prouver une acquisition originale au commencement de la chaîne des propriétés.

752- Lorsque la propriété de la créance a été acquise par un mode original d'acquisition²⁴⁰³, l'objet de la preuve portera sur la cause de l'acquisition, qui est par hypothèse un fait et s'établit donc par tous moyens. Ainsi, par exemple, la preuve de l'accroissement ou de la production devra être rapportée en matière d'accession, et en matière d'occupation, il faudra prouver les circonstances de la prise de possession et l'*animus domini*.

Quant à la preuve de la prescription acquisitive, elle permet de conférer un titre original à la personne qui a possédé pendant un certain temps.

Lorsque la preuve parfaite de la propriété n'est pas envisageable, les tribunaux admettent qu'elle peut se faire de façon indirecte.

b) La preuve indirecte de la propriété des créances

753- À défaut de preuve directe de la propriété des créances, la preuve peut être faite de façon plus détournée : « *lorsqu'aucune démonstration n'établit à coup sûr [la cause d'acquisition] les tribunaux s'en tiennent aux indices rendant la plus probable la qualité de propriétaire* »²⁴⁰⁴. Cette preuve peut d'abord résulter de la possession. Lorsque la possession possède les qualités requises en matière de prescription, la possession utile constitue une présomption légale de propriété. Cette possession utile l'emportera, sauf preuve contraire de la partie adverse. La possession est un moyen privilégié de prouver sa propriété.

La preuve de la propriété de la créance peut s'appuyer sur d'autres présomptions qu'une possession utile, qui montrent simplement des faits de possession. En matière de créances, il pourra s'agir de la perception d'intérêts par exemple. Un titre d'acquisition pourra se révéler particulièrement utile ; ainsi, la preuve du contrat de cession constitue un mode privilégié de preuve de la propriété des créances. Le possesseur bénéficiant

²⁴⁰³ *Supra*, n° 591 et suiv.

²⁴⁰⁴ T. REVET, « Propriété et droits réels », *Rev. trim. dr. civ.* 2002.chr.121, p. 121.

d'une présomption de propriété, le demandeur revendiquant sera débouté de son action s'il n'apporte pas la preuve de sa propriété²⁴⁰⁵.

En matière commerciale, enfin, depuis la dématérialisation des valeurs mobilières, la Cour de cassation permet la preuve de leur détention « non par leur support matériel mais par leur *inscription en compte*, qui conserve la force attachée auparavant à la possession du titre-papier »²⁴⁰⁶. Il a ainsi été jugé que l'inscription d'actions au compte d'une personne emporte une présomption de propriété à son profit²⁴⁰⁷.

2. Droit québécois

754- S'agissant des moyens de preuve, la loi québécoise prévoit que « La preuve d'un acte juridique ou d'un fait peut être établie par écrit, par témoignage, par présomption, par aveu ou par la présentation d'un élément matériel, conformément aux règles énoncées dans le présent livre et de la manière indiquée par le Code de procédure civile ou par quelque autre loi » (art. 2811 C.c.Q.). Tous les modes de preuve ne peuvent cependant être utilisés indifféremment, l'administration de la preuve obéissant au principe de la meilleure preuve possible.

a) Le régime de la meilleure preuve

755- Le système québécois est régi par la règle de la meilleure preuve, ce qui signifie que la preuve doit être de la meilleure qualité possible²⁴⁰⁸. C'est ainsi que « [l]a preuve offerte doit être la plus parfaite et complète possible ; la règle de la meilleure preuve vise la fiabilité de la preuve offerte [...]. La partie à qui incombe en vertu du droit substantiel la charge de la preuve doit en principe l'établir de façon prépondérante au moyen d'éléments factuels pertinents en droit et en fait »²⁴⁰⁹.

Aux termes de l'article 2860 C.c.Q., « *L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu* ». Cela signifie notamment que si un écrit constate l'acte à

²⁴⁰⁵ Req. 22 nov. 1847, S. 1848.1.24.

²⁴⁰⁶ Crim. 30 mai 1996, *Rev. trim. dr. civ.* 1998.137, obs. F. ZENATI ; *Petites Aff.* 1996.139, p. 7, note C. LASSALAS ; *Rev. jurisprud. com.* 1997.1480, p. 100, note P. GOUTAY.

²⁴⁰⁷ Com., 10 juin 1997, D. 1999.89, note H. CAUSSE.

²⁴⁰⁸ *Garage Pierre Allard Inc. c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1995] R.D.J. 453, 455 (C.A.), j. Delisle : jugé que, en matière de preuve, « il s'agit essentiellement de fiabilité et de suffisance [...] en autant qu'elle soit légale et fiable, la preuve doit être suffisante pour atteindre la qualité requise ».

²⁴⁰⁹ P. TESSIER et M. DUPUIS, « Les qualités et les moyens de preuve », dans *Preuve et procédure*, coll. de droit, vol. 2, p. 183, à la page 183.

l'origine du transfert de propriété de la créance, le principe est que c'est cet écrit qui doit être produit²⁴¹⁰.

b) La preuve secondaire

756- Par exception à cette règle de la meilleure preuve, l'article 2860 du Code civil du Québec autorise la preuve secondaire, en cas d'impossibilité de produire la meilleure preuve²⁴¹¹. Ainsi, en cas de perte de l'écrit, il est possible d'établir le contenu de l'écrit par la voie d'une copie ou d'un témoignage. Il a toutefois été jugé que la preuve secondaire ne peut être reçue sauf perte de l'écrit ou impossibilité de le retracer²⁴¹². S'agissant de la preuve des « faits matériels », telles la possession ou l'occupation, elle peut se faire par tous moyens²⁴¹³, la preuve par écrit n'étant toutefois qu'exceptionnellement admise²⁴¹⁴.

Pour conclure sur ce point, si les modes de preuve diffèrent en droit français et en droit québécois, dans les deux systèmes, la manière de prouver la propriété d'une créance est similaire à celle retenue pour prouver la propriété d'un bien matériel.

Le cadre de la revendication des créances étant fixé, il convient à présent de rendre compte du régime juridique de la revendication des créances.

SECTION II.

LE RÉGIME DE LA REVENDICATION DES CRÉANCES

757- Tout comme le propriétaire d'un meuble corporel, le propriétaire d'une créance peut être confronté à une *dépossession involontaire*. Dans l'hypothèse où le débiteur paye à un usurpateur de la créance, qu'il le fasse sciemment ou par

²⁴¹⁰ Ainsi en matière de saisie, la jurisprudence requiert la production d'un contrat d'acquisition comportant date certaine : D. FERLAND et B. EMERY, *Précis de procédure civile, op. cit.*, vol. 2, 3^e éd., p. 180. Voir notamment *Québec c. Fiset*, [1992] R.D.F.Q. 139 (C.Q.).

²⁴¹¹ P. TESSIER et M. DUPUIS, *loc. cit.*, p. 184.

²⁴¹² *Droit de la famille -947*, [1991] R.J.Q. 489 (C.S.).

²⁴¹³ L. DUCHARME, *Précis de la preuve, op. cit.*, n^o 712, p. 258 et n^o 778, p. 258 : « On entend par « faits matériels » tous les événements qui n'impliquent par eux-mêmes ni obligation ni libération ».

²⁴¹⁴ L. DUCHARME, *Précis de la preuve, op. cit.*, n^o 782, p. 259 : « ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il est possible de recourir à une preuve écrite pour établir un fait matériel. En effet [...] le recours à une preuve écrite n'est possible que dans les cas où la preuve testimoniale est prohibée, c'est-à-dire lorsque le fait à prouver se rapporte au contenu d'un écrit ou que la loi a confié à un officier public la mission d'en constater l'existence par un acte authentique ».

inadvertance, le véritable créancier se trouve alors en *conflit avec un usurpateur*²⁴¹⁵. Nous avons vu que, pour être valable, le paiement doit être fait de bonne foi au possesseur de la créance (art. 1240 C.C.f.) ou au créancier apparent (art. 1559 C.c.Q.). Dans ce cas, le véritable créancier, propriétaire de la créance, peut agir en éviction du possesseur actuel de la créance²⁴¹⁶. Cela explique que le possesseur de la créance peut, après une éviction et comme en matière immobilière, se faire rembourser ses impenses nécessaires ou utiles (art. 1381 C.C.f.) et lorsqu'il est de bonne foi, conserver les intérêts ou fruits civils qu'il a perçus (1378 C.C.f.)²⁴¹⁷.

758- L'hypothèse d'une revendication contre un usurpateur, si elle peut se présenter tout comme pour les biens corporels, est rare en pratique. Cela peut s'expliquer par la multiplicité des moyens que fournit la loi pour éviter un tel conflit, en fournissant à l'acquéreur les moyens de se renseigner sur le titre de son auteur, ce qui permet d'éviter, en amont, son éviction. Ces moyens, qui tendent tous vers le même but, s'adaptent à la nature du bien en question. Alors qu'en matière immobilière, c'est la publicité qui remplit cette fonction, c'est la mise en possession du bien qui joue ce rôle en matière mobilière. Si Ginossar distingue sur ce point les meubles corporels et incorporels²⁴¹⁸, nous avons vu précédemment que l'information du débiteur peut s'analyser comme une mise en possession, du bien, ce qui rapproche encore le régime juridique des meubles corporels et incorporels. Il est vrai cependant que, s'agissant de biens incorporels tels que les créances, le transfert s'accompagne généralement du titre constatant la créance, ce qui permet au cessionnaire de vérifier l'identité du propriétaire véritable. Ceci explique sans doute que la revendication contre un usurpateur ne soit guère répandue. Le cas le plus courant, en pratique, est celui d'une revendication contre un acquéreur de la créance.

²⁴¹⁵ Sur ce conflit : voir S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 23, p. 59.

²⁴¹⁶ Req. 6 nov. 1871, D.P. 1871.I.348.

²⁴¹⁷ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 23, p. 59, à la note 112.

²⁴¹⁸ Voir S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 24, p. 60. L'auteur distingue toutefois entre les meubles corporels et incorporels : « S'agit-il d'un immeuble, l'acquéreur trouvera dans la *publicité* organisée à cet effet tout ce qu'il lui importe de savoir. En matière de meubles corporels, il lui suffira de se faire mettre en *possession* du bien [...]. Le régime des créances constatées par un *titre au porteur* est assez semblable : ici, c'est l'*absence d'opposition* publiée à la requête d'un porteur dépossédé qui donnera à l'acquéreur une sécurité à peu près complète. De même, l'*endossement* d'un titre négociable aura pour effet de lui en transférer la pleine propriété. Quant aux *créances ordinaires*, comme le transport s'en opère par la remise du titre, le cessionnaire pourra à loisir vérifier l'existence de la créance, son contenu, ses modalités, et surtout l'identité du créancier qui la lui cède. De plus, en exigeant le concours du débiteur cédé à l'acte, il obtiendra non seulement son acceptation au vœu de l'article 1690, mais encore fera de sorte que le débiteur cédé ne puisse plus contester ni l'existence du transport, ni celle de la dette cédée ».

759- En plus des conflits de propriété en matière de créances civiles, la technique de la propriété de la provision utilisée par le droit français, a pour effet de générer un contentieux de la propriété des créances dans les effets de commerce. Nous avons vu que tel n'est pas le cas en droit québécois, où les conflits portant sur les titres négociables ne sont pas fondés sur la propriété. Après avoir identifié les hypothèses de revendication des créances civiles en droit français et en droit québécois (§1), nous évoquerons donc les conflits de propriété dans les effets de commerce en droit français (§2).

§ 1. Le contentieux général de la propriété des créances

760- Les hypothèses de revendication des créances sont plus nombreuses en droit québécois qu'en droit français, le droit québécois ne connaissant pas la règle selon laquelle « en fait de meubles, la possession vaut titre ». De plus, les hypothèses dans lesquelles la revendication est possible ne sont pas strictement identiques dans les deux droits. Au-delà de ces spécificités, le principe de la possibilité d'une revendication des créances se manifeste tant en droit français (A) qu'en droit québécois (B).

A. Les cas de revendication des créances en droit français

761- En droit français, le législateur a expressément reconnu la possibilité d'une revendication des créances à travers l'hypothèse de la revendication du vendeur de meubles sous réserve de propriété. À côté de cette reconnaissance légale, il existe d'autres cas où l'on retrouve les éléments constitutifs du contentieux de la propriété des créances. En plus de la présence d'un conflit entre le cédant ayant obtenu la résolution de la cession et le sous-cessionnaire, dont on a trouvé la trace dans la jurisprudence ancienne²⁴¹⁹, il existe plusieurs hypothèses de conflits portant sur la propriété de la créance en jurisprudence.

1. La revendication du vendeur de meubles sous réserve de propriété

762- La loi elle-même a consacré une hypothèse de revendication des créances. Il s'agit du cas de la revendication, par le vendeur de marchandises demeuré propriétaire, du prix de revente subrogé à ses marchandises²⁴²⁰. Ce type de

²⁴¹⁹ Grenoble, 15 avril 1845, D. 1846.2.208.

²⁴²⁰ Voir F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 223.

revendication s'est manifesté dans le cas d'un *conflit entre un vendeur sous réserve de propriété et un banquier cessionnaire Dailly*. Le vendeur sous réserve de propriété²⁴²¹ revendique le prix entre les mains du sous-acquéreur. Le premier acquéreur ayant cédé sa créance sur le sous-acquéreur à un établissement de crédit dans le cadre de la loi Dailly, s'ensuit un conflit entre le vendeur sous réserve de propriété et le banquier cessionnaire Dailly. Ce conflit, qualifié un temps de « surréaliste », a donné lieu à de vives controverses doctrinales²⁴²². Les tribunaux l'ont parfois tranché en faveur du banquier²⁴²³, parfois en faveur du vendeur initial²⁴²⁴. La Cour de cassation s'est prononcée, en formation plénière, en faveur de la seconde solution²⁴²⁵. La haute cour s'est donc positionnée « contre ceux qui contestaient le principe même d'une subrogation réelle ou soutenaient que le jeu de la subrogation ne privilégie pas le vendeur initial »²⁴²⁶.

a) Le vendeur de meubles sous réserve de propriété peut revendiquer sa créance sur le prix de revente des biens, par l'effet de la subrogation

763- Si le revendeur fait l'objet d'une procédure collective, l'article 621-124 du Code de commerce (ancien art. 22 de la loi du 25 janvier 1985) reporte le droit du vendeur sous réserve de propriété sur le prix de revente. Le texte dispose que « peut être *revendiqué* le prix ou la partie du prix des biens [...] qui n'a été payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ».

En vertu de cette disposition, le propriétaire d'un bien vendu sous réserve de propriété peut donc revendiquer à la place des biens vendus, le prix qui leur a été substitué²⁴²⁷.

²⁴²¹ La clause de réserve s'analysant comme une sûreté permettant de retarder le transfert de propriété au débiteur jusqu'au paiement complet du prix de vente (M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », dans *Mélanges Weill*, Paris, Fontemoing, 1878, p. 520), le vendeur reste donc propriétaire jusqu'au paiement du prix.

²⁴²² M. CABRILLAC, « Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance du prix de revente », D. 1988.chr.225, et les références citées.

²⁴²³ Trib. Com. Nanterre, 12 décembre 1986, D. 1987.Somm.com.149, obs. M. VASSEUR.

²⁴²⁴ Dijon, 9 septembre 1987, D. 1988.74, note F. ZENATI ; Paris, 3 février 1988, *Quot. Jur.* 1988.72. 11.

²⁴²⁵ Com. 20 juin 1989, D. 1989.II.431, note F. PÉROCHON.

²⁴²⁶ E. ROBINE, *La clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980, bilan de dix années de jurisprudence*, Paris, Litec, 1990.

²⁴²⁷ Voir notamment : J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *loc. cit.*, p. 1429, selon lequel cet article « permet au propriétaire de certains biens (marchandises consignées au débiteur, biens vendus avec une réserve de propriété) qui n'auraient pas été payés par l'acquéreur et qui auraient pourtant été revendus par ce dernier (*a non domino* par hypothèse), de revendiquer, au lieu des biens eux-mêmes (ce qui est impossible chaque fois que le possesseur est de bonne foi car le propriétaire se heurte à l'article 2279 du Code civil) le prix ou la partie du prix qui n'a pas encore été payée par le sous-acquéreur ou

764- Certains auteurs ont refusé de voir dans cette action une action en revendication de la créance et l'ont notamment qualifiée d'action en paiement²⁴²⁸ ou d'action directe²⁴²⁹. L'idée a ainsi été présentée, selon laquelle la nature du droit change selon que la revendication porte sur une chose corporelle ou sur la créance de prix et qu'il ne s'agirait pas de revendication, mais d'une action directe contre le tiers débiteur du prix²⁴³⁰. On a également contesté qu'une subrogation puisse exister entre des actifs qui sont rattachés à des patrimoines distincts, ce même par une disposition légale spécifique. La marchandise vendue et le prix de revente appartenant à deux patrimoines différents, celui du vendeur originaire pour la première, celui de l'acquéreur pour le second, n'y aurait donc pas de subrogation réelle, ni de revendication²⁴³¹.

Il faut cependant opposer à ces analyses les termes mêmes de la loi, qui permettent au vendeur de « *revendiquer le prix* » (art. 621-124 du Code de commerce). De plus, la revendication étant une prérogative du propriétaire, la créance du prix se trouve dans le patrimoine du vendeur initial ; ainsi tombe l'argument mis en avant pour écarter la subrogation²⁴³². La jurisprudence a d'ailleurs suivi l'opinion selon laquelle le législateur a créé une véritable action réelle en revendication au profit du vendeur de meubles sous réserve de propriété²⁴³³.

765- L'hypothèse est donc celle d'un vendeur sous réserve de propriété qui vend son bien à un acquéreur A, celui-ci le revendant à un acquéreur B. Puis, l'acquéreur A (ou acquéreur-revendeur) fait l'objet d'une procédure collective. La question est de savoir si le vendeur initial peut revendiquer sa créance contre le second acquéreur, alors qu'aucun lien contractuel ne les lie, et qu'ils sont donc des tiers l'un pour l'autre. Or la loi a répondu par l'affirmative à cette question, dans la disposition précitée. Et c'est la subrogation réelle qui permet de fonder le report, sur le prix de revente, du droit de propriété du vendeur. La Cour de cassation a même décidé, dans un

débiteur (ou réglée en valeur ou compensée en compte courant) au moment de l'ouverture de la procédure collective ».

²⁴²⁸ C. LARROUMET, note sous Paris, 14 oct. 1997, D. 1998, jur. 91.

²⁴²⁹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, *op. cit.*, n° 3144, p. 1050 : « la prétendue revendication est une *action directe* contre le tiers débiteur du prix ».

²⁴³⁰ G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 3144, p. 1050.

²⁴³¹ D.R. MARTIN, « Du conflit relatif à la créance du prix de revente d'une marchandise acquise sous réserve de propriété », D. 1986.chr.323, selon lequel il s'agit d'une « action directe, privée de support subrogatif et dépouillée de rattachement consubstantiel à la propriété réservée, appartenant non pas à la catégorie des actions directes parfaites, mais à la catégorie plus sobre des actions directes relatives ou imparfaites ».

²⁴³² En ce sens : M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, obs. *Rev. trim. dr. com.* 1987.231.

²⁴³³ F. PÉROCHON, note sous Com. 20 juin 1989, D. 1989.431, n° 6 : « Quoique l'article 122 L. 25 janv. 1985 [...] vise la revendication du prix, c'est plus exactement la créance du prix de revente qui peut être revendiquée. Voir aussi J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », *loc. cit.*, p. 1430 ; J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Paris, Sirey, 1952, p. 115.

arrêt du 8 mars 1988, que la subrogation se réalise dès la revente : « elle a un effet rétroactif et prive le revendeur, dès la revente du bien, *de son droit de propriété sur la créance du prix de revente*, pour l'attribuer au vendeur sous réserve de propriété »²⁴³⁴. Cette solution implique que *le revendeur est censé n'avoir jamais été propriétaire de la créance et qu'il n'a donc pu valablement la transmettre*.

766- C'est pour cette raison que le vendeur sous réserve de propriété doit être préféré au banquier cessionnaire de la créance de prix. C'est ce qui a également été décidé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 20 juin 1989²⁴³⁵. Dans cette affaire, la société SMT avait vendu sous réserve de propriété des matériels à Microfrance, qui les avait revendus à divers clients, et avait cédé à la BNP, par bordereau Dailly, les créances correspondantes. Microfrance est mis en redressement judiciaire, et la SMT, se fondant sur l'article 68 de la loi du 13 juillet 1967²⁴³⁶, revendique à l'encontre des sous-acquéreurs les sommes par eux restant dues, demande accueillie par la cour d'appel de Paris²⁴³⁷.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation rejette le pourvoi de la BNP, par un arrêt de principe. Bien qu'il vise les dispositions de la loi de 1967, sa portée est actuelle, car l'article 122 de la loi du 25 janvier 1985 a repris ces dispositions de façon quasi identique. La haute juridiction confirme l'arrêt du 8 mars 1988 précité, en précisant que « après leur revente en l'état initial [...], *le prix se (trouve) par là même subrogé aux marchandises* ». Ainsi, la créance du prix de revente peut être revendiquée par le vendeur initial. De plus, la Cour affirme que « c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la cession de créance invoquée par la BNP ne pouvait faire échec à la revendication de la SMT ». Ainsi, dès le jour de la revente, le vendeur initial est devenu propriétaire de la créance du prix de revente, subrogée aux marchandises ; en conséquence, le revendeur n'a pu ultérieurement transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même, par application du principe *nemo plus juris*.

Les mêmes justifications expliquent que la jurisprudence décide que le vendeur sous réserve de propriété doit être préféré au *factor*²⁴³⁸.

767- C'est le mécanisme de la subrogation réelle qui explique également que l'exception d'inexécution invoquée par le sous-acquéreur est inopposable au vendeur

²⁴³⁴ Com., 8 mars 1988, *Rev. trim. dr. com.* 1989.113.

²⁴³⁵ Com. 20 juin 1989, D. 1989.II.431, note F. PÉROCHON.

²⁴³⁶ Cet article constitue le « pendant » de l'article 122 de la loi du 25 janvier 1985: il permet au vendeur initial de revendiquer le prix ou la partie du prix encore impayée.

²⁴³⁷ Paris, 3 février 1988, D. 1988.i.r.84.

²⁴³⁸ Com. 27 juin 1989, *Rev. trim. dr. com.* 1990.92.

revendiquant le prix de revente. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par un arrêt du 3 janvier 1995²⁴³⁹. Un fabricant avait fourni une marchandise à un installateur, qui l'avait montée sur une chaîne d'assemblage d'usine. Le fabricant n'ayant pas été payé par l'installateur, mis en redressement judiciaire, le premier revendique le prix de revente de sa marchandise contre le propriétaire de l'usine. La Cour d'appel ayant fait droit à la revendication, le propriétaire de l'usine se pourvoit contre cette décision, en lui reprochant notamment d'avoir rejeté l'exception par laquelle il invoquait les malfaçons commises par l'installateur. Or, la Cour rejette le pourvoi, en énonçant que le vendeur était fondé à revendiquer entre les mains du sous-acquéreur la partie du prix encore impayée, dès lors que l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire emportait subrogation de la créance du prix de la chose.

Même si la formulation de la Cour est laconique, il semble bien qu'elle ait voulu dire, comme dans l'arrêt du 20 juin 1989, que le bénéficiaire de la subrogation n'acquiert pas la créance du prix de revente comme un cessionnaire : l'acquisition est instantanée, dès la naissance du bien, sans que celui-ci transite par le patrimoine de l'acquéreur défaillant (ce qui est l'effet précisément de la subrogation). Ainsi, le bénéficiaire de la subrogation n'est pas un ayant-cause comme l'est le cessionnaire de créance, et il n'est pas soumis à la règle *nemo plus juris*. Alors que le cessionnaire ne peut avoir plus de droit sur la créance que le cédant, et que donc toutes les exceptions qui étaient opposables à son auteur lui sont également opposables, le bénéficiaire de la subrogation jouit au contraire d'une acquisition originaire.

768- Une difficulté provient souvent de ce que, en même temps qu'il revendique sa créance, le propriétaire demande une réparation pécuniaire. Cependant, les deux actions doivent être distinguées, et l'action en paiement ne fait en aucun cas disparaître la revendication. Dès lors que le propriétaire vendeur de meubles revendique la possession de sa créance contre un second cessionnaire, son action tend à ce qu'il soit remis en possession de sa créance, en voyant constaté son droit de propriété, ce qui constitue la définition même de la revendication.

²⁴³⁹ Com. 3 janvier 1995, D. 1996.Somm.com.21, obs. F. DERRIDA ; *Rev. trim. dr. civ.* 1997.167, obs. F. ZENATI.

b) Le vendeur de meubles est propriétaire d'une créance d'indemnité d'assurance par subrogation

769- La Cour de cassation a pris position sur ce point, dans un arrêt remarqué du 1er octobre 1985²⁴⁴⁰. Dans cette affaire, des marchandises avaient été vendues sous réserve de propriété, puis l'acheteur avait revendu la marchandise grevée de la réserve de propriété, et il avait transmis la créance du prix par l'émission d'un bordereau Dailly, à un banquier cessionnaire. Or, l'acheteur revendeur avait été placé sous le coup d'une procédure collective, avant que les marchandises ne soient détruites par un incendie, survenu chez l'acheteur après leur livraison.

La Cour de cassation a admis que l'indemnité d'assurance de choses était subrogée aux marchandises, ce qui autorise le vendeur réservataire à appréhender cette indemnité à concurrence de la fraction du prix non payée par l'acheteur. Dans le cas où cette indemnité serait insuffisante pour désintéresser le vendeur réservataire, celui-ci est autorisé pour le surplus à déclarer sa créance dans la procédure collective de l'acheteur, la revendication ne supposant ni n'entraînant la résolution de la vente²⁴⁴¹.

La chambre commerciale a entériné le raisonnement de la Cour d'appel, qui comportait trois propositions : le sinistre ayant affecté les marchandises vendues ne pouvait pas préjudicier au vendeur, dès lors que les risques avaient été transférés à l'acheteur ; ces marchandises n'étaient pas entrées dans le patrimoine de l'acheteur ; l'indemnité s'est donc trouvée subrogée aux marchandises dans le patrimoine de l'acheteur²⁴⁴².

770- Cette solution a été réaffirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 6 juillet 1993²⁴⁴³. Les risques des marchandises vendues avec réserve de propriété avaient été, par convention expresse, transférés à l'acheteur, qui avait conclu un contrat d'assurance de choses ; les marchandises ayant été détruites dans un incendie qui s'était produit dans les locaux de l'acheteur, l'assureur avait réglé l'indemnité d'assurance entre les mains du vendeur. L'acheteur ayant été ultérieurement déclaré en redressement judiciaire, puis en liquidation judiciaire, le liquidateur avait entendu faire admettre la nullité du règlement de l'indemnité effectué par l'assureur au profit du vendeur, au motif qu'il était intervenu pendant la période

²⁴⁴⁰ D. 1986, 246, note M. CABRILLAC ; J.C.P. 1985.IV.354 ; *Rev. trim. dr. com.* 1987.231, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

²⁴⁴¹ P. JESTAZ, « La réserve de propriété ou la vente éclatée », dans *Mélanges D. Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 227.

²⁴⁴² *Com.*, 1er octobre 1985, D. 1986.246, obs. M. CABRILLAC.

²⁴⁴³ *Com.*, 6 juillet 1993, J.C.P. 1996.II.22153, note C. LARROUMET.

suspecte, en violation de l'article 107-4° de la loi du 25 janvier 1985, qui prohibe le paiement des dettes échues autrement que par « un mode communément admis dans les relations d'affaires ». Une telle argumentation supposait que le paiement effectué par l'assureur au vendeur, portait en réalité sur une indemnité due à l'assuré et qui, par voie de cession ou de délégation de créance, avait été payée au vendeur, demeuré propriétaire des marchandises. Or, la délégation ne constitue pas, en vertu de l'article précité, un mode normal de paiement en période suspecte.

La Cour d'appel avait considéré, au-delà de l'argumentation du liquidateur relative à la délégation, que l'indemnité d'assurance n'aurait pu être substituée aux marchandises détruites que si une assurance spécifique avait été souscrite par l'acheteur. Ainsi, selon la Cour d'appel, il aurait fallu que l'acheteur ait souscrit une « assurance pour compte » au profit du vendeur (article L 112-1 du Code des assurances), en vertu de laquelle celui-ci aurait eu le droit d'obtenir directement le règlement de l'indemnité. En l'absence d'une telle assurance, le vendeur n'avait aucun droit propre sur l'indemnité d'assurance et il ne pouvait donc pas obtenir le paiement de cette indemnité, ledit paiement devant dès lors être annulé.

Or, la Cour de cassation a, dans cet arrêt, cassé la décision de la Cour d'appel, en visant les articles 107-4° et 121 de la loi du 25 janvier 1985, aux motifs que l'indemnité d'assurance étant subrogée aux marchandises détruites, son règlement n'est pas soumis aux dispositions de l'article 107-4°. Ainsi, ce n'est pas en vertu d'une délégation de créance que l'indemnité d'assurance est affectée au vendeur, mais en vertu du mécanisme de la subrogation réelle, ce dont il résulte, selon les termes de la Cour de cassation, que « l'indemnité d'assurance, subrogée aux biens dont le vendeur était demeuré propriétaire, n'entre pas dans le patrimoine de l'acheteur ». Dans cette seconde affaire, le vendeur n'était pas proprement revendeur, puisqu'il était possesseur de la créance, mais il résistait à la volonté d'un tiers de se voir déclaré propriétaire de la créance. À tout le moins, ce cas montre bien la volonté de la Cour de cassation d'admettre la subrogation réelle en la matière.

771- Dans ces différentes affaires, il a donc été admis que l'indemnité d'assurance compensant la perte d'une marchandise acquise sous réserve de propriété, est subrogée à cette marchandise. Le vendeur de marchandises revendeur fait donc reconnaître qu'il est propriétaire d'une créance d'indemnité d'assurance par subrogation. Il le fait reconnaître non seulement contre le propriétaire supposé de la créance (l'assuré), mais également contre l'assureur. L'action exercée contre l'assureur a un double objet : il s'agit non seulement d'une action en paiement, mais aussi de la

reconnaissance du fait que le propriétaire de la créance est un tiers et non l'assuré. Il y a donc dans ce cas combinaison d'une action personnelle et d'une action réelle. Si elles peuvent être difficiles à distinguer lorsqu'elles sont exercées en même temps, elles existent bien toutes les deux.

La revendication d'une créance trouve également à s'appliquer en cas de conflit de propriété entre cessionnaires successifs.

2. *Le conflit de propriété entre cessionnaires successifs d'une même créance*

772- Dans son étude portant sur les « Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité », Boulanger a établi les principes de solutions de ces conflits²⁴⁴⁴. Comme pour les droits réels, le principe est que le premier créancier en date doit l'emporter. « En contractant de nouveau, le débiteur n'a pu porter atteinte à un droit conféré précédemment [...]. Le droit postérieur doit donc s'effacer devant celui qui lui est préférable, en raison de la date où il est né : *Prior tempore, potior jure* »²⁴⁴⁵. Ce principe ne saurait toutefois être équitable que si le second créancier a eu connaissance de la première cession. Dès lors, la règle de priorité de date s'applique si le second créancier est de mauvaise foi, mais lorsqu'il est de bonne foi, c'est-à-dire qu'il a ignoré l'existence de la première cession, le droit estime alors que son intérêt est digne de protection juridique, en raison de la moralité et de la sécurité des transactions²⁴⁴⁶.

Des règles similaires se retrouvent s'agissant des conflits entre droits réels sur des meubles corporels. Dans ce cas également, le premier acquéreur ou titulaire du droit réel n'a de droit de préférence vis-à-vis du second que si ce dernier est de mauvaise foi. Au contraire, lorsque le second acquéreur est de bonne foi, celui qui est préféré est celui qui est mis en possession réelle. Or, cette mise en possession constitue aux yeux des tiers « la seule manifestation apparente de la transmission du droit réel »²⁴⁴⁷.

773- En matière de meubles corporels, lorsque le même bien meuble a été successivement promis à deux personnes différentes et que le second acquéreur est de

²⁴⁴⁴ J. BOULANGER, « Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité », *Rev. trim. dr. civ.* 1935.545.

²⁴⁴⁵ J. BOULANGER, « Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité », *loc. cit.*, n° 11, p. 560. Voir aussi : E. PANCRAZI-TIAN, « Les conflits sur créance », *Droit et patrimoine*. 1998.59, p. 60 : qui considère que dans le cas d'un conflit entre un plusieurs droits dérivés, le principe est que c'est le droit le plus ancien qui l'emporte, en vertu de l'adage *prior tempore potior jure* : « Dans les hypothèses où les parties en concours ont toutes la qualité d'ayant-cause ou d'ayant-droit d'un même auteur, préférence doit, en principe, être donnée à celle qui peut établir l'antériorité de son titre ».

²⁴⁴⁶ J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 240 : selon lequel, dans ce cas, « La règle de priorité d'après l'ordre de naissance fait donc place à la règle de priorité dans l'exécution ».

²⁴⁴⁷ J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 240.

bonne foi, la loi prévoit que doit être préféré « celui des deux qui aura été mis en possession réelle encore que son titre soit postérieur en date ». Cette situation est régie par l'article 1141 du Code civil, qui dispose que « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi ».

La Cour de cassation estime que le transfert de propriété s'opère, comme en matière immobilière, par le seul effet de l'accord des volontés²⁴⁴⁸. Les tiers doivent cependant être protégés d'une éventuelle vente occulte. C'est la tradition qui joue alors le même rôle que la transcription en matière immobilière²⁴⁴⁹. Le nouveau propriétaire ne pourra se prévaloir de la plénitude de son droit que s'il lui a donné une publicité suffisante, publicité qui se fait en matière mobilière par la réception matérielle de la chose. Comme en matière immobilière, la loi n'accorde pas sa protection à celui qui invoque le défaut de publication de mauvaise foi, c'est-à-dire alors qu'il connaissait l'existence de la première vente. Mais la prise en compte de la bonne foi du tiers ne porte pas atteinte au principe d'exclusivisme²⁴⁵⁰.

774- Des principes similaires trouvent à s'appliquer s'agissant des créances. Simplement, pour ces biens particuliers, c'est la signification qui tient lieu de mise en possession²⁴⁵¹. Selon la position traditionnelle, il importe peu que l'un des cessionnaires ait été mis en possession du titre de la créance, hormis l'hypothèse d'un titre au porteur. On estime que le conflit est réglé en fonction de l'ordre chronologique des publicités²⁴⁵² et que « la clef de partage entre cessionnaires successifs est l'*antériorité de la publicité effectuée* »²⁴⁵³. Nous avons vu, cependant, s'agissant des droits que constituent les créances, que la première fonction des formalités de signification, est de mettre le nouveau propriétaire de la créance en possession de cette créance, cette mise en

²⁴⁴⁸ Civ., 24 juin 1845, D.1845.309.

²⁴⁴⁹ M. LÉVIS, *op. cit.*, n° 267.

²⁴⁵⁰ M. LÉVIS, *op. cit.*, n° 268

²⁴⁵¹ Voir notamment sur le rapprochement entre l'article 1141 C.C. et l'art. 1690 C.C. : J. BOULANGER, *loc. cit.*, n° 3 : « Dans le cas de conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel, la préférence va à celui qui est en possession (art. 1141 C.civ.) [...]. Ainsi en va-t-il en matière de transfert de créances. Dans la mesure où l'on restitue aux formalités de l'article 1690 du Code civil leur caractère traditionnel de moyen d'ensaisinement au bénéfice du cessionnaire, il faut admettre que l'idée de publicité n'intervient pas pour départager deux acquéreurs successifs d'une même créance ».

²⁴⁵² E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 754, p. 463. Dans le même sens : C. LARROUMET, « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », J.C.P. éd. E., 1990.II.15877, n° 3.

²⁴⁵³ E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 756, p. 463.

possession ayant pour effet subséquent d'opérer une publicité vis-à-vis des tiers²⁴⁵⁴. Ainsi explicité, le mode de résolution des conflits entre cessionnaires successifs se rapproche étrangement du mode de résolution du conflit opposant deux acquéreurs successifs du même bien meuble corporel.

Dans la cession de droit commun, c'est la date d'accomplissement des formalités qui permet de régler le conflit entre cessionnaires successifs, que ce soit en droit français ou en droit québécois. C'est ainsi que « la préférence doit être donnée à celui des cessionnaires qui, le premier, a signifié sa cession au débiteur, et ceci même si sa cession est seconde en date »²⁴⁵⁵. Par ailleurs, en droit français, la cession Dailly étant opposable aux tiers à la date de la cession, c'est cette date qui est prise en compte pour trancher un conflit entre cessionnaires successifs.

a) Le conflit entre deux cessionnaires de droit commun

775- Quand une même créance a fait l'objet de plusieurs cessions, il importe de savoir quel cessionnaire doit primer²⁴⁵⁶, autrement dit, quel cessionnaire est le véritable propriétaire de la créance. Pour résoudre ce conflit, on prend en considération la chronologie des transmissions (*prior tempore, potior jure*). Mais, tout comme pour les biens meubles, le principe est tempéré par l'idée selon laquelle on ne peut opposer aux tiers un droit dont ils n'avaient pu avoir connaissance : c'est donc le premier à avoir acquis un droit opposable aux tiers qui doit l'emporter.

776- Dans le cas d'une cession de droit commun, pour mesurer l'opposabilité aux tiers de la cession, il faut prendre en compte la date de la mise en possession de l'acquéreur de la créance, cette mise en possession ayant une vertu publicitaire vis-à-vis des tiers. Dès lors, dans le conflit opposant deux cessionnaires de droit commun, c'est le premier qui a signifié la cession au débiteur, ou dont la cession a été la première acceptée (article 1690 du Code civil) qui doit primer²⁴⁵⁷.

²⁴⁵⁴ Voir *supra*, n° 459 et suiv.

²⁴⁵⁵ E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 754, p. 463.

²⁴⁵⁶ Sur ce conflit : E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 751, p. 462 : « La résolution du conflit entre cessionnaires successifs de la même créance est à la fois simple et complexe. La solution est liée à l'application de deux adages : *nemo dat quot non habet* et *prior tempore potior jure*. Nul ne donne ce qu'il n'a pas, ou ce qu'il n'a plus ; nul ne saurait céder à nouveau une créance qu'il a déjà cédée [...]. C'est donc le premier cessionnaire en date qui est investi de la créance ».

²⁴⁵⁷ F. ZENATI et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 108, p. 130 ; H. PAILLARD, thèse préc., n° 142, p. 123 : c'est seulement à compter de la signification prévue à l'article 1690 C.Civ. que la *créance cédée sort du patrimoine du cédant, et que les tiers ne peuvent plus se l'approprier* [...]. Dès lors, c'est celui qui aura signifié la cession en premier qui sera payé par préférence quelles que soient les dates des cessions ». Voir en ce sens : Req., 17 fév. 1896, D.P. 1896.I.129, où il a été jugé qu'une cession est opposable à compter de la signification, la créance sortant du patrimoine du cédant à cette date.

b) Le conflit entre deux cessionnaires Dailly

777- Par exception au droit commun, le législateur a créé, avec la cession Dailly, une fiction juridique permettant de *céder une créance de manière opposable sans signification*. Dans cette hypothèse, c'est donc la date de la cession qui permet de départager les cessionnaires.

Lorsqu'une même créance a fait l'objet de *deux cessions par bordereau Dailly*, il convient de comparer les dates portées sur ceux-ci afin de faire primer la première cession en date. Il en est ainsi, car la cession Dailly est opposable aux tiers à compter de la date figurant sur le bordereau, et que le titulaire du second bordereau n'a pas pu devenir propriétaire d'une créance qui était déjà sortie du patrimoine du cédant²⁴⁵⁸. La solution est la même, qu'il y ait eu ou non notification des cessions, en particulier de la seconde, la notification n'étant pas une condition d'opposabilité.

Ainsi, le premier cessionnaire peut revendiquer la propriété de sa créance contre le second cessionnaire.

c) Le conflit entre le banquier cessionnaire et le *factor*

778- Il s'agit ici du conflit opposant une banque cessionnaire et une entreprise d'affacturage. La chambre commerciale s'est prononcée sur l'issue d'un tel conflit dans un arrêt du 19 mai 1992²⁴⁵⁹, où la cession Dailly avait précédé la cession réalisée dans le cadre d'un contrat d'affacturage. Selon la Cour de cassation, la créance est sortie du patrimoine de la société cédant à la date portée sur le bordereau (art. 4), si bien que la société d'affacturage n'a pu être subrogée dans des droits qui avaient été aliénés auparavant de façon définitive : c'est l'application du principe *nemo plus juris*. Le *factor* fut donc condamné à restituer la somme à la banque, seule propriétaire légitime.

779- Ces différents conflits, même s'ils ne sont pas toujours dénommés « revendication », sont en réalité des revendications, dès lors que le revendiquant tend à être remis en possession en voyant constaté son droit de propriété.

Qu'en est-il lorsque la revendication du cessionnaire s'exerce contre un créancier saisissant ?

²⁴⁵⁸ Paris, 4 janvier 1990, D. 1990.Somm.com.233, obs. M. VASSEUR.

²⁴⁵⁹ Cass. Com. 19 mai 1992, *Rev. dr. banc.* 1992.235, obs. CRÉDOT et GÉRARD.

3. La revendication du cessionnaire contre le créancier saisissant

780- La loi du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, prévoit deux procédures de saisies : la saisie-attribution et la saisie conservatoire²⁴⁶⁰. La saisie-attribution est réglementée par les articles 42 et suivants de la loi précitée. Aux termes de l'article 42 de cette loi, tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, pour obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent. De plus, l'article 43 de la même loi ajoute que « l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie disponible entre les mains du tiers saisi ainsi que de tous ses accessoires ». Quant à la saisie-conservatoire des créances, l'article 76 de la loi de 1991 prévoit l'attribution immédiate de la créance saisie au créancier saisissant muni d'un titre exécutoire.

Le créancier saisissant peut se trouver en conflit avec un cessionnaire de droit commun (a) ou avec un cessionnaire Dailly (b).

a) Le conflit entre créancier saisissant et cessionnaire de droit commun

781- Le créancier saisissant ne peut pas saisir une créance dont le débiteur n'est plus propriétaire. C'est ce qui explique en partie les solutions du conflit entre le cessionnaire d'une créance et un créancier saisissant²⁴⁶¹. À ce principe, s'en ajoute un autre, selon lequel priorité est donnée à celui qui est entré en possession de la créance le premier, autrement dit, celui qui a le premier signifié son droit au débiteur.

Par la signification, le nouveau créancier est mis en possession de la créance. Dès lors, tout comme pour les meubles corporels, la signification est essentielle vis-à-vis des tiers. La signification entraîne l'opposabilité aux tiers, car il s'agit d'une mise en possession, laquelle a une vertu publicitaire corrélative. Dans le conflit qui oppose le cessionnaire d'une créance au créancier saisissant, il convient donc de comparer les

²⁴⁶⁰ Loi n° 91-650 du 9 juill. 1991 et D. n° 92-755 du 31 juill. 1992.

²⁴⁶¹ E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 786, p. 475 : « Le conflit entre un créancier cessionnaire d'une créance et un créancier saisissant dépend en principe de leurs dates respectives, le créancier saisissant ne pouvant pas saisir une créance qui a quitté le patrimoine du débiteur saisi ». Voir aussi M.-E. PANCRAZI-TIAN, « Les conflits sur créance », *loc. cit.*, p. 60 et 62 : si dans le cas d'un conflit entre un plusieurs droits dérivés, le principe est que c'est le droit le plus ancien qui l'emporte, en vertu de l'adage *prior tempore potior jure* -si bien que le premier cessionnaire d'une créance peut évincer un cessionnaire postérieur, ce principe est tempéré par la règle selon laquelle on ne peut transmettre plus de droit que l'on en a soi-même. Cela explique notamment que le cessionnaire peut se voir opposer la saisie opérée avant le transfert par les créanciers du cédant.

dates de signification²⁴⁶². Dans le cadre d'une saisie-attribution, il faut comparer la date de la notification de la saisie avec celle de la notification de la cession : le premier ayant notifié l'emportera. Dans le cadre d'une saisie conservatoire, si la créance n'est véritablement transférée qu'à la suite de l'obtention d'un titre exécutoire, le saisissant est toutefois protégé car on lui reconnaît un gage exclusif sur la créance. Il en résulte que, dans ce cas également, le premier à avoir accompli une notification sera préféré²⁴⁶³. En effet, la saisie-attribution est opposable à compter de la signification au tiers saisi, alors que la cession de créances l'est à compter de la signification au débiteur cédé²⁴⁶⁴.

b) Le conflit entre créancier saisissant et cessionnaire Dailly

782- Dans le conflit opposant le créancier saisissant au cessionnaire Dailly, nous avons vu que la loi a expressément prévu que la cession Dailly est dispensée des formalités de mise en possession. Dès lors, le conflit se règle en comparant la date de la cession Dailly à celle de la saisie-attribution ou de la saisie-conservatoire. «[S]i la cession Dailly est antérieure à la saisie-attribution ou à la saisie-conservatoire, le cessionnaire Dailly doit être préféré au créancier saisissant. Si la cession Dailly est postérieure à la saisie-attribution ou à la saisie-conservatoire, c'est le créancier saisissant qui devra, en principe, être préféré »²⁴⁶⁵.

La jurisprudence décide que le cessionnaire Dailly prime le créancier saisissant quand bien même la notification de la cession, qui est facultative, a lieu après la saisie²⁴⁶⁶. Ici encore, la propriété des créances explique parfaitement cette solution : la créance ne figurant plus dans le patrimoine du cédant lorsque la saisie eu lieu, c'est le cessionnaire Dailly qui l'emporte.

On peut noter ici que le *conflit entre plusieurs saisies-attributions* se résolvant au profit du premier saisissant (art. 43 al. 2 L. 9 juillet 1991 portant réforme des voies d'exécution)²⁴⁶⁷ n'est *pas une action en revendication*, puisqu'elle n'oppose pas le véritable propriétaire au possesseur de la créance.

²⁴⁶² H. PAILLARD, thèse préc., n° 87, p. 77.

²⁴⁶³ E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 787, p. 476.

²⁴⁶⁴ H. PAILLARD, thèse préc., n° 87, p. 77.

²⁴⁶⁵ E. CASHIN-RITAINE, thèse préc., n° 788, p. 476.

²⁴⁶⁶ Voir notamment : Com 13 fév. 1996, *Banque*.1996.569, p. 91.

²⁴⁶⁷ Art. 43 al. 2 L. 9 juillet 1991 préc.: « la signification ultérieure d'autres saisies ou de toute autre mesure de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés, ainsi que la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, ne remettent pas en cause cette attribution ».

4. Le conflit de propriété opposant le cessionnaire d'une créance au bénéficiaire d'une action directe

783- L'idée a été présentée, selon laquelle il faut distinguer l'hypothèse d'un conflit où les parties tiennent leur *droit d'un même auteur*, de celle où l'une des parties tient son droit de la loi, ce qui vise l'hypothèse de l'*action directe*²⁴⁶⁸. Les conflits mettant en cause le titulaire d'une action directe, s'expliquent notamment par le fait que cette action a pour but de « permettre au créancier de s'accaparer les sommes dues à son débiteur et de pouvoir en jouir exclusivement en évitant le concours d'autres créanciers »²⁴⁶⁹. Certains auteurs l'ont analysée comme établissant un véritable droit de préférence²⁴⁷⁰. S'agissant d'une faveur accordée à son titulaire, le principe doit être celui de la primauté de l'action directe²⁴⁷¹.

Si le conflit opposant le cessionnaire d'une créance au bénéficiaire d'une action directe peut se présenter dans le cadre d'une cession de créance de droit commun, il a pris une importance particulière dans le cas d'une cession Dailly.

a) Le conflit entre le sous-traitant bénéficiaire d'une action directe et le cessionnaire de droit commun

784- Un conflit peut exister entre le titulaire d'une action directe et le bénéficiaire d'une cession de créances consentie antérieurement. L'idée a été avancée en doctrine, selon laquelle la créance serait « congénitalement » grevée de l'action directe. Il a ainsi pu être considéré que « le transfert de créance est en quelque sorte grevé par l'action directe, perçue comme un accessoire (négatif) de la créance transmise, si bien que, même exercée par la suite, l'action directe doit conserver sa force et obliger le tiers débiteur à payer son titulaire »²⁴⁷².

La propriété des créances explique parfaitement les solutions en la matière : la créance du sous-traitant contre l'entrepreneur principal naît en quelque sorte directement dans le patrimoine de celui-ci, et peut être protégée efficacement contre les atteintes éventuelles des tiers. Cela se vérifie très bien dans la jurisprudence qui s'est prononcée sur le conflit entre un sous-traitant et un cessionnaire Dailly.

²⁴⁶⁸ M.-E. PANCRAZI-TIAN, « Les conflits sur créance », *loc. cit.*, p. 60.

²⁴⁶⁹ M.-E. PANCRAZI-TIAN, *loc. cit.*, p. 64.

²⁴⁷⁰ M. COZIAN, *L'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1969, n° 42 et suiv. ; C. JAMIN, *La notion d'action directe*, Paris, L.G.D.J. 1991, n° 365, p. 321.

²⁴⁷¹ M.-E. PANCRAZI-TIAN, *loc. cit.*, p. 64 et suiv.

²⁴⁷² R. JUAN, « Sous-traitante et cession de créance », note sous Cass. Com. 4 juill. 1989, *Cah. dr. ent.* 1989.8, p. 11.

b) Le conflit entre le sous-traitant bénéficiaire d'une action directe et le banquier cessionnaire Dailly

785- Il s'agit ici d'évoquer le conflit opposant le banquier cessionnaire Dailly au sous-traitant²⁴⁷³. L'hypothèse est la suivante : l'entrepreneur principal, qui recourt à un sous-traitant, transmet, postérieurement à la conclusion du contrat de sous-traitance²⁴⁷⁴, sa créance contre le maître de l'ouvrage par la voie d'un bordereau Dailly. Il faut rappeler ici que la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance a protégé le sous-traitant contre l'insolvabilité de l'entrepreneur principal. L'article 12 de cette loi confère au sous-traitant une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après avoir été mis en demeure ; cette action directe subsiste dans l'hypothèse où l'entrepreneur principal est mis en redressement ou liquidation judiciaire.

La question qui se pose alors est la suivante : l'entrepreneur principal a une créance contre un maître de l'ouvrage ; il cède sa créance à une banque par voie de bordereau Dailly, alors que dans cette créance, figure la créance du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage. Si l'entreprise principale fait l'objet d'une procédure collective, le sous-traitant, bénéficiaire d'une action directe contre le maître de l'ouvrage pour le recouvrement de sa créance, s'oppose au banquier cessionnaire, possesseur de la créance. Le sous-traitant peut-il revendiquer sa créance entre les mains du banquier cessionnaire ?

786- Dans un premier temps, la Cour de cassation, partant de l'idée que la cession Dailly devient parfaite et opposable à tous à la date portée sur le bordereau, avait décidé que la cession intervenant avant l'exercice de l'action directe, primait sur l'action du sous-traitant, le maître de l'ouvrage ne pouvant être tenu qu'à concurrence de ce qu'il doit encore au moment de l'exercice de cette action²⁴⁷⁵.

Puis, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence par un arrêt du 22 novembre 1988²⁴⁷⁶ : peu importe la date du bordereau et celle de l'exercice de l'action directe : le cessionnaire Dailly ne peut opposer au sous-traitant aucun droit sur la partie des sommes dues par le maître de l'ouvrage. Autrement dit, c'est le sous-

²⁴⁷³ Voir à ce propos : H. SYNVET, « Nouvelles variations sur le conflit opposant banquiers et sous-traitants », J.C.P. 1990.II.3425.

²⁴⁷⁴ Les avis sont divergents quant au sort de la cession Dailly intervenue avant la conclusion du contrat de sous-traitance; Com. 26 avril 1996, *Rev. trim. dr. com.* 1994.761 : la date du contrat de sous-traitance est indifférente, si bien que le sous-traitant doit primer, que ledit contrat soit antérieur ou postérieur à la cession Dailly.

²⁴⁷⁵ Com. 28 octobre 1986, *Rev. trim. dr. com.* 1989.89, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

²⁴⁷⁶ Com., 22 novembre 1988, D. 1989.215, obs. A. BÉNABENT.

traitant qui doit l'emporter. Cette solution se fonde sur les dispositions de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975²⁴⁷⁷, aux termes duquel : « *l'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage, qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement* ». Cette règle interdit donc la mobilisation de la créance portant sur les travaux sous-traités. Une exception existe cependant : l'entrepreneur peut céder ou nantir le montant total de sa créance sur le maître de l'ouvrage s'il a obtenu préalablement et par écrit le cautionnement personnel et solidaire d'un établissement agréé (article 13-1 alinéas 2 et 14 de la loi de 1975). En l'absence d'un tel cautionnement, la cession par l'entrepreneur principal de créances correspondant à des travaux qu'il a sous-traités est inopposable au sous-traitant, peu important qu'une telle cession et le paiement effectué pour en assurer l'exécution soient intervenus antérieurement à l'exercice de l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage²⁴⁷⁸.

La solution donnée par cet arrêt a été par la suite réaffirmée par la Cour de cassation²⁴⁷⁹.

787- Ainsi, la loi comme la jurisprudence décident que, par l'action directe, le sous-traitant peut avec succès protéger sa créance contre l'entrepreneur principal, ce dernier ne pouvant céder à un tiers que la partie de la créance dont il est propriétaire, au titre des travaux qu'il exécute personnellement. Ainsi, cela veut dire que l'entrepreneur principal ne peut valablement céder la partie de sa créance contre le maître de l'ouvrage, qui correspond à ce dont il est lui-même débiteur vis-à-vis du sous-traitant. La créance du sous-traitant contre l'entrepreneur principal naît en quelque sorte directement dans le patrimoine de celui-ci, et peut être protégée efficacement contre les atteintes éventuelles des tiers. Si le sous-traitant n'est pas en possession de sa créance, par son action directe -qui peut être analysée comme une action en revendication- il vise à être payé, mais également à être reconnu propriétaire de sa créance.

Les hypothèses dans lesquelles le propriétaire d'une créance peut intenter l'action en revendication ne manquent pas non plus en droit québécois.

²⁴⁷⁷ Loi du 31 déc. 1975, n° 75-1334, relative à la sous-traitance.

²⁴⁷⁸ Com., 16 mai 1995, *Rev. trim. dr. civ.* 1995.937, obs. P. CROCQ.

²⁴⁷⁹ Notamment : Com. 20 juin 1989, D. 1990.Somm.com.236, obs. M. VASSEUR.

B. Les cas de revendication des créances en droit québécois

788- En droit québécois, le législateur n'a pas non plus hésité à reconnaître la revendication des créances, comme c'est le cas dans l'hypothèse de la revendication du propriétaire d'un meuble perdu ou oublié sur le prix de revente du bien. En marge de cette reconnaissance légale, on peut identifier plusieurs autres hypothèses de conflit qui s'analysent comme de véritables revendications de créances.

1. La revendication du propriétaire d'un meuble perdu ou oublié sur le prix de revente du bien

789- L'article 946 du Code civil du Québec reconnaît au *propriétaire* d'un bien perdu ou oublié le droit de *revendiquer* soit le bien, soit le prix qui lui a été substitué. Le second alinéa de cet article précise que si le bien a été aliéné, le droit de revendication du propriétaire s'exerce sur « le prix de la vente »²⁴⁸⁰. L'achat de bonne foi du bien perdu ou oublié, dans le cours des activités d'une entreprise, ne fait pas obstacle à la revendication du véritable propriétaire²⁴⁸¹. Dans ce cas, le propriétaire doit toutefois rembourser à l'acheteur de bonne foi le prix qu'il a payé (art. 1714 al. 2 C.c.Q.).

À travers l'alinéa 2 de l'article 946 du Code civil, le législateur a clairement consacré un cas de subrogation réelle, le droit de revendication étant reporté du bien vers le prix qui l'a remplacé²⁴⁸². Les *Commentaires du Ministre de la Justice* sont en ce sens, lorsqu'ils affirment que cet article « consacre le *droit du propriétaire d'un bien perdu ou oublié de revendiquer soit le bien*, sous réserve de l'application des règles de la prescription, soit, en cas d'aliénation, le prix qui lui a été substitué »²⁴⁸³. L'hypothèse de

²⁴⁸⁰ Art. 946 C.c.Q. : « Le propriétaire d'un bien perdu ou oublié peut, tant que son droit de propriété n'est pas prescrit, le revendiquer en offrant de payer les frais d'administration du bien et, le cas échéant, la valeur du travail effectué. Le détenteur du bien a le droit de le retenir jusqu'au paiement.

Si le bien a été aliéné, le droit du propriétaire ne s'exerce, malgré l'article 1714, que sur ce qui reste du prix de la vente, déduction faite des frais d'administration et d'aliénation du bien et de la valeur du travail effectué ».

Comparez avec le droit français, où, les meubles perdus ou volés peuvent être revendiqués contre le possesseur de bonne foi dans un délai de trois ans (art. 2279 al. 2 C.C.). Voir aussi l'art. 2280 C.C.f., qui prévoit que le défendeur de bonne foi qui a acquis *a non domino* peut subordonner la restitution du bien perdu ou volé au remboursement de son prix d'achat.

²⁴⁸¹ P.-C. LAFOND, *op. cit.*, p. 1069.

²⁴⁸² Voir notamment J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations, op. cit.*, n° 333, p. 594, qui définissent la subrogation réelle comme « le remplacement d'une chose par une autre ».

²⁴⁸³ *Commentaires du Ministre de la Justice, op. cit.*, sous l'art. 946 C.c.Q. : « Cet article nouveau et d'application générale consacre le *droit du propriétaire d'un bien perdu ou oublié de revendiquer soit le bien*, sous réserve de l'application des règles de la prescription, soit, en cas d'aliénation, le prix qui lui a été substitué. Il consacre, par ailleurs, le droit pour le détenteur du bien de retenir celui-ci jusqu'au paiement des frais d'administration et, le cas échéant, du travail effectué. Enfin, il précise, au second

la subrogation est également confirmée par la présence de l'article 941 du C.c.Q., qui prévoit que le tiers possesseur peut « prescrire soit le bien, soit le prix qui lui est subrogé »²⁴⁸⁴. Les auteurs s'entendent pour considérer que le délai de prescription est le délai de droit commun, soit dix ans, sauf lorsque le tiers est de bonne foi, auquel cas le délai est réduit à trois ans²⁴⁸⁵.

Par cette disposition, le législateur a donc consacré la possibilité pour le vendeur de revendiquer sa créance sur le prix de revente de son bien. On pourrait nous opposer, ici encore, qu'il ne s'agit pas d'une véritable action en revendication. Toutefois, les mêmes arguments que ceux déjà présentés en droit français à propos de la revendication du vendeur de meubles sous réserve de propriété, peuvent être avancés dans le sens de la revendication de la créance, le législateur ayant prévu, dans les deux cas, une hypothèse de subrogation réelle.

790- Il convient de mentionner ici l'existence de dispositions spécifiques aux sommes d'argent lorsqu'elles sont considérées comme des biens oubliés. La *Loi sur le curateur public*²⁴⁸⁶ considère comme un bien non réclamé le dépôt d'argent qui n'a fait l'objet, de la part du propriétaire ou d'un autre ayant droit, « d'aucune *réclamation*, opération ou instruction quant à leur utilisation dans les trois ans qui suivent la date de l'exigibilité des sommes déposées » (art. 24.1 de la loi)²⁴⁸⁷. Dans ce cas, l'administration des sommes est confiée au curateur public qui en a la simple administration²⁴⁸⁸. Le législateur reconnaît la possibilité pour le propriétaire de réclamer la somme d'argent contre le détenteur²⁴⁸⁹. Il ne s'agit pas ici d'une revendication, puisque le curateur n'est pas un possesseur mais un détenteur précaire, qui n'a aucune intention de posséder à titre de propriétaire. Cela explique sans doute que le législateur ait préféré parler de réclamation des sommes, plutôt que de revendication. À supposer même que l'on y voit

alinéa, que le droit de revendication du prix de vente s'exerce, déduction faite des frais d'administration et d'aliénation du bien et de la valeur du travail effectué. Cet article s'inspire des dispositions traitant des effets non réclamés, que l'on retrouve dans les diverses lois sur les communautés urbaines »

²⁴⁸⁴ *Boivin c. Québec* (Procureur général), [2000] R.J.Q. 687, 692 (C.A.).

²⁴⁸⁵ D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, n° 18, p. 13 ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, *op. cit.*, p. 68.

²⁴⁸⁶ Voir les articles 24.1 et 40(2), 41 et 41.1 de la *Loi sur le curateur public* (L.R.Q. c, C-81).

²⁴⁸⁷ Les sommes d'argent visées par la loi sont de différents types : « il s'agit notamment de dépôts d'argent dans des institutions financières, de sommes payables en cas de remboursement ou de rachat de valeurs, de fonds, de titres ou d'autres biens confiés à un conseiller ou à un courtier ou détenus par un fidéicommiss et de revenus générés par des capitaux » : S. NORMAND, *op. cit.*, p. 70 ; art. 24.1 de la *Loi sur le curateur public* (L.R.Q. c, C-81).

²⁴⁸⁸ Art. 30 de la *Loi sur le curateur public* (L.R.Q. c, C-81).

²⁴⁸⁹ En effet, l'administration de ces sommes est confiée au curateur public qui en a la simple administration.

une revendication, il ne s'agirait pas d'une revendication de créances, la réclamation ayant ici pour objet des sommes d'argent²⁴⁹⁰.

2. Le conflit de propriété entre cessionnaires successifs d'une même créance

791- Ce conflit a plusieurs variantes en droit québécois, qui ne sont pas les mêmes qu'en droit français.

a) Le conflit entre deux cessionnaires de droit commun

792- Comme en droit français, afin de mesurer l'opposabilité aux tiers de la *cession de créances de droit commun*, il faut prendre en compte la date de la mise en possession de l'acquéreur de la créance, cette mise en possession ayant une vertu publicitaire vis-à-vis des tiers. Ainsi, en cas de cession de la même créance à plusieurs personnes, c'est celui qui a accompli en premier les formalités de l'article 1641 C.c.Q. qui l'emporte²⁴⁹¹.

Aux termes de l'article 1641 du Code civil, la cession devient opposable au débiteur cédé et aux tiers dès que le débiteur acquiesce²⁴⁹² ou qu'il reçoit « une copie ou un extrait pertinent de l'acte de cession ou, encore, une autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant ». Les *Commentaires du Ministre de la Justice* ont précisé qu'« une simple mention sur un état de compte, pourvu qu'elle soit claire, une lettre adressée au débiteur cédé en même temps que la facture » sont désormais suffisantes pour rendre la cession opposable aux tiers²⁴⁹³. La simple connaissance de la cession demeure toutefois insuffisante²⁴⁹⁴.

Il faut noter ici que, tant que les formalités n'ont pas été accomplies, le débiteur peut ignorer la cession et se libérer valablement en payant le cédant²⁴⁹⁵. Par ailleurs, le paiement fait de bonne foi par le débiteur à un créancier apparent est opposable au

²⁴⁹⁰ Voir *supra*, n° 732.

²⁴⁹¹ V. KARIM, *Les obligations*, vol. 2, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 664 ; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 899, p. 725 : « Si le cédant cède la même créance à plusieurs personnes, seul le premier cessionnaire qui a accompli les formalités prescrites par la loi a droit à celle-ci. Les autres ont cependant un recours contre le cédant vu la garantie prévue à l'article 1639 C.c. ». Voir notamment sur ce conflit : *Caisse populaire Ste-Madeleine Sophie c. Caisse populaire Ste-Cécile de Montréal*, [1980] C.A. 502.

²⁴⁹² L'acquiescement à la cession par le débiteur ne requiert aucune formalité et peut être verbal ou tacite : *Banque Nationale du Canada c. Tardif*, [1998] R.J.Q. 1268 (C.S.).

²⁴⁹³ *Commentaires du Ministre*, *op. cit.*, art. 1641 C.c.Q. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires détaillés sur les dispositions du Projet de loi 125, 1^{ère} ébauche*, 1991, p. 368.

²⁴⁹⁴ *Banque Nationale du Canada c. Tardif*, [1998] R.J.Q. 1268 (C.S.).

²⁴⁹⁵ *Banque Nationale du Canada c. Amos Aviation Ltée*, [1985] C.P. 111.

cessionnaire en dépit de l'accomplissement des formalités prévues par la loi (art. 1643 C.c.Q., qui reprend la règle générale posée à l'art. 1559 C.c.Q.²⁴⁹⁶).

793- La question se pose de l'incidence de la bonne foi du cessionnaire sur ce conflit. Aux termes de l'article 1454 C.c.Q., « Si une partie transfère successivement, à des acquéreurs différents, un même droit réel portant sur un même bien meuble, l'acquéreur de bonne foi qui est mis en possession du bien en premier est titulaire du droit réel »²⁴⁹⁷. Dans cet article, qui constitue le pendant de l'article 1141 du Code civil français, le Code civil du Québec règle le cas du conflit entre acquéreurs successifs d'un même droit réel portant sur un meuble. Dans les deux droits, il est prévu que c'est celui qui a été mis en possession qui l'emporte, sous réserve de la bonne foi de l'acquéreur.

Selon certains auteurs, l'article 1454 C.c.Q. a vocation à s'appliquer à une cession de créances²⁴⁹⁸. Il est vrai que l'article 1454 C.c.Q. ne distingue pas selon que le meuble est corporel ou incorporel. Ainsi pourrait-on soutenir que le premier des acquéreurs qui est mis en possession est propriétaire de la créance, à condition qu'il soit de bonne foi. Nous avons vu qu'en matière de créances, la mise en possession se réalise par le biais des formalités de l'article 1641 du Code civil du Québec, soit par l'acquiescement à la cession par le débiteur, ou de la réception par ce débiteur d'une copie ou d'un extrait pertinent de l'acte de cession, ou de toute autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant. On pourrait donc admettre que celui qui l'emportera dans ce cas est l'acquéreur de bonne foi qui, le premier, aura signifié au débiteur ou aura reçu son acquiescement²⁴⁹⁹.

Telle n'est toutefois pas la solution retenue par les tribunaux jusqu'à présent. En effet, la mauvaise foi en la matière doit s'entendre de la connaissance de la première vente. Or, la jurisprudence décide que la simple connaissance d'une cession par le débiteur ne la lui rend pas opposable²⁵⁰⁰. De plus, les tribunaux ne semblent pas faire référence à une telle condition de bonne foi²⁵⁰¹.

²⁴⁹⁶ Voir J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, op. cit., n° 898, p. 725.

²⁴⁹⁷ Cette disposition se trouve dans le livre V du Code civil du Québec, sous une disposition intitulée « Du transfert de droits réels », elle-même située dans un paragraphe traitant « Des effets particuliers à certains contrats ». En plus de souligner une fois de plus le flottement de la distinction des droits réels et des droits personnels, cette disposition tend à montrer que l'acquisition du droit réel de propriété n'est pas sans lien avec les obligations.

²⁴⁹⁸ V. KARIM, *Les obligations*, vol. 2, op. cit., p. 664.

²⁴⁹⁹ En ce sens V. KARIM, *Les obligations*, vol. 2, op. cit., p. 664 : « le cessionnaire de la créance [...] qui accomplit à l'égard du débiteur cédé les formalités prévues à l'art. 1641 C.c.Q. sera préféré aux autres cessionnaires de la même créance [...], peu importe la date de la cession, à condition qu'il soit de bonne foi lors de son acquisition ».

²⁵⁰⁰ *Banque Nationale du Canada c. Tardif* [1998] R.J.Q. 1268 (C.S.).

²⁵⁰¹ Voir notamment : *Immobilière Natgen inc. c. 2897041 Canada inc.*, [1998] R.D.I. 545 (C.A.), où il a été jugé que lorsqu'une même créance a fait l'objet de cessions successives, le premier créancier qui a accompli l'une des formalités prévues à l'article 1641 C.c.Q. a priorité.

794- Lorsque la cession porte sur une *universalité de créances actuelles ou futures*, le principe est que l'opposabilité aux tiers résulte de l'inscription au *Registre des droits réels et personnels*²⁵⁰². S'agissant du débiteur cédé, cette inscription ne supprime toutefois pas la nécessité d'une mise en possession du nouveau cessionnaire, par le biais d'une information du débiteur, laquelle s'opère selon les formalités de l'article 1641 C.c.Q. (art. 1642 C.c.Q.)²⁵⁰³. Lorsque la même universalité de créances aura été cédée à plusieurs personnes, c'est donc le premier cessionnaire qui aura inscrit son droit au Registre qui l'emportera²⁵⁰⁴. Cette règle d'information renforcée des tiers à la cession s'explique en raison de l'importance des conséquences d'une telle cession et des risques de fraude qui y sont associés²⁵⁰⁵. Dans ce cas, il ne fait aucun doute que la mauvaise foi du cessionnaire est indifférente, l'article 2963 C.c.Q.²⁵⁰⁶ ayant pour effet de valider la cession de créance publiée, le cessionnaire qui a publié l'emportant sur celui qui n'a pas publié ou qui a publié postérieurement²⁵⁰⁷.

b) Le conflit entre deux cessions de créances hypothécaires

795- Quant aux cessions de créances hypothécaires, ou à titre de garantie, on admet désormais que les dispositions relatives à l'hypothèque sur créance (art. 2710 à 2713 C.c.Q.) leur sont applicables²⁵⁰⁸. Lorsque la créance qui fait l'objet de cessions successives est garantie par une hypothèque immobilière, la cession doit être publiée au bureau de la publicité des droits où l'hypothèque immobilière a été publiée (art. 3003 C.c.Q.)²⁵⁰⁹. À défaut, le cessionnaire postérieur en date qui s'y sera conformé l'emportera.

²⁵⁰² J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, *op. cit.*, n° 503, p. 839.

²⁵⁰³ L'article 1642 C.c.Q. prévoit que la cession « est opposable aux débiteurs et aux tiers par l'inscription de la cession au registre des droits personnels et réels mobiliers, pourvu cependant, quant aux débiteurs qui n'ont pas acquiescé à la cession, que les autres formalités prévues pour leur rendre la cession opposable aient été accomplies ». J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, *op. cit.*, n° 503, p. 839 : « Le législateur a voulu ici éviter, comme c'était le cas dans le droit d'hier, que la cession de créance soit opposable aux débiteurs cédés, alors que leur connaissance pouvait n'être que supposée, voire fictive ».

²⁵⁰⁴ V. KARIM, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 664.

²⁵⁰⁵ V. KARIM, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 653.

²⁵⁰⁶ Aux termes de cet article, « L'avis donné ou la connaissance acquise d'un droit non publié ne supplée jamais le défaut de publicité ».

²⁵⁰⁷ V. KARIM, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 665.

²⁵⁰⁸ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, *op. cit.*, n° 505, p. 842 et 843. Il est notamment prévu que l'opposabilité aux débiteurs de l'hypothèque se fait dans les mêmes conditions que pour la cession de créance (art. 2710 C.c.Q.). L'hypothèque qui grève une universalité de créances doit en outre être inscrite au registre approprié (art. 2711 C.c.Q.).

²⁵⁰⁹ V. KARIM, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 664.

c) Le conflit entre deux cessionnaires d'une créance constatée dans un titre au porteur

796- Lorsque la créance est constatée dans un titre au porteur, les formalités de l'art. 1641 C.c.Q. ne sont pas applicables et son transfert s'effectue par simple tradition du titre²⁵¹⁰. Comme on l'a justement observé, « Une exception importante au formalisme de la cession existe, lorsque la créance est constatée dans un titre au porteur. Celle-ci peut alors être cédée par seule délivrance du titre, puisqu'elle comporte en soi l'acquiescement du débiteur à son transport »²⁵¹¹.

En cas de conflit, le débiteur doit payer au porteur du titre, sauf si un jugement lui ordonnant de ne pas payer lui a été signifié, ou sauf cas de nullité ou de vice du titre (art. 1648 C.c.Q.).

Lorsque la même créance constatée dans un titre au porteur a été transférée successivement à plusieurs cessionnaires, le transfert s'opérant par tradition réelle, c'est le dernier porteur en date qui l'emporte, étant en possession du titre de créance.

Par ailleurs, le cessionnaire peut encore revendiquer sa créance contre le créancier saisissant.

3. La revendication du cessionnaire contre le créancier saisissant

797- Comme le précisent les professeurs Ferland et Emery, « La saisie-arrêt est une mesure d'exécution forcée sur action personnelle prévue au deuxième alinéa de l'article 569 qui stipule que le créancier *peut, dans tous les cas, faire saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les sommes et effets dus ou appartenant à son débiteur*. Elle constitue une forme particulière de l'action oblique qui permet au créancier, en vertu de l'article 1627 du Code civil du Québec, d'exercer les droits et actions du débiteur. Le créancier dispose donc d'un recours pratique à caractère subrogatoire qui met la créance

²⁵¹⁰ Art. 1647 C.c.Q. : « Il est de l'essence de toute créance constatée dans un titre au porteur émis par un débiteur, qu'elle puisse être cédée par la simple tradition, d'un porteur à un autre, du titre qui la constate ».

²⁵¹¹ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations, op. cit.*, n° 897, p. 724. Dans le même sens, le professeur Karim observe que « L'avantage d'utiliser un titre au porteur constatant une cession de créance est d'éviter les formalités d'opposabilité prévues par la loi. Le débiteur est forcément au courant de la cession éventuelle de sa créance, puisqu'il est lui-même à l'origine de l'émission du titre au porteur, acquiesçant ainsi d'avance à la cession future de sa créance. Le cessionnaire en possession du titre au porteur n'a alors qu'à le lui présenter afin de se faire payer le montant de la créance cédée » : V. KARIM, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 667 et 668. Voir aussi J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations, op. cit.*, n° 505, p. 842 : « Une telle créance peut être cédée par simple tradition, d'un porteur à un autre, du titre qui la constate (art. 1647 C.c.Q.), sans autres formalités de publicité ».

du débiteur sous la main de la justice en vue de la lui transférer »²⁵¹². Tout comme la saisie-exécution des biens meubles, la saisie-arrêt est une mesure d'exécution forcée en matière mobilière, la principale différence étant que la première concerne uniquement le créancier et le débiteur, alors que la seconde est une opération à trois personnes et fait intervenir également le tiers saisi²⁵¹³. Le débiteur peut être soit un créancier du tiers saisi, soit le propriétaire d'un bien meuble que le tiers saisi détient. Dès lors, « Le créancier bénéficiaire d'un jugement exécutoire peut donc faire saisir-arrêter à son profit ce que le tiers-saisi doit au débiteur ou le bien meuble qu'il détient »²⁵¹⁴.

798- Tout comme en droit français, le conflit entre le cessionnaire d'une créance et le créancier saisissant se résout en tenant compte des dates de signification²⁵¹⁵. Il est admis que le cessionnaire qui signifie la cession au débiteur avant que les créanciers du cédant ne pratiquent une saisie-arrêt, l'emporte dans le conflit qui l'oppose à ces derniers²⁵¹⁶. Inversement, les créanciers du cédant qui auront signifié une saisie-arrêt avant la signification de la cession l'emporteront²⁵¹⁷.

Dans le cas où le créancier saisissant s'opposerait à un cessionnaire ayant acquis sa créance par la voie d'un titre au porteur, ce dernier étant dispensé des formalités de mise en possession prévues en droit commun, le conflit se règle en comparant la date de la saisie avec celle de la présentation pour paiement du titre au porteur.

799- Le droit québécois reconnaît également expressément au vendeur impayé le droit de revendiquer son bien contre le créancier saisissant²⁵¹⁸. Un conflit peut surgir entre le vendeur impayé qui exerce son droit de résolution et revendique son bien, et le créancier de l'acquéreur qui tente de saisir le bien en question. Le principe en la matière est que le vendeur impayé l'emporte²⁵¹⁹. En effet, l'article 1741 al. 2 du Code civil

²⁵¹² D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., vol. 2, *op. cit.*, p. 263.

²⁵¹³ *Ibid.*

²⁵¹⁴ *op. cit.*, p. 199.

²⁵¹⁵ Sur la saisie-arrêt : voir l'article 638 du Code de procédure civile.

²⁵¹⁶ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 900, p. 725 et 726. Voir aussi : *Banque royale du Canada c. Procureur général du Québec*, [1976] C.S. 634.

²⁵¹⁷ Voir notamment *Société immobilière Marathon Ltée c. Legris*, J.E. 96-219 (C.S.) ; *Banque fédérale de développement c. C.F.M.G. Inc.*, J.E. 79-564 (C.S.).

²⁵¹⁸ Aux termes de l'article 1741 al. 1 C.c.Q. : « Lorsque la vente d'un bien meuble a été faite sans terme, le vendeur peut, dans les trente jours de la délivrance, considérer la vente comme résolue et revendiquer le bien, si l'acheteur alors qu'il est en demeure, fait défaut de payer le prix et si le meuble est encore entier et dans le même état, sans être passé entre les mains d'un tiers qui en a payé le prix ou d'un créancier hypothécaire qui a obtenu le délaissement du bien ».

²⁵¹⁹ L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 247, p. 95 : « Il suffit pour le vendeur de considérer la vente comme résolue. Le bien vendu redevient à nouveau la propriété du vendeur, que ce dernier peut revendiquer par voie de saisie avant jugement. Le bien vendu que l'acquéreur avait acheté quitte alors son patrimoine et échappe aux

prévoit que « *La saisie par un tiers*, alors que l'acheteur est en demeure de payer le prix et que le bien est dans les conditions prescrites pour la résolution, *ne fait pas obstacle au droit du vendeur* ». Il s'agit bien ici d'une hypothèse de revendication par le véritable propriétaire, de son bien entre les mains d'un possesseur qui, l'ayant acquis, s'en prétend propriétaire.

800- La question se pose de savoir si l'article 1741 C.c.Q. est applicable aux cessions de créances. À notre connaissance, aucun jugement ne s'est prononcé expressément sur la question à ce jour, depuis l'entrée en vigueur du nouveau code. On peut noter toutefois qu'en France, il a été jugé que le cédant d'une créance qui obtient résolution de la cession pour défaut de paiement du prix peut revendiquer cette créance entre les mains d'un tiers²⁵²⁰.

Au Québec, la possibilité d'appliquer l'article 1741 C.c.Q. aux créances paraît légitime, dès lors que la cession de créances à titre onéreux peut s'analyser en une vente²⁵²¹. Le principal questionnement concerne la condition posée par cet article, selon laquelle le meuble doit être en entier et dans le même état. S'agissant de créances, cette condition devrait pouvoir s'interpréter comme faisant référence à l'absence de cession partielle de créance²⁵²².

801- Par exception, le créancier hypothécaire l'emporte contre le vendeur impayé qui exerce son droit de revendication, lorsqu'il a déjà obtenu le délaissement, c'est-à-dire l'abandon de la possession²⁵²³. À la suite d'une controverse jurisprudentielle, la loi a tranché le conflit en faveur du possesseur : « la résolution de la vente mobilière faute de paiement du prix ne peut plus avoir lieu si un créancier hypothécaire de l'acquéreur a pris possession du bien meuble dans l'exercice de ses droits »²⁵²⁴.

La doctrine s'interroge pour savoir si cette exception s'applique lorsque le vendeur s'oppose à une banque qui a pris possession en vertu d'une garantie bancaire résultant de l'art. 427 de la *Loi sur les banques*. Dans ce cas, il est admis que la banque a un droit de propriété *sui generis*. Les auteurs se demandent notamment si l'article

créanciers de ce dernier : l'article 1741 précise que la saisie par un créancier de l'acquéreur ne peut faire échec aux droits de résolution du vendeur ».

²⁵²⁰ Grenoble, 15 avril 1845, D. 1846.2.208.

²⁵²¹ Voir *infra* n° 450 et suiv. et notamment D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, n° 443, p. 239 : « La cession de créance à titre onéreux constitue une vente de biens incorporels (1708 C.c.Q.) ».

²⁵²² Voir notamment sur la cession partielle de créance : V. KARIM, *op. cit.*, p. 663.

²⁵²³ Art. 1741 al. 1 C.c.Q.

²⁵²⁴ L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 250, p. 97.

1741 C.c.Q., qui vise le « créancier hypothécaire », doit ou non s'appliquer à la banque. La plupart se prononcent par la négative et considèrent que le vendeur revendiquant prime sur le titulaire d'une garantie résultant de la *Loi sur les banques*²⁵²⁵, en insistant principalement sur les efforts jurisprudentiels pour distinguer le droit conféré à la banque des sûretés traditionnelles. Même si cet argument semble s'appuyer sur une lecture stricte de cet article qui vise le créancier hypothécaire plutôt que le titulaire d'une sûreté, il nous semble toutefois que le droit de propriété conféré à la banque devrait prévaloir, la propriété étant généralement considérée comme l'une des sûretés les plus efficaces.

4. La revendication contre le possesseur ayant acquis a non domino

802- Contrairement au droit français, le droit québécois reconnaît au propriétaire le droit de revendiquer, contre un possesseur ayant acquis son bien d'un non-propriétaire. Dans le cas où un bien a été vendu par un non-propriétaire ou par une personne sans pouvoir pour le vendre (art. 1713 C.c.Q.), le législateur a prévu que « *Le véritable propriétaire peut demander la nullité de la vente et revendiquer contre l'acheteur le bien vendu, à moins que la vente n'ait eu lieu sous l'autorité de la justice ou que l'acheteur ne puisse opposer une prescription acquisitive* » (art. 1714 al. 1 C.c.Q.). Le principe en droit québécois est donc que le propriétaire l'emporte sur l'acquéreur même de bonne foi, qui a acquis d'un non-propriétaire, pourvu cependant que ce dernier n'ait pas prescrit.

À partir du moment où la cession de créances peut être qualifiée de vente²⁵²⁶ et que le législateur n'a pas précisé que cet article vise uniquement les biens corporels, on peut penser que cette disposition a vocation à s'appliquer aux créances - les biens étant corporels et incorporels (art. 899 C.c.Q.). La possibilité d'inclure la vente des créances dans les dispositions régissant la vente du bien d'autrui, sujette à revendication, résulte clairement de la comparaison avec l'ancien article 2268 du Code civil du Bas-Canada, dont la formulation était plus restrictive puisqu'elle faisait référence aux seuls « meubles corporels »²⁵²⁷. Contrairement à l'article du Code civil du Bas Canada dont il

²⁵²⁵ L. PAYETTE, *op. cit.*, n° 250, p. 98 : « On peut [...] penser que la jurisprudence actuelle (*Banque Nationale du Canada c. William Neilson Ltd.*, [1991] R.J.Q. 712 (C.A.)) qui permet la résolution de la vente mobilière même si une banque a pris possession du bien en vertu de sa garantie bancaire, continuera à s'appliquer ». Voir aussi sur ce conflit : P.-G. JOBIN, *La vente dans le Code civil du Québec, op. cit.*, p. 164 ; R.A. MACDONALD, « Security Under Section 178 of the Bank Act : A Civil Law Analysis », (1983) 43 *R. du B.* 1007 ; M. BOODMAN, « *The Continuing Saga of the Bank and the Unpaid Seller : Banque Nationale du Canada v. William Neilson Ltd.* », (1991) *R. du B.* 537.

²⁵²⁶ Voir *supra*.

²⁵²⁷ Voir en ce sens les *Commentaires du Ministre de la Justice, op. cit.*, art. 2919 C.c.Q. : « La disposition n'est pas limitée au meuble corporel. La possession juridique d'un meuble est possible que le

s'est inspiré, le nouvel article ne distingue plus entre les meubles corporels et incorporels²⁵²⁸.

Le cessionnaire devrait pouvoir revendiquer sa créance contre le possesseur de la créance qui a acquis *a non domino*.

803- L'exception constituée par l'absence de prescription acquisitive s'explique par la présence de l'article 2919 du même code, qui énonce que le possesseur de bonne foi d'un meuble en acquiert la propriété trois ans après la dépossession du propriétaire²⁵²⁹. Ainsi, tant que ce délai n'est pas expiré, le propriétaire peut revendiquer le meuble, à moins qu'il n'ait été acquis par une vente faite sous l'autorité de la justice²⁵³⁰. La revendication du véritable propriétaire doit donc avoir lieu dans le délai de trois ans pour les meubles, le délai étant de dix ans pour les immeubles. Simplement, le propriétaire revendiquant est tenu « *si le bien est un meuble qui a été vendu dans le cours des activités d'une entreprise, de rembourser à l'acheteur de bonne foi le prix*

meuble soit corporel ou incorporel ». Même sous l'ancien code, certains auteurs admettaient la possibilité d'une vente de meubles incorporels appartenant à autrui. Voir notamment : Y. CARON, « La vente et le nantissement de la chose mobilière d'autrui : deuxième partie », *Mcgill L.J.* 23 [1977] 380, p. 394 : « La référence expresse que fait l'article 2268 C.c. aux 'meubles corporels' emporter restriction des dispositions de cet article à ces seuls cas. Même si la vente de meubles incorporels appartenant à autrui est moins fréquente que celle des meubles corporels, la possibilité n'est pas pour autant exclue ».

²⁵²⁸ Comparer avec l'art. 2268 C.c.B.C. : « *La possession actuelle d'un meuble corporel à titre de propriétaire fait présumer le juste titre. C'est au réclamant à prouver, outre son droit, les vices de la possession et du titre du possesseur qui invoque la prescription ou qui en est dispensé d'après les dispositions du présent article.*

La prescription des meubles corporels a lieu par trois ans [à compter de la dépossession], en faveur du possesseur de bonne foi, [même si cette dépossession a eu lieu par vol].

Cette prescription n'est cependant pas nécessaire pour empêcher la revendication si la chose a été achetée de bonne foi dans une foire, marché, ou à une vente publique, ou d'un commerçant trafiquant en semblables matières, [ni en affaire de commerce en général]; sauf l'exception contenue au paragraphe qui suit.

Néanmoins la chose perdue ou volée peut être revendiquée tant que la prescription n'est pas acquise, quoiqu'elle ait été achetée de bonne foi dans les cas du paragraphe qui précède; mais dans ces cas la revendication ne peut avoir lieu qu'en remboursant à l'acheteur le prix qu'il a payé [...] ».

²⁵²⁹ Art. 2219 C.c.Q. : « *Le possesseur de bonne foi d'un meuble en acquiert la propriété par trois ans à compter de la dépossession du propriétaire.*

Tant que ce délai n'est pas expiré, le propriétaire peut revendiquer le meuble, à moins qu'il n'ait été acquis sous l'autorité de la justice ». Comparer avec l'art. 2268 C.c.B.C. : « *La possession actuelle d'un meuble corporel à titre de propriétaire fait présumer le juste titre. C'est au réclamant à prouver, outre son droit, les vices de la possession et du titre du possesseur qui invoque la prescription ou qui en est dispensé d'après les dispositions du présent article.*

La prescription des meubles corporels a lieu par trois ans [à compter de la dépossession], en faveur du possesseur de bonne foi, [même si cette dépossession a eu lieu par vol] [...] ».

²⁵³⁰ Voir les *Commentaires du Ministre de la Justice*, art. 1714.

qu'il a payé » (art. 1714 al. 2 C.c.Q.)²⁵³¹. S'agissant de la bonne foi, les tribunaux décident qu'elle se présume²⁵³².

5. Le conflit de propriété entre le cessionnaire d'une créance et le syndic

804- Le droit de la faillite étant de compétence fédérale²⁵³³, le droit canadien reconnaît ici un cas particulier de saisine propre à la *common law*, où le syndic de faillite, par l'effet du dessaisissement, devient *propriétaire* des biens du failli²⁵³⁴. Il existe dès lors des hypothèses, dans lesquelles une revendication des créances peut surgir en cas de faillite.

805- Lorsque le cédant est mis en faillite après avoir cédé des créances, un conflit apparaît souvent pour décider qui, du cessionnaire ou du syndic, est propriétaire des créances cédées. La faillite entraîne le dessaisissement du débiteur²⁵³⁵. Par voie de conséquence, le principe est que le syndic est saisi de tous les biens et droits appartenant au failli à la date de la faillite, ainsi que des biens acquis subséquemment, mais antérieurement à la libération du débiteur²⁵³⁶. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* respecte toutefois les contrats jugés valides par le droit provincial²⁵³⁷. En cas de faillite du cédant, le syndic est considéré comme un tiers à la cession de créances²⁵³⁸ et les formalités nécessaires pour rendre la cession opposable aux tiers s'appliquent donc au syndic. Il en résulte que le principe qui régit ce conflit est que la cession de créances est opposable au syndic si, en droit civil, elle est devenue opposable aux tiers avant la date de la faillite²⁵³⁹.

²⁵³¹ *Commentaires du Ministre de la Justice, op. cit.*, art. 1714 : « Le droit au remboursement est limité à l'acheteur de bonne foi, car il est normal que celui qui achète un bien, en sachant que le vendeur n'en est pas propriétaire, n'ait pas droit au remboursement, en cas de revendication du bien par le véritable propriétaire ».

²⁵³² *Boréal Assurances inc. c. Michaud*, J.E. 97-1310 (C.Q.).

²⁵³³ S'agissant d'un droit de compétence fédérale, nous ne ferons ici que l'évoquer, conformément à la tradition des ouvrages civilistes au Québec, qui n'évitent pas la question.

²⁵³⁴ D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, n° 653, p. 382 ; A. BOHÉMIER, *Faillite et insolvabilité*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 715.

²⁵³⁵ Art. 71(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3.

²⁵³⁶ A. BOHÉMIER, J. DESLAURIERS et H. MASSUE-MONAT, « Le dessaisissement, la gestion et la liquidation de l'actif par le syndic », dans *Collection de droit 2001-2002, École du Barreau du Québec*, vol. 9, *Droit des affaires, faillite et insolvabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 503, à la page 504.

²⁵³⁷ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3.

²⁵³⁸ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations, op. cit.*, n° 907, p. 729.

²⁵³⁹ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations, op. cit.*, n° 907, p. 729. Voir notamment sur ce conflit : *Pelletier et St-Amour Inc. (Syndic de)*, J.E. 95-987 (C.S.) ; *Marchand c. Beauregard*, J.E. 96-2251 (C.A.).

Ce type de conflit doit donc se résoudre en comparant la date de la faillite avec la date de l'accomplissement des formalités de l'article 1641 C.C.Q. Si la faillite est intervenue postérieurement à l'accomplissement des formalités de mise en possession de la créance, c'est le créancier revendiquant qui doit primer²⁵⁴⁰. La solution inverse s'impose en cas contraire.

806- Il faut noter que, lorsque la cession a porté sur une universalité de créances, c'est la date de l'inscription au *Registre des droits réels et personnels* qui importe. L'article 94 de la loi prévoit que la cession universelle de créances n'est opposable au syndic que pour les créances acquittées au jour de la faillite, sauf si l'inscription au Registre a été régulièrement faite avant la date de la faillite.

Enfin, lorsque la cession a été transmise par voie de titre au porteur, les formalités de l'article 1641 C.c.Q. n'ont plus lieu d'être, la cession étant opposable directement, par la seule transmission du titre. Dans ce cas, on comparera donc la date de la remise du titre avec la date de la mise en faillite.

807- Dans tous les cas, la validité de la cession de créances reste soumise aux règles relatives à la fraude, à la présomption de la période suspecte de l'article 95, ainsi qu'à la possibilité d'une action en inopposabilité²⁵⁴¹. Quant à la procédure à suivre, le créancier qui veut revendiquer un bien en possession du syndic le fait conformément à la procédure de l'article 81 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, qui est la seule procédure permise (art. 81 (5)).

808- Si la revendication des créances se manifeste sous des formes un peu différentes en droit québécois et droit français, on y retrouve néanmoins le même principe de résolution des conflits, à savoir le principe de priorité (*prior tempore, potior jure*). Si l'on considère traditionnellement que les créances ne sont opposables aux tiers qu'après leur signification, cela s'explique aisément, à partir du moment où l'on a identifié la vocation première de ces formalités, qui est d'être une mise en possession. Si en matière de meubles corporels, le premier à être mis en possession l'emporte dans un conflit de propriété, on retrouve le même principe s'agissant des créances.

Ce premier principe est tempéré dans son application par un autre principe, selon lequel on ne peut transmettre plus de droit qu'on en a soi-même (*nemo plus juris*). Cet

²⁵⁴⁰ Voir notamment : *Travelers Indemnity Co. c. McLeod*, [1981], C.A. 24, où il a été jugé qu'une cession de créance est opposable au syndic si elle est devenue opposable aux tiers avant la date de la faillite.

²⁵⁴¹ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, op. cit., n° 907, p. 729.

adage, qui est traditionnel dans les conflits classiques de propriété, trouve également à s'appliquer en matière de créances, dans les hypothèses où un ayant cause a acquis d'un non-proprétaire.

Voyons à présent comment se résolvent, en droit français, les conflits de propriété dans les effets de commerce.

§2. Le contentieux de la propriété des créances transmises par effets de commerce

809- Au Québec, les conflits relatifs aux effets de commerce n'étant pas fondés sur la technique de la propriété²⁵⁴², ils sont laissés en dehors du champ de cette étude. En droit français, il importe en revanche de rendre compte des conflits de propriété dans les effets de commerce. Après avoir précisé certains principes généraux (A), les hypothèses de conflits de propriété portant sur des créances pourront être identifiées (B).

A. Généralités

810- Concernant l'opposabilité de la transmission de la provision, il convient de rappeler que l'usage cambiaire fait que la lettre de change n'est pas soumise aux formalités de l'article 1690 du Code civil²⁵⁴³. En matière cambiaire, *le principe est que l'opposabilité du transfert résulte de l'information du tiré*. Ce principe doit toutefois être concilié avec les règles relatives à l'acquisition même de la provision²⁵⁴⁴. En effet, l'information du débiteur sera *sans effet, tant que le transfert de la provision n'a pas été réalisé*, ce qui est le cas lorsque le transfert de la provision a été différé.

1. L'opposabilité au tiré

811- Trois hypothèses peuvent être distinguées. En cas de *défense de payer* faite au tiré, l'information du tiré a lieu, en même temps que le transfert de la propriété de la provision. En revanche, lorsqu'une traite est *présentée pour acceptation*, cela a pour effet d'informer le tiré. Toutefois, le transfert de la propriété de la provision est

²⁵⁴² Voir *supra*.

²⁵⁴³ S. ADATTO, thèse préc., p. 35.

²⁵⁴⁴ Voir notamment C. GAVALDA et J. STOUFLET, *Droit du crédit, op. cit.*, t. 2, n° 87, p. 108 : « Le transfert est naturellement subordonné à la condition que la provision existe à la date de l'échéance entre les mains du tiré ».

subordonné à l'acceptation du tiré. Enfin, lorsque la traite est *présentée au paiement*, l'échéance de la lettre de change opère transfert de la provision. L'opposabilité du transfert au tiré est alors subordonnée à son information, l'échéance n'ayant pas, en elle-même, une vertu publicitaire.

2. *L'opposabilité aux ayants cause*

812- La question de l'opposabilité de la lettre de change aux ayants cause se pose dans l'hypothèse où des tiers peuvent être affectés par le changement de propriétaire de la créance, ce qui est le cas lorsqu'un tiers s'est lui-même porté acquéreur ou est susceptible de le faire. Comment résoudre le conflit d'opposabilité, lorsqu'une même lettre de change -ce qui implique l'identité de tiré et de la date de l'échéance - a été successivement cédée à deux personnes différentes ? On sait qu'en droit commun, lorsqu'un même bien meuble a été successivement cédé, c'est la personne qui entrée en possession la première qui est préférée, la possession ayant une vertu publicitaire, lui permettant d'assurer l'opposabilité de son acquisition. S'agissant d'une créance, qui est un bien occulte, la mise en possession de l'acquéreur se réalise par l'information du débiteur²⁵⁴⁵, laquelle a, par contrecoup, une vertu publicitaire.

Les mêmes principes trouvent à s'appliquer dans l'hypothèse d'une traite acceptée. Le tiré ayant été informé, le transfert de la provision sera opposable aux tiers dès l'entrée en possession par la remise du titre. En cas de conflit, comme cela est prévu à l'article 1141 du Code civil, celui qui aura été mis en possession l'emportera.

Que décider alors, lorsque la traite n'est pas acceptée ? Peu importe ici de savoir qui a reçu la traite en premier : l'emportera celui qui aura reçu l'acceptation du tiré (celle-ci permettant le transfert, qui dans le même temps, est devenu opposable par l'information du tiré), ou encore, pour les mêmes raisons, celui qui aura fait défense au tiré de payer entre les mains du tireur. Lorsqu'aucun ayant cause ne s'est manifesté avant l'échéance, celui qui sera le premier à présenter sa traite au paiement l'emportera, réalisant ainsi la publicité qui permet de rendre opposable le transfert dont il est bénéficiaire.

On notera enfin que, dans le cas d'un redressement judiciaire, l'opposabilité du transfert de la provision se pose dans les mêmes termes que s'il s'agissait des créanciers d'un tireur *in bonis*.

²⁵⁴⁵ Voir *supra*, n° 456 et suiv.

3. L'opposabilité aux créanciers

813- La question de l'opposabilité aux créanciers a un intérêt dans l'hypothèse où un créancier du tireur, ou de l'endosseur, voudrait ignorer le transfert de propriété de la provision, afin d'exercer une saisie sur elle, la provision étant partie intégrante de son droit de gage général. Si l'article 140 du Code de commerce interdit qu'il soit fait opposition au paiement de la lettre de change, l'interprétation qui en est faite par les tribunaux n'est pas claire. Les jugements omettent souvent d'y faire référence et se fondent alors uniquement sur le transfert de la provision. Ces réserves étant faites, les principes du droit commun conduisent à subordonner l'opposabilité aux créanciers du transfert de la provision, à l'information du tiré, ou à la connaissance que les créanciers ont pu en avoir. L'opposabilité pourra donc résulter de l'acceptation de la traite, de la défense de payer faite au tiré, ou encore de la présentation au paiement de la traite. Si la saisie-arrêt est pratiquée avant la publicité du transfert, l'acquisition de la provision par le porteur sera donc privée d'efficacité.

Si le débiteur est mis en redressement judiciaire avant que le transfert de la provision ait eu lieu, le jugement d'ouverture peut provoquer le transfert et sera en tant que tel opposable aux créanciers. Si le transfert est antérieur au jugement d'ouverture, on peut interdire au représentant des créanciers de contester l'opposabilité du transfert (interprétation large de 140 du Code de commerce). Il existe toutefois des cas où le créancier devient lui-même propriétaire de plein droit de la provision. Le sous-traitant d'un tireur qui exerce son action directe contre le tiré en sa qualité de maître de l'ouvrage devient titulaire de la créance de l'entreprise principale dès le moment où il notifie son droit. Le titulaire de l'action directe devrait donc pouvoir faire échec au droit du porteur, dans le cas où le tiré n'a pas été informé du transfert.

B. Principales hypothèses de conflits

814- Deux hypothèses de conflit retiendront ici notre attention. Il s'agit du conflit entre le banquier escompteur et le cessionnaire Dailly (1), et du conflit entre le banquier escompteur et le sous-traitant, bénéficiaire d'une action directe (2).

1. *Le conflit entre le cessionnaire Dailly et le banquier escompteur de la lettre de change*

815- En matière de lettres de change, c'est la date du transfert de la provision qu'il faut prendre en compte. Conformément aux principes exposés précédemment²⁵⁴⁶, dans l'hypothèse d'un *conflit entre une cession opérée par bordereau Dailly et une lettre de change non acceptée*, il faut comparer la date de l'échéance, qui rend exigible la dette du tiré, avec la date apposée sur le bordereau. Si la date du bordereau Dailly est antérieure à l'échéance, c'est le cessionnaire Dailly qui prime²⁵⁴⁷. Au contraire, c'est le banquier escompteur qui l'emportera si la date apposée sur le bordereau est postérieure à l'échéance.

Dans l'hypothèse d'un *conflit entre une lettre de change acceptée et une cession par bordereau*, il faut considérer la date de l'acceptation, qui réalise la tradition de la créance de provision et qui est donc créatrice de droit pour le banquier escompteur²⁵⁴⁸. Dès lors, c'est le banquier escompteur qui prime lorsque l'acceptation est antérieure à la date du bordereau ; la solution est inverse, lorsque l'acceptation est postérieure à la date du bordereau.

La question se pose néanmoins de savoir s'il est logique de se référer à la date de l'acceptation de la lettre de change, ce qui semble en contradiction avec l'affirmation légale d'après laquelle l'acquisition d'un droit exclusif a lieu dès l'émission de la lettre de change.

816- Lorsque la créance transmise au cessionnaire Dailly a donné lieu à l'émission d'une *lettre de change escomptée auprès d'un autre banquier*, des solutions similaires doivent être retenues en tenant compte de la date du transfert de la provision. Si la lettre de change n'est pas acceptée, le banquier escompteur n'acquiert, sauf exception, son droit qu'à l'échéance, qui rend exigible la dette du tiré. Si la date du bordereau Dailly est antérieure à cette échéance, c'est le cessionnaire Dailly qui doit primer²⁵⁴⁹. En revanche, si la date du bordereau lui est postérieure, c'est le banquier escompteur qui l'emporte. Si la lettre de change est acceptée, le banquier escompteur acquiert son droit à compter de la date de l'acceptation. Si l'acceptation est antérieure à

²⁵⁴⁶ Voir *supra*.

²⁵⁴⁷ Paris, 2 juin 1995, *Rev. dr. banc. et bourse*. 1996.53, obs. CRÉDOT et GÉRARD.

²⁵⁴⁸ Com. 13 mai 1986, *Bull. Civ. IV*, n° 88 : « par l'acceptation d'une lettre de change émise sur lui, le tiré s'oblige directement et personnellement à payer l'effet à son échéance, à tout porteur légitime, même dans le cas où la propriété de la provision n'a pas été régulièrement transférée à ce dernier ».

²⁵⁴⁹ Paris, 2 juin 1995, *Rev. dr. banc. et bourse*. 1996.53, obs. CRÉDOT et GÉRARD.

la date du bordereau, c'est le banquier escompteur qui doit primer ; si l'acceptation est postérieure au bordereau, c'est le cessionnaire Dailly qui doit l'emporter.

On doit cependant observer que certains auteurs²⁵⁵⁰ se réfèrent à la notification de la cession Dailly pour résoudre ces conflits. Cette opinion doctrinale, consacrée par certains juges du fond, l'a également été par la Cour de cassation²⁵⁵¹ qui retient la date de notification et non celle du bordereau. En particulier, selon la jurisprudence, si la notification est postérieure à l'acceptation de la lettre de change, c'est le banquier escompteur qui prime. Si la notification est antérieure à l'acceptation, la préférence doit être donnée au cessionnaire Dailly. Cette jurisprudence ne convainc pas cependant : dans la mesure où la notification n'a aucune incidence sur l'opposabilité du droit du cessionnaire Dailly, il n'y a pas lieu de la prendre en considération ; seule doit l'être la date du bordereau.

2. Le conflit entre le sous-traitant bénéficiaire d'une action directe et le banquier escompteur d'une lettre de change

817- La jurisprudence place dans une meilleure position le banquier escompteur d'une *lettre de change acceptée*, que le cessionnaire Dailly en cas de mobilisation de la créance correspondant aux travaux sous-traités. En effet, le *banquier escompteur prime le sous-traitant, à condition cependant qu'il ait acquis la propriété de la provision par l'escompte de la lettre de change acceptée avant l'exercice de l'action directe*²⁵⁵² : la solution est fondée sur l'article 116 alinéa 4 du Code de Commerce, qui dispose que « l'acceptation suppose la provision », c'est-à-dire suppose la créance.

Cette solution revient à une solution fondée sur l'ordre des dates : c'est celui qui le premier dispose d'un titre opposable aux tiers qui l'emporte.

Si la lettre de change n'est pas acceptée, la notion d'obligation de donner permet d'expliquer la règle selon laquelle le transfert de la provision d'une lettre de change non acceptée a lieu à l'échéance, sauf consolidation de son droit, par une défense de payer ou une saisie²⁵⁵³. Dès lors, le banquier ne prime le sous-traitant que si l'exercice de l'action directe est postérieur à l'échéance de la lettre de change ou à la date de

²⁵⁵⁰ Voir notamment M. CABRILLAC, *loc. cit.*

²⁵⁵¹ Com. 7 mars 1995, *Rev. trim. dr. com.* 1995.626, obs. M. CABRILLAC.

²⁵⁵² Com. 4 juillet 1989, *Rev. trim. dr. com.* 1989.741.

²⁵⁵³ Dans un arrêt du 20 mars 1984, la Cour de cassation a jugé inefficace l'action directe à partir du moment où le droit du banquier sur la provision est définitivement fixé, à savoir, soit par la remise d'une traite acceptée, soit par l'acceptation du tiré, la défense de payer adressée au tiré, ou l'arrivée de l'échéance. Com. 20 mars 1984, *Rev. trim. dr. com.* 1984.697, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ ; Com. 18 février 1986, D. 1986.i.r.324, obs. M. VASSEUR. Voir aussi : Com. 4 juillet 1989, *Banque*. 1989.977, obs. J.-L. RIVES-LANGE. Voir aussi : Com. 4 déc. 1984, D. 1985.165, note M. VASSEUR.

consolidation de ses droits. Ici, la solution est inverse, mais le raisonnement identique : il s'agit toujours de savoir quel est celui qui, le premier, a un titre opposable.

Conclusion du chapitre

818- La créance est un objet de revendication, au même titre que les biens corporels. Si en droit français, le lien entre la propriété et la faculté de revendiquer est étroit, le droit de revendication étant reconnu au propriétaire sur le fondement de sa propriété, nous avons vu qu'en droit québécois, ce lien est parfois plus lâche. Il existe des hypothèses où le droit de revendiquer est accordé, par faveur législative, à des non-propriétaires. Il n'en reste pas moins que le principe du lien entre revendication et propriété demeure et qu'il y a, dans ce droit également, des hypothèses où la revendication se fait clairement à titre de propriétaire, tout en ayant des créances pour objet.

819- En dépit de certaines particularités identifiées concernant les conditions de la revendication des créances, on retrouve les grands traits du régime de la revendication des corps. Tout comme dans la revendication des biens corporels, les conflits portant sur la propriété des créances se résolvent en tenant d'abord compte du principe de priorité (*prior tempore, potior jure*). S'agissant de créances, il s'agit de voir un bien occulte opposé à des tiers qui peuvent en ignorer l'existence. On sait qu'en matière immobilière, c'est le premier droit publié qui l'emporte. Comme pour les meubles corporels, c'est le premier qui est en possession du bien qui est préféré, en matière de créances. Simplement, s'agissant de biens incorporels, la mise en possession ne se fait pas par la remise matérielle du bien, mais par la signification au débiteur et, le cas échéant, par la remise du titre qui la constate.

À côté de la règle de la priorité temporelle, on retrouve, tout comme pour les meubles corporels, l'application de l'adage *nemo plus juris*, qui tempère le principe, afin de protéger le véritable propriétaire de la créance des droits qu'un non-propriétaire peut vouloir concéder sur son bien.

820- L'existence d'une revendication des créances est le signe ultime du pouvoir d'exclusion dont dispose le propriétaire de créances vis-à-vis des tiers, qui sont tenus de respecter son droit, jusqu'à reconnaître à ce propriétaire particulier, un certain droit de suite sur ses biens incorporels.

Le propriétaire d'une créance a encore à sa disposition une autre action, qui lui permet de protéger la valeur de son bien-créance contre les agissements illicites des tiers : il s'agit de l'action contre le tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle.

Chapitre second

LA RESPONSABILITÉ DU TIERS COMPLICE DE LA VIOLATION D'UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE

821- Outre l'action en revendication, le propriétaire d'une créance dispose d'une action, lui permettant de protéger la valeur de son bien-crédence contre les agissements illicites des tiers : il s'agit de l'action contre le tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle.

822- Lorsqu'il agit en revendication, nous avons vu que le propriétaire peut, en même temps qu'il revendique sa chose, demander une réparation pécuniaire pour le préjudice qu'il a subi ; mais le propriétaire peut-il également engager la responsabilité civile du tiers qui a aidé son cocontractant à ne pas tenir ses engagements ?

En principe, la réponse devrait être négative, pour les tenants de la théorie classique, qui ne voient dans le droit personnel qu'un droit relatif que le propriétaire ne peut défendre vis-à-vis des tiers²⁵⁵⁴. Telle n'a pas été, toutefois, la réponse qu'a apportée la jurisprudence, tant française que québécoise, à cette question, puisque les tribunaux condamnent le tiers complice de la violation d'une obligation, dès lors qu'il est de mauvaise foi.

823- Une vente peut avoir été faite en violation d'une obligation antérieure du vendeur : obligation de donner (aliénation d'un bien à un précédent acquéreur), de faire (promesse de vente) ou de ne pas faire (pacte de préférence par exemple). Dans toutes ces hypothèses, la faute contractuelle du vendeur est évidente, et sa responsabilité peut être engagée sans difficulté par le propriétaire de la créance. En effet, les conditions de la responsabilité civile - à savoir une inexécution contractuelle, un dommage et un lien de causalité - sont réunies.

Cependant, que faut-il penser de la situation de l'acheteur ? L'obligation qui a été violée du fait de son achat n'était pas son obligation propre : elle découlait d'un acte

²⁵⁵⁴ Voir notamment : J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, par G. VINEY, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995, n° 203, p. 369 : « On aurait pu penser d'abord qu'il convenait de distinguer entre les contrats dont l'objet consiste à transmettre des droits réels et ceux qui emportent création ou transfert de simples droits personnels ou obligations. On sait en effet que, selon l'opinion majoritaire, la principale différence existant entre ces deux catégories de droits consiste en ce que le droit réel est opposable *erga omnes* tandis que le droit personnel ne s'impose qu'au seul débiteur ».

extérieur à lui et qui, par conséquent, ne le concernait pas. S'il s'est porté acquéreur du bien, en l'occurrence de la créance, en pleine connaissance de l'atteinte qu'il portait à un rapport juridique, même extérieur à lui, peut-on considérer qu'il est également responsable et que sa responsabilité civile peut être recherchée ? Le propriétaire de la créance ne dispose-t-il d'aucun recours contre ce tiers qui a contribué à porter atteinte à sa propriété ?

824- C'est principalement Hugueney²⁵⁵⁵, puis Ginossar²⁵⁵⁶, qui ont dégagé les principes de l'action contre le tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, usuellement nommée action en responsabilité contre le tiers complice d'une obligation contractuelle. L'action en responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, encore dénommée action de fraude²⁵⁵⁷, ou action pour fraude²⁵⁵⁸, se distingue de l'action paulienne, dont le cadre est plus étroit²⁵⁵⁹. Les créanciers sont soumis à une obligation générale de s'abstenir de toute faute et ils peuvent à ce titre être tenus responsables pour complicité de violation d'obligation s'ils ont, par mauvaise volonté ou imprudence, facilité ou encouragé le manquement du débiteur²⁵⁶⁰. Si la jurisprudence applique la théorie de l'action paulienne dans le cas des créanciers de sommes d'argent, elle a construit une théorie plus moderne dans le cas des autres créanciers : il s'agit alors d'« *une véritable complicité de la rupture de contrat, de l'inexécution d'obligation*, fondée sur 1382 Cciv. »²⁵⁶¹.

825- Hugueney a clairement identifié les termes du problème : « Un débiteur, de mauvaise foi, viole l'obligation qu'il a contractée : ce débiteur assurément est responsable, responsable civilement, si même il ne l'est pas pénalement. Mais imaginons qu'il l'ait violée à l'instigation ou avec l'aide d'un tiers complice, à supposer

²⁵⁵⁵ P. HUGUENEY, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse préc..

²⁵⁵⁶ S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers : Émergence du délit civil de fraude*, Paris, L.G.D.J., 1963. Voir aussi, notamment : J. DUCLOS, thèse préc., n° 428 et 437 ; J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Paris II, 1978, n° 461 et 697-702.

²⁵⁵⁷ Voir R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, op. cit., t. 7, n° 1129 et suiv.

²⁵⁵⁸ Conclusion du Procureur général BESSON, sous Cass. (ch. réunies), 21 mai 1952, D. 1952.I.537.

²⁵⁵⁹ H. SINAY, « Action paulienne et responsabilité délictuelle », *Rev. trim. dr. civ.* 1948.21, p. 192 : « Dès lors que l'on s'écarte de ces données traditionnelles, il n'y a plus matière à action paulienne, mais à une autre action ».

²⁵⁶⁰ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, op. cit., p. 421.

²⁵⁶¹ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, op. cit., p. 423. Voir aussi : A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, Paris, Dalloz, 1939, n° 231 et suiv. ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 202 et suiv. ; R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat », *Rev. trim. dr. civ.* 1934.525 ; H. LALOU, « L'article 1382 contre l'article 1165 », D.H. 1928.chr.69 ; R. DALLANT, « Le respect des contrats par les tiers », J.C.P. 1939.I.86.

que le fait du débiteur ne constitue pas un délit pénal, pourra-t-il, *en sa seule qualité de complice de la violation d'une obligation contractuelle, être déclaré lui aussi responsable civilement vis-à-vis du créancier des conséquences de l'inexécution dolosive de l'obligation ?* »²⁵⁶².

Le droit positif, tant français que québécois, témoigne de ce que la réponse à cette question est clairement positive. Le professeur Ginossar a ainsi montré que toute personne, bien qu'étant tiers par rapport au lien de droit qui unit le débiteur au créancier, est tenue de s'abstenir de tout ce qui pourrait aider le premier à porter atteinte au droit du second²⁵⁶³. Le tiers complice est responsable d'un délit civil de fraude, défini comme « *le fait de causer, sciemment ou dans une intention nuisible, par une stipulation obtenue d'une personne obligée, le manquement de celle-ci à son obligation envers un tiers* »²⁵⁶⁴.

826- Après avoir envisagé les principales caractéristiques de l'action contre le tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle (section I), on tâchera d'en cerner le fondement juridique (section II).

SECTION I.

LES PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE L'ACTION

827- Après avoir déterminé les éléments constitutifs de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle (§1), il conviendra de s'attarder sur sa sanction (§2).

§1. Éléments constitutifs

828- Pour que la responsabilité du tiers complice soit engagée, il faut que se trouvent réunis un fait générateur de responsabilité (A), un dommage (B) et un lien de

²⁵⁶² P. HUGUENEY, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, 1910, p. 1.

²⁵⁶³ Voir aussi P. HUGUENEY, thèse préc., p. 205 : « La règle *res inter alios acta* ne constitue pas à priori un obstacle absolu empêchant un contractant d'exercer une action contre le tiers qui a aidé un co-contractant à violer son obligation ».

²⁵⁶⁴ S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, *op. cit.*, n° 32, p. 79.

causalité -sur lequel il est inutile de s'attarder, puisqu'il est sans particularité pour notre étude. On soulignera en revanche l'importance toute particulière de l'élément moral dans ce type de responsabilité (C).

A. Un fait générateur de responsabilité : un acte juridique

829- Si la plupart des délits et des quasi-délits se réalisent matériellement par des actes physiques, la fraude consiste ici en un *acte juridique* qui, le plus souvent, s'effectue par la voie d'une convention²⁵⁶⁵. Cet acte juridique doit, en outre, en toute logique par rapport à l'action qui nous occupe, émaner d'un *tiers*, étranger au rapport juridique violé.

La mise en jeu de la responsabilité du tiers requiert, en outre, la violation d'une obligation.

B. Un préjudice : la violation d'une obligation

830- S'agissant de la condition relative au préjudice, l'obligation violée doit d'abord être *valable*²⁵⁶⁶. Dans le cas contraire, le préjudice et, partant, la responsabilité disparaît. La validité du lien obligatoire lésé intéresse donc non seulement les parties, mais également les tiers. De plus, l'obligation violée doit être née avant l'acte frauduleux, même si cette condition doit s'interpréter d'une manière souple²⁵⁶⁷.

831- Une autre condition nécessaire pour qu'un préjudice puisse être retenu, réside dans l'*insolvabilité* du débiteur. Pour qu'une action contre le tiers complice soit envisageable, il faut que le débiteur ne puisse pas obtenir la stricte exécution de son obligation. La condition d'insolvabilité s'entend ici dans un sens large et recouvre, pour suivre la terminologie proposée par Ginoassar, tant l'insolvabilité générale que l'insolvabilité spéciale²⁵⁶⁸. Par l'insolvabilité générale, qui est l'insolvabilité au sens propre, il faut entendre celle du débiteur de somme d'argent, dont l'actif est insuffisant pour qu'il puisse s'acquitter de toutes ses dettes. Au contraire, l'insolvabilité dite « spéciale » consiste dans l'impossibilité, pour le débiteur de toute créance autre qu'une

²⁵⁶⁵ S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect du droit des tiers*, op. cit., n° 33, p. 79.

²⁵⁶⁶ S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect du droit des tiers*, op. cit., n° 34, p. 81.

²⁵⁶⁷ S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect du droit des tiers*, op. cit., n° 34, p. 83 : « [...] il n'est pas rare que la fraude vicie un acte antérieur à la naissance du rapport juridique contre lequel elle est dirigée ; et, de toute manière, pour autant qu'elle s'applique à la fraude, la règle d'antériorité n'a nullement le caractère technique qu'elle revêt ailleurs, comme c'est le cas en matière de droits réels [...] ».

²⁵⁶⁸ S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect du droit des tiers*, op. cit., n° 34, p. 84.

créance pécuniaire, de satisfaire à son obligation *in specie*. En droit français, cette impossibilité contraint le créancier à se contenter d'une exécution par équivalent, ce qui a pour effet indirect de l'exposer au risque d'une insolvabilité générale du débiteur - risque dont il était précédemment protégé en raison de la nature de sa créance.

832- Enfin, l'obligation violée doit être suffisamment *identifiée*, ce qui implique à tout le moins l'identification du débiteur et de l'objet de la prestation²⁵⁶⁹. L'examen de la jurisprudence ayant sanctionné la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle a déjà fait l'objet d'études doctrinales minutieuses²⁵⁷⁰. Sans entrer dans les détails de cette jurisprudence, déjà abondamment commentée, on retiendra ici pour illustrer le propos, quelques-uns des principaux exemples dans lesquels les tribunaux ont accepté de reconnaître une telle responsabilité. Depuis le début du XIX^e siècle, la jurisprudence sanctionne de telles violations non seulement dans l'hypothèse de conflits entre droits de créances (par exemple, les pactes de non-concurrence ou les promesses de vente), mais également dans des cas de conflits entre droit de créance et droits réels (c'est l'hypothèse, notamment, de la vente à un tiers au préjudice du bénéficiaire de la promesse).

833- L'obligation violée peut être tant une obligation de donner, qu'une obligation de faire ou de ne pas faire²⁵⁷¹. On trouve de nombreuses illustrations jurisprudentielles de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. En droit français, s'agissant tout d'abord de la violation d'une *obligation de donner*, l'hypothèse principale est celle de la *violation d'une promesse de vente* : « un vendeur traite avec un premier acquéreur ; plus tard un tiers, désireux d'acquérir la chose, connaissant le contrat intervenu, offre au vendeur un prix plus élevé et le pousse ainsi à rompre son engagement antérieur, à violer son premier contrat »²⁵⁷². Les tribunaux admettent que le bénéficiaire d'une promesse de vente peut demander l'annulation de la vente afin d'obtenir la réalisation de son droit, dès lors que le tiers acquéreur est de mauvaise foi²⁵⁷³.

²⁵⁶⁹ S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect du droit des tiers*, op. cit., n° 35, p. 85.

²⁵⁷⁰ Voir notamment les travaux de P. HUGUENEY et de S. CALASTRENG.

²⁵⁷¹ P. HUGUENEY, thèse préc., p. 13 et ses développements dans sa première partie. Voir *supra* sur la survivance de l'obligation de donner en droit québécois.

²⁵⁷² P. HUGUENEY, thèse préc., p. 17.

²⁵⁷³ Req. 15 avril 1902, D. 1903.1.38 ; Civ. 13 nov. 1929, D. 1929.1.13 ; Civ. 3, 8 juill. 1975, D. 1975. i.r.200 ; Civ. 1, 7 janv. 1960, *Bull. Civ. I*, n° 15. Voir aussi, pour un exemple de *promesse de vente* faite antérieurement à un locataire, puis à un tiers : Paris, 5 juillet 1936, D.H. 26. 472.

Concernant les *obligations de faire*, une jurisprudence ancienne a accepté de sanctionner le *débauchage d'employés, d'ouvriers ou d'artistes*²⁵⁷⁴. Ainsi, de nombreuses décisions ont condamné celui qui, en connaissance de cause, a encouragé la rupture d'un contrat entre un ouvrier ou un employé et son patron²⁵⁷⁵. On trouve également des jugements qui condamnent le tiers qui, par ses agissements, aurait incité l'artiste-débiteur à rompre ses précédents engagements²⁵⁷⁶. Désormais, la responsabilité de l'employeur en cas de débauchage illicite, est expressément prévue par l'article L. 122-15 du Code du travail²⁵⁷⁷.

S'agissant enfin des obligations de ne pas faire, la responsabilité du tiers complice peut encore être engagée pour la *violation d'une obligation de non-concurrence*. Ainsi, la Chambre des requêtes a-t-elle décidé que le commerçant, qui connaissait l'interdiction conventionnelle qui liait une personne à son ancien associé, devenu concurrent, et l'incite à violer ses engagements en l'intégrant à son propre commerce, engage sa responsabilité²⁵⁷⁸. La responsabilité du tiers complice peut également être engagée pour la violation d'une clause d'inaliénabilité²⁵⁷⁹, ou encore, à propos de la violation des obligations du mandataire²⁵⁸⁰.

834- En droit québécois également, la responsabilité du tiers qui s'est rendu complice de la violation par l'une des parties de ses obligations contractuelles est sanctionnée²⁵⁸¹. Comme on l'a souligné en doctrine :

« La violation, en toute connaissance de cause, des obligations contractuelles par le tiers, constitue une faute devant être sanctionnée par les tribunaux. Il en est ainsi lorsqu'un tiers se rend complice, avec le débiteur, de la violation d'une clause de non-concurrence, d'une clause de confidentialité, ou encore de secret commercial. Le fait qu'il ne soit pas lié au contrat, ni tenu aux obligations qui en découlent, ne peut constituer un moyen de défense valable à une action en responsabilité dirigée contre le

²⁵⁷⁴ Voir sur ce point : J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 216 ; S. CALASTRENG, *La relativité des conventions*, thèse Toulouse, 1939, p. 312 et suiv.

²⁵⁷⁵ Voir notamment : Cass. civ., 27 mai 1908, D. 1908. I.459 ; Req., 3 novembre 1931, S. 1932.I.93.

²⁵⁷⁶ Sur le débauchage d'artistes : une jurisprudence constante condamne le directeur d'un établissement à des dommages-intérêts, lorsqu'il embauche un artiste qu'il savait lié à un autre établissement ; voir notamment : Req. 2 juin 1930, D.H. 377.

²⁵⁷⁷ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 203, p. 369 : « Ce texte énumère trois cas de responsabilité de l'auteur du débauchage : l'intervention directe dans la rupture du contrat précédent, l'embauchage d'un travailleur en connaissance d'un autre contrat de travail non résilié et le fait de 'continuer à occuper un travailleur après avoir appris qu'il était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail' ».

²⁵⁷⁸ Req. 8 nov. 1904, S. 1910.I.119. Pour un cas de violation d'une clause de non-concurrence contenue dans un contrat antérieur : Civ., 23 octobre 1912, S. 13.I.259 ; Com. 28 avril 1987, J.C.P. 1987. IV.222.

²⁵⁷⁹ Paris, 25 juin 1902, *Gaz. Pal.* 1902.II.251.

²⁵⁸⁰ Civ., 26 avril 1906, D. 1908. I.500.

²⁵⁸¹ *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 383 (C.A.).

tiers ; toute participation visant à empêcher le contrat de produire ses effets juridiques entre les parties contractantes entraîne sa responsabilité »²⁵⁸².

835- Les tribunaux québécois ont, notamment, accepté de sanctionner le tiers débauchant un expert employé par un concurrent et lié à lui par un contrat d'exclusivité, ou encore, le tiers achetant en connaissance de cause, un bien sur lequel le vendeur a consenti antérieurement une promesse de vente. Il peut également arriver qu'un propriétaire vende un bien à un tiers en méconnaissance d'un pacte de préférence antérieurement conclu²⁵⁸³.

Dans une affaire récente, la Cour d'appel du Québec a rappelé que la règle de l'effet relatif des contrats n'exclut par la responsabilité du tiers complice :

« [...] la règle de la relativité des contrats ne signifie pas que le tiers ont toute liberté pour porter atteinte aux droits contractuels d'autrui. Ainsi, toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui, par exemple celle de ne pas faire concurrence à l'acheteur de son fonds de commerce, commet une faute extra-contractuelle à l'égard de la victime de l'acte »²⁵⁸⁴.

836- Dans l'affaire *Trudel c. Clairol*, la Cour suprême du Canada a clairement posé le principe de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle en ces termes :

« Il est certain que si le défendeur se rend complice de la violation du contrat intervenu entre la demanderesse et chacun de ses agents, il commet une faute délictuelle entraînant sa responsabilité [...] ; car il y a faute contre l'honnêteté de s'associer sciemment à la violation d'un contrat »²⁵⁸⁵.

837- En sus de l'acte juridique qui cause un préjudice, l'élément constitutif le plus important du délit de fraude, susceptible d'être reproché au tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle est, sans aucun doute, l'élément moral.

²⁵⁸² V. KARIM, *Les obligations*, 2^e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 422. Voir aussi : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 296, p. 540.

²⁵⁸³ Voir récemment, à propos de la violation d'une clause d'exclusivité dans un bail commercial : *Boucherie Côté inc. c. Le Fruitier d'Auteuil inc et autres*, [1999] J.Q. n° 924 (C.A.) : « Un tiers commet une faute s'il s'associe sciemment à la violation d'un contrat [...]. Dans le cas d'une clause d'exclusivité si un locataire viole sciemment les droits d'un autre locataire, il engage sa responsabilité ».

²⁵⁸⁴ *Sabourin c. Dostie*, [2000] J.Q. n° 836, n° 36.

²⁵⁸⁵ *Trudel c. Clairol inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236, p. 241.

C. L'importance de l'élément moral

838- Il existe certainement une différence, au moins de degré, dans l'opposabilité des droits réels et des droits personnels. Au Québec, un auteur a récemment rappelé cette idée dans un article sur le droit à réparation en cas de violation d'un droit personnel. L'auteur distingue le droit réel enregistré, qui est opposable *erga omnes*, du droit personnel, qui est opposable aux tiers qui en ont connaissance. S'agissant de ces derniers droits, c'est la « *connaissance d'un droit personnel [qui] entraîne l'obligation légale de ne pas participer à la violation de ce droit* »²⁵⁸⁶.

839- Dans l'affaire *Jacol*²⁵⁸⁷, le titulaire d'un droit de préférence avait vu son droit violé par le débiteur, au profit d'un tiers qui connaissait l'existence du droit de préférence. Or, la cour a estimé que l'annulation de la vente n'est possible qu'en cas de fraude et non sur le seul fondement de la violation d'un droit personnel de préférence²⁵⁸⁸.

Sous l'empire de l'ancien code civil, cette décision avait fait l'objet de critiques. Selon M. Gaudet, l'annulation du contrat aurait dû être obtenue sur le fondement de l'opposabilité des conventions, sans avoir besoin de recourir à la fraude. Conformément à l'affaire *Clairol*²⁵⁸⁹, « le droit personnel est lui aussi opposable au tiers, en ce sens que le tiers qui en connaît l'existence a l'obligation de ne pas participer à sa violation »²⁵⁹⁰. L'auteur note qu'en conséquence, « *la différence entre les droits réels et personnels, du moins en ce qui a trait à l'opposabilité aux tiers, s'amenuise grandement* » et que la différence « *ne provient donc pas du fait que le droit personnel n'est pas opposable aux tiers* alors que le droit réel l'est, mais découle plutôt du fait que le droit réel enregistré est *de jure* opposable au tiers, alors que la connaissance effective du droit personnel par le tiers est la condition de son opposabilité à ce dernier »²⁵⁹¹.

840- Ces observations doivent toutefois être mises en perspective, tout d'abord en raison de la création du Registre des droits réels et personnels. Surtout, l'article 1397 du Code civil du Québec prévoit désormais que « *Le contrat conclu en violation d'une*

²⁵⁸⁶ S. GAUDET, « Le droit à réparation en nature en cas de violation d'un droit personnel *Ad Rem* », (1989) 19 *R.D.U.S.* 473, 483 ; *St-Denis c. Quévillon*, (1915) 51 *R.C.S.* 603, 612.

²⁵⁸⁷ *Jacol Realty Holdings Inc. c. Conseil d'Expansion Economique d'Argenteuil*, (1986) *R.J.Q.* 2295 (C.A.).

²⁵⁸⁸ S. GAUDET, « Le droit à la réparation en nature en cas de violation d'un droit personnel *ad rem* », (1989) 19 *R.D.U.S.* 473.

²⁵⁸⁹ *Trudel c. Clairol inc. of Canada*, [1975] 2 *R.C.S.* 383 (C.A.).

²⁵⁹⁰ S. GAUDET, « Le droit à la réparation en nature en cas de violation d'un droit personnel *ad rem* », *loc. cit.*, p. 482.

²⁵⁹¹ *Ibid.*

promesse de contracter est opposable au bénéficiaire de celle-ci, sans préjudice, toutefois, de ses recours en *dommages-intérêts* contre le promettant *et la personne qui, de mauvaise foi, a conclu le contrat avec ce dernier*. Il en est de même du contrat conclu en violation d'un pacte de préférence ». Dès lors, en droit positif québécois, l'acte passé en violation des droits du bénéficiaire de la promesse lui est opposable, même sans enregistrement.

841- En droit français, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé récemment que la connaissance de l'existence d'une obligation contractuelle contraire ne suffirait pas à engager la responsabilité du tiers complice de la violation d'une telle obligation²⁵⁹². La doctrine s'est un temps interrogée sur la portée de cet arrêt²⁵⁹³, avant que cette même chambre ne s'aligne à nouveau sur sa position traditionnelle²⁵⁹⁴.

842- La différence qui existe quant à l'opposabilité des droits réels et des droits personnels peut se justifier aisément. C'est en raison du caractère occulte des droits de créance, que le devoir de prudence qui existe pour les biens corporels, devient un simple devoir d'honnêteté en matière de droits incorporels. En effet, davantage que pour les objets matériels, il est difficile de savoir si un droit appartient à autrui s'agissant du « réseau, immense et pourtant imperceptible, d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire, qui autour de moi se créent sans cesse et se défont »²⁵⁹⁵. Comment, dans ces conditions, reprocher à quelqu'un d'avoir ignoré l'existence d'un droit personnel ? Les principes de justice et d'équité semblent ici impliquer que l'élément de la connaissance de ce droit par celui qui l'ignore soit alors pris en compte.

Dès lors que la possession d'une créance est moins perceptible que la possession d'une chose corporelle, cela explique que les tiers sont, dans ce cas, présumés être dans l'ignorance du droit lésé. C'est pourquoi l'action exercée contre le tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle ne peut aboutir qu'en cas de preuve de la mauvaise foi de celui-ci²⁵⁹⁶.

²⁵⁹² Cass. Com. 27 mai 1986, *Bull. civ. IV*, n° 99, p. 85 : « en statuant ainsi, alors que *le fait pour la société Gombert de satisfaire des commandes en dépit des droits d'exclusivité dont bénéficiait à sa connaissance la société Parisienne ne constituait pas en lui-même, en l'absence d'autres éléments, un acte de concurrence déloyale* ».

²⁵⁹³ Voir : J. GHESTIN J. et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), *Les obligations, Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 613, p. 603.

²⁵⁹⁴ Cass. Com. 21 mars 1989, D. 1989, p. 428, note A. BÉNABENT.

²⁵⁹⁵ S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, *op. cit.*, n° 37, p. 93 et 94.

²⁵⁹⁶ Voir notamment T.G.I. Roanne, 11 janvier 1978, D. 1979. i.r. 309, qui refuse de sanctionner le commerçant qui avait le droit d'utiliser le nom d'un sportif en ignorant l'existence d'une convention de monopole liant ce sportif à son club de sport.

Ayant ainsi identifié les éléments constitutifs de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, en soulignant l'importance toute particulière que revêt l'élément moral dans une telle responsabilité, il reste à envisager les sanctions d'une telle responsabilité.

§2. Sanctions

843- La réparation propre à indemniser le propriétaire d'une créance doit, conformément au droit commun, être la plus proche possible de la remise des choses en l'état antérieur, telles qu'elles existaient avant que le dommage n'intervienne. Dans les deux droits étudiés, la réparation peut se faire soit sous forme d'une réparation en nature, soit sous forme de l'allocation de dommages-intérêts. En droit français, c'est la réparation par équivalent, sous forme de dommages-intérêts qui prévaut (A) ; c'est l'inverse en droit québécois, où la réparation en nature constitue le principe (B).

A. Le principe de la réparation par équivalent en droit français

844- En droit français, la responsabilité du tiers complice est sanctionnée, soit par l'annulation du second contrat ou son inopposabilité au premier contractant soit, le plus souvent, par l'allocation de dommages-intérêts²⁵⁹⁷. Si l'attribution de dommages-intérêts constitue une réparation par équivalent, l'annulation ou l'inopposabilité peuvent s'analyser comme des formes d'exécution en nature.

Le mode de réparation est, logiquement, lié au type d'obligation concernée. S'agissant de la violation d'une obligation de donner, la réparation la plus adéquate est de permettre au premier acquéreur ou au bénéficiaire de la promesse de vente, de recevoir la propriété de la chose.

845- Concernant les obligations de faire, la réparation n'est généralement pas aussi parfaite pour le créancier, en raison du principe applicable au droit français selon lequel nul ne peut être directement contraint à faire quelque chose (*nemo praecise potest cogi ad factum*). Cette maxime a pour corollaire la règle posée à l'article 1142 du Code civil, selon laquelle le débiteur d'une obligation de faire (ou de ne pas faire) peut.

²⁵⁹⁷ B. STARCK, « Variations sur un thème classique –Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *loc. cit.*, n° 13 ; S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, *op. cit.*, n° 39, p. 99.

seulement être contraint à fournir l'équivalent pécuniaire de son engagement sous forme de dommages-intérêts²⁵⁹⁸.

Comme l'a souligné Huguency, « Si [...] un débiteur, sous l'influence d'un tiers, n'accomplit pas l'acte auquel il s'est engagé, *on ne peut exiger, pas plus du tiers que du débiteur, une réparation en nature*. Si par exemple un commerçant attire à son service l'ouvrier d'un concurrent, il ne peut bien certainement être question d'arracher de force l'ouvrier qu'il a débauché pour le rendre à son ancien patron. Le seul moyen de l'atteindre, c'est de le condamner à des dommages-intérêts »²⁵⁹⁹.

846- Même si l'article 1142 du Code civil français ne le précise pas, certains auteurs considèrent que cet article ne régit que les obligations de faire ou de ne pas faire ayant un caractère strictement personnel²⁶⁰⁰. Cela expliquerait que les obligations sans caractère personnel peuvent faire l'objet de la procédure d'injonction de faire prévue par le Code de procédure civile (art. 1425-1 s.)²⁶⁰¹.

À côté de la procédure d'injonction de payer qui permet à un créancier de somme d'argent d'obtenir rapidement un titre exécutoire²⁶⁰², l'injonction de faire « est *l'ordre de s'acquitter d'une obligation de faire, donné par le juge à un débiteur* »²⁶⁰³. L'injonction peut être assortie d'une astreinte. Le professeur Fouchard a défini l'astreinte comme « *une condamnation pécuniaire d'un débiteur récalcitrant au versement d'une somme d'argent, généralement fixée à tant par jour de retard, pour le cas où celui-ci n'exécute pas son obligation principale dans le délai prescrit par le juge*. C'est donc un moyen de pression sur le débiteur. Par elle, le juge cherche à obtenir de lui *l'exécution en nature d'une obligation supposant son fait personnel*. Elle est donc, naturellement, *l'accessoire d'une injonction de faire (ou de ne pas faire) prononcée par le juge* »²⁶⁰⁴. La procédure d'astreinte permet donc de forcer l'exécution en nature des obligations.

847- Si, en droit français, l'exécution en nature par le biais d'une injonction est théoriquement possible, du moins pour les obligations de faire, il n'existe pas

²⁵⁹⁸ J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, n° 372, p. 647.

²⁵⁹⁹ P. HUGUENY, thèse préc., p. 72.

²⁶⁰⁰ J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, n° 372, p. 648.

²⁶⁰¹ Un arrêt de la cour d'appel de Paris a toutefois décidé l'article 1142 C.C. n'autoriserait le juge du droit commun qu'à accorder au créancier des dommages-intérêts : Paris, 10 avril 1986, *Rev. trim. dr. civ.* 1990.566, note R. PERROT et les observations critiques de J. FOYER *Rép. civ.* Dalloz v° *Injonction de faire*, n° 39.

²⁶⁰² D. MAS, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Injonction de payer*, n° 1.

²⁶⁰³ J. FOYER, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Injonction de faire*, n° 1.

²⁶⁰⁴ P. FOUCHARD, « L'injonction judiciaire et l'exécution en nature: Éléments de droit français », (1989) 20 *R.G.D.* 31, p. 37.

cependant, à notre connaissance, d'application jurisprudentielle de cette procédure en matière de responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. Au contraire, en droit québécois, la procédure d'injonction est couramment utilisée pour sanctionner ce type de responsabilité.

B. Le principe de la réparation en nature en droit québécois

848- Le Code civil du Québec a prévu trois types de recours en cas d'inexécution des obligations : à côté de l'action en dommages-intérêts et de l'action en résolution ou en résiliation du contrat, l'article 1590 du C.c.Q. prévoit la possibilité d'une *action en exécution du contrat*. Ce dernier cas vise l'*exécution en nature* de l'obligation et se limite aux hypothèses dans lesquelles une telle option est ouverte ; l'article 1601 du Code civil du Québec prévoit en effet que « Le créancier, dans les cas qui le permettent, peut demander que le débiteur soit forcé d'exécuter en nature l'obligation »²⁶⁰⁵.

L'article 1590 du Code civil du Québec²⁶⁰⁶ ayant placé l'exécution en nature, ou '*specific performance*', en tête de la liste des recours, on peut y voir le signe d'une hiérarchie dans l'échelle des recours possibles prévus par le législateur en cas d'inexécution d'une obligation²⁶⁰⁷.

849- Dans un premier temps, la jurisprudence a décidé que l'exécution en nature était impossible s'agissant des obligations *intuitu personae*²⁶⁰⁸. Ainsi, dans l'affaire *Dupré Quarries Ltd.*, le juge Rinfret de la Cour suprême a estimé que :

« le contrat de louage de service, à cause du caractère personnel des obligations qu'il comporte, ne se prête pas à une condamnation à l'exécution spécifique. Il n'entre

²⁶⁰⁵ L'exécution en nature (ou "*specific performance*") des obligations est réglée par les art. 1601 et suiv. C.c.Q. Art. 1601 C.c.Q. : « Le créancier, dans les cas qui le permettent, peut demander que le débiteur soit forcé d'exécuter en nature l'obligation » ; art. 1602 C.c.Q. : « Le créancier peut, en cas de défaut, exécuter ou faire exécuter l'obligation aux frais du débiteur [...] » ; art. 1603 : « Le créancier peut être autorisé à détruire ou enlever, aux frais du débiteur, ce que celui-ci a fait en violation d'une obligation de ne pas faire ».

²⁶⁰⁶ Aux termes de l'article 1590 du C.c.Q. : « L'obligation confère au créancier le droit d'exiger qu'elle soit exécutée entièrement, correctement et sans retard.

Lorsque le débiteur, sans justification, n'exécute pas son obligation et qu'il est en demeure, le créancier peut, sans préjudice de son droit à l'exécution par équivalent de tout ou partie de l'obligation :

1° Forcer l'exécution en nature de l'obligation ;

2° Obtenir, si l'obligation est contractuelle, la résolution ou la résiliation du contrat ou la réduction de sa propre obligation corrélative ;

3° Prendre tout autre moyen que la loi prévoit pour la mise en œuvre de son droit à l'exécution de l'obligation ».

²⁶⁰⁷ En ce sens : V. KARIM, *Les obligations*, vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, v° commentaires de l'article 1601.

²⁶⁰⁸ Voir notamment : *Union des employés de commerce local 500 R.C.I.A. c. Légaré Automobile Inc.*, [1973] C.A. 577.

pas 'dans les cas qui le permettent' et où 'le créancier peut aussi demander l'exécution de l'obligation même'. L'appelante ne pouvait être physiquement contrainte à garder l'intimé à son service ; pas plus que l'intimé ne pouvait être physiquement contraint à rester au service de l'appelante. Il y a là une *question de volonté et de liberté humaine contre lesquelles l'exécution directe est impuissante* [...] »²⁶⁰⁹.

Cette défiance des tribunaux a toutefois diminué au fil du temps. En commentant cette affaire dans un arrêt postérieur de la Cour d'appel, le juge A. Dubé rappelle, faisant allusion à la position du juge Rinfret, « la réticence qu'ont éprouvée nos tribunaux à ordonner l'exécution en nature des contrats *intuitu personae* ». Pourtant, estime-t-il, « *nulle part aux articles 1065 C.C. et 751 C.P. il n'est stipulé que le recours en dommages-intérêts soit le seul disponible en cas de contravention à de pareils contrats*. À vrai dire, l'article 751 C.P. se contente, à ce sujet, d'énoncer qu'une injonction peut être accordée « *dans les cas qui le permettent* »²⁶¹⁰.

850- Désormais, la jurisprudence ne refuse plus *a priori* l'exécution en nature s'agissant des obligations personnelles. Dans une affaire récente²⁶¹¹, un employeur avait refusé de donner suite à une promesse d'embauche. Or, le juge, écartant l'autorité de l'arrêt Dupré²⁶¹², déclare que :

« *L'exécution en nature est de beaucoup la plus adéquate, parce qu'elle seule permet d'assurer une réparation intégrale du préjudice subi [...]. Les autres principes de base demeurent, notamment celui qui donne au créancier de l'obligation en nature le choix entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent. Mais le caractère personnel de l'obligation née du contrat ne peut plus servir sans discernement au rejet global et a priori de l'exécution en nature de certains contrats, comme c'était le cas sous la jurisprudence Dupré, qui faisait preuve d'un indéniable parti pris. Seule l'existence de dispositions législatives particulières permettra ce rejet a priori de l'exécution en nature* ».

De même, s'agissant de la violation d'un pacte de préférence, la jurisprudence récente n'hésite pas, au-delà de la réparation par voie de dommages-intérêts prévue par l'article 1397 C.c.Q., à admettre une réparation en nature²⁶¹³.

²⁶⁰⁹ [1934] R.C.S. 528, p. 531.

²⁶¹⁰ *Commission des droits de la personne du Québec c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, [1987] D.L.Q. 340 (C.A.).

²⁶¹¹ *Aubrais c. Laval (Ville de)*, [1996] R.J.Q. 2239 (C.S.), p. 2252 s. Déjà dans le même sens : *La Brasserie Labatt Limitée c. Ville de Montréal*, [1987] R.J.Q. 535 (C.A.).

²⁶¹² préc. Voir aussi : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2002] J.Q. n° 705, n° 88 : « Le juge a donc eu raison d'accorder une injonction permanente, après s'être prononcé comme suit sur la règle applicable : 'En droit civil, l'exécution en nature constitue la règle. L'exécution par équivalence est considérée comme une forme secondaire de l'exécution, dont le créancier n'est pas légalement tenu de se contenter' ».

²⁶¹³ Voir notamment, à propos de la violation d'un pacte de préférence : *Entreprises Immobilières du Terroir ltée c. Viel*, [2002] J.Q. n° 1056, n° 63 : « [...] l'intimée a droit à la réparation en nature recherchée. Ne prononcer que l'innoposabilité de l'acte, jointe à une condamnation à des dommages-intérêts, serait une réparation insuffisante et inadéquate alors que la réparation en nature est possible et constitue le remède approprié » (j. Rochon). (art. 1397 C.c.Q. préc. : « Le contrat conclu en violation d'une promesse de contracter est opposable au bénéficiaire de celle-ci, sans préjudice, toutefois, de ses

851- Une partie de la doctrine estime que la jurisprudence reconnaît désormais une véritable option entre l'exécution en nature et ses substituts²⁶¹⁴. D'autres auteurs, suivis par une partie de la jurisprudence, vont plus loin et voient dans l'exécution de l'obligation en nature le principe²⁶¹⁵ en droit québécois, tant pour les obligations de faire que pour les obligations de ne pas faire²⁶¹⁶.

852- Sans avoir à trancher sur ce point, il n'est pas douteux qu'en droit québécois, la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle peut entraîner « non seulement une *condamnation à des dommages-intérêts, mais également l'émission d'une injonction* afin de faire cesser la violation pour l'avenir »²⁶¹⁷. La doctrine admet que le complice de la violation d'une obligation contractuelle « commet une *faute qui peut justifier l'émission d'une injonction* lui interdisant de s'associer à une telle violation »²⁶¹⁸.

853- Tout comme le droit anglais²⁶¹⁹, le droit québécois reconnaît au débiteur le droit d'avoir recours à l'injonction « pour forcer l'exécution de l'obligation d'un contractant récalcitrant »²⁶²⁰. La procédure d'injonction est organisée par les articles 751 à 761 du *Code de procédure civile*.

On distingue l'injonction *permanente*, qui est introduite par une déclaration d'action (art. 751 al. 1 du Code de procédure civile), de l'injonction *interlocutoire*, demandée par requête au début d'une instance ou en cours d'instance (art. 752 al. 2 C.P.C.)²⁶²¹. Dans l'affaire *Trudel c. Clairol inc. of Canada*, il s'agissait d'un fabricant et

recours en dommages-intérêts contre le promettant et la personne qui, de mauvaise foi, a conclu le contrat avec ce dernier. Il en est de même du contrat conclu en violation d'un pacte de préférence »).

Il en est de même du contrat conclu en violation d'un pacte de préférence ».

²⁶¹⁴ En ce sens : M. TANCELIN et D. GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 642.

²⁶¹⁵ Collectif (P.-A. GENDREAU, F. THIBAUT, D. FERLAND, B. CLICHE et M. GRAEL), *L'injonction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 90 ; *Varnet Software Corp. c. Varnet UK Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2755 (C.A.).

²⁶¹⁶ Voir sur ce point : *Crawford c. Fitch*, [1980] C.A. 583.

²⁶¹⁷ V. KARIM, *Les obligations*, 2^e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 422.

²⁶¹⁸ Collectif, *L'injonction, op. cit.*, p. 96.

²⁶¹⁹ Le droit anglais admet, à titre de remède reconnu par l'*Equity*, la *specific performance*, ou exécution en nature, ainsi que l'*injunction*, s'agissant des obligations de ne pas faire. De plus, les sanctions du *contempt of court*, ou d'outrage au tribunal, sont prévues en cas de non obtempérance par le débiteur aux ordres du juge.

²⁶²⁰ D. FERLAND et B. EMERY, *Précis de procédure civile*, vol. 2, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 366. Voir notamment P. FOUCHARD, « L'injonction judiciaire et l'exécution en nature : éléments de droit français », (1989) 20 *R.G.D.* 31 ; P. BIENVENU, « Pour l'injonction mandataire comme recours d'exécution en nature : quelques réflexions d'un praticien », (1989) *R.G.D.* 65 ; A. PRUJINER, « L'injonction, voie d'exécution forcée des obligations de faire », (1989) 20 *R.G.D.* 51.

²⁶²¹ D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 3^e éd., vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 351. Art. 752 Code de procédure civile : « Outre l'*injonction* qu'elle peut demander par *action* [...] une partie peut [...] obtenir une *injonction interlocutoire*. L'*injonction*

vendeur de produits capillaires (la maison Clairol), qui distribuait ses produits sur deux marchés distincts, l'un à usage personnel et l'autre à usage professionnel, le marché professionnel étant soumis à une tarification préférentielle. Par ailleurs, seuls les professionnels grossistes ayant signé un engagement spécifique de ne revendre le produit qu'à des professionnels pouvaient bénéficier de ce régime préférentiel. Dans cette affaire, la haute cour a décidé qu'un tiers, même professionnel de la coiffure, ne pouvait vendre le produit au détail pour usage personnel, sans avoir signé d'entente avec le fabricant. *Bien que tiers au contrat, il a été jugé que ce professionnel s'était rendu complice de la violation du contrat* conclu entre Clairol et ses agents.

Le juge Pigeon estime que les hypothèses permettant de demander une *injonction par action* n'étant pas précisées par l'article 752 du Code de procédure civile, « [p]ar conséquent, il s'agit d'un *pouvoir discrétionnaire qui s'exerce en s'inspirant des principes suivis dans les juridictions de common law*, puisqu'il s'agit d'un recours qu'on y a emprunté »²⁶²².

854- S'agissant d'une injonction interlocutoire, les critères dans lesquels les tribunaux décident d'accorder une telle injonction sont au nombre de trois : l'existence d'une « question sérieuse » à juger, l'existence d'un préjudice irréparable (autrement dit, un préjudice non susceptible, ou difficilement susceptible, d'être compensé par des dommages-intérêts) subi par le demandeur au cas où l'injonction ne serait pas accordée, et enfin, le critère de la prépondérance des inconvénients, qui revient à déterminer laquelle des deux parties subirait un plus grand inconvénient dans le cas où l'on accorderait ou l'on refuserait l'injonction²⁶²³.

Notons que, lorsqu'une personne présente une requête en injonction interlocutoire dans le cadre d'un contrat, elle n'a pas à prouver l'existence d'un préjudice sérieux ou irréparable, si elle prouve que son cocontractant est sur le point de violer ses engagements²⁶²⁴. Il a notamment été jugé que le créancier, bénéficiaire d'un pacte de préférence, peut obtenir une injonction interlocutoire afin d'empêcher la vente à un tiers de l'immeuble qui lui a été promis²⁶²⁵. De même, le locataire peut obtenir une

interlocutoire peut être accordée lorsque celui qui la demande paraît y avoir droit et qu'elle est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace ».

²⁶²² *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2. R.C.S. 383 (C.A.).

²⁶²³ H. REID et J. REID, *Code de procédure civile du Québec, Complément jurisprudence et doctrine*, 15^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, p. 762. Voir notamment : *Manitoba (Procureur général) c. Métropolitain Stores Ltd.*, (1987) 1 R.C.S. 110 ; *Aluminerie Alouette inc. c. Société Radio-Canada*, (1991) C.A.I. 326 (C.S.).

²⁶²⁴ *Place Versailles inc. c. Maison de Choix inc.* (1967) B.R. 87.

²⁶²⁵ Voir notamment : *Côté c. Bouchard*, [1995] R.J.Q. 2192 (C.S.).

injonction dans le but d'opposer son droit de jouissance à un acquéreur subséquent de l'immeuble²⁶²⁶, ou contre un locataire subséquent²⁶²⁷.

855- Mentionnons enfin qu'à l'instar de la *common law*, le droit québécois reconnaît que celui qui contrevient à une injonction du tribunal ou de l'un de ses juges, est coupable d'outrage au tribunal (art. 761 C.p.C.), qui est une « infraction contre l'administration de la justice »²⁶²⁸. Cette sanction, qui est particulièrement sévère, fait de l'injonction un recours très efficace²⁶²⁹.

La responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle a été l'occasion de souligner le « caractère complexe des droits personnels qui, tout en n'« obligeant » que le débiteur, existent néanmoins à l'égard des tiers qui ne sont nullement dispensés de les respecter »²⁶³⁰.

La question se pose alors de déterminer le fondement juridique de l'action contre le tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle.

SECTION II. LE FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ACTION

856- Alors que certains auteurs considèrent que l'action sanctionnant le tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle est une simple manifestation de la force obligatoire des contrats (§1), on peut plutôt y voir la mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle²⁶³¹, sanctionnant une atteinte à la propriété (§2).

²⁶²⁶ *General Coin Wash Leasing Inc. c. Habitat Val Oxford Inc.*, [1976] C.S. 107.

²⁶²⁷ *Iberville Developments Ltd. c. 2756-3105 Québec Inc.*, J.E. 95-1325 (C.S.).

²⁶²⁸ Voir A. POPOVICI, *L'outrage au tribunal*, Montréal, Éditions Thémis, 1977, p. 60.

²⁶²⁹ Voir notamment A. PRUJINER, « L'injonction, voie d'exécution forcée », *loc. cit.*, p. 60 : « Celui qui refuse d'obéir à une injonction se rend coupable d'outrage au tribunal c'est-à-dire qu'il devra faire face à une procédure particulière à partir d'une ordonnance spéciale pouvant le conduire à une condamnation à une amende avec ou sans emprisonnement. Le Code de procédure précise que 'ces pénalités peuvent être infligées derechef jusqu'à ce que le contrevenant se soit conformé à l'injonction ».

²⁶³⁰ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995, n° 203, p. 369. Voir notamment en droit québécois : *C.R.Ménard inc. c. Longueil (Ville de)*, J.E. 91-599 (C.S.); V. KARIM, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 421 et les références à la note 1449.

²⁶³¹ P. HUGUENEY, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, 1910.

§1. La thèse de la force obligatoire des contrats

857- Certains auteurs ont eu recours à la *force obligatoire des contrats* pour rendre compte du fondement de l'action en responsabilité contre le tiers complice²⁶³². Selon le professeur Starck, « les contrats portant sur des droits réels ou des droits de propriété incorporelle -sous réserve de quelques rares exceptions- ne sont aujourd'hui opposables aux tiers que moyennant des mesures de publicité ou grâce à la connaissance effective que les tiers ont pu acquérir par tout autre moyen de l'existence du contrat »²⁶³³. L'auteur s'interroge alors sur la possibilité de traiter d'une façon différente les contrats créateurs de droits personnels : « [p]ouvait-on, -par le motif que ces contrats, en tant qu'ils créent une situation juridique nouvelle, sont opposables à tous, - admettre qu'un second contractant, ignorant l'existence d'une convention antérieure, doive être, dans tous les cas, sacrifié ? Les inconvénients de pareille solution pour la sécurité des transactions sont évidents. Si bien que, là aussi, la règle '*prior tempore...*' sera tenue en échec dès lors que le second contractant, qui a obtenu l'exécution du contrat, peut alléguer l'exception d'ignorance »²⁶³⁴.

858- Une telle solution, fondée sur la seule force obligatoire des contrats, comporte toutefois ses limites²⁶³⁵. Si cette explication permet d'expliquer les cas où la responsabilité du tiers est engagée sur le fondement d'un contrat, elle ne rend cependant pas compte des éventualités dans lesquelles cette responsabilité a un fondement autre qu'un acte juridique²⁶³⁶.

Une autre hypothèse, celle de la propriété vue comme fondement de cette responsabilité spécifique, mérite alors d'être envisagée.

§2. L'hypothèse de la propriété comme fondement de la responsabilité civile du tiers complice

859- Selon Hugueney, le tiers complice n'aurait pas une responsabilité propre, mais comme en matière pénale, une responsabilité d'emprunt –responsabilité sous-

²⁶³² B. STARCK, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », J.C.P. 1954.I. 1180, n° 67.

²⁶³³ B. STARCK, *loc. cit.*, n° 60.

²⁶³⁴ *Ibid.*

²⁶³⁵ J. DERRUPPÉ, n° 190; F. ZENATI, thèse préc., p. 548.

²⁶³⁶ Voir F. ZENATI, thèse préc., n° 403, p. 548, selon lequel cette explication « ne rend pas compte des hypothèses de violation d'un contrat autrement que par un acte juridique puisque la solution sur laquelle elle repose consiste dans l'inopposabilité du second contrat au premier ».

jacente à la responsabilité contractuelle du cocontractant²⁶³⁷. La théorie de la responsabilité d'emprunt se heurte toutefois à plusieurs critiques. On a non seulement contesté sa pertinence en droit pénal mais, plus encore, la légitimité de sa transposition sur le terrain du droit civil. Ainsi, selon le professeur Starck, cette thèse « implique l'admission du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, ce qui est déjà discutable. Elle étend, surtout, en droit civil, l'idée de criminalité d'emprunt, pur artifice de raisonnement, que le droit pénal lui-même aurait intérêt à abandonner »²⁶³⁸.

Plutôt qu'une responsabilité d'emprunt, on peut alors voir, dans la responsabilité du contractant et du tiers complice de la violation de l'obligation contractuelle, deux responsabilités à la fois distinctes mais liées. La thèse a été présentée, notamment par Ginossar, pour lequel les responsabilités du débiteur et de son complice sont « à la fois, parallèles et indépendantes ». Elles sont parallèles, puisque « le complice ne peut encourir de responsabilité que *dans la mesure de celle de son débiteur* ». Mais elles sont également indépendantes, dès lors que *l'acte reproché au tiers lui est propre*, si bien qu'il serait plus juste en réalité de parler de « tiers coupable » de la violation d'une obligation contractuelle, que de « tiers complice » d'une telle violation²⁶³⁹.

860- Selon une première théorie, la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle serait fondée sur la responsabilité contractuelle²⁶⁴⁰. Telle est la thèse de Demogue, pour lequel le contractant et le tiers complice sont soumis à une responsabilité contractuelle²⁶⁴¹. Dans le sens de la responsabilité contractuelle, on fait valoir que cette responsabilité est liée au contrat, en ce qu'elle est la sanction de l'obligation d'inviolabilité.

Cette idée est cependant contredite par l'article 1165 du Code civil français qui va à l'encontre de la reconnaissance d'une responsabilité contractuelle reposant sur un

²⁶³⁷ P. HUGUENEY, thèse préc., p. 241, qui propose d' « Étendre au droit civil les solutions élaborés par le droit pénal en matière de complicité [...] ». Pour cet auteur, la responsabilité du tiers n'est « *pas une responsabilité propre*. Si elle existe, elle ne peut être qu'une *responsabilité d'emprunt, modelée sur la responsabilité du débiteur lui-même* ».

²⁶³⁸ B. STARCK, « Variations sur un thème classique – Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », J.C.P. 1954.I.1180, n° 35.

²⁶³⁹ S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect du droit des tiers*, op. cit., n° 36, p. 91.

²⁶⁴⁰ H., L. et J. MAZEAUD, *Responsabilité civile*, t. 1, 2^e éd., n° 183. ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 5, n° 1244.

²⁶⁴¹ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, 1933, t. 7, p. 599.

tiers²⁶⁴². En droit québécois également, cette thèse se heurte à l'article 1440 du C.c.Q., qui énonce le principe de l'effet relatif des contrats²⁶⁴³.

Dès lors, si le fondement de cette action se trouve dans la responsabilité, c'est plutôt de responsabilité délictuelle qu'il devrait s'agir²⁶⁴⁴. Telle est l'opinion consacrée par les tribunaux, tant en France qu'au Québec.

861- D'après l'explication la plus courante, le fondement de cette action se trouve en réalité dans la *responsabilité civile délictuelle*²⁶⁴⁵. Selon le romaniste Meijers, l'évolution historique de l'obligation montre qu'elle « a perdu de plus en plus son caractère strictement relatif pour acquérir également, en des cas de plus en plus nombreux, des effets juridiques vis-à-vis des tiers »²⁶⁴⁶. Selon lui, le droit des interdits constitue l'origine de cette évolution qui s'est développé jusqu'à nos jours, les infractions par des tiers à un droit personnel étant reconnues à notre époque et donnant lieu à une action en réparation *ex delicto*²⁶⁴⁷.

Telle est également la thèse de Hugueney, qui fait peser sur le tiers complice une responsabilité délictuelle. La théorie de cet auteur tient en une double proposition : « Le débiteur qui viole intentionnellement une obligation par lui contractée commet un délit ; le tiers qui se rend complice de ce délit doit, comme tout autre complice d'un délit, être déclaré solidairement responsable avec le débiteur des conséquences de l'inexécution de l'obligation »²⁶⁴⁸. Pour Hugueney, « toute violation dolosive d'un contrat par un débiteur fait peser sur celui-ci une responsabilité délictuelle »²⁶⁴⁹. Il estime que la responsabilité du tiers, qui est une responsabilité d'emprunt, « ne peut avoir qu'un caractère délictuel. Mais, pour qu'en la personne du tiers vienne ainsi se refléter une

²⁶⁴² En ce sens : S. CALASTRENG, thèse préc., p. 333, et les arguments de P. HUGUENEY, p. 200 et 201 « il y aurait une atteinte directe et certaine au droit des tiers si une responsabilité contractuelle pouvait naître à leur charge de la violation d'une obligation à laquelle ils sont étrangers ». Art 1165 C.C. : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

²⁶⁴³ Art. 1440 C.c.Q. : « Le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes ; il n'en a point quant aux tiers, excepté dans les cas prévus par la loi ». Voir notamment sur ce principe : J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., *op. cit.*, n° 456, p. 376.

²⁶⁴⁴ Thèse préc., p. 201 : « La responsabilité du tiers, si elle existe, ne peut être qu'une responsabilité délictuelle ».

²⁶⁴⁵ P. HUGUENEY, *La responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, 1910 ; S. CALASTRENG, *La relativité des conventions*, thèse Toulouse, 1939, p. 329 et suiv.

²⁶⁴⁶ E.-M. MEIJERS, « Le soi-disant *jus ad rem* », dans *Études d'histoire du droit*. t. 4, *Le droit romain au Moyen-Âge*, Leyde, 1966, p. 189.

²⁶⁴⁷ E.-M. MEIJERS, *op. cit.*, p. 189.

²⁶⁴⁸ P. HUGUENEY, thèse préc., p. 251.

²⁶⁴⁹ P. HUGUENEY, thèse préc., p. 231.

responsabilité délictuelle, *il faut d'abord que cette responsabilité délictuelle existe à la charge du débiteur* »²⁶⁵⁰.

862- Le droit positif, tant français, que québécois, s'est rangé à cette position. Ainsi, en droit français, la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 octobre 1971, a adopté la thèse de la responsabilité délictuelle, en jugeant que « toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui, commet une *faute délictuelle* à l'égard de la victime de l'infraction »²⁶⁵¹.

En droit québécois également, il est admis que le tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle engage sa responsabilité extracontractuelle²⁶⁵². Bien qu'étranger au contrat inexécuté, ce contrat lui est opposable, le créancier de l'obligation contractuelle inexécutée pouvant agir en responsabilité contre le tiers²⁶⁵³. En effet, « [l]e tiers qui, en pleine connaissance de cause, fera défaut de respecter ce droit engagera donc sa *responsabilité civile délictuelle* envers le créancier de l'obligation »²⁶⁵⁴.

863- L'idée peut être avancée selon laquelle le fondement de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle *se trouve en réalité dans la propriété*²⁶⁵⁵. Comme l'a admis Hugueney lui-même, « Il est évident que l'obligation, lorsqu'elle fait l'objet d'une cession, perd à certains égards ce caractère de lien strictement personnel, qui, aux yeux des juristes de l'ancienne Rome, mettait précisément obstacle à la possibilité de la cession ; *pour nous servir d'une locution peut-être vicieuse, mais fréquemment employée, elle est un objet de propriété. Sa destruction, comme celle d'un objet quelconque, peut donc être érigée en délit* »²⁶⁵⁶.

Le principal argument permettant de trouver le fondement de cette protection dans la propriété réside dans le fait que *la jurisprudence ne requiert que la seule*

²⁶⁵⁰ P. HUGUENEY thèse préc., p. 222.

²⁶⁵¹ Cass. com., 11 oct. 1971, D. 1972.120. Dans le même sens : Cass. com., 13 mars 1979, D. 1980. I, note Y. SERRA.

²⁶⁵² J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n^o 159 : « La violation de son engagement par une des parties peut donc entraîner sa responsabilité extracontractuelle à l'endroit d'un tiers qui en subit préjudice. De même et inversement, le non-respect par le tiers d'un engagement intervenu entre deux parties peut rendre ce dernier responsable extracontractuellement ». Voir aussi J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, op. cit., n^o 468, p. 382.

²⁶⁵³ Voir *Trudel c. Clairol Inc. Of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236 ; *Union des artistes c. Théâtre des variétés*, [1990] R.J.Q. 1950 (C.S.) ; *Dostie c. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1926 (C.A.).

²⁶⁵⁴ S. GAUDET, « Le droit à réparation en nature en cas de violation d'un droit personnel *Ad Rem* », (1989) 19 R.D.U.S. 473, 483 ; *St-Denis c. Quévillon*, (1915) 51 R.C.S. 603, p. 612.

²⁶⁵⁵ Déjà en ce sens : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, n^o 25, p. 61 ; F. ZENATI, thèse préc., note 22, p. 548.

²⁶⁵⁶ P. HUGUENEY, thèse préc., p. 221.

violation du droit pour faire jouer cette action²⁶⁵⁷. Aucun préjudice autre que celui de la violation du droit n'étant requis, cela semble bien indiquer que c'est la jouissance exclusive, donc la propriété, qui constitue le fondement de l'action sanctionnant le tiers complice²⁶⁵⁸.

864- La force de la propriété des créances est, il est vrai, légèrement amoindrie par rapport à la propriété des biens corporels, car l'action exercée contre le tiers complice de la violation de l'obligation contractuelle ne peut aboutir, s'agissant de la propriété incorporelle, qu'en cas de preuve de la mauvaise foi de celui-ci. Ainsi, le tiers ne sera sanctionné que s'il a agi dans une intention frauduleuse, ou si, tout au moins, il a agi sciemment, en connaissance du rapport obligatoire que son acte a contribué à violer²⁶⁵⁹.

865- Si, en droit français, la protection des contractants a été réalisée plutôt sur le terrain délictuel, nous avons vu que le droit québécois, n'hésite pas dans ce cas à sanctionner les agissements du tiers complice par la voie d'une injonction. Or, à propos de la jurisprudence américaine qui connaît également l'injonction, l'idée a été soutenue en doctrine, selon laquelle le recours à l'injonction est nécessairement lié à la propriété²⁶⁶⁰. Cette thèse doit selon nous être nuancée, car il est couramment admis aujourd'hui que l'injonction peut protéger des droits autres que la propriété²⁶⁶¹.

866- Il n'en reste pas moins que plusieurs auteurs continuent de voir dans l'injonction une sorte de sanction naturelle de la propriété. Ainsi, un auteur québécois estimait récemment que « L'injonction est l'exemple classique d'un *mécanisme de*

²⁶⁵⁷ Voir F. ZENATI, thèse préc., n° 403, p. 547 : « Sans déposséder un propriétaire de son bien, il est possible de s'ingérer dans l'utilisation de ce bien au détriment de son caractère privatif ». La sanction réside alors dans le rétablissement de la jouissance privative, et dans l'allocation éventuelle de dommages-intérêts. Il s'agit le plus souvent d'une action personnelle. Voir par ex. l'action civile en matière de contrefaçon ou l'action contre le tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. Or, dans ces hypothèses « c'est la jouissance exclusive qui fonde la réparation et la remise en état, puisqu'aucun préjudice distinct de la violation du droit n'est requis » (n° 403, p. 548).

²⁶⁵⁸ F. ZENATI, thèse préc., p. 548.

²⁶⁵⁹ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 25, p. 67.

²⁶⁶⁰ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : l'expérience américaine du contrôle de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard et Cie, 1921, p. 170 et 171 ; E. LAMBERT et H.C. BROWN, *La lutte judiciaire du travail et du capital organisés aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1923, p. 146 et 147 ; M. EL ARABY, *La contrainte économique et le délit civil de violence*, thèse Lyon, 1923, p. 172 et suiv. et références indiquées.

²⁶⁶¹ R.J. SHARPE, *Injunctions and specific performance*, op. cit., p. 219 : "It used to be said that an injunction would only be granted to protect a proprietary interest. This has for a long time been completely discredited. It is now clear that injunctions will be granted to protect interests which are not ordinarily described as proprietary in nature". L'auteur s'appuie ici sur l'étude de SPRY, *The Principles of Equitable Remedy*, 2nd éd., London, Sweet and Maxwell Ltd., 1980, notamment aux p. 315-320 et 378-382.

protection d'un droit par la voie de la règle de propriété, du moins quand elle ne met pas en question des intérêts autres que ceux des plaideurs. Une fois l'ordonnance d'injonction obtenue, le titulaire du droit ne peut en être privé que si on lui donne le prix qu'il exige. À l'inverse, si un droit est protégé par une règle de responsabilité, son titulaire peut en être privé par le paiement d'un montant fixé par le tribunal »²⁶⁶². L'auteur s'appuie sur un arrêt de la Cour suprême de 1922, l'affaire *Canadian Paper Co. c. Brown*. En l'espèce, le sieur Brown invoquait son droit de jouir pleinement de sa propriété, sans subir l'atteinte que représentaient pour lui les effluves nauséabondes de l'usine adjacente à sa propriété. Alors que l'usine *Canadian paper* estimait que le plaignant n'était protégé que par les règles de la responsabilité et n'avait droit à ce titre qu'à des dommages-intérêts dont le montant serait fixé par le tribunal, le sieur Brown invoquait au contraire la protection d'une atteinte à la propriété par le biais d'une injonction. Or la Cour suprême s'est rangée à cette dernière opinion. Un commentaire doctrinal de cet arrêt considère que « Parce qu'elle a permis l'exécution en nature et retenu une règle de propriété, les auteurs diraient que la décision du tribunal a pour effet, théoriquement du moins, de permettre à monsieur Brown de fixer lui-même la valeur de son droit, qu'il pourra toujours transiger dans une négociation post-judiciaire avec l'appelante »²⁶⁶³.

Pour cet auteur, la même analyse s'applique en matière contractuelle : « [r]econnaître l'exécution en nature d'une obligation, en matière contractuelle, c'est accorder au créancier une protection de son droit par une règle de propriété ; si le débiteur veut se libérer de son obligation, il devra déboursier un prix qui sera acceptable au créancier. À l'inverse, prescrire les dommages-intérêts comme mode de sanction d'une obligation revient à opter pour une règle de responsabilité et à confier au tribunal le soin d'évaluer, par des dommages-intérêts, le préjudice causé au créancier par l'inexécution du débiteur »²⁶⁶⁴.

867- S'il est vrai qu'il arrive que l'injonction puisse protéger des droits autres que la propriété, il s'agit néanmoins d'une procédure qui est plutôt utilisée pour protéger une atteinte à la propriété²⁶⁶⁵. Ainsi, lorsqu'un plaignant arguë d'une violation

²⁶⁶² P. BIENVENU, « Pour l'injonction mandatoire comme recours d'exécution en nature : Quelques réflexions d'un praticien », (1989) 20 *R.G.D.* 51, p. 68.

²⁶⁶³ P. BIENVENU, « Pour l'injonction mandatoire comme recours d'exécution en nature : Quelques réflexions d'un praticien », *loc. cit.*, p. 69.

²⁶⁶⁴ P. BIENVENU, « Pour l'injonction mandatoire comme recours d'exécution en nature : Quelques réflexions d'un praticien », *loc. cit.*, p. 69. Voir aussi sur ce point : A. SCHWARTZ, « *The Case for Specific Performance* », (1979) 89 *Yale L.J.* 271.

²⁶⁶⁵ R. J. SHARPE, *Injunctions and specific performance*, Toronto, Canada law book limited, 1983, p. 368 et 339 : « *Where the plaintiff complains of an interference with his property rights, injunctive relief is strongly favoured [...]. Where property rights are concerned, it is almost that damages are presumed*

de son droit de propriété, l'injonction est largement favorisée en jurisprudence, au détriment de l'allocation de dommages-intérêts, considérés comme inadéquats²⁶⁶⁶. Le fait que la procédure d'injonction soit utilisée en droit québécois pour sanctionner la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, va donc plutôt dans le sens de la thèse selon laquelle l'action contre le tiers complice est fondée et s'explique, en dernier recours, par la propriété.

868- L'action contre le tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle a donc le même fondement que l'action en revendication qu'elle complète, à savoir le respect des droits du propriétaire du bien-créance. On retrouve alors le même principe pour la propriété des corps que pour la propriété des droits : « lorsqu'un tiers exerce illégitimement une domination sur l'objet du droit, domination qui empêche l'exercice de ce droit, le titulaire de ce droit peut faire cesser cette domination »²⁶⁶⁷.

Si l'on admet que le lien personnel d'obligation constitue également un bien objet de propriété, rien n'est plus logique que de constater que ce lien est protégé non seulement contre les agissements du débiteur récalcitrant, mais aussi contre le tiers qui, sciemment, prête son concours à l'inexécution du lien relatif d'obligation. La thèse du double lien, l'un relatif, l'autre absolu, autrefois avancée par Ginossar²⁶⁶⁸, trouve ici confirmation.

Conclusion du chapitre

869- La propriété des créances est atteinte d'une faiblesse relative par rapport à la propriété des corps, en ce que les tiers peuvent échapper à l'opposabilité de la créance, dès lors qu'ils sont de bonne foi. S'il est vrai que la protection organisée par la loi est moins efficace, s'agissant de la propriété des créances que s'agissant des biens corporels, cette spécificité s'explique par la différence de nature entre ces biens et par la

inadequate, and an injunction to restrain continuation of the wrong is the usual remedy [...]. The reason for the primacy of injunctive relief is that an injunction more accurately reflects the substantive definition of property than does a damage award. It is the very essence of the concept of property that the owner should not be deprived without his consent. An injunction brings to bear coercive powers to vindicate that right. Compensatory damages for a continuous and wrongful interference with a property interest offers only limited protection in that the plaintiff is, in effect, deprived of his property without its consent at an objectively determined price ».

²⁶⁶⁶ R. J. SHARPE, *Injunctions and specific performance*, op. cit., p. 368.

²⁶⁶⁷ J. DERRUPPÉ, thèse préc., p. 218.

²⁶⁶⁸ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 34, p. 85 : « On chercherait en vain dans la notion classique de droit d'obligation le lien de droit qui unit le tiers complice au créancier ; et la sanction demeure incompréhensible, à moins d'admettre, avec nous, que le droit d'obligation, droit relatif, se complète d'un second rapport juridique, le droit absolu de propriété ».

conséquence qui en résulte -à savoir la difficulté pour un tiers d'identifier le propriétaire d'une créance. Malgré tout, cette protection existe indiscutablement, elle est organisée par la loi et appliquée par les tribunaux.

Ainsi le propriétaire de créances est-il protégé, non seulement contre le débiteur de mauvaise foi qui tente d'échapper aux engagements qu'il a pris en diminuant intentionnellement l'actif de son patrimoine, mais aussi contre le tiers de mauvaise foi qui participe à la violation par le débiteur de ses engagements contractuels.

870- La créance est à la fois un lien de droit et un bien. Lorsque la créance est envisagée comme un bien, le propriétaire de créances peut souffrir du même risque de dépossession que le propriétaire de biens corporels. Cela explique que, tout comme le propriétaire de biens matériels, le propriétaire de créances soit protégé par la voie de l'action en revendication.

Mais, si elle constitue un bien, la créance est également un lien de droit liant le créancier-propriétaire au débiteur. En tant que lien de droit, la créance peut être affectée par des atteintes autres que la dépossession. Le risque principal auquel est alors confronté le propriétaire de créances est celui d'une inexécution de l'obligation, dont l'effet est de priver le propriétaire de créance de l'objet de son droit. Le droit positif, tant français que québécois, a pris en compte ce risque spécifique, qui peut survenir tant du fait du débiteur que du fait d'un tiers dont les agissements conscients ont pour objet de conduire à l'inexécution de l'obligation. La protection organisée par le droit prend alors la forme tant d'une protection contre les agissements du débiteur qui tendent à l'inexécution de l'obligation, que d'une protection contre les agissements du tiers qui se rend consciemment complice de la violation d'une obligation contractuelle.

871- Ici encore, les dissemblances qui peuvent exister entre le régime de la propriété des biens corporels et le régime de la propriété de biens incorporels, ne sont pas suffisantes pour masquer l'identité fondamentale qui existe entre les deux régimes juridiques.

C'est en raison de l'aspect réel de la créance que ce type de bien particulier peut être protégé vis-à-vis des tiers, afin de préserver le lien d'exclusivité qui le lie à son propriétaire.

CONCLUSION DU TITRE II

872- L'étude du contentieux de la propriété des créances a permis de montrer que la créance est un bien susceptible d'être revendiqué. Tout comme le propriétaire de biens matériels, le propriétaire de créances peut revendiquer son bien afin de faire reconnaître son droit de propriété et d'être remis en possession. Par ailleurs, le propriétaire d'une créance peut encore protéger son droit contre les agissements du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle.

La protection du bien-créance est donc forte et le rayonnement de la propriété des créances important. On trouve donc encore confirmation, à travers ces différents types de contentieux, de la présence d'un régime réel de l'obligation.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

873- Le régime de la propriété, traditionnellement corporelle, peut aisément s'adapter à la présence des nouveaux biens incorporels et spécifiquement aux créances. Les créances s'acquièrent et sont protégées dans des conditions largement similaires à celles des biens matériels.

874- Les biens créances s'acquièrent selon les modes traditionnels d'acquisition de la propriété. L'acquisition translative rend compte de la dimension réelle de la créance, qui se transmet en propriété, entre vifs comme à cause de mort.

Les modes de transmission de droit commun de la créance sont très proches de la transmission des biens matériels. La cession de créance, notamment, s'analyse en une vente de biens immatériels. Quant aux modes de transmission dérogatoires au droit commun, ils illustrent également la nature de bien de la créance. Si la négociation des créances est traditionnellement marquée par la théorie de l'incorporation du droit dans le titre, cette théorie est largement dépassée en droit français, s'agissant des valeurs mobilières, et plusieurs indices d'une telle dématérialisation existent à ce jour en droit québécois. Dans le droit des effets de commerce, si la technique du transfert des effets de commerce en droit canadien est largement détachée de la propriété et fondée sur l'incorporation du droit dans le titre, c'est la technique du transfert de la créance de provision qui est au cœur de la transmission des effets de commerce en droit français et permet d'expliquer bien des solutions. Enfin, la cession forcée des créances et notamment la saisie des créances, a permis d'illustrer une nouvelle fois la soumission

des biens créances au régime juridique de la propriété de droit commun. Quant à la dévolution successorale des créances, le transfert s'en fait également dans des conditions largement similaires à ce qui existe pour les biens matériels, les créances faisant notamment partie de l'indivision successorale.

875- Si l'acquisition translative constitue sans aucun doute le mode d'acquisition naturel de la propriété des créances, nous avons vu toutefois que les modes d'acquisition originaires de la propriété matérielle de droit commun sont loin de ne pouvoir s'accommoder des biens incorporels que sont les créances. L'occupation n'est certainement pas le mode d'acquisition privilégié des créances, en raison de la nature immatérielle de ces biens. Une acquisition originaire des biens créances est toutefois envisageable, par le biais de l'acquisition par l'État des biens vacants et sans maître. Surtout, l'usucapion, ou prescription acquisitive, est possible, dès lors que l'on accepte un certain remaniement de la notion de possession, ce remaniement étant non seulement possible mais souhaitable, lorsqu'on constate que la notion actuelle de possession ne rend qu'imparfaitement compte de l'ensemble des hypothèses de la possession en droit positif. L'accession enfin, dont on admet souvent l'application aux biens immatériels lorsqu'il s'agit d'accession par incorporation, notamment par le biais des fruits, peut également s'appliquer aux créances pour ce qui est de l'accession par production, la voie de l'équité ouvrant très certainement un pan à la reconnaissance de l'accession des biens immatériels.

Dès lors, au-delà de la diversité des biens sur lesquels la propriété peut porter, on retrouve incontestablement l'identité de la notion de propriété.

876- L'examen du contentieux de la propriété des créances a enfin permis de montrer que la créance est un bien susceptible d'être revendiqué. Tout comme le propriétaire de biens matériels, le propriétaire de créances peut revendiquer son bien afin de faire reconnaître son droit de propriété et d'être remis en possession. De plus, les droits positifs français et québécois lui donnent également une action susceptible de le protéger contre les agissements du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. On trouve donc encore confirmation, à travers ces différents types de contentieux, de la présence d'un régime réel de l'obligation.

877- Si, en droit québécois, la reconnaissance expresse et multiple de la propriété des droits en général et de la propriété des créances en particulier, imposait une réflexion urgente sur le régime juridique à appliquer à ces biens, le droit français ne

peut manquer de profiter de cette analyse, dès lors qu'il s'achemine également vers une prise en compte de plus en plus grande des biens incorporels et, parmi eux, des créances.

CONCLUSION GÉNÉRALE

878- La notion de propriété des créances, toujours controversée dans les systèmes de droits civilistes, gagne du terrain. Plus affirmée en droit québécois qu'en droit français, les conséquences techniques de la propriété des créances restaient à déterminer. Pousser la thèse de la propriété des créances dans ses extrémités -à savoir, déterminer quelles conséquences en tirer en termes de régime juridique- permet de faire un parallèle utile entre la propriété des biens corporels et la propriété des biens incorporels. Le parallèle fait, il devient clair que les similitudes entre propriété des corps et propriété des droits l'emportent largement sur leurs spécificités. Là où un écart de langage a souvent été dénoncé, une identité troublante de concepts se révèle alors. Plutôt que de traiter la propriété des droits différemment de la propriété des corps et d'aboutir ainsi à un éclatement de la notion de propriété, il paraît théoriquement plus juste et pratiquement préférable de conserver une notion unique de propriété, dont on retrouve l'essence qu'il s'agisse de corps ou de droits, et dont le régime s'adapte sans difficulté insurmontable à la particularité de l'objet sur lequel elle porte.

Si, comme nous l'espérons, nous sommes parvenus à montrer que la notion de propriété des créances est possible théoriquement et qu'elle obéit à un régime juridique suffisamment proche de celui en vigueur pour la propriété des choses corporelles -ne s'en distinguant que par les traits saillants propres à la nature spécifique de son objet- il semble possible d'escompter qu'un peu de l'énigme de la propriété des créances sera résolue : propriété spécifique certes, mais propriété authentique.

879- La propriété est une notion générique, qui peut s'appliquer tant aux choses corporelles qu'aux choses incorporelles. Son régime juridique s'adapte à la nature du bien sur lequel elle porte, sans que sa nature profonde ne change. La distinction des droits réels et des droits personnels, si elle constitue un outil pédagogique souvent utile, est de plus en plus dépassée, sous la pression du droit positif. Que l'on continue ou non à analyser la propriété en un droit réel, l'idée selon laquelle la propriété serait un bien, au même titre que l'objet sur lequel elle porte, apparaît de plus

en plus contestable, ce qui met en avant la thèse selon laquelle la propriété est la relation qui unit la personne à son bien.

La propriété des créances, largement prise en compte par le droit positif, ne peut guère plus demeurer la notion inutile et incongrue qu'on a bien voulu y voir. Reconnue à maintes reprises par le législateur et en jurisprudence, elle est recevable d'un point de vue théorique, et utile d'un point de vue pratique. Les matières du droit des obligations et du droit des biens, longtemps séparés par une ligne de démarcation étanche, se sont rapprochées au point que la propriété déborde de son champ traditionnellement corporel et touche désormais de nombreux bien incorporels, jusqu'aux créances que l'on pensait avant uniquement susceptibles de titularité.

880- Le mouvement de reconnaissance de la propriété des créances s'est sans doute longtemps heurté à un malaise vraisemblablement plus idéologique que théorique. La volonté de distinguer nettement la personne et les choses et, par voie de conséquence, le droit réel, lien de la personne à l'Objet, du droit personnel, lien de la personne à l'Autre, n'est sans doute pas étranger aux réticences à admettre la propriété des créances. Pourtant, la thèse de la propriété des créances ne réifie pas la personne, mais prend simplement en compte l'immatérialité de ses richesses.

D'aucuns pourraient encore s'effrayer de voir dans la thèse de la propriété des créances une expansion de l'analyse économique du droit ultra-libérale, dont l'analyse encourage la création de nouveaux droits de propriété, la propriété générant un effet incitatif positif en termes de productivité²⁶⁶⁹ ; mais ici encore, la critique est à notre sens non fondée. Il s'agit moins d'économie du droit et de théorie économique que de prise en compte de l'économie par le droit, celui-ci étant naturellement enclin à suivre l'évolution des richesses et des valeurs, y compris immatérielles.

881- La propriété des créances depuis longtemps acceptée dans les systèmes de *common law*, s'est manifestée en contrepoint dans le système civiliste français. Les systèmes civilistes ont, face à l'immatériel, un choix à faire, qui peut être celui d'une inclusion ou d'une exclusion²⁶⁷⁰. Le droit réel, dont on qualifie traditionnellement la propriété, est généralement défini à partir de son objet (*res*) et de l'exclusivité (*erga omnes*) qu'il confère à son titulaire²⁶⁷¹. Or l'immatériel, dont l'importance du développement est caractéristique du droit moderne, a du mal à être intégré dans une

²⁶⁶⁹ Voir sur ce point : G. GOLDSTEIN, « Enjeux et valeurs d'un code civil moderne », *loc. cit.*, p. 522.

²⁶⁷⁰ Voir sur ce débat les *Archives de Philosophie du droit* de 1999, portant sur *Le droit et l'immatériel*, notamment P.-Y. GAUTHIER, « Rapport de synthèse », *A.P.D.* 1999.233, p. 235.

²⁶⁷¹ P. CATALA, « L'immatériel et la propriété », *A.P.D.* 1999.61, p. 61.

telle conception du droit réel. Le risque est alors de laisser les biens incorporels en dehors du droit civil, que ces biens échappent au droit. Pourtant, le droit civil a une forte capacité d'adaptation, et le droit romain a déjà montré la voie d'un possible ajustement des concepts à l'incorporel.

Comment mieux protéger le droit patrimonial de créance que par le recours à la notion de propriété ? Cette notion, traditionnellement utilisée pour protéger les biens matériels, qui formaient l'essentiel de la richesse des sujets de droits, s'est vue nier, pour des raisons essentiellement théoriques, l'accès à la protection des biens incorporels, qui forment pourtant aujourd'hui l'essentiel de la richesse des patrimoines. Or, ces raisons théoriques paraissent, plus souvent qu'à leur tour, insuffisantes pour refuser la protection sans pareille que permet de réaliser la propriété. À la fois pouvoir exclusif sur un bien, corporel ou incorporel, et exclusion des tiers des utilités de son bien, la propriété répond au besoin actuel de protection des créances, tout comme elle a autrefois permis de protéger les biens corporels, lorsque s'était manifesté ce même besoin de protection juridique.

882- La propriété est le seul instrument susceptible de protéger efficacement les biens de plus en plus essentiels que constituent les créances. Et elle peut s'adapter. D'essentiellement immobilière, la richesse de la propriété mobilière s'est ensuite révélée. C'est à présent les choses incorporelles qu'elle investit, comme si, à la volonté cartésienne de l'homme de se rendre « comme maître et possesseur de la nature », s'ajoutait aujourd'hui la possibilité d'investir le monde de l'incorporel et de l'abstrait.

Le droit québécois, qui fut pendant un temps importateur du droit français et du prestigieux Code Napoléon, a fait avec son récent Code civil du Québec oeuvre d'innovation en matière de droit des biens, dans des domaines aussi importants que la propriété ou la fiducie, faisant ainsi figure d'exemple pour le Vieux Continent. Le droit québécois, droit encore jeune et tout en devenir, qui a pris le risque, en partant des schémas classiques de la vieille Europe, d'être un droit tourné vers l'avenir, prêt à remettre en cause les modèles de la tradition, pourrait ainsi fort bien prétendre au rôle de locomotive du droit civil dans la construction de la pensée civiliste moderne.

BIBLIOGRAPHIE

I. DROIT FRANÇAIS

A. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

- ACCARIAS, C.**, *Précis de droit romain*, t. 1, 3^e éd., Paris, Cotillon, 1879 ; et *Précis de droit romain*, t. 2, 3^e éd., Paris, Cotillon, 1882
- ARMINJON, P., NOLDE, B. et WOLFF, M.**, *Traité de droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 1950
- ARNAUD, A.-J.**, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1973
- ARNAUD, A.-J.**, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969
- ARGOU, G.**, *Institution au droit français*, 10^e éd., Paris, Bailly, 1771
- ATIAS, C.**, *Droit civil : Les biens*, 6^e éd., Paris, Litec, 2002
- AUBRY, C. et C. RAU**, *Cours de droit civil français*, t. 2, 7^e éd. par P. ESMEIN, Paris, Librairies techniques, 1961
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. et M. CHAUVEAU**, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 5, *Des biens*, 3^e éd., Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1930
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.**, *Traité théorique et pratique de droit civil*, supplément (t. 5), Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1905
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.**, *Traité théorique et pratique de droit civil : De la prescription*, 3^e éd., vol. 28, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1905
- BÉNABENT, A.**, *Droit civil : Les obligations*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2003
- BÉRAUDO, J.-P.**, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, coll. « Droit des affaires », Paris, L.G.D.J., 1992
- BERGEL, J.-L.**, *Le droit des biens*, coll. « Que sais-je », 3^e éd., Paris, P.U.F., 1996
- BERGEL, J.-L.** *La propriété*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 1994
- BERTRAND, A.**, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1999
- BEUDANT, C.A. et P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE**, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. 4, *Les Biens*, par P. VOIRIN, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1938
- BONFANTE, P.**, *Histoire du droit romain*, 3^e éd., trad. J. CARRÈRE et F. FOURNIER, Paris, Librairie du Recueil Fournier, 1928
- BONNEAU, T.**, *Droit bancaire*, coll. « Domat droit privé », 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2003
- BRISSAUD, J.**, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, Paris, Fontemoing, 1904
- CABRILLAC, M. et C. MOULY**, *Droit des sûretés*, 4^e éd., Paris, Litec, 1997
- CAPITANT, H.**, *Droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, 5^e éd., Paris, A. Pédone, 1927
- CARBONNIER, J.**, *Droit civil*, t. 3, *Les Biens (monnaie, immeubles, meubles)*, 19^e éd., Paris, P.U.F., 2000
- CARBONNIER, J.**, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, 22^e éd., Paris, P.U.F., 2000
- CHAPUT Y. et M.-D. SCHÖDEMEIER**, *Effets de commerce, chèques et instruments de paiement*, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998
- CHARONDAS LE CARON, L.**, *Pandectes*, Paris, Richer, 1637
- CHAVANNE, A.**, et J.-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1998
- COLIN, A. et H. CAPITANT**, *Traité de droit civil*, coll. « Précis Dalloz », t. 1, *Introduction générale ; Les personnes ; Les Biens*, 10^e éd., par L. JULLIOT de la MORANDIÈRE, Paris, Dalloz, 1953
- COLIN A. et H. CAPITANT**, *Cours élémentaire de droit civil français*, 5^e éd., t. 1 et 2, Paris, Dalloz, 1927-1929

COLLART DUTILLEUL, F. et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1996
COLOMBET, C., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1999
CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 1974
CORNU, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, coll. « Quadrige », 4^e éd., Paris, P.U.F., 2003
CORNU, G., *Linguistique juridique*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2000
CORNU, G., *Droit civil : Introduction, Les personnes, Les biens*, coll. « Domat droit privé », 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1999
COUCHEZ, G., *Voies d'exécution*, 7^e éd., Paris, Armand Colin, 2003
CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999
CUQ, E., *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, Plon, 1917
D'ABLEIGES, J., *Le Grand Coutumier de France*, Paris, Laboulaye et Darest, 1868
DAVID, R., *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, coll. « Études juridiques comparatives », Paris, Economica, 1982
DAVID, R., et C. **JAUFFRET-SPINOSI**, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002
DE JUGLART, M. et A. PIEDELIÈVRE, *Cours de droit civil*, t. 1, vol. 2, *Biens, Obligations*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 1997
DEMANGEAT, C., *Cours élémentaire de droit romain*, t. 2, 3^e éd., Paris, Marescq, 1876
DÉMOGUE, R., *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1911
DÉMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, t. 2, *Effets des obligations*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1933
DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, t. 9, *Traité de la distinction des biens*, Paris, Imprimerie générale 1878
DESBOIS, H., *Le droit d'auteur*, Paris, Dalloz, 1950
DEVÈZE, J. et P. PÉTEL, *Droit commercial. Effets de commerce*, coll. « Précis Domat », Paris, Montchrestien, 1992
DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Coignard, 1691
DUBY, G., *Féodalité*, Paris, Gallimard, 1996
DUGUIT, L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e éd., Paris, F. Alcan, 1920
DUGUIT, L. et H. MONNIER, *Les constitutions de la France*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1932
DUMAS, A., *Cours d'Histoire du Droit Privé*, Aix-en-Provence, A. Guien, 1948
DUMAS, R., *La propriété littéraire et artistique*, Paris, P.U.F., 1987
DUMAS, A., *Histoire des obligations dans l'Ancien droit français*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de sciences politiques, 1972
DUPICHOT, J. et D. GUEVEL, *Effets de commerce et chèque*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 1996
DUPONT DELESTRAINT, P., *Droit civil : Les Biens*, Paris, Dalloz, 1989
DURANTON, A., *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 4, 4^e éd., Paris, Thorel, 1844
DURKHEIM, E., *Leçons de sociologie*, coll. « Quadrige », 2^e éd., Paris, P.U.F., 1995
GIFFARD, A.E., *Cours de droit romain approfondi*, Paris, Les Cours de droit, 1943-1944
ESCARRA, J. *Cours de droit commercial*, Paris, Sirey, 1952
ESMEIN, P., *Cours de droit civil approfondi*, Paris, Les Cours de droit, 1957
ESMEIN, A., *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 8^e éd., Paris, Les Cours de droit, 1907
P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Bibliothèque Nationale de France, 1827
FERRIÈRE, J.-C. de, *Corps et compilations de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, 2^e éd., Paris, Gosselin, 1714
FLEURY, C., *Institution au droit français*, Paris, Thorin, 1858
FLOUR, J., AUBERT, J.-L. et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 10^e éd., Paris, Armand Colin, 2002

FLOUR, J., AUBERT, J.-L. et E. SAVAUX, *Droit civil : Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Paris, Armand Colin, 2001

FLOUR, J., et **H. SOULEAU**, *Les successions*, 3^e éd., Paris, Armand Colin, 1991

FOIGNET, R., *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931

FOLLEVILLE (DE), D., *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, 2^e éd., Paris, Marescq, 1875

FRANÇON, A., *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Paris, Litec, 1997

GAUDEMET, M., *Théorie générale des obligations*, Paris, Dalloz, 1990

GAUDEMET, J., *Cours de droit romain*, Paris, Les Cours de droit, 1954

GAUDEMET, J., *Droit privé romain*, coll. « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 1998

GAUTIER, P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, coll. « Droit fondamental », 4^e éd., Paris, P.U.F., 2001

GAVALDA, C. et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 5^e éd., Paris, Litec, 2002

GAVALDA, C. et J. STOUFFLET, *Droit du crédit*, t. 2, *Effets de commerce, Chèques, Cartes de paiement et de crédit*, 3^e éd., Paris, Litec, 1998

GUILLIEN R., J. VINCENT et autres, *Lexique des termes juridiques* 14^e éd., Paris, Dalloz, 2003

GÉNY, F., *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, *Élaboration technique du droit positif*, Paris, Sirey, 1921

GÉNY, F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, L.G.D.J., 1995

J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil : Les biens*, J. Ghestin (dir.), Paris, L.G.D.J., 2000

GHESTIN, J., *Traité de droit civil : La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993

GHESTIN, J., G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil : Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994

GHESTIN, J. et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil : Introduction générale*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 2000

GHESTIN, J. et M. BILLIAU, *Traité de droit civil : Les obligations, Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1992

GIRARD, P., *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924

GIRARD, P. et F. SENN, *Textes de droit romain*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1967

GROSS, B., *Le droit de la vente*, coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 1978

GUINCHARD S. et G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1999

GUYON, Y., *Les sociétés : Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Paris, L.G.D.J., 1993

HOUIN, R. et R. RODIÈRE, *Droit commercial*, Paris, Sirey, 1961

HUARD, G., *Traité de la propriété intellectuelle*, Paris, Marchal et Billard, 1903

HUBRECHT, G., *Manuel de droit romain*, t. 2, *Les obligations*, Paris, L.G.D.J., 1943

HUC, T., *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. 2, Paris, Pichon, 1891

HUC, T., *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, Paris, Pichon, 1903

HUVELIN, P., *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, Recueil Sirey, 1927

IHÉRING, R. Von, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de MEULENAERE, 2^e éd., Paris, Marescq, 1880

IHÉRING, R. Von, *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, trad. O. de MEULENAERE, 2^e éd., Paris, Marescq, 1882

IHÉRING, R. von, *Actio injuriarum. Des lésions injurieuses en droit romain et en droit français*, trad. O. de MEULENAERE, Paris, Marescq, 1888

JAUFFRET, A. et J. MESTRE, *Droit commercial*, 23^e éd., Paris, L.G.D.J., 1997

JEANTIN, M., *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, coll. « Précis Dalloz », 4^e éd., Paris, Dalloz, 1995

JEANTIN, M. et P. LE CANNU, *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2003

JESTAZ, P., « La réserve de propriété ou la vente éclatée », dans *Mélanges D. Holleaux*, p. 227.

JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français*, t. 1, *Théorie générale du droit et des droits*, 2^e éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932

JOURDAIN, P., *Les Biens*, Paris, Dalloz, 1995

JUSTINIEN, *Les Institutes de l'empereur Justinien*, trad .M. HULOT, Metz, Behmer et Lamort, 1806

LAROUSSE, *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, t. 6, Paris, Larousse, 1989

LARROUMET, C., *Droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit privé*, 3^e éd., Paris, Economica, 1998

LARROUMET, C., *Droit civil*, t. 2, *Les Biens, droits réels principaux*, 3^e éd., Paris, Economica, 1997

LARROUMET, C., *Droit civil*, t. 3, *Les obligations*, 3^e éd., Paris, Economica, 1996.

LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, 3^e éd., Paris, Marescq, 1878

LEFÈBVRE, C., *Les fortunes anciennes au point de vue juridique : Cours de doctorat sur l'histoire du droit civil français*, Paris, Sirey, 1912

LEGEAIS, D., *Sûretés et garanties du crédit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1999

LE GALL, J.-P., *Droit commercial*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 1996

LEPOINTE, G., *Droit romain et ancien droit français (biens)*, Paris, Dalloz, 1958

LESCOT, P. et R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1953

LITTRÉ, E. *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Éditions Universitaires, Marcel Bon, 1958

LOCRÉ, J.-G., *La législation civile commerciale et criminelle de la France*, t. 8, Paris, Treuttel, 1827

LOUËT, G. et J. BRODEAU, *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris*, t. 2, Paris, Le Gras, 1742

LUCAS, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Paris, Litec, 2001

LYON-CAEN, C. et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 4, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1907

MACQUERON, J., *Cours de droit romain*, licence 1^{ère} année, photocopié, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politiques Université d'Aix-Marseille, 1953-1954

MACQUERON, J., *Histoire des obligations*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique Université d'Aix-Marseille, 1971

MAISTRE DU CHAMBON, P., *Le régime des obligations civiles*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1992

MALAUURIE, P. et L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, t. 6, *Les obligations*, vol. 1, *Responsabilité délictuelle*, 11^e éd., Paris, Cujas, 2001

MALAUURIE, P. et L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, t. 6, *Les obligations*, vol. 3, *Régime général*, 11^e éd., Paris, Cujas, 2001

MALAUURIE, P. et L. AYNÈS, *Cours de droit civil : Les biens, la publicité foncière*, 5^e éd., Paris, Cujas, 2002

MALAUURIE, P. et L. AYNÈS, *Cours de droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris, Cujas, 1998

MALAUURIE, P. et L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, t. 9, *Les sûretés*, 8^e éd., Paris, Cujas, 1997

MALAUURIE, P., *Droit civil : Théorie des obligations*, Paris, Les Cours de droit, 1984

MALAUURIE, P., *Droit civil (Biens-sûretés-contrats spéciaux)*, Paris, Les Cours de droit, 1978

MALAUURIE, P., *L'inflation et le droit civil des obligations*, Paris, Les Cours de droit, 1974

MALINVAUD, P., *Droit des obligations*, 8^e éd., Paris, Litec, 2003

MALINVAUD, P., *Les mécanismes juridiques des relations économiques*, coll. « Droit et gestion », 3^e éd., Paris, Librairies techniques, 1979

MARCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 2, 6^e éd., Paris, Delamotte, 1869

- MARTY, G. et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1972
- MARTY, G. et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988
- MARTY, G., RAYNAUD, P. et P. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1989
- MARTY, G. et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les Biens*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1980
- MAYNZ, C. *Cours de droit romain*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1877
- MAZEAUD, H., L. et J., et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2000
- MAZEAUD, H., L. et J., et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations : théorie générale*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1998
- MAZEAUD, H., L. et J. et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd. Paris, Montchrestien, 1994
- MAZEAUD, H., L., J. et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, vol. 2, *Successions et libéralités*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1999
- MERCADAL, B. et P. JANIN, *Droit des affaires. Sociétés commerciales*, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 1996
- MONIER, R., *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, Paris, Montchrestien, 1935
- MONIER, R., *Cours de droit romain approfondi : Droit romain et histoire du droit*, Paris, Les Cours de droit, 1946-1947
- MORÉTEAU, O., *Droit anglais des affaires*, coll. « Précis Dalloz Droit privé », Paris, Dalloz, 2000
- NGUYEN THAN NHA, J., *Droit civil, Les biens*, coll. « Les cours de droit », Paris, Litec, 1997
- OLIVIER-MARTIN, F., *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, Montchrestien, 1948
- ORTOLAN, J.-L.-E., *Généralisation du droit romain*, 12^e éd. par J.E. LABBÉ, Paris, Plon, 1884
- ORTOLAN, J. *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien*, t. 1, *Histoire et généralisation*, 9^e éd. par E. BONNIER, Paris, Plon, 1875
- OURLIAC, P. et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, t. 2, *Les biens*, Paris, P.U.F., 1961
- OURLIAC, P. et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, t. 1, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 1957.
- PATAULT, A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1989
- PELLAT, C.-A., *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements*, 2^e éd., Paris, Plon, 1853
- PICARD, E., *Science juridique pure*, Paris, L.G.D.J., 1923
- PIEDELIEVRE, S., *Les sûretés*, coll. « Coursus », Paris, Armand Colin, 1996
- PLANIOL, M. et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 12^e éd., t. 1, *Principes généraux, Les personnes, La famille, Les incapables, Les biens*, Paris, L.G.D.J., 1939 ; t. 2, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1956
- PLANIOL, M. et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, 2^e éd., t. 3, *Les Biens*, par M. PICARD, Paris, L.G.D.J., 1952
- POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, 4^e éd., Boston, Little Brown, 1972
- POTHIER, R.-J., *Œuvres*, par J.-J. BUGNET, t. 3, *Traité du contrat de vente*, Paris, Delamotte, 1947 ; t. 9, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris, Delamotte, 1848.
- PORTALIS, J.-E.-M., *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988
- POUILLET, E., *Traité théorique et pratique de propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1908
- PUTMAN, E., *Droit des affaires*, coll. « Thémis droit privé », t. 4, Paris, P.U.F., 1995
- RENOUARD, A.-C., *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux arts*, t. 1, Paris, Renouard, 1838-1839

- RIPERT, G.** et **J. BOULANGER**, *Traité de droit civil*, t. 2, *Les obligations, Les droits réels*, Paris, L.G.D.J., 1957
- RIPERT, G.** et **R. ROBLLOT**, *Traité de droit commercial*, t. 2, *Effets de commerce-banque et bourse*, 16^e éd. par **P. DELEBECQUE** et **M. GERMAIN**, Paris, L.G.D.J., 2000
- RIPERT, G.**, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1951
- RIPERT, G.**, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955
- RIVES-LANGES, J.-L.** et **M. CONTAMINE-RAYNAUD**, *Droit bancaire*, coll. « Précis Dalloz », 6^e éd., Paris, Dalloz, 1995
- ROBAYE, R.**, *Le droit romain*, coll. « Pédasup », Paris, Montchrestien, 1996
- ROBERT, P.** *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, **A. REY** et **J. REY-DEBOVE** (dir.), Paris, Le Robert, 1991
- ROBINE, E.**, *La clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980, bilan de dix années de jurisprudence*, Paris, Litec, 1990
- ROBLLOT, R.**, *Les effets de commerce*, Paris, Sirey, 1975
- RODIÈRE, R.**, *Introduction au droit comparé*, Barcelone, Institut de droit comparé du Conseil supérieur des recherches scientifiques de l'Espagne, 1967
- RODIÈRE, R.** et **B. OPPETIT**, *Droit commercial : effets de commerce, contrats commerciaux, faillites*, coll. « Précis Dalloz », 8^e éd., Paris, Dalloz, 1978
- ROGUIN, E.**, *La règle de droit : Étude de science juridique pure*, Paris, Pichon, 1889
- SAGE, F.** et **D. CHABBI**, *Sûretés réelles, garanties assimilables et redressement judiciaire*, Paris, L.G.D.J., 1996
- SAGE, Y.-L.**, *Les effets de commerce*, coll. « Droit privé », Paris, L'Hermès, 1994
- SALEILLES, R.**, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil de l'empire allemand*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1925
- SALEILLES, R.**, *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, Dijon, Imprimerie Darantière, 1894
- SALEILLES, R.**, *De la personnalité juridique (Histoire et théories – vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques)*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1910
- SAVATIER, R.**, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui* 1^{ère} série, *Panorama des mutations*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1964; 2^e série, *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, Dalloz, 1959; 3^e série, *Approfondissement d'un droit renouvelé*, Paris, Dalloz, 1959
- SAVATIER, R.**, *Cours de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1947
- SAVATIER, R.**, *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1969
- SAVIGNY, F.K. von**, *Histoire du droit romain au Moyen-Âge*, trad. **C. GUENOU**, Paris, Charles Hingray, 1839
- SAVIGNY, F.K. von**, *Traité de la possession en droit romain*, 4^e éd., Paris, Pédone-Lauriel, 1893
- SCHWARZ-LIBERMAN von WAHLENDORF, H.A.**, *Droit comparé : Théorie générale et Principes*, Paris, L.G.D.J., 1978
- SCIALOJA**, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, t. 1, Rome, Anonima Romana Editoriale, 1933
- SÉRIAUX, A.**, *Droit des obligations*, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998
- SIMLER, P.** et **P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, coll. « précis Dalloz », 3^e éd. Paris, Dalloz, 2000
- SOLUS, H.** et **R. PERROT**, *Traité de droit judiciaire privé*, t. 3, *Procédure de première instance*, Paris, Sirey, 1991
- STARCK, B., H. ROLAND** et **L. BOYER**, *Les obligations*, t. 3, *Régime général*, 6^e éd., Paris, Litec, 1999
- STARCK, B., H. ROLAND** et **L. BOYER**, *Introduction au droit*, 4^e éd., Paris, Litec, 1996
- TERRÉ, F., P. SIMLER** et **Y. LEQUETTE**, *Droit civil : Les obligations*, coll. « Précis Dalloz Droit privé », 8^e éd., Paris, Dalloz, 2002

- TERRÉ, F.** et **P. SIMLER**, *Droit civil : Les Biens*, coll. « Précis Dalloz Droit privé », 5^e éd., Paris, Dalloz, 1998
- THALLER, E.**, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd. par J. PERCEROU, Paris, Rousseau, 1931
- TOULLIER, C.B.M.**, *Le droit civil français selon l'ordre du code*, t. 17, 6^e éd., par J.-B. DUVERGIER Paris, J. Renouard, 1835-1843.
- TOULLIER, C.-B.-M.**, *Le droit civil français suivant l'ordre du code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, continué et complété par J.-B. DUVERGIER, 6^e éd., Paris, Cotillon, 1846
- TROPLONG, R.-T.**, *De la propriété d'après le code civil*, Paris, Pagnerre, 1848
- TROPLONG, R.T.**, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, Du nantissement, du gage et de l'antichrèse*, Paris, Hingray, 1847
- VILLEY, M.**, *La formation de la pensée juridique moderne : Cours d'histoire de la philosophie du droit*, fasc. II, Paris, Montchrestien, 1962
- VAN WETTER, P.**, *Traité de la possession en droit romain*, Paris, Durand, 1868
- VILLEY, M.**, *Le droit romain*, 9^e éd., Paris, P.U.F., 1993
- VIRALLY, M.**, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960
- WAHL, A.**, *Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers*, Paris, Rousseau, 1891
- ZENATI, F.** et **T. REVET**, *Les Biens*, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., Paris, P.U.F., 1997

B. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES

- ABDEL-BAKI, A.**, *Du rôle de la possession en matière mobilière*, thèse Paris, 1943
- ABERKANE, H.**, *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels : Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, L.G.D.J., 1957
- ADATTO, S.**, *De la propriété de la provision en matière de lettre de change (systèmes français, allemand et anglo-américain)*, thèse Paris, 1922
- ALBERTARIO, J.-D.**, « La possession romaine », *R.H.D.* 1933. 27
- ALBIGES, C.**, *De l'équité en droit privé*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2000
- ALMA-DELETTRE, S.**, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles*, thèse Montpellier, 1999
- ANTIER, L.**, *La survivance de la coutume de Paris. Le droit civil du Bas-Canada*, thèse Paris, 1923
- ASSOCIATION FRANÇAISE DES BANQUES**, *Dix ans de jurisprudence de la loi Dailly : la loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises*, coll. « Techn. de banques », Paris, Association française des banques, 1992
- AUCKENTHALER, F.**, *Les transferts temporaires de titres sur les marchés de l'argent*, thèse Montpellier, 1993
- AUSSEL, J.-M.**, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, thèse Montpellier, 1953
- ATIAS, C.**, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse Poitiers, 1974
- AVRIL, P.-E.**, *La constitution du gage sur les meubles incorporels*, thèse Paris 1929
- AYNÈS, M.**, *La cession de contrat et les obligations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984
- AZUELOS, I.**, *Fonds communs de créances et fonds communs de placement*, mémoire D.E.A., Paris II, 1996
- BAICOIANU, G.**, *De la provision en matière de lettre de change et de chèque*, Paris, Bonvalot-Jouve, 1906
- BANDRAC, M.**, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, thèse Paris II, 1983

- BARBIÉRI, J.-F.**, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1997
- BARCLAY, T.**, *Les effets de commerce dans le droit anglais : la lettre de change, le chèque et le billet à ordre comparés avec les principales législations étrangères suivi d'une traduction de la Loi anglaise du 18 août 1882 et des principaux articles de la Loi du 10 août 1882 sur la capacité de la femme mariée en Angleterre*, Paris, Durand, 1884
- BARREAU-SALIOU, C.-Th.**, *Les publicités légales*, coll. « Droit des affaires », Paris, L.G.D.J., 1990
- BASQUE, R.**, *De la distinction des droits réels et des obligations*, thèse Montpellier, 1914
- BASTIAN, D.**, *Essai d'une théorie générale de l'opposabilité*, thèse Paris, 1929
- BERRA, D.**, *Le principe de libre disposition des biens*, thèse Nancy, 1969
- BIGELOW, M.**, *The law of bills, notes and cheques*, 2^e éd., Boston, Little, Brown&Co, 1900
- BILLIAU, M.**, *La délégation de créance : Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 207, Paris, L.G.D.J., 1989
- BLAISOT, A.**, *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, thèse Paris, 1897
- BLANLUET, G.**, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 313, Paris, L.G.D.J., 1999
- BLOCH, M.**, *La société féodale*, Paris, Albin Michel, 1994
- BLOCH, M.**, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, 3^e éd., Paris, Armand Colin, 1968
- BOCQUET, C.**, *De l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel : essai d'épistémologie juridique sur la base des droits allemand, français et suisse*, thèse Genève, 1978
- BONNECASE, J.**, *L'école de l'Exégèse en droit civil : Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, coll. « Bibliothèque de l'histoire et des institutions », t. 19, Paris, De Boccard, 1924
- BOURCART, G.**, *Introduction historique au droit privé de Rome*, Paris, Durand et Pedone, 1889
- BOURJON, F.**, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, Paris, Grangé, 1770
- BOURNAZEL, E.** et **J.-P. POLY** (dir.), *Les féodalités*, Paris, P.U.F., 1998
- BRAHIC-LAMBREY, C.**, *L'injonction : Étude de la dynamique d'un processus*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003
- BROCHU, F.**, *La publicité foncière et la prescription acquisitive en droit civil québécois, à la lumière du droit français, suisse allemand et australien*, thèse Aix-Marseille, 1997
- BUFNOIR, C.**, *Propriété et contrat, théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924
- CABRILLAC, M.**, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, thèse Montpellier, 1954
- CALASTRENG, S.**, *La relativité des conventions*, thèse Toulouse, 1939
- CAMPION, S.**, *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de dette non signifié*, thèse Lille, 1909
- CASHIN-RITAINE, E.**, *Les cessions contractuelles de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 348, Paris, L.G.D.J., 2001
- CATALA, P.**, *La nature juridique du paiement*, thèse Paris, 1960
- CAUSSE, H.**, *Les titres négociables : essai sur le contrat négociable*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », t. 29, Paris, Litec, 1993
- CERBAN, A.**, *Étude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles en matière civile et commerciale*, thèse Paris, 1897
- CHALLAYE, F.**, *Histoire de la propriété*, coll. « Que sais-je », 6^e éd., Paris, P.U.F., 1967
- CHAMOULAUD-TRAPIERS, A.**, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, thèse Limoges, 1997
- CHAMOUX, J. P.**, *L'appropriation de l'information*, Paris, Litec, 1986

CHAUFFARDET, M., *Le problème de la perpétuité de la propriété*, Paris, Recueil Sirey, 1933

CLÉMENT, F., *La propriété en tant qu'instrument de crédit*, thèse Grenoble, 1994

COCARD, J., *L'usufruit des actions et des obligations*, thèse Caen, 1938

COMPARATO, F. K., *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964

CORLAY, P., *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, thèse Rennes, 1976

COSTE-FLORET, P., *La nature juridique de la propriété d'après le Code civil et depuis le code civil*, thèse Montpellier, 1935

CROCQ, P., *Propriété et garantie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 248, Paris, L.G.D.J., 1995

CROIZAT, C., *La notion de fruits en droit privé et la notion de revenus en droit fiscal*, Paris, Dalloz, 1926

CUNY, G., *Des tiers*, thèse Nancy, 1889

CUPERLIER, O., *La nature juridique de la créance : bien ou lien obligatoire?*, mémoire de DEA de droit privé, Paris I, 1992-1993

DABIN, J., *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952

DAINOW, J., *Nature juridique du droit du preneur à bail dans la loi française et dans la loi du Québec*, thèse Dijon, 1931

DAGOGNET, F., *Philosophie objectiviste de la propriété, l'avoir*, coll. « Questions », Paris, P.U.F., 1992

DE LA GRASSERIE, R.-R.-M., *De la classification scientifique du droit*, Paris, Pédone-Lauriel, 1892

DE JUGLART, M., *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1937

DÉRRUPPÉ, J., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits personnels*, thèse Toulouse, 1952

DESBOIS, H., **A. FRANÇON** et **A. KEREVER**, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976

DIDIER, P., *Droit commercial*, t. 3, *La monnaie, les valeurs mobilières, les effets de commerce*, Paris, P.U.F., 1999

DOCK, M. C., *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1962

DROSS, W., *Le mécanisme de l'accession. Eléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse Nancy II, 2000

DUBY, G., *Féodalité*, Paris, Gallimard, 1996

DU CAURROY, A.-M., *Institutes de l'Empereur Justinien*, 5^e éd., Bruxelles, Librairie de jurisprudence H. Tarlier, 1834

DUCLOS, J., *L'opposabilité : Essai d'une théorie générale*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 179, Paris, L.G.D.J., 1984

DUCOIN, C., *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français*, thèse Lyon, 1913

ENDRÉO, G., *La provision garantie du paiement de la lettre de change*, thèse Nantes, 1980

ESCARRA, J., **J. RAULT** et **F. HEPP**, *La doctrine française du droit d'auteur : étude critique à propos de projets récents sur le droit d'auteur et la contrat d'édition*, 2^e éd., Paris, Grasset, 1937

FERRADOU, F., *Du rôle de la possession dans le droit privé français*, thèse Bordeaux, 1928

FERRIÈRE DE, C., *Corps et compilations de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, 2^e éd., Paris, Gosselin, 1714

FILIP, A., *Nature juridique du droit du créancier chirographaire*, thèse Paris, 1922

FOURNIER, S., *Essai sur la notion de prescription en matière civile*, thèse Grenoble, 1992

FRANÇOIS, J., *La propriété de la provision en matière de lettre de change*, Paris, Sirey, 1930

GAILLARD, E., *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985

GAUDEMET, E., *Étude sur le transport des dettes à titre particulier*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1898

GAZIN, H., *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910

GENTILI, C., *Les transferts momentanés de titres*, thèse Lyon, 1996

GHELMEGEANU, M., *Essai sur une théorie générale des effets de commerce en droit français*, Paris, Jouve, 1922

GIFFARD, A.E., *Droit romain et ancien droit français*, t. 2, *Les obligations*, coll. « Précis Dalloz », 3^e éd. par R. VILLERS, Paris, Dalloz, 1970

GINOSSAR, S., *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, L.G.D.J., 1960

GINOSSAR, S., *Liberté contractuelle et respect du droit des tiers : Émergence du délit civil de fraude*, Paris, L.G.D.J., 1963

GOETZ, P. et M. ADDED, *Pratique de la loi Dailly*, Paris, Revue Banque, 1987

GOLDFINGER, C., *L'utile et le futile : L'économie de l'immatériel*, Paris, O. Jacob, 1994

GOUBEAUX, G., *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1969

GOUTAY, P., *Le transfert de propriété des titres côtés*, thèse Paris IX, 1997

GOYET, C., *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, L.G.D.J., 1983

GRANIER, T. et C. JAFFEUX, *La titrisation : aspects juridique et financier*, Paris, Economica, 1997

GRZEGORCZYK, C., *La théorie générale des valeurs et le droit*, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », t. 25, Paris, L.G.D.J., 1982

GINCHARD, S., *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, thèse Lyon 3, 1974

HUET, J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Paris, 1978

HUGUENAY, P., *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, 1910

IMBROANE, D.-A., *Nature juridique du gage des créances*, thèse Paris, 1939

IONESCU, O., *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Paris, Recueil Sirey, 1931

JAHEL, S., *L'objet de la prescription extinctive. Contribution à l'étude de la notion d'action*, thèse Beyrouth, 1966

JALLU, O., *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, thèse Paris, 1902

JEULAND, E., *La substitution de personne dans un rapport d'obligation*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 318, Paris, L.G.D.J., 1999

LABORDE-LACOSTE, M., *Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier*, thèse Bordeaux, 1916

LABOULAY, E., *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, Durand, 1838

LAINÉ, A., *De l'usufruit des valeurs mobilières*, thèse Paris, 1912

LANDSBERG, E., *Die Glose des Accursus und ihre Lehre vom Eigentum*, Leipzig, 1883

LARGUIER, J., *Étude sur la notion de titre en droit privé*, thèse Montpellier, 1948

LARROUMET, C., *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968

LASSALAS, C., *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, Paris, L.G.D.J., 1997

LAURIOL, M., *La subrogation réelle*, thèse Alger, 1952

LEGEAIS, D., *Les garanties conventionnelles sur créances*, coll. « Droit des affaires et de l'entreprise », Paris, Economica, 1986

LE HIR, C., *Le fonds commun de créances : la titrisation*, Paris, Revue Banque, 1994

LE MOYNE DE SÉRIGNY, G., *Au carrefour de trois systèmes juridiques, le droit civil de la province de Québec*, Université de Bordeaux, Faculté de droit, 1950

LEPAGE, H., *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985

LEPAULLE, P., *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1932

LEPLAT, F., *La transmission conventionnelle des créances*, thèse Paris X, 2001

LEROYER, A.-M., *Les fictions juridiques*, thèse Paris II, 1995

- LESTAPIS, P. de**, *La notion juridique de crédit : Étude de droit civil français*, thèse Bordeaux, 1940
- LEVIS, M.**, *L'opposabilité du droit réel : De la sanction judiciaire des droits*, Paris, Economica, 1989
- LÉVY, E.**, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, Paris, Pédone, 1896
- LÉVY, J.-P.**, *Histoire de la propriété*, Paris, P.U.F., 1972
- LOTTI, B.**, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, thèse Paris XI, 1999
- LUCAS, F.-X.**, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 283, Paris, L.G.D.J., 1997
- LUTTMANN, G.**, *De l'évolution du droit d'obligation*, Paris, Henri Jouve, 1903
- MAFFRE, G.**, *La provision en matière de chèque*, Toulouse, Imprimerie du Sud-Ouest, 1925
- MASSON, P.**, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen-Âge et dans le droit français*, thèse Dijon, 1933
- MAYER, H.**, *L'objet du contrat*, thèse Bordeaux, 1968
- MESTRE, J.**, *La subrogation personnelle*, Paris, L.G.D.J., 1979
- MICHAS, H.**, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, Paris, A. Pedone, 1900
- MINEI, B.**, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse Paris, 1912
- MOLFESSIS, N.**, *Conseil constitutionnel et droit privé*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 287, Paris, L.G.D.J., 1997
- MONTAGNE, L.**, *Contribution à l'étude du principe de libre circulation des biens*, thèse Montpellier, 2000
- MOUSSERON, J.-M.**, *Le droit du breveté d'invention, contribution à une analyse objective*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, Litec, 1961
- NICOD, B.**, *La réforme des procédures civiles d'exécution, un an d'application*, Paris, Dalloz, 1994
- NIZARD, F.**, *Les titres négociables*, coll. « Pratique du droit », Paris, Economica, 2001
- OLIVIER-MARTIN, F.**, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. 1, Paris, Ernest Leroux, 1926
- OLIVIER-MARTIN, F.**, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Paris, Sirey, 1925
- OLIVIER-MARTIN, F.**, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, Éditions du Centre National de la recherche scientifique, 1988
- PAILLARD, H.**, *Les conflits sur créances*, thèse Aix-Marseille III, 1994
- PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, M.-F.**, *Fondements du droit anglais des biens*, thèse Strasbourg III, 1996
- PÉLISSIER, A.**, *Possession et meubles incorporels*, thèse Montpellier, 2000
- PÉROCHON, F.**, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, coll. « Bibliothèque de droit et de l'entreprise », vol. 21, Paris, Litec, 1988
- PIRET, A.**, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, thèse Paris, 1937
- POPA, E.**, *Les notions de Debitum (Schuld) et Obligatio (Haftung) et leur application en droit français moderne*, thèse Paris, 1935
- POUND, R.**, *An Introduction to the Philosophy of Law*, London, Yale University Press, 1982
- POURQUIER, C.**, *Propriété et perpétuité : Essai sur la durée du droit de propriété*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000
- PRODAN, L.**, *Essai d'une théorie générale des droits réels*, thèse Paris, 1909
- PROUDHON, J.-B.**, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Dijon, Douillier, 1823
- PUTMAN, E.**, *La formation des créances*, thèse Aix Marseille, 1987
- QUÉRU, R.**, *Synthèse du droit réel et du droit personnel : Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, thèse Caen, 1905
- QUINCARLET, S.**, *La notion de gage en droit privé français et ses diverses applications*, thèse Bordeaux, 1937

RAKOTOVAHINY, M.-A., *L'évolution de la notion de créance*, thèse Toulouse, 1999
RANOUIL, V., *La subrogation réelle en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1985
RAVAIL, P.-J., *De l'objet de la possession : Essai sur le droit romain, l'ancien droit français et le droit actuel*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1899
RAYNARD, J., *Droit d'auteur et conflit de lois : Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, coll. « Bibliothèque de droit et de l'entreprise », Paris, Litec, 1990
RAYNAUD, P., *Les contrats ayant pour objet une obligation*, t. 2, Les cours de droit, D.E.A. Droit privé général Paris II, Paris, 1978
RECHT, P., *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, histoire et théories*, Paris, L.G.D.J., 1969
REINACH, J., *Gaius Institutes*, coll. « Universités de France », Paris, Belles Lettres, 1950
REVEL, T., *La force du travail : Étude juridique*, Paris, Litec, 1992
REYGROBELLET, A., *La notion de valeur mobilière*, thèse Paris, 1995
RIFFARD, J.-F., *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire du droit des sûretés mobilières*, thèse Clermont-Ferrand, 1995
RIFFARD, J.-F., *Le « Security Interest » ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : Contribution à une rationalisation du droit français*, Clermont-Ferrand, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997
RIGAUD, L., *Le droit réel : Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, Toulouse, A. Nauze, 1912
RIPERT, G., *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse Aix, 1902
RIVES-LANGE, M.-T., *Le compte courant en droit français*, Paris, Sirey, 1969
RIVES-LANGE, J.-L., *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, Paris, L.G.D.J., 1962
ROBINE, E., *La clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980 : bilan de dix années de jurisprudence*, Paris, Litec, 1990
ROBLOT, R., *La dématérialisation des valeurs mobilières*, Paris, Association nationale des sociétés par actions, 1984
ROGIER, S., *De la mise en gage des créances en droit français*, thèse Paris, 1929
ROUAST, A., *L'évolution du droit de propriété*, Paris, Travaux de l'association H. Capitant, 1945
ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963
SALEILLES, R., *De la possession des meubles en droit romain*, thèse Paris, 1907
SAVATIER, R., *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1979
SIBICIANO, N., *Théorie générale des renonciations en droit civil français*, thèse Paris, 1932
SORTAIS, J.-P., *Le titre et l'émolument : essai sur la structure des droits subjectifs*, Paris, L.G.D.J., 1961
SOUCHARD, C., *De la cession des créances*, thèse Paris, 1977
STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, thèse Paris, 1947
SUMNER MAINE, H., *L'Ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, trad. J.-G. COURCELLE SENEUIL, Paris, A Durand, 1874
TERRÉ, F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1957
THIERRY, G., *Financement et recouvrement des créances et le factoring*, Paris, J. Delmas, 1971
TORTAT, R., *L'occupation en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1955
TRIGEAUD, J.-M., *La possession des biens immobiliers*, Paris, Economica, 1981
TULLY, J., *Locke, droit naturel et propriété*, trad. C.-J. HUNTER, Paris, P.U.F., 1992
VALETON, J., *De la possession des servitudes*, thèse Bordeaux, 1927
VENIAMIN, V.-L., *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, Paris, L.G.D.J., 1930
VERDIER, J.-M., *Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse Paris, 1953

- VERMOND, E.**, *De jure rerum corporalium privatorum – Principes fondamentaux*, Paris, De Boccard, 1928
- VILLAIN, S.**, *Propriété des créances*, mémoire D.E.A. droit privé, Paris I, 1995
- VULCAIN, R.**, *Essai sur le concept de propriété*, thèse Paris I, 1980
- WEILL, A.**, *Le principe de la relativité des conventions en droit français*, Paris, Dalloz, 1939
- WICKER, G.**, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 253, Paris, L.G.D.J., 1997
- WITZ, C.**, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981
- ZATTARA, A.-F.**, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 351, Paris, L.G.D.J., 2001
- ZENATI, F.**, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981

C. ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS

- ALBERTARIO, J.-D.**, « La possession romaine », *R.H.D.* 1933.27
- ARNAUD, A.-J.**, « Le droit français des biens, entre jeu et providence », *A.P.D.* 1979.214
- ATIAS, C.**, « Destins du droit de propriété : Ouverture », *Droits.* 1985.5
- BACACHE, M.**, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Indivisibilité*
- BATIFFOL, H.**, « Problèmes contemporains de la notion de bien », *A.P.D.* 1979.9
- BEAUBRUN, M.**, « La loi du 3 décembre 2001 portant réforme du droit des successions », *Défr.* 2003. 73
- BEY, E.-M.**, « La propriété : le crédit-bail envisagé comme une sûreté », *Rev.jurisprud.com.* 1982.48
- BLOCH, P.**, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *Rev.trim.dr.civ.* 1988.673
- BONNEAU, T.**, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil », *Rev.trim.dr.civ.* 1991.1
- BONNEAU, T.**, « La négation de l'obligation de restitution pesant sur le banquier réceptionnaire de fonds ou un revirement inattendu », *Dalloz Affaires* 1995.79
- BONNECASE, J.**, « La condition juridique du créancier chirographaire. La qualité d'ayant-cause à titre particulier », *Rev.trim.dr.civ.* 1920.103
- BOULANGER, J.**, « Des conflits entre droits personnels non soumis à publicité », *Rev.trim.dr.civ.* 1935.545
- BOULOC, B.**, *Enc.Dalloz dr.civ.*, v° *Revendication.*
- BOUTEILLER, P.**, « Conditions de la cession d'une créance professionnelle future », *J.C.P. Ent.* 1999.597
- BOUTEILLER, P.**, « Conflit entre le cessionnaire Dailly et le sous-traitant », note sous Com. 18 novembre 1997, *J.C.P. Ent.* 1998.I.pan.rap.9
- BRUGEILLES, R.**, « Le droit et l'obligation ou le rapport juridique », *Rev.trim.dr.civ.* 1909.293
- CABRILLAC, M.**, « Crédit et titres de crédit », *R.T.D.C.D.E.* 1998.chr.180
- CABRILLAC, M.**, « Les accessoires de la créance », dans *Mélanges Weill*, Paris, Fontemoing, 1878, p. 520
- CABRILLAC, M.**, « Effets de commerce », *D.* 1989.somm.com.87
- CABRILLAC, M.**, « Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance du prix de revente », *D.* 1988.chr.225
- CABRILLAC, M.** et **B. TEYSSIÉ**, obs. sous T. Com. Nanterre, 12 décembre 1986 et T. Com Paris, 16 janvier 1987, *Rev. trim. dr. com.* 1987.231
- CADIET, L.**, « Vente : Transport des créances et autres droits incorporels », *J.-Cl. Civ.*, fasc. 10, articles 1689 à 1695
- CALENDINI, J.-M.**, « La saisie-attribution de compte bancaire », *Petites Aff.* 1994.13.16
- CAPITANT, H.**, « Les Notions fondamentales du droit privé d'après le livre de Demogue », *Rev.trim.dr.civ.* 1911.729

CAPITANT, H., « L'évolution du droit de la famille depuis le Code civil », dans *Journées du droit civil au Canada*, Paris, Dalloz, 1935, p. 1.

CAPITANT, H., « L'évolution du droit de la famille depuis le Code civil », dans *Journées du droit civil au Canada*, Paris, Dalloz, 1935, p. 1

CAPITANT, H., « L'indivision héréditaire », *Rev. crit.* 1924.19

CARON, C., « Propriété », *J.-Cl. Not.*, fasc. 10

CATALA, P., « L'immatériel et la propriété », *A.P.D.* 1999.61

CATALA, P., « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *Rev.trim.dr.civ.* 1966.185

CATALA, P., « L'évolution contemporaine du droit des biens. Exposé de synthèse », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^e journées R. Savatier, Paris, P.U.F., 1991, p. 181

CAUSSE, H., « Titres de créances négociables », *J.-Cl. Com.*, fasc. 535

CAUSSE, H., « Prêts de titres et titres de créances négociables après la loi du 26 juillet 1991 », *J.C.P. éd. E.* 1992 I. 125.95

CAUSSE, H., « Principe, nature et logique de la dématérialisation », *J.C.P. éd. E.* 1992.I.192

CAUSSE, H., note sous *Com.*, 10 juin 1997, *D.* 1999.J.89

CHAPUT, Y., « La transmission des obligations en droit bancaire français », dans *CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS, UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN, La transmission des obligations : Travaux des IX^e Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 371-385

CHATEAU, B., « L'évolution de la propriété littéraire et artistique », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^e Journées R. Savatier, Paris, P.U.F., 1991, p. 167

CHAUVEAU, M., « Classification nouvelle des droits réels et personnels », « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit.* 1931.539

CHAZAL, J.-P. et S. VINCENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *Rev. trim. dr. civ.* 2000.477

COING, H., « Signification de la notion de droit subjectif », *A.P.D.* 1964.1

CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT ET DU TITRE, *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, Paris, 1997

COLLINET, P., « La tradition des servitudes dans le droit de Justinien », dans *Mélanges Girard*, vol. 1, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1912, p. 185

COMBESCURÉ, F., « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français », *Rev. de lég. et de jurisprud.* 1903.477

CORNIL, G., « Une orientation nouvelle des recherches sur les origines de la Famille et de la propriété en droit romain », *R.H.D.* 1937.555

CORNIL, G., « *Debitum et Obligatio*. Recherches sur la formation de la Notion de l'Obligation romaine », dans *Mélanges Girard*, vol. 1, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1912, p. 199

CROCQ, P., *Rép. civ.* Dalloz, v^o *Gage*

CROCQ, P., *Rép. civ.* Dalloz, v^o *Nantissement*

CROZE, H. et Y. REINHARD, note sous *C.A. Lyon*, 23 fév. 1984, *D.* 1985.127

DABIN, J., « Une nouvelle définition du droit réel », *Rev.trim.dr.civ.* 1962.20

DABIN, J., « Droit subjectif et subjectivisme juridique », *A.P.D.* 1964.17

DABIN, J., « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit.* 1939.413

DALLANT, R., « Le respect des contrats par les tiers », *J.C.P.* 1939.I.86

DARAGON, E., « Étude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998.chr.63

DARMSTADTER, A., *J.-Cl. Com.*, v^o *Bordereau de transfert des créances*

DAVID, A., « Les biens et leur évolution », *A.P.D.* 1963.165

DECHEIX, P., « La fiducie ou du sens des mots », *D.* 1997.35

DE GUILLENCHMIDT, J., « La France sans la fiducie ? », *Rev. jurisprud. com.* 1991.49

DE LAPASSE, P., « Le moment du transfert de propriété lors de la vente des valeurs mobilières et d'autres droits incorporels », *J.C.P. Cahiers de droit de l'entreprise*, 1995.18

DELECCI, J.-M., « Le nouveau droit de propriété sur les titres négociés », *J.C.P. éd. E.* 1994.I.368

DELVAUX, P. H., « La mobilisation des créances à titre de garantie », dans CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS, UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN, *La transmission des obligations : Travaux des IX^e Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 517.

DEMOGUE, R., « Le sujet de droit », *Rev.trim.dr.civ.* 1909.620

DERRIDA, F., *Rép. civ.* Dalloz, v^o *Obligations*

DERRIDA, F., *Rép. civ.* Dalloz, v^o *Solidarité*

DERRIDA, F., « La dématérialisation du droit de rétention », dans *Mélanges Pierre Voirin*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 177

DERRUPPÉ, J., « Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire », dans *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 169

DERRUPPÉ, J., *Rép. civ.* Dalloz, v^o *Fonds de commerce*

DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P., « De la copropriété », *Rev. crit.* 1907.530

DE VISSCHER, F., « La notion de puissance dans l'organisation de l'ancien droit romain », dans F. DE VISSCHER, *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Milan, A. Giuffrè, 1949, p. 266

DE VISSCHER, F., « Du *jus abutendi* », *Rev.trim.dr.civ.* 1913.337

DE VISSCHER, F. « *Mancipium et res Mancipi* », dans F. DE VISSCHER, *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Milan, A. Giuffrè, 1949, p. 193

DE VISSCHER, M. « Les origines de l'obligation *ex delicto* », *R.H.D.* 1928.335

DJOUDI, J., *Rép. civ.* Dalloz, v^o *Occupation*, n^o 9

DJOUDI, J., *Rép. civ.* Dalloz, v^o *Possession*, n^o 7

DJOUDI, J., *Rép. civ.* Dalloz, v^o *Revendication*, n^o 88

DOCKÈS, E., « Essai sur la notion d'usufruit », *Rev. trim. dr. civ.* 1995.479

DUMAS, J. P., « La jurisprudence met-elle en péril la loi Dailly ? », *Dalloz Affaires* 1996.251

ESMEIN, P., « Essai sur la théorie juridique du compte courant », *Rev.trim.dr.civ.* 1920.79

ESMEIN, P., « Recherches historiques sur le testament *per aes et libral* », *N.R.H.* 1886.543.

EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. J. Dabin », *Rev. Dr.Pub.* 1957.53

ENDRÉO, L., note sous Com. 28 juin 1983, D. 1984.447

FABRE-MAGNAN, M., « Propriété, patrimoine et lien social », *Rev.trim.dr.civ.* 1997.583

FABRE-MAGNAN, M., « Le mythe de l'obligation de donner », *Rev.trim.dr.civ.* 1996.85

FAGES, B., *J.-Cl. Com.*, v^o *Lettre de change : Théorie de la provision*

FASQUELLE, D., « Le nantissement des valeurs mobilières », *Rev.trim.dr.com.* 1995.1

FEENSTRA, R., « *Dominium utile est chimera* : nouvelles réflexions sur le concept de propriété dans le droit savant », *R.H.D.* 1998.381

FONTAINE, M., « La transmission des obligations *de lege feranda* », dans CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS, UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN, *La transmission des obligations : Travaux des IX^e Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 612-672

FOUCHARD, P., « L'injonction judiciaire et l'exécution en nature : Éléments de droit français », (1989) 20 *R.G.D.* 31

FOYER, J., *Rép. civ.* Dalloz, v^o *Injonction de faire*

FRANÇOIS, J., « Affectation d'un compte bancaire en garantie, gage, compensation et fiducie », note sous Com. 3 juin 1997, D. 1998.J.61

FRANÇON, A., « L'usufruit des créances », *Rev.trim.dr.civ.* 1957.1.27.

FRAUD, E., « La notion de transfert de créance », *Droit prospectif. R..R.J.* 1998.3.817

FRISON-ROCHE, M.-A et D. TERRE-FORNACCIARI, « Quelques remarques sur le droit de propriété », *A.P.D.* 1990.233

GARDIES, « La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant », *A.P.D.* 1979.139

GAUDEMET, J., « Fief et féodalités (à propos d'études comparatives récentes) », *Revue historique de droit français et étranger* 1999. 85

GAUDEMET, J., « *Dominium-imperium*- Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits.* 1995.3

GAUTIER, P.-Y., *Rép. civ.* Dalloz, v° *Action paulienne*
GAUTIER, P.-Y., « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabiniens », *D.* 1988.1.152
GAUTIER, P.-Y., « Rapport de synthèse », *A.P.D.* 1999.233
GAVALDA, C., « La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981) », *D.* 1981.199
GHESTIN, J., « La transmission des obligations en droit positif français », dans *CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS, UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN, La transmission des obligations : Travaux des IX^e journées d'études juridiques Jean Dabin*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 1 et suiv.
GINOSSAR, S., « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *Rev.trim.dr.civ.* 1962.573
GOUTAY, P., « La notion de valeur mobilière », *D.* 1999.chr.226
GOUTAY, P., « Dématérialisation des titres : la portée de l'inscription des actions sur le registre des transferts de la société (à propos de la Cass. Com., 10 juin 1997) », *Dalloz Affaires* 1997.1173
GOUTTENOIRE-CORNUT, A., « La richesse des fruits », *R.R.J. Droit prospectif* 2001.4.1225
GOYET, C., « Remarques sur la cession de créances du fonds commun de créances », *Rev. jurisprud. com.* 1990.241
GRIMALDI, M., « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Défr.* 1991.35085.897
GRUA, F., « Le dépôt de monnaie en banque », *D.* 1998.chr.259
GRUA, F., « À propos des cessions de créances par transmission d'effets », *D.* 1986.chr.261
GRZEGORCZYK, C., « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », *A.P.D.* 1979.259
GUELFUCCI-THIBERGE, C., « De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *Rev.trim.dr.civ.* 1994.275
GUILLENCHMIDT, J. de, « La fiducie, Pour quoi faire ? Présentation de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie », *Rev. dr. banc.* 1990-91.105
GUTMANN, D., « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », *A.P.D.* 1999.65
HAGE-CHAHINE, F., « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *Rev.trim.dr.civ.* 1982.705
HENRIOT, J., « De l'obligation comme chose », *A.P.D.* 1979.235
HEPP, H., « Le droit d'auteur, propriété incorporelle », *Rev.int.dr.aut.* 1958.161
HÉRAIL, J., *Rép. civ.* Dalloz, v° *Legs*
HOCQUET-DE-LAJARTRE, « La protection des droits du débiteur cédé dans la cession-Dailly », *Rev.trim.dr.com.* 1996.211
JESTAZ, P., « Compte rendu de la thèse de M. M. LEVIS : "L'opposabilité du droit réel" », *Rev.trim.dr.civ.* 1986.81.
JESTAZ, P., « Le tireur conserve-t-il la disponibilité de la provision après l'émission d'une lettre de change ou d'un chèque ? », *Rev.trim.dr.com.* 1966.881
JESTAZ, P., *Enc. Dalloz dr. civ.*, v° *Droit*
JOSSERAND, L., « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », dans *Mélanges Sugiyama*, Paris, Sirey, 1940, p. 95 et suiv.
KAHN, P. « L'apport en société du bail rural », *Rev.trim.dr.civ.* 1962.657
KAMINA, P., « De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles, À propos de l'arrêt de la Cour de Cassation du 6 mai 1997 (*Godard c. Houdelincks*) », *R.R.J. Droit prospectif* 1998.3.881
LALOU, H., « L'article 1382 contre l'article 1165 », *D.H.* 1928.69
LARROUMET, C., « La fiducie inspirée du trust », *D.* 1990. 1.119
LARROUMET, C., « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », *J.C.P. éd. E.*, 1990.II.15877

LE CANNU, P., « L'ambiguïté d'un concept négatif : les valeurs mobilières », *Bull. Joly*. 1993.396.

LEGEAIS, R., « Le Conseil constitutionnel français, protecteur du droit de propriété », dans *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, Payet, 1985, p. 61

LENOAN, « Du recours du véritable créancier contre celui qui a reçu indûment un paiement à sa place », *Rev.trim.dr.civ.* 1923.925

LEPAGE, H., « L'analyse économique et la théorie du droit de propriété », *Droits*. 1985.91

LEPARGNEUR, J., « De l'effet à l'égard de l'ayant-cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatives au bien transmis », *Rev.trim.dr.civ.* 1924.481

LESSONA, S., « Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », *Rev. trim. dr. civ.* 1912.361

LEYTE, G., « *Imperium et dominium* chez les glossateurs », *Droits*. 1995.19

LIBCHABER, R., *Rép. civ.* Dalloz, v^o Biens

LIBCHABER, R., « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *Rev.trim.dr.civ.* 1997.615

LIBCHABER, R., « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », *Défr.* 1997.65

LIMPENS, J., « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers : contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et personnels », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 2, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1961, p. 89

LONGCHAMPS, F., « Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine », *A.P.D.* 1964.45

MARGUENAUD, J. P., « L'assimilation des droits de créances à des biens par la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *Rev.trim.dr.civ.* 1996.515

MARTIN, D. R., « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », *D.* 1998.15

MARTIN, D. R., « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996. I.chr.47

MARTIN, D.-R., « Du titre et de la négociabilité, à propos des pseudo-titres de créances négociables », *D.* 1993.20

MARTIN, D., « Du conflit relatif à la créance du prix de revente d'une marchandise acquise sous réserve de propriété », *D.* 1986.chr.323

MARTIN-SERF, A., obs. sous Com., 20 juin 1989, *Rev. trim. dr. com.* 1989.745

MARTY, J.-P., « Les rapports de la créance fondamentale et du titre avec la provision de la lettre de change », *Rev.trim.dr.com.* 1978.307

MASSON, P. « Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain », *R.H.D.* 1934.1

MEIJERS, E.M., « Le soi-disant *jus ad rem* », dans *Études d'histoire du droit*, t. 4, *Le droit romain au Moyen-Âge*, Leyde, Universitaire pers Leiden, 1966, p. 175

MESTRE, J., « Brèves réflexions sur les conflits opposant les bénéficiaires de transferts de créances et les titulaires d'actions directes », *Rev.trim.dr.civ.* 1988.750

MESTRE, A., « Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, p. 163

MEYNIAL, E., « Notes sur la formation du domaine divisé du XII^e au XIV^e siècle », dans *Mélanges Fitting*, t. 2, Montpellier, Imprimerie générale du midi, 1908, p. 409

MICHA-GOUDET, R., « Nature juridique des dividendes », *J.C.P. éd. E.* 1998.68

MICHAELIDES-NOUAROS, G., « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *Rev.trim.dr.civ.* 1966.216

MONIER, R., « La date d'apparition du *dominium* et la distinction des *res* en corporelles et incorporelles », dans *Studi Solazzi*, Naples, 1948, p. 357

MONIER, R., « La possession est-elle une *res incorporalis* en droit romain classique ? » dans *Mélanges De Visscher*, t. 4, Bruxelles, Office international de librairie, 1950, p. 239

MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, A.-M., « Titrisation : nouveau mode d'emploi », *J.C.P. éd. E.* 1998. I.23

MORIN, G., « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 3

MOTULSKY, H., « De l'impossibilité juridique de constituer un trust anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. Crit. D.I.P.* 1948.451

MOULY, C., « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », dans *Études dédiées à René Roblot : Aspects actuels du droit commercial français*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 529

MOULY, C., « Procédures civiles d'exécution et droit bancaire », *Rev. trim. dr. civ.* 1993.65

MOUSSERON, J.-M., « Valeurs, biens, droits », dans A. HONORAT et P. JULIEN (dir.), *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277

MOUSSERON, J.-M., J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993

NICHOLAS, B., « Le langage des biens dans la *Common Law* », *A.P.D.* 1979.55

NIORT, J.-F., « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », *A.P.D.* 1992.101

OPPÉTIT, B., « Le trust dans le commerce international », *Rev. crit. D.I.P.* 1973.9, note 2

OPPÉTIT, B., « Droit et économie », *A.P.D.* 1992.17

PANCRAZI-TIAN, M.-E., « Les conflits sur créance », *Droit et patrimoine.* 1998.59

PATAULT, A.-M., « Regard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immeuble corporel », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^e Journées R. Savatier, Paris, P.U.F., 1991, p. 3

PAULIN, C., *J.-Cl. Civil*, art. 565-567

PELTIER, F., « Les aspects juridiques de la mobilisation des emplois bancaires par la Banque de France », *Rev. dr. banc.* 1991.5

PÉROCHON, F., « La revendication favorisée (loi n. 94-475 du 10 juin 1994) », *D.* 1994. chr.251

PÉROCHON, F., « Réserve de propriété, revendication », *D.* 1996.somm.com.211

PIEDELIEVRE, S., « Un portefeuille de valeurs mobilières constitue une universalité », *J.C.P.* 1999.II.10027

PIEDELIEVRE, S., « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », dans *Aspects du droit privé en fin du XX^e siècle : études réunies en l'honneur de Michel De Juglart*, Paris, Montchrestien, Éditions techniques, 1986, p. 55

PIEDELIEVRE, S., *Rép. civ.* Dalloz, v^o Fruits

PIÉRI, G., « Obligation », *A.P.D.* 1990.221

POLLAUD-DULIAN, F., « Droit moral et droits de la personnalité », *J.C.P.* 1994.I.3780

PORTALIS, J.-E.-M., « Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété. Titre II, Livre II du Code civil, présenté le 26 Nivôse An XII », dans J.-E.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 111

PORTALIS, J.-E.-M., « Exposé des motifs du projet de loi, Titre XI, Livre III du Code civil, relatif à la forme et à la nature de la vente, présenté le 7 Ventôse An XII », dans J.E.M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 159

RAMPENBERG, R.-M., « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », *A.P.D.* 1999.35

RANOUIL, V., « Propriété », *Rép. not.* Dalloz, fasc. 10, art. 544

RAYNAUD, P., « Le contrat de location d'un fonds de commerce » *Rev. crit.* 1936.546

RAYNAUD, P., « La renonciation à un droit », *Rev. trim. dr. civ.* 1936.763

REBOUL, Y., « Le droit de marque à l'aube du 3^e millénaire », *J.C.P.* 2000.I.196

REINHARD, Y., note sous Cass. Com., 23 oct. 1990, *D.* 1991.173

REJET, T., « Les différentes ventes », *J.C.P. éd. E.* 1995, Cah. dr. ent., Suppl. 5.1., p. 8

REYGROBELLET, A., « Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », *Rev. trim. dr. com.* 1999.305

RIEG, A., *Rép. civ.* Dalloz, v^o Cession de créance

RIEG, A., *Rép. civ.* Dalloz, v^o Usufruit

RIGAUD, L., « La théorie du droit réel et de l'obligation de la science juridique pure », *Rev. crit.* 1925.453

RIGAUD, L., « À propos d'une renaissance du « jus ad rem » et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *Rev. int. dr. comp.* 1963.557

RIGAUD, L., « Un docteur de l'Université des lois d'Orléans, professeur et diplomate Gérard Feltmann (1637-1696) », *R.H.D.* 1952.232

RODIÈRE, R., *Enc. Dall. dr. civ.*, v° *Possession*

ROUAST, A., « L'évolution du droit de propriété », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 1, Paris, Dalloz, 1945, p. 45

ROUBIER, P., « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *Rev. trim. dr. civ.* 1935.282

ROUBIER, P., « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », *A.P.D.* 1964.83

ROUXEL, S., « Le portefeuille de valeurs mobilières constitue une universalité que l'usufruitier peut gérer sans l'accord du nu-proprétaire, à charge pour lui d'en conserver la substance », *J.C.P. éd. E.* 1999.426

SAINT-ALARY, R., *Rép. civ. Dalloz*, v° *Accession*

SALEILLES, R., « La cession de dette », *Annales du droit commercial.* 1890.229

SAUVAGE, F., « Les nouvelles frontières du quasi-usufruit », *J.C.P. éd. N.* 2000.691

SAVATIER, R., « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels », *Rev. trim. dr. civ.* 1958.1

SAVATIER, R., « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. trim. dr. civ.* 1958.331

SAVATIER, R., « Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat », *Rev. trim. dr. civ.* 1934.525

SAVAUX, E., *Rep. civ. Dalloz*, v° *Subrogation réelle*

SAVOURET, E.-M., « Incorporels : vers une adaptation de notre droit ? », *Dalloz Affaires* 1997.750

SCHMIDT, D., « La titrisation des créances », *R.ev. jurisprud. com.* 1989.117

SCHMIDT, D., « Les droits du cessionnaire à l'encontre du banquier chargé de l'encaissement de la créance », *J.C.P. éd. E.* 1986.I.15465

SCHMIDT, D., « Le régime actuel des valeurs mobilières », *Rev.dr. banc.* 1987.42

SCHMIDT, D. et P. GRAMLING, « La loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises », *D.* 1981.chr.217

SEBAG, L., *Rép. civ. Dalloz*, v° *Occupation*

SENN, F. « La notion romaine de propriété », *Annales de droit et de sciences politiques* 1939, p. 420

SERIAUX, A., *Rép. civ. Dalloz*, v° *Patrimoine*

SERIAUX, A., *Rép. civil Dalloz*, v° *Propriété*

SERIAUX, A., « La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *Rev. trim. dr. civ.* 1994.805

SIRINELLI, P., « Le quasi-usufruit », *Petites aff.* 21 juill. 1993.30-37

SOHM-BOURGEOIS, A.-M., *Rép. civ. Dalloz*, v° *Prescription acquisitive*

SOINNE, B. « Le nouveau droit de la revendication issu de la loi du 10 juin 1994 », *Petites aff.* 1994.110.76.

STARCK, B., « Variations sur un thème classique – Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *J.C.P.* 1954.I.1180

STOUFFLET, J., « Propos sur la transmission des créances », dans *Mélanges A. Weill*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 515

STOUFFLET, J., *Rép. com. Dalloz*, v° *Compte courant*

STOUFFLET J. et Y. CHAPUT, « L'allègement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 et D. n° 81-862 du 9 septembre 1981) », *D.* 1981.I.3044

TALAU, J.-M., « Le porteur d'une lettre de change, le sous-traitant et la provision », *J.C.P. éd. E.* 1999.996

TERRAY, J. et X. DE KERGOMMEAUX, *Rép. com. Dalloz*, v° *Fonds communs de créances*

TERRÉ, F., « L'évolution du droit de propriété depuis le code civil », *Droits.* 1985.33

TESTU, F. X., « Les glossateurs, Regards d'un civiliste », *Rev. trim. dr. civ.* 1993.279

THALLER, E., « Nature juridique du titre de crédit », *Annales de droit commercial*. 1906.110 ; 1907.97
THALLER, E., *Annales du droit commercial*. 1890.229
THALLER, E., « Si les bénéficiaires du commerce sont ou ne sont pas des fruits », *Ann. dr. com.* 1896.194
THALLER, E., « Des rapports de la propriété littéraire et artistique avec le régime de communauté », *Rev. trim. dr. civ.* 1903.61
THÉRY, R., « De l'utilisation à la propriété des choses », dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : Études offertes à Georges Ripert*, t. 2, *La propriété, Contrats et obligations, La vie économique*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 17
THOMAS, Y., « Res, chose et patrimoine » (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *A.P.D.* 1980.413
TOLÉDO, A.-M., « La compensation conventionnelle. Contribution plus particulièrement à la nature juridique de la compensation *in futurum* », *Rev. trim. dr. civ.* 2000.265
VACCARO, F., « Le sort de la saisie conservatoire de créance dans le cadre de la procédure collective », *Dalloz Affaires* 1997.1409
VANEL, M., *Rép. civ.* Dalloz, v^o *Propriété*
VAREILLES-SOMMIÈRES, P. de, « Du conflit des créances et du droit de préférence entre créanciers », *Rev. crit.* 1906.474
VAREILLES-SOMMIÈRES, P. de, « La définition et la notion juridique de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.* 1905.443
VASSEUR, M., « Un grave problème d'application de la loi Dailly », *D.* 1986.chr.73
VASSEUR, M., « Réflexions sur le régime juridique du porteur de traites non acceptées », *D.* 1985.chr.199
VASSEUR, M., « L'application de la loi Dailly, escompte ? Cession de créance en propriété à titre de garantie ? ou bien l'un ou l'autre suivant les cas ? », *D.* 1982.chr.273
VASSEUR, M., « Le contrat d'escompte, nature et portée », *Banque* 1982.1458
VASSEUR, M., « Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire », *Banque* 1978.458
VASSEUR, M., « L'évolution du droit de propriété », dans *DIVISIA, DUPIN et ROY, À la recherche du franc perdu*, Paris, R. Blanchard, 1956
VAUPLANE DE, H., « Le régime juridique du transfert de propriété des titres cotés », *Banque et droit* 1994.11
VIENNOIS, J.-P., « La revendication des créances », *R.R.J. Droit prospectif* 2001.4.1421
VILLEY, M., « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », *R.I.D.A.* 1949.418
VILLEY, M., « Notes sur le concept de propriété », et « Métamorphoses de l'obligation », dans *M. VILLEY, Critique de la pensée juridique moderne : douze autres essais*, Paris, Dalloz, 1976, p. 187
VILLEY, M., « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *A.P.D.* 1964.97
VILLEY, M., « Les origines de la notion de droit subjectif », dans *M. VILLEY, Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, p. 249
VILLEY, M., « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », dans *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris VI, Paris, Sirey, 1950, p. 194.
VILLEY, M., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *R.H.D.* 1946-47.201
VILLEY, M., « La Justice distributive et l'idée de droit subjectif », dans *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, p. 195
VINCENT, J., « Les propriétés collectives, l'indivision et l'effet déclaratif du partage », *Rev. crit.* 1935.14
VIVANT, M., « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *J.C.P.* 2000.I.193
WESTRUP, K. W., « Quelques remarques sur la propriété primitive », *R.H.D.* 1933.227

- WITZ, C. (dir.), « La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens », *Bull. Joly*, 1991, n° 4 bis
- WITZ, C. (dir.), *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris, L.G.D.J., 1985
- WITZ, C., « La fiducie sûreté en droit français », *Rev. jurisprud. com.* 1982.67
- ZENATI, F., « L'immatériel et les choses », *A.P.D.* 1999.79
- ZENATI, F. et F. FOURNIER, « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », *Rev. trim. dr. civ.* 1996.339
- ZENATI, F., « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.* 1993.305
- ZENATI, F., « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^e Journées René Savatier, Paris, PUF, 1991, p. 13
- ZENATI, F., « Le droit et l'économie au-delà de Marx », *A.P.D.* 1992.121
- ZENATI, F., note sous C.A. Dijon, 9 septembre 1987, D. 1988.74
- ZENATI, F., *Rev. trim. dr. civ.* 1999.422 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1998.115 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1998. 137 et *Rev. trim. dr. civ.* 1998.408 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1997.166 et *Rev. trim. dr. civ.* 1997.696 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1996.424 et *Rev. trim. dr. civ.* 1996.932 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1995.642 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1990.682 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1989.162
- ZENATI, F., *Rép.soc.* Dalloz, v° *Usufruit des droits sociaux*

II. DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

A. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

- ARCHAMBAULT, J.-P. et M.-A. ROY, *Le droit des affaires*, 2^e éd., Montréal, HRW, 1986
- BASTARACHE, M. et A. BOUDREAU-OUELLET, *Précis du droit des biens réels*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993
- BAUDOIN, J.-L., *Traité élémentaire de droit civil : les obligations*, Montréal, P.U.M., 1970
- BAUDOIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998
- BAUDOIN, J.-L. et V. KARIM, *Droit des obligations : Recueil de jurisprudence*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996
- BAUDOIN, L., *Le droit civil dans la province du Québec : modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953
- BAUDOIN, L., *Les aspects généraux du droit privé dans la province du Québec : droit civil, droit commercial, procédure civile*, Paris, Dalloz, 1967
- BAUDOIN, J.-L. et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003
- BOHÉMIER, A. et P.-P. CÔTÉ, *Droit commercial général*, 3^e éd., t. 1 et 2, Montréal, Éditions Thémis, 1985-1986
- BOHÉMIER, A. et F. FERLAND, *Droit commercial général*, Montréal, Coop Droit Université de Montréal, 1997-1998
- BOUFFARD, J., *Traité du domaine*, Québec, P.U.L., 1977
- BRIÈRE, G., *Droit des successions*, coll. « Bleue », 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002
- BRISSON, J.-M., J. LECLAIR et A. MOREL, *Sources et formation du droit : DRT 1108*, Montréal, Coop Droit Université de Montréal, 1994-1995
- CAPARROS, E. et P. LAQUERRE, *Droit des biens*, t. 1, *Meubles, immeubles, droit de propriété, démembrements du droit de propriété*, Québec, Université Laval, Faculté de droit, 1973
- CARON, M., *Précis de droit des effets de commerce*, rev. par Albert BOHÉMIER en collaboration avec Michel DESCHAMPS, Montréal, Beauchemin, 1978

CIOTOLA, P., *Le droit de propriété et ses démembrements*, Montréal, Librairie de l'Université de Montréal, 1977

CIOTOLA, P. et F. HÉLEINE, *Recueil de textes et d'arrêts : droit des biens, droit civil*, Montréal, Librairie de l'Université de Montréal, 1975

CIOTOLA, P. et F. HÉLEINE, *Théorie générale des droits*, cours polycopié, Montréal, Librairie de l'Université de Montréal, 1975, p. 14

CLERMONT, B. et B. YACCARINI, *Initiation au droit des affaires du Québec*, 4^e éd., Québec, P.U.L., 1986

CRÉPEAU, P.-A. (dir.), *Les codes civils : Édition critique*, 13^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993

CRÉPEAU, P.-A., N. KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 ; et 2^e éd., 1991

CUGNET, J.-F., *Traité des anciennes lois, coutumes et usages de la colonie du Canada aujourd'hui province de Québec*, Québec, G. Brown, 1775

DAVID, R. et J.E.C. BRIERLEY, *Major Legal Systems in the World Today: an Introduction to the Comparative Study of Law*, 3^e éd., London, Stevens and Sons, 1985

DE LA DURANTAYE, L. J., avec la collaboration de M. BRIÈRE et L.-P. TASCHEREAU, *Traité des effets négociables*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1964

DESCHAMPS, M., *Droit bancaire*, Montréal, Coop Droit, Université de Montréal, 2000

FARIBAUT, L., *Traité de droit civil du Québec*, t. 4, *De l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété, des successions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1954

FARIBAUT, L., *Traité de droit civil du Québec*, t. 11, *De la vente*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1961

FERLAND, D. et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003

FRENETTE, F., *De l'emphytéose*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1983

GENDREAU, Y., *Propriété intellectuelle et industrielle : DRT 3332 : recueil de textes*, Coop droit Université de Montréal, Université de Montréal, 1999

GOULET, J., A. ROBINSON et D. SHELTON, *Théorie générale du domaine privé*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1984

JOBIN, P.-G., *La vente*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001 ; *La vente dans le Code civil du Québec*, 1^{re} éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993

KARIM, V., *Commentaires sur les obligations*, vol. II, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997

KÉLADA, H., *Précis de droit québécois*, Montréal, Éditions SOQUIJ, 1994

LAFOND, P.-C., *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999

LAMONTAGNE, D.-C., *Biens et propriété*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002

LAMONTAGNE, D.-C. et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, « Les principaux contrats : la vente, le louage, la société et le mandat », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999

LAMONTAGNE, D.-C. et G. GOLDSTEIN, *Droit des contrats : vente, bail, mandat : recueil de jurisprudence*, Montréal, Éditions Thémis, 1990

LANGELIER, F., *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905; t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1906 ; t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907

LAREAU, E., *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, Montréal, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1888

L'HEUREUX, N., *Précis de droit commercial du Québec*, 2^e éd., Québec, P.U.L., 1975

LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998

MARTINEAU, P., *Les biens*, coll. « Cours Thémis », 5^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1979

MARTINEAU, P., *La prescription*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977

MIGNAULT, P.-B., *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Mourlon*, t. 2, Montréal, Éditions Théorêt, 1896; t. 4, Montréal, Éditions Théorêt, 1901; t. 5, Montréal, Éditions Théorêt, 1901; t. 7, Montréal, Éditions Théorêt, 1906

MONTPETIT, A. et **G. TAILLEFER**, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson et Lafleur, 1945

MOREL, A., *Histoire du droit : DRT 1108*, 7^e éd., Montréal, Librairie de l'Université de Montréal, 1981

NORMAND, S., *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000

NORMAND, S., *Droit des biens : DRT 1105G : théorie des biens : notes de cours*, Montréal, Coop droit Université de Montréal, 1999

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, « Commentaires », t. 2, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, Comité du droit des biens, *Rapport sur les biens*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1975

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, Comité du droit des obligations, *Rapport sur les obligations*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1975

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, Comité du droit de la fiducie, *Rapport sur la fiducie*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1976

PAYETTE, L., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001

PERRAULT, A., *Traité de droit commercial*, Montréal, Éditions A. Levesque, 1936-1940

PINEAU, J., D. BURMAN et **S. GAUDET**, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001

POURCELET, M., *La vente*, 5^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1987

PRATTE, D., *Priorités et hypothèques*, Québec, Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1995

PROVOST, M., *Théorie générale des biens : notes de cours, DRT 1105 G*, fasc. 1, Montréal, Faculté de droit, 1999-2000

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001

REMILLARD, G. (dir.), *Le nouveau Code civil du Québec : un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995

RODYS, W., *Traité de droit civil du Québec*, t. 15, Montréal, Wilson & Lafleur, 1958

RODYS, W., *Cours élémentaire de droit civil français et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956

ROUSSEAU-HOULE, T., *Précis du droit de la vente et du louage*, Québec, P.U.L., 1986

SMITH, J. A. C. et **J. KERBY**, *Le droit privé au Canada : Études comparatives*, 2^e éd., Ottawa, P.U.O., 1987

TANCELIN, M., *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997

TANCELIN, M., *Des obligations*, vol. 3, *Les techniques d'exécution et d'extinction*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994

TANCELIN, M. et **D. GARDNER**, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1999

WALTON, F. P., *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, trad. M. TANCELIN, Toronto, Butterworths, 1980

B. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES

AGUILAR, A., *De la possession dans le droit civil de la Province de Québec*, thèse pour la maîtrise en droit civil, Montréal, 1948

BEAUDOUIN, G.-A., *La Constitution du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990

BAUDOUIN, L., *L'usage qui est fait en jurisprudence du droit comparé*, coll. « Œuvres des professeurs – Université de Montréal, Faculté de droit », Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1966

BAUDOIN, L., *Quelques aspects du droit de la province du Québec*, Paris, Cujas, 1963
BEAUCHAMP, M., *Le nantissement des valeurs mobilières*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1988
BEAULNE, J., *Droit des fiducies*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1998
BÉRUBÉ, G., *Initiation aux valeurs mobilières*, 2^e éd., Montréal, Publifor, 1986
BOHÉMIER, A., *Le droit de la faillite et de l'insolvabilité*, Montréal, Coop Droit, Université de Montréal, 1998
BONCOMPAIN, J., *Le droit d'auteur au Canada : Étude critique*, Montréal, Le Cercle du livre de France, 1971
BRIERLEY, J.E.C., *Cases and Materials related to civil property law*, vol. I, Montréal, Faculté de droit de l'Université McGill, 1973
BRUNEAU, D., *Droit civil avancé (fiducies) : DRT 6778B / DRT 6800B : recueil de textes*, Montréal, Coop droit Université de Montréal, 1997
CANTIN CUMYN, M., *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, coll. « McGill Legal Studies », n° 4, Montréal, Wilson & Lafleur, 1980
CARON, M., *Précis de droit des effets de commerce*, 6^e éd., révisée par A. BOHÉMIER, en collaboration avec M. DESCHAMPS, Montréal, Librairie Beauchemin, 1972
COMITÉ DE RÉDACTION, *Dictionnaire de droit privé*, « Notes lexicographiques. Droit réel », (1998) 100 R. du N. 275
CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999
DEMERS, R., *Le financement de l'entreprise : aspects juridiques*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1985
DESLAURIERS, J., *Loi sur la faillite et l'insolvabilité : législation, jurisprudence, doctrine*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001
DORION, F., *Précis de l'entreprise au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 1996
DUBÉ, M., *La distinction entre la subrogation et la cession de créance*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1969
FRANÇON, A., *Le droit d'auteur : aspects internationaux et comparatifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992
JOBIN, P.-G., *Le louage de choses*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989
LACASSE, N., *Droit de l'entreprise*, 2^e éd., Québec, Éditions Narval, 1997
LACHANCE, M., *L'efficacité des sûretés du Code civil du Québec en vertu du droit civil et de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 1996
LAFLAMME, L., *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999
LAMONTAGNE, D.-C. et P. DUCHAINE, *La publicité des droits*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001
LAUZON, Y., *Droit de la faillite*, vol. 1, Montréal, Coop Droit Université de Montréal, 1997-1998
LEMIEUX, R., *Les origines du droit franco-canadien*, Montréal, Éditions Théoret, 1901
LE MOYNE DE SÉRIGNY, G., *Au carrefour de trois systèmes juridiques, le droit civil de la province de Québec*, Université de Bordeaux, Faculté de droit, 1950
LÉVESQUE, L., *L'acte de fiducie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991
L'HEUREUX, N. et É. FORTIN, *Droit bancaire*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999
LOUNGNARATH, V., *Droit des valeurs mobilières*, Montréal, Coop Droit Université de Montréal, 1996-1997
MACKAAY, E., *Analyse économique du droit : Recueil de textes*, Montréal, Coop Droit Université de Montréal, 1994
MACKAAY, E., *Economics of Information and Law*, Boston, éd. Kluwer, 1982
MACPHERSON, C. B., *Property, Mainstream and Critical Positions*, Toronto, University of Toronto Press, 1978
MARLER, G., *The law of Real Property*, Toronto, Burroughs, 1932
MARTEL, M. et P. MARTEL, *La compagnie au Québec*, vol. 1, *Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, Martel ltée, 2003

MAYRAND, A., *Les successions ab intestat*, Montréal, P.U.M., 1971
 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993
 WALTON, F. P., *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, trad. M. TANCELIN, Toronto, Butterworths, 1980
 PICHETTE, S., *Le régime canadien de la propriété intellectuelle : excluant les marques de commerce*, Montréal, École des Hautes Études Commerciales, 1979
 ROBINSON, A. et D. SHELTON, *La propriété*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1987
 TAMARO, N., *Loi sur le droit d'auteur*, 5^e éd., Scarborough, Carswell, 2000
 VACHON, P., *La vente d'entreprise*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997

C. ARTICLES ET CHRONIQUES

Anonyme, « Cession, transport, créance, signification », (1908-1909) 11 *R. du N.* 71
 AUGER, J., « Problèmes actuels de sûretés réelles », (1997) 31 *R.J.T.* 623
 BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire de la sous-commission du barreau du Québec sur le droit des biens*, présenté à la commission parlementaire le 12 juin 1985 sur le projet de loi 20, 198
 BAUDOIN, J.-L., « Chronique de droit civil québécois », (1988) 87 *Rev.trim.dr.civ.* 600
 BAUDOIN, J.-L., « Chronique de droit civil québécois », *Rev. trim. dr. civ.* 1984.189
 BAUDOIN, J.-L., « Conférence de clôture », (1990) 24 *R.J.T.* 619
 BAUDOIN, J.-L., « L'interprétation du code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 715
 BICH, M.-F., « Le contrat de travail », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 743
 BILLETTE, J.E., « Études de jurisprudence, À propos de la fiducie », (1932) 11 *R. du D.* 38
 BOUDREAU-OUELLET, A., « Aspects conceptuels et juridiques du droit de propriété », (1990) 21 *R.G.D.* 169
 BOULT, R., « Aspects des rapports entre le droit civil et la "Common Law" dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 738
 BOUSQUET, F., « Bilan de la jurisprudence en matière de priorités et d'hypothèques », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 5
 BOUSQUET, J.-P., « La publicité des droits », dans Collection de droit 1996-1997, École du Barreau du Québec, volume 9, *Sûretés, publicité des droits, faillite et insolvabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 91 et suiv.
 BRIERLEY, J.E.C., « Quebec's Civil Law Codification. Viewed and Reviewed », (1968) 14 *McGill L. J.* 521
 BRIERLEY, J.E.C., « De certains patrimoines d'affectation : les articles 1256-1298 », dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 1, « Personnes, successions, biens », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 735
 BRIERLEY, J.E.C., « L'affaire "Tucker" sous les feux du droit comparé », (1984-85) 15 *R.D.U.S.* 3
 BRIERLEY, J.E.C., « Regards sur le droit des biens dans le nouveau code civil du Québec », (1995) 1 *R.I.D.C.* 33
 BRIERLEY, J.E.C., « Substitutions, stipulations d'inaliénabilité, fiducies et fondations », (1988) 3 *C.P. du N.* 243
 BRIERLEY, J.E.C., « The new Quebec Law of trusts: the adaptation of Common Law thought to Civil Law concepts », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 382
 BRIERLEY, J.E.C., « The Trust in Quebec », (1980) 25 *McGill L.J.* 421

BRIERLEY, J.E.C., « De la fiducie », dans *La réforme du Code civil*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993

BROCHU, F., « Le mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits en vertu du nouveau *Code civil du Québec*, et le rôle des principaux intervenants », (1993) 34 *C. de D.* 949

BROCHU, F., « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière », (2003) 105 *R. du N.* 737

BROCHU, F., « Pleins feux sur le nouveau registre des droits personnels et réels mobiliers », (1994) 96 *R. du N.* 228

CADORET, L. et N. PAGE, « RDPRM, facile comme 2+2=4 », (2001) 1 *C.P. du N.* 103

CANTIN CUMYN, M. « De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation », dans *Chambre des Notaires du Québec, Répertoire de droit*, « Les Biens », Doctrine – Document 3, Montréal, 1990

CANTIN CUMYN, M., « L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique », D. 1992.chr.117

CANTIN CUMYN, M., « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innomés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 *R. du B.* 3

CANTIN CUMYN, M., « Essai sur la durée des droits patrimoniaux », (1988) 48 *R. du B.* 3

CANTIN CUMYN, M., « La fiducie et le droit civil », (1992) *Mer.Lect.* 159

CANTIN CUMYN, M., « La propriété fiduciaire : mythe ou réalité ? », (1984-85) 15 *R.D.U.S.* 7

CANTIN CUMYN, M., « Le droit privé des biens à l'enseigne de la continuité », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 375

CANTIN CUMYN, M., « Le recours à l'ancien Code pour interpréter le nouveau », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application : Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 161

CANTIN CUMYN, M., « L'origine de la fiducie québécoise », dans CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 199

CANTIN CUMYN, M., « Les principaux éléments de la révision des règles de la prescription », (1989) 30 *C. de D.* 611

CANTIN CUMYN, M., « *The trust in a civilian context: The Quebec case* », (1994) 3 *Journal of International Trust and Corporate Planning* 69-77

CANTIN CUMYN, M., « *The Quebec Trust: A Civilian Institution with English Law Roots* », dans J.M. MILO et J.M. SMITS, *Trusts in Mixed Legal System*, Privaatrecht, Nijmegen, 2001, p. 73-81

CARON, Y., « La vente et le nantissement de la chose mobilière d'autrui. Première partie », (1977) 23 *McGill L.J.* 1

CARRIÈRE, L., « Droit d'auteur et droit moral : quelques réflexions préliminaires », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développement récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 241

CHARBONNEAU, P., « Les patrimoines d'affectation : vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine », (1982-83) 85 *R. du N.* 491

CHARRON, C., « De la publicité des droits », dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 3, « Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires », Sainte-Foy P.U.L., 1993, p. 589

CHENARD, V., « La théorie de l'abandon », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 151

CIOTOLA, P., « Commentaire sur la réforme des sûretés réelles », (1990) 24 *R.J.T.* 567

CIOTOLA, P., « La tradition, condition d'existence du don manuel », (1975-76) 78 *R. du N.* 144

CIOTOLA, P., *Les cessions de créances à titre absolu ou à titre de garantie*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, « Sûretés », Doctrine – Document 10, Montréal, 1990, p. 24

CIOTOLA, P., « Les cessions de créances : modalités de réalisation et conflits de collocation », (1982-83) 17 *R.J.T.* 365

CLAXTON, J.B., « *Language of the Law of the Trust* », (2002) 62 *R. du B.* 273

COMITÉ DE RÉDACTION, DICTIONNAIRES DE DROIT PRIVÉ ET LEXIQUES BILINGUES, « Notes lexicographiques – Droit réel », (1998) 100 *R. du N.* 275

COMPTOIS, R., *Répertoire de droit, Les libéralités*, Chambre des notaires du Québec, Doctrine, doc. 1, p. 240-243

COSSETTE, A., « Aperçu des principales nouveautés de la réforme du droit des biens », (1984) 15 *R.G.D.* 385

COSSETTE, A., « Considérations sur le droit de propriété et son évolution », (1967-68) 70 *R. du N.* 277

COSSETTE, A., « De la révision du chapitre de l'usufruit », (1957-58) 60 *R. du N.* 254

COSSETTE, A., « Essai sur le droit de pêche dans les cours d'eau non navigables », (1997) 100 *R. du N.* 3

CRÉPEAU, P.-A., « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R.D. McGill* 729

CRETE, R., « L'affaire *Michaud* : la voix d'un "simple actionnaire" », (1998) 39 *C. de D.* 135

DESCHAMPS, M., « La fiducie pour fins de garantie », dans *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain*, Conférences Meredith, Montréal, Université McGill, 1997, p. 133

DESCHAMPS, M., « La garantie de l'article 178. Développements récents et questions d'actualité », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit bancaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 129

DESCHAMPS, M., « Les obligations résultant des effets de commerce », Collection de droit 1998-1999, École du Barreau du Québec, vol. 5, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 319

DESLAURIERS, J., « Commentaires sur les propositions concernant la vente », (1988) 29 *C. de D.* 931

DESMEULES, A., « La vente des créances », (1954-1955) 1 *C. de D.* 171

DESROSIERS, M., « Aperçu général de la loi sur la faillite et l'insolvabilité », (1993) 1 *C. P. du N.* 1

EMANUELLI, C.C., « Le droit comparé selon une perspective canadienne », (1980) 40 *R. du B.* 75

FRENETTE, F., « Les démembrements du droit de propriété : traits saillants d'une réforme », (1988) 3 *C.P. du N.* 215

FRENETTE, F., « Chronique de droit des biens », (1973) 4 *R.G.D.* 91

FRENETTE, F., « Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », (1976) 17 *C. de D.* 991

FRENETTE, F., « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *C. de D.* 803

FRENETTE, F., « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 *C. de D.* 439

FRENETTE, F., « La propriété fiduciaire », (1985) 26 *C. de D.* 727

FRENETTE, F., « La propriété superficière », dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit*, « Biens », Doctrine – document 5, Montréal, 1997

FRENETTE, F., « L'état du droit des biens au cinquième anniversaire du Code civil du Québec », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 81

FRENETTE, F., « De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 671-709

FRENETTE, F., « De la prescription », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 567-587

GAGNON, J., « Le transfert de la propriété comme garantie des obligations en droit anglais et en droit civil », (1982-83) 13 *R.D.U.S.* 1

GAUDET, S., « La doctrine et le Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application : Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 223

GAUDET, S., « Le droit à réparation en nature en cas de violation d'un droit personnel *Ad Rem* », (1989) 19 *R.D.U.S.* 473

GENDREAU, Y., « La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil », (1993) 27 *R.J.T.* 85

GLENN, H. P., « Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance », dans *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, dans H. Patrick GLENN (dir.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 578

GLENN, H. P., « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application : Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 175

GOLDSTEIN, G., « La relativité du droit de propriété : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », (1990) 24 *R.J.T.* 507

GOLDSTEIN, G., « La vente dans le nouveau Code civil du Québec : quelques observations critiques sur le projet de loi 125 », (1991) 51 *R. du B.* 329

GOUIN, L. J., « Les créanciers garantis et la nouvelle loi sur la faillite et l'insolvabilité », (1993) 1 *C.P. du N.* 1

GOULET, J., « La propriété : la perception au figuré d'un droit pourtant bien réel », (1990) 21 *R.G.D.* 739

GRAHAM, P.E., « *Some Peculiarities of Trusts in Quebec* », (1962) *R. du B.* 137

GRAY, C. B., « Patrimony », (1981) 22 *C. de D.* 81

GUILBAULT, M. A., « Pot pourri sur les fiducies », dans Congrès 1995, APFF, Montréal, 1996, 1

HARVAY, G., « La réforme de la publicité foncière », (2000) 1 *C.P. du N.* 3

JETTÉ, L. A., « De l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété », (1933-34) 12 *R. de D.* 294

JETTÉ, L. A., « De la propriété », (1930-31) 9 *R. de D.* 373, 393 et 525

JOBIN, P.-G., « L'autorité des commentaires du ministre de la Justice sur le code civil », (1997) 2 *Rev.trim.dr.civ.* 554

JOBIN, P.-G., « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents », dans H. P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 91

JOBIN, P.-G., « Précis sur la vente », dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 2, « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 365

KASIRER, N., « The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles », (2002) 10 *European Review of Private Law* 417

KEYES, A. et **C. BRUNET**, « A Rejoinder to Canadian Copyright: Natural Property or Mere Monopoly », (1979) 40 *C.P.R.* 54

LAMONTAGNE, D.-C., « Distinction des biens, domaine, possession et droit de propriété », dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 1, « Personnes, successions, biens », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 467

LAMONTAGNE, D.-C., « L'opposabilité des droits du locataire et du locateur », (1991) 93 *R. du N.* 306

LAVALLÉE, A., « Quid », (1947-48) 50 *R. du N.* 490

LECLAIR, J., « La Constitution par l'histoire : portée et étendue de la compétence fédérale exclusive en matière de lettres de change et de billets à ordre », (1992) 33 *C. de D.* 535

LECLAIR, J., « L'interaction entre le droit privé fédéral et le droit civil québécois en matière d'effets de commerce : perspective constitutionnelle », (1995) 40 *R.D. McGill* 691

LEPAULLE, P., « An Outsider's View Point of the Nature of Trusts », (1928-29) 63 *R. du N.* 431

LE STANG, C., « Les droits sur les logiciels », dans CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC, UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 43

LILKOFF, L., « Le code civil et le critère jurisprudentiel de la commercialité », (1966) 26 *R. du B.* 534

LOUNGNARATH, V. « L'endettement de l'entreprise au Québec : paramètres juridiques », (1995) 26 *R.D.U.S.* 1

MACDONALD, R. A., « Enforcing Rights in Corporeal Movables: Revendication and Its Surrogates », (1986) 31 *R.D. McGill* 753

MACDONALD, R. A., « Le droit des sûretés mobilières et sa réforme : principes juridiques et politiques législatives », dans P. LEGRAND (dir.), *Common Law d'un siècle à l'autre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 423

MACDONALD, R. A., « Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interests and other Heresies », (1994) 39 *R. D. McGill* 761

MACKAAY, E., « Les droits intellectuels – entre propriété et monopole », (1990) 1 *Rev. Econ. et études humaines* 61

MARQUIS, P.Y., « De la distinction des biens et de leur opposition et de la propriété », (1988) 3 *C. P. du N.* 1

MARTEL, P., « La constitution, l'organisation et la continuation d'une compagnie », dans Collection de droit 2001-2002, École du Barreau du Québec, vol. 9, *Droit des affaires, faillite et insolvabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001

MASSÉ, C., « Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application : Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 149

MIGNAULT, P.-B., « La fiducie dans la province de Québec », dans *Travaux de la semaine internationale du droit*, t. 5, Paris, Sirey, 1937, p. 35

MIGNAULT, P.-B., « La propriété littéraire », (1880) 2 *La Thémis* 289

MIGNAULT, P.-B., « À propos de fiducie », (1933-1934) 12 *R. du B.* 73

MOYSE, P.-E., « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole », (1998) 43 *R.D. McGill* 507

NORMAND, S., « Une relecture de l'arrêt Matamajaw Salmon Club », (1988) 29 *C. de D.* 807

NORMAND, S. et J. GOSSELIN, « La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise », (1990) 31 *C. de D.* 681

NORMAND, S. et D. FYSON, « Le droit romain comme source du Code civil du Bas-Canada », (2002) 103 *R. du N.* 87

PAYETTE, L., « Cession de créances en garantie », (1968) 3 *R.J.T.* 281

PAYETTE, L., « Fiducie pour fins de garantie et hypothèque : comparaisons », dans *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain*, Conférences Meredith, Montréal, Université McGill, 1997, p. 317

PAYETTE, L., « Les priorités et les hypothèques », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 51

PAYETTE, L., « Nantissement de comptes à recevoir et de créances commerciales », (1968-1969) 71 *R. du N.* 399

PAYETTE, L., « Problèmes relatifs à certains transports de créance », (1971) *C. P. du N.* 121

PÉRINET-MARQUET, H., « La relativité du droit de propriété dans le Code civil québécois : point de vue français », (1990) 24 *R.J.T.* 553

PERRAULT, A., « Le droit commercial québécois » (1948) 26 *R. du B. can.* 137

PERRAULT, A., « La propriété des œuvres intellectuelles (1) », (1925) 3 *R. du D.* 49

PICHETTE, S., « La relativité du droit de propriété », (1990) 24 *R.J.T.* 531

PIERRE, B., « Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law », (1997) 28 *R.G.D.* 235

PINEAU, J., « Théorie des obligations », dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 2, « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 9

POTVIN-PLAMONDON, S., « L'implantation et le fonctionnement du registre des droits personnels et réels mobiliers », (1993) 1 *C.P. du N.* 19

PRATTE, D., « Cinq ans après la réforme, nos sûretés sont-elles sûres ? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 179

PRATTE, D., « Des privilèges aux priorités : plus qu'un changement de vocabulaire », (1992) 23 *R.D.U.S.* 175

PRATTE, Y., « L'affaire Tucker et le rôle de la Cour suprême », (1984-85) 15 *R.D.U.S.* 25

POPOVICI, A., « Droit comparé, sources du droit privé- Aspects de l'intégration juridique au Québec », (2001) 35 *R.J.T.* 777

POPOVICI, A., « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles source de droit au Québec ? », (1974) 9 *R.J.T.* 189

POURCELET, M., « L'évolution du droit de propriété depuis 1866 », dans J. BOUCHER et A. MOREL, *Le droit dans la vie économique-sociale : Livre du centenaire du Code civil*, t. 2, Montréal, P.U.M., 1970, p. 3

PRUD'HOMME, E., « Le maintien de l'indivision selon le Code civil du Québec », (1995) 29 *R.J.T.* 193

RÉMILLARD G., « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 *R.G.D.* 5

RHÉAUME, J., « La cession générale de créances commerciales à titre de garantie comme contrat de "fiducia" en droit québécois, français, anglais » (1987) 28 *C. de D.* 137

ROBICHAUD, A., « L'impact des priorités de la couronne sur les garanties du prêteur », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit bancaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 23

ROLLAND, L., « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », (1996) 26 *R.D.U.S.* 377

STAPLETON, B.D., « Codification of Trust Law: Who Needs it », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 73

TAMARO, N., « La dissociation de la propriété du Code civil des droits d'auteur : l'exemple de la saisie », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (1991), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 153

TRUDEAU, P.E., « Economic Rights », (1961-62) 8 *R.D. McGill* 121

TURGEON, J., « Interrelations et considérations sur les droits litigieux, les droits successifs et l'officier de justice », (1993) 53 *R. du B.* 81

VEZINA, N. et L. LANGEVIN, « L'extinction de l'obligation », dans Collection de droit, École du Barreau du Québec, t. 5, *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998-1999, p. 137

VINCELETTE, D., *La possession*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de Droit*, « Biens », Doctrine – Document 5, Montréal, 1989

III. COMMON LAW ET AUTRES

A. OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX

- ACADÉMIE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ**, *Le bijuridisme dans un système fédéral ou d'autonomie locale*, Montréal, Université McGill, 1990
- BEAUDOIN, L. I.**, *Éléments de Common Law : Recueil de doctrine et de jurisprudence*, Montréal, Coop droit Université de Montréal, 1994
- BÉLANGER-HARDY, L.** et **A. GRENON**, *Éléments de Common Law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough, Carswell, 1997
- BELL, A.P.**, *Modern Law of Personal Property in England and Ireland*, Londres, Butterworths, 1989
- BLACKSTONE, W.**, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago, The University of Chicago Press, 1979
- DAVID, R.** et **X. BLANC-JOUVAN**, *Le droit anglais*, coll. « Que sais-je », 7^e éd., Paris, P.U.F., 1994
- CENTRE DE TRADUCTION ET DE TERMINOLOGIE JURIDIQUE, UNIVERSITÉ DE MONCTON**, *Vocabulaire de la « common Law »*, t. 1, *Droit des biens, Procédure civile*, Moncton, Les Éditions du Centre universitaire, 1980
- COOKE, P.J.** et **D.W. OUGHTON**, *The Common Law of Obligations*, London, Butterworths, 1989
- CRIBBET, J. E.**, *Principles of the Law of Property*, 2nd ed., New York, Foundation Press Inc., 1975
- DAVID, R.** et **X. BLANC JOUVAN**, *Le droit anglais*, coll. « Que sais-je », 7^e éd., Paris, P.U.F., 1994
- FITZGERALD, P.J.**, *Salmond on jurisprudence*, London, Sweet & Maxwell, 1966
- GERVAIS, M.-C.** et **M.-F. SEGUIN**, *Le bijuridisme au Canada et dans le monde : quelques considérations*, Ottawa, Ministère de la justice, 2001
- GILLESE, E.** et **D. MENDÈS DA COSTA**, *Property Law: Cases, Text and Materials*, 2^e éd., Toronto, Montgomery Publications, 1990
- GOODE, R.M.**, *Commercial Law*, London, Penguin books, 1982
- GRENON, A.**, *Les fiducies*, coll. « Common law en poche », Moncton, Université de Moncton, 1997
- HALSBURY, H.S.** et **J.P. MACKAY of CLASHFERN**, *Halsbury's laws of England*, vol. 56, 4^e éd., London, Butterworths, 2000
- HAMMOND, R. G.**, *Personal Property: Commentary and Materials*, Auckland, Oxford University Press, 1990
- KASER, M.**, *Roman private Law*, trad. R. DANNENBRING, 2^e éd., London, Butterworths 1966
- JOLOWICZ, J. A.**, *Droit anglais*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1992
- LAWSON, F. H.**, *Introduction to the law of property*, Oxford, Clarendon Press, 1958
- LAWSON, F. H.** et **B. RUDDEN**, *The Law of Property*, Oxford, Clarendon Press, 1982
- LEGRAND, P.**, *Common Law d'un siècle à l'autre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992
- LEHR, E.**, *Éléments de droit civil anglais*, 2^e éd., par J. DUMAS, t. 1, Paris, Sirey, 1906
- LEVASSEUR, A.A.**, *Le contrat en droit américain*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 1996
- MARTIN, E.A.**, *A Dictionary of Law*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1997
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA**, *Bijuridisme et harmonisation : genèse*, Ottawa, Ministère de la justice, 2001
- MUNZER, S. R.**, *A theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990
- NOYES, R.**, *The Institution of Property: A study of the Development Substance and Arrangement of the System of Property in Modern Anglo-American Law*, New York, Longmans, Green&Co, 1936

PASQUEL, R.M., *La propriété dans le Trust : Essai de Droit comparé*, Mexico, 1951
PENNER, J. E., *The idea of Property in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997
POIRIER, D., *Introduction générale à la Common Law*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000
POPOVICI, A., *Introduction au droit comparé : DRT 3336 : Les grands systèmes de droit*, Montréal, Coop droit Université de Montréal, 1997
SINCLAIR, A. M., *Introduction to Real Property Law*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1987
SALMOND, J. W. , *Jurisprudence*, 7th ed., Sweet and Maxwell, London, 1924
SNOW, G., (dir.), *Vocabulaire de la Common Law*, t. 1, *Droit des biens- Procédure civile*, Moncton, Les éditions du centre Universitaire, 1980
SNOW, G., *Les Biens : Généralités – Biens personnels*, coll. « La Common Law en poche », vol. 11, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998
STEVENS, T.M., *Éléments du droit commercial anglais*, Paris, Giard et Brière, 1909
THORNE MCCARTY, L., « Ownership : A case study in the representation of legal concepts », (2002) 10 *Artificial Intelligence and Law* 135
VAINES, C., *Personal Property*, 5^e éd. par E.L.G. TYLER et N.E. PALMER, London, Butterworths, 1973
VANDERLINDEN, J. (dir.), *Les fiducies*, coll. « La common law en poche », vol. 5, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997
VINDING KRUSE, F., *The right of property*, trad. FEDERSPIEL, Londres, Oxford University Press, 1939
WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfort, Rütten & Koenig, 1906
ZIFF, B., *Principles of Property Law*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 2000

B. ARTICLES ET CHRONIQUES

BARRY, N., « Le langage des biens dans la Common Law », *A.P.D.* 1979.53-65
BRINZ, A. von, « Obligation und Haftung », dans *Archiv für die civilistische Praxis*, Berlin, Mohr, 1886, p. 371
ELEtheriADIS, P., « The Analysis of Property Rights », (1996) 16 *Oxford J. Legal Stud.* 31
GAGNON, J., « Le transfert de la propriété comme garantie des obligations en droit anglais et en droit civil », (1982-83), 13 *R.D.U.S.* 1
GIERKE, .F. von, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, Duncker et Humblot, 1885
GOODE, « Ownership and Obligation in Commercial Transactions », (1987) 103 *L.Q.R.* 433
GRANTHAM, R., « The doctrinal basis of the rights of company shareholders », (1998) 57 *Cambridge Law Journal* 554
HARRIS, D.R., « The Concept of Possession in English Law », dans A.G. GUEST (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence: a collaborative work*, London, Oxford University Press, 1961, p. 69
HONORÉ, A.M., « Ownership », dans A.G. GUEST (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence: a collaborative work*, London, Oxford University Press, 1961, p. 107
LAMETTI, D., « Property and (perhaps) Justice. A Review Article of James W. Harris, Property and Justice and James E. Penner, The Idea of Property in Law », (1998) 43 *McGill L.J.* 663
LAWSON, F.H., « Rights and Other Relations *in Rem* », dans F.H. LAWSON, *Many Laws*, coll. « Selected Essays », Amsterdam, North-Holland, 1977
MC CLEAN, A. J., « Tucker v. Royal Trust Co. Through Common Law eyes » (1984-85) 15 *R.D.U.S.* 31
ROTHERHAM, C., « Conceptions of Property in Common Law discourse », (1998) 19 *Legal Studies* 41
RUDDEN, B., « Things as Thing and Things as Wealth », (1994) 14 *Oxford J. Legal Stud.* 81

- RUDDEN, B.**, « Economic Theory v. Property Law : The Numerus Clausus Problem », dans A. G. GUEST (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence : a collaborative work*, London, Oxford University Press, 1961, p. 239
- RUDDEN, B.**, « Les biens et le trust », dans P. LEGRAND (dir.), *La Common Law d'un siècle à l'autre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 253-274
- SAMUEL, G.**, « Le 'Droit subjectif' and English Law », (1987) 46 *C.L.J.* 264
- SAMUEL, G.**, « Property notions in the Law of Obligations », (1994) 53 *C.L.J.* 524
- TOUPIN, B.**, « Les intérêts moraux en droit d'auteur : à la recherche de leur vraie nature », (1995) 7 *C.P.I.* 123
- WALDRON, J.**, « What is private property ? », (1985) 5 *Oxford J.Legal Stud.* 313
- WILLIAMS, T. C.**, « The terms Real and Personal in English Law », (1888) 4 *L.Q.R.* 394

IV. TABLE DE JURISPRUDENCE

A. JURISPRUDENCE FRANÇAISE (principaux jugements et arrêts)

- Cons. Constit. 29 juillet 1998, J.C.P. 1998.I.171, obs. H. PÉRINET-MARQUET
- Cons. Constit. 4 juillet 1989, D. 1990, p. 209, note Luchaire; *Rev.trim.dr.civ.* 1990, p. 519, obs. F. Zenati
- Cons. Constit. 16 janv. 1982, D. 1983.163, note Hamon; J.C.P. 1982.II.19788, note Nguyen Quoc Vinh et Franck

C.E. 19 mai et 15 novembre 1922, D. 1923.3.5

- Req. 27 janv. 1975, D.P. 1975.1.363
- Req., 27 mars 1946, D. 1946.240
- Req., 21 juin 1945, S. 1845.1.129
- Req., 21 mai 1930, S. 1930.1.286
- Req. 25 nov. 1929, D.H. 1930.3
- Req. 12 mars 1918, D.P. 1921.1.148
- Req. 8 juill. 1914, S. 1916.I.86
- Req. 29 juin 1908, D.P. 1908.1.463
- Req. 10 mai 1898, D.P. 1898. I. 387
- Req. 1^{er} fév. 1893, D.P. 1894.1.278
- Req. 27 mars 1889, D.P. 1890.1.413
- Req. 21 mai 1884, D. 184.1.291
- Req. 16 août 1880, S. 1881.1.25, note C. LYON-CAEN
- Req. 6 fév. 1878, D.P. 1878.1.275
- Req. 27 janvier 1875, S. 1876.1, 12
- Req. 1^{er} juin 1856, D.P. 1858.1.387
- Req. 21 janvier 1845, S. 1845.I.129
- Req. 11 juill. 1843, S. 1844.I.379

- Civ. 3^e, 27 juin 2002, *Juris-Data* n° 2002-016562
- Civ. 2^e, 14 oct. 1999, *Rev.trim.dr.civ.* 2000.169, obs. R. Perrot
- Civ. 2^e, 25 mars 1998, *Bull. civ.* II, n° 109
- Civ. 2^e, 11 mars 1998, *Rev. trim. dr. civ.* 1998.486, obs. R. PERROT

Civ. 3^e, 11 juin 1997, D. 1998.Somm.com.57, obs. A. ROBERT
Civ. 1^{ère}, 6 janv. 1994, J.C.P. 1994.I.3765
Civ. 3^e, 13 fév. 1991, *Rev. trim. dr. civ.* 1992.601
Civ. 1^{ère}, 4 oct. 1989, *Bull. civ. I*, n° 308; *Rev. trim. dr. civ.* 1990.697, obs. F. ZENATI
Civ. 3^e, 3 octobre 1990, J.C.P., éd. N., 1991.II.194
Civ. 1^{ère}, 20 oct. 1987, D. 1988.85, note G. MORIN
Civ. 3^e, 31 janv. 1984, *Bull. civ. III*, n° 21
Civ. 3^e, 28 juin 1983, *Bull. civ. III*, n° 148
Civ. 1^{ère}, 10 mai 1983, D. 1984.433, note G. LÉGIER; *Rép. Defr.* 1983, 1393, note A. PIEDELIÈVRE
Civ. 1^e, 23 janv. 1979, *Défr.* 1979.644, art. 31954, obs. A. COLOMER
Civ. 1^e, 26 avril 1978, *Gaz. Pal.* 1978.pan.8
Civ. 17 juill. 1977, S. 1878.1.53
Civ. 1^{ère}, 19 janv. 1970, *Bull. civ. I*, n° 19
Civ. 1^e, 8 juill. 1969, J.C.P. 1970.II.16182, note H. GAUDEMET-TALLON
Civ. 1^{ère}, 22 mars 1966, 2 arrêts, *Bull. civ. I*
Civ. 6 nov. 1950, J.C.P. 1952.II.6702, note A. COHEN
Civ. 24 oct. 1950, J.C.P. 1950.II.5835
Civ. 23 octobre 1912, S. 13.1.259
Civ. 14 novembre 1910, D.P. 1912.1.483
Civ. 24 juin 1903, D. 1903.1.472
Civ. 14 mars 1900, D.P. 1900.1.497, concl. DESJARDINS
Civ. 18 mai 1898, D.P. 1900.1.481, note Sarrut
Civ. 5 fév. 1890, D.P. 1890.1.300
Civ. 27 juillet 1887, D. 1888.1.5, note L. SARRUT
Civ. 11 juill. 1887, S. 1887.1.453
Civ. 2 déc. 1856, D.P. 56.1.443
Civ. 11 nov. 1850, D. 1854.5.86

Com. 14 juin 2000, J.C.P. 2000.IV.2354
Com. 5 oct. 1999, D. 2000.*Cah.dr.aff.*552, note G. MORRIS-BECQUET
Com. 10 juin 1997, D. 1999.89, note H. Causse
Com. 20 févr. 1996, *Dalloz Affaires* 1997, p. 455
Com. 21 nov. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 266; D. 1996.somm.com.211, note F. Perochon ; *Petites affiches*, Avril-juin 1996, n° 55, p. 9, note J.-L. COURTIER
Com. 4 juill. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 203; *Dalloz Affaires* 1995.79, note T. Bonneau
Com. 3 janv. 1995, J.C.P. 1995.I.3841, obs. Cabrillac et Petel; *Rev.trim.dr.civ.* 1997.166, obs. F. Zenati
Com. 15 novembre 1994, *Bull. civ. IV*, n° 334
Com. 23 novembre 1993, J.C.P. 1994.IV.293
Com. 12 oct. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 238
Com. 6 juill. 1993, J.C.P. 1993.II, note C. Larroumet
Com. 19 mai 1992, *Bull. civ. IV*, n° 189 et 190
Com. 5 novembre 1991, *Bull. civ. IV*, n° 329
Com. 8 janvier 1991, *Rev.trim.dr.civ.* 1991.368, obs. M. BANDRAC ; *Rev.trim.dr.com* 1991.271, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ
Com. 15 janv. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 31
Com. 13 février 1990, *Bull. com. IV*, n° 45
Com. 20 juin 1989, D. 1989.431, note F. Perochon
Com. 24 janvier 1989, *Bull. civ. IV*, n° 39, J.C.P. 1989.IV.114
Com. 29 nov. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 323
Com. 22 nov. 1988, D. 1989.215, note Bénabent
Com. 28 oct. 1986, *Bull. civ. IV*, n° 194; J.C.P. 1987.II.20735, note J. Stoufflet
Com. 13 mai 1986, *Bull. civ. IV*, n° 88

Com. 1^{er} oct. 1985, D. 1986.246, note Cabrillac; J.C.P. 1985.IV.354.w
Com. 23 février 1983, D. 1984.i.r.80, note M. VASSEUR
Com. 28 janv. 1980, J.C.P. 1980.II.19416, note C. ATIAS
Com. 25 fév. 1975, *Bull. civ.* IV, n° 61
Com. 19 nov. 1973, *Rev.trim.dr.com.* 1975.307, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange
Com. 24 avril 1972, D. 1972.686, note R. Roblot
Com. 13 juill. 1954, D. 1954.681

Crim. 1^{er} mars 1989, D. 1990.somm.330, obs. G. Huet
Crim. 12 janv. 1989, *Bull. crim.*, n° 14
Crim. 8 janv. 1979, D. 1979.509, note P. Corlay

Agen, 6 mai 1993, *Dr. Sociétés*, nov. 1993, n° 215, p. 17, note H. HOVASSE
Besançon, 8 février 1875, S. 1877.II.36
Bordeaux, 9 avril 1845, S. 1846.2.531.
Paris, 27 avril 2000, D. 2000.inf. rap.159
Paris, 25 oct. 1996, *Dalloz Affaires* 1997, p. 53
Paris, 17 nov. 1995, *Dalloz Affaires* 1996, p. 15
Paris, 16 mars 1995, cité par M. GERMAIN, « À propos de l'arrêt Truffier de la Cour d'appel de Paris-16 mars 1995 », dans CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT ET DU TITRE, *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, Paris, 1997, p. 175
Paris, 21 mai 1993, *Dr. Sociétés*, nov. 1993, n° 215, p. 17, note H. HOVASSE
Paris, 13 janvier 1993, D. 1993.i.r.90
Paris, 4 fév. 1992, D. 1992.121
Paris, nov. 1979, J.C.P. 1970.II.19462
Paris, 12 Août 1971, D.P. 1873.2,133
Paris, 10 octobre 1964, D. 1965.125
Paris, 12 juillet 1911, D. 1913.2.189
Paris, 25 novembre 1885, *Gaz. Pal.* 185.1, suppl. 19
Toulouse, 21 juin 1887, D.P. 1888. 2. 77
Trib.gr.inst. Bourges, 7 fév. 1989, *Bull. Joly* 1989. 901, note Y. STREIFF
Trib. com. Dax, 12 juin 1984, et Pau, 20 mai 1985, D. 1986.1
Trib. com. Seine, 12 nov. 1968, *Rev.trim.dr.com.* 1969.545, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange

B) JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE ET CANADIENNE (principaux jugements et arrêts)

Cour provinciale :

Bouchard c. Tanguay, [1987] R.J.Q. 1883
Desrosiers c. Thibault, [1979] C.P. 282

Cour supérieure :

Banque Nationale du Canada c. Baudet, J.E. 98-1129
Banque Nationale du Canada c. Ruel, (1995) R.J.Q. 2180
Banque Royale du Canada c. Caisse populaire Desjardins de St-Théophile-de Beauce, J.E. 98-964

Banque Royale du Canada c. P.G. du Québec, [1976] C. S. 634
Bérubé c. Morneau, (1888) 14 Q.L.R. 90
Biron c. Québec Inc., J.E. 98-704
Daoust c. Daoust, [1976] C.S. 1742
Dupuis c. Savoie, [1950] C. S. 361
Fan Flame Spark Plug Co. Of Canada Ltd., (1926) 64 C.S. 292
General Accident Insurance Co c. Cie de Chauffage gaz naturel, [1978] C. S. 1160
In Re Dame Pigeon, [1968] C. S. 513
Laiterie Fortier Ltée c. Borden Co. Ltd., [1961] C.S. 513
Lamarche c. Leonard, (1930) 68 C. S. 183
Lemaire c. Tourville, [1952] C. S. 221
Malouin c. Entreprises de télévidéo D.S. Inc., [1987] R.J.Q. 2132
Melamed c. Standard Electric inc., J.E. 95-861
Montréal c. Bandera investment co. (C.S.) [1997] R.J.Q. 1906
Moore c. Gartner, (1930) 68 C.S. 365
Ontario inc. c. Regletex Inc., [2001] J.Q. n° 2123
Place Lac Ouimet Inc., [1986] R.D.I. 47
P.M.R. succession c. C.G., [2001] J.Q. n° 2958
Quincaillerie Laberge c. Tremblay, [1971] C.S. 421
Régime complémentaire de retraite de la société de transport de la Communauté urbaine de Rioux c. Corp. Municipale de la cite de Sept-Iles, [1995] R.J.Q. 2198
Syndic de Croft, [1998] R.J.Q. 1917
Simgest Inc. c. Trustco général du Canada inc., J.E. 93-1563
Station touristique la Crapaudière inc. c. Grondin Poudrier Bernier s.e.n.c., [2001] R.R.A. 481
Vallée c. Potiers Frères Ltée, J.E. 90-239
Visa international service association c. Auto visa Inc., [1991] R.J.Q. 2197

Cour d'appel :

Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Construction G.C.P.inc., J.E. 99-32
Banque Canadienne Nationale c. Lefaivre, [1951] B.R. 83
Banque de Commerce Canadienne Impériale c. Coopératives fédérées du Québec, J.E. 98-1770
Caisse populaire d'Amos c. Denis Cimaf Inc., [1997] A.Q. n° 2951
Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin, [2001] J.Q. n° 61
Cie d'assurance canadienne Mercantile c. Mongrain, [1962] R.C.S. 456
Compagnie de papier Q. N. S. c. Gobeil, [1993] R.D.J. 119
Denis Cimaf Inc (Syndic de), J.E. 98-167
Dostie c. Sabourin, [2000] R.J.Q. 1026
Hart (Inspector of Taxes) c. Sangster, [1957] 2 All E.R. 208
Immobilière Natgen Inc. c. 2897041 Canada Inc., [1998] R.D.I. 545
Millar c. Taylor, (1769) 98 E.R. 201
Place Québec Inc. c. Desmarais, [1975] C.A. 910
Pinsonnault c. Dame Coursol, [1909] R.L. 55
Re Dickens, [1935] Ch. 267
Richard Lasalle Construction Ltée c. Concepts Ltd., [1973] C.A. 944
Siroy c. Dame Hovington, [1969] B.R. 97
Société du crédit agricole c. Trudeau, [1991] R.J.Q. 695
Ville de Montréal c. Cedar Towers Corporation, [1972] C.A. 270

Cour suprême du Canada :

Aldercrest Developments Ltd. c. Hamilton Co-Axial (1958) Ltd., [1974] R.C.S. 793
Bastien c. J. M. Dessureault Inc., [1962] R.C.S. 97
Chalifoux c. Trust général du Canada, [1962] R.C.S. 456
Chauret c. Joubert, [1923] R.C.S. 3

Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd c. Kiwanis Club of West Toronto, [1953] 2 R.C.S. 111
Curran c. Davis [1933] R.C.S. 283
Liberté c. Larue, [1931] R.C.S. 7
Louvigny de Montigny c. Cousineau, [1950] R.C.S. 297
Pesant c. Pesant, [1934] R.C.S. 249
Royal Trust Co. c. Tucker, [1982] 1 R.C.S. 250
Trust général du Canada c. Artisans Coopvie, Société coopérative d'assurance-vie, [1990] 2 R.C.S. 1195

Cour du Banc du Roi :

Desève c. O'Flaherty, [1923] 34 B.R. 151
Joubert c. Géracimo, (1917) 26 B.R. 97
Plourde c. Chrétien, (1933) 54 B.R. 15
Québec County Railway Comp. c. Montcalm Land Compagny, [1929] 46 B.R. 262

V. TABLES LÉGISLATIVES : principales lois citées

A. LÉGISLATION QUÉBÉCOISE ET CANADIENNE

Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens, L.Q. 1987, c. 18. (Projet de loi 20)
Loi de codification, S.C. 1857, c. 43
Loi constitutionnelle de 1867, 30&31 Vict., R.-U., c. 3
Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, c. C-32
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), c. C-44
Loi sur les banques, L.C. 1991, c. 46
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q. c. V-1.1
Loi sur les compagnies, L.R.Q. c. C-38
Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales (anciennement *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*), L.R.Q., c. P-16
Loi sur les dettes et les emprunts municipaux, L.R.Q., c. D-7
Loi sur les banques et les opérations bancaires, L.C. 1991, c. 46 [L.R.C., c. B-1.01]
Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), c. B-4
Projet de loi instituant la fiducie, projet n° 2583, enregistré le 20 fév. 1992
Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, L.C. 1997, c. 24
Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4
Copyright Act, R.S.C. 1985 c. C-42
An Act respecting the Professional Status of Artists in the Visual Arts, Arts and Crafts and literature, and Their Contracts with Promoters, R.S.Q. c. S-32.01
Loi sur l'expropriation, L.R.Q. c. E-24
Loi sur les banques, L.R.C. (1985), c. B-1
Loi sur la taxe d'accise, R.S.C. 1970, c. E-13
Loi sur la protection du territoire agricole, L.R.Q., c. P-41.1
Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, L.R.Q., c. A-19.1
Loi sur les biens culturels, L.R.Q., c. B-4
Acte pour l'abolition des droits et devoirs féodaux dans le Bas-Canada, S.C. 1854, 18 Vict., c. 3
Acte concernant l'abolition générale des droits et devoirs féodaux

B. LÉGISLATION FRANÇAISE

- Loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers, J.O. 5 janv. 1994, p. 231*
- Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, J.O. 4 juill. 1996, p. 10063*
- Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 dite Dailly facilitant le crédit aux entreprises, J.O. 3 janv. 1981, p. 150*
- Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances, J.O. 31 déc. 1988, p. 16736*
- Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, J.O. 26 juill. 1966, p. 6402*
- Décret n° 83-359 du 2 mai 1983 fixant les conditions d'application de la loi 79-594 du 13-07-1979 relative aux fonds communs de placement (fcp), J.O. 3 mai 1983, p. 1356*
- Loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne, J.O. 18 juin 1987, p. 6519*
- Décret n° 89-624 du 6 septembre 1989 pris pour l'application de la loi 88-1201 du 23-12-1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances, J.O. 7 sept. 1989, p. 11305*
- Loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, J.O. 27 juill. 1991, p. 9955*
- Arrêté du 11 août 1993, J.C.P. éd. E. 1994.III. 66611*
- Loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, J.O. 4 janv. 1983, p. 162*
- Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, J.O. 14 juill. 1991, p. 9228*
- Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, J.O. 4 déc. 2001, p. 281*
- Loi du 17 mars 1909 confirmée par la loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce, J.O. 19 mars 1909, p. 2809*
- Décret n° 94-346 du 21 juillet 1994, Rev. trim. dr. civ. 1995.565, obs. F. ZENATI*
- Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle (partie législative), J.O. 3 juillet 1992, p. 8801*
- Loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, Recueil Duvergier, p. 553*
- Loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce, Recueil Duvergier, p. 185*
- Loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles, J.O. 19 juill. 1909, p. 7761*
- Loi du 14 juillet 1866 sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs (abrogée), Recueil Duvergier, p. 270*
- Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, J.O. 14 mars 1957, p. 2723*
- Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, J.O. 4 juill. 1985, p. 7495*

INDEX

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

ABANDON : 278 et suiv. ; 313 ; 328 ; 377

ABSOLU : 292 et suiv. ; 304 et suiv.

ABUSUS : 245 et suiv. ; 259 et suiv.

ACCESSION DES CRÉANCES : 648 et suiv.

ACTION DIRECTE : 764 ; 783 et suiv. ; 813 ; 817

ACTION EN REVENDICATION : v. revendication

ACTION CONTRE LE TIERS
COMPLICE DE LA VIOLATION
D'UNE OBLIGATION
CONTRACTUELLE : 821 et suiv.

-*caractéristiques* : 828 et suiv.

-*fondement* : 856 et suiv.

-*sanction* : 843 et suiv.

ACTION PAULIENNE : 724

AFFACTURAGE : 193

APPARTENANCE : 216

B

BIENS :

- *Bien corporel* : 25 ; 105 ; 166 ; 257 ; 398 ; 437

- *Bien incorporel* : 28, 83, 85, 93 et suiv. ; 125 et suiv. ; 149 et suiv.

- *Notion* : 23 ; 25

C

CESSION DE CRÉANCE

- *à titre de garantie* : 203 et suiv.

- *droit commun* : 431 et suiv.

CESSION DAILLY : 161 et suiv. ; 192 ; 520 et suiv. ; 554

CESSION DE DETTE : v. dette

CESSION FIDUCIAIRE : 202 ; 528 et suiv. ; 545 et suiv.

CHOSE : 23, 27, 82

CODE CIVIL DU BAS CANADA : 76 et suiv.

COMMON LAW : 8

CONSEIL CONSTITUTIONNEL : 194 et suiv.

CONSEIL PRIVÉ : 209

COPROPRIÉTÉ : 172, 179

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME : 198 et suiv.

COUR SUPRÊME : 211

COUTUME DE PARIS : 73 et suiv.

CRÉANCE :

- *qualité de bien* : 1 ; 125 et suiv. ; 135 et suiv. ; 149 et suiv.

- *notion* : 146, 149 et suiv.

D

DÉMEMBREMENT : 9 ; 106 ; 109 ; 176 ; 210 ; 245 ; 255 ; 381 ; 385 ; 346 ; 385 ; 413-414 ; 437 ; 534 ; 548

DETTE

- *cession de dette* : 132 et suiv.

- *notion* : 146 et suiv.

**DISTINCTION DES DROITS RÉELS
ET DES DROITS PERSONNELS :**

- *Critique* : 349 et suiv.
- *Opposition* : 322 et suiv. ; 329 s. : 338 et suiv. ; 359 et suiv. ; 370 et suiv.

DROIT COMPARÉ : 8 et suiv.

DROIT DE GAGE GÉNÉRAL : 138 et suiv.

DROIT DE JOUISSANCE : 251 et suiv.

DROIT DE DISPOSITION : 274 et suiv. ; 288

DROIT FÉODAL :

- *domaine utile* : 62
- *jus in re* : 60
- *propriété* : 58 et suiv.
- *quasi dominium* : 61

DROITS INTELLECTUELS : 225 ; 231

DROIT MORAL : 229 ; 235

DROIT PERSONNEL : 3 ; 138 ; 326 ; 328

DROIT RÉEL :

- *constitution* : 281 et suiv.
- *droit de gage général* : 138 et suiv.
- *notion* : 326 ; 328
- *objet* : 27 ; 28 ; 83 ; 345 et suiv.
- *propriété* : 3 ; 330
- *propriété intellectuelle* : 224

DROIT ROMAIN

- *distinction des res corporales et des res incorporales* : 31 et suiv. ; 47 et suiv.
- *dominium* : 46, 50, 55
- *obligation* : 117 et suiv.
- *possession* : 53

DROIT SUBJECTIF : 225

DROIT SUR DROIT : 344 et suiv. ; 401 et suiv.

E

EFFETS DE COMMERCE : 507 et suiv. ; 522 et suiv.

EXCLUSIVITÉ : 261 et suiv.

F

FIDUCIE : v. cession fiduciaire

FONDS COMMUNS DE CRÉANCES : 172

FRUCTUS : 256 et suiv.

FRUITS : 257 ; 258 ; 260 ; 667 et suiv. ; 678

- *accession par production* : 665 et suiv.

- *civils* : 405

- *dividendes* : 673 et suiv.

- *emprunteur* : 677

- *héritier* : 569

- *obligataire* : 492

- *possession corpore alieno* : 636

- *simple possesseur* : 678 et suiv.

- *usufruit* : 281 ; 405 ; 623

- *vente à réméré* : 488

G

GAGE DES CRÉANCES : 243 ; 282 ; 412 ; 614

H

HYPOTHÈQUE DES CRÉANCES : 409

I

INCORPORATION DE LA PROPRIÉTÉ DANS SON OBJET : 39 et suiv. ; 104 et suiv. ; 396

INCORPORATION DU DROIT DANS LE TITRE : 484 et suiv. ; 494 et suiv.

INDIVISION : 268 et suiv. ; 289 ; 575 et suiv.

INTÉRÊTS : 257 ; 258 ; 668 ; 672

J

JOUISSANCE : 622

JUS ABUTENDI : v. abus

JUS FRUENDI : v. fructus

JUS UTENDI : v. usus

L

LEGS DE CRÉANCES : 571

LETTRE DE CHANGE : 507 et suiv.

N

NÉGOCIATION DES CRÉANCES : 478 et suiv.

O

OBLIGATION

- *Conception dualiste* : 144 et suiv.

- *Conception objectiviste* : 137

- *De donner* : 462

- *Notion* : 141 ; 146

- *Passive universelle* : 330 et suiv., 366, 390

OCCUPATION : 591 et suiv.

OPPOSABILITÉ : 227 ; 295 et suiv. ; 298 ; 301 ; 310 ; 311 ; 318 ; 334 : 367 ; 416

- *Cession de créance* : 444 et suiv. ; 454

P

PATRIMOINE D'AFFECTATION : 530

PENSION : 164

POSSESSION DES CRÉANCES : 202 ; 608 et suiv.

- *corpore alieno* : 636

PRESCRIPTION

- *analyse dualiste* : 638

- *acquisitive* : v. usucapion

- *extinctive* : 382 ; 638

PRÊT DE TITRES : 487 ; 677

PREUVE DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉANCES : 739 et suiv.

PROPRIÉTÉ

- *absolutisme* : 292 et suiv. ; 304 et suiv.

- *acquisition* : 425 et suiv.

- *attributs* : 250 et suiv.

- *bien* : 343

- *des créances (concept)* : 2 et suiv.

- *de la provision* : v. provision

- *nature juridique* : 342 ; 381 et suiv. ; 395 et suiv. ; 416

- *objet* : 21 et suiv. ; 85 s.

- *perpétuité* : 312 et suiv.

- *propriété des valeurs mobilières* : 484 et suiv.

- *propriété garantie* : 159 et suiv.

- *propriété incorporelle* : 242 et suiv.

- *propriété intellectuelle* : 222 et suiv. ; 233 et suiv.

- *propriété littéraire et artistique* : 226 et suiv. ; 231 et suiv.

- *transfert de propriété* : 432 et suiv.

PROVISION :

- *acceptation* : 517

- *défense de payer* : 518

- *de la provision* : 169 et suiv. ; 508 et suiv.

- *transfert* : 512 et suiv.

Q

QUASI USUFRUIT : 276 ; 281 ; 286 ; 405

R

**REGISTRE DES DROITS
PERSONNELS ET RÉELS
MOBILIERS : 712 et suiv.**

RES

*-corporales –incorporales : v. droit
romain*

**RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ : 165 et
suiv.**

RÉTENTION : 373 ; 717 ; 719 ; 721

**REVENDECTION DES CRÉANCES :
695 et suiv.**

- hypothèses : 761 et suiv.

- condition : 713 et suiv.

- fondement : 704 et suiv.

- spécificité : 710 et suiv.

S

**SAISIE DES CRÉANCES : 173 et suiv. ;
184 ; 557 ; 561**

**SUBROGATION PERSONNELLE : 468
et suiv.**

SUBSTITUTION : 180

SURETÉS : 181 et suiv. ; 202

T

TITRE

-inscription en compte : 490

-portage de titres : 489

-titre négociable : 490

TITULARITÉ : 3 ; 216 et suiv.

TRADITION

-réelle : 452, 504

-symbolique : 500

**TRANSMISSION SUCCESSORALE
566**

U

USUCAPION : 605 et suiv.

**USUFRUIT DES CRÉANCES : 543 ;
283 et suiv. ; 346 ; 403 et suiv. ; 412, 623**

USUS : 253 et suiv.

V

VALEUR : 149 et suiv.

VALEURS MOBILIÈRES ; 480 et suiv.

- dématérialisation : 484 et suiv.

- incorporation du droit dans le titre : 485

**VENTE : 79 ; 82 ; 126 ; 432 ; 437 et suiv. ;
447 et suiv.**

- à réméré : 488

- sous réserve de propriété : 165

