

# L'immatériel et les biens

## Rapport national italien

par M. Antonio Gambaro, professeur de droit civil, Université de Milan

Le présent rapport répond aux questions préparées par les rapporteurs généraux, Messieurs les professeurs Hualde Sánchez et Marín López

1° Par tradition, la doctrine italienne<sup>1</sup> a considéré que la catégorie des biens incorporels comprend: a) les œuvres de l'esprit, régies par la législation spécifique sur le droit d'auteur<sup>2</sup>; b) les inventions et les modèles industriels et les signes distinctifs, aujourd'hui régis par des dispositions spécifiques réunies dans le code de la propriété industrielle<sup>3</sup>. L'insertion des universalités de biens mobiliers et donc de l'entreprise dans la catégorie des biens incorporels a fait l'objet de vives discussions<sup>4</sup> de même que les critères logiques aptes à identifier les contours de la catégorie des biens incorporels<sup>5</sup>. L'identification du modèle normatif applicable a fait également l'objet de partages entre les interprètes. Dans le sillage de la doctrine allemande, certains ont prétendu que les biens incorporels sont susceptibles de faire l'objet de droits de monopole, d'autres estimant qu'ils peuvent faire l'objet de droits réels et donc faire l'objet d'appropriation.

Il convient aussi de préciser, à titre liminaire, que la catégorie des biens incorporels a une origine exclusivement doctrinale. Le législateur ignore l'expression «biens incorporels»: tant le code civil<sup>6</sup> que la loi sur le droit d'auteur et celle sur la propriété industrielle évitent de se référer à la catégorie des biens incorporels. La loi précitée sur la protection du droit d'auteur utilise l'expression «œuvres de l'esprit»; le code de la propriété industrielle ne se réfère qu'aux concepts de: «marques et autres signes distinctifs, indications géographiques, dénominations d'origine, dessins et modèles,

---

<sup>1</sup> Parmi les ouvrages de référence de la doctrine italienne du XXème siècle, P. Greco, *I diritti sui beni immateriali* (les droits sur les biens incorporels), Turin, 1948; T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali* (Théorie de la concurrence et des biens incorporels); R. Franceschelli, *Beni immateriali* (Biens incorporels) (Essai sur une théorie critique du concept), dans *Rivista di diritto industriale*, 1956, I, 381; M. Are, *Beni immateriali* (Biens incorporels), dans *Enc. diritto*, vol. V, Milan, 1959, p. 244.

<sup>2</sup> Loi n° 633 du 22 avril 1941, modifiée par le décret législatif n°154 du 26 mai 1997; le décret législatif n° 169 du 6 mai 1999, la loi n° 248 du 18 août 2000, le décret législatif n° 68 du 9 avril 2003.

<sup>3</sup> Décret législatif n°30 du 10 février 2005,

<sup>4</sup> Voir M. Casanova, *Beni immateriali e teoria dell'azienda* (Biens incorporels et théorie de l'entreprise), dans *Rivista di diritto commerciale* 1945,I, 76; F. Ferrara jr., *Teoria giuridica dell'impresa* (théorie juridique de l'entreprise), Turin, 1949.

<sup>5</sup> Voir C. Maiorca, *La cosa in senso giuridico* (La chose au sens juridique), Turin, 1937; A. Pino, *Contributo alla teoria giuridica dei beni* (Contribution à la théorie juridique des biens), dans *Rivista trimestrale di diritto e proc. civile*, 1948, 825; S. Pugliatti, *Beni (teoria generale)* (Biens - théorie générale), dans *Enc. diritto*, vol. V, Milan, 1959, 164.

<sup>6</sup> En Italie, le code civil est unitaire et le code de commerce de 1882 a été abrogé en 1942; le code de commerce de 1882 ne se référait pas non plus à la catégorie des biens incorporels, en se limitant à transposer la distinction entre biens mobiliers et immobiliers énoncée dans le code civil de 1865.

inventions, modèles d'utilité, typographies des produits semi-conducteurs, informations commerciales confidentielles et nouvelles variétés végétales»<sup>7</sup>.

Il importe toutefois d'observer que la catégorie opposée des biens matériels ou corporels, ne trouve pas non plus sa place dans le lexique législatif. Le code civil, reflétant fidèlement le modèle français, ne distingue qu'entre les biens mobiliers, qui incluent les énergies ayant une valeur économique, et les biens immobiliers; les autres distinctions concernent les biens publics et le régime des fruits. Par conséquent nous pouvons considérer, uniquement, que le législateur considère certainement que certains biens sont incorporels, à savoir non seulement les œuvres de l'esprit et les objets de la propriété industrielle, mais aussi les universalités de meubles (art. 816 c.c.) et les fruits civils (art. 820,3° alinéa, c.c.), sans toutefois distinguer entre biens corporels et incorporels aux fins des classifications.

En réalité, la distinction entre biens corporels et incorporels existe dans les sources du droit romain utilisées durant toute l'époque du droit commun. Plus précisément les catégories des biens corporels et incorporels ont été bien connues à travers la célèbre distinction de Gaio entre «res corporales» et «res incorporales». Nous pouvons donc affirmer que la catégorie des biens incorporels faisait partie du vocabulaire juridique des juristes italiens bien avant les codifications modernes, même s'il existait de grandes différences lexicales et de signification dans les mots employées.

La jurisprudence actuelle adopte aussi cette terminologie lorsqu'elle l'estime nécessaire, mais ne participe ni au fondement ni à la définition de la catégorie, cette tâche étant traditionnellement confiée à la doctrine juridique.

À titre d'exception partielle à cette règle coutumière, on peut rappeler que la Cour constitutionnelle, par l'arrêt n° 641<sup>8</sup> du 30 décembre 1987, a affirmé que l'environnement doit être considéré comme un bien incorporel unitaire. Dans le sillage de la Cour constitutionnelle, la Cour de Cassation a aussi réaffirmé que l'environnement doit être considéré comme un «*bien incorporel protégé dans son unité*»<sup>9</sup>. Cependant, on peut douter que considérer l'environnement en tant que bien incorporel unitaire soit une position conforme aux indications de la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004, qui se réfère exclusivement à la notion de ressources naturelles.

Mise à part cette contribution à la définition de l'environnement, on observe que la jurisprudence utilise parfois la notion de biens incorporels sans aucune rigueur, pour souligner la nécessité de protéger certaines situations subjectives.

À titre d'exemple, une jurisprudence souvent reprise, relative au problème de la mutation de fonctions des travailleurs, énonce que l'affectation illégale d'un travailleur à des fonctions inférieures ou la privation de fonctions constitue une «lésion d'un bien incorporel par excellence, tel que la dignité professionnelle du travailleur»<sup>10</sup>. Une autre jurisprudence très fréquente de la Cour des comptes énonce, en matière de préjudice occasionné au Trésor public du fait des fonctionnaires malhonnêtes, qui ont aussi jeté le discrédit sur l'administration à laquelle ils appartiennent, que : «le

---

<sup>7</sup> Voir décret législatif n°30 du 10 février 2005, art. 1.

<sup>8</sup> Que l'on peut lire sur le site de la Cour constitutionnelle et aussi, parmi d'autres, dans Foro it. 1988, I, 694.

<sup>9</sup> Cass.25.1.1989, n.°440, dans *Corr.giur.*, 1989, 508 et dans *Giust.civ.*, 1989, I, 560.

<sup>10</sup> Voir, parmi d'autres, Cass. Civ., [ord.], sez. VI, 18-05-2012, n° 7963; Cass. civ., sez., 03-03-2011, n° 5138.

préjudice à l'image est lié à la commission de faits illégaux qui portent atteinte au bien incorporel de l'estime publique"<sup>11</sup>.

Plus fréquemment, la jurisprudence utilise la notion de bien incorporel pour réaffirmer les classifications existantes et rappeler ainsi que les quotes-parts des sociétés à responsabilité limitée doivent être considérées comme des biens incorporels<sup>12</sup>, ou que la prestation fournie par un professionnel doit être considérée en tant que prestation d'un bien incorporel<sup>13</sup>.

C'est ici que s'arrête l'apport de la jurisprudence.

Quant à la doctrine actuelle, nous observons qu'il existe une division plutôt nette du travail. Un groupe, composé principalement de professeurs de propriété intellectuelle (en italien : « diritto industriale »), étudie en détails le droit d'auteur et de la propriété industrielle, dont les objets sont traditionnellement classés en tant que biens incorporels. La réflexion sur la théorie des biens reste confiée à la doctrine civiliste<sup>14</sup>, laquelle a proposé un éventail plutôt large de modèles théoriques pour aborder la question des biens dits « nouveaux », en les indiquant parfois sous la terminologie américaine de « new properties »; sur cette délimitation une discussion animée est en cours.

2°- Il découle de ce qui précède que dans le droit italien, la notion de bien incorporel est certainement présente dans le langage usuel des juges et des juristes en général. Cette notion a un champ d'application certain en ce qui concerne les œuvres de l'esprit et les objets qui relèvent de la propriété industrielle, mais plus incertain et plus vague dans de nombreux autres secteurs de

---

<sup>11</sup> Voir, parmi d'autres, Cour des comptes, sez. I giur. centr. app., 09-03-2005, n. 79/A; Cour des comptes, sez. giur. reg. Veneto, 09-02-2005, n° 304; Cour des comptes, sez. giur. reg. Umbria, 17-01-2005, n. 1; Cour des comptes, sez. II giur. centr. app., 08-07-2003, n. 264/A.

<sup>12</sup> Voir, parmi d'autres, Cass., sez. III, 21-10-2009, n° 22361: " La quote-part de participation dans une srl exprime une position contractuelle objective, qui doit être considérée comme un bien incorporel comparable au bien meuble non inscrit dans un registre public en vertu de l'art. 812 c.c. ; c'est pourquoi elle peut être soumise, conformément à l'art. 813, dernière partie, c.c., aux dispositions concernant les biens mobiliers et, en particulier, à la réglementation des situations subjectives réelles et des conflits entre elles sur le même bien, puisque la quote-part, bien que n'étant pas un bien matériel à l'instar de l'action, a cependant une valeur patrimoniale objective, constituée par la fraction du patrimoine qu'elle représente, et est donc un objet unitaire de droits."

<sup>13</sup> Voir Cass., sez. III, 23-07-2002, n° 10741: " L'art. 2226 c.c., qui règle les droits du commettant en cas de défauts et vices de l'ouvrage, n'est pas applicable au contrat de prestation d'ouvrage professionnel intellectuelle; celui-ci a en effet pour objet, bien qu'extrinsèque, comme dans le cas de la mise en place d'une prothèse dentaire, la prestation d'un bien incorporel pour lequel, ne sont pas perceptibles, comme pour les biens corporels, les défauts ou les vices éventuellement présents ; c'est pourquoi prend une importance majeure l'activité réservée au dentiste d'établissement du diagnostic de l'état du patient, du choix de la thérapie, de l'application postérieure de la prothèse et de son contrôle "

<sup>14</sup> Voir B. Biondi, *I beni (Les biens)*, dans Trattato di diritto civile (Traité de droit civil) dirigé par Filippo Vassalli, Turin, 1953, 2<sup>a</sup> ed. 1956; S. Pugliatti, *Biens (théorie générale)*, dans Enc. dir., vol. V Milan, 1959, p. 164; Id., *Cosa (teoria generale) [Chose (théorie générale)]*, dans Enc. Dir., vol. XI, Milan, 1962, p. 19; D. Messinetti, *Oggettività giuridica delle cose incorporali [Objectivité juridique des choses incorporelles]*, Milan, 1970; M. Allara, *Dei Beni (Des Biens)* Turin, 1984; O.T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza (la propriété des biens et ses formes juridiques)*, Milan, Giuffrè, 1982; M. Barcellona, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici (Attribution normative et marché dans la théorie des biens juridiques)*, dans Quadrimetsre, 1987, p. 643; V. Zeno Zencovich, *Cosa*, dans Digesto Discipl. Priv., Sez. civ., Vol. IV, Turin, 1989, p. 438; O.T. Scozzafava, *Dei beni (Des Biens)*, dans Il Codice civile - Commentario dirigé par P. Schlesinger, Milano, 1999; Costantino, Pardolesi, Bellantuono, *I beni in generale ( Les biens en général)*, dans Trattato di dir. priv (Traité de droit privé) dirigé par P. Rescigno, vol.7, 2<sup>a</sup> ed. Turin, 2005; A. Gambaro, *I beni (Les biens)*, dans Trattato di diritto civile e commerciale (Traité de droit civil et commercial) dirigé par Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, Milan, 2012.

l'activité juridique, au regard desquels il convient de distinguer entre évocations rhétoriques et qualifications, qui relie l'objet qualifié à des règles spécifiques<sup>15</sup>.

En réalité les évocations rhétoriques de l'expression "bien incorporel" s'expliquent aussi par le fait que dans le langage italien actuel, qualifier un objet de bien, lui donne une connotation positive, à savoir qu'il est défini en tant qu'objet sûrement digne de protection, sans qu'il incombe de devoir démontrer pour quelle raison et dans quelles limites celui-ci est digne de protection.

Cette conséquence s'explique par le fait que le code civil italien de 1942 a prévu au début du troisième livre consacré à la propriété, un chapitre consacré aux biens en général (articles 810 à 831) dans lequel la catégorie des biens est définie comme une catégorie fondamentale de l'ensemble du droit patrimonial ou, à tout le moins, de toutes les situations constitutives d'un droit de propriété. Dans l'archétype que représente le code civil français, la tâche d'identifier les catégories fondamentales du droit civil incombe à la doctrine, tandis que le libellé du code se limite à établir la présence nécessaire de certaines catégories de biens, à commencer par la distinction capitale entre biens mobiliers et immobiliers, et ensuite la catégorie des biens publics. Le code civil italien, au contraire, se caractérise par une tentative ambitieuse de construire à l'intérieur de l'ordre systématique de ce code, un droit des biens qui, au moyen de ses découpages internes, puisse renvoyer aux liens multiples et variables entre les différents types de biens et leur forme de circulation et de protection.

L'article 810 c.c. définit la notion de bien comme suit: "Constituent des biens les choses qui peuvent faire l'objet de droits". Il ressort des travaux préparatoires que la référence aux objets corporels a été exclue de cette définition<sup>16</sup>, car elle aurait conféré au terme « bien » la même signification que celle que l'article 90 du BGB a conférée au mot Sache. Par conséquent, l'histoire législative de l'article 810 c.c. indique que, dans ce contexte, le mot "chose" n'indique pas les choses corporelles, mais qu'il s'agit d'une traduction du latin res, qui suit la longue tradition romaine du droit commun dans laquelle le mot res désignait tant le res corporelles que le res incorporelles. Cela s'avère du reste nécessaire du point de vue logique afin d'assurer la cohérence de la catégorie des droits réels, ainsi qu'aux fins de l'insertion cohérente dans la catégorie des biens des universalités de biens mobiliers (article 816 c.c.)<sup>17</sup> et des fruits civils (article 820, 3e alinéa, c.c.)<sup>18</sup>.

Partant, définir en tant que bien une chose matérielle ou immatérielle, implique que celle-ci puisse faire l'objet de droits et par conséquent des protections accordées par l'ordre juridique, ce qui explique la connotation positive que nous avons évoquée.

---

<sup>15</sup> Affirmer que l'environnement, la renommée ou le professionnalisme du travailleur sont des biens incorporels n'apporte rien aux règles juridiques fixées pour leur protection. Affirmer que la quote-part de participation dans une société à responsabilité limitée est un bien incorporel signifie que la législation sur les droits réels s'applique aux quotes-parts de la société à responsabilité limitée.

<sup>16</sup> La formulation de l'art. 1 du projet du livre prévoyait en effet une définition reprise de § 90 BGB, qui prévoyait que "Les choses au sens de la loi sont les objets corporels et les autres entités naturelles susceptibles d'appropriation et utilisation".

<sup>17</sup> Art. 816, premier alinéa: "Est considérée universalité de meubles la pluralité de choses qui appartiennent à la même personne et ont une seule destination. "

<sup>18</sup> Art. 820, troisième alinéa: "Sont considérés des fruits civils ceux retirés de la chose à titre de rémunération de la jouissance d'autrui, comme les intérêts de capitaux, les loyers des baux emphytéotiques, les rentes viagères et tout autre rente, les loyers".

Il convient cependant de rappeler que la tentative de faire de la théorie des biens la catégorie fondamentale du droit patrimonial n'a abouti que partiellement en raison des défauts qui caractérisent la rédaction technique des règles du code civil et de l'amphibologie irrésistible du mot "bien". Elle a néanmoins contribué à définir deux éléments certains qui constituent aujourd'hui le point d'aboutissement d'un processus herméneutique ayant duré plus d'un demi-siècle. En premier lieu, les biens sont constitués par les biens corporels et les biens incorporels<sup>19</sup>. En deuxième lieu, les biens au sens propre sont susceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété et donc de relever de la matière des droits réels ou de celle des biens appartenant au domaine public. Ce qui précède implique la nécessaire individuation des critères aptes à séparer les biens visés à l'article 810 c.c. des droits de créance, qu'une autre règle du code civil inclut dans la notion de biens en référence à la composition du patrimoine<sup>20</sup>. Cette difficulté, qui n'était pas des moindres, ayant été résolue<sup>21</sup>, nous considérons que la possibilité d'insérer parmi les biens des entités tant matérielles qu'immatérielles implique que les biens soient dotés d'une existence objective, indépendante donc du sujet auxquels ils sont ou peuvent être attribués. Cela implique également que les dispositions relatives à la propriété tant publique ou collective que privée soient applicables aux biens.

Cette dernière implication a été négligée pendant longtemps par la doctrine italienne dans son évolution en matière de biens, en raison de la persistance de l'idée que la qualification de bien doit être réservée aux biens susceptibles d'appropriation (privée), et de l'idée – liée à la précédente – selon laquelle la propriété est une notion homogène et totalement structurée dans le code civil, susceptible de subir les limitations les plus variées (dictées dans une large mesure par des dispositions de droit public), mais fondamentalement unitaire.

Néanmoins si l'on observe les dispositions du code et le langage usuel des juristes on doit remarquer que les biens, au sens technique du terme, visent aussi les biens publics et que les plus importants ne peuvent faire l'objet d'appropriation privée. Partant, on ne saurait faire état de l'existence d'un lien inévitable entre biens et propriété privée.

D'autre part, la notion de propriété a « éclaté », laissant place à la prise de conscience de la présence simultanée dans l'ordre juridique italien d'une pluralité de situations propriétaires. Plus largement, nous pouvons rappeler la position innovante exprimée par Pugliatti dans les années 1950, selon laquelle la propriété est « modelée » par la loi sous différentes formes, tant du point de vue de sa structure subjective que du contenu de la jouissance des biens, de sorte qu'il convient de prendre acte de la pluralité des situations juridiques qui relèvent de la notion de propriété. Aujourd'hui, l'idée qu'il n'existe pas une propriété mais des propriétés est globalement acceptée, bien qu'à différents degrés, avec pour conséquence que la notion de bien est rattachée à une pluralité de droits de propriété: publics, privés, et aussi mixtes comme dans le domaine des biens

---

<sup>19</sup> Cet aboutissement est marqué par les propositions de la Commission ministérielle chargée de la révision du premier chapitre du livre III du code civil, normalement désignée sous le nom de son président, Commissione Rodotà, qui en février 2008 a proposé de reformuler l'art. 810 c.c. de la manière suivante: " Constituent des biens les choses, corporels ou incorporels, les utilités desquelles peuvent faire l'objet de droits". Des événements à caractère politique n'ont pas permis que les travaux de la Commission puissent avoir une issue législative, mais ses propositions ont rencontré une large approbation parmi les juristes italiens; voir Mattei, Reviglio, Rodotà ( cur.), *I beni pubblici* (les biens publics). Du gouvernement démocratique de l'économie à la réforme du code civil, Actes du congrès ayant eu lieu à l'Accademia dei Lincei le 22 avril 2008, Roma, 2010.

<sup>20</sup> Voir art.2 740 c.c – Responsabilité patrimoniale - " Le débiteur répond de l'exécution des obligations avec tous ses biens présents et futurs."

<sup>21</sup> À cet égard, nous renvoyons à A. Gambaro, *I beni*, dans Trattato di diritto civile e commerciale dirigé par Cicu Messineo, Mengoni, Schlesinger, Milan, 2012.

culturels. Dans cette perspective, la controverse qui avait divisé la doctrine du droit industriel, entre ceux qui estimaient que les œuvres de l'esprit, les inventions, les modèles industriels et les signes distinctifs étaient susceptibles de faire l'objet de droits réels et ceux qui les estimaient susceptibles de créer des droits de monopole bien distincts des règles de la propriété et des autres droits réels en droit civil, a perdu également tout son sens. En effet, si l'on accepte que le mot propriété ne désigne pas une notion juridique homogène et unique, mais évoque une pluralité de positions d'appartenance par lesquelles un sujet est « propriétaire » d'un bien, sans préjudice sur le contenu des prérogatives dominicales, qui peuvent être diversement assorties, la vieille querelle devient superflue.

3°- Si l'on considère que les biens immatériels peuvent être soumis à un régime de propriété privé ou à un régime de propriété publique, devient évident que le droit public lui-même définit des règles spécifiques aux biens incorporels appartenant au domaine public. Les cas sont nombreux. Parmi les plus significatifs, il convient de citer les fréquences radio-télévisuelles et téléphoniques faisant l'objet d'une législation spécifique aux fins de leur concession<sup>22</sup> et qui créent cependant des situations juridiques subjectives susceptibles d'être protégées par le juge de droit commun, tant dans le cadre d'une action possessoire que d'une action en réparation du préjudice subi<sup>23</sup>. Nous indiquons également qu'en Italie, comme dans d'autres ordres juridiques européens, est en vigueur, jusqu'en 2015, un système complexe de répartition des quotas laitiers, lesquels correspondent à des biens incorporels susceptibles de commercialisation tant au sein du même État membre que, selon certaines juridictions et avec de nombreuses limitations, entre producteurs résidant dans différents États membres<sup>24</sup>. De même, la directive 2003/87/CE<sup>25</sup> a créé un système de quotas d'émissions de CO2 qui tend manifestement à créer un marché régi par le droit public, mais sur lequel s'échangent et s'évaluent de nouveaux biens incorporels tels que, précisément, les « tradeable pollution rights ». S'avère plus incertaine, ainsi que nous l'avons rappelé, la nature de bien incorporel que l'on a attribué à l'environnement; toutefois, dans ce cas aussi, il s'agirait d'un bien incorporel assujéti aux règles du droit public de l'environnement.

Il convient néanmoins d'observer que, concernant précisément le domaine des biens, la distinction traditionnelle entre droit public et droit privé risque d'être fallacieuse plutôt qu'éclairante. Le fait est que lorsqu'il s'agit de définir une situation créatrice d'un droit de propriété sur certains biens, les règles y afférentes sont toujours dictées par l'intérêt général. Pour citer encore l'un des enseignements de Pugliatti, nous pouvons dire qu' « il n'existe pas de droit (subjectif) qui puisse se concentrer uniquement dans l'intérêt privé, puisque le droit (objectif) répond fondamentalement à des finalités d'intérêt public »<sup>26</sup>; de sorte que même le « droit de propriété est, en tant que droit, une création de la loi; cette dernière, en le façonnant et en le définissant, obéit à des exigences de

---

<sup>22</sup> Objet de modifications législatives continues, en matière de télécommunications et en particulier de concession de canaux de fréquence ; voir art. 5, loi n° 1034/71 et art. 33, premier alinéa, décret législatif n° 80/98, tel que remplacé par l'art. 7, loi n° 205/00 et « réécrit » par la Cour constitutionnelle 204/04).

<sup>23</sup> Voir en dernier lieu Cass. civ., sez. un., n° 17243 du 10-10-2012.

<sup>24</sup> Voir T.a.r. Lombardie, sez. Brescia, sez. II, n° 1710, du 22-10-2012.

<sup>25</sup> Transposée en Italie par le décret-loi n°273 du 12 novembre 2004.

<sup>26</sup> Voir S. Pugliatti, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, (Intérêt public et intérêt privé dans le droit de propriété) dans *La proprietà nel nuovo diritto* (la propriété dans le nouveau droit), Milan, 1954 ( rist. 1964), p.

caractère général et ces exigences se reflètent inévitablement dans celui-ci<sup>27</sup>. Cette observation est particulièrement appropriée en ce qui concerne l'émergence de nouveaux biens incorporels tels que les droits d'utilisation du sol (« *diritti edificatori* »), qui correspondent à des quotas définis de densité constructible dans le cadre d'un schéma d'aménagement urbain, qui doivent être utilisés sur un terrain autre que celui de provenance. Dans cette hypothèse, en effet, l'intérêt public, dont l'organisme territorial – en principe la Commune – est le représentant, coïncide avec la création d'un marché dans lequel les droits d'utilisation du sol peuvent être valorisés économiquement, parce que c'est au moyen de l'attribution de droits d'utilisation du sol que l'on entend compenser les propriétaires expropriés, en évitant ainsi au pouvoir expropriateur de devoir verser des sommes d'argent. En général, nous observons que la coïncidence entre les intérêts publics et les intérêts privés se manifeste chaque fois que l'on estime que les mécanismes de marché sont les plus efficaces pour inciter à l'adoption de comportements individuels conformes aux objectifs de politique publique. Dans ce type de contexte, le mécanisme de fond consiste à créer de nouveaux biens incorporels pouvant être placés sur un marché, tels qu'une « *commodity* ».

Si l'on observe en effet les mécanismes qui sous-tendent la matière des quotas-laitiers, des quotas d'émission de CO<sub>2</sub>, comme des droits d'utilisation du sol ou des canaux dans le spectre électromagnétique, on se rend compte que, au-delà des différences mineures, il s'agit toujours d'un phénomène dit de « marchandisation », qui passe par la création dans l'ordre juridique de nouveaux biens incorporels conçus et enregistrés à des fins relevant du droit public.

4°- Cette imbrication inévitable entre droit public et droit privé dans la définition des situations de propriété sur des biens incorporels ayant été rappelée, il y a lieu de tenir compte du fait que le questionnaire auquel nous répondons se focalise essentiellement sur la matière relevant traditionnellement des biens incorporels de droit privé et ses catégories impératives. Nous nous interrogeons en effet sur le fait de savoir si les biens incorporels sont considérés comme des biens mobiliers ou immobiliers.

À cet égard, nous rappelons que pour les juristes classiques de droit commun jusqu'à Pothier, les biens incorporels ne sont pas des objets réels mais intellectuels, et, par conséquent, ils ne sont pas – ontologiquement parlant – ni meubles ni immeubles. Pothier ajoute cependant que les règles concernant les biens étant réparties en deux catégories, à savoir les règles relatives aux biens mobiliers et celles aux biens immobiliers, il convient d'adapter les concepts aux règles pratiques et, partant, de distinguer aussi au sein des biens incorporels ceux qui peuvent être assimilés à des biens meubles et les autres<sup>28</sup>. Cet enseignement a été itérativement repris par la doctrine italienne au début du XIX<sup>ème</sup> siècle qui considérait en tant que biens incorporels essentiellement les œuvres de l'esprit et les objets relevant de la législation de la propriété industrielle; il a été affirmé, au nom de la coutume, que les biens incorporels devaient être assimilés aux biens mobiliers. Cela peut apparaître naturel si l'on considère que les codes rédigés sur le modèle français, comme le code italien, distinguent entre biens mobiliers et biens immobiliers, surtout afin d'établir des systèmes de règles diversifiés en ce qui concerne leur circulation, à savoir les modes d'acquisition et de perte du droit de propriété et des autres droits réels. Il est donc devenu usuel d'assimiler les biens incorporels aux biens mobiliers.

---

<sup>27</sup> Voir S. Pugliatti, *précité*, p. 4

<sup>28</sup> Voir R.J. Pothier, *Traité des personnes et des choses; Traité des choses*, § II.

Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une coutume qui pourrait être réexaminée avec profit car, du point de vue ontologique, envisager les droits d'utilisation du sol ou le spectre électromagnétique comme des biens mobiliers est contraire au bon sens; en outre, du point de vue opérationnel, il convient de noter que les lois spécifiques relatives à chaque type de biens incorporels régissent spécifiquement les questions du transfert et de la protection de ces derniers, de sorte que l'assimilation aux biens mobiliers n'a que peu d'intérêt.

En ce qui concerne, par exemple, le droit d'auteur, on estime que l'acte de création de l'œuvre de l'esprit est le seul mode d'acquisition à titre originaire du droit lui-même<sup>29</sup>. Il est exclu, à juste titre, que s'appliquent les modalités d'acquisition à titre originaire de la propriété, tant pour les biens mobiliers qu'immobiliers. Partant, sont inapplicables au droit d'auteur les acquisitions par occupation (art. 923 c.c.), inventions (art. 927 c.c.), par incorporation (art. 939 c.c.), spécification (art. 940); usucapion (art. 1158 c.c.)<sup>30</sup>. La raison que l'on évoque communément n'est cependant que partiellement partageable. On prétend en effet que de telles modalités d'acquisition ne sont applicables qu'aux biens corporels et donc ne conviennent pas aux biens incorporels. En réalité, certaines dispositions du code civil en matière de modalités d'acquisition de la propriété à titre originaire pourraient facilement s'appliquer également aux biens incorporels. Le fait est que la loi sur le droit d'auteur régit directement les hypothèses d'acquisition tant du droit moral d'auteur que des droits patrimoniaux connexes, créant un système qui ne nécessite pas d'être complété par référence aux règles de droit civil sur la propriété en général. Au contraire, dans certains cas, ce système exclut toute règle de droit civil, empêchant ainsi toute analogie. En ce qui concerne le droit d'auteur, en effet, l'acte de création est le seul mode d'acquisition possible parce que ce droit ne peut être cédé, seuls les droits patrimoniaux connexes étant transmissibles.

À l'inverse, lorsque la collaboration créative de plusieurs auteurs prend une forme telle que chaque contribution ne peut être distinguée l'une de l'autre et est indissolublement liée aux autres, et on considère qu'il s'agit de la création d'une œuvre unique et non pas composée, est la loi spéciale à renvoyer aux normes de droit civil en matière de copropriété<sup>31</sup>, sauf à spécifier qu'aux fins de la première communication de l'œuvre devant tout public, il faut obtenir le consentement de tous les auteurs; le refus d'un seul d'entre eux sans justification peut néanmoins être surmonté par l'introduction d'un recours formé devant l'autorité judiciaire. De même, la législation sur la copropriété est expressément reprise également par le code de la propriété industrielle relativement à toutes les hypothèses qu'il régit<sup>32</sup>, mais il convient de rappeler que la propriété d'une marque collective n'est pas régie par lesdites règles, parce que, en effet, il s'agit précisément de propriété collective, laquelle exige non seulement l'élaboration de dispositions relatives à la question des modalités d'usage de la marque collective, des contrôles et des sanctions, mais aussi la détermination d'une entité responsable, même sous la forme très simple de l'association non reconnue, chaque membre ne transmettant pas à l'entité sa qualité d'entrepreneur<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Voir art. 6, loi n° 633, du 22 avril 1941.

<sup>30</sup> Voir, parmi d'autres, Ubertazzi, *Diritto d'autore* (Droit d'auteur) dans *Digesto discipline privatistica*, section commerciale, vol. IV, Turin, 1989, p. 373.

<sup>31</sup> Voir art. 10, loi n° 633 du 22 avril 1941,

<sup>32</sup> Voir art. 6, décret législatif n°30 du 10.2.2005.

<sup>33</sup> Voir Cass. cass., sez. I, 29-08-1995, n°9073. "dans l'hypothèse où une association non reconnue, en sa qualité de chef de file d'un groupe déterminé d'entrepreneurs, a obtenu, conformément aux articles 2570 c.c. et 2 r.d. 21 juin 1942 n°929, l'enregistrement d'une marque collective utilisée par les entrepreneurs associés, cette association, qui n'a pas la qualité d'entrepreneur et n'a pas pour but de protéger les intérêts généraux des associations professionnelles, à l'encontre des tiers qui accomplissent des actes d'abus de marque, peut obtenir une protection de type réel en raison de

Le concept d'usucapion doit être également révisé en fonction de chaque type de biens incorporels. L'appropriation du droit d'auteur par usucapion étant exclue, il convient de rappeler que la législation sur les marques prévoit la déchéance pour non usage de la marque durant les 5 années qui suivent son enregistrement<sup>34</sup>. Cette situation est réglementée dans les moindres détails et prévoit plusieurs exemptions; cependant, ce qui importe en l'espèce de rappeler est qu'une fois le droit sur une marque déchu, son titulaire antérieur ne peut s'opposer à l'enregistrement de cette marque ou d'une marque similaire par autrui. Aussi dans le cas d'usage de fait de la marque, tout renvoi à l'usucapion est superflu<sup>35</sup> parce que les règles en la matière sont spécifiques et parce que la tolérance éventuellement imposée au titulaire de la marque enregistrée envers l'usage de bonne foi d'une marque similaire<sup>36</sup> exclut toute possession par usucapion au cours de la période durant laquelle la marque est protégée. En revanche, les limites imposées à la licéité de l'usage d'une marque de fait<sup>37</sup> empêchent quiconque utilise une marque de fait, de s'approprier la marque d'autrui par usucapion. L'hypothèse de la convalidation également<sup>38</sup> ne correspond nullement à l'usucapion réglementée par les articles 1158 à 1161 c.c., puisqu'il s'agit d'une hypothèse de déchéance de la protection en raison de la survenue de l'enregistrement et non pas de sa possession<sup>39</sup>.

En général, il convient d'observer que la doctrine italienne la plus attentive<sup>40</sup> met en exergue le fait que les biens incorporels classiques: œuvres de l'esprit, inventions industrielles et signes distinctifs sont assujettis, par le législateur, à des règles si précises que la question de l'applicabilité à leur égard des règles générales en matière la possession et usucapion devient dénuée d'intérêt. En effet si l'on observe les précédents jurisprudentiels, on se rend compte qu'il n'est plus nécessaire désormais de recourir par analogie aux règles sur la possession pour fournir une protection aux titulaires de droits sur des biens incorporels ni pour résoudre les conflits entre plusieurs sujets revendiquant des droits sur des biens incorporels. Si parfois le lexique du législateur<sup>41</sup> ou celui des juristes évoque une terminologie relevant du domaine de la possession, il ne s'agit que de métaphores et non de connexions systématiques et encore moins d'applications par analogie des dispositions sur la possession. L'élément essentiel est que la notion de possession, telle que régie par le code civil, suppose un pouvoir de fait exclusif, incompatible avec un pouvoir de fait concurrent; or, les biens incorporels en question sont des biens dont l'utilisation, de par leur nature,

---

la violation de ce droit, ainsi que le dédommagement des préjudices éventuellement découlant de cette violation, mais elle n'a pas la qualité pour agir au moyen de l'action en concurrence déloyale de l'article. 2601 c.c."

<sup>34</sup> Art. 24 du décret législatif n°30 du 10.2.2005.

<sup>35</sup> L'utilisation de la métaphore de l'usucapion qui a été parfois utilisé par les juges dans le passé, n'a plus raison d'être; voir T. Naples, 04-04-1986: "Le droit de l'entrepreneur sur l'entreprise ou sur sa marque peut faire l'objet d'acquisition par usucapion dès lors qu'est satisfaite à la double condition de la cessation de l'usage par le titulaire originaire et que se soit instauré un usage à titre de possession par usucapion de la part d'un autre exploitant de l'entreprise et non pas lorsque le titulaire originaire s'est limité à tolérer son usurpation par autrui tout en continuant à l'utiliser légitimement."

<sup>36</sup> Voir Cour de justice de l'Union européenne, n°65/12, du 06-02-2014.

<sup>37</sup> Art. 2571 c.c.

<sup>38</sup> Art. 28, décret législatif n°30, du 10.2.2005.

<sup>39</sup> En effet la jurisprudence interprète parfois le phénomène comme une hypothèse de présomption de licence; voir T. Milano, 11-03-2010: "Le contrat de licence est libre de toute forme et peut être conclu tant verbalement, avec une manifestation expresse de volonté, que par des actions desquelles on peut inférer une volonté tacite; dans cette perspective, il est souhaitable de produire à titre de preuve de l'existence d'une licence, le fait que la marque fasse l'objet d'un usage étendu sur de nombreuses années de la part de la personne qui affirme détenir une licence et que le titulaire n'ait réagi en aucune façon, consentant ainsi implicitement à l'enregistrement au nom du licencié de nombreuses marques communautaires ayant pour objet exactement les mêmes signes".

<sup>40</sup> Voir Sacco et Caterina, *Il Possesso (la possession)*, 2<sup>a</sup> ed., dans *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigé par Cicu, Messineo, Mengoni, Milan, 2000, p. 133 et suiv..

<sup>41</sup> Voir, à titre d'exemple art. 167, loi 633/1941: "Les droits d'utilisation économique reconnus par cette loi peuvent aussi être revendiqués sur le plan juridique : a) par la personne qui détient légalement des droits."

est non rivale et dont le caractère exclusif est une création de l'ordre juridique liée à la propriété et non à une situation de fait. L'importance conférée à l'usage de fait d'un signe distinctif est limitée à l'immunité dont bénéficie l'utilisateur, qui peut donc continuer à en faire usage ou décider de se placer sous la législation de la marque enregistrée sous plusieurs aspects; l'attribution et la protection du jus excludendi sont associées à l'enregistrement.

5° - Lorsqu'on parle de la propriété d'un certain bien, on entend essentiellement que la personne à laquelle le bien est attribué par l'ordre juridique a le droit d'en disposer et donc de le transférer. À l'exception du droit moral d'auteur ou de l'auteur de l'invention qui, à cet égard, ressemble plus à un droit de la personnalité qu'à un droit de propriété, les biens incorporels attribuables aux personnes privées, se transfèrent selon les règles de droit commun de cession des droits sur les biens. L'aspect du transfert est celui sous lequel on tend à considérer d'avantage les biens incorporels comme étant des biens au sens de l'article 810 c.c. et donc sur lesquels peut se former un droit de propriété au sens propre. Le mécanisme de la cession des créances sur le fondement de l'article 1260 et suiv. du c.c. semble abandonné au profit de celui du transfert des biens incorporels. D'autre part, les obstacles qui s'opposaient autrefois au transfert de certains biens incorporels, tels que les marques, ont été supprimés au cours du processus d'uniformisation des législations européennes. La marque peut être elle-aussi librement cédée sans être liée nécessairement à la cession de l'entreprise et être transférée en totalité ou pour une partie des produits et des services pour lesquels elle a été enregistrée<sup>42</sup>.

Le principe de la libre circulation des biens incorporels susceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété privée, implique que le titulaire du bien puisse recourir à tous les actes et accords aptes à permettre sa cession, totale ou partielle, incluant donc les actes et les transferts à titre gratuit. Dans ce cas, il convient naturellement de respecter les critères de forme imposés aux fins de la validité de l'acte<sup>43</sup>. La succession « mortis causa » des biens incorporels de propriété privée obéit aussi aux règles générales, s'agissant d'éléments du patrimoine du défunt. Les règles spécifiques s'appliquent non pas aux biens incorporels au sens propre, mais à certains éléments constitutifs du cas d'espèce. À titre d'exemple, l'autorisation d'utiliser un nom propre en tant que marque par autrui peut être accordée après la mort de la personne et même par ses parents proches, sans être dévolu par succession, ne s'agissant pas d'un bien incorporel mais d'un droit de la personnalité, qui fait partie également des éléments constitutifs de la légalité de la marque patronymique<sup>44</sup>.

6° - Il découle des considérations qui précèdent que les biens incorporels sont susceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété et, lorsqu'il s'agit de biens susceptibles d'appropriation individuelle,

---

<sup>42</sup> Voir, art. 23 du décret législatif 30/2005

<sup>43</sup> Voir, à titre d'exemple, A. Roma, 05-02-2007: " La donation des droits d'utilisation économique d'une marque d'entreprise, en l'absence de formalisation au moyen d'un acte public, est nulle et dépourvue d'effets ... ; d'autre part, on ne saurait faire valoir sa validité en vertu de l'article 783 c.c., (don manuel), étant donné l'absence de l'élément de la tradition, qui suppose la matérialité de la chose donnée".

<sup>44</sup> Voir T. Milano, 17-05-2011: " La disposition de l'art. 8, premier et troisième alinéas, c.p.i., qui n'attribue qu'au titulaire et, à défaut, à ses parents les plus proches, la possibilité de fournir son consentement à l'enregistrement du nom comme marque de la part de tiers est fondée sur la volonté de protéger un droit de nature strictement personnel, précisément du titulaire ou des autres membres survivants de sa famille, et en tant que tel ne peut être transmis au-delà des limites générationnelles indiquées par la règle, puisqu'il convient de présumer qu'au-delà des parents de quatrième degré l'intérêt à défendre le nom connu en raison de l'écoulement d'un long laps de temps depuis la mort du titulaire originaire du nom est définitivement éteint."

peuvent faire l'objet d'une propriété privé en sens technique. Le droit de propriété privé se manifeste dans une des différentes formes que la propriété peut revêtir. L'application directe ou par analogie des dispositions du code civil doit donc être évaluée sur la base des dispositions législatives qui règlent le bien incorporel spécifique en question. Il n'en reste pas moins que la propriété des biens incorporels évoque la définition de propriété et renvoie aux règles générales en matière de transfert et de protection des droits sur les biens. Il convient donc de souligner que la protection des biens incorporels est toujours une protection réelle qui inclut des actions en restitution et d'interdiction et que les droits y afférents sont toujours considérés comme des droits absolus aux fins de l'action en dommage-intérêts.<sup>45</sup> En conséquence du caractère réel des actions qui protègent les droits sur les biens incorporels découle le fait que les remèdes ont effet erga omnes et un caractère ambulatorio et donc la partie défenderesse est identifiée au moment de l'introduction de l'action, et non par référence à une relation juridique antérieure. Il s'ensuit que même la protection pénale repose sur les mêmes fondements, sous réserve nécessairement de la prévision d'infractions spécifiques, eu égard tant à la forme particulière de chaque bien protégé<sup>46</sup> qu'à la violation de règles d'organisation du système de protection<sup>47</sup> et donne lieu en réalité à des dispositions caractérisées par une forte variabilité selon les orientations politiques dominantes du moment, tant au niveau européen que national.

---

<sup>45</sup> Voir les articles 123 et 124 du décret législatif 30/2005: Art. 123 - Efficacité erga omnes - . Les déchéances ou les nullités même partielles d'un titre de propriété industrielle produisent des effets à l'égard de tous, lorsqu'elles ont été déclarées par une décision de justice passée en force de chose jugée; art. 124,1. Par la décision de justice qui constate la violation d'un droit de propriété industrielle peuvent être ordonnés l'interdiction de fabrication, de commercialisation et d'usage des choses constitutifs d'une violation du droit, et l'injonction de retrait définitif du commerce de ces choses à l'égard de leur propriétaire ou qui en a à tout le moins la disponibilité. L'action en interdiction et l'injonction de retrait définitif du commerce peuvent être émises aussi contre tout intermédiaire, partie à la procédure et dont les services sont utilisés pour violer un droit de propriété industrielle.

<sup>46</sup> Voir, à titre d'exemple, art. 171 et suiv. Loi 633/1941.

<sup>47</sup> Voir, à titre d'exemple, Loi n° 248 du 18 août 2000. Nouvelles règles de protection du droit d'auteur.