

UNE “APPROCHE” ÉCONOMIQUE DE LA PROPRIÉTÉ EN DROIT PRIVÉ

Par

Jean-Louis Bergel

Professeur à l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III

Si l'analyse économique du droit est “une méthode qui emprunte des concepts de l'économie pour mieux comprendre le droit”, le droit de propriété ne peut qu'en être la terre d'élection. Il est, plus que tout autre, le lieu privilégié d'une logique économique qui en inspire et en explique les règles et les transformations. Sans aucune prétention à une exploration scientifique de l'analyse économique du droit de propriété, il ne sera ici question que d'une “approche” économique de ce droit pour mettre en évidence les principaux procédés qui en permettent la valorisation économique indépendamment de ses dimensions idéologiques. Il faut se demander à cet égard si l'on peut parler, à l'époque contemporaine, de “déclin de la propriété”. En dépit des poncifs les plus répandus, cette question appelle une réponse négative. Jamais, semble-t-il, la valeur économique des biens n'a été aussi importante, même si les limitations au droit de propriété n'ont cessé de se multiplier en droit positif. Mais, comme le disait Carbonnier, “si épaisse que soit une encyclopédie médicale, on n'attrape jamais toutes les maladies à la fois”.

Bien qu'il n'existe pas de notion universelle, ni de modèle juridique unique de la propriété, celle-ci constitue, quels que soient les systèmes juridiques considérés, un droit fondamental lié à l'activité économique, qu'il s'agisse de propriété individuelle ou de propriété collective et quelles que soient les limitations dont elle fait l'objet. Schématiquement, la propriété correspond toujours à la fois à l'appropriation et à l'exploitation des biens. Mais tandis que dans certains systèmes juridiques, la propriété regroupe toutes ces prérogatives, dans d'autres, l'appropriation et l'exploitation sont réparties entre la puissance publique et les propriétaires.

Il faut donc se poser la question de l'unité ou de la pluralité de la notion de propriété. Le droit anglais n'a jamais eu de conception unitaire du droit de propriété car l'histoire y a conduit au développement séparé de la “real property” portant sur les terres et de la “personal property” qui porte sur tous les autres biens que la terre. Dans les pays d'inspiration socialiste, on distingue généralement la propriété étatique, la propriété collective et la propriété personnelle individuelle. Il en est ainsi désormais en droit chinois qui consacre l'unité du droit de propriété sur la chose, de sorte qu'un même bien ne peut pas faire l'objet de droits différents. Ce n'est pas le cas en revanche dans la plupart des droits européens et occidentaux, notamment en raison de l'importance des transactions immobilières qui génèrent souvent sur la propriété des droits concurrents. En droit français, si la propriété porte en principe à la fois sur le sol et sur les constructions qui y sont édifiées, il existe néanmoins de nombreuses hypothèses dans lesquelles certaines prérogatives du droit de propriété sont attribuées à des tiers ou même dans lesquelles des droits de propriété différents se superposent les uns aux autres, par exemple en cas de dissociation entre le droit de tréfonds et le droit de superficie ou dans le cas de propriété de volumes. On mesure alors l'importance économique de la propriété en tant que richesse mais aussi pour la sécurité des investissements, immobiliers surtout, pour le développement des créations intellectuelles et pour garantir les financements.

La question de savoir comment la propriété peut être au service du développement économique appelle une double réponse. Cela suppose de considérer la propriété comme un droit protégé à valeur économique et comme un instrument privilégié de développement économique. Ainsi, en France, la propriété immobilière revêt pour les particuliers une grande importance économique parce qu'elle représente encore l'essentiel de la fortune de la plupart des français, parce qu'elle revêt une importance considérable dans les contrats par lesquels elle s'acquiert, se transmet et s'exerce, mais aussi en raison de son rôle d'instrument de garantie et de crédit. Par ailleurs, si, historiquement, c'est la propriété immobilière qui a d'abord prévalu, le développement économique de la fin du XIX^{ème} siècle a suscité un essor considérable de la propriété mobilière sous des formes diverses correspondant souvent à une véritable dématérialisation des biens.

Ainsi la propriété, conçue d'un point de vue économique, peut contribuer à la valorisation des droits et des biens et constituer un instrument de développement économique. Deux phénomènes juridiques semblent l'expliquer. On assiste, en effet, à la fois, à une diversification *des droits* issus de la propriété qui permet la valorisation économique des biens (I) et à une diversification *des biens* objets de propriété qui conduit à une transformation économique de la propriété (II).

I. Diversification des droits issus de la propriété et valorisation économique des biens

Le droit de propriété comporte une flexibilité qui permet de le décomposer à l'infini et de multiplier ainsi ses potentialités de valorisation économique. On peut en concevoir, à la fois, des dissociations (A) et des démembrements (B).

A. Les dissociations de la propriété

Un même bien peut faire l'objet de plusieurs propriétés temporaires successives correspondant à des propriétés spacio-temporelles. De même, un bien immobilier peut faire l'objet de dissociation entre des propriétés superposées appartenant à des titulaires différents. C'est déjà inscrit en filigrane en droit positif français, mais cela devrait se matérialiser plus clairement dans la perspective d'une réforme du droit des biens dans le Code civil. Le droit français comporte déjà de nombreuses dissociations de la propriété du sol et des constructions, les propriétaires des constructions n'étant pas propriétaires du sol et le propriétaire du sol n'étant pas propriétaire des constructions. Cela se produit surtout par l'effet de baux temporaires de longue durée qui confèrent à leurs bénéficiaires la propriété des ouvrages, des équipements et des constructions qu'ils peuvent réaliser, pendant toute la durée de ces baux : l'exemple du bail emphytéotique ou du bail à construction est à cet égard caractéristique. Il importe peu, alors, que la propriété immobilière soit attribuée à des personnes publiques ou à des personnes privées. Les personnes publiques sont même souvent conduites, pour valoriser leur patrimoine, à en confier l'exploitation ou la construction à des investisseurs privés qui ne peuvent eux-mêmes s'engager et financer leur activité que grâce à des droits réels susceptibles d'être donnés en garantie aux banques et aux établissements qui financent la réalisation de leur opération. Cela est désormais consacré par le code général de la propriété des personnes publiques de 2006. En France, les baux emphytéotiques administratifs ou les concessions de services publics sont d'usage courant et caractérisent ce que l'on appelle "le partenariat" entre personnes publiques et personnes privées. Alors qu'on insiste généralement sur l'antagonisme entre la propriété privée et la propriété publique et entre l'intérêt privé et l'intérêt général, on voit désormais se développer des convergences manifestes entre l'intervention de propriétaires privés et les prérogatives publiques sur le

domaine public, ainsi que dans des opérations conjointes entre les intérêts privés et l'intérêt général.

Dès le XIX^{ème} siècle, la cour de cassation a reconnu l'existence de droits de superficie considérés comme des droits réels qui constituent au profit de ceux auxquels ils sont conférés "un véritable droit de propriété dont ils ont la libre disposition" (Req. 5 nov. 1866, D. 1867, I, p. 32). Elle a précisé que "le droit de superficie forme un droit de propriété distincte et séparée de celle du fonds" et "qu'il porte exclusivement sur les constructions, bois, arbres et autres produits du sol qui font l'objet du contrat par lequel il a été stipulé" (civ. 16 décembre 1873, S. 1874, I, p. 457).

Parmi les perspectives de réforme du droit des biens dans le Code civil, les "dérogations conventionnelles à l'accession" occupent une place importante. Il apparaît nécessaire de tenir compte des évolutions de la pratique en la matière et des lois extérieures au Code civil. Il faut également clarifier la nature juridique de certaines institutions. Ni les volumes, ni le droit de superficie ne font en effet l'objet de la moindre définition en droit positif. De nouvelles dispositions, respectivement consacrées au droit de superficie et aux volumes, et d'autre part, aux droits réels sur le sol d'autrui devraient donc voir le jour.

Il faut, semble-t-il, différencier les cas de divisions spatiales d'un fonds découpé en deux ou plusieurs parties faisant chacune l'objet d'un véritable droit de propriété limité géographiquement, et les hypothèses de droits réels sur le sol d'autrui qui ne constituent pas eux-mêmes des droits de propriété mais donnent un droit de propriété sur les constructions qui y sont réalisées.

Il faudrait d'ailleurs distinguer le droit de superficie proprement dit qui correspond à une division d'une propriété unique en deux propriétés portant respectivement sur ce qui est dans le sol et ce qui se trouve au-dessus, de l'hypothèse de volumes engendrant également des droits de propriété, mais plus diversifiés et faisant l'objet d'un état descriptif de division en volumes.

Les titres constitutifs de droits réels sur le sol d'autrui, déjà prévus par des textes spéciaux, comme le bail à construction ou le bail emphytéotique, ne seraient finalement que des variantes spécifiques de tels droits dont le régime juridique résulterait toujours des textes spéciaux qui les instituent.

B. Les démembrements de la propriété

La diversification des droits issus de la propriété constitue également un instrument de valorisation économique des biens qui en sont l'objet. En effet, le droit de propriété peut se décomposer en démembrements divers. Un même bien peut ainsi servir de support à plusieurs droits. Cela favorise une désincarnation de la chose objet du droit, mais les démembrements de la propriété constituent des biens comme les autres. La notion de valeur transcende alors la distinction des biens corporels et des biens incorporels. Le droit français classique consacre largement les démembrements de propriété, même si l'effet de valorisation des biens que ceux-ci représentent n'est que rarement mis en évidence. Les perspectives actuelles de réforme du droit des biens devraient donner un nouvel essor à ce mode de valorisation de la propriété.

Le droit positif consacre l'importance des servitudes en matière immobilière et de l'usufruit de manière générale.

Au-delà de la définition qu'en donnent actuellement les articles 637 et 686 du Code civil, les servitudes de droit civil apparaissent comme la technique juridique qui permet de transférer au profit d'une propriété une partie des utilités d'une autre et d'opérer ainsi du fonds servant au fonds dominant le transfert d'une partie de la valeur économique normale du fonds servant : elles conduisent ainsi à un transfert de valeur, comme de prérogatives, d'une propriété à une autre.

Dans l'état actuel du droit, l'usufruit comporte souvent, en revanche, des effets économiques néfastes. Le nu-propiétaire n'est pas incité à valoriser son bien dont il ne profite pas et a tendance à le laisser déperir en ne faisant pas les grosses réparations qui lui incombent. L'usufruitier, quant à lui, n'a pas d'intérêt réel à faire des investissements à fonds perdus sur le bien d'autrui... La fructueuse collaboration entre nu-propiétaire et usufruitier qui permettrait de valoriser les biens est généralement illusoire et rarement encouragée. À cet égard, les propositions de réforme du droit des biens actuellement à l'étude s'efforcent de remanier profondément le droit de l'usufruit en transformant la conservation des biens objet de l'usufruit en une obligation d'intérêt commun de l'usufruitier et du nupropriétaire, en les associant pour la réalisation des grosses réparations par des encouragements aux investissements nécessaires et en instaurant entre l'usufruitier et le nu-propiétaire un système de contribution équitable et adapté aux intérêts en présence. Il apparaît alors opportun de développer l'usufruit en admettant la possibilité d'usufruit limité dans le temps à une durée maximale déterminée, et non viager. La fixité de la durée de tels usufruits serait de nature à en permettre une utilisation économique, indépendante de situations familiales ou successorales. Enfin, il semble nécessaire de préciser le régime de certains usufruits spéciaux, de même de celui du quasi-usufruit portant sur des choses consommables afin d'en adapter la gestion aux exigences économiques de la conservation et de la valorisation des créances, des droits sociaux ou des universalités concernées.

Au-delà d'une telle réhabilitation économique de l'usufruit et de ses diminutifs traditionnels, il paraît nécessaire d'étendre encore le domaine des démembrements de la propriété en consacrant de nouveaux droits réels de jouissance spéciale portant seulement sur une ou plusieurs des utilités d'un bien, au choix du constituant, et non sur la totalité de son usage. De tels droits réels, dotés d'une valeur économique propre, recèlent une multitude d'applications puisque leur objet n'est pas limité. Cela doit permettre de valoriser les biens en en cédant divers droits spéciaux de jouissance à des prix non négligeables, sans pour autant en perdre la propriété, à des tiers qui en auront alors une jouissance partielle pouvant être exercée directement, louée, cédée ou transmise à d'autres personnes.

S'il apparaît ainsi que la diversification des droits issus de la propriété favorise la valorisation économique des biens, la diversification des biens objet de propriété recèle également une transformation économique de celle-ci.

II. Diversification des biens objets de propriété et transformation économique de la propriété

L'évolution technologique et économique de l'époque moderne se traduit par une diversification des biens objets de propriété (A) qui implique corrélativement une diversification des droits (B) issus de la propriété.

A. L'émergence de nouveaux biens

La diversification des biens résulte de la valeur patrimoniale considérable acquise par les biens meubles les plus divers dans la société moderne, qui constituent maintenant l'objet essentiel de la production industrielle et de l'activité humaine. De nos jours, la richesse mobilière l'emporte sur l'importance des biens immobiliers, car elle est à la fois l'objet et le fruit des activités industrielles et des transactions commerciales. La valeur des entreprises et des titres sociaux répond à la multiplication des échanges dans un contexte de mondialisation et de croissance. On assiste ainsi à *une expansion considérable des biens incorporels*, c'est-à-dire de biens dotés d'une valeur économique et soumis au commerce juridique qui sont issus de la créativité humaine. La reconnaissance dans le droit contemporain d'universalités telles que l'entreprise, le fonds de commerce, les portefeuilles de valeurs mobilières, des brevets d'inventions, des marques de commerce, des dessins et modèles, des obtentions végétales et celle des œuvres littéraires et artistiques, qu'il s'agisse de créations ou d'interprétations, a suscité une véritable métamorphose de la composition des patrimoines. Désormais, les droits de propriété intellectuelle et industrielle, le développement et la transmission des créances, le droit des sociétés, la répartition de la valeur des entreprises et le droit du crédit sont devenus les moteurs de l'activité juridique qui encadre le développement économique.

Le développement scientifique et technologique implique aussi une dématérialisation des biens qu'il s'agit de protéger et de sécuriser. De nouveaux biens inhérents à ce développement et qui relèvent de la révolution technologique du XX^{ème} siècle sont maintenant reconnus et encadrés par le droit. Ils répondent à ce que l'on appelle "la nouvelle économie". Parmi eux, on peut citer les logiciels, les secrets industriels, les brevets, voire l'information. Tous les facteurs de production qui circulent dans les échanges économiques actuels constituent désormais des biens. Ces nouveaux biens sont la fois la source, l'objet et le résultat des activités humaines dotées de valeur patrimoniale et constituent le reflet du développement économique. Toute chose corporelle ou incorporelle dotée d'une valeur patrimoniale et qui fait l'objet de circulation constitue désormais un bien susceptible d'appropriation et d'exploitation.

Les universalités, comme le fonds de commerce, le fonds libéral, le fonds rural, les portefeuilles de valeurs mobilières correspondent maintenant à l'essentiel des biens objet de propriété et de la vie économique. De nouveaux biens, comme les logiciels, sont protégés par le droit d'auteur. Les brevets protègent les inventions et leurs modes d'exploitation. Leurs titulaires bénéficient d'une exclusivité et d'une capacité économique caractéristiques de la propriété. C'est ainsi que, dans tous les pays développés, les bases de données sont protégées, que les valeurs mobilières qui représentent une fraction abstraite du capital d'une société et qui sont incorporelles sont dotées d'un régime particulier de cession et de transmission.

On peut en déduire que tous les biens ont comme critère commun une valeur patrimoniale, qu'ils soient corporels ou incorporels, et qu'ils sont tous objets de propriété, mais que l'exercice du droit de propriété est différent selon qu'il s'agit de biens corporels ou de biens incorporels. Selon l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, les biens sont protégés dès lors qu'ils comportent une valeur patrimoniale. Ils peuvent tous faire l'objet de propriété exclusive, collective ou en indivision et peuvent, notamment, faire l'objet d'un usufruit qui se conçoit même pour des

biens incorporels. La valeur économique et la possibilité d'appropriation, d'échange et de circulation permettent même d'attribuer la qualification de biens à l'information, par exemple.

Cela implique aussi des différences de vocabulaire. Les biens incorporels et les biens immatériels ne correspondent pas à la même chose. L'électricité est un bien matériel, mais elle a un caractère incorporel. Une oeuvre de l'esprit est incorporelle et immatérielle. Les supports électroniques sont des biens matériels qui véhiculent des valeurs intellectuelles ou financières et qui ont une valeur économique, qui sont objets de propriété et dont la circulation correspond à une exploitation économique. Ainsi, dans le pré-projet de réforme du droit des biens dans le Code civil, les biens seraient définis comme "les choses appropriées, corporelles ou incorporelles, ainsi que les droits réels et personnels...".

B. La transformation de la propriété et du droit des biens

La propriété doit dès lors être conçue comme une exclusivité appliquée à des valeurs économiques, et ce, même si les biens incorporels sont souvent mal appréhendés par certaines expressions de la propriété. C'est ainsi que la possession des biens incorporels est difficilement matérialisable et se comprend différemment de celle des biens corporels.

Dans toutes les branches du droit, la propriété est consacrée car elle est le symbole d'une protection juridique absolue. Le droit garantit la sécurité des droits, des biens et des transactions de manière indifférenciée, mais différente selon les biens concernés. C'est ainsi que l'on distingue, en droit français par exemple, la propriété intellectuelle et la propriété industrielle... de la propriété foncière ou de la propriété des biens mobiliers corporels, en raison de la particularité des différents biens concernés. Mais, dans tous les cas, il faut assurer à la fois une sécurité juridique, l'égalité dans les transactions économiques et la juste rétribution des talents. Ainsi, la propriété industrielle, par exemple, celle des marques, brevets et dessins et modèles constituent un véritable droit de propriété, reconnu par les conventions internationales qui correspondent à une protection de l'exclusivité de leur titulaire, même s'il ne s'agit que d'un monopole temporaire dont l'objectif est limité à une exploitation déterminée. La propriété industrielle est ainsi protégée en justice par une action spécifique, l'action en contrefaçon, qui est sanctionnée par les tribunaux.

La propriété industrielle est d'ailleurs, depuis longtemps, protégée aussi par des conventions internationales, comme la convention de Paris de 1883 qui réunit maintenant environ 170 pays signataires qui se sont accordés pour la protéger. On peut également citer la convention de Marrakech du 19 avril 1994 sur les Aspects des Droits de Propriété Industrielle qui touchent au commerce international (accords ADPIC dans le cadre de l'OMC). Il existe aussi des conventions spécifiques pour la protection des marques, pour celle des brevets, pour celle des dessins et modèles. Des conventions internationales ont également institué des instruments de coopération, comme le dépôt international des marques auprès d'un organisme unique pour divers pays.

Dans le cadre de l'Union européenne, la Cour de justice des communautés européennes joue un rôle régulateur très important pour tous les membres de l'Union. Enfin, les organes de l'Union européenne établissent des directives qui ont été transposées dans les pays membres de l'Union, comme la directive de 1988 sur les marques. C'est ainsi que l'on a introduit en droit français "la saisie-contrefaçon" qui est une action en justice permettant de réprimer la fabrication et la commercialisation de produits en infraction au monopole d'une

marque particulière. C'est dire combien, en dépit de sa diversification, la propriété s'analyse comme une exclusivité appliquée à des valeurs économiques et protégée par le droit positif.

C'est dire également que le droit des biens ne peut plus être conçu de manière monolithique et indifférenciée. Il faut, dès lors, considérer que le droit des biens et de la propriété n'est plus un droit uniforme et ne s'identifie plus au droit classique des biens et de la propriété des immeubles. Il y a manifestement, désormais, plusieurs droits spéciaux des biens, au-delà de la théorie générale des biens. Il existe maintenant un droit spécial des biens immobiliers, un droit spécial des biens mobiliers et corporels, et un droit spécial des biens incorporels : l'exemple de la circulation des créances dans la vie économique actuelle et celui des moyens de paiement sans règlement matériel, mais par simple inscription au crédit et au débit des comptes, le démontrent fort bien. Le droit commun des biens se limiterait alors aux principes communs autour desquels s'articulent ces droits spéciaux. Comme un auteur l'avait très justement remarqué, il faudrait désormais parler de droit des biens spéciaux, comme on parle de droit des contrats spéciaux.

En conclusion, la propriété ne peut plus être conçue comme un droit absolu, unitaire et figé portant uniformément sur toutes sortes de biens, immobiliers ou mobiliers, corporels ou incorporels. Elle prend désormais des formes variées et s'exerce de manière différente selon les biens auxquels elle s'applique, de sorte qu'à côté de la théorie générale du droit de propriété, il faut songer à des droits spéciaux de la propriété mobilière, de la propriété immobilière, de la propriété des droits corporels et de la propriété des droits incorporels...

Il n'empêche que la propriété de tous les biens peut constituer aussi, en raison de la valeur économique qui s'y attache, un instrument de crédit par l'affectation de leur valeur économique au remboursement de financements consentis par des banques ou des établissements financiers. Ainsi, le développement économique repose sur la propriété de tous les biens, quelle qu'en soit la nature, bien qu'elle se soit diversifiée grâce au développement de l'économie, aux nouvelles technologies et à la mondialisation des échanges. Ce développement économique, dans tous les pays du monde, suppose un ensemble de techniques permettant d'optimiser l'attribution et l'exploitation des biens, qui constituent le nouveau visage de la propriété dans le monde contemporain.