

Travaux de l'Association Henri Capitant  
des amis de la culture juridique française

# L'IMMATÉRIEL

JOURNÉES ESPAGNOLES

TOME LXIV  
2014

B.U. Droit  
Sc. Po. Éco.  
Bordeaux

Éditeurs  
BRUYLANT et LB2V

346.

imm

11- 190721987

ACQUISITIONS

N° 14909

© Éditions 2015  
Groupe Larcier s.a. – Éditions Bruylant  
Espace Jacqmotte  
Rue Haute, 139 – Loft 6 – B-1000 Bruxelles  
www.larciergroup.com  
LB2V, 147, rue du Président Roosevelt – 78100 Saint-Germain-en-Laye  
ISBN 978-2-8027-5317-9

Tous droits réservés pour tous pays.  
Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur,  
de reproduire (notamment par photocopie)  
partiellement ou totalement le présent ouvrage,  
de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public,  
sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

## AVANT-PROPOS

Ces Journées internationales de droit comparé se tinrent à Barcelone (Faculté de droit de l'Université de Barcelone et Université Abat Oliba) puis à Madrid (Université Complutense et Université San Pablo-CEU) des 19 au 23 mai 2014, sur le thème de l'immatériel : elles y réunirent près de 200 juristes de tous horizons.

L'immatériel intéresse en effet l'ensemble des branches du droit et soulève des questions d'une grande importance, largement renouvelées par le développement des nouvelles technologies.

Ce sujet fut traité autour des quatre axes fondamentaux que sont :

- Bien et immatériel (rapporteur général : José Javier HUALDE SÁNCHEZ, Espagne) ;
- Contrat et immatériel (rapporteur général : Matthias LEHMANN, Allemagne) ;
- Procédure et immatériel (rapporteur général : Karim BENYEKHLEF, Québec) ;
- Droit international privé et immatériel (rapporteur général : Tristan AZZI, France).

Le lecteur trouvera dans ce recueil, avec 68 rapports relatant les droits de 24 pays, les réflexions qui formèrent la riche matière de ces rencontres dont la synthèse fut assurée par Rémy CABRILLAC.

Que les Universités (Abat Oliba, Barcelone, Complutense et San Pablo-CEU) ainsi que les partenaires qui ont si chaleureusement soutenu ces travaux (Chambre des Notaires de la Catalogne, Conseil Général du Notariat Espagnol, Consejo General de la Abogacía Española, Registradors de Catalunya, Cabinets d'avocats Cuatrecasas, Gómez-Acebo & Pombo et M Abogados) trouvent ici l'expression de notre plus sincère gratitude.

Denis MAZEAUD  
*Président*

Philippe DUPICHOT  
*Secrétaire général*

Cyril GRIMALDI  
*Secrétaire général adjoint*

## BIEN ET IMMATÉRIEL EN DROIT ALLEMAND

Günter REINER\*

*Professeur à la faculté des sciences économiques et sociales,  
Université Helmut-Schmidt de la Bundeswehr à Hambourg*

### A. INTRODUCTION

Afin de traiter le thème des biens et de l'immatériel en droit allemand, il convient d'abord de préciser le sens de ces termes et d'en retrouver les équivalents dans la terminologie juridique allemande. Puisque ces notions ont été exprimées en langue française, je partirai du droit français pour ensuite poursuivre avec une approche de droit comparé.

### I. Le bien

Qu'est-ce qu'un « bien » au sens du droit français ?

Je ne connais pas de définition dans les textes de loi ni dans la jurisprudence. Selon l'article 516 du Code civil français, « Tous les biens sont meubles ou immeubles ». Cela pourrait laisser croire que les biens en question sont des objets corporels (c'est-à-dire matériels, physiques ou tangibles)<sup>1</sup>. Cependant, la lecture des articles 527 et 529 du Code civil, selon lesquels certaines « obligations et actions » sont des « [biens] meubles par la détermination de la loi », permet de constater que la catégorie des « biens » dépasse le monde physique.

\* Ancien juge à la Cour d'appel de Hambourg, <http://reiner.hsu-hh.de>. Je remercie Michelle CUMYN, professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval (Québec), pour sa relecture attentive du manuscrit et pour ses nombreux conseils sur le fond comme sur la forme.

<sup>1</sup> Cf. par ex. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil : Les biens*, Paris 1999, p. 1, n° 1 : « Ordinairement, les « biens » désignent en premier lieu les choses, c'est-à-dire les choses matérielles ».

Dans la doctrine française, les définitions du mot « bien » admettent deux acceptions : 1) un objet corporel (ou incorporel, selon certaines définitions) susceptible d'être approprié et 2) un droit subjectif à caractère patrimonial :

- « chose matérielle ou droit susceptible de faire partie d'un patrimoine (champs, maisons, créances, servitudes, usufruit, etc.) »<sup>2</sup> ;
- « tout droit subjectif (réel ou personnel) » et *alternativement* « toute chose, caractérisée par sa rareté, dont l'utilité justifie l'appropriation (qu'elle soit corporelle ou incorporelle) »<sup>3</sup> ;
- « les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels tels que définis aux articles... »<sup>4</sup> ;
- « toute chose matérielle susceptible d'appropriation » et *alternativement* « relativement à une personne, tous les éléments mobiliers ou immobiliers qui composent son patrimoine, à savoir les choses matérielles [...] et les droits (autres que la propriété) dont elle est titulaire (bien incorporels) »<sup>5</sup>.

Ces exemples montrent qu'une partie de la doctrine tout au moins considère que la qualification des objets ou des droits comme des « biens » nécessite qu'ils soient appropriables (dans le cas des objets) ou qu'ils aient un caractère patrimonial (dans le cas des droits). Il existe donc des droits subjectifs hors commerce (incessibles<sup>6</sup>) que ces auteurs ne qualifient pas de biens. Cette position se trouve confirmée par l'art. 2284 du Code civil qui suppose manifestement le caractère patrimonial et saisissable des biens (« Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. », mes italiques).

Pour les besoins du présent rapport, je me suis surtout penché sur la deuxième acception du mot bien, ce qui me conduit à envisager la manière dont le droit allemand traite les biens – c'est-à-dire les droits – qui portent non pas sur un objet corporel, mais sur un objet immatériel. Il s'agira de déterminer dans quelle mesure les droits qui portent sur des objets immatériels reçoivent un traitement similaire à celui des droits qui portent sur des objets corporels, au regard du domaine du droit qui règle les rapports entre les sujets de droit et les objets de droit, c'est-à-dire principalement le Livre 3 du Code civil allemand – *Bürgerliches*

<sup>2</sup> <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/bien/9153?q=bien#9076>>, page consultée le 30 mars 2015 ; voir aussi J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *op. cit.* : « [o]rдинаirement [...] en premier lieu les choses [...] », « en réalité surtout les droits qui portent sur les choses, plutôt que les choses elles-mêmes » et « au sens large [...] essentiellement des droits ayant une valeur économique, mais qui ne supposent pas nécessairement le support matériel d'une chose corporelle ».

<sup>3</sup> Lexique des termes juridiques 2014, Dalloz 21<sup>e</sup> éd. 2013, p. 115.

<sup>4</sup> Voir l'article 520 du Code civil selon l'avant-projet de réforme du droit des biens présenté le 12 nov. 2008 par l'Association H. Capitant, <[http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet\\_de\\_reforme\\_du\\_droit\\_des\\_biens\\_19\\_11\\_08.pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf)>, page consultée le 13 févr. 2015). Cette disposition définit les « biens » au sens de l'art. 519 de l'avant-projet qui, à son tour, définit la notion de patrimoine.

<sup>5</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, 10<sup>e</sup> éd. 2014, p. 127 ; voir aussi M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, *La notion de biens*, dans : Études portant sur le droit patrimonial, Mélanges offerts au professeur François FRENETTE, sous la dir. de S. NORMAND, Québec 2006, 127, 128 : les auteurs parlent des « deux sens précis » du mot bien, à savoir « une chose matérielle susceptible d'appropriation » et « l'ensemble des droits patrimoniaux ».

<sup>6</sup> Voir ci-dessous, C.II.3.a), à propos des droits non cessibles en droit allemand.

*Gesetzbuch* (BGB), intitulé *Sachenrecht* (littéralement : « droit des choses »<sup>7</sup>) et qui correspond au « droit des biens » en France.

La notion allemande correspondant le plus à la celle de « bien » dans ses deux acceptions serait celle de *Gegenstand*, même si dans le langage courant, on traduirait *Gegenstand* plutôt par « objet », et « bien », plutôt par *Gut*.

Comme le « bien » en France, le *Gegenstand* n'est pas défini dans les textes de loi allemands. Cette notion figure à de multiples endroits dans le BGB, et on peut en discerner au moins trois significations différentes : une première (cf. art. 90 du BGB, ci-après) qui ressemble au « bien » dans sa première acception, une deuxième rappelant le « bien » dans sa deuxième acception, tout en étant plus large, et une troisième (non juridique) qui correspond à « l'objet » dans son sens le plus général<sup>8</sup>.

L'article 90 du BGB, intitulé *Begriff der Sache* – « notion de chose », définit celle-ci à partir de la notion de *Gegenstand* :

« Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände ».

Le centre Juriscope en propose la traduction suivante :

« Seuls les *objets* corporels sont des choses au sens de la loi »<sup>9</sup>.

Bien que la traduction de Juriscope rende compte correctement du sens de cet article, la traduction plus ancienne publiée en 1904 par le Comité de législation étrangère institué auprès du Ministère de la Justice avec le concours de la Société de législation comparée<sup>10</sup> me paraît meilleure, puisqu'elle reconnaît la concordance générale entre les concepts de *Gegenstand* et de bien. Elle se lit comme suit :

« Les choses, au sens de la loi, sont seulement les *biens* corporels ».

En effet, le *Gegenstand* au sens de l'article 90 désigne un objet corporel (*Sache*) ou incorporel, susceptibles d'appropriation<sup>11</sup>, tout comme le « bien » dans la première acception de ce terme.

Ensuite, à plusieurs reprises<sup>12</sup>, le BGB utilise la notion de *Gegenstand* comme terme générique pour désigner tout ce qui, par sa nature, peut faire l'objet d'un *Verfügung*<sup>13</sup>, c'est à dire d'un acte de disposition avec un effet *erga omnes* tel que le transfert, la mise en gage, la constitution d'une servitude réelle, etc.<sup>14</sup>. Cela implique que le *Gegenstand*, suivant cette deuxième signification, tout comme le « bien » dans sa deuxième acception, désigne un droit subjectif.

<sup>7</sup> Art. 854 à 1296 du BGB.

<sup>8</sup> Par ex. l'art. 32 al. 1 du BGB (le *Gegenstand* d'une résolution prise par l'assemblée des membres d'une association).

<sup>9</sup> G. LARDEUX, M. PEDAMON, R. LEGEAIS et C. WITZ, *Code civil allemand : traduction commentée*, Juriscope/Dalloz 2010, p. 41 (mes italiques).

<sup>10</sup> C. BUFNOIR, J. CHALLAMEL, J. DRIOUX, F. GÉNY, P. HAMEL, H. LÉVY-ULLMANN et R. SALEILLES, *Code civil allemand, traduit et annoté, 1904-1914*, tome 1 (art. 1 à 432), p. 77 (mes italiques).

<sup>11</sup> Voir aussi, pour un ex. de cette signification, l'art. 453 du BGB au regard de « la vente de droits et d'autres objets (*Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen*).

<sup>12</sup> Par ex. dans l'art. 135 : « Verfügung über einen Gegenstand » – « acte de disposition relatif à un bien » ; voir aussi les art. 161, 184 al. 2, 185, 816 du BGB.

<sup>13</sup> Pour plus de détails, cf. J. FLUME, *Vermögenstransfer und Haftung*, Berlin 2008, p. 24 et s.

<sup>14</sup> Contrairement à ce que la logique de la langue allemande laisse entendre, il en va autrement de la notion composée de *Vermögensgegenstand* (voir par ex. l'art. 1377 al. 2 du BGB : « Vermögensgegenstände », et plus loin dans ce paragraphe) qui signifie « élément de l'actif d'un patrimoine ». Par conséquent, le *Vermögensgegenstand* doit avoir une certaine valeur économique réalisable, mais il n'a pas besoin d'être un *Gegenstand* au sens du BGB.

Lorsque les *Gegenstände* se rapportent à un objet corporel, on parle des « *dingliche Rechte* (droits « réels »)<sup>15</sup>, *Ding* étant synonyme de *Sache* (au sens de l'art. 90 du BGB – « chose »). Le plus complet des *dingliche Rechte* est le droit de propriété, que les textes appellent tout simplement *Eigentum*, sans faire référence explicitement à son caractère de droit. Strictement parlant, ce n'est pas la chose corporelle (*Sache*) qui est l'objet d'un acte de disposition<sup>16</sup>, mais le droit de propriété portant sur la chose<sup>17</sup>. En effet, l'acte de disposition, qui relève du monde du droit, ne peut pas avoir d'emprise directe sur la chose, qui relève du monde des faits.

Pour désigner les droits autres que le droit de propriété, les textes parlent des *Rechte* (« droits »). Ceux-ci comprennent les créances (*Forderungen*, voir l'art. 398 du BGB concernant le transfert de la créance) et les « autres droits » (*andere Rechte*, voir l'art. 413 du BGB concernant le transfert de ceux-ci). La dernière catégorie est composée des droits réels (autres que la propriété, je les appellerai les droits réels démembrés<sup>18</sup>), par exemple le droit de gage et la servitude, et parmi beaucoup d'autres, les droits se rapportant aux prestations intellectuelles, qu'on appelle les *Immaterialgüterrechte* (voir C.I.1. ci-dessous).

Le *Gut*, traduction littérale du mot « bien », n'est pas, en tant que tel, un terme juridique. On le retrouve toutefois au sein de certains termes composés. Ainsi, le domaine agricole se nomme *Landgut*<sup>19</sup>, certaines sortes de patrimoines *Gesamtgut*, *Sondergut* ou *Vorbehaltsgut*<sup>20</sup>; précédé du préfixe *Rechts* (signifiant « de droit ») le mot *Rechtsgut* désigne un intérêt quelconque protégé par la loi (voir l'art. 241 al. 2 du BGB). Dans tous ces cas, la notion de *Gut* n'est pas liée à l'idée d'un droit subjectif, critère marquant du « bien ». Ceci vaut également pour la notion de *Wirtschaftsgut* empruntée au droit de la comptabilité fiscale et employée dans le BGB à l'article 2331a alinéa 1, en droit des successions. La notion fiscale de *Wirtschaftsgut* correspond à la notion de *Vermögensgegenstand* en comptabilité commerciale (voir l'art. 246 al. 1 du Code de commerce allemand, *Handelsgesetzbuch*, HGB)<sup>21</sup> et signifie « élément de l'actif du bilan ».

## II. L'immatériel

La notion d'immatériel ne fait l'objet d'une définition ni en droit français ni en droit allemand. Ce terme ne figure pas dans le Code civil français, ni même dans le Code français de la propriété intellectuelle. Dans le BGB, on retrouve

<sup>15</sup> Voir la terminologie stricte de V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum: eine Komplementärscheinung zum Sachenrecht*, Tübingen 2001, p. 216.

<sup>16</sup> Cf. (par. ex.) l'imprécision de l'art. 311c du BGB à cet égard : « Veräußerung oder Belastung einer Sache » (« aliénation ou mise en gage d'une chose », mes italiques) ; idem l'art. 1136 : « das Grundstück [...] zu veräußern » (« aliéner l'immeuble »).

<sup>17</sup> J. FLUME, *op. cit.*, p. 25 et s. Voir, comme ex. d'une terminologie exacte à cet égard, l'art. 433 al. 1, première phrase du BGB : « Eigentum an der Sache verschaffen » (« procurer la propriété sur la chose »).

<sup>18</sup> Voir A.II. ci-dessous ; pour le régime juridique voir sous B.

<sup>19</sup> Voir par ex. les art. 98, 1055 al. 2, 1515 al. 2 du BGB.

<sup>20</sup> Voir les art. 1416 – 1418 du BGB formant un régime matrimonial optionnel.

<sup>21</sup> Cf. par ex. l'arrêt du *Bundesfinanzhof* du 7 août 2000 – GrS 2/99, BS:BI II 2000, 632, sous C.II.2.

l'adjectif *immateriell* à deux seuls endroits, les articles 253 et 630g (voir B. et C.II.3.b ci-dessous).

Si l'on parle tout de même d'objets immatériels en droit privé, c'est d'abord pour les opposer aux objets corporels qui, comme nous l'avons vu, occupent une position centrale en droit des biens. Sont ainsi désignés comme immatériels les phénomènes intangibles, ce qui engloberait certains objets du monde physique dépourvus de substance, comme l'électricité et les ondes, de même que la psyché humaine. Il s'agit là d'une première compréhension possible de la notion d'immatériel.

Malgré son caractère purement juridique, le *droit* de propriété, en étant identifié avec son objet (voir I. ci-dessus), est parfois considéré comme un bien corporel (première acception du mot bien), (voir B. ci-dessous). Il en va de même des droits réels autres que la propriété, qu'on peut considérer comme un extrait ou un « démembrement » (*Abspaltung*<sup>22</sup>) du droit de propriété (*beschränkte dingliche Rechte*, droits réels démembrés, littéralement « droits réels limités »).

Suivant une *deuxième* compréhension, sont immatériels les phénomènes qui ne relèvent pas du monde sensible (physique). L'électricité ne serait pas immatérielle, contrairement au compte bancaire, constitué de monnaie scripturale, à une position économique dominante ou encore à une invention de l'esprit. De cette manière, le concept du « préjudice purement pécuniaire » (*reiner Vermögensschaden*<sup>23</sup>) du droit allemand de la responsabilité civile pourrait être considéré comme une sorte de dommage « immatériel ». Un dommage ainsi limité à des effets non corporels n'est pas remboursable lorsqu'il ne résulte pas d'une atteinte préalable à un droit absolu (art. 823 al. 1 du BGB<sup>24</sup>, art. 1 al. 1 de la loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux – *Produkthaftungsgesetz*), de la violation d'une loi protectrice des intérêts d'autrui (art. 823 al. 2 du BGB) ou bien d'un comportement intentionnel et contraire aux bonnes mœurs (art. 826 du BGB).

Une *troisième* compréhension de l'immatériel reflèterait une approche économique ou comptable : on ne désignerait comme immatérielles que les composantes non corporelles du patrimoine qui ne sont ni des créances (y compris les produits financiers) ni des participations (et ni des droits réels démembrés<sup>25</sup>). La directive européenne comptable n° 2013/34/UE du 26 juin 2013 en fournit

<sup>22</sup> J. WILHELM, *Sachenrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Berlin 2010, p. 58, n° 113 : « Abspaltungen aus dem Eigentum oder aus anderen Rechten an Sachen, die ihrerseits beschränkte dingliche Rechte sind ».

<sup>23</sup> Cf. le concept de *pure economic loss* en Common Law.

<sup>24</sup> Mon idée d'interpréter ainsi l'immatériel est inspirée par St. FRANÇO, *L'influence du droit européen sur la réparation du dommage*, <<https://www.courdecassation.fr/article8066.html>>, sous I.1.b) ii), page consultée le 30 mars 2015. D'après l'auteur, la notion de « dommages immatériels » dans l'article 9 al. 2 de la directive européenne n° 85/374/CEE du 25 juill. 1985 (« relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux ») « se prête à des interprétations diverses : s'agit-il uniquement du préjudice économique et financier pur ou faut-il y inclure le dommage moral consécutif au dommage corporel ? ».

<sup>25</sup> Voir ci-après C.I.2. a).

<sup>26</sup> En droit comptable, les droits réels démembrés sont assimilés au droit de propriété. Cf. art. 12, al. 4 de la directive européenne comptable n° 2013/34/UE (remplaçant la directive comptable n° 78/660/CEE du 25 juill. 1978) : « Au poste "Terrains et constructions" figurent les droits immobiliers et autres droits assimilés tels qu'ils sont définis dans le droit national ».

une illustration : Selon son annexe III. C.I., l'actif du bilan contient un poste « Immobilisations incorporelles » (*Immaterielle Anlagewerte* dans la version de langue allemande de la directive). Ce poste inclut (sous C.I.2) des « concessions » (de droit public), des « brevets, licences, marques de commerce » (faisant partie de la propriété intellectuelle, voir plus bas C.I.1) ainsi que droits et valeurs similaires (mes italiennes), c'est-à-dire des valeurs économiques qui n'ont pas le caractère de droits subjectifs, par ex. les noms de domaines d'internet.

Un quatrième sens possible réserve enfin la notion d'immatériel à des éléments sans valeur pécuniaire, à savoir les sentiments et certains aspects de la personnalité. Tel est l'usage du terme dans l'article 9 de la directive européenne n° 85/374/CEE du 25 juillet 1985 « relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux », qui précise que cette directive : « ne porte pas préjudice aux dispositions nationales relatives aux dommages immatériels »<sup>27</sup>. En droit français, on parlerait peut-être plutôt de dommage moral dans ce cas.

Ces questions d'ordre terminologique ayant été clarifiées, le reste de mon exposé sera consacré à l'étude du droit allemand. Je montrerai d'abord que l'immatériel, en général, est largement appréhendé par le droit allemand sans faire l'objet d'un traitement particulier, à certaines exceptions près (ci-dessous B.). J'examinerai ensuite de manière plus détaillée les régimes juridiques qui concernent les biens immatériels, tout en me limitant à la troisième compréhension de l'immatériel établie plus haut (ci-dessous C.).

## B. L'ENCADREMENT DE L'IMMATÉRIEL EN GÉNÉRAL PAR LE DROIT ALLEMAND

Comme probablement dans tous les ordres juridiques du monde, les règles du droit allemand visent une situation humaine réelle (factuelle ou juridique), afin de lui attribuer des conséquences juridiques. Puisque la réalité humaine va bien au-delà du monde tangible ou physique, il en va de même, évidemment, des situations visées par le droit allemand. Une grande variété de phénomènes pouvant être qualifiés d'immatériels sont ainsi saisis par le droit.

En tant que composante d'un ensemble de conditions nécessaires à l'application de la loi ou, en d'autres termes, en tant qu'*objet des règles juridiques*, l'immatériel, compris au sens large d'absence de caractère tangible ou physique, ne reçoit *en principe* aucun traitement particulier en droit allemand.

Néanmoins, cette observation très générale compte certaines exceptions. En voici trois exemples dignes de mention, qui relèvent du droit privé :

– Le droit allemand de la responsabilité civile est marqué par le principe de la réparation intégrale, en nature ou en argent, du dommage subi (*Ausgleichsprinzip*, les art. 249 et ss. du BGB). Dans les cas où le rétablissement en nature

<sup>27</sup> Cf., relativement aux incertitudes quant à l'interprétation de l'article 9 de la directive 85/374/CEE, St. FRANCO, *op. cit.*

(*Naturalrestitution*) n'est pas possible (ou n'est possible qu'au prix de dépenses hors de proportion), la victime a droit à une « indemnisation » (*Entschädigung*, art. 251 du BGB). Celle-ci a pour vocation de réparer la perte que le patrimoine de la victime a subi en raison de l'acte générateur de la responsabilité, ce qui distingue la *Entschädigung* de la *Naturalrestitution* en argent, qui est calculée sur la base de la somme nécessaire pour le rétablissement en nature (art. 249 al. 2, 250 du BGB). Quant au dommage moral et dans la mesure où celui-ci ne peut pas être réparé en nature, l'art. 253 du BGB prévoit une indemnisation équitable (*billige Entschädigung*)<sup>28</sup>. Toutefois, la victime n'a droit à une indemnisation du dommage moral que s'il est la conséquence d'une atteinte au corps, à la santé, à la liberté personnelle, à l'autonomie sexuelle (l'art. 253 al. 2 du BGB<sup>29</sup>) ou au droit de la personnalité<sup>30</sup>, ainsi que dans tous les autres cas où une loi spéciale le prévoit de façon expresse<sup>31</sup>. Hormis ces hypothèses, le dommage moral ne peut faire l'objet d'aucune indemnisation. Par exemple, l'acheteur d'un manteau de fourrure défectueux qui a remis le manteau au vendeur pour qu'il le répare ne peut pas demander à ce dernier, dans le cadre de son action en dommages-intérêts, la compensation pécuniaire du dommage moral découlant du fait qu'il n'a pas pu utiliser son manteau pendant le temps nécessaire à la réparation<sup>32</sup>.

Une deuxième exception concerne les règles d'évaluation du patrimoine, dans la mesure où l'immatériel est partie constituante de l'actif, et en particulier les règles de comptabilité commerciale et fiscale. Selon l'article 248 alinéa 2 du HGB, qui porte sur les éléments d'actif « immatériels » (sur cette notion, voir A.II. ci-dessus) créés par l'entreprise elle-même, l'entreprise a le choix de ne pas les inscrire à l'actif du bilan. C'est une exception au principe de l'intégralité du bilan (*Vollständigkeitsgrundsatz*). Relativement aux marques de commerce, aux titres de publications, aux droits d'édition ou encore aux listes de clients créés par l'entreprise et à d'autres éléments d'actif comparables aux précédents, il existe même une interdiction d'activation. En ce qui concerne le bilan fiscal, l'article 5 alinéa 2 de la « loi relative à l'impôt sur le revenu » (*Einkommensteuergesetz – EStG*) prévoit une interdiction totale de l'activation des actifs « immatériels » lorsqu'ils n'ont pas été acquis à titre onéreux. La réticence du législateur allemand à permettre la prise en compte d'éléments d'actif immatériels, profitant de l'option offerte aux États membres par la directive européenne 2013/34 (annexe III, C.I.2) précitée, s'explique par la difficulté d'attribuer à ce type d'actif une valeur autre que sa valeur marchande.

<sup>28</sup> Cf. le titre officiel de l'article 253 du BGB « *Immaterieller Schaden* », qui se traduit littéralement par « dommage immatériel ».

<sup>29</sup> Voir aussi la prescription prolongée de l'article 197 al. 1 n° 1 du BGB.

<sup>30</sup> Cf. par ex. l'arrêt du *Bundesgerichtshof* – BGH – du 15 nov. 1994 – VI ZR 56/94, BGHZ 128, 1, « Caroline de Monaco », n°s 84 et s. (juris). Pour plus de détails au sujet du droit de la personnalité voir ci-dessous C.I.2.a.

<sup>31</sup> Cf. par ex. l'art. 15 al. 2 de la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* – « loi générale du traitement non-discriminatoire » ; l'art. 97 al. 2 de la « loi sur le droit d'auteur », voir C.I.1 *infra*.

<sup>32</sup> Par ex. BGH, arrêt du 12 févr. 1975, VIII ZR 131/73, BGHZ 63, 393.

Une troisième exception concerne l'immatériel en tant qu'objet d'un droit subjectif autonome, c'est-à-dire les *biens immatériels* au sens large. En Allemagne, les *droits* portant sur des objets immatériels obéissent à d'autres règles que les droits portant sur des objets corporels – à savoir la propriété et les droits réels démembrés – auxquels s'appliquent les dispositions du Livre 3 du BGB (*Sachenrecht*, voir A.I. ci-dessus), surtout en ce qui concerne la naissance, le transfert, l'extinction, ou la mise en gage, mais aussi, dans une moindre mesure, en ce qui concerne l'exploitation et la protection du droit.

Avec quelques exceptions (par ex. : le corps humain, l'espace, peut-être aussi les molécules des eaux courantes), le Livre 3 s'applique à *tous* les objets corporels et, hormis les dispositions du « droit de gage sur les droits » (*Pfandrecht an Rechten*, art. 1273 et ss. du BGB, voir C.II.5. ci-dessous), elles se *limitent* aux objets corporels et – par analogie<sup>33</sup> – aux droits matérialisés par une titrisation (titres au porteur). En particulier, la notion juridique de « propriété » (*Eigentum*<sup>34</sup>) se limite aux objets corporels, car elle se réfère exclusivement aux *Sachen* (« choses », voir A.I. ci-dessus).<sup>35</sup>

Quelles sont les raisons de cette différenciation ? Plusieurs explications sont possibles : la perceptibilité du corporel, son étendue limitée dans l'espace<sup>36</sup>, la possibilité de le maîtriser et, par conséquent, l'exclusivité de son usage, tandis que, contrairement aux biens corporels dont l'objet a une existence pré-juridique, les biens immatériels sont une pure création du droit. Du moins leur existence pré-juridique, si par exemple, l'on voulait décrire ainsi la prestation intellectuelle, dans le cas de la propriété intellectuelle (voir ci-dessous C.I.1.), serait moins évidente à établir. Ainsi, la question de savoir comment et sur quel fondement les biens immatériels doivent être attribués à leurs titulaires par la reconnaissance de certains droits de domination ne se pose pas de la même manière.

En terminant, le reproche voulant que le droit allemand, en ce qui concerne la « nécessité » d'attribuer des objets, ait tort de ne pas reconnaître comme des biens l'ensemble des objets immatériels ayant une certaine valeur économique<sup>37</sup> ne paraît pas justifié. En effet, cette argumentation est quelque peu circulaire. Pour pouvoir attribuer un objet immatériel à un titulaire (ou à un *ayant droit* !), il faut que cet objet ait le caractère d'un droit. S'il n'existe pas de droit (par ex. à la clientèle), il n'est pas nécessaire et il n'est même pas possible de l'attribuer au sens du droit des biens.

<sup>33</sup> Voir par ex. BGH, arrêt du 14 mai 2013 – XI ZR 160/12, WM 2013, 1264, n° 17 (juris) ; voir aussi C.II.3.a *infra*.

<sup>34</sup> Cf. l'intitulé homonyme de la troisième section du Livre « *Sachenrecht* », les art. 903 et ss. du BGB.

<sup>35</sup> Cf. pour la genèse de cette approche législative Th. RUFNER, *Savigny und der Sachbegriff des BGB*, dans : S. LEIBL, M. LEHMANN et H. ZECH (dir.), *Unkörperliche Güter im Zivilrecht*, Tübingen 2011, p. 33 et ss.

<sup>36</sup> P. BYDLINSKI, *Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig ?*, AcP 198 (1998), 288, 303 et s., avec d'autres références.

<sup>37</sup> M. LEHMANN, *Finanzinstrumente: vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände*, Tübingen 2009, p. 520, 220 f. et s. : D'après l'auteur, la nécessité (« *Aufgabe* ») d'attribuer des objets – droits et non-droits – ne se pose pas seulement par rapport aux objets corporels, mais aussi par rapport aux objets incorporels, dont la valeur économique dépasse celle des objets corporels depuis fort longtemps.

## C. LES BIENS IMMATÉRIELS EN DROIT ALLEMAND

Les *biens immatériels*, c'est à dire l'immatériel en tant qu'objet d'un droit subjectif, forment un vaste sujet dont le traitement est complexe en droit allemand, même si je me contente ici d'aborder la troisième compréhension de l'immatériel établie plus haut (A.II), en mettant l'accent sur la « propriété intellectuelle ». Considérant le cadre limité du présent rapport, je ne ferai qu'esquisser d'abord les types de biens immatériels reconnus en Allemagne (I), avant d'aborder ensuite leur régime juridique (II).

### I. Les types de biens immatériels

Quels sont, en droit allemand, les droits subjectifs autres que les droits réels (propriété et droits réels démembrés), les créances et les participations ? Nous verrons qu'il en existe une variété considérable.

#### 1. LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

D'abord il y a des droits de caractère plus ou moins complet qui ont pour vocation de protéger le résultat d'une prestation intellectuelle (créative ou similaire) et dont la structure et le fonctionnement se rapprochent dans une certaine mesure de ceux de la propriété d'un objet corporel. Ceux-ci ne sont pas régis par le BGB ni par le HGB, mais par des lois spéciales, dont notamment les suivantes :

– la « loi sur les droits d'auteur et des droits similaires » (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*, ci-après *UrhG*) ;

Les « droits similaires » évoqués dans le titre de la loi incluent, parmi d'autres, des droits exclusifs des auteurs de bases de données.

– la « loi sur le droit d'édition » (*Gesetz über das Verlagsrecht*) ;

– la « loi sur la protection des marques de commerce et autres indications » (*Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz – MarkenG)*) ;

– la « loi sur les brevets » (*Patentgesetz – PatentG*) ;

– la « loi sur la protection légale du dessin ou modèle » (*Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design (Designgesetz – DesignG)*) ;

– la « loi sur les certificats d'utilité » (*Gebrauchsmustergesetz (GebrMG)*) ;

– la « loi sur la protection des obtentions végétales » (*Sortenschutzgesetz*) ;

– la « loi sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs microélectroniques » (*Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen (Halbleiterschutzgesetz – HalblSchG)*).

Conformément à la terminologie internationale, les juristes allemands désignent de plus en plus souvent les droits attribués et protégés par les lois précitées en employant l'expression *geistiges Eigentum* (« propriété intellectuelle »), malgré le fait que ces droits ne tombent pas dans le champ d'application de la propriété

proprement dite (au sens du droit allemand) et qu'ils ne sont pas non plus soumis dans leur ensemble à un régime *unitaire* comparable à celui de la propriété.<sup>35</sup> L'emploi de cette notion risque même de provoquer un malentendu en raison du fait qu'en droit allemand – du moins d'après la jurisprudence et la doctrine dominante – le rapprochement avec la propriété corporelle ne va pas aussi loin que de conférer à la prestation intellectuelle et à l'emprise qu'exerce son auteur sur celle-ci une existence « pré-juridique » comparable à l'existence et à la domination d'un objet corporel, au point d'amener naturellement l'ordre juridique à reconnaître une « propriété intellectuelle » à son égard. En fait, c'est le principe inverse du *numerus clausus* qui s'applique ici : en dehors de ceux qui sont régis par les lois spéciales, il n'existe pas de droits basés sur une prestation intellectuelle.

Pour désigner les droits émanant de ces lois spéciales, les auteurs les plus pointilleux préfèrent donc la notion de *Immaterialgüterrechte*, qu'il est possible de traduire littéralement par « droits sur les biens immatériels » ou, faisant usage de la notion de « bien » telle que nous l'avons définie précédemment, par « biens immatériels ». Comme cette dernière expression peut prêter à confusion, vu notre compréhension plus large de l'immatériel (voir plus haut sous C., avant I) nous employons de préférence « propriété intellectuelle ».

À la différence du droit d'auteur (*Urheberrecht*) qui trouve sa justification dans le droit de la personnalité au premier chef (ci-après sous 2.a) et qui ressemble à la « propriété littéraire et artistique » du droit français, les autres droits de propriété intellectuelle ne protègent leurs titulaires que des activités à caractère commercial. On les appelle ainsi « droits (intellectuels) commerciaux » (*gewerbliche Schutzrechte*), notion qui semble, de par sa fonction, correspondre à celle de « propriété industrielle » en France. Aussi bien d'un point de vue juridique qu'économique, ces droits ressemblent encore davantage à la propriété corporelle que le droit d'auteur, de par leur caractère commercial et en raison de leur libre cessibilité, bien que le droit d'auteur a connu une commercialisation accrue avec le développement des différents droits à l'utilisation que l'auteur est en mesure de conférer à des tiers (*Nutzungsrechte*, voir notamment les art. 31 et ss. de la UrhG).

## 2. LES AUTRES BIENS IMMATÉRIELS

De par leur structure et leur fonctionnement, les autres biens immatériels sont encore plus éloignés de la propriété d'un objet corporel, bien que certains d'entre eux puissent faire l'objet d'une cession, et qu'ils protègent leurs titulaires tantôt au moyen d'une action en prévention (*Unterlassungsanspruch*), tantôt au moyen d'une action en cessation (*Beseitigungsanspruch*). Le titulaire peut disposer également d'une action en dommages-intérêts (*Schadensersatzanspruch*) ; il peut s'agir d'un recours autonome ou qui s'ajoute aux recours précédents. Il importe de distinguer ces droits selon qu'ils ont ou non un caractère cessible.

<sup>35</sup> Cf. l'ouvrage de H.-J. AHRENS et M.-R. MCGUIRE, *Modellgesetz für Geistiges Eigentum: Normtext und Begründung*, Munich 2012, pour une proposition universitaire de loi unique sur la « propriété intellectuelle ».

## a) Droits non cessibles

Le droit de la personnalité (*Persönlichkeitsrecht*) qui trouve son fondement constitutionnel dans la dignité humaine et le « droit à la liberté générale d'action » (*allgemeine Handlungsfreiheit*, fondé sur les art. 1<sup>er</sup> et 2 de la *Grundgesetz* – « loi fondamentale ») constitue l'un des exemples les plus importants de droits immatériels non cessibles. Les éléments personnels non cessibles imprègnent non seulement plusieurs aspects de la propriété intellectuelle (ci-dessus sous 1.), notamment le droit moral de l'auteur (*Urheberpersönlichkeitsrecht*, art. 12 et ss. de la UrhG) et le droit moral de l'inventeur sur son invention (*Erfinderpersönlichkeitsrecht*<sup>39</sup>) ; ils se retrouvent également en dehors de ce domaine, par exemple dans le « droit au nom » (*Namensrecht*), protégé explicitement par l'article 12 du BGB (donnant une action en cessation et prévention), dans le « droit au nom commercial » (*Firmenrecht*, cf. les art. 17 et ss. ainsi que 37 du HGB), dans le droit à l'image (*Recht am eigenen Bild*, cf. les art. 22 et ss. de la « loi sur le droit d'auteur sur les ouvrages des beaux-arts et de la photographie », *Kunsturhebergesetz* – KUG), dans le « droit à l'autodétermination informationnelle » (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*<sup>40</sup>) et surtout dans la règle générale de l'article 823 alinéa 1 du BGB.

Cette dernière disposition, qui constitue (avec l'art. 823 al. 2 et l'art. 826 du BGB) l'une des clefs de voûte de la responsabilité délictuelle (pour faute) de droit commun<sup>41</sup>, énonce ce qui suit : « Quiconque, intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illicitement à la vie, au corps, à la liberté, à la propriété, ou à tout autre *droit d'autrui*, est tenu à l'égard de celui-ci à réparer le préjudice qui en résulte »<sup>42</sup>. À la différence du droit délictuel français où les articles 1382 et s. du Code civil sanctionnent toute faute ayant causé un dommage, l'article 823 alinéa 1 du BGB suppose la violation d'un droit opposable à toute personne, soit un droit *absolu*.<sup>43</sup> Les droits « au nom » et « au nom commercial » ainsi que le droit à l'image représentent de tels droits absolus. De plus, depuis longtemps, la jurisprudence reconnaît un droit général de la personnalité (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), droit absolu protégé par l'article 823 alinéa 1 du BGB<sup>44</sup>. Grâce à ce droit, Caroline de Monaco et d'autres membres de sa famille ont plusieurs fois réussi à se protéger de la « presse people » allemande.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> Cf. l'art. 37 de la PatentG et la décision de la Cour fédérale des brevets (*Bundespatentgericht*) du 12 nov. 1986, 2 Ni 30/85, GRUR 1987, 234.

<sup>40</sup> Cf. les différents recours de droit civil – par ex. la demande d'accès aux renseignements personnels, la demande de correction ou de suppression ou bien l'action en dommages-intérêts prévues par la « loi fédérale sur la protection des données à caractère personnel », *Bundesdatenschutzgesetz* ; voir aussi l'art. 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (« Protection des données à caractère personnel »).

<sup>41</sup> Cf. pour plus de détails par ex. C. T. EBENROTH, *Les principes fondamentaux de la responsabilité non-contractuelle en droit français et en droit allemand*, Gaz. Pal. du 2 au 4 janv. 1994, p. 5 à 9.

<sup>42</sup> Traduction réalisée par G. LARDEUX et al., *op. cit.*, p. 304 (mes italiques).

<sup>43</sup> Voir par ex. G. WAGNER, dans : *Münchener Kommentar zum BGB*, 6<sup>e</sup> éd. 2013, § 823, note 205.

<sup>44</sup> Cf. par ex. l'arrêt de la BGH en date du 5 oct. 2006, I ZR 277/03, BGHZ 169, 193, « klaus-kinski.de », n<sup>os</sup> 9 et ss. (juris).

<sup>45</sup> Cf. par ex. BGH, arrêt du 5 déc. 1995 – VI ZR 332/94, NJW 1996, 984.

## b) Droits cessibles

La plupart des autres biens immatériels *cessibles* proviennent du droit public, sous la forme de *concessions* (autorisations – bien que le cas d'une concession cessible soit plutôt l'exception. Les quotas d'émissions de CO<sub>2</sub> réglés par la loi « sur le commerce des quotas d'émission des gaz à effet de serre » (*Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen* – TEHG) en représentent un exemple évocateur. Les droits de nature défensive qu'ils confèrent à leurs titulaires n'opèrent pas à l'encontre d'autres personnes privées, mais vis-à-vis de l'État, qui est tenu de tolérer l'émission du CO<sub>2</sub> quand elle est couverte par un quota. Malgré leurs effets qui relèvent du droit public, le législateur a conféré à ces concessions le caractère de biens au sens du droit privé, en organisant expressément leur transfert (art. 7 al. 3 et art. 17 de la TEHG).

## 3. LES VALEURS IMMATÉRIELLES NE CONSTITUANT PAS DES DROITS

Il reste de nombreux objets qui, bien que possédant une valeur économique et pouvant parfois même être activés (en tant que « positions ») au bilan commercial ou fiscal, ne sont pas reconnus comme des *droits* autonomes en droit allemand. Cela n'exclut pas leur cession, mais oblige les parties à réaliser celle-ci avec les seuls moyens du droit des obligations, le plus souvent sans pouvoir assurer l'effet *erga omnes* du transfert.<sup>45</sup>

Voici quelques exemples :

- des idées ou inventions ne satisfaisant pas aux critères de nouveauté et d'inventivité permettant d'obtenir l'inscription d'un brevet ou d'un certificat d'utilité
- des secrets d'affaires ou le savoir-faire, dans la mesure où ils ne sont pas protégés par des droits de propriété industrielle
- le carnet de commandes et la clientèle
- la possibilité d'enregistrer des événements sportifs<sup>47</sup>

En droit allemand, la protection des organisateurs d'événements sportifs<sup>48</sup> est assurée sommairement par le « droit d'accès aux locaux » (*Hausrecht*) de l'organisateur (notamment en tant que propriétaire ou locataire des locaux) et par l'interdiction de la concurrence déloyale. Le *Hausrecht* est opposable aux personnes que l'organisateur a laissé entrer, afin qu'ils puissent assister au spectacle, sur la base d'un contrat d'accès stipulant une interdiction

<sup>45</sup> Pour une étude plus approfondie cf. M. BERBERICH, *Virtuelles Eigentum – Der Dualismus von Rechten am Werk und am Werkstück in der digitalen Welt*, dans : H. Große Rusekhan et al. (dir.), *Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts: Aktuelle Probleme des Web 2.0*, Heidelberg 2010, p. 165, 189 à 196, paragraphe 4.5 (« Virtuelles Eigentum als Konstruktion relativer Forderungen »).

<sup>47</sup> Cf. « les droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives » des « fédérations sportives » selon l'article L. 333-1 du Code du sport français.

<sup>48</sup> Pour les événements artistiques cf. l'art. 77 de la UrhG.

d'enregistrement. En revanche, il est sans effet quant aux tiers qui exploitent les enregistrements illicites obtenus pendant le spectacle<sup>49</sup>

– les noms de domaine d'internet

D'après la jurisprudence de la Cour fédérale, le *Bundesgerichtshof*, aucun droit absolu à l'enregistrement d'un nom de domaine déterminé n'existe dans l'ordre juridique allemand.<sup>50</sup> Cela n'exclut pas qu'un domaine déjà acquis sur la base de contrats bilatéraux puisse faire partie du patrimoine protégé par le droit fondamental à la propriété (art. 14 du *Grundgesetz*), comme l'a décidé la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*).<sup>51</sup> Encouragée par la décision de la Cour constitutionnelle, la Cour d'appel de Cologne, dans un arrêt de 2006<sup>52</sup>, a décidé que le nom de domaine en tant que tel n'est pas l'objet d'un droit absolu au sens de l'article 823 alinéa 1 du BGB. En revanche, selon la Cour d'appel, le droit (contractuel) du détenteur à l'encontre de l'organisme d'attribution du nom de domaine, à l'usage de celui-ci, confère un droit absolu déployant des effets opposables aux tiers. Par conséquent, la Cour d'appel a donné suite à la demande du détenteur de condamner un tiers qui, à tort, avait fait publier au registre allemand des domaines (DENIC) une opposition (*Dispute*) au droit du détenteur d'utiliser le nom de domaine qui lui avait été attribué, ce qui avait eu pour effet d'empêcher le détenteur d'aliéner son nom de domaine, à faire effacer cette opposition. La situation du détenteur du nom de domaine était, aux dires de la Cour d'appel, comparable à celle du possesseur légitime d'un objet corporel, dont le droit (contractuel) à la possession (*Besitzrecht*), jouit d'une protection juridique envers des tiers. En effet, la jurisprudence et la doctrine allemandes reconnaissent une protection délictuelle du possesseur légitime (*berechtigter Besitzer*) sur le fondement de l'article 823 alinéa 1 du BGB.<sup>53</sup> Quant à la protection du détenteur d'un nom de domaine d'internet, une partie de la doctrine a applaudi la Cour d'appel,<sup>54</sup> mais le bien-fondé de cette opinion n'est pas évident. L'exclusivité de l'usage d'un nom de domaine est garantie par la seule technique : la protection juridique à l'encontre des tiers du droit du détenteur d'un nom de domaine n'apparaît donc pas nécessaire en ce qui concerne sa *détention*. Quant à la *cessibilité* du nom de domaine, qui avait été entravée par l'opposition du tiers dans l'affaire précitée, il n'y a justement pas d'analogie possible avec la protection délictuelle de la possession légitime d'un objet corporel. Rappelons que celui

<sup>49</sup> H.-J. AHRENS et M.-R. MCGUIRE, *op. cit.*, Buch 1, § 11, sous I., *Generelle Begründung*, p. 53 et s.

<sup>50</sup> BGH, arrêt du 22 nov. 2001, I ZR 138/99, BGHZ 149, 191, « shell.de », nos 51 et s. (juris).

<sup>51</sup> BVerfG, décision du 24 nov. 2004, I BvR 1306/02, NJW 2005, 589, n° 9 (juris) ; cf. aussi la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme du 18 sept. 2007, Paefigen GmbH c. Allemagne, au sujet de l'art. 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1.

<sup>52</sup> Oberlandesgericht Köln, arrêt du 17 mars 2006, 6 U 163/05, MMR 2006, 469, nos 11 et s. (juris).

<sup>53</sup> Cf. par ex. l'arrêt de la BGH en date du 4 nov. 1997, VI ZR 348/96, BGHZ 137, 89, n° 26 (juris) où la Cour a reconnu le droit du possesseur des machines de construction de demander des dommages-intérêts à des manifestants qui, par leur agissements illicites, l'ont empêché d'utiliser ces machines ; G. WAGNER, dans : *Münchener Kommentar zum BGB, op. cit.*, § 823, note 220.

<sup>54</sup> Par ex. K.-H. FEZER, *Markenrecht*, 4<sup>e</sup> éd. 2009, Einleitung G, Domainrecht, n° 14 et s. : Le nom du domaine serait « un droit sui generis ».

qui souhaiterait faire valoir un droit *au* nom de domaine contre son détenteur illégitime pourrait, le cas échéant, invoquer le droit « au nom » ou le droit relatif aux marques de commerce à sa disposition. Il n'apparaît pas nécessaire de lui conférer une protection juridique additionnelle ;

- un ensemble de biens (corporels et/ou incorporels) en tant que tel (cf. l'art. 1085 du BGB<sup>55</sup>)

Le fait que les ensembles de biens ne soient pas reconnus comme des biens est une conséquence des principes de la spécialité (*Spezialitätsprinzip*) et de la précision (*Bestimmtheitsprinzip*) qui dominent le droit des biens allemand.<sup>56</sup> Il s'agit d'une différence notable avec le droit français où, notamment, l'ensemble des biens d'une entreprise (le « fonds de commerce ») est reconnu comme un bien distinct des éléments qui le composent.<sup>57</sup>

## II. Le régime juridique de la propriété intellectuelle, comparé avec celui de la propriété corporelle

À quel régime juridique les biens immatériels sont-ils soumis ? Tout d'abord, il convient de rappeler qu'il n'y pas de régime à la fois spécifique et commun à tous les droits portant sur des objets immatériels ; jusqu'à ce jour, il n'existe même pas de régime unifié de la « propriété intellectuelle » en droit allemand. En matière de propriété intellectuelle, ce sont plutôt les lois spéciales précitées qui sont applicables en premier lieu. Habituellement, ces lois règlent en détail la naissance, la contestation et la protection de ces droits, tandis que leur transfert est régi par le droit commun des créances et des autres droits (relatifs ou absolus), ainsi que le détermine le Livre 2 du BGB intitulé *Recht der Schuldverhältnisse* (« droit des rapport d'obligations ») dans ses articles 398 à 413. Le champ d'application des articles 398 et ss. s'étend, en principe, à tous les droits (art. 313 du BGB<sup>58</sup>) dès lors qu'ils sont cessibles par nature (cf. l'art. 399 du BGB ; voir aussi C.I.2.a ci-dessus).

Une partie de moins en moins négligeable des dispositions légales sur la « propriété intellectuelle » proviennent des directives de l'Union européenne (UE)<sup>59</sup> et devraient donc exister également dans les autres pays membres, sans compter les droits *d'origine* communautaire comme la marque communautaire, le dessin ou modèle communautaire, la protection communautaire des obtentions végétales, et bientôt probablement le brevet unitaire. Ajoutons en passant que la Charte des droits

<sup>55</sup> Art. 1085, première phrase du BGB : « L'usufruit ne peut être établi sur le patrimoine d'une personne qu'en ce sens que l'usufruitier a l'usufruit de chacun des objets composant le patrimoine... ». Traduction par C. BUENOIR et al., *op. cit.*, tome 2.

<sup>56</sup> Cf. la critique de M. LEHMANN, *op. cit.*, p. 193 à 195 avec d'autres références.

<sup>57</sup> Voir par ex. l'art. L125-7 du Code de commerce français : « Le propriétaire d'un fonds de commerce... ».

<sup>58</sup> Cf. l'art. 413 du BGB : « Les dispositions relatives au transfert des créances sont applicables par analogie au transfert des autres droits, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement » (traduction par G. LARDEUX et al., *op. cit.*, p. 139).

<sup>59</sup> Voir par ex. les directives 87/54/CEE, 96/6/CE, 2001/29/CE, 2004/48/CE, 2008/95/CE, et 2009/24/CE.

fondamentaux de l'UE reconnaît l'existence de la « propriété intellectuelle » (relevant du droit national ainsi que du droit européen) en l'incluant explicitement dans sa protection du droit de propriété (art. 17 al. 2 de la Charte).

Dans les pages qui suivent, je tenterai de mettre en lumière certains aspects du traitement juridique des biens immatériels en me limitant à ceux qui sont visés par la notion de « propriété intellectuelle ». Je les comparerai entre eux et avec la propriété d'un objet corporel (meuble ou immeuble), en m'attardant surtout au contenu du droit et à sa protection, à la manière dont il est attribué à son titulaire<sup>60</sup> à travers l'acquisition originaire ou dérivée du droit, à la perte du droit, à sa mise en gage et, enfin, à la copropriété du droit (ci-dessous sous 1. à 6.).

Un mot avant de débiter, concernant l'application du droit pénal : toutes les lois spéciales de la propriété intellectuelle précitées contiennent des infractions punissables d'emprisonnement ou d'une peine de jours-amende, ce qui témoigne du fait que les infractions traditionnelles visant les atteintes à la propriété corporelle, notamment le vol (*Diebstahl*, l'art. 242 du Code pénal allemand, *Strafgesetzbuch*), ne parviennent pas, en général<sup>61</sup>, à bien saisir l'immatériel.

### 1. LE CONTENU DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Comme d'autres droits absolus, notamment le droit de propriété, les droits de propriété intellectuelle se caractérisent par l'usage exclusif qu'ils confèrent à leurs titulaires. Le plus souvent, ces droits sont cessibles et susceptibles d'être mis en usufruit ou mis en gage. Tandis que l'exclusivité attribuée par le droit de propriété concerne l'usage d'un objet corporel, celle des droits de propriété intellectuelle se réfère à l'usage de prestations intellectuelles.

Dans le domaine de la propriété *corporelle*, l'exclusivité est assurée par :

- l'action en revendication contre le possesseur non légitime de la chose corporelle (*rei vindicatio*, *Herausgabeanspruch*, art. 985 du BGB) ;
- l'action en prévention (*Unterlassungsanspruch*) et en cessation (*Beseitigungsanspruch*) contre ceux qui portent atteinte à l'usage autrement que par une privation de la possession, que ce soit de manière fautive ou non fautive (art. 1004 du BGB) ;
- l'action en dommages-intérêts (*Schadensersatzanspruch*) en cas d'atteinte (fautive et parfois même non fautive<sup>62</sup>) à la substance, ou (à certains conditions) à l'usage de la chose, ainsi qu'au statut de propriétaire (voir l'art. 823 al. 1 du BGB, ci-dessus C.I.2.a ; voir aussi l'art. 823 al. 2 du BGB en lien notamment avec les infractions pénales protégeant la propriété corporelle) ;
- l'action en « restitution pour empiètement » (*Eingriffskondition*) de l'article 812 alinéa 1 première phrase du BGB dans sa deuxième variante ;
- le pouvoir de transférer le droit à des tiers avec un effet réel (*erga omnes*).

<sup>60</sup> Cf. V. JANICH, *op. cit.*, Teil 2, « Sacheigentum contra geistiges Eigentum », p. 185 à 352.

<sup>61</sup> Cf., à titre d'exception, mais pas dans le domaine de la propriété intellectuelle, l'art. 248c (« *Entziehung elektrischer Energie* ») du *Strafgesetzbuch* qui sanctionne le vol d'énergie électrique.

<sup>62</sup> Cf. art. 1<sup>er</sup> de la loi sur la responsabilité [du fabricant] du fait des produits défectueux (*Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte*).

La protection des droits de propriété *intellectuelle* fonctionne essentiellement, avec quelques modalités particulières et à l'exception de la revendication, de façon analogue. Les actions en prévention et en cessation, ainsi que l'action en dommages-intérêts, sont prévues par les lois spéciales précitées (art. 97 de la UrhG, 42 de la DesignG, 139 de la PatentG, 24 de la GebrMG, 14 al. 5 et 6 de la MarkenG, 37 de la Sortenschutzgesetz et 9 al. 1 de la HalblSchG). Celles-ci évincent, affinent et suppléent le droit commun<sup>63</sup> qui, en leur absence, serait d'emblée applicable – l'article 823 alinéa 1 du BGB de manière explicite et l'article 1004 alinéa 1 du BGB par analogie à la propriété d'un bien corporel.

En ce qui concerne l'action en dommages-intérêts, le droit de la propriété intellectuelle présente un particularisme relativement au dommage remboursable. En effet, la jurisprudence admet trois façons différentes de calculer le dommage, qu'elle laisse au choix du requérant<sup>64</sup> : (1.) le calcul concret des pertes subies et des gains manqués par le requérant (art. 249 et ss. du BGB), (2.) le calcul abstrait appelé « analogie à la licence » (*Lizenzanalogie*) basé sur la redevance que l'auteur du délit aurait dû payer pour obtenir la licence qui lui aurait permis d'exploiter le droit qu'il a usurpé, et (3.) la restitution des profits que l'auteur du délit a tirés en usurpant le droit, même si le titulaire n'aurait pas pu réaliser seul de tels profits. Le troisième mode d'évaluation se rapproche du résultat de l'action en restitution des art. 812 et ss. du BGB, qui peut en compléter l'application.

De plus, il convient d'évoquer les particularités prévues par la directive 2004/48/CE « relative au respect des droits de propriété intellectuelle », qui furent insérés dans la législation allemande, notamment le droit du titulaire de demander aux autorités judiciaires l'*injonction de mesures correctives*, qui incluent par exemple le rappel des marchandises portant atteinte à la propriété intellectuelle ou leur destruction (voir les art. 98 de la UrhG, 18 de la MarkenG et 140a de la PatentG) ; et les *facilités judiciaires* établies en faveur du titulaire, par exemple son droit d'exiger certaines informations du contrevenant (voir les art. 101 de la UrhG, 19 de la MarkenG et 140b de la PatentG).

L'*absence d'une action en revendication* tient au fait que, dans le domaine de l'immatériel, il n'y a pas d'équivalent à la « possession » (*Besitz*) qui suppose, en droit allemand, la « maîtrise de la chose (corporelle) » (*Sachherrschaft*)<sup>65</sup>. Quelques tentatives isolées de la doctrine de construire une notion de « possession » dans le domaine de la propriété intellectuelle n'ont pas connu de succès.<sup>66</sup> En effet, la « maîtrise de la chose » ou, plus précisément, de l'objet du droit, c'est-à-dire de la prestation intellectuelle, n'a pas la même signification que pour un objet corporel, car elle n'est pas forcément l'expression de l'exclusivité de son usage (voir B. ci-dessus).

<sup>63</sup> Voir G. WAGNER, dans : *Münchener Kommentar zum BGB*, op. cit., § 823, note 226.

<sup>64</sup> BGH, l'arrêt du 17 juin 1992, I ZR 107/90, BGHZ 119, 20, « Tchibo/Rolux II » ; voir aussi les art. 100, deuxième phrase, de la UrhG, 14 al. 6 de la MarkenG, 139 al. 2 de la PatentG.

<sup>65</sup> Voir V. JÄNICH, op. cit., p. 350.

<sup>66</sup> Voir la critique de V. JÄNICH, op. cit., p. 220 et s., avec d'autres références.

La *Bundesgerichtshof*, dans un arrêt du 6 octobre 1981<sup>67</sup>, a nommé « *Vindikationsanspruch* » (« revendication ») l'action de l'inventeur contre celui qui a déposé sans droit la demande de brevet, afin que ce dernier soit condamné à céder le droit à l'attribution du brevet ou, le cas échéant, à céder le brevet à l'inventeur (l'art. 8 de la PatentG, cf. aussi l'action similaire de l'art. 9 de la DesignG ou encore les art. L 611-8 et L 712-6 du Code français de la propriété intellectuelle). Or, cette assimilation de l'action en cessation à une action en revendication n'est guère convaincante, comme l'a établi une partie de la doctrine. En effet, l'action en cessation sert à contrer la présomption de légitimité que l'article 7 de la PatentG prévoit en faveur de celui qui dépose la demande de brevet. Le rapport entre le demandeur du brevet et l'inventeur est celui entre un titulaire qui bénéficie seulement d'une légitimité formelle et un titulaire qui bénéficie d'une légitimité matérielle ou, selon une autre théorie, entre le titulaire formel et matériel du brevet, qui a obtenu celui-ci sans droit, et la personne aux dépens de laquelle il l'a obtenu (cf. la situation décrite dans l'art. 812 al. 1 première phrase, deuxième cas du BGB). Quoi qu'il en soit, cette situation n'est pas comparable à la *rei vindicatio* qui est basée sur la distinction entre le propriétaire et le possesseur, et où ce n'est pas la propriété qui est en cause mais l'*objet* du droit.<sup>68</sup>

En revanche, à un niveau plus abstrait, un certain parallèle peut être constaté entre le possesseur légitime d'une chose et le *licencié exclusif* d'un droit de propriété intellectuelle (voir par ex. les art. 31 de la UrhG, 30 de la MarkenG, 31 de la DesignG, 15 de la PatentG, 22 de la GebrMG, 11 de la HalblSchG, 11 de la Sortenschutzgesetz). En effet, le licencié exclusif, comme le possesseur légitime, profite d'une protection *erga omnes* contre les tiers qui portent atteinte à son droit d'utilisation exclusif, que la protection de la licence soit réalisée directement dans l'hypothèse d'un droit réel propre au licencié et muni d'une opposabilité absolue ou de façon affaiblie par le biais d'une construction auxiliaire telle qu'elle est connue dans le droit des marques de commerce et dans le droit du dessin ou modèle.<sup>69</sup> Là en effet, de manière *a priori* surprenante, ce n'est pas le licencié, même exclusif, mais le concédant qui est considéré avoir le droit de réclamer l'indemnisation du dommage subi par le premier (*Drittschadensliquidation*, littéralement : « liquidation du dommage d'autrui ») ;<sup>70</sup> néanmoins, le licencié est en droit de se joindre au recours en justice que le concédant mène contre le contrevenant, du côté du premier et de l'assister dans son recours (voir art. 30 al. 4 de la MarkenG, 31 al. 4 de la DesignG).<sup>71</sup>

<sup>67</sup> N° du dossier X ZR 57/80, n° 19 (juris) ; du même avis par ex. P. Mes, PatG, GebrMG, 3<sup>e</sup> éd. 2011, § 8 de la PatG, note 1.

<sup>68</sup> Voir V. JÄNICH, op. cit., p. 301 à 303, 351, avec d'autres références.

<sup>69</sup> Cf. l'exposé de la discussion au sujet du caractère juridique des licences par H.-J. AHRENS et M.-R. MCGUIRE, op. cit., Buch 1, § 122, sous I. (« Generelle Begründung »), p. 296 et s.

<sup>70</sup> Voir l'arrêt de la BGH du 19 juill. 2007, I ZR 93/04, BGHZ 173, 269, « Windsor Estate », n° 25 à 33 (juris), par rapport au droit de la marque.

<sup>71</sup> Cf. H.-J. AHRENS et M.-R. MCGUIRE, op. cit., Buch 1, § 122 al. 2 (p. 295) qui proposent *de lege ferenda* d'étendre ces règles à tous les droits immatériels.

## 2. L'acquisition originaire

Le droit allemand distingue entre l'acquisition originaire et l'acquisition dérivée d'un droit. Lorsqu'il y a acquisition originaire, la validité du titre de l'acquéreur ne dépend pas de celle du titulaire ou du possesseur antérieur. Lorsqu'il y a acquisition dérivée (transmission), l'acquéreur reçoit le bien de l'aliénateur et n'obtient pas, en principe, un meilleur titre que lui. Nous verrons que l'acquisition dérivée vise principalement le transfert du bien entre vifs ou sa transmission à cause de mort.

Les règles d'acquisition originaire de la propriété intellectuelle se distinguent nettement de celles qui concernent l'acquisition de la propriété d'un bien corporel.

En Allemagne, l'acquisition originaire de la propriété d'un objet *corporel* se fait par les voies suivantes :

- l'appropriation (*Aneignung*) d'une chose (meuble ou immeuble) sans maître (*res nullius*) (art. 928 al. 2 du BGB concernant les immeubles et 958 du BGB concernant les meubles ; voir aussi l'art. 1 de la « loi fédérale sur la chasse » - *Bundesjagdgesetz*)

L'appropriation des biens meubles se fait par la seule acquisition de la possession avec l'âme d'un propriétaire (*Eigenbesitz*, voir l'art. 872 du BGB) ;

- la prescription acquisitive (l'usucapion, *Ersitzung*)

L'usucapion (*Ersitzung*) d'un bien *meuble* suppose la possession de bonne foi et avec l'âme d'un propriétaire pendant dix ans (art. 937 à 945 du BGB). Celle d'un bien *immeuble* suppose la possession avec l'âme d'un propriétaire pendant 30 ans, que ce soit de bonne ou même de mauvaise foi<sup>72</sup>, pourvu que le possesseur soit inscrit au Livre foncier (*Grundbuch*) comme propriétaire (l'art. 900 du BGB, intitulé *Buchersitzung*, « acquisition par voie d'usucapion »<sup>73</sup>, « prescription acquisitive foncière »). Si le possesseur d'un immeuble n'est pas inscrit au Livre foncier, il existe un recours à sa disposition qui présente des analogies avec l'usucapion. En effet, après 30 ans de possession avec une âme de propriétaire (même de mauvaise foi), le possesseur peut faire déclarer forclus le propriétaire de son droit par la voie d'une procédure de sommation publique devant le tribunal compétent (*Aufgebotsverfahren*), pourvu que le propriétaire ne fasse pas valoir son droit de propriété avant la décision d'exclusion. Ensuite, le possesseur peut se faire inscrire comme nouveau propriétaire au Livre foncier. Lorsque le propriétaire est inscrit au Livre foncier, la procédure de forclusion n'est recevable que si le propriétaire est mort ou disparu et si, depuis 30 ans, il n'a été fait au Livre foncier aucune inscription qui ait exigé son consentement (l'art. 927 al. 2<sup>74</sup>) ;

<sup>72</sup> Voir BGH, l'arrêt du 26 janv. 1994, IV ZR 19/93, NJW 1994, 1152, n° 8 (juris), sous II.

<sup>73</sup> Il s'agit de la traduction proposée par G. LARDEUX, M. PEDAMON, R. LEGEAIS et C. WITZ, *op. cit.*, p. 324. La traduction du terme *Buchersitzung* que proposaient C. BUFNOIR et al. (*op. cit.*, tome 2, art. 900, note n° 1) en 1904, alors que l'article ne portait pas encore d'intitulé officiel, était plus précis : « l'usucapion destinée à confirmer les énonciations du Livre foncier ».

<sup>74</sup> Traduction inspirée par l'ouvrage de C. BUFNOIR et al., *op. cit.*, tome 2.

- la mise en œuvre ou la transformation d'une matière ou de plusieurs matières créant une chose mobilière nouvelle (*Verarbeitung oder Umbildung*, l'art. 950 du BGB) ;
- la connexion (*Verbindung*, art. 946 et s. du BGB) d'une chose meuble avec un immeuble ou le mélange (*Vermischung*, art. 948 du BGB) de la chose avec une autre chose ;
- la trouvaille et prise de possession d'une chose meuble perdue et non réclamée dans un délai donné (*Fund*, « trouvaille », art. 973 du BGB) ainsi que la découverte d'une chose meuble cachée depuis si longtemps, qu'il n'est plus possible d'en retrouver le propriétaire (*Schatzfund*, « découverte d'un trésor », art. 984 du BGB) ;
- l'attribution par un acte administratif, notamment la vente judiciaire<sup>75</sup>.

Quant à l'acquisition originaire de la propriété *intellectuelle*, du droit d'auteur comme des droits intellectuels commerciaux, elle suppose l'accomplissement d'une prestation intellectuelle (créative ou similaire) et, quant aux droits commerciaux, presque toujours d'un acte administratif formel, accompagné de l'inscription dans un registre public.<sup>76</sup>

Les modes d'acquisition par appropriation, prescription acquisitive, « mise en œuvre » ou « transformation », « connexion », « mélange » et « trouvaille » ou « découverte d'un trésor » ne sont pas prévus dans les textes. Cela n'étonne guère, car ils ne conviennent pas au monde immatériel :

La « connexion » ainsi que le « mélange » supposent, par leur nature, la matérialité de l'objet, de même que la « mise en œuvre » et la « transformation » demandent l'existence d'une « matière » (*Stoff*).

L'appropriation, la « trouvaille », la « découverte d'un trésor » ainsi que la prescription acquisitive sont liées à la « possession » (*Besitz*), qui n'a pas d'équivalent dans le cas des objets immatériels (voir haut sous 1.). De tous les droits<sup>77</sup> seuls les droits réels immobiliers autorisant leurs titulaires à posséder un bien immeuble sont susceptibles de prescription acquisitive (*Buchersitzung*, l'art. 900 al. 2 et al. 1 du BGB, voir plus haut dans ce paragraphe), qui a comme particularité qu'elle ne se base pas sur la possession physique d'un bien corporel, mais sur l'inscription erronée du droit au Livre foncier.

<sup>75</sup> Cf. par ex. l'arrêt de la BGH du 8 nov. 2013, V ZR 155/12, NJW 2014, 636, n° 16 (juris), au sujet du caractère d'acquisition originaire de l'attribution d'un immeuble selon l'art. 90 de la « loi sur la vente judiciaire » - *Zwangsversteigerungsgesetz*.

<sup>76</sup> Par rapport aux marques de commerce, la MarkenG connaît deux exceptions où il existe donc des marques « de fait » : 1.) la marque non enregistrée acquise par le simple fait de leur reconnaissance sur le marché à la suite de l'usage du signe (*Benutzungsmarke* ou *Verkehrsgeltungsmarke*, suivant la terminologie de Fezer, *Markenrecht*, 4<sup>e</sup> éd. 2009, § 4, note 21) selon l'article 4 n° 2) ; 2.) la marque de commerce notoirement connue (*Notorietsmarke*) selon l'art. 4 n° 3 (cf. art. 6 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, révisée à Stockholm le 14 juill. 1967). Voir aussi le dessin ou modèle non enregistré, qui bénéficie d'une protection réduite et à court terme selon les articles 11 et 19 al. 2 du règlement (CE) n° 6/2002 « sur les dessins ou modèles communautaires ».

<sup>77</sup> Voir J. KOHLER, dans : *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 900, note 7.

Un certain parallèle, si l'on veut, entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit des biens corporels pourrait tout au plus être établi par rapport à la « mise en œuvre » ou la « transformation » de l'article 950 du BGB dans la mesure où là, comme dans le cas d'une prestation intellectuelle, l'acquisition originaire du bien est basée sur le résultat d'un effort humain ou du moins d'un effort humainement contrôlé.<sup>73</sup> Cette convergence reste pourtant faible, puisqu'il s'agit d'une part d'un effort physique et d'autre part, d'un effort intellectuel – l'idée directrice de la propriété intellectuelle.

### 3. L'ACQUISITION DÉRIVÉE (TRANSMISSION)

Contrairement à l'acquéreur originaire, l'acquéreur dérivé d'un droit n'obtient pas, en principe et sous réserve des règles protégeant l'acquéreur de bonne foi, un meilleur titre que son auteur. La transmission d'un droit peut se faire par acte juridique entre vifs (ci-après sous a) ou par transmission autonome ou légale *mortis causa* (ci-après sous b). De plus, dans un souci de complétude, il convient de noter que la transmission peut se faire également par ordonnance de transfert du droit (*Überweisung*), à la suite d'une saisie (*Pfändung*) effectuée dans le cadre d'une exécution forcée dirigée contre le titulaire (art. 823 et ss., 857 du Code de la procédure civile – *Zivilprozessordnung*, art. 29 al. 1 n° 2 de la MarkenG, 30 al. 1 n° 2 de la DesignG, 114 et ss. de la UrhG). Contrairement à la vente judiciaire d'un objet corporel<sup>74</sup>, l'acquisition d'un droit incorporel (tel qu'une créance) par ordonnance de *transfert* peut difficilement être considérée comme ayant un caractère originaire.

#### a) Le transfert (cession)

Tout d'abord, il convient de rappeler que le droit allemand adhère au principe de la séparation stricte (*Trennungsprinzip*) entre les actes juridiques créateurs d'obligations (*Verpflichtungsgeschäfte*), d'une part, et les actes juridiques opérant la disposition d'un bien (*Verfügungsgeschäfte*), d'autre part, principe qui régit dans leur ensemble les opérations destinées à opérer le transfert d'un bien avec un effet *erga omnes*. Contrairement notamment au droit français (art. 1583 du Code civil), un contrat de vente ou de cession (par ex. d'un objet corporel ou d'une créance) n'a pas d'effet translatif, le transfert de la chose ou de la créance nécessitant un acte de disposition séparé. Cet acte de disposition possède un effet *erga omnes* ; il est donc, dans le cas du transfert d'une créance, automatiquement opposable au débiteur cédé, à moins que ce dernier ne soit pas au courant du transfert, la prestation effectuée par un débiteur de bonne foi au profit du créancier précédent induisant un effet libératoire (art. 407 al 1 du BGB).

Comme cela a déjà été établi plus haut (voir l'introduction à la section II.1), la transmission des droits de propriété intellectuelle par acte de transfert suit les mêmes règles (contenues dans le Livre 2 du « droit des rapports d'obligations »)

<sup>73</sup> Cf. à l'égard du droit des biens P. BASSENGE, dans : Palandt, *BGB*, 73<sup>e</sup> éd. 2014, § 950, note 2.

<sup>74</sup> Voir plus haut note 75.

que pour les créances (art. 413 du BGB), qui se distinguent nettement des règles de transfert s'appliquant à la propriété et aux autres droits réels (contenues dans le livre 3 du « droit des biens »). Ces dernières demandent deux conditions : 1) un accord entre les parties qui est soumis au formalisme d'un acte notarié en matière immobilière, mais qui n'est lié à aucune forme particulière (pas même un écrit) en matière mobilière, et 2.) un acte matériel de *manifestation du transfert au public* (*Publizitätsakt*). Ce dernier se fait par l'inscription au Livre foncier (les art. 873 et 925 du BGB) en matière immobilière et par la remise de la chose à l'acquéreur ou une manifestation équivalente (un « succédané » de la remise, *Übergabeersatz*) en matière mobilière (art. 929 et ss. du BGB). Dans les conditions établies par les articles 892 et 932 à 936 du BGB, l'acquéreur de bonne foi devient propriétaire de la chose (exempte de tous droits), même si elle n'appartient pas à l'aliénateur ou même si elle est grevée du droit d'un tiers. Ici, c'est donc la sécurité juridique qui l'emporte sur l'application intégrale du principe de l'acquisition dérivée.

Le transfert des droits d'après les articles 398 à 413 du BGB n'est soumis à aucune formalité (cf. le régime divergent de la marque communautaire selon l'art. 17 al. 3 du règlement n° 40/94 du 20 décembre 1993) ; l'accord de transfert suffit et aucune mesure de publicité n'est requise.<sup>80</sup> La liberté de la forme ne comprend d'ailleurs pas seulement l'acte de transfert en tant que tel mais aussi l'engagement sous-jacent (par ex. le contrat de vente), relevant lui aussi du droit des obligations et créant l'obligation de céder le droit concerné. C'est seulement quand la promesse de transfert est à titre de donation qu'elle (et non le transfert lui-même) doit emprunter la forme d'un acte notarié, afin d'être exécutoire selon le droit commun des donations (l'art. 518 du BGB).

En ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, la plupart d'entre eux sont considérés *cessibles* en droit allemand (par ex. les art. 15 al. 1 de la PatentG, 27 al. 1 de la MarkenG, 29 al. 1 de la DesignG, 22 de la GebrMG<sup>81</sup>), que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux<sup>82</sup>. En revanche, le transfert du *droit d'auteur* (y compris ses aspects patrimoniaux) est explicitement exclu par l'article 29 alinéa 1 de la UrhG. C'est une conséquence du droit moral de l'auteur (*Urheberpersönlichkeitsrecht*, ci-dessus C.I.2.a) qui n'est pas cessible et qui est traité comme l'un des fondements du droit d'auteur, inséparable de ses aspects patrimoniaux selon la théorie « moniste »<sup>83</sup>. Les conséquences pratiques de cette limitation, notamment par rapport au droit français,<sup>84</sup> se trouvent pourtant atténuées, puisque les droits à l'utilisation (*Nutzungsrechte*, voir C.I.1. ci-dessus) de l'œuvre (y compris les droits d'édition) peuvent être cédés (et nantis, voir 5. ci-dessous) avec l'autorisation de l'auteur (l'art. 34 al. 1 de la UrhG). La cessibilité des droits de propriété industrielle (*gewerbliche Schutzrechte*) se trouve également

<sup>80</sup> Voir par ex. au sujet du transfert d'une marque commerciale K.-H. FEZER, *Markenrecht*, 4<sup>e</sup> éd. 2009, § 27, note 26 ; au sujet du transfert d'un brevet E. ULLMANN, dans : Benkard (dir.), *PatG*, 10<sup>e</sup> éd. 2006, § 15, note 5.

<sup>81</sup> Cf. aussi V. JÄNICH, *op. cit.*, p. 258 et s.

<sup>82</sup> Cf. par ex. l'art. L. 122-7 al. 1 du Code français de la propriété intellectuelle par rapport à la cession des aspects patrimoniaux du droit d'auteur.

<sup>83</sup> V. JÄNICH, *op. cit.*, p. 259 et s.

<sup>84</sup> Cf. V. JÄNICH, *op. cit.*, p. 261 ; voir aussi note 82 ci-dessus.

limitée dans la mesure où ils contiennent des aspects moraux. Le droit moral de l'inventeur (*Erfinderpersönlichkeitsrecht*, ci-dessus C.I.2.a) n'est par exemple pas cessible, et il n'est pas davantage possible d'y déroger.<sup>85</sup>

La cessibilité des droits de propriété intellectuelle ne comprend pas seulement le transfert par le titulaire au premier acquéreur, mais aussi, dans une certaine mesure qui peut varier d'une loi spéciale à l'autre, la transmission des droits à l'utilisation effectuée d'un utilisateur à un autre. Selon le principe de l'épuisement (*Erschöpfungsgrundsatz*<sup>86</sup>), le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle (par ex. l'auteur), après avoir mis en circulation sur le marché (i.e. dans l'UE/EEE) une marchandise dans laquelle le droit est incorporé (par ex. des exemplaires de son œuvre), n'est plus en mesure d'interdire à des tiers faisant partie du même marché l'utilisation de cette marchandise (y compris sa revente) en faisant valoir son droit (voir par ex. les art. 17 al. 2 et 69c n° 3 de la UrhG, 24 de la MarkenG, 9b et 9c de la PatentG, 48 de la DesignG ou 10b de la *Sortenschutzgesetz*<sup>87</sup>).

Contrairement aux biens corporels, l'acquisition de bonne foi de biens immatériels n'est pas possible.<sup>88</sup> S'agissant des droits en général, l'acquisition de bonne foi est seulement admise pour les droits titrisés, c'est-à-dire des valeurs mobilières, ou pour les « droits-valeurs » (*Wertrechte*) inscrits dans un registre ; elle suit alors les règles des biens meubles corporels<sup>89</sup> ou des règles spéciales (voir l'art. 8 al. 2 de la « loi fédérale sur les dettes publiques » – *Bundesschuldenwesengesetz*). Or, l'inscription du titulaire de droits de propriété intellectuelle au registre approprié ne revêt qu'un caractère déclaratif par rapport à la propriété.<sup>90</sup> L'article 28 de la MarkenG prévoit une présomption légale réfutable selon laquelle celui qui est inscrit au registre comme titulaire est censé être l'ayant droit. Cette présomption est calquée sur la présomption de l'article 891 du BGB en faveur de celui au nom duquel un droit est inscrit au Livre foncier,<sup>91</sup> mais une disposition correspondante à l'article 892 du BGB (voir plus haut dans ce paragraphe) n'existe pas dans la MarkenG.

#### b) La transmission *mortis causa*

De manière générale, la transmission *mortis causa* de la propriété intellectuelle suit les règles du droit commun des successions. Les biens immatériels font partie du patrimoine qui passe dans son ensemble aux héritiers (art. 1922 al. 1 du BGB).

<sup>85</sup> Voir par ex. l'arrêt de la BGH du 20 juin 1978, X ZR 49/75, GRUR 1978, 583, n° 55 (juris), concernant le droit de l'inventeur selon l'article 37 de la PatentG à ce que son nom soit révélé comme celui de l'inventeur dans le brevet.

<sup>86</sup> Voir par ex. pour le droit de brevets J. ENSTHALER, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 3<sup>e</sup> éd. 2009, p. 160-162.

<sup>87</sup> Voir aussi, au niveau européen (à titre d'exemple) art. 4, al. 2 de la directive 2009/24/CE « concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur ». Cf. en outre la proposition d'une règle (de droit allemand) uniforme à tous les trois immatériels, présentée par H.-J. AHRENS et M.-R. MCGUIRE, *op. cit.*, Buch 1, § 12, p. 55.

<sup>88</sup> Cf. V. JÄNICH, *op. cit.*, p. 351, avec une proposition de réforme ; concernant les brevets E. ULLMANN, dans : Benkard, *op. cit.*, § 15, n° 8.

<sup>89</sup> Voir H. SPRAU, dans : Palandt, *op. cit.*, § 793, n° 9, concernant les titres aux porteurs ; voir aussi ci-dessus sous B.

<sup>90</sup> Voir H.-J. AHRENS et M.-R. MCGUIRE, *op. cit.*, Buch 1, § 143, avec une proposition de réforme dans le sens d'un effet constitutif.

<sup>91</sup> Cf. H.-J. AHRENS et M.-R. MCGUIRE, *op. cit.*, *Vorbemerkung zu Titel 5*, p. 338.

Il est toutefois moins évident qu'il en va de même pour les aspects moraux des droits de propriété intellectuelle. En effet, ceux-ci sont le reflet des éléments moraux du droit général de la personnalité qui, contrairement aux éléments patrimoniaux de ce droit, ne sont pas héréditaires<sup>92</sup>. Cela n'empêche pas que l'ordre juridique protège les intérêts moraux du défunt *post mortem*. Cette protection n'est pas nécessairement l'affaire des héritiers : elle est plutôt confiée aux proches du défunt, indépendamment de leur statut éventuel d'héritiers<sup>93</sup> ou à ceux que le défunt a nommés à cette fin avant sa mort<sup>94</sup>.

Pourtant, l'article § 28 alinéa 1 de la UrhG détermine clairement que le droit d'auteur est héréditaire et, sur la base de la théorie « moniste » du droit d'auteur (voir 3.a ci-dessus), un traitement différencié des éléments patrimoniaux et des éléments moraux du droit d'auteur ne paraît pas possible.<sup>95</sup> Toutefois, la loi impose certaines limitations à ces droits entre les mains du successeur, qui tiennent compte du fait que l'héritier ne mérite pas la même protection que l'auteur défunt<sup>96</sup>.

Dans le cas des brevets, la situation est plus difficile. Selon l'article 15 alinéa 1, première phrase, de la PatentG, « le droit au brevet, le droit à l'attribution du brevet et le droit qui émane du brevet » passent aux héritiers. Ce libellé laisserait bien une marge d'interprétation qui permettrait de ne pas inclure y le droit moral de l'inventeur sur son invention<sup>97</sup>. Il n'empêche que la Cour fédérale des brevets (*Bundespategericht*), dans sa décision du 12 novembre 1986<sup>98</sup>, a constaté, quoique seulement en passant (*obiter dictum*), qu'en cas de succession à titre universel, par opposition à la cession particulière de l'aspect patrimonial de l'invention par un acte juridique, même le droit moral de l'inventeur sur son invention passerait au successeur.

#### 4. LA PERTE DES DROITS

La perte des droits immatériels survient en raison de l'expiration de leur durée de validité (ci-après sous c) et, le cas échéant, par déchéance (ci-après sous b) ou par un acte de renonciation (ci-après sous a).

##### a) La renonciation

La perte d'un droit par acte (*unilatéral*) de renonciation (*Verzicht*) n'est pas une particularité des biens immatériels, car elle existe pour la plupart des autres droits<sup>99</sup>, quoique pas pour les créances (voir l'art. 397 du BGB, qui exige la conclusion d'un contrat). Dans le cas des objets corporels, la renonciation au droit

<sup>92</sup> Voir l'arrêt de la BGH du 1<sup>er</sup> déc. 1999, I ZR 49/97, « Marlene Dietrich », sous II.2.a. et b.

<sup>93</sup> Voir notamment l'art. 22, troisième et quatrième phrases, de la KUG et, par rapport aux droits moraux d'un patient défunt à propos de la documentation médicale, art. 630 g al. 3, deuxième phrase, du BGB.

<sup>94</sup> Voir l'arrêt de la BGH du 20 mars 1968, I ZR 44/66, BGHZ 50, 133, « Mephisto », sous II.2., par rapport au droit de la personnalité d'un acteur défunt protégeant son honneur public *post mortem*.

<sup>95</sup> Voir par ex. G. SCHULZE, dans : Th. DREIER et G. SCHULZE, *UrhG*, 4<sup>e</sup> éd. 2013, § 28, n° 2.

<sup>96</sup> V. JÄNICH, *op. cit.*, p. 291, avec des exemples.

<sup>97</sup> Dans ce sens V. JÄNICH, *op. cit.*, p. 291 et s., avec d'autres références.

<sup>98</sup> *Bundespategericht*, décision du 12 nov. 1986, 2 Ni 30/85 (*supra*, note 39).

<sup>99</sup> Voir par ex. art. 875, 1064, 1168 du BGB concernant les droits réels sur des immeubles.

qui les concerne se fait par l'abandon ou le délaissement du bien (*Aufgabe*). Pour effectuer l'abandon de la propriété d'un bien meuble, il suffit d'abandonner la possession avec l'intention de renoncer à la propriété (art. 959 du BGB) ; pour l'abandon d'un bien immeuble, le propriétaire doit déclarer la renonciation au bureau du Livre foncier avant de faire inscrire cet acte de renonciation au Livre foncier (art. 928 al. 1 du BGB).

En matière de propriété intellectuelle, la possibilité de renonciation est reconnue de façon expresse dans les textes de la plupart des droits commerciaux (brevets, marques de commerce, dessins ou modèles, obtentions végétales<sup>100</sup>), mais pas pour le droit d'auteur ; seulement les droits particuliers d'exploitation du droit d'auteur peuvent être abandonnés<sup>101</sup>.

### b) La déchéance

La déchéance ou péremption (*Verfall*), prononcée par « l'Office allemand des brevets et des marques de commerce » (*Deutsches Patent- und Markenamt*) à la demande de tout intéressé, est prévue en matière de marques de commerce (notamment) si, pendant une période ininterrompue de cinq ans, la marque n'a pas fait l'objet d'un usage sérieux sur le territoire allemand à l'égard de produits ou de services pour lesquels elle est enregistrée. De même, le titulaire de la marque peut être déclaré déchu de ses droits si la marque est devenue, par le fait du comportement de son titulaire, la désignation usuelle dans le commerce des produits ou des services pour lesquels elle est enregistrée et si, par suite de son usage, la marque est propre à induire le public en erreur (art. 49, 26, 53 de la MarkenG<sup>102</sup>). Les autres droits de propriété intellectuelle, de même que la propriété d'un objet corporel, ne connaissent pas de cas de déchéance semblables, ce qui se comprend parfaitement, la déchéance étant une particularité de la marque dont la substance économique ne résulte que de son usage (légitime) et de sa perception par le public.

Il est vrai qu'en droit des brevets, l'absence d'exploitation du droit par le titulaire peut également être sanctionnée par le droit de toute personne qui agit dans l'intérêt général de demander à la *Bundespatentgericht* l'octroi d'une licence obligatoire non exclusive (*Zwangslizenz*) (voir les art. 24 al. 5 et al. 1, 81 al. 1 de la PatentG). Mais dans ce cas, contrairement à la déchéance de la marque, ce n'est pas l'existence du droit de propriété intellectuelle qui est mis en jeu par le comportement du titulaire. C'est plutôt l'intérêt général à permettre l'utilisation de l'objet du droit (c'est-à-dire l'invention) qui est protégé. En outre, le législateur allemand n'a pas saisi l'option laissée par l'article 5 alinéas 2 et 3 de la « Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle » du 14 juillet 1967 de prévoir la « déchéance du brevet » pour prévenir des « abus qui pourraient résulter de l'exercice du droit exclusif conféré par le brevet, par exemple faute

<sup>100</sup> Voir art. 20, al. 1 de la PatentG, art. 48 de la MarkenG, art. 36, al. 1 de la DesignG et art. 31, al. 1 de la Sortenschutzgesetz.

<sup>101</sup> Voir l'arrêt de la BGH du 23 févr. 1995, I ZR 68/93, BGHZ 129, 66, « Mauer-Bilder », n° 23 (juris).

<sup>102</sup> Cf. aussi art. 50 du règlement (CE) n° 40/94 du 20 déc. 1993 « sur la marque communautaire ».

d'exploitation » ; il se contente de la licence obligatoire comme sanction – une possibilité que la Convention de Paris (art. 5 al. 3) déclare prioritaire par rapport à la sanction de déchéance. D'ailleurs, la licence obligatoire dans l'intérêt public (voir l'art. 24 al. 1 n° 2 de la PatentG) n'est pas sans rappeler, au moins légèrement, l'expropriation (*Enteignung*, voir l'art. 14 al. 3 du *Grundgesetz*) des biens patrimoniaux (réels et non-corporels).

### c) L'expiration de la durée de validité

Le droit de propriété est perpétuel ; c'est seulement l'attribution à son titulaire qui est soumise à des limites découlant de la prescription acquisitive (voir C.II.2. ci-dessus) et de la prescription de droit commun (art. 197 al. 1 n° 2 du BGB) de l'action en revendication (art. 985 du BGB). La propriété intellectuelle, par contre, est généralement limitée dans le temps. Après l'expiration de sa durée de validité, il n'y a plus d'exclusivité, non plus que de moyens pour le titulaire de se défendre contre les atteintes à cette exclusivité. Les délais d'expiration diffèrent d'un droit à l'autre.

Le droit d'auteur a une durée de validité de 70 ans à partir, non pas de la date de la création du droit, mais de la mort de son auteur (art. 64 de la UrhG). Le brevet a une durée de validité de 20 ans après le dépôt de la demande de brevet (art. 16 de la PatentG), celle du certificat d'utilité de 10 ans environ après le dépôt de demande (art. 23 al. 1 de la GebrMG), celle d'un droit des dessins ou modèles de 25 ans après le dépôt de demande (art. 27 al. 2 de la DesignG), celle d'un droit d'obtention végétale de 25 ans, ou dans certains cas de 30 ans, après l'octroi de la protection (art. 13 de la Sortenschutzgesetz). Le droit exclusif sur la topographie dure jusqu'à la fin de la 10<sup>e</sup> année à compter de la naissance du droit, c'est-à-dire la première exploitation commerciale non-confidentielle de la topographie ou, si c'est arrivé plus tôt, après le dépôt de la demande du droit (art. 5 de la HalblSchG). La protection légale d'une marque enregistrée se termine environ 10 ans après le dépôt de la demande d'enregistrement. Contrairement aux autres droits commerciaux, la marque enregistrée peut voir sa protection renouvelée pour une durée de 10 ans à chaque foi (art. 47 de la MarkenG ; cf. le régime analogue de l'art. 47 du règlement (CE) n° 40/94 du 20 décembre 1993 « sur marque communautaire »). La marque non-enregistrée (marque « de fait », voir plus haut sous 2, note 76 de bas de page) dont l'existence constitue une autre particularité du droit des marques de commerce (art. 4 nos 2 et 3 de la MarkenG) n'a pas de durée déterminée. Elle s'éteint avec la disparition de ses conditions d'existence, à savoir la « reconnaissance sur le marché » (*Verkehrsgeltung*) de la marque utilisée dans le cas du n° 2 et sa « notoriété » (*notorische Bekanntheit*) dans le cas du n° 3.

## 5. LA MISE EN GAGE

En Allemagne, on connaît deux façons de constituer des sûretés réelles portant sur des biens corporels ou des droits : la mise en gage (*Verpfändung*) et le transfert de plein droit accompagné d'une convention de garantie sous-jacente (« transfert de plein droit à titre de sûreté », *Sicherungsübertragung*).

Malgré son traitement particulier, par exemple, en droit de la faillite ou en droit comptable, le « transfert de plein droit à titre de sûreté » suit les règles habituelles applicables aux actes de disposition établies par le droit des biens, le droit des obligations ou les lois spéciales en matière de propriété intellectuelle, suivant la nature de son objet. Sur la question de savoir si et comment le droit d'auteur ainsi que les droits de propriété intellectuelle peuvent être transférés « de plein droit à titre de sûreté », je renvoie donc à ce qui a été exposé plus haut (voir C.II.3.a).

Le régime juridique du gage distingue entre les biens immeubles d'un côté (voir la 8<sup>e</sup> partie du Livre 3 du BGB, art. 1113 à 1203) et les biens meubles ainsi que les droits de l'autre (voir la 9<sup>e</sup> partie du Livre 3 du BGB, art. 1204 à 1296). Les règles concernant le nantissement des droits (art. 1258 à 1273), qui sont d'ailleurs les seules dispositions du Livre 3 (*Sachenrecht*, « droit des choses ») qui ne traitent pas exclusivement des « choses » (c'est-à-dire des objets corporels, voir plus haut sous B.), s'inspirent, avec quelques modifications, des règles concernant les biens meubles corporels. Pour déterminer quels droits sont susceptibles d'être mis en gage ainsi que pour les conditions de la mise en gage, l'article 1274 du BGB renvoie aux règles sur la disposition des droits.

Comme les lois spéciales de la propriété intellectuelle ne dérogent pas aux règles du droit commun à cet égard (voir art. 29 al. 1 n° 1 de la MarkenG, 30 al. 1 n° 2 de la DesignG), il s'ensuit que les droits de propriété intellectuelle peuvent être mis en gage dans la mesure (limitée, notamment, en matière de droit d'auteur) où ils sont cessibles, comme il a été établi plus haut<sup>103</sup>. De plus, la mise en gage n'est soumise à aucun formalisme. Une inscription du gage au registre approprié n'est donc pas nécessaire, mais possible sur demande (voir, relativement aux brevets, aux certificats d'utilité, aux marques de commerce et aux dessins ou modèles l'art. 29 du règlement « sur l'Office allemand des brevets et des marques de commerce », *Verordnung über das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA-Verordnung – DPMAV)*).

## 6. LA COPROPRIÉTÉ

Tout bien corporel, meuble ou immeuble, peut être détenu en commun par plusieurs personnes, de manière à ce que la chose soit administrée par l'ensemble des copropriétaires et que, au contraire de la « propriété en mains communes » (*Gesamthand*, voir art. 719 du BGB), chacun d'eux soit titulaire d'une quote-part<sup>104</sup>, qu'il peut céder librement (*Bruchteilsgemeinschaft*, « communauté par indivision », voir les art. 1008, 744, 747 du BGB).

La copropriété existe également en matière de droits (autres que la propriété corporelle), mais il y a des droits qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles

<sup>103</sup> Sous C.II.3.a) ; voir aussi par ex. J. DAMRAU, dans : *Münchener Kommentar zum BGB*, op. cit., § 1274, notes 80 et ss.

<sup>104</sup> Cf. St. MADAUS, *Die Bruchteilsgemeinschaft als Gemeinschaft von Vollrechtsinhabern*, AcP 212 (2012), 251, 262 et ss. L'auteur interprète la participation des copropriétaires – contrairement à l'opinion dominante, mais avec de bons arguments – comme donnant droit à l'ensemble du droit. La copropriété effectuerait donc une multiplication du droit.

d'être tenus en indivision (par ex. les parts sociales d'une société de personnes ou les quotes-parts d'une communauté par indivision<sup>105</sup>). Le Livre 2 du BGB (*Recht der Schuldverhältnisse*, « droit des obligations ») contient des dispositions générales sur les droits en état d'indivision y compris le droit de propriété, principalement en ce qui concerne les rapports internes des copropriétaires, dont certains ont un effet *erga omnes* (Titre 17, intitulé *Gemeinschaft*, « communauté par indivision », art. 741 à 758). Le Livre 3 (*Sachenrecht*, « droit des choses ») prévoit quelques règles complémentaires pour la copropriété corporelle (Titre 5, *Miteigentum*, « copropriété », art. 1008 à 1011), qui sont censées être transposables *mutatis mutandis* à tous les droits<sup>106</sup>.

L'existence de la copropriété relative aux droits *immatériels*, bien que n'étant pas mentionnée en tant que telle dans le BGB, est bien connue<sup>107</sup>. Elle trouve peut-être sa confirmation légale la plus claire dans les articles 9 alinéa 1, troisième phrase, et 30 alinéa 1, deuxième phrase, de la DesignG qui supposent explicitement l'existence d'une « copropriété » (*Mitinhaberschaft*) du dessin ou du modèle. La communauté en indivision peut naître notamment du transfert *partiel* d'un droit immatériel à autrui ou de ce que la prestation intellectuelle qui fait l'objet du droit est le résultat d'un effort commun de plusieurs personnes. Cette dernière possibilité fait l'objet de dispositions expresses relativement aux brevets (art. 6, deuxième phrase de la PatentG) et, par renvoi, relativement aux certificats d'utilité (art. 13 al. 3 de la GebrMG). Ces dispositions prévoient qu'au cas où plusieurs personnes ont réalisé une invention commune (*gemeinsam*), le droit au brevet ou au certificat d'utilité respectivement leur appartient « communément » (*gemeinschaftlich*) – une formule que l'on interprète dans le sens de la copropriété<sup>108</sup>. En revanche, l'article 8 de la UrhG intitulé « Coauteurs » (*Miturheber*) semble plutôt faire appel à la « propriété en mains communes » (*Gesamthand*)<sup>109</sup>, puisqu'elle dispose que les droits à la publication et à l'exploitation de l'œuvre reviennent aux coauteurs « en mains communes » (al. 2, première phrase de la disposition citée). Cela n'est guère surprenant, vu que le droit d'auteur n'est pas cessible ; la propriété « en mains communes » a précisément pour effet de rendre incessibles les parts des copropriétaires.

Un autre enjeu concerne l'application du régime des articles 741 et ss. du BGB aux rapports internes des titulaires communs<sup>110</sup>. Or, ce régime trouvera rarement à s'appliquer à titre principal. En effet, dans la pratique, les personnes concernées règlent les détails de leur relation par contrat<sup>111</sup>. En l'absence de contrat exprès, leurs rapports juridiques laissent fréquemment paraître une *affectio societatis*, ce

<sup>105</sup> Voir K. SCHMIDT, dans : *Münchener Kommentar zum BGB*, op. cit., § 741, notes 9, 14, et 16.

<sup>106</sup> K. SCHMIDT, dans : *Münchener Kommentar zum BGB*, op. cit., § 1011, note 3.

<sup>107</sup> Cf. la proposition de loi unique, présentée par H.-J. AHRENS et M.-R. MCGUIRE, op. cit., Buch 1, § 5 al. 3 et 4, p. 30 et s.

<sup>108</sup> Voir par ex. BGH, arrêt du 21 déc. 2005, X ZR 165/04, GRUR 2006, 401, « Zylinderrohr », n° 9 (juris).

<sup>109</sup> Cf. l'état de la discussion (avec des références) établi par K. SCHMIDT, dans : *Münchener Kommentar zum BGB*, op. cit., § 741, notes 64 et s. ; H.-J. AHRENS et M.-R. MCGUIRE, op. cit., Buch 1, § 5, commentaire, sous II.4., p. 33.

<sup>110</sup> Par ex. J. ENSTHALER, op. cit., p. 159, concernant le brevet.

<sup>111</sup> H.-J. AHRENS et M.-R. MCGUIRE, op. cit., p. 32, avec d'autres références.

qui donne lieu à l'application du droit commun de la société civile des articles 705 et ss. du BGB. De plus, il convient de tenir compte des particularités de chacun des droits de propriété intellectuelle concernés. Cela demande notamment une application bien dosée de la règle de l'article 743 alinéa 2 du BGB qui reconnaît la faculté de chaque copropriétaire d'utiliser le droit commun, dans la seule mesure où cet usage ne porte pas atteinte à celui des autres copropriétaires.<sup>112</sup> Constatant les variations importantes dans la manière dont s'applique la copropriété aux différents droits de propriété intellectuelle, un auteur en a conclu qu'il existe peu de principes généraux en la matière.<sup>113</sup>

#### D. CONCLUSION

1. En tant qu'*objet des règles juridiques*, l'immatériel, compris dans le sens large de tout ce qui n'est pas tangible, n'est pas appréhendé par le droit allemand, *en principe*, d'une manière qui le distingue du matériel.

2. Cependant, les *droits* portant sur un objet immatériel échappent pour une large part à l'application des règles qui concernent la propriété d'un objet corporel (ainsi que les droits réels démembrés), quant à l'attribution du droit, sa naissance, son transfert, sa protection, etc.. En effet, le droit patrimonial allemand est marqué par la distinction entre la propriété corporelle (*Eigentum*) et les droits réels démembrés d'un côté, et les autres droits, de l'autre. Parmi ces autres droits, on retrouve ceux qui se rapportent à une prestation intellectuelle et qu'on appelle *Immaterialgüterrechte* (« droits des biens immatériels » ou « biens immatériels »).

3. En Allemagne, les biens immatériels visant une *prestation intellectuelle* sont réglés, en l'absence d'un code uniforme, par une multitude de lois spéciales (le droit d'auteur, le brevet, la marque commerciale etc.) ; au-delà de ces lois, il n'existe pas d'autres droits basés sur une prestation intellectuelle (principe du *numerus clausus*). La notion de « propriété intellectuelle » (*geistiges Eigentum*) ne revêt donc qu'un caractère descriptif et n'a pas de valeur juridique propre. Cela n'exclut pas la commercialisation des autres prestations intellectuelles qui n'ont pas le statut de droits absolus, l'absence d'effet *erga omnes* pouvant être compensée par des contrats créant un réseau d'obligations entre les parties concernées.

4. Les lois spéciales sur la propriété intellectuelle mettent en place des mécanismes de *protection* du titulaire qui sont similaires à ceux de la propriété corporelle, mais adaptées à leur objet.

À l'exception du droit d'auteur qui est dominé par ses aspects moraux, le *transfert* des droits de propriété intellectuelle et leur mise en gage suivent les règles du droit commun des droits prévues aux Livres 2 et 3 du BGB. Le droit commun du transfert des droits est, si l'on veut, plus proche de celui des biens corporels mobiliers qu'immobiliers, puisque le droit immobilier est caractérisé

<sup>112</sup> Voir K. SCHMIDT, *op. cit.*, § 743, notes 17 à 19, concernant le droit d'auteur, le brevet et la marque communs.

<sup>113</sup> M. HAEDICKE, *Nutzungsbefugnisse und Ausgleichspflichten in der Bruchteilsgemeinschaft an Marken*, GRUR 2007, 23, 27.

notamment par son formalisme (exigence d'un acte notarié, inscription obligatoire au Livre foncier) et par l'existence d'un nantissement non accessoire, la « dette foncière »<sup>114</sup> (*Grundschuld*, voir art. 1192 du BGB), qui n'a pas d'équivalent en matière de droits, qu'il s'agisse de biens immatériels ou d'autres droits.

Le transfert d'un bien immatériel ne dépend pas du transfert de la propriété d'un objet corporel dans lequel la prestation intellectuelle pourrait être incorporée<sup>115</sup>, ce qui n'exclut pas que le transfert d'une telle chose puisse avoir un impact sur le droit immatériel y adhérent : en effet, selon le principe de l'épuisement (*Erschöpfungsgrundsatz*), le titulaire épuise son droit d'interdire la retransmission de la chose, dès qu'il la met en circulation.<sup>116</sup>

C'est au niveau du régime de l'*acquisition originale* et de la *perte* des droits de propriété intellectuelle, notamment par l'expiration de leur durée de validité, qu'on constate les différences les plus marquées entre ceux-ci et la propriété corporelle – quoiqu'il convient de souligner également le peu de ressemblance entre d'une part, l'acquisition d'un bien meuble corporel par une prestation *physique*, lorsqu'il y a mise en œuvre ou transformation d'une matière (ou de plusieurs matières) de façon à créer un objet corporel nouveau (*Verarbeitung oder Umbildung*, art. 950 du BGB) et, d'autre part, l'acquisition du droit d'auteur par une prestation *intellectuelle* du seul fait d'une prestation créatrice, dans le cas du droit d'auteur.

<sup>114</sup> Traduction par C. BUENOIR et al., *op. cit.*, tome 2.

<sup>115</sup> Voir la proposition correspondante dans la loi uniforme présentée par H.-J. AHRENS et M.-R. MCGUIRE, *op. cit.*, BUCH 1, § 7 (« Propriété intellectuelle et propriété corporelle », p. 38.

<sup>116</sup> Il serait cependant précipité de considérer le principe de l'épuisement comme une confirmation du rôle particulier que la *matière physique* joue dans le droit et même dans le droit des biens immatériels. En effet, la BGH (l'arrêt du 17 juill. 2013, I ZR 129/08, GRUR 2014, 264, « UsedSoft/Oracle », n° 46 (juris), suivant une décision préjudicielle de la Cour de justice de l'UE du 3 juill. 2012 (C-128/11, n° 47, au sujet de l'article 4 al. 2 de la directive 2009/24/CE « concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur »), a décidé qu'il était indifférent, pour l'application de l'article 69 c de la UrhG, que l'auteur du logiciel ait mis la copie du logiciel à la disposition du client au moyen d'un téléchargement à partir du site Internet du premier ou au moyen d'un support matériel tel qu'un CD-ROM ou un DVD.