

## Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexions autour de la propriété des créances

Yaëll Emerich

Volume 46, numéro 4, 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043870ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043870ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Emerich, Y. (2005). Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexions autour de la propriété des créances. *Les Cahiers de droit*, 46(4), 905–939. <https://doi.org/10.7202/043870ar>

Résumé de l'article

Cet article vise à établir la possibilité d'une reconnaissance de la propriété des biens incorporels et, notamment, des créances au sein des systèmes juridiques romano-germaniques. En dépit des réticences théoriques traditionnelles à la propriété des biens immatériels, en particulier des créances, le droit positif semble de plus en plus enclin à reconnaître la créance en tant que bien, objet de propriété. Non seulement l'analyse matérialiste de la propriété n'est pas la seule possible, mais elle paraît désormais dépassée au regard des récents développements du droit. La distinction des droits réels et des droits personnels, souvent invoquée pour refuser droit de cité à la notion de propriété des créances, comporte depuis longtemps de nombreuses limites. Surtout, il s'avère qu'il est possible de mettre en évidence la propriété dans la notion de titularité des créances, classiquement utilisée. La reconnaissance d'une telle propriété ne laisse pas d'avoir des conséquences techniques, en fait de régime juridique. Ainsi y a-t-il, dans la propriété incorporelle des biens-créances, l'essentiel du régime de la propriété matérielle. Dès lors, s'il est permis de douter du fait que la propriété des créances comme type de propriété immatérielle soit une antinomie totalement dépassée, une partie de la doctrine y étant toujours réfractaire, à tout le moins paraît-elle dépassable, à travers la reconnaissance d'une propriété ayant pour objet les biens incorporels que sont les créances.

# Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ?

## Réflexions autour de la propriété des créances

---

Yaëll EMERICH\*

*Cet article vise à établir la possibilité d'une reconnaissance de la propriété des biens incorporels et, notamment, des créances au sein des systèmes juridiques romano-germaniques. En dépit des réticences théoriques traditionnelles à la propriété des biens immatériels, en particulier des créances, le droit positif semble de plus en plus enclin à reconnaître la créance en tant que bien, objet de propriété. Non seulement l'analyse matérialiste de la propriété n'est pas la seule possible, mais elle paraît désormais dépassée au regard des récents développements du droit. La distinction des droits réels et des droits personnels, souvent invoquée pour refuser droit de cité à la notion de propriété des créances, comporte depuis longtemps de nombreuses limites. Surtout, il s'avère qu'il est possible de mettre en évidence la propriété dans la notion de titularité des créances, classiquement utilisée. La reconnaissance d'une telle propriété ne laisse pas d'avoir des conséquences techniques, en fait de régime juridique. Ainsi y a-t-il, dans la propriété incorporelle des biens-créances, l'essentiel du régime de la propriété matérielle. Dès lors, s'il est permis de douter du fait que la propriété des créances comme type de propriété immatérielle soit une antinomie totalement dépassée, une partie de la doctrine y étant toujours réfractaire, à tout le moins paraît-elle dépassable, à travers la reconnaissance d'une propriété ayant pour objet les biens incorporels que sont les créances.*

---

\* Docteure en droit et chargée d'enseignement, Faculté de droit, Université McGill ; directrice de projet, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.

---

*This article aims at establishing the possibility of recognizing the ownership of incorporeal property and especially of claims in Romano-Germanic legal systems. Despite the traditional theoretical reluctance towards ownership of incorporeal property and especially towards the ownership of claims, positive law seems more and more disposed to recognize a claim as property, as an object upon which ownership bears. Not only are analyses other than the materialistic analysis of ownership possible, but the latter seems more and more at odds with recent developments in law. The distinction between real and personal rights, often invoked to refute the notion of the ownership of claims has long reached a number of limits. Above all, one can note that it is possible to find ownership in the notion of the titularship of claims, which is classically used. The recognition of such ownership also has technical consequences, in terms of a juridical regime. One can find in the ownership of property claims a large part of that which constitutes the juridical regime of material ownership. Thus even if one doubts, as do certain scholars, the fact that the ownership of a claim as a type of immaterial ownership is an antinomy totally out-of-date, it nevertheless seems possible to bring it up-to-date, with the recognition of an authentic incorporeal ownership, bearing on the incorporeal property that claims are.*

---

	<i>Pages</i>
<b>1 La propriété des créances : une antinomie dépassée?</b> .....	908
1.1 Les réticences théoriques à la reconnaissance de la propriété des créances ....	909
1.1.1 La propriété des biens corporels vue comme la seule propriété authentique.....	909
1.1.2 Le poids de la distinction des droits réels et des droits personnels .....	913
1.2 La pression du droit positif vers une consécration de la propriété des créances.....	915
1.2.1 L'évolution de la notion de créance vers le bien.....	915
1.2.2 La consécration de la nature de bien de la créance par le droit positif.....	916
<b>2 La propriété des créances : une antinomie dépassable</b> .....	918
2.1 Critique du refus traditionnel de la propriété des créances .....	918
2.1.1 Critique du refus du recours au concept de propriété relativement aux créances .....	918

2.1.1.1	Les limites de l'analyse traditionnelle de la propriété matérielle.....	918
2.1.1.2	Les limites de la distinction des droits réels et des droits personnels.....	920
2.1.2	L'identification de la notion de propriété dans celle de titularité .....	923
2.2	Les conséquences techniques de la reconnaissance de la propriété des créances.....	926
2.2.1	L'acquisition originaire des créances.....	927
2.2.2	La transmission des créances.....	930
2.2.3	La revendication des créances .....	933
<b>Conclusion</b>	.....	939

La notion de propriété des créances<sup>1</sup> est controversée dans les systèmes du type romano-germanique. 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, la propriété des créances, initialement mise au jour par Ginossar<sup>2</sup>, est toujours largement condamnée par les auteurs, 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. 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. Ainsi est-il couramment admis qu'il vaut mieux, au nom de la justesse des concepts, recourir à la notion de *titularité* des créances<sup>3</sup>.

Depuis plusieurs années cependant, la question de la pertinence de la notion de propriété des créances est redevenue d'actualité, sous l'effet de l'utilisation répétée du concept par le législateur. La discussion s'est ouverte,

- 
1. Pour une étude plus complète de la notion: Y. EMERICH, *La propriété des créances. Approche comparative*, thèse de doctorat, Montréal et Lyon, Université de Montréal et Université Lyon 3, 2004 (à paraître).
  2. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance: Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, L.G.D.J., 1960.
  3. J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau *Code civil du Québec* », (1995) 47 *R.I.D.C.* 33, 36; B. PIERRE, « Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law », (1997) 28 *R.G.D.* 235, 252.

sur le point de savoir s'il s'agit d'une simple approximation du langage, sans conséquence juridique, ou bien si le modèle traditionnel de la propriété exclusivement matérielle 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. La question se pose alors de savoir si cet usage réitéré du concept constitue un simple accident du verbe, dérapage linguistique sans portée réelle, ou si c'est au contraire l'expression d'une certaine réalité qui se serait d'abord manifestée par le vecteur privilégié du langage.

Si, en common law, l'idée d'une propriété des choses mobilières incorporelles, en particulier des créances, est présente depuis longtemps<sup>4</sup>, il importe de savoir 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, faire le lien entre ces deux types de systèmes juridiques traditionnellement opposés. Ainsi tenterons-nous de montrer que, si la propriété des créances n'est pas une antinomie dépassée (1), à tout le moins paraît-elle être une antinomie dépassable (2).

## 1 La propriété des créances : une antinomie dépassée ?

En droit français comme en droit québécois, l'excommunication de la propriété des créances est avant tout doctrinale, le droit positif apparaissant, au contraire, de plus en plus ouvert à l'idée d'une propriété des créances. Ainsi conviendra-t-il, après avoir rendu compte des réticences théoriques à la reconnaissance de la propriété des créances (1.1), de faire état de la pression du droit positif en vue d'une consécration de la propriété des créances (1.2).

---

4. Sous l'influence de l'*equity* et, plus récemment, du droit commercial, le système typique de la common law qu'est le droit anglais considère les créances comme des objets de propriété : M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, *Fondements du droit anglais des biens*, thèse de doctorat, Strasbourg, Université Strasbourg III, 1996, p. 194 et 200 ; J.E. CRIBBET, *Principles of the Law of Property*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Foundation Press, 1975, p. 4. Si, au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, Blackstone définissait la propriété (*ownership*) comme la relation d'exclusivité entre une personne (*a person*) et une chose matérielle (*a thing*) (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, t. 2, Chicago, University of Chicago Press, 1979, p. 2), la propriété est désormais plutôt présentée comme un faisceau de droits (*bundle of rights*), pour tenir compte de l'extension de la propriété aux objets incorporels. Sur l'image du *bundle of rights* : N. KASIRER, « The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles », (2002) 10 (3) *European Review of Private Law* 417, 423.

## 1.1 Les réticences théoriques à la reconnaissance de la propriété des créances

Si la propriété des biens incorporels est souvent considérée en doctrine comme la seule propriété authentique (1.1.1), la distinction des droits réels et des droits personnels pèse également de son poids pour discréditer la propriété des créances (1.1.2).

### 1.1.1 La propriété des biens corporels vue comme la seule propriété authentique

L'analyse classique de la propriété est fondée sur l'idée traditionnelle selon laquelle l'objet de la propriété concerne exclusivement les biens matériels<sup>5</sup>. En plus d'un lien tissé depuis la Métaphysique moderne entre les choses du monde sensible et les biens juridiques<sup>6</sup>, le caractère restrictif de la définition de l'objet de la propriété s'explique par l'interprétation des rapports, à tout le moins ambigus, entre les concepts de bien et de droit. Une partie importante de la doctrine estime que le droit de propriété, tel qu'il est défini à l'article 544 du Code civil français<sup>7</sup>, a été uniquement pensé pour les choses matérielles<sup>8</sup>. Une telle analyse repose sur l'adoption d'une conception bicéphale de la notion de bien juridique, le bien étant compris comme désignant à la fois les choses, objets matériels supports des droits, et les droits qui reposent sur elles<sup>9</sup>. 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 il est exclu que la propriété puisse porter sur un droit. En revanche, pour expliquer la distinction des biens corporels et

- 
5. J. DABIN, «Une nouvelle définition du droit réel», (1962) *Rev. trim. dr. civ.* 20; H. MAZEAUD et autres, *Leçons de droit civil*, 8<sup>e</sup> éd., t. 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8<sup>e</sup> éd., par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1994, p. 18 et 114.
  6. Sur la différence entre la conception aristotélicienne de la chose et la conception métaphysique de la chose purement matérielle: J.-L. VULLIERME, «La chose, (le bien) et la métaphysique», (1979) 24 *Arch. phil. droit* 31, 39 et 40.
  7. Aux termes de l'article 544 du Code civil français, la propriété est «le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue [...]»; l'italique est de nous.
  8. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 9, Paris, Imprimerie générale, 1878, n<sup>os</sup> 538-540, p. 458-460; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. 3: «Les biens», par M. PICARD, Paris, L.G.D.J., 1952, n<sup>o</sup> 564; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. 1: «Introduction générale; Les personnes; Les biens», 10<sup>e</sup> éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Paris, Dalloz, 1953, n<sup>os</sup> 1420 et 1476, p. 841 et 864; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil: Les biens*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1980, n<sup>o</sup> 2, p. 1.
  9. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français: conforme aux programmes officiels des facultés de droit*, t. 1: «Théorie générale du droit et des droits», 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, n<sup>o</sup> 1317, p. 685; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, note 8, n<sup>o</sup> 1425, p. 845; Voir aussi: P. JOURDAIN, *Les biens*, Paris, Dalloz, 1995, n<sup>o</sup> 1, p. 1; H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 5, p. 6.

des biens incorporels, qui apparaît aux articles 516 et suivants du même code, les auteurs assimilent les biens incorporels aux droits portant sur les choses. Paradoxalement, la propriété est considérée comme le seul bien corporel. Une certaine ambivalence existe donc relativement à la notion de droit, qui est souvent ramenée en doctrine à un sens purement subjectif de prérogative portant sur les biens. La signification objective des droits étant obérée lorsqu'il s'agit de définir l'objet de la propriété, les biens objet de propriété sont compris comme nécessairement matériels.

Dans le *Code civil du Bas Canada*, l'objet de la propriété était identifié dans la chose, tout comme dans le Code civil français<sup>10</sup>. La doctrine classique québécoise, subissant fortement à l'origine l'influence de la doctrine française<sup>11</sup>, avait admis que seules les choses matérielles pouvaient constituer l'objet du droit de propriété ou d'un autre droit réel<sup>12</sup>. Selon 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»<sup>13</sup>. Pour rendre compte des biens incorporels, on 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 objet<sup>14</sup>. Les biens incorporels étaient désignés comme les droits—autres que le droit de propriété—portant sur les choses, alors que les biens corporels l'étaient comme les objets de droits<sup>15</sup>.

L'article 947 du récent *Code civil du Québec*<sup>16</sup> emploie désormais le terme «bien» (*property*) pour définir l'objet de la propriété, plutôt que

- 
10. L'article 406 C.c.B.C. énonçait ceci : «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»; l'italique est de nous.
  11. M. CANTIN CUMYN, «Le droit privé des biens : à l'enseignement de la continuité», dans H.P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 375.
  12. P. MARTINEAU, *Les biens*, coll. «Cours de Thémis», 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1979, p. 2; J. GOULET, A. ROBINSON et D. SHELTON, *Théorie générale du domaine privé*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1984, p. 3.
  13. M. POURCELET, «L'évolution du droit de propriété depuis 1866», dans J. BOUCHER et A. MOREL (dir.), *Le droit dans la vie économique-sociale : Livre du centenaire du Code civil*, t. 2, Montréal, PUM, 1970, p. 6.
  14. P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les «Répétitions écrites sur le code civil» de Frédéric Moulton*, t. 2, Montréal, Whiteford & Théoret, 1896, p. 388.
  15. P. MARTINEAU, *op. cit.*, note 12, p. 2.
  16. 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 use, enjoy and dispose of *property* fully and freely, subject to the limits and conditions for doing so determined by law»; l'italique est de nous.

le terme « chose » (*thing*), anciennement utilisé par le *Code civil du Bas Canada*. L'idée selon laquelle l'objet de la propriété est nécessairement corporel se trouve néanmoins chez une partie de la doctrine issue du nouveau *Code civil du Québec*<sup>17</sup>; encore s'agit-il désormais d'un courant qui semble minoritaire<sup>18</sup>. Selon une première interprétation possible de l'article 947 du Code civil, le législateur a commis un *lapsus linguae*. L'emploi d'un terme plutôt que d'un autre par les codificateurs ne saurait être pris à la légère, en raison de la charge conceptuelle du vocable législatif. La chose étant traditionnellement associée à la matérialité<sup>19</sup>, contrairement aux biens, dont il est admis qu'ils sont corporels et incorporels, il faudrait en déduire que le législateur a employé le terme « bien » plutôt que « 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 employé le terme « chose » (notamment aux articles 913, 914 et 921 du Code civil). 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 alors être modifié: cet objet doit toujours être considéré comme matériel.

Une autre variante de la théorie classique serait d'admettre l'indifférence de l'utilisation par le législateur du concept de bien ou de celui de chose, car le bien, en tant qu'objet de propriété, renvoie nécessairement aux corps<sup>20</sup>. Ce raisonnement renoue avec l'ambiguïté, déjà présente dans le Code civil français et dans le *Code civil du Bas Canada*, de la notion de bien et de son rapport avec les concepts de droit et de chose<sup>21</sup>. La chose est réduite aux choses exclusivement matérielles, tandis que les notions de bien et

17. 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.

18. La doctrine québécoise contemporaine paraît se prononcer majoritairement pour la reconnaissance d'une propriété des biens immatériels: D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n° 205, p. 135; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 96; R.A. MACDONALD, « Reconciling the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) 39 *McGill L.J.* 761, 796 et 798; J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 3.

19. P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 36; P. MARTINEAU, *op. cit.*, note 12, p. 2.

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

21. D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit québécois des obligations*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 40, p. 22; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 19, p. 40 et 41.



de chose sont vues comme des synonymes<sup>22</sup>. 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<sup>23</sup>.

Il est difficile de comprendre le raisonnement de la doctrine privatisiste relativement à l'objet de la propriété sans se référer à l'histoire. La théorie classique de la propriété est fondée sur un héritage historique, que les auteurs font habituellement remonter au droit romain<sup>24</sup>. L'idée selon laquelle l'objet de la propriété romaine, ou *dominium*, aurait été réduit aux choses matérielles s'appuie sur une certaine interprétation de la distinction des *res corporales* et des *res incorporales*, qui est analysée comme n'étant pas une classification des choses<sup>25</sup>. À travers le concept de *res corporales*, les Romains auraient désigné les choses objet d'un droit; par celui de *res incorporales*, les droits qu'il est possible d'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*<sup>26</sup>. La propriété aurait d'ailleurs été incorporée ou matérialisée dans son objet corporel, ce qui expliquerait pourquoi les Romains n'ont pas mentionné la propriété parmi les choses incorporelles ou *res incorporales*.

- 
22. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 19, p. 38; P.-A. CRÉPEAU et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, s.v. « bien » et « chose » (ancienne édition). Voir la position plus nuancée du COMITÉ DE RÉDACTION, *DICIONNAIRE DE DROIT PRIVÉ & PRIVATE LAW DICTIONNARY*, « Notes lexicographiques. Droit réel », (1998) 100 *R. du N.* 275; P.-A. CRÉPEAU et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, s.v. « bien ».
23. 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 »: *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, Projet de loi 20, Commentaires / Assemblée nationale, vol. VIII, art. 374.
24. R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, Paris, Montchrestien, 1935, n° 262, p. 364; C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Cotillon, 1879, n° 194, p. 466, et n° 206, p. 490; M. KASER, *Roman Private Law*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Butterworths, 1968, p. 80.
25. R.-M. RAMPENBERG, « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », (1999) *Arch. phil. droit* 35, 36. Voir notamment en droit québécois: P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 19, p. 41.
26. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, p. 273; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, t. 2: « Les biens », Paris, PUF, 1961, p. 4.

En plus d'une conception traditionnellement matérialiste de l'objet de la propriété, intimement liée à l'histoire, le refus — classique dans la doctrine civiliste — de reconnaître la propriété des créances est également fondé sur le poids de la distinction, plus moderne, des droits réels et des droits personnels.

### 1.1.2 Le poids de la distinction des droits réels et des droits personnels

En droit civil, la distinction des droits réels et des droits personnels est analysée habituellement comme la distinction capitale de la théorie du patrimoine, celle qui confronte le droit des biens au droit des obligations<sup>27</sup>. Le droit réel est opposé au droit personnel ou de créance, tant en ce qui concerne la structure de ces droits (l'un étant un droit direct et immédiat, l'autre un droit indirect et médiat) que pour ce qui est de leur accomplissement — seul le droit réel étant considéré comme un droit absolu, le droit personnel ou de créance étant analysé en un simple droit relatif, inopposable aux tiers<sup>28</sup>.

La distinction des droits patrimoniaux en droits réels et en droits personnels entre directement en conflit avec la notion de propriété des créances. En effet, alors que la propriété est traditionnellement analysée comme incarnant le droit réel par excellence, le prototype même du droit personnel est reconnu dans la créance<sup>29</sup>. La propriété des créances, mêlant deux natures opposées en une même figure juridique, ne constituerait donc qu'une sorte de monstre juridique, une impossibilité rationnelle absolue. 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

- 
27. R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, t. 3 : « Approfondissement d'un droit renouvelé », Paris, Dalloz, 1959, n° 467, p. 146 ; H. CAPITANT, « Les *Notions fondamentales du droit privé* d'après le livre de Démogüe », (1911) *Rev. trim. dr. civ.* 729, 739 et 740 ; P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 14, p. 389 ; F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905, p. 4.
28. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3 : « Les biens (monnaie, immeubles, meubles) », 21<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2000, n° 40, p. 71 ; S. NORMAND, *op. cit.*, note 18, p. 29 et suiv.
29. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, coll. « Quadrige », 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2003, s.v. « créance » et « propriété » ; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 19, p. 174 et 183.

de l'aberration<sup>30</sup> et reviendrait à détruire tant la nature juridique du droit réel<sup>31</sup> que celle du droit personnel<sup>32</sup>.

Le refus de la propriété des créances s'appuie également sur la similitude de leur nature juridique combinée. La doctrine invoque tout d'abord le problème de la juxtaposition du bien-propriété et du bien-créance dans le patrimoine du propriétaire de la créance. La notion de propriété des créances consacrerait l'existence de deux biens (le bien-propriété et le bien-créance) dans le patrimoine du propriétaire de la créance<sup>33</sup>. La question de la superposition du droit de propriété au droit de créance est également mise en cause, la représentation d'un droit portant sur un autre droit heurtant les constructions classiques. Avec la propriété des créances, l'usufruit des créances ou encore le gage ou l'hypothèque des créances, la doctrine dénonce la figure juridique monstrueuse d'un droit réel chevauchant un droit personnel<sup>34</sup>. Toutefois, la question de la superposition de droits de nature opposée n'est pas propre à la propriété des créances. C'est la philosophie subjectiviste, sous-jacente chez la majorité des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, qui a conduit à considérer que le droit, lien entre les choses et les personnes, ne peut être en même temps un objet de droits<sup>35</sup>. En réalité, 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 droit<sup>36</sup>.

30. 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.

31. Voir R. SAVATIER, «Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels», (1958) *Rev. trim. dr. civ.* 331, 332.

32. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 19, p. 177.

33. V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 2, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Delamotte, 1868, n° 366, p. 55. À notre connaissance, cet argument n'a pas, fait l'objet d'une évaluation par la doctrine québécoise.

34. Voir sur ce point : L. RIGAUD, *Le droit réel, Histoire et théories, son origine institutionnelle*, thèse de doctorat, Toulouse, Faculté de droit, Université de Toulouse, 1912, p. 141.

35. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse de doctorat, Université de Lyon, 1981, n° 36, p. 61 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 31.

36. Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 5 : «Supplément», par J. BONNECASE, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1905, n° 79, p. 133 ; P. RAYNAUD, «Le contrat de location d'un fonds de commerce», (1936) *Rev. crit.* 546, 552 ; M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, «La définition et la notion juridique de la propriété», (1905) *Rev. trim. dr. civ.* 443, 450 ; A. FRANÇON, «L'usufruit des créances», (1957) *Rev. trim. dr. civ.* 1 ; R. LIBCHABER, «L'usufruit des créances existe-t-il?», (1997) *Rev. trim. dr. civ.* 615.

Avant même d'envisager la valeur de ces arguments théoriques, il convient de souligner que la critique traditionnelle de la propriété des créances est prise en défaut sur le plan du droit positif.

## **1.2 La pression du droit positif vers une consécration de la propriété des créances**

En dépit d'une condamnation toujours vive de la propriété des biens immatériels dans la doctrine traditionnelle, le droit multiplie les références à la propriété des créances, et ce, dans de nombreux domaines (1.2.2). De plus, l'aspect réel de la créance tend à se développer dans le droit contemporain (1.2.1).

### **1.2.1 L'évolution de la notion de créance vers le bien**

Au fil du temps, 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 considération de l'aspect réel de la créance. Dès le droit romain, l'évolution qui s'est faite en matière de transmission des obligations montre que ce droit a su s'adapter à la nécessité de considérer l'obligation comme une chose patrimoniale, susceptible d'être transmise<sup>37</sup>. D'un point de vue théorique, la manifestation privilégiée de la qualification de bien de la créance réside dans l'organisation de sa circulation, qu'elle se fasse entre vifs ou à cause de mort<sup>38</sup>. En effet, il est difficile d'admettre qu'une obligation, simplement conçue comme un lien personnel entre deux personnes, puisse être cédée. Une partie importante de la doctrine française et québécoise n'hésite plus aujourd'hui à considérer la créance comme un bien, cette reconnaissance étant généralement fondée sur une analyse dualiste de l'obligation—vue à la fois comme un lien de droit et comme un bien—ainsi que sur l'admission de la valeur économique de la créance, considérée comme constitutive d'un véritable bien<sup>39</sup>.

37. G. LUTTMANN, *De l'évolution du droit d'obligation*, Paris, Henri Jouve, 1903, p. 185; P. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Librairie du Recueil Fournier, 1928, p. 489.

38. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2: «Obligations: contrat-responsabilité. Droits réels: biens-propiété», Paris, L.G.D.J., 1957, n° 1299, p. 493.

39. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil: Les obligations*, coll. «Précis Dalloz, Droit privé», 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, n° 1270, p. 1181; D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 21, n° 7, p. 8; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 3, p. 9; M. TANCELIN, *Des obligations: actes et responsabilité*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 1264, p. 646.

### 1.2.2 La consécration de la nature de bien de la créance par le droit positif

Les droits positifs français et québécois ont largement consacré la propriété des créances, en reconnaissant l'existence du bien-crédence dans de multiples hypothèses. En droit français, il s'agit, entre autres exemples, de la propriété-garantie, pour laquelle la loi Dailly a expressément reconnu la propriété des créances professionnelles<sup>40</sup>; de la propriété des valeurs mobilières, 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 titre<sup>41</sup>; ou encore de la propriété de la créance de provision dans le droit des effets de commerce<sup>42</sup>. Si le droit commercial constitue un domaine d'extension important de la propriété des créances — l'aspect réel de la créance prenant alors toute sa force — ce champ privilégié 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 créances<sup>43</sup> ou celui des régimes matrimoniaux, tels que réformés par la loi du 13 juillet 1965<sup>44</sup>. 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.

40. La loi Dailly du 2 janvier 1981 (Loi ordinaire 81-1 du 2 janvier 1981, *Journal officiel* « Lois et Décrets », du 3 janvier 1981) 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 sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée ».

41. L'article 94-II de la loi de finances pour 1982 (loi n° 81-1160, 30 déc. 1981), telle qu'elle a été 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.

42. La provision désigne la créance du tireur sur le tiré. Or, l'article L 511-7 (ancien article 116, al. 3) du *Code de commerce* dispose ceci : « 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.

43. Aux termes de l'article 34, al. 1 de la loi du 23 décembre 1988 (Loi ordinaire 88-1201 du 23 décembre 1988, *Journal officiel* « Lois et Décrets », du 31 décembre 1988), le fonds commun de créances est « une copropriété qui a pour objet exclusif d'acquiescer 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 ».

44. L'article 1404 du Code civil français prévoit que les créances et pensions incessibles forment des propres par nature. Or, l'article 1403, al. 1 du même code prévoit ce qui suit : « Chaque époux conserve la pleine propriété de ses propres » ; l'italique est de nous.

En droit québécois, le récent *Code civil du Québec* a identifié l'objet de la propriété dans le bien (art. 947 C.c.Q.), qui peut être corporel ou incorporel (art. 899 C.c.Q.). La lecture combinée de ces deux textes porte à considérer que les codificateurs ont reconnu l'objet de la propriété dans le bien, qu'il soit corporel ou incorporel. Outre la définition même de la propriété, les hypothèses ne manquent pas, dans lesquelles le droit positif québécois a consacré la nature de bien de la créance, qu'il s'agisse notamment de la copropriété<sup>45</sup>, de la substitution<sup>46</sup> ou du droit des sûretés<sup>47</sup>.

Les tribunaux ont suivi ce mouvement, qu'il s'agisse en France de la jurisprudence judiciaire<sup>48</sup>, constitutionnelle ou européenne<sup>49</sup> et, au Canada, de la jurisprudence judiciaire, antérieure ou postérieure au *Code civil du*

- 
45. L'objet de l'indivision est large, bien que le *Code civil du Québec* la définisse par référence à la propriété (art. 1010 C.c.Q.). La copropriété indivise, qui est une modalité ou manière d'être de la propriété n'influant pas sur sa nature juridique, a vocation à s'appliquer aux biens corporels et incorporels, ce qui inclut notamment les créances.
46. 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 quittance, le second prévoit que le grevé est investi de la *propriété* des biens qu'il administre.
47. 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 anglaise, que le *Code civil du Québec* consacre. En effet, 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»; l'italique est de nous.
48. Trib. Gr. Inst. Colmar, 13 mars 1987, D. 1988.Somm.com.279, obs. M. VASSEUR, aux termes duquel le cessionnaire acquiert la *propriété de la créance* au regard du cédant, même si le bordereau comporte une irrégularité formelle; voir aussi: Trib. com. 28 oct. 1986, J.C.P. 1987.II.20735, note J. STOUFFLET; Trib. com., 28 mai 1996, *Juridique Lamy Cassation*, arrêt n° 1026, pourvoi n° 94-10.
49. 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. Pour le Conseil constitutionnel: Cons. constit., 16 janv. 1982, J.C.P. 1982.II.19788, note N. QUOC VINH, et C. FRANCK; Cons. const., 4 juill. 1989, D. 1990.209, note F. LUCHAIRE; *Rev. trim. dr. civ.* 1990.519, obs. F. ZENATI. Pour la Cour européenne des droits de l'homme: *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, obs. F. SUDRE; et *Pressos Compania Naviera SA et autres*, C.E.D.H., 20 novembre 1995, série A, n° 332.

Québec<sup>50</sup>, ou encore de la jurisprudence du Conseil privé ou de la Cour suprême<sup>51</sup>.

La remise en cause par le droit contemporain des présupposés théoriques traditionnels en matière de propriété oblige à vérifier leur bien-fondé et, en tout cas, à s'interroger sur leur adéquation à un droit qui semble les contredire.

## 2 La propriété des créances: une antinomie dépassable

La propriété des créances vue comme une antinomie est prise en défaut sur un double front, tant du point de vue du refus traditionnel de la propriété des créances (2.1), que pour ce qui est des conséquences techniques de la reconnaissance de la propriété des créances (2.2).

### 2.1 Critique du refus traditionnel de la propriété des créances

Le refus traditionnel de la propriété des créances se heurte aux limites de l'analyse qui refuse le recours au concept de propriété relativement aux créances (2.1.1) et à la possibilité de reconnaître la notion de propriété dans celle de titularité (2.1.2).

#### 2.1.1 Critique du refus du recours au concept de propriété relativement aux créances

L'argument de l'analyse matérialiste de la propriété, comme celui de la distinction des droits réels et des droits personnels a beaucoup perdu de sa force persuasive.

##### 2.1.1.1 Les limites de l'analyse traditionnelle de la propriété matérielle

Contrairement à l'idée reçue, d'un point de vue historique, il ne semble pas que le droit romain soit responsable du rétrécissement de l'objet de la propriété aux corps. Au contraire, la possibilité d'un objet incorporel de la propriété romaine paraît résulter de la combinaison entre, d'une part, la définition de la propriété telle qu'elle est donnée par les *Institutes* de Justi-

50. Avant même l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, la notion de propriété des créances a été consacrée en matière de saisie-arrêt (*Malouin c. Entreprises de télévidéo D.S. Inc.*, [1987] R.J.Q. 2132), de fiducie (*In Re Dame Pigeon*, [1968] C.S. 513), et de la possession des créances (*Desève c. O'Flaherty* (1923) 34 B.R.151; *Compagnie de Papier Q.N.S. Ltée c. Gobeil* (1993) R.D.J. 119 (C.A.)). Voir aussi: *Place Québec Inc. c. Desmarais*, [1975] C.A. 910; *Desrosiers c. Thibault*, [1979] C.P. 282.

51. *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine*, [1921] 2 A.C. 426. Pour un commentaire critique de cet arrêt: S. NORMAND, «Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club*», (1988) 29 C. de D. 807.

nien<sup>52</sup> et, d'autre part, la distinction des *res corporales* et des *res incorporales* qui devrait s'interpréter comme une classification des choses<sup>53</sup>. En effet, après avoir distingué les *res corporales* des *res incorporales*, Gaius indique comment s'acquièrent ces *res*, en considérant d'abord les *res corporales* (pr. 18-28) puis les *res incorporales* (pr. 28-33) et en les mettant au même niveau. 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*). C'est, en réalité, chez les romanistes du Moyen Âge, notamment chez Bartole<sup>54</sup>, qu'apparaît, pour la première fois, l'idée d'après laquelle la propriété des droits serait impropre<sup>55</sup>.

La filiation des droits français et québécois étant une filiation romaine plutôt que romaniste, cela va dans le sens d'une interprétation extensive de l'objet de la propriété dans ces deux droits. En droit français, la volonté de rupture avec l'Ancien droit participant de la logique révolutionnaire, c'est le droit romain, plutôt que le droit médiéval, qui s'est imposé à titre de modèle du code<sup>56</sup>. En droit québécois, la Coutume de Paris, telle qu'elle a été appliquée au Canada, n'a en rien réduit la propriété aux choses corporelles<sup>57</sup>. Le fait que le Québec s'est vu appliquer une coutume spécifique,

- 
52. Les *Institutes* de Justinien définissent le *dominium* comme une «*plena in re potestas*», faisant de la *res* l'objet de la propriété romaine : JUSTINIEN, *Institutes*, lib. II, tit. 4, pr. 4. Quant aux obligations, elles étaient considérées comme des choses incorporelles ou *res incorporales* (GAIUS, *Institutes*, lib. II, tit. 14 ; JUSTINIEN, *Institutes*, lib. II, tit. 2, pr. 2).
53. En ce sens : M. VILLEY, «Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne», dans *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Paris, Sirey, 1950, p. 194 ; E. VERMOND, *De jure rerum corporalium privatorum—Principes fondamentaux*, Paris, De Boccard, 1928, p. 59.
54. BARTOLE, *Digeste*, 41, 2, 17, 1, n° 4. En ce sens : L. LE CARON, *Pandectes ou digestes du droit français*, Paris, Estienne Richer, 1637, p. 260.
55. L. LE CARON, *op. cit.*, note 54 ; Cette réduction de l'objet de la propriété a sans doute été provoquée par une modification de la nature juridique de la propriété : F. ZENATI, «Pour une rénovation de la théorie de la propriété», (1993) *Rev. trim. dr. civ.* 305, 308. Également en ce sens : L. PFISTER, «Les origines des modèles propriétaires : le modèle privatiste», à paraître.
56. P. COSTE-FLORET, *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, Paris, Sirey, 1935, p. 36 et 37.
57. Si la Coutume de Paris prévoyait une organisation plutôt féodale de la propriété, elle n'en contenait pas moins une description large des biens, objets de propriété, ce qui peut notamment s'expliquer par le fait que la Coutume de Paris a subi l'influence de l'école scientifique du XVI<sup>e</sup> siècle (Cujas), largement teintée d'anti-bartolisme. Sur cette coutume : F.-J. CUGNET, *Traité abrégé des anciennes loix, coutumes et usages de la colonie du Canada aujourd'hui province de Québec*, Québec, G. Brown, 1775, au titre I : «Définition des biens» ; F. OLIVIER-MARTIN, *La Coutume de Paris : trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Paris, Sirey, 1925.



plutôt que le droit romain déformé, semble avoir eu pour conséquence une influence moindre qu'en France de cette pensée romaniste déformée par les schémas du Moyen Âge. Quant au *Code civil du Bas Canada*, ancêtre du *Code civil du Québec*, il a opéré une codification à droit constant<sup>58</sup> et a ainsi confirmé l'influence romaine en adoptant une conception large de l'objet de la propriété, inspirée du droit romain<sup>59</sup>.

Si la doctrine majoritaire française limite 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 faite. Selon la lettre du Code, la propriété porte sur les choses en général et non exclusivement sur les choses matérielles (art. 544 C. civ.). Le fait qu'aucune précision n'existe dans le sens de la matérialité devrait conduire à une interprétation large de l'objet de la propriété : là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas à distinguer<sup>60</sup>. Quant au terme « bien », également employé pour désigner l'objet de la propriété dans d'autres articles du Code Napoléon<sup>61</sup>, l'usage qui en est fait montre que les codificateurs ont également retenu une conception du terme qui n'est pas exclusivement matérielle<sup>62</sup>.

En droit positif québécois, la loi est encore plus expresse dans la conception qu'elle retient de l'objet de la propriété. La lecture combinée des articles 947 et 899 du *Code civil du Québec* apporte un démenti net à la vision purement matérialiste de la propriété<sup>63</sup>.

### 2.1.1.2 Les limites de la distinction des droits réels et des droits personnels

Bien qu'elle soit souvent utile, la distinction des droits réels et des droits personnels n'a pas le caractère nécessaire et universel qui lui a souvent été prêté. Il s'agit au contraire d'une classification contingente,

58. J.-M. BRISSON, J. LECLAIR et A. MOREL, *Sources et formation du droit : DRT 1108*, Montréal, Coop droit Université de Montréal, 1994-1995, p. 190. Sur ce type de codification : G. CORNU (dir.), *op. cit.*, note 29, s.v. « codification ».

59. Voir la combinaison des articles 374 et 206 C.c.B.C. S'il est admis que les biens sont les choses saisies par le droit (P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 14, p. 388 et 389), la propriété pouvait porter, dès le *Code civil du Bas Canada*, sur un objet corporel ou incorporel.

60. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 349 et 350.

61. Voir notamment l'article 543 C. civ. : « On peut avoir sur les *biens*, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre » ; l'italique est denous.

62. En ce sens : G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, Paris, L.G.D.J., 1956, p. 762, pour qui c'est dans un sens large que le législateur du Code civil a employé le terme « bien », qui comprend en outre les créances.

63. Voir nos développements, *supra*, section 1.2.2.

qui n'existait pas en droit romain<sup>64</sup> et dont l'origine, relativement récente, peut être située au XVI<sup>e</sup> siècle<sup>65</sup>. Surtout, la distinction connaît des limites importantes, d'un point de vue tant théorique que pratique. Les critères de la distinction, qu'ils soient classiques ou personalistes<sup>66</sup>, sont défailants d'un point de vue théorique. Le droit de préférence n'est pas inconciliable avec le droit de créance; simplement, le principe de l'égalité entre les créanciers, posé pour les créances de sommes d'argent, s'explique par la difficulté d'organiser une publicité des droits de créance équivalente à celle qui existe pour les droits réels<sup>67</sup>. Quant au droit de suite, il arrive que les droits de créance en comportent un, comme c'est le cas du recours possible du créancier contre celui qui a touché le paiement de la créance (art. 1240 C. civ.; art. 1559 C.c.Q.), ou du droit du preneur en matière de bail<sup>68</sup>. Inversement, les critères du droit de suite et du droit de préférence ne s'appliquent qu'imparfaitement à la propriété, qui est pourtant généralement analysée comme le premier des droits réels; ainsi la possession de bonne foi fait-elle échec à la revendication du propriétaire<sup>69</sup>. De plus, le critère de l'absence d'intermédiaire, censé caractériser les droits réels, est également défailant, puisque tous les droits réels démembrés font intervenir une personne autre que leur titulaire<sup>70</sup>.

D'un point de vue pratique, la distinction des droits réels et des droits personnels comporte également des lacunes, en raison notamment de la présence des droits intellectuels et de la fiducie, qui brouillent la classification bipartite<sup>71</sup>. Cette dernière institution ne cadre guère dans les concepts traditionnels de droit réel et de droit personnel, puisque le bénéficiaire n'est pas titulaire d'un droit réel aux termes mêmes de la loi (art. 1261 C.c.Q.), pas plus qu'il n'est un simple créancier, le fiduciaire n'étant pas le débiteur

64. Voir notamment: C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 8, n° 466, p. 364; J.-L.E. ORTOLAN, *Généralisation du droit romain*, 12<sup>e</sup> éd., par J.E. LABBÉ, Paris, Plon, 1884, p. 490.

65. H. COING, «Signification de la notion de droit subjectif», (1964) *Arch. phil. droit* 1, 15 et 16, trouve cette classification formulée chez Doneau; P. ROUBIER, *op. cit.*, note 35, p. 8.

66. Sur cette distinction: S. GINOSSAR, *op. cit.*, note 2, n° 2, p. 3.

67. M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, «Du conflit des créances et du droit de préférence entre créanciers», (1906) *Rev. crit.* 474. Cela se vérifie toujours en droit québécois où la réforme du droit de publicité et l'instauration d'un registre des droits personnels et réels mobiliers ne saurait donner à la publicité mobilière la même force que celle de la publicité immobilière.

68. Art. 1743 C. civ.; art. 1886 C.c.Q.

69. C'est l'application de l'article 2279 C. civ. En droit québécois, il s'agit de la possession de bonne foi pendant trois ans, qui mène à la prescription acquisitive: art. 2919 C.c.Q.

70. Déjà en ce sens: J. DERRUPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, Dalloz, 1952, p. 242.

71. Voir sur ce point: D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 18, n° 108, p. 53.

personnel du bénéficiaire. Ainsi, le fait que la propriété des créances remet partiellement en cause la distinction des droits réels et des droits personnels ne devrait pas suffire à la condamner, pas plus que cette distinction ne compromet l'existence du droit de bail ou des droits intellectuels<sup>72</sup>.

Certains auteurs ont remis en question la qualification de la propriété en un droit réel, pour y voir simplement une relation entre une personne et un bien. Tel est le cas, notamment, de Ginossar<sup>73</sup>, du professeur Zenati<sup>74</sup> et du professeur Macdonald<sup>75</sup>. 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. Irradiant tous les droits patrimoniaux elle ne devrait donc pas être rationnellement considérée comme l'un de ces droits. Portant sur ces droits, elle les surplombe et, en quelque sorte, les domine. Une telle remise en cause admise, les problèmes techniques liés à la propriété des créances, comme la superposition d'un droit réel de propriété sur un droit personnel de créance, n'ont plus lieu d'être.

L'hypothèse du maintien de la nature juridique de droit réel de la propriété<sup>76</sup> n'exclut pas pour autant la propriété des créances. L'analyse de la propriété en un droit réel ne devrait pas conduire à sa qualification en un bien. La confusion vient du fait que le terme «droit» est employé pour désigner à la fois le droit patrimonial et son objet, en raison de l'idée de l'incorporation de la propriété dans son objet. Pourtant, l'admission de la nature de droit réel de la propriété devrait rationnellement exclure sa

72. Certains droits sont véritablement mixtes, puisqu'ils participent à la fois des droits réels et des droits personnels ; tel est notamment le cas du louage d'un immeuble d'habitation : R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 18, 768.

73. S. GINOSSAR, *op. cit.*, note 2, n° 12, p. 33.

74. F. ZENATI, *op. cit.*, note 35, n° 570, p. 785.

75. Si l'article 1119 du *Code civil du Québec* dispose sans aucune ambiguïté que les démembrements de la propriété « constituent des droits réels », il a été souligné qu'au contraire « la formulation de l'article 947 met en doute le caractère toujours réel de la propriété » : J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 3, n° 6, 36 ; R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 18, 797.

76. Il est certes étonnant que le législateur ait pris la peine de qualifier expressément les droits réels autres que la propriété de droits réels (art. 1119 et 2660 C.c.Q.), mais pas la propriété, censée pourtant être le droit réel le plus important, l'article 947 C.c.Q. étant muet sur ce point. Il reste que l'hypothèse du maintien de la nature juridique de droit réel de la propriété doit être envisagée, en raison notamment de la présence de l'article 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*, ou encore être possesseur du bien » (l'italique est de nous) ainsi que de la consécration législative de la théorie du démembrement (d'après cette théorie, la propriété se décompose en *usus, fructus* et *abusus* ; or, si les « parties » de la propriété sont des droits réels, la propriété, qui forme le tout, devrait avoir la même nature juridique que ses composantes).

qualification en un bien au sens de « chose susceptible d'appropriation<sup>77</sup> ». Quant à la question de la superposition de droits du propriétaire de la créance, le droit positif, tant français que québécois, reconnaît déjà des hypothèses de droit sur droit, qu'il s'agisse de l'usufruit des créances ou de l'hypothèque ou gage des créances<sup>78</sup>. L'idée classique qui veut que le droit d'usufruit et le droit de gage soient dénaturés lorsqu'ils portent sur des créances est contestable, car il est permis de se demander comment la nature juridique d'un droit peut changer en fonction de son objet. Ainsi, tant l'usufruit des créances que le gage des créances constituent bien des hypothèses d'un droit réel portant sur un droit personnel. Outre qu'elle rend possible l'existence d'un droit portant sur un autre droit, la figure juridique de l'usufruit des créances débouche d'ailleurs logiquement sur la reconnaissance de la propriété des créances<sup>79</sup>.

Il s'avère que les fondements invoqués traditionnellement pour refuser la figure juridique de la propriété des créances ont beaucoup perdu de leur solidité. Ni l'idée de l'objet corporel de la propriété ni la distinction des droits réels et des droits personnels ne sont insurmontables à l'analyse. Convendrait-il alors d'admettre que la propriété et, plus généralement, les droits réels peuvent avoir pour objet non pas la *res* au sens matériel, mais les biens, qu'ils soient corporels ou incorporels ?

### 2.1.2 L'identification de la notion de propriété dans celle de titularité

La reconnaissance de la propriété des droits implique de pouvoir mettre en évidence la notion de propriété dans celle, couramment utilisée, de titularité. Il appert que les attributs traditionnels de la propriété, soit

77. Déjà en ce sens : L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », dans *Mélanges juridiques dédiés au professeur Sugiyama*, Paris, Sirey, 1940, p. 95 et suiv.

78. En droit français, cette possibilité résulte expressément des articles 2075 et 2081 C. civ. pour le gage des créances et implicitement des articles 581 et 588 C. civ. pour l'usufruit des créances. En droit québécois, l'article 1132 C.c.Q. traite expressément de l'usufruit d'une créance et un paragraphe précis régleme l'« hypothèque mobilière sur des créances » (art. 2710-2713).

79. 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!* »: B. OPPETIT, « Le « trust » dans le droit du commerce international », (1973) *Rev. crit. D.I.P.* 1, 9, note 2; (l'italique est de nous).

*l'usus*, *le fructus* et *l'abusus*, se trouvent dans la propriété des créances<sup>80</sup>. En France comme au Québec, le propriétaire d'une créance a l'usage et la disposition de son bien. Comme tout propriétaire, le propriétaire d'une créance a le droit d'user de son bien. Simplement, l'usage d'une créance consiste essentiellement à en obtenir le paiement—à l'instar des choses consommables, dont nul ne peut user sans les consommer. S'agissant des fruits, le propriétaire d'une créance peut percevoir les intérêts de la créance, lesquels s'analysent en des fruits civils ou revenus, selon la nouvelle terminologie du *Code civil du Québec*. Enfin, le créancier a *l'abusus* de la créance, puisqu'il peut disposer matériellement de son bien, en exerçant son pouvoir de disposition sur son bien-créance.

Apparaissent également, en matière de propriété des créances et sous réserve de quelques nuances, les caractères traditionnels de la propriété que sont le caractère absolu et le caractère perpétuel. Le premier fait d'abord référence au caractère illimité ou au principe de la liberté d'action du propriétaire sur son bien<sup>81</sup>. Si le caractère absolu de la propriété a subi de multiples atteintes dans le droit contemporain, pris en ce sens, il ne s'applique pas moins aux créances qu'aux biens matériels, le propriétaire ayant *l'usus*, *le fructus* et *l'abusus* de ce bien. Cependant, le caractère absolu fait aussi référence à l'opposabilité à tous de la propriété<sup>82</sup>. Dans cette acception, il existe une certaine spécificité de la propriété des créances.

80. Pour notre part, nous ne comptons pas *l'accessio* (la prérogative qu'a le propriétaire de recouvrer à terme, notamment à l'expiration des droits réels constitués sur son bien, l'intégralité de ses pouvoirs sur le bien) comme constituant un quatrième attribut de la propriété. Bien que cette idée ait été brillamment soutenue en doctrine (voir, en particulier, F. FRENETTE, «Du droit de propriété: certaines de ses dimensions méconnues», (1979) 20 C. de D. 439, 447), il nous semble préférable d'y voir une manifestation de l'exclusivité de la propriété. Cependant, quand bien même voudrait-on y déceler un attribut supplémentaire de la propriété, sa reconnaissance n'entraverait pas la reconnaissance de la propriété des créances. Ici encore, cet attribut—s'il était reconnu—se trouverait sans difficulté dans la propriété des créances. Par exemple, lorsqu'un usufruit portant sur une créance arrive à terme, le propriétaire de la créance a vocation à en retirer de nouveau les fruits; de même, si une hypothèque ou un gage est constitué sur le bien-créance, *l'accessio* pourra être vu comme permettant au propriétaire de recouvrer l'intégralité des prérogatives sur son bien à l'expiration du droit réel accessoire antérieurement constitué. À noter cependant que, si l'usufruitier a recouvré la créance, le nu-propriétaire ne pourra exercer *l'accessio*, simplement parce que son bien ayant disparu, la propriété aura disparu par contrecoup—à l'instar de ce qui se passe pour les biens corporels, lorsque l'objet de la propriété vient à disparaître. Par ailleurs, si le bien hypothéqué a été saisi, la situation sera similaire.

81. C. ATIAS, *Droit civil: Les biens*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2002, n<sup>o</sup> 69, p. 99; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil: Les biens, la publicité foncière*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 2002, n<sup>o</sup> 431, p. 121.

82. F. ZENATI, *op. cit.*, note 35, p. 92.

En effet, les créances étant des biens immatériels, seule la connaissance par les tiers du titre leur permet d'être au courant de l'existence d'un droit incorporel, l'opposabilité du droit se ramenant alors à l'opposabilité du titre<sup>83</sup>. Cela explique l'importance de la psychologie des tiers, puisqu'il est possible de légitimement ignorer qu'une chose appartient à telle personne en particulier. En droit québécois comme en droit français, l'opposabilité du droit de créance est réduite par rapport à l'opposabilité des meubles corporels, car elle est subordonnée à la connaissance par le tiers de son nouveau créancier.

L'évolution de la propriété a permis de souligner qu'elle n'est pas perpétuelle par essence, bien qu'elle ait vocation à se prolonger indéfiniment<sup>84</sup>. Aucun texte du droit positif français ou québécois ne contient expressément la règle d'une perpétuité de la propriété; elle est simplement déduite de la définition de la propriété. L'idée de perpétuité résulte de ce que la doctrine traditionnelle a imprimé à la propriété le régime de son objet corporel. En réalité, la perpétuité souligne simplement que le droit ne comporte pas de terme extinctif. La perpétuité ne participe pas, selon nous, de la nature de la propriété<sup>85</sup>, mais constitue plutôt un élément contingent de ce droit, dépendant de la nature de son objet<sup>86</sup>. L'extinction du bien-créance lors de sa réalisation s'explique par le fait que, lorsque le bien objet du droit disparaît, le droit de propriété s'éteint, faute d'objet. Du reste, cette situation ne diffère pas vraiment de celle de la propriété des

83. Sur cette distinction: P. ROUBIER, *op. cit.*, note 35, p. 258 et suiv.; F. ZENATI, *loc. cit.*, note 55, 321. Sur l'importance de la bonne foi en matière de conflits sur créances, voir aussi l'hypothèse de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle.

84. C. ATIAS, *op. cit.*, note 81, n° 76, p. 111; G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, note 62, n° 2330, p. 817. *Contra*: M. CANTIN CUMYN, «Essai sur la durée des droits patrimoniaux», (1988) 48 *R. du B.* 3, 13, n°s 10 et 14; H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 5, n°s 1349-2, p. 106-108.

85. La propriété intellectuelle est d'ailleurs limitée dans le temps, bien que le législateur québécois fasse référence à la propriété intellectuelle et industrielle (art. 406 C.c.Q.). De plus, en matière de propriété superficielle, un terme peut être fixé par la convention qui établit cette propriété (art. 1113 C.c.Q.). Notons cependant que, pour certains auteurs, le terme d'une modalité se distingue du droit de propriété lui-même, qui conserve en tout temps son caractère perpétuel. Voir notamment S. NORMAND, *op. cit.*, note 18, p. 198.

86. C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité: Essai sur la durée du droit de propriété*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, n° 244, p. 205, et n° 294, p. 249; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, «De la propriété comme modèle», dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, n° 28, p. 292, qui proposent l'expression «permanence de la propriété» plutôt que «perpétuité de la propriété».

corps. Le droit dure autant que son objet : le droit disparaît par contrecoup, lorsque son objet n'est plus<sup>87</sup>.

Surtout, le propriétaire d'une créance jouit de l'exclusivité, qui est essentielle à toute propriété. Dans un sens extensif, la jouissance d'exclusivité permet de circonscrire l'aspect monopolistique de la propriété (autrement dit, la relation du propriétaire à son propre bien), ainsi que la possibilité d'exclusion des tiers, qui sont caractéristiques, et non simplement symptomatiques, de la propriété<sup>88</sup>. L'exclusivité de la propriété, qui semble aller au-delà d'un simple caractère de la propriété, explique notamment la capacité qu'a la propriété de se reconstituer entre les mains du maître du bien, justement parce qu'elle est monopole d'exclusivité. L'analyse de Vareilles-Sommières a très bien mis en évidence que la propriété réside moins dans le fait d'avoir les attributs de la propriété que dans la *vocation* à les avoir<sup>89</sup>. Cette vocation à récupérer, à terme, la plénitude de son droit nous semble participer de la même idée que l'*accessio*. Ainsi, pour nous, l'*accessio* est simplement une manifestation de l'exclusivité de la propriété, puisque cette exclusivité porte en germe la virtualité de tous les pouvoirs possibles sur un bien. Ainsi, si l'exclusivité peut subir des atteintes en tant que caractère de la propriété<sup>90</sup>, il resterait toujours une forme de « portion vitale » ou de force vive de la propriété—qu'on l'appelle *accessio* ou « exclusivité » au sens large—qui participe de l'essence de la propriété.

La propriété des droits ou biens immatériels, et plus précisément la propriété des créances, paraît donc tout à fait pensable, dans un système de type romano-germanique.

## 2.2 Les conséquences techniques de la reconnaissance de la propriété des créances

Sans entrer ici dans le détail du régime juridique de la propriété des créances, il convient de souligner que le régime de la propriété matérielle peut non seulement s'adapter aux biens incorporels que sont les créances,

87. F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, coll. «Droit fondamental. Droit civil», 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1997, n° 110, p. 120.

88. L'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ne sont que de simples utilités de la propriété et 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 matière : M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, note 36.

89. *Ibid.* : «La propriété est seulement le droit de tirer d'une chose tous ses services sauf exceptions».

90. Ainsi la copropriété, propriété de plusieurs personnes sur un même bien, porte-t-elle notamment atteinte au caractère exclusif de la propriété (art. 1010 C.c.Q.).

mais également que le régime de la propriété des droits est suffisamment proche de celui de la propriété des corps pour que s'y retrouve, au-delà des inévitables particularités liées à l'objet de la propriété, l'unité notionnelle de la propriété.

Nous mettrons en évidence ici les principales conséquences, en fait de régime juridique, de la reconnaissance de la propriété des créances, en envisageant successivement l'acquisition originaire des créances (2.2.1), la transmission des créances (2.2.2) et la revendication des créances (2.2.3).

### 2.2.1 L'acquisition originaire des créances

En premier lieu, il nous semble juridiquement possible de prescrire de manière acquisitive des biens-créances. Toutefois, la prescription acquisitive étant fondée sur la possession, encore faut-il admettre la possession des créances.

La reconnaissance de la notion de propriété des créances va de pair avec celle de la possession des créances. Classiquement, la possession est définie comme une maîtrise de fait, ou un *pouvoir physique exercé sur une chose*<sup>91</sup>. Toutefois, cette conception traditionnelle ne permet pas de rendre compte de toutes les hypothèses dans lesquelles le législateur a utilisé la notion de possession. Par exemple, l'article 1240 du Code civil français considère comme valable le paiement fait de bonne foi à celui qui est « en possession de la créance ». La possession de la créance visée par cet article — qui n'est nullement en contradiction avec la définition de la possession de l'article 2228 du même code, aux termes duquel la possession est « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit » — constitue une possession véritable, qui produit des effets juridiques, en tant qu'extériorité de la propriété. De même, 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*<sup>92</sup>. Le législateur français, par le truchement d'auteurs comme Domat ou Pothier, semble avoir repris les principes du droit romain, en ne réduisant pas l'objet de la possession aux choses corporelles<sup>93</sup>. La tradition, ou mise en possession des droits

91. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 28, n° 118, p. 202.

92. A. FRANÇON, *loc. cit.*, note 36, 10; D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, coll. « Droit des affaires et de l'entreprise. Série Études et recherches », Paris, Economica, 1986, n° 55, p. 35; D.A. IMBROANE, *Nature juridique du gage des créances*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université de Paris, 1939, n° 8, p. 28.

93. Dès le droit romain, le domaine de la possession s'était universalisé: 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, 1898, n° 52, p. 50; A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Paris, Dalloz, 2001, n° 173, p. 132.



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 et 1689 C. civ.).

La conception traditionnelle de la possession semble également trop restrictive en droit québécois. En matière d'usufruit des créances, l'usufruitier ne doit-il pas être mis en *possession de la créance* pour pouvoir user et acquérir les fruits de la créance<sup>94</sup>? De même, la possibilité de posséder une créance est également reconnue à travers l'hypothèque mobilière avec dépossession, puisque le législateur a prévu que 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.)<sup>95</sup>. De plus, si l'article 1559 du *Code civil du Québec*, qui fait écho à l'article 1240 du Code civil français, se réfère désormais au « créancier apparent » plutôt qu'au possesseur de la créance, la doctrine admet néanmoins que le créancier apparent renvoie à celui qui est en possession de la créance<sup>96</sup>.

L'article 921 du *Code civil du Québec* a défini 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 ». Reprenant les conclusions des auteurs de l'ancien code, plusieurs ont vu dans cette définition une condamnation de la possession des droits personnels<sup>97</sup>. Néanmoins, la possession, vue comme l'exercice de fait du droit réel de propriété, est suffisamment large pour englober la possession des corps et des droits. Si ce qui est possédé est, selon le législateur québécois, le droit et non la chose, l'objet de la possession ne devrait pas nécessairement être réduit aux corps. La doctrine n'hésite d'ailleurs pas à reconnaître qu'en réalité ce sont les droits qui sont l'objet de la possession<sup>98</sup>. Or, la possession, vue comme l'exercice d'un droit, n'exclut en rien les créances de son domaine d'application. Comme pour les droits réels, la possession d'un droit personnel trouve à se manifester par un *corpus*, ce qui concerne en droit positif les actes matériels de jouissance du droit (par exemple, le

94. Art. 1143 C.c.Q. *a contrario*.

95. Seule la personne ou le fiduciaire exploitant une entreprise peuvent recourir à l'hypothèque sur une universalité de biens : art. 2684 C.c.Q.

96. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 39, n° 317, p. 577.

97. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 19, p. 1065; D.-C. LAMONTAGNE, « Distinction des biens, domaine, possession et droit de propriété », dans BARREAU DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 1, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 467, à la page 486.

98. Voir notamment : G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil : De la prescription*, 3<sup>e</sup> éd., t. 25, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1905, n° 196, p. 155; J. VALETON, *De la possession des servitudes*, thèse de doctorat, Bordeaux, Faculté de droit, Université de Bordeaux, 1927, p. 39; P. JOURDAIN, *op. cit.*, note 9, n° 13, p. 15.

fait d'encaisser des créances de loyer ou de percevoir des dividendes) et par un *animus*, qui est la volonté d'exercer ce droit à titre de propriétaire.

La possession des créances admise, la prescription acquisitive des créances peut l'être, par voie de conséquence. L'exercice de fait du droit réel de propriété peut conduire à usucaper des créances, l'objet de la propriété pouvant être corporel ou incorporel. Cette interprétation est en accord avec d'autres dispositions légales, tel l'article 2919, al. 1 C.c.Q., qui a remplacé l'ancienne référence à la « prescription des meubles corporels », par une simple référence au « possesseur de bonne foi d'un meuble [qui] en acquiert la propriété par trois ans ». Or, les *Commentaires du ministre de la Justice* sur cet article considèrent 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 ». La possession n'est utile et ne peut conduire à la prescription acquisitive 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 Québec*. En outre, la possession doit courir pendant un certain *délai* pour conduire à l'usufruit. Si, en droit français, le délai de droit commun pour prescrire est de 30 ans, avec le *Code civil du Québec*, le délai de droit commun est passé de 30 à 10 ans, même dans les cas où le possesseur a un titre ou est de bonne foi (art. 2917 C.c.Q.).

Quant à l'acquisition par voie d'occupation, en droit québécois comme en droit français, l'occupation englobe un concept identique, à savoir une appréhension accompagnée de l'intention de s'approprier l'objet appréhendé<sup>99</sup>. Les hypothèses d'application 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. En revanche, les dispositions combinées des articles 701 et 702 du *Code civil du Québec* devraient permettre d'envisager une acquisition originaire des créances par voie d'occupation, dans l'hypothèse où un héritier ferait valoir ses droits sur une succession dont l'État aurait été saisi.

Enfin, le parallèle entre l'acquisition des biens corporels et des biens incorporels peut aussi être fait en matière d'accession. La propriété des créances, et plus généralement la propriété des biens incorporels, semble pouvoir s'acquérir par voie d'accession, tant en droit français qu'en droit

99. C. AUBRY et C.F. RAU, *Droit civil français*, t. 2, 7<sup>e</sup> éd., par P.-E. ESMEIN, Paris, Librairies techniques, 1961, n° 190, p. 326; art. 914 C.c.Q.; P. MARTINEAU, *op. cit.*, note 12, p. 62.

québécois. Si l'accession par incorporation ou par union est traditionnellement liée à l'idée d'une union matérielle entre deux biens<sup>100</sup>, les développements récents en la matière ont montré qu'une union intellectuelle ou économique est susceptible de constituer le lien à l'origine de ce type d'accession<sup>101</sup>. Un argument d'équité devrait conduire à une application de la notion d'accession qui soit plus compréhensive que celle qui est habituellement reçue<sup>102</sup>.

Surtout, le droit québécois, suivi en cela par une partie de la doctrine française<sup>103</sup>, fait de l'accession par production le fondement de l'acquisition des intérêts d'une créance<sup>104</sup>. S'il est possible de douter que l'accession par incorporation existe en matière de créances, en revanche, l'accession par production s'applique sans difficulté à l'acquisition des intérêts de la créance.

### 2.2.2 La transmission des créances

Sujette à acquisition originaire, la propriété des créances fait, le plus souvent, l'objet d'une acquisition dérivée ou translative. La possibilité de transférer les créances peut s'expliquer par le fait que ces biens sont des objets de propriété. C'est parce que la créance est un bien qui *appartient* au créancier que celui-ci peut le transmettre<sup>105</sup>. Si la théorie objective des créances a suscité des réserves en doctrine, c'est cette analyse objective

100. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 28, n° 59, p. 107.

101. Sur l'application de l'accession à un fonds de commerce: Civ.1<sup>re</sup>, 23 janv. 1979, *Défr.* 1979.644, art. 31954, obs. A. COLOMER. Pour une réflexion d'ensemble sur la question: W. DROSS, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse de doctorat, Université de Nancy II, 2000, n° 78, p. 77.

102. En ce sens, à propos de la propriété intellectuelle: P.-Y. GAUTIER, «L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit: vers une nouvelle querelle des Proculétiens et des Sabinieniens», (1988) *Recueil Dalloz Sirey* 152, nos 9-11, 155 (20<sup>e</sup> Cahier-chronique); L'article 975 C.c.Q., à l'instar de l'article 565 C. civ. fait d'ailleurs référence à l'équité en la matière.

103. A. SÉRIAUX, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Propriété*, n° 29.

104. Les intérêts de la créance s'analysent en des fruits civils, ou revenus selon la nouvelle terminologie du Code civil (art. 910 C.c.Q.), ce qui rend applicable aux intérêts de la créance les dispositions relatives à l'accession par production. En ce sens: OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 2: «Commentaires», Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 715 (art. 424).

105. F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse de doctorat, Université de Paris X, 2001, n° 8, p. 20; P. RAYNAUD, *Cours de droit civil*, t. 2: «*Les obligations*», DEA Droit privé général, Paris, Université Paris II, 1978, p. 5; L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 11, Montréal, Wilson & Lafleur, 1961, p. 25.

qui est clairement invoquée pour justifier la cession de créance<sup>106</sup>. N'est-il pas considéré que « [I]a pleine aliénabilité, cessibilité et transmissibilité du bien [...] est un *attribut capital de la propriété*<sup>107</sup> » ? Les auteurs de l'École de l'exégèse ont transmis cette idée tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, lorsqu'ils ont étudié dans leurs ouvrages la cession de créance en même temps que la vente<sup>108</sup>.

Souvent, la question s'est posée 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. Il existe une certaine ambiguïté des textes, tant français que québécois, quant à 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 transféré<sup>109</sup>. Toutefois, cette conception est liée à la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet et à son corollaire, qui est l'analyse de la propriété en un bien. Or, à l'opposé de cette conception, la plupart des auteurs qui se sont penchés précisément sur la question ont conclu qu'il est impossible de réellement transmettre un droit<sup>110</sup>. Si nous distinguons le droit de son objet — conformément à l'ancienne invitation de Jossierand en ce sens<sup>111</sup> — et que nous admettons en conséquence que le transfert porte sur le bien plutôt que sur le droit, c'est le bien-créance qui est transféré lors d'une cession de créance et non le droit de propriété. Plutôt que l'objet du transfert, la propriété constitue en réalité le fondement du pouvoir de transférer le bien, que ce dernier soit corporel ou incorporel<sup>112</sup>.

106. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 39, n° 1270, p. 1181 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil : Les obligations*, t. 3 : « Régime général », 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999, n° 5, p. 3.

107. J.-L. BERGEL, *La propriété*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 1994, p. 19 ; l'italique est de nous.

108. Voir notamment C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code : ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, t. 2, complété par J.-B. DUVERGIER, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Cotillon, 1846, p. 193.

109. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 16, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1878, p. 416 ; P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Mourlon, avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, t. 7, Montréal, Éditions Théorêt, 1906, p. 13.

110. C. POURQUIER, *op. cit.*, note 86, n° 396, p. 323 ; C. ATIAS, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse de doctorat, Poitiers, Faculté de droit, Université de Poitiers, 1974, n° 403, p. 516. Déjà en droit romain : R.V. JHÉRING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 3, Paris, Marescq, 1880, p. 124.

111. L. JOSSEERAND, *loc. cit.*, note 77, 95 et suiv. Le *Code civil du Québec*, qui a retenu une conception large de l'objet de la propriété, semble avoir du même coup rejeté cette théorie.

112. F. LEPLAT, *op. cit.*, note 105, n° 8, p. 20 ; L. FARIBAULT, *op. cit.*, note 105, p. 25.

Le régime juridique du transfert des créances souligne la présence de similitudes importantes entre la transmission des biens corporels et des biens incorporels que sont les créances. Sur le plan des rapports entre les parties à la cession, le principe du consensualisme, qui est caractéristique du transfert des biens corporels<sup>113</sup>, trouve à s'appliquer en matière de cession de créance. Cette cession est un contrat consensuel qui se forme dès l'échange de consentement du cédant et du cessionnaire<sup>114</sup>. Le transfert *solo consensu* s'applique donc à la transmission des créances comme aux biens corporels, bien que, comme c'est le cas pour les choses matérielles, ce principe puisse subir certaines limitations<sup>115</sup>.

Sur le plan de l'opposabilité aux tiers de la transmission, les créances sont distinguées traditionnellement des meubles corporels. En droit français, alors que le propriétaire d'un bien corporel peut vendre son bien sans avoir à respecter la moindre formalité, comment comprendre 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?<sup>116</sup> Cela peut s'expliquer par le fait que la mise en possession, ici assurée par signification, est nécessaire pour rendre la cession publique et opposable. La spécificité de la transmission des créances ne doit toutefois pas être exagérée. En cas de ventes successives du même bien corporel par un vendeur, l'acquéreur qui est préféré est celui qui a été mis en possession, et non celui qui a acquis son droit le premier (art. 1141 C. civ.). Il se pourrait donc que l'article 1690 du Code civil français ait pour véritable objet la *mise en possession* de l'acquéreur du droit incorporel, son rôle de formalité de publicité n'étant que corrélatif<sup>117</sup>. Cette explication permet notamment de comprendre les imperfections de l'article 1690 vu comme organisant la publicité du transfert de la créance, liées notamment au fait qu'il faut signifier non pas aux tiers mais au débiteur.

113. Art. 1385 C.c.Q.

114. J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n<sup>o</sup> 889, p. 721; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 39, n<sup>o</sup> 503, p. 838; la situation est identique en droit français: art. 1138 et 1583 C. civ.

115. Voir notamment la question du transfert d'une créance de somme d'argent qui doit, selon certains auteurs, être reporté jusqu'à l'individualisation: F. GRUA, «À propos des cessions de créance par transmission d'effets», D. 1986.chr.261, n<sup>o</sup> 6, p. 262.

116. La doctrine analyse généralement les formalités de l'article 1690 du Code civil comme des formalités de publicité: P. MALINVAUD, *Les mécanismes juridiques des relations économiques*, coll. «Droit et gestion», 3<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie techniques, 1979, n<sup>o</sup> 200, p. 247.

117. D'un point de vue historique, le terme *saisir*, employé par le législateur, fait référence à une mise en possession: J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4: «Les obligations», 22<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2000, n<sup>o</sup> 316, p. 560; P. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi*, Paris, Les Cours de droit, 1957, p. 13.

La cession de créance de droit commun est soumise à un certain nombre de formalités à l'égard des tiers<sup>118</sup>. Si le *Code civil du Québec* ne nous renseigne pas sur le fondement de ces formalités, 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 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 ». Or, rien ne permet de penser que le législateur a remis en cause le fondement de ces formalités à 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. L'unicité de solution entre le droit français et le droit québécois s'explique 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 français, qui a lui-même inspiré les dispositions correspondantes du *Code civil du Bas Canada*, puis du *Code civil du Québec*.

Les créances, objet d'acquisition originaire et translatif, peuvent encore être revendiquées.

### 2.2.3 La revendication des créances

Le contentieux de la propriété des créances permet de souligner le lien qui existe entre le propriétaire du bien-crédence et les tiers. Si le contentieux relatif à la propriété des biens corporels met la notion de revendication au cœur du débat, l'observation du droit positif montre qu'il existe bon nombre d'hypothèses où des créances sont revendiquées.

L'action en revendication est celle qui, par excellence, permet au propriétaire de protéger son bien contre les atteintes des tiers<sup>119</sup>. Si le domaine de la revendication est réservé traditionnellement aux biens corporels, les créances étant, dans une certaine mesure, susceptibles de possession, il est logique qu'elles puissent faire l'objet d'une revendication — cette

118. 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 encore de toute autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant (art. 1641, al. 1 C.c.Q.) — se trouvent ici, formulées autrement, la signification au débiteur ou son acceptation, connues en droit français, sans qu'un acte authentique soit toutefois exigé.

119. Même s'il existe une certaine forme de possession des créances, le contentieux possessoire (l'action possessoire protège la simple jouissance des créances : P.-J. RAVAIL, *op. cit.*, note 93, n° 30, p. 28) n'est guère présent en matière de créances, ce qui n'est pas surprenant, puisque le droit actuel, tant français que québécois, réserve le contentieux possessoire aux immeubles : D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 18, n° 672, p. 389.

action permettant au propriétaire d'être remis en possession de son bien<sup>120</sup>. La revendication des créances peut être définie comme l'action par laquelle un propriétaire demande à voir reconnu son droit de propriété sur la créance et à être remis en possession de son bien-créance.

Les conditions de la revendication des créances sont au nombre de deux. Tout d'abord, un véritable conflit de propriété doit exister. Il convient d'exclure les hypothèses où le législateur a donné, par extension, un droit de revendiquer dans des situations où le soi-disant revendiquant ne demande pas que son droit de propriété soit reconnu. L'action en revendication se distingue notamment des restitutions qui peuvent être demandées sur le fondement d'un contrat, et qui ne sont donc pas dirigées contre un tiers — ce qui se produit, par exemple, pour des restitutions demandées sur la base d'un dépôt<sup>121</sup>. 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 contrat<sup>122</sup>. Ensuite, le conflit de propriété doit porter sur la créance et non simplement sur la revendication d'une somme d'argent, les deux actions n'ayant pas le même objet<sup>123</sup>.

Le législateur, tant québécois que français, admet la revendication des créances. L'article 946 du *Code civil du Québec*, qui est de droit nouveau, reconnaît au propriétaire d'un bien perdu ou oublié le droit de revendiquer soit le bien, soit le prix qui lui a été substitué. La «revendication» s'exerçant sur une somme d'argent, il serait plausible de penser qu'il s'agit d'une action en paiement plutôt que d'une réelle revendication. Néanmoins, le législateur a ici consacré un cas de subrogation réelle, le droit de revendi-

120. G. CORNU (dir.), *op. cit.*, note 29, s.v. «revendication»; P. MARTINEAU, *op. cit.*, note 12, p. 71; S. NORMAND, *op. cit.*, note 18, p. 129.

121. P. MARTINEAU, *op. cit.*, note 12, p. 71. En droit québécois, le législateur a parfois donné l'action en revendication à des restitutions fondées sur un contrat. Ainsi n'a-t-il pas hésité à accorder un droit de revendication au déposant (art. 2282 C.c.Q.). Pourtant, s'il est vrai que le législateur du Québec a évoqué la revendication dans cette hypothèse, nous pouvons l'interpréter comme une volonté de conférer une protection exceptionnelle au déposant, par analogie avec 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 de préciser des cas de revendication à titre de propriétaire et des cas de revendication qui ne sont pas fondées sur la propriété, seules les premières, qui sont fondées sur la propriété, nous intéressent ici.

122. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 19, p. 493 et 494.

123. 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. Pour un exemple de fausse revendication: voir l'arrêt *Banque Pelletier* du 28 octobre 1986, Trib. com. 28 octobre 1986, D. 1986.592, note M. VASSEUR.

cation du vendeur étant reporté du bien vers le prix qui l'a remplacé<sup>124</sup>. De même, le législateur français a expressément reconnu l'hypothèse d'une *revendication du vendeur de meubles sous réserve de propriété*. En vertu de l'article 621-124 du *Code de commerce*, le propriétaire d'un bien vendu sous réserve de propriété peut revendiquer à la place des biens vendus le prix qui leur a été substitué. Si certains ont qualifié cette action d'action en paiement<sup>125</sup> ou d'action directe<sup>126</sup>, il faut cependant opposer à ces analyses les termes mêmes de la loi, qui permettent au vendeur de « revendiquer le prix » (art. 621-124). 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 propriété<sup>127</sup>.

Lorsque la même créance a fait l'objet de plusieurs cessions, il importe de savoir quel cessionnaire doit primer, autrement dit, qui est le véritable propriétaire de la créance. Pour résoudre ce conflit<sup>128</sup>, le droit français prend en considération la chronologie des transmissions (*prior tempore, potior jure*). Cependant, tout comme pour les biens meubles, le principe est tempéré par l'idée selon laquelle il n'est pas possible d'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. Dans le cas d'une cession de droit commun, pour mesurer l'opposabilité aux tiers de la cession, il faut prendre en considération la date de la mise en possession de l'acquéreur de la créance, cette mise en possession ayant une vertu publicitaire à l'égard 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 français) qui doit primer<sup>129</sup>.

124. Sur la subrogation réelle : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 39, n° 333, p. 594. En ce sens : MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 554 (à propos de l'article 946 C.c.Q.).

125. C. LARROUMET, note sous Paris, 14 oct. 1997, D. 1998.91.

126. G. RIPERT et R. ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2 : « Effets de commerce – banque et bourse – contrats commerciaux – procédures collectives », 16<sup>e</sup> éd., par P. DELEBECQUE et M. GERMAIN, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 3144, p. 1050.

127. F. PÉROCHON, note sous Com. 20 juin 1989, D. 1989.431, n° 6, p. 433. Voir aussi J.-P. VIENNOIS, « La revendication des créances », (2001) 4 (1) *R.R.J.* 1430.

128. Sur ce conflit : 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., 2001, n° 751, p. 462.

129. H. PAILLARD, *Les conflits sur créances*, thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille III, 1994, n° 142, p. 123 ; En ce sens : Req., 17 févr. 1896, D.P. 1896.1.129.



De même, en droit québécois, s'agissant du *conflit entre cessionnaires successifs d'une même créance*, il convient de tenir compte de la date de la mise en possession de l'acquéreur de la créance, cette mise en possession ayant une vertu publicitaire à l'égard des tiers. Ainsi, en cas de cession de la même créance à plusieurs personnes, c'est celle qui a accompli en premier les formalités de l'article 1641 du *Code civil du Québec* qui l'emporte<sup>130</sup>. Aux termes de cet article, la cession devient opposable au débiteur cédé et aux tiers dès que le débiteur acquiesce<sup>131</sup> 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 tiers<sup>132</sup>. La simple connaissance de la cession demeure toutefois insuffisante<sup>133</sup>. 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 cédant<sup>134</sup>. Par ailleurs, le paiement fait de bonne foi par le débiteur à un créancier apparent est opposable au 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'article 1559 C.c.Q.).

Concernant le conflit entre le *cessionnaire d'une créance* et le *créancier saisissant*, il se résout en droit québécois, de même qu'en droit français, en tenant compte des dates de signification. Il est admis que le cessionnaire, qui signifie la cession au débiteur avant que les créanciers du cédant pratiquent une saisie-arrêt, l'emporte dans le conflit qui l'oppose à ces

130. V. KARIM, *Les obligations*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 664; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 114, n<sup>o</sup> 899, p. 725. Voir notamment sur ce conflit : *Caisse populaire Ste-Madeleine Sophie c. Caisse populaire Ste-Cécile de Montréal*, [1980] C.A. 502.

131. 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.).

132. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 124, p. 1018 (art. 1641 C.c.Q.). MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires détaillés sur les dispositions du Projet de loi 125*, 1991, p. 368.

133. *Banque Nationale du Canada c. Tardif*, précité, note 131.

134. *Banque Nationale du Canada c. Amos Aviation Ltée*, [1985] C.P. 111.

derniers<sup>135</sup>. Inversement, les créanciers du cédant qui auront signifié une saisie-arrêt avant la signification de la cession l'emporteront<sup>136</sup>.

Un conflit peut également 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'emporte<sup>137</sup>. En effet, l'article 1741, al. 2 du Code civil prévoit ceci « 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.

Contrairement au droit français, le droit québécois reconnaît au propriétaire le droit de revendiquer un meuble corporel contre un possesseur ayant acquis *a non domino*<sup>138</sup>. La cession de créances pouvant s'analyser en une vente<sup>139</sup> et le législateur n'ayant pas précisé que cet article concerne uniquement les biens corporels, il est permis de 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, paraît résulter de la comparaison avec l'ancien article 2268 du *Code civil du Bas Canada*, dont la formulation était plus restrictive puisqu'elle faisait

135. J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 114, n° 900, p. 725 et 726. Voir aussi : *Banque royale du Canada c. Procureur général du Québec*, [1976] C.S. 634. Sur la saisie-arrêt : voir l'article 638 du *Code de procédure civile*.

136. 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.). Sur ce conflit en droit français : H. PAILLARD, *op. cit.*, note 129, n° 87, p. 77.

137. L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 247, p. 95.

138. 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 ceci : « *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.); (l'italique est de nous).

139. La vente des créances était prévue à l'article 1570 C.c.B.C. Si le *Code civil du Québec* rattache aujourd'hui la cession de créance à la théorie des obligations, cela peut simplement s'expliquer par le fait que la cession de créance ne s'analyse pas nécessairement en une vente, puisqu'elle peut avoir lieu à titre gratuit. Quant au Code civil français, il régleme la cession de créance au titre de la vente, et il est admis que le cessionnaire doit, en tant qu'acheteur, payer le prix (art. 1650 C. civ.), alors que le cédant doit, en tant que vendeur, délivrance et garantie (art. 1603 C. civ.).

référence aux seuls « meubles corporels »<sup>140</sup>. Contrairement à l'article 2268 du *Code civil du Bas Canada* dont il s'est inspiré, le nouvel article ne distingue plus entre les meubles corporels et incorporels. Le cessionnaire devrait pouvoir revendiquer sa créance contre le possesseur de la créance qui a acquis *a non domino*<sup>141</sup>. Tant que le délai de la prescription acquisitive n'est pas expiré<sup>142</sup>, le propriétaire peut donc revendiquer le meuble, qui peut être une créance, à moins qu'il n'ait été acquis par une vente faite sous l'autorité de la justice<sup>143</sup>.

Si la revendication des créances se manifeste sous des formes un peu différentes en droit québécois et en droit français, elle comprend néanmoins le même principe de résolution des conflits, à savoir le principe de priorité (*prior tempore, potior jure*). Bien que traditionnellement, les créances ne soient opposables aux tiers qu'après leur signification, cela s'explique aisément, à partir du moment où a été admise 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, le même principe s'applique dans le cas des créances. Ce premier principe est tempéré dans son application par un autre principe, selon lequel une personne ne peut transmettre plus de droit qu'elle n'en a elle-même (*nemo plus juris*). Cet 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-propriétaire.

La reconnaissance d'une revendication des créances constitue un nouvel indice de l'existence de la propriété des créances; outre qu'elle montre que c'est la même notion de propriété qui explique la présence d'une revendication des créances, elle souligne également que la spécificité de la propriété des biens incorporels par rapport à la propriété des biens corporels est toute relative.

140. Voir en ce sens MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 124, p. 1832 (art. 2919 C.c.Q.): «*La disposition n'est pas limitée au meuble corporel. La possession juridique d'un meuble est possible que le meuble soit corporel ou incorporel*»; (l'italique est de nous). Même en vertu de l'ancien code, certains auteurs admettaient la possibilité d'une vente de meubles incorporels appartenant à autrui: Y. CARON, «La vente et le nantissement de la chose mobilière d'autrui: deuxième partie», (1977) 23 *McGill L.J.* 380, 394.

141. Le principe en droit québécois est 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 (art. 1714 C.c.Q.).

142. L'exception constituée par l'absence de prescription acquisitive s'explique par la présence de l'article 2919 C.c.Q., qui énonce que le possesseur de bonne foi d'un meuble en acquiert la propriété trois ans après la dépossession du propriétaire.

143. Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 124, p. 1070 (art. 1714 C.c.Q.).

## Conclusion

Les arguments présentés par la doctrine traditionnelle pour condamner la propriété des biens incorporels, et notamment des créances, se heurtent de front à une réalité juridique de plus en plus explicite, qui a également tendance à étendre son domaine géographique. Cette contradiction entre une doctrine, majoritairement ou partiellement opposée à la reconnaissance du concept de propriété des créances, et un droit positif de plus en plus explicitement ouvert à sa légitimité, paraît de moins en moins justifiable.

La notion de propriété des créances, toujours controversée dans les systèmes juridiques civilistes, gagne du terrain. Là où un écart de langage a souvent été dénoncé, une identité troublante de concepts se révèle entre la propriété des corps et la propriété des droits ou biens incorporels. 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 il est possible de retrouver 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.

La définition du droit réel mériterait d'être revue pour tenir compte de son évolution : ce droit pourrait désormais porter sur des biens tant corporels qu'incorporels. Cela expliquerait du même coup les figures juridiques, longtemps problématiques, de l'usufruit des créances ou du gage ou de l'hypothèque des créances. L'hypothèse de la propriété des créances est loin d'être la seule 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. Si l'on persiste à analyser la propriété comme un droit réel — même si ce droit porte sur son propre bien plutôt que sur le bien d'autrui — encore faut-il admettre que, à l'instar des droits réels sur la chose d'autrui, la propriété porte sur un bien, corporel ou incorporel.

Ainsi, la propriété des créances, possible théoriquement, obéit à un régime juridique proche de celui qui est en vigueur pour la propriété des choses matérielles. En fait, il ne s'en distingue que par les traits saillants propres à la nature spécifique de son objet. Un peu de l'énigme de la propriété des droits serait-elle alors résolue ? La propriété des créances, propriété incorporelle portant sur un droit au sens d'un bien immatériel, est une propriété spécifique, certes, mais une propriété authentique.