CHAPITRE

2

La propriété et les droits réels

« No society is viable if it lacks institutional mechanisms for constraining open access to human and nonhuman capital and to natural resources »

Eggertsson 1990, 284.

757 La propriété est déjà apparue plusieurs fois dans les chapitres précédents. Nous l'avons rencontrée au chapitre sur les rapports entre les individus. Dans le travail au sein des équipes de mineurs, lorsque le nombre de membres du groupe devient trop important pour la surveillance réciproque, apparaît alors un risque de resquillage qui donne lieu à des conflits; la propriété individuelle est une institution qui permet d'éviter ces conflits. Dans un contexte différent, la propriété évite la ruine collective qui résulterait de la lutte que se font plusieurs pour accaparer une ressource rare indivisible (l'exemple du cahier à colorier). Au chapitre traitant du théorème de Coase, nous avons vu que les externalités doivent être analysées comme des objets ou des usages particuliers d'objets sur lesquels un droit de propriété n'a pas ou pas encore été clairement établi. La définition des droits « internalise » l'externalité et permet aux intéressés de faire évoluer l'objet en question vers son usage le plus valorisé. Ces illustrations évoquent des circonstances dans lesquelles la propriété joue un rôle coordonnateur, pacificateur, civilisateur, en apportant une façon de gérer la rareté[1].

758 La rareté émergente a été évoquée au chapitre consacré aux jeux par l'entremise du film *Les dieux sont tombés sur la tête.* La bouteille de Coca-cola présente un problème de rareté nouveau : il y a trop de demandes concurrentes pour l'utilisation qu'on peut en faire. La tribu ne sait pas comment répondre à cette rareté et la refuse. Nos sociétés ont fait le pari contraire en tablant notamment sur l'institution de la propriété et en la raffinant avec le temps.

1. Voir aussi nos exposés antérieurs sur la propriété dans Mackaay 1991b, Lemieux/Mackaay 2001.

2418 001-704 txt.fm Page 207 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

759 La propriété met fin aux conflits qui naissent du fait de la rareté émergente. Les ressources dont nous nous servons révèlent leur rareté à mesure que nous découvrons, à côté des usages connus, de nouvelles façons d'utiliser les choses autour de nous, alors que nos désirs ne connaissent pas de borne. Il s'agit là d'un problème récurrent dans les interactions humaines. Il faut donc s'attendre à ce que les institutions qui y répondent soient largement déployées dans les sociétés, au cours de l'histoire comme à l'heure actuelle. La réponse de créer une forme de propriété a été imaginée dès les premières sociétés humaines. On trouve des formes de propriété dans toutes les sociétés humaines connues depuis les premiers temps.

760 La propriété consiste essentiellement à attribuer à une seule personne ou à un groupe de personnes le pouvoir de décision sur la façon d'utiliser une ressource, ainsi que les gains ou pertes qui en résultent. La ressource sujette à une forme de propriété est alors retirée de la libre accessibilité; elle est réservée au(x) propriétaire(s) et ne peut plus être utilisée par tout un chacun comme bon lui semble.

761 Il est paradoxal que le fait de retirer une ressource de la libre accessibilité finisse par la rendre davantage disponible pour l'ensemble de la communauté. C'est une première question à clarifier dans ce qui suit. Ce qui doit également étonner et qui constitue une deuxième question à explorer est que la propriété, institution découverte dans des sociétés aux interactions infiniment plus simples que les nôtres, a continué d'être un pilier de l'organisation sociale jusqu'à nos jours. Pourquoi la propriété continue-t-elle d'être mise à contribution, de préférence, à d'autres modes de gestion de la rareté, comme l'attribution par une autorité compétente, l'accès égal pour tous (moyennant éventuellement file d'attente) ou la loterie ?

762 En explorant ces questions, nous devrons clarifier un troisième aspect important de la propriété, à savoir comment on arrive à créer de nouvelles formes de propriété sur des ressources laissées jusqu'alors en accessibilité ouverte ou restreinte, à mesure qu'elles deviennent rares au point de ne plus supporter l'accès libre. Nous connaissons maintenant la propriété non seulement sur nos vêtements et nos outils, comme nos ancêtres lointains, mais aussi sur les terres et les édifices, sur les divers biens meubles qui rendent notre vie plus confortable, sur les biens de production et les entreprises qui les emploient, et, d'une façon assez particulière, sur les objets des droits dits « de la personnalité » (notre réputation, notre image, les données qui nous concernent) ainsi que sur des créations intellectuelles. En fait, presque tout ce qui fait partie de notre vie quotidienne est sujet à une forme de propriété.

763 Le rôle persistant et même grandissant de la propriété privée ne doit pas cacher cependant que de nombreuses ressources dans notre société sont gérées par des formules d'accès ouvert à tous ou à des groupes très larges, mais à usage réglementé qu'on pourrait considérer comme des formes de propriété commune. C'est le cas, par exemple, des voies publiques, des eaux navigables, de l'espace au-dessus de la terre où circulent les avions ou encore des aires publiques dans les centres commerciaux et dans des édifices à appartements. Dans

2418 001-704 txt.fm Page 208 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

le domaine de la propriété intellectuelle, le *creative commons*[1] et les *patent pools*[2] paraissent présenter d'autres formes de propriété commune.

764 Le rôle essentiel de la propriété dans le développement a été souligné par les tenants de l'histoire économique, à commencer par Douglass North, prix Nobel 1993[3]. À ses yeux, l'Occident n'a pu prendre son essor que parce qu'on y a réussi à mettre en place des institutions politiques qui protègent la propriété, tout en limitant leur potentiel de la spolier ou de freiner indûment les innovations qui la font fructifier. Une étude récente démontre que les différences dans le degré de développement des pays africains sont liées justement à la mesure où les institutions politiques qui leur ont été léguées à l'époque coloniale résistent effectivement à la tentation de spoliation[4].

765 Pour répondre à ces questions, il convient de présenter l'essentiel de la propriété (Section 1 : Fondements), d'abord dans sa structure (1), puis dans la dynamique par laquelle elle est étendue à de nouveaux objets (2). Cela permettra de comprendre pourquoi elle est l'institution de premier choix pour gérer la rareté, mais aussi quelles conditions doivent être réunies pour qu'elle puisse remplir cet office et ce qui advient lorsqu'elles ne peuvent l'être. Le schéma analytique permettra ensuite d'éclaircir les formes précises dans lesquelles le droit de propriété et les autres droits réels sont mis en œuvre dans les droits civils modernes (Section 2 : La mise en œuvre).

SECTION 1
FONDEMENTS

□ 1 STRUCTURE

A. EXCLUSIVITÉ

766 Une ressource en accès libre[5] risque d'être surconsommée, sauf si elle est abondante comme les feuilles mortes à l'automne : personne n'aura intérêt à s'en priver. Si elle doit être aménagée pour l'usage humain, personne n'aura intérêt à faire cet aménagement si tout le monde peut librement capter le fruit de ce travail sans pour autant faire lui-même de sacrifice. Ces difficultés sont à la racine des problèmes de l'environnement, y compris la pollution et le danger de disparition d'espèces animales[6].

1. Voir par exemple Lessig 2004; Bourcier/Dulong 2004.
2. Voir par exemple Carlson 1999, Clark 2000, Merges 2001, Lerner 2004.
3. Voir par exemple North/Thomas 1973; Jones 2003; Rosenberg/Birdzell 1986; Mackaay 1997a; Landes 1998; Bernstein 2004.
4. Acemoglu et al. 2001, 2004; Haddock 2003, 165, 187 (nt 28).
5. L'anglais utilise le terme *open access* mais aussi *common pool resource*. Ex. Libecap 1989, 12 s., Libecap 2003, 142.
6. Plus en détail sur les maux qui guettent la gestion des ressources non susceptibles de propriété et laissées en accès ouvert, voir De Alessi 2003, 91.

2418 001-704 txt.fm Page 209 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

767 La propriété répond aux deux problèmes évoqués par le retrait de l'objet de l'état d'accessibilité libre et sa destination à l'usage exclusif de personnes précises[1]. Toute forme de propriété présuppose que l'objet sur lequel elle doit porter se prête à l'exclusivité. Pour la viabilité de la propriété, l'exclusivité n'a pas besoin d'être parfaite, mais doit tout de même être suffisante pour arrêter la surconsommation et pour assurer la rémunération de l'aménagement pour utilisation humaine, comme nous le verrons plus en détail ci-dessous.

768 La personne en faveur de qui est établie l'exclusivité exerce trois prérogatives essentielles, désignées d'habitude par leurs noms latins d'*usus, fructus* et *abusus*.

B. USUS *ET* FRUCTUS

769 L'*usus* attribue au propriétaire le pouvoir de décider ce qui sera fait de l'objet de la propriété. Le *fructus* lui confère les résultats de cette gestion : les fruits au sens naturel, le produit, le revenu, mais aussi la perte, le cas échéant. La conjonction de l'*usus* et du *fructus* informe le propriétaire sur la qualité de sa gestion; elle établit, pour ainsi dire, une boucle de rétroaction immédiate, sans l'intervention d'aucun tiers. Elle donne au propriétaire un intérêt direct à la préservation du bien et à sa bonne administration. Elle lui donne en outre l'intérêt de découvrir de nouvelles façons, plus rentables ou autrement avantageuses, d'utiliser le bien.

770 Lorsqu'on sépare la décision sur l'utilisation et l'attribution des résultats (gains ou pertes) qui en résultent, comme le faisaient, à l'extrême, les anciennes économies socialistes, l'effet incitatif est détourné vers ce qui importe aux détenteurs de l'usus et aux détenteurs du fructus personnellement. Cela rappelle le problème, évoqué au chapitre sur les interactions humaines, de l'agent qui poursuit son intérêt au détriment de celui du principal. La personne qui n'a que le fructus aurait tendance à s'accaparer des fruits, même au détriment de la préservation du capital, sur lequel il n'a pas de droit. C'était le problème des entreprises de l'ancienne Yougoslavie, comme l'a expliqué Pejovich[2]. Dans le droit civil, le problème se pose pour l'usufruit et pour les droits d'usage et d'habitation. On peut s'attendre à trouver au Code civil des dispositions visant à interdire au titulaire d'un de ces droits d'entreprendre des actes dont l'effet serait d'entamer les biens principaux sur lesquels repose son droit. Il est tenu d'en faire l'inventaire[3] et de souscrire une assurance pour garantir l'exécution de ses obligations[4], dont notamment celle de restituer les biens[5]. S'il abuse de son droit, il peut en être déchu[6].

771 Un effet analogue se produit lorsque, par décision d'autorité, on donne égal accès à une ressource rare à tous les membres d'un groupe : chacun maximi-

1. Fabre-Magnan 1997, 584 : « L'exclusivité est un caractère commun à tous les droits subjectifs ».
2. Sur la gestion dans les entreprises de l'ancienne Yougoslavie : Furubotn/Pejovich 1974a 250; see also, at 205 and Barzel 1989, c. 8 (Property rights and non-market allocation), 98-113.
3. 1142 C.c.Q.
4. 1144 C.c.Q.
5. 1167 C.c.Q.
6. 1168 C.c.Q.

2418 001-704 txt.fm Page 210 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

sera le profit qu'il peut en retirer personnellement, sans égard aux conséquences pour la préservation de la ressource : la ruine collective. Qu'on se rappelle, l'exemple des quotas de pêche : collectivement, les pêcheurs ont intérêt à les instaurer pour éviter la surpêche; cela n'empêche pas que chacun, poursuivant son intérêt personnel, essaie secrètement de dépasser son quota.

772 Lorsque les biens rares sont attribués par la violence – le plus fort pouvant écarter ou spolier les autres – les propriétaires choisiront les modes de gestion qui minimisent les effets de cette expropriation violente : ils viseront à extraire le maximum de fruits courants, même aux dépens du capital; et ils tenteront de conserver leurs gains dans des formes dissimulables (p. ex. enfouir son trésor) et transportables (p. ex. les bijoux portés sur soi). Enfin, si l'attribution se fait par favoritisme des détenteurs du pouvoir, les biens vont enrichir les bénéficiaires mais rien n'assure qu'ils seront déployés dans leur usage le plus valorisé. On devrait observer l'effet dans le taux de croissance du pays en question[1].

C. ABUSUS

773 La troisième prérogative, celle de l'*abusus*, permet au propriétaire de transférer son droit à une autre personne. Elle donne lieu à la création des marchés, à la concurrence et à la formation des prix. Ce qui importe ici est que cette prérogative renforce l'intérêt du propriétaire à la bonne gestion de sa propriété. C'est que l'usage envisagé par le propriétaire lui-même entre en concurrence avec des usages imaginés par d'autres personnes, qui pourraient lui proposer d'acheter l'objet s'ils prévoient de réaliser un rendement supérieur. Bien entendu, les acheteurs qui offrent des prix alléchants pour l'objet tablent sur un rendement supérieur dans de nouvelles utilisations qu'ils mettraient en place. Subissant eux-mêmes les conséquences des prévisions erronées, ils ont intérêt à éviter le plus possible de se tromper dans ces prévisions. C'est dire que la propriété *responsabilise* les acheteurs potentiels de propriétés en leur donnant l'intérêt à bien cibler leurs placements.

774 L'éventualité d'un achat (ou d'une vente) conduit à attacher aux différents usages des prix marchands, qui facilitent leur comparaison[2]. Lorsqu'on envisage la question sous l'angle de l'usage qui sera fait de l'objet, l'*abusus* fait en sorte que les choses finiront, moyennant les transferts nécessaires, entre les mains des personnes qui en feront l'usage le plus valorisé, tel que mesuré par les vendeurs et acheteurs successifs dans leurs ententes de transfert. Le propriétaire, même s'il ne peut faire lui-même l'usage le plus rentable de sa propriété, a néanmoins intérêt à bien conserver son bien afin de réaliser le meilleur prix au moment ultérieur de vendre à la personne qui entend entreprendre cette utilisation plus valorisée.

775 Nous venons de découvrir deux fonctions importantes de la propriété. Elle *informe* sur la valeur relative de l'usage actuel du bien. Elle *incite* à rechercher,

1. Voir par exemple, Gwartney/Lawson 2003, dont Tableau 7 (p. 230) montre la correspondance entre un indice de liberté faible et la croissance faible.
2. Sur le rôle de la monnaie comme instrument d'intermédiation, voir Harper 2003, 190-102; Leclerc 2005.

2418 001-704 txt.fm Page 211 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

éventuellement à inventer, l'usage le plus valorisé. Ces deux fonctions distinguent la propriété d'autres modes de gestion de la rareté, comme l'attribution par l'autorité compétente, l'accès égal pour tous ou la loterie.

776 L'avantage comparatif de la propriété parmi les institutions utilisées pour gérer la rareté tient aux deux traits évoqués (information et incitation) et à un troisième, qui est son caractère entièrement décentralisé : la qualité des résultats est jugée par les acteurs eux-mêmes, à travers leurs décisions d'acheter et de vendre, et non par quelque autorité publique. L'attrait continu de l'institution de la propriété de nos jours repose sur ces trois caractéristiques. Elles expliquent pourquoi les droits de propriété effectifs sont une condition essentielle pour le fonctionnement d'une économie de marché[1]. En outre, toute structure réunissant ces caractéristiques, quel qu'en soit le nom juridique, aura les effets du droit de propriété en ce sens large.

777 Compte tenu de l'intérêt persistant de l'institution à travers l'histoire, la question qu'il convient maintenant de poser est de savoir comment elle vient à régir de nouveaux objets, soit nouvellement découverts ou façonnés, soit existants mais nouvellement devenus rares. C'est ce que nous allons examiner dans ce qui suit.

□ 2 DYNAMIQUE : NOUVEAUX OBJETS[2]

A. L'ÉVOLUTION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ

778 La propriété sert à gérer la rareté. Or, la rareté évolue dans le temps. De nouveaux usages rendent rare une ressource qui était jusqu'alors laissée en accès ouvert comme abondante. La propriété doit être déployée, éventuellement dans de nouvelles formes, pour régir ces objets nouveaux.

779 De nombreux exemples de ce phénomène viennent à l'esprit. L'arrivée des blancs en Amérique du Nord et le commerce des fourrures qu'ils ont entrepris avec les Amérindiens a rendu rares les terres de chasse pour **ces derniers**; ils ont fini par instituer une forme de propriété sur les terres[3]. Après la découverte de la possibilité de transmettre des sons par ondes, il y eut, deuxième exemple, une course pour occuper les fréquences disponibles[4]. D'autres exemples peuvent être cités : la pratique juridique connaît aujourd'hui des formes de propriété sur la clientèle d'une entreprise ou d'un professionnel; on a désormais des droits exclusifs sur son image et sur sa vie privée, depuis que les moyens techniques modernes permettent à des tiers de les exploiter à leur profit. Dans les aéroports congestionnés, les droits d'atterrissage sont

1. Elle est l'une des quatre conditions du décollage économique évoquées par Bernstein 2004, les autres étant le rationalisme scientifique, des marchés de capitaux efficaces et des moyens de communication et de transport performants.
2. Voir plus en détail Mackaay 1996.
3. Demsetz 1967; l'exactitude historique des faits sur lesquels se base Demsetz est mise en doute dans McManus 1972.
4. McChesney 2003, 250 renvoyant à Hazlett 1990 et Coase 1959.

2418 001-704 txt.fm Page 212 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

parfois structurés de manière à constituer des mini-droits de propriété transférables[1]. L'innovation sur laquelle table de plus en plus consciemment notre société nous fait prendre conscience de la rareté du talent des créateurs, que nous nous sommes mis à stimuler au moyen de la propriété intellectuelle.

780 L'évolution de la propriété peut aussi aller dans le sens de la décomposition des droits existants pour mieux accommoder la rareté changeante et profiter de la spécialisation. Ainsi, la formule de la franchise décompose les droits dévolus auparavant au seul propriétaire d'une entreprise, pour les attribuer en partie au franchiseur, en partie au franchisé, ce qui permet notamment une meilleure gestion du risque et un contact direct avec la clientèle locale, tout en profitant par ailleurs de l'effet de réseau de la franchise. Tout cela serait plus difficilement réalisable ou à de plus grands frais au moyen d'une seule entreprise intégrée avec de nombreuses succursales. On connaît de même une décomposition de la propriété d'un édifice qui est divisé par appartements (division horizontale) ou en la formule du temps partagé dans l'usage des logements de villégiature. Le *leasing* fournit l'exemple d'une décomposition complexe de la propriété entre locateur, locataire et financier.

781 L'histoire juridique fournit ainsi de nombreux exemples de composition, de décomposition et de recomposition de droits régissant l'usage des choses rares. Ces droits ne sont pas nécessairement tous coiffés du titre de propriété au sens juridique. Ils sont néanmoins traités par les économistes comme des *property rights*, des droits exclusifs au sens large, en ce qu'ils confèrent le contrôle, l'usage de tout ou partie d'un objet et les fruits, de même qu'éventuellement la possibilité de transfert. Ils sont une condition nécessaire pour entreprendre une exploitation profitable de l'objet et, par ricochet, on doit s'attendre à observer les démarches pour assurer la reconnaissance de droits sur l'objet[2].

782 Les mouvements de composition, de décomposition et de recomposition de droits s'éclairent à la lumière des coûts (ou contraintes) et des avantages auxquels font face les personnes qui les recherchent. La définition des droits n'est plus alors considérée dans une analyse économique comme une contrainte externe, une donnée préalable au fonctionnement des marchés, mais, au contraire, fait elle-même partie de l'évolution du marché et est mue par les mêmes forces. Les droits de propriété étant une condition essentielle au fonctionnement des marchés capitalistes et produisant des effets bien visibles captés par les historiens, cette perspective fournit une nouvelle façon de lire l'histoire. C'est cette perspective qu'a **mise de l'avant(?)** le courant des *property rights*[3]. Récemment, de Soto l'a adoptée en attribuant les difficultés de démarrage dans les pays en voie de développement en Amérique latine au fait que la propriété juridique n'est pas entre les mains de ceux qui exercent les droits de propriété de fait, ce qui complique, pour les titulaires de fait, la tâche

1. Sur la gestion des droits d'atterrissage, voir Boyfield 2003; Bouckaert 1993, cité dans Bouckaert 1997a.
2. Voir Mackaay 1999.
3. Voir entre autres Furubotn/Pejovich 1972; Alchian/Demsetz 1973.

2418 001-704 txt.fm Page 213 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

d'obtenir du financement pour leurs entreprises et d'accomplir plusieurs autres activités qui font normalement partie de l'exploitation de leur entreprise[1].

B. MODES PRIVÉ ET PUBLIC DE DÉFINIR LES DROITS

783 Si l'institution de choix pour la gestion de la rareté est la propriété, il importe de savoir comment son emprise sera étendue aux nouveaux objets rares; en d'autres mots, par quel processus les droits sur de nouveaux objets seront définis. La première réponse, évidente dans notre culture juridique moderne avec sa panoplie de lois, sera la formulation explicite des nouveaux droits par l'État (mode public). La définition des droits fait partie de la mission étatique essentielle de soutenir l'ordre juridique. Ce n'est pas cependant la seule voie pour arriver à une reconnaissance des droits. La reconnaissance peut aussi intervenir par voie privée. La définition privée de la propriété a une fort longue histoire : selon Hayek, elle a précédé l'éclosion de la plus primitive des cultures[2]. Elle opère de façon informelle et décentralisée avant même une éventuelle consécration par la loi et possiblement en vue de la préparer. Il importe de clarifier comment fonctionne la définition privée des droits.

C. LA DÉFINITION PRIVÉE DES DROITS

784 Pour comprendre comment s'opère la définition privée des droits, il convient de se rappeler les quatre caractéristiques de la propriété évoquées ci-dessus. Toute propriété présuppose la maîtrise effective de l'objet visé (*exclusivité*). La maîtrise doit permettre au propriétaire d'utiliser tout ou partie de l'objet et d'en récolter les fruits. Les trois caractéristiques réunies forment un droit exclusif minimal. Ce qui multiplierait les effets bénéfiques et en ferait, aux yeux de certains, une véritable propriété est le quatrième facteur, la transmissibilité.

785 L'*usus* et le *fructus* sont disponibles dès lors que le contrôle exclusif est assuré. Ils ne posent pas de problème tant que l'usage envisagé n'occasionne pas d'interférence avec l'usage que font d'autres personnes de leur propriété – on parle alors d'externalité – ou même avec un usage disponible pour l'ensemble de la communauté, auquel cas l'usage envisagé pourrait être considéré comme contraire à l'ordre public. La transmissibilité, quatrième caractéristique, peut être assurée dans la mesure où la liberté contractuelle. À titre d'exemple, Libecap explique comment des droits d'exploitation minière dans les profondeurs sous-terraines du Nevada ont pu être définis de cette façon par des accords entre différentes personnes engagées dans cette exploitation[3]. Dans le cas d'une création intellectuelle dont on veut transmettre des exemplaires,

1. De Soto 2001.
2. Hayek 1973, p. 108. « There is no question now that the recognition of property preceded the rise of even the most primitive cultures, and that certainly all that we call civilization has grown on the basis of that spontaneous order of actions which is made possible by the delimitation of protected domains of individuals or groups. Although the socialist thinking of our time has succeeded in bringing this insight under the suspicion of being ideologically inspired, it is as well demonstrated a scientific truth as any we have attained in this field. » Aussi Parisi 2004.
3. Voir Libecap 1978, 343; Libecap 1989, c. 3, 29-50.

2418 001-704 txt.fm Page 214 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

tout en conservant le contrôle de l'œuvre ou de l'invention dont ils sont tirés, on peut y arriver au moyen d'un montage contractuel stipulant le respect du droit d'origine et imposant à l'acquéreur de l'exemplaire l'obligation de le faire respecter par tout sous-acquéreur. Cela sera d'autant plus facile que le nombre d'intéressés potentiels est restreint et connu. C'est cet aspect contractuel qui a inspiré à Libecap le titre pour l'ensemble du processus : la propriété par le contrat (*contracting for property rights*)[1]. L'exploitation d'un secret commercial (*secret de fabrique*) reconnu dans la tradition de common law procède essentiellement suivant ce modèle.

786 Le facteur névralgique est, sans doute, l'exclusivité. Dans le cas des terres, l'exclusivité nécessaire pour la propriété est d'habitude assurée par une clôture ou un fossé. Les clôtures sont une condition essentielle et, normalement, suffisante pour créer un droit de propriété au sens large. De nouvelles techniques de clore rendent les droits de propriété viables ou plus viables. Elles peuvent donner lieu à des avances spectaculaires dans la gestion des ressources rares. Considérez, à titre d'exemple, l'invention du fil barbelé, qui, aux États-Unis, a permis de réduire de façon spectaculaire la dimension des terrains nécessaires pour pratiquer l'élevage du bétail[2].

787 L'exclusivité repose normalement sur des barrières physiques : les clôtures déjà évoquées; les serrures; le blindage des portes dans les appartements parisiens; les systèmes d'alarme dans les maisons[3]; les rigoles et le fil barbelé pour les terres; le cryptage pour des informations de tous ordres; le *papier non copiable* sur des photocopieurs; le brouillage pour les signaux transmis par voie hertzienne ou par le câble.

788 On peut cependant enclore sa propriété autrement que par des barrières physiques. À titre d'exemple, le marquage du bétail constitue un moyen suffisant de clôturer au sein d'une communauté d'éleveurs de bêtes, qui les laissent par ailleurs se promener librement. Le couplage d'un bien ou service public avec un service exclusif (comme l'adhésion à une organisation) peut constituer une clôture, comme l'a fait remarquer Olson[4]. Un montage contractuel par lequel une partie permet à l'autre, à des conditions précises, l'accès à un secret commercial en sa possession joue le rôle de clôture. Les associations de producteurs industriels peuvent être dépositaires de connaissances protégées que les membres rendent disponibles aux autres sous condition de réciprocité. Les associations rendent disponibles ces connaissances aux membres suivant les modalités fixées dans un règlement interne applicable à tous[5]. Elles réalisent ainsi une autre forme de clôture virtuelle.

789 Dans le domaine du logiciel, les politiques de mise à niveau limitées aux usagers inscrits d'exemplaires licites agissent également, à un certain degré et

1. Libecap 1989.
2. Ellickson 1991, 25 ss; Ellickson 1993, 1330; Aussi, Anderson/Leal 1991, 29.
3. Alston et al. 1996, 31.
4. Olson 1965.
5. Considérer les pratiques qui ont eu cours avant la reconnaissance législative des obtentions végétales en France et dont il sera question ci-dessous (Hermitte 1988).

2418 001-704 txt.fm Page 215 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

conjointement avec d'autres mesures, comme clôture pour le logiciel[1]. Les autres mesures peuvent prendre notamment la forme de la surveillance et des poursuites entreprises collectivement par la Software Publishers Association, la Business Software Alliance et d'autres groupes semblables. Les sanctions juridiques, qu'elles soient imposées à la suite d'actions civiles (pour la protection d'un secret commercial par exemple) ou de poursuites pénales intentées aux « pirates », et même la menace de telles actions, agissent comme éléments de clôture. La protection de ce que sont maintenant les marques de commerce était assurée, à l'origine, par des actions en responsabilité intentées par des marchands qui avaient développé une bonne réputation contre les concurrents tentant de détourner leur clientèle, qui abusaient de leurs signes distinctifs tout en proposant des marchandises de qualité moindre : des actes parasitaires ou de *passing off*. D'une manière générale, « […] les institutions constituent également des techniques pour faire respecter des droits; elles sont souvent créées dans l'intention de réduire les coûts de transaction et d'augmenter ainsi la valeur des biens en question »[2].

790 En somme, l'exclusivité peut être assurée par un éventail ouvert de moyens matériels ou commerciaux, ainsi que par le contrat ou par le droit de la responsabilité civile et pénale, à l'encontre de ceux avec qui on ne peut conclure de contrats. Convenons d'appeler « clôtures » (*fences*) toute cette gamme d'outils, de techniques et d'arrangements – matériels ou techniques, commerciaux, communautaires, juridiques, institutionnels – conçus et employés pour assurer une mesure de contrôle exclusif sur une ressource rare.

791 Qu'est-ce qui constitue une clôture adéquate ? Le terme pourrait laisser croire que seule une fermeture hermétique ferait l'affaire. Mais cela n'est pas exact. Un droit de propriété peut être viable même si la clôture n'est pas à toute épreuve[3]. Le risque de cambriolage n'empêche pas les gens d'acheter des maisons; mais le danger de pillage récurrent les en retiendrait sûrement. Les « trous » dans la clôture, de même que les frais engagés pour les activités, comme celle de patrouiller, visant à réduire les pertes résultant de ce qui passe par ces trous (coulage; fuites), sont simplement des coûts de l'exploitation de la propriété pour le propriétaire.

792 Mieux les fuites dans la clôture sont bouchées, mieux le propriétaire peut exploiter sa propriété. Pour chaque démarche visant à rendre la clôture un peu plus imperméable, le propriétaire doit se demander si son coût se justifie au regard des pertes que cela lui permet d'éviter ou du profit supplémentaire qu'il peut réaliser. Globalement le droit de propriété présente un intérêt tant qu'il offre au propriétaire, compte tenu de l'exploitation qu'il entend en faire et du coût de maintenir l'exclusivité, un rendement net supérieur, ou du

1. Rose 1995.
2. Merges 1994, 2679 (trad.). Merges fait état de plusieurs associations aux États-Unis qui ont été formées pour créer et protéger des droits informels de leurs membres.
3. « [E]xclusivity is frequently a matter of degree ». Cheung 1970, repr. dans : Furubotn/Pejovich 1974, 27. Ou pour reprendre Rose 1995 : « Cops have plenty of experience in sweeping the public markets clean enough for business ».

2418 001-704 txt.fm Page 216 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

moins comparable, à d'autres placements envisageables de son argent et de ses talents.

793 Un raisonnement analogue permet de déterminer si une nouvelle technique de clôturage présente un intérêt. La réponse est affirmative tant que le revenu supplémentaire réalisable grâce à la plus grande exclusivité créée par la nouvelle clôture excède le coût additionnel de celle-ci, compte tenu, s'il y a lieu, des économies résultant de l'abandon de l'ancienne clôture[1]. La nouvelle technique de clôturage peut être inventée par le propriétaire lui-même, mais peut aussi être l'invention d'un tiers qui la lui propose par le marché.

794 Les clôtures fonctionnent comme d'autres biens économiques. Proposer une nouvelle forme de clôture sur le marché est un acte d'entrepreneurship : il faut convaincre les clients potentiels de son utilité; il y a un risque commercial, pour lequel l'entrepreneur qui réussit veut être rémunéré. Les clôtures existantes peuvent devenir obsolètes par l'arrivée de clôtures plus performantes ou moins chères. Considérez, à titre d'illustration, comment la clôture matérielle que constituait l'imprimerie autrefois se fissure sous l'impact de la photocopie et d'autres techniques de copiage, telle la numérisation. Affirmer qu'un droit de propriété n'est plus viable pourrait signifier simplement que la technique de clôture sur laquelle ce droit est fondé n'est plus aussi bonne qu'elle l'a déjà été; il incombe alors au propriétaire d'en mettre une nouvelle en place.

795 Les gains réalisables pour le propriétaire grâce à une meilleure clôture étendent ainsi leurs effets incitatifs aux inventeurs de clôtures. Plus généralement, l'effet incitatif du droit exclusif s'étend, au-delà de la gestion prudente de l'objet du droit, à la recherche des moyens d'exclusion qui rendent ce droit viable ou qui augmentent son effectivité.

796 Nous avons maintenant en mains les éléments pour comprendre le processus de définition privée des droits. Si l'on peut s'assurer le contrôle matériel suffisant (façonner une clôture) sur une ressource jusqu'alors laissée en accès libre, on peut de ce fait mettre en place une forme élémentaire de propriété, vu que l'usus, le fructus et l'abusus sont alors disponibles, ce dernier élément grâce à la liberté contractuelle. En simplifiant un peu, on pourrait dire que contrôle + liberté contractuelle = prototype de propriété. La personne qui pense pouvoir faire une exploitation profitable d'une ressource en accès ouvert doit déterminer si le rendement prévu s'il se l'approprie suffit pour assumer le coût de la constitution initiale et du maintien subséquent de la clôture[2]. Il est possible que la constitution initiale de la clôture présuppose une redéfinition de droits existants (par exemple, lorsqu'on retire quelque

1. Le principe est exposé par de Jasay 1994a, 57. De Jasay examine ensuite les façons dont les propriétaires peuvent externaliser une partie du coût d'exclusion à la communauté, par le biais d'une organisation étatique ayant pour mandat de faire respecter les droits de propriété. Cette dernière considération paraît être l'explication principale de l'apparition première des droits intellectuels sous forme de privilèges accordés par le prince, du XVe jusqu'au XVIIIe siècle. Voir Seignette 1994, 7-24.
2. Anderson/Hill 2003, 118-141.

2418 001-704 txt.fm Page 217 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

chose de l'accès ouvert) et que les titulaires en place n'y consentent, éventuellement de manière opportuniste, que moyennant dédommagement. Cela touchera le coût de l'exclusivité, mais ne change pas la logique générale évoquée ici.

797 La définition privée de la propriété comporte la consigne à l'aspirant propriétaire de construire sa propre clôture[1]. La nouvelle clôture sera bâtie avec des objets sur lesquels la propriété est déjà admise, en d'autres mots qui font partie de l'ordre privé. Si le propriétaire est en principe responsable de la qualité de la clôture, il évitera d'étendre son emprise au-delà de ce qu'il saura profitablement exploiter : le coût de clôturer augmente avec l'étendue de l'emprise et finira par devenir prohibitif si le rendement de l'exploitation ne croît pas dans les mêmes proportions.

798 Le discours juridique sous-entend souvent que la propriété ne peut exister que moyennant reconnaissance par l'État et assurée d'une protection publique. Cette façon de voir risque de cacher une partie importante de l'économie. De Soto explique comment, dans plusieurs pays en voie de développement, une partie importante de l'économie fonctionne sans que les exploitants aient un titre reconnu par le système juridique sur les ressources exploitées. Cette exploitation est néanmoins possible du fait qu'ils ont une exclusivité de fait suffisante. Cette exclusivité lui a été rappelée, durant une visite à l'île de Bali, par les chiens qui gardent les petites exploitations agricoles : chaque fois qu'il franchissait la limite d'un terrain, un chien différent se mettait à aboyer[2].

799 Dans bon nombre de domaines, les sociétés occidentales ont historiquement permis cette logique de définition privée ou de « capture »[3]. Les intéressés ont pu la rechercher par cupidité ou par « goût de puissance », pour assurer la dignité humaine, ou encore pour mettre fin à un conflit à propos d'une ressource jusqu'alors gérée en commun[4]. Quoi qu'il en soit, la tolérance de la logique de capture traduit une position implicite sur le plan éthique.

800 L'explication doit sans doute être recherchée dans l'effet incitatif de la propriété : en mains privées, les ressources rares sont promises à une utilisation plus profitable qu'en accès ouvert; les retombées du gain se feront normalement sentir non seulement pour le nouveau propriétaire, mais aussi ailleurs dans la communauté, quitte éventuellement à ce qu'une partie des gains ainsi réalisés soit redistribuée[5]. L'apport du droit privé à la « croissance économique » (pour l'ensemble de la communauté) a pu être découvert « par dessus le marché ». Cet apport n'en est pas moins réel et permet de comprendre notre attachement actuel à l'institution du droit de propriété privée[6].

801 Un bel exemple de définition privée des droits reprise par le législateur est l'historique des obtentions végétales en France, relaté par Marie-Angèle Her-

1. De Jasay 1994a, 58; Mackaay 1996.
2. De Soto 2001, 170-171, 178 et 189; Friedman 2000, 119, 123 a noté le rôle historique des chiens apprivoisés parmi les moyens de clôturage des terres.
3. De Soto 2001, 107-108 Eggertson 2005, 186-189 donne plusieurs exemples historiques de définition privée de droits.
4. Voir Mackaay 1988.
5. De Alessi 2003, p. 90-111.
6. Voir North/Thomas 1973; Landes 1998; Gwartney/Lawson 2003.

2418 001-704 txt.fm Page 218 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

mitte[1]. Au début du XXe siècle, des associations de cultivateurs français ont vu l'intérêt de droits de propriété sur des inventions en matière de variété de plantes. Ces droits pourraient permettre le financement de laboratoires qui développeraient ces inventions et les commercialiseraient auprès des cultivateurs intéressés. L'idée a dû paraître d'autant plus intéressante qu'au cours des vingt années précédentes, les grands traités internationaux en matière de droit d'auteur et de brevets avaient vu le jour[2]. La demande adressée au Parlement français de consacrer de tels droits par une loi a toutefois, après de longs débats, été refusée au motif que la propriété intellectuelle ne devrait pas s'appliquer aux produits de la nature.

802 Fin de l'histoire ? Non pas, car les cultivateurs ont alors décidé d'exploiter les inventions au sein de leurs associations régionales, fédérées dans des associations nationales. Des règles de régie interne – montages contractuels – déterminaient à quelles conditions, financières et autres, les membres pouvaient avoir accès aux nouvelles inventions, établissaient des interdictions de les passer à des non-membres et l'obligation de détruire les cultures advenant que le membre mette fin à son appartenance à l'association. Ces structures définissaient une sorte de quasi-propriété exploitée par les associations et permettent de faire fructifier les laboratoires de développement. La formule a permis d'accumuler de l'expérience sur la question de savoir si la protection de certains produits naturels engendre des effets bénéfiques. L'expérience, dans ce cas, a été plutôt concluante, au point où le législateur français, en 1970, a pu formuler la loi sur la protection des obtentions végétales en s'inspirant directement de l'expérience vécue[3]. L'initiative privée avait ainsi « préfiguré » le droit qui a été codifié par la suite.

803 Un aspect de l'expérience mérite d'être relevé. La viabilité de cette « expérimentation » présuppose qu'on puisse empêcher les fuites qui se produisent lorsque des personnes obtiennent les fruits de la recherche, par le biais d'un membre perfide, mais difficile à identifier, sans contribuer aux frais de la recherche. Le système juridique peut ici soutenir le processus de définition privée des droits, en sanctionnant les fuites au moyen de doctrines de responsabilité extracontractuelle, comme les actes parasitaires. L'opération est cependant délicate, car les tribunaux doivent, en sanctionnant le tiers resquilleur qui profite de la fuite, éviter de se faire les complices de démarches visant à cartéliser l'industrie. Ils doivent donc vérifier si les règles de l'association ne portent que sur le maintien de l'exclusivité des inventions et ne touchent pas les prix pratiqués par les cultivateurs ni ne restreignent la quantité des produits de culture mis en marché, ce qui pourrait constituer une diminution de

1. Hermitte 1988, 40-82.
2. Les Conventions de Paris en matière de propriété industrielle (1883) et de Berne, en matière de droit d'auteur (1886).
3. *Loi n° 70-489 du 11 juin 1970 sur la protection des obtentions végétales,* dont le contenu a été transposé aux art. 623-1 s. du *Code de la Propriété Intellectuelle (Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle)*; Hermitte 1988; aussi Mackaay 1991b. En outre, avait été conclue à Paris, le 2 décembre 1961, la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales.

2418 001-704 txt.fm Page 219 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

la concurrence. Commentant la décision de la Cour suprême américaine de 1941 interdisant l'Association des concepteurs de vêtements de mode (Fashion Originators'Guild of America) comme un cartel anticoncurrentiel, Merges regrette que la Cour n'ait pas nuancé son jugement, en condamnant la pratique de fixer les prix tout en admettant celles qui visaient à maintenir une forme de propriété sur les dessins de mode[1].

804 Libecap, qui a beaucoup écrit sur la définition privée des droits par voie contractuelle, démontre comment ce processus a fonctionné aux États-Unis dans des secteurs aussi variés que l'exploitation minière en général et pétrolière en particulier, les pêches en haute mer, le défrichement de terres appartenant au gouvernement fédéral américain[2]. D'autres recherches lui ont permis d'observer le même phénomène pour les terres en friche en Amazonie brésilienne[3].

D. UNE COMPARAISON DES MODES DE DÉFINITION

805 Les droits peuvent être définis par voie privée ou par l'autorité publique spécialement habilitée pour le faire. Dans quelles circonstances choisira-t-on l'une ou l'autre de ces voies ? McChesney 2003[4] étudie les coûts comparatifs de ces modes de gouvernance.

806 La définition privée des droits entraîne trois types de coûts, les coûts de transaction, les coûts de l'exclusivité et les coûts liés à la « course à l'appropriation ». Examinons-les à tour de rôle.

807 Les coûts de transaction sont engagés pour s'entendre avec les personnes qui pourraient faire valoir des prétentions concurrentes sur ce qu'on voudrait s'approprier (et réciproquement). Ces coûts augmentent à mesure que le cercle de ces personnes croît en nombre, en raison d'abord de la difficulté de contacter toutes les personnes concernées, puis du fait des comportements stratégiques des uns et des autres.

808 Une fois les droits définis, il faut les faire respecter, c'est-à-dire assurer que les clôtures soient érigées et renferment effectivement la ressource rare. Ce sont les coûts de l'exclusivité. Si, dans l'allocation initiale des droits, une partie des personnes intéressées ne s'est rien vu attribuer ou trouve autrement son sort détérioré, elles n'ont pas intérêt à respecter les clôtures et pourraient s'en prendre au bien d'autrui, même par violence. Il y a, en outre, celles qui cherchent subrepticement, par cupidité, à augmenter leur part aux dépens des autres. La protection de son bien par tout un chacun consomme des ressources rares qui sont soustraites aux activités directement productives. La violence est coûteuse[5]. Les propriétaires concernés ont intérêt à se demander

1. Merges 1996, 1364, commentant *Fashion Originators'Guild of America, Inc.* v. *FTC*, (1941) 312 U.S. 457.
2. Libecap 1989 et dans d'autres publications.
3. Libecap 2003, 150.
4. McChesney 2003.
5. Haddock 2003, 177.

2418 001-704 txt.fm Page 220 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

comment minimiser ces coûts, plus précisément si une mise en commun des efforts de protection des droits permet de réaliser des économies.

809 Il faut prévoir, en dernier lieu, un troisième type de coût qui tient à l'effet incitatif du droit à définir. Devant la perspective de réaliser des gains importants si l'on obtient un droit de propriété sur une ressource jusqu'alors gérée en accès ouvert, chacun a intérêt à se précipiter à faire valoir ses revendications, même si les perspectives sont encore fort incertaines. Il en résulterait une « course à l'appropriation » qui pourrait entraîner un gaspillage[1].

810 Il est permis de penser que l'État a un avantage comparatif relativement à ces trois types de coûts, du moins pour une partie. Incorporant, par sa nature même, une procédure de décision, plus ou moins démocratique selon les cas, pour des collectivités aux dimensions variables, il réduit les coûts – de transaction – du premier type. L'État ayant le monopole de la contrainte, ou du moins un rendement d'échelle déterminant dans l'usage de la force, il réduit les coûts – d'exclusivité – du deuxième type. Le droit défini par l'État peut paraître plus certain que celui qui résulte de la seule définition privée. Pour illustrer l'importance du monopole de la contrainte, McChesney nous rappelle l'histoire de l'Irlande du Nord : les accords de paix, avec création d'un gouvernement unifié, ont régulièrement échoué aussi longtemps que les parties opposées refusaient de rendre leurs armes[2]. Quant à la course à l'appropriation, l'État peut en réduire les effets, en s'attribuant à lui-même la propriété initialement, en déterminant le moment à partir duquel l'appropriation privée est admise ou en prévoyant une procédure pour l'attribution initiale des droits.

811 La création des droits de propriété serait-elle donc toujours et en entier mieux assurée par la voie étatique ? Pas forcément, car le fonctionnement de l'État entraîne à son tour des coûts qui ne font pas partie de la définition privée des droits. Les coûts sont de plusieurs ordres.

812 Il y a d'abord un problème d'information : les personnes qui ont la charge de décider, au nom de l'État, s'il faut « privatiser » une ressource n'ont pas forcément accès à l'information indiquant les avantages et les coûts de cette privatisation que perçoivent les acteurs privés[3].

813 Il s'agit là d'un problème général soulevé, dès les années 1920 et 1930, par les économistes de l'école autrichienne, comme Mises et Hayek, à l'encontre des économistes socialistes, au soutien de leur thèse que l'organisation socialiste de l'économie n'est pas viable[4]. Le planificateur central ne peut jamais disposer de toute la connaissance dispersée des circonstances de temps et de lieu sur lesquelles les acteurs privés se fondent pour décider si une action vaut la peine ou non[5]. Ce manque insurmontable de connaissance pourrait ame-

1. McChesney 2003, 233 s.
2. McChesney 2003, 231.
3. McChesney 2003, 239.
4. Kirzner 1989; Lavoie 1985; sur l'école autrichienne en général, voir Harper 2003 et l'excellent exposé sur le site de l'histoire économique : http://cepa.newschool.edu/het/schools/austrian.htm
5. Hayek 1945, 524 écrit : « the economic problem of society is mainly one of adaptation to changes in particular circumstances of time and place ».

2418 001-704 txt.fm Page 221 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

ner l'État à attribuer les nouveaux droits à des personnes autres que celles qui en feraient l'usage le plus valorisé.

814 En deuxième lieu, le fonctionnement de l'État risque d'être sujet au clientélisme (*recherche de rentes*[1]). Même là où l'attribution initiale des droits peut être corrigée facilement grâce à des coûts de transaction faibles, elle n'est pas indifférente, car elle confère une richesse aux attributaires initiaux[2]. Les bénéficiaires peuvent être les amis du dictateur ou, en démocratie représentative, les membres de groupes d'intérêt qui soutiennent le gouvernement en place.

815 En dernier lieu, le fonctionnement de l'État soulève un problème d'agence, en ce que l'État doit agir par l'entremise de personnes – politiciens ou fonctionnaires – dont l'intérêt ne coïncide pas nécessairement avec l'intérêt général et qui ne peuvent être surveillées complètement. La discrétion dont disposent ces personnes risque d'être exercée conformément à leur vision des choses ou même à leurs intérêts privés, et non forcément dans l'intérêt général, qui est la mission de l'État[3].

816 McChesney soutient, en apportant des exemples historiques tirés de l'attribution des terres aux États-Unis, que ces trois facteurs, réunis ou séparément, peuvent avoir – et ont eu de fait – trois effets indésirables. Premièrement, les droits de propriété peuvent être définis de manière inefficace, par exemple par la création ou la conservation d'une propriété étatique sur des ressources qui se prêtent bien à l'exploitation privée ou par l'attribution de la propriété aux mauvaises personnes. Sous une apparence de propriété, des droits peuvent être définis de manière à restreindre l'accès au marché; ils consacrent alors un cartel ou accordent un monopole. Le cartel et le monopole restreignent la quantité d'un bien disponible dans le marché, alors que la propriété n'a pas cet effet et est, au contraire, une condition de l'établissement du marché et de la concurrence.

817 En deuxième lieu, il peut y avoir des pressions politiques pour que les droits de propriété ne soient pas définis du tout, laissant les objets en accès ouvert. On doit prévoir alors l'épuisement de la ressource par suite de surexploitation.

818 En troisième lieu, l'intervention gouvernementale peut paradoxalement détruire des droits de propriété existants ou en voie de formation. L'État assez fort pour assurer la protection de la propriété l'est aussi pour spolier le propriétaire de son bien au profit des détenteurs du pouvoir ou des personnes qu'ils entendent favoriser[4]. Le pire exemple à l'heure actuelle est sans doute celui du Zimbabwe, où le gouvernement soutient des groupes qui s'affairent à déposséder de manière violente les propriétaires de leurs terres[5]. Le risque de spoliation a des conséquences néfastes sur l'effet incitatif de la propriété et, par voie de ricochet, sur la création de la richesse : il oriente l'exploitation de la propriété vers ce qui procure au propriétaire des fruits à court terme, qui peuvent être cachés ou facilement déplacés, au détriment de la

1. Voir le chapitre consacré à l'ordre politique et le pouvoir.
2. McChesney 2003, 239=240; Tullock 1967, 1993.
3. McChesney 2003, 240.
4. Haddock 2003, 165, 187 (nt 28).
5. McChesney 2003, 248.

2418 001-704 txt.fm Page 222 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

rentabilisation à long terme et de la création de biens capitaux relativement immobiles à court terme.

819 De manière plus subtile, l'intervention gouvernementale en matière d'utilisation des ondes hertziennes aux États-Unis a eu, aux yeux de McChesney, des effets pervers analogues. Lorsque les Américains ont découvert la viabilité des émissions radiophoniques au début du vingtième siècle, une course pour occuper les ondes s'est déclenchée aux quatre coins du pays, les ondes hertziennes étant traitées comme une ressource à accès ouvert[1]. On s'attendrait alors à un processus de définition privée des droits, par la voie de la reconnaissance des droits de première occupation. Vers 1927, le chaos initial était en train de se résorber grâce à l'action des tribunaux étatiques notamment. Or, le gouvernement fédéral américain, n'ayant aucune influence sur le processus, s'est avisé d'intervenir pour « exproprier » les ondes et en prendre le contrôle afin d'instituer un processus d'attribution de licences administré par la Federal Radio Commission, prédécesseur de la Federal Communications Commission. L'inefficacité de ce système a été décriée dans plusieurs études bien documentées[2].

820 De ce qui précède il est permis de conclure que la voie optimale pour arriver à l'articulation de droits de propriété sur de nouveaux objets variera selon les circonstances. Quelle que soit la voie par laquelle est réalisée la première articulation, il y a cependant intérêt à ce que le système juridique reprenne la nouvelle institution à son compte pour l'intégrer dans le tissu des institutions existantes. De Soto a attiré l'attention sur ce qui arrive si le droit ne suit pas l'évolution sociale sur ce point[3]. En traitant de l'économie grise des « squatters » en Amérique latine, il rappelle que l'exploitation d'une ressource dont on a le contrôle de fait mais sur laquelle on n'a pas de titre juridique est certes possible, mais est chargée d'incertitudes : le squatter peut en être délogé sans formalités, sauf à payer des pots-de-vin à ceux qui viennent inspecter et une sorte d'impôt à la mafia qui assure la protection locale; il peut transférer sa situation à une autre personne qu'il faut cependant trouver dans un cercle restreint, ce qui réduit le prix qu'il peut obtenir; la situation irrégulière rend difficile l'obtention de prêts, vu que la ressource ne peut être offerte en sûreté.

821 Pour le juriste, le squatter n'a pas de droit; mais pour l'économiste, il est néanmoins utile de lui reconnaître un droit de fait – un *property right* au sens large – en ce que la forme du « droit » qu'a l'exploitant principal détermine le type d'usage qui sera fait de la ressource. Un droit imparfait ou non reconnu sur le plan du droit risque de mener à une exploitation particulière et probablement non optimale. Le propriétaire « de fait » cherchera à minimiser les inconvénients de sa situation irrégulière pour tirer le meilleur rendement de sa « propriété » dans les circonstances.

822 La reconnaissance juridique des droits emporte une contribution de l'État à leur protection. Hirshleifer observe que :

1. Lueck 2003 et McChesney 2003, 250.
2. Coase 1959; Hazlett 1990.
3. De Soto 2001.

2418 001-704 txt.fm Page 223 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

> « le fondement même de l'État repose sur la publicisation – le déplacement du secteur privé vers le secteur public – d'une bonne partie des activités coûteuses de patrouiller et de surveiller imposées par la nécessité de protéger les biens de production contre la redistribution par des intrus. Sans ces activités de police de l'État que nous appelons droit, les systèmes humains de propriété n'auraient jamais progressé au-delà de démarcations territoriales garanties par supériorité de force locale. »[1]

823 Pour tout propriétaire, les moyens consacrés à la protection de sa propriété diminuent les ressources disponibles pour son utilisation productive. La violence, qu'elle soit défensive ou qu'elle vise à spolier autrui de son bien, est coûteuse[2]. L'État a accès à d'importants rendements d'échelle dans la protection de la propriété par voie collective. Plus précisément, il est intéressant d'étendre la protection publique tant qu'un cran de protection supplémentaire coûte moins cher que ce que les propriétaires dépenseraient individuellement pour assurer la même protection par eux-mêmes. Comme le coût de la protection publique augmente cependant à mesure qu'elle devient plus spécifique pour chaque propriété, alors qu'elle diminue pour les propriétaires, il vient un point au-delà duquel la protection par les propriétaires eux-mêmes est l'option la moins onéreuse.

824 La répartition des tâches qui en découle minimise le fardeau global de la défense de la propriété. La protection publique de la propriété n'est que le complément de la mission qui incombe au titulaire lui-même de protéger son droit[3]. Le droit assure le respect d'arrangements qui sont essentiellement viables, non pas ceux qui périclitent ou dont le titulaire se désintéresse. La répartition peut varier d'un type de bien à un autre, d'une société à une autre et d'une époque à une autre. Comme le dit si bien Zénati, « un législateur économe se devrait de n'agir en la matière [renforcement d'une protection incommode ou peu efficace] que pour faciliter l'appropriation d'une chose qui, par sa nature, ne l'est pas aisément »[4].

SECTION 2
MISE EN ŒUVRE

□ 1 OBJET

A. UNIVERSALITÉ DE L'APPROPRIATION

825 La logique développée dans la première partie suggère que, à mesure que nous découvrons différentes façons d'utiliser les choses autour de nous, elles

1. Hishleifer 1983, xx, écrit : « The very foundation of the state rests upon the publicization–the shift from the private to the public sector–of much of the costly patrolling and monitoring dictated by the need to protect productive assets from being redistributed to intruding claimants. Were it not for this state policing that we call law, human systems of property never would have advanced beyond mere territorial sequesterings backed by local preponderance of power ».
2. Haddock 2003, 177 s.
3. De Jasay 1994a, 58.
4. Zénati 1988, 20-21.

2418 001-704 txt.fm Page 224 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

seront retirées de l'accessibilité ouverte et soumises à une forme de propriété. Progressivement, le droit de propriété verrait son emprise étendue à l'ensemble des choses devenues rares; l'appropriation serait universelle. La logique pourrait en outre laisser entendre que l'usage le plus valorisé serait atteint lorsqu'elles sont soumises à une forme de propriété privée.

826 Ce serait cependant oublier qu'il y a aussi des coûts à la création et au maintien de la propriété[1]. Certaines choses ne se prêtent pas, avec les techniques que nous connaissons actuellement, à l'appropriation : les *res communes* du droit romain. C'est le cas de l'air ambiant et des océans. Les êtres humains ont néanmoins imaginé de multiples usages pour ces ressources et, de ce fait, elles sont devenues rares. Les océans sont utilisés pour le transport des marchandises et des personnes, pour la pêche, pour la natation, pour la navigation de plaisance et même comme récipients de déchets de processus industriels. L'air ambiant fournit l'oxygène aux êtres vivants mais est utilisé en même temps pour le transport aérien et pour recevoir les gaz rejetés des processus industriels. Tant que ces usages peuvent coexister sans trop se gêner mutuellement et que les usagers forment un groupe restreint, une réglementation légère au moyen de normes du milieu peut suffire pour leur gestion[2]. Lorsque des conflits deviennent plus nombreux et plus graves, leur gestion est assumée par les États, comme dans la réglementation de la pêche en haute mer à l'intérieur des zones élargies de 200 milles depuis les côtes. Pour l'air ambiant, l'État gère la rareté en établissant des limites de pollution tolérables; dans certains cas, on expérimente avec des permis négociables de rejeter une quantité définie de pollution[3]. Il s'agit là d'une simulation partielle des effets de la propriété privée : un marché s'établit pour les permis; la pollution se voit ainsi affecter un prix, qui dépend des besoins qu'en ont les industriels; le titulaire du permis prend conscience (*internalise*) du coût de ces actes. La difficulté ici est d'établir la quantité totale de pollution que l'environnement (c'est-à-dire les usages envisagés par d'autres usagers) peut « supporter » et de faire respecter les droits de tirage limité qui sont accordés. Si ces *res communes* ne font pas l'objet d'une propriété à proprement parler, elles sont néanmoins soumises à un contrôle qui vise la gestion de la rareté.

827 Très semblables à ces choses communes sont les ressources qui, bien que se prêtant à l'appropriation privée, doivent demeurer en accessibilité générale pour le bien de la communauté – les *res publicae* du droit romain : les chemins, routes, et rues, les fleuves et rivières, les ports, les havres, pour reprendre l'énumération qu'en donne l'art. 538 du Code civil français. La situation particulière de ces ressources vient de ce qu'elles sont essentielles à l'exploitation des choses en propriété privée, pour le commerce ou d'autres usages, mais que la densité d'utilisation est telle qu'une réglementation informelle par des normes communautaires ne suffirait plus pour écarter le risque de surconsommation, si

1. Posner 2003, 33.
2. Rose 1986, 739 s, 758 s.
3. Rose 2002 fait une excellente analyse des *tradeable environmental allowances* – TEA. Voir aussi Anderson 1991, Bouckaert 1997a.

2418 001-704 txt.fm Page 225 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

elles étaient laissées en accès ouvert, ni le risque de bastion[1] qui se poserait si elles étaient gérées en propriétés privées. L'expérience désastreuse des péages qui ont existé sur les routes et les ponts dans certaines régions d'Europe jusque dans l'histoire assez récente est là pour rappeler la nature de ce dernier risque.

828 Il y a une deuxième raison, symétrique, de créer la *res publica*. C'est que le commerce crée un effet de réseau : plus on est nombreux à y participer, plus sont grandes les possibilités de faire des affaires profitables. Le profit supplémentaire, la *rente*, de l'activité accrue justifierait la destination publique donnée aux voies d'accès générales[2].

829 Les *res publicae* sont gérées par l'État ou sous sa surveillance de manière à assurer une accessibilité générale tout en maintenant la ressource en état de servir. Selon les pays, elles peuvent être traitées comme une forme de propriété de l'État ou être désignées autrement. Il est clair cependant qu'il s'agit d'une forme de propriété distincte de la propriété privée par sa mission dite de *domaine public*[3], qui impose des règles particulières pour l'exploitation, le transfert et la prescription.

830 Historiquement, les terres en friche ont souvent été considérées comme appartenant au souverain, qui pouvait alors en confier l'exploitation à des particuliers, par bail ou en vendant les terres. Les États-Unis ont connu ce régime au XIXe siècle pour les terres ouvertes à la frontière occidentale des États déjà développés. L'appropriation par le souverain peut satisfaire la cupidité des dirigeants. Elle peut aussi cependant remplir la mission utile d'éviter la course aux ressources ouvertes, avec la violence et autres gaspillages afférents déjà évoqués. Cela n'a pas empêché, aux États-Unis, une certaine mesure de *squatting*, mais qui a été régularisé par la suite, le but étant manifestement d'arriver à terme à une appropriation des terres par ceux qui étaient le mieux aptes à les mettre en culture[4].

831 En droit moderne, très peu de biens tangibles demeurent en accessibilité ouverte; presque tous sont en principe soumis à une forme de propriété. Le Code français énonce que les biens vacants et sans maître appartiennent à l'État[5]. Cette disposition doit être lue comme s'appliquant uniquement aux immeubles[6], comme le prévoit expressément le droit québécois[7]. L'accessibilité ouverte de la propriété des immeubles engendrerait sans doute une incertitude trop coûteuse. En matière mobilière, la règle diffère : un meuble vacant peut être approprié par la personne qui signale sa volonté de s'en porter propriétaire, en en prenant possession[8]. Mais la classe des meubles vacants est restreinte : on n'y trouve que les choses abandonnées, les trésors enfouis et les animaux sauvages.

1. Voir le chapitre consacré aux interactions humaines.
2. Rose 1986, 770 et Rose 2003.
3. Zénati 1988, nº 19, p. 28.
4. De Soto 2000, 107-108.
5. 539 et 713 Code civil français (CCfr).
6. Carbonnier 1995, nº 240, p. 414.
7. 936 C.c.Q.
8. 935 C.c.Q.

2418 001-704 txt.fm Page 226 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

832 Les êtres humains ont sur leur personne des droits qui se conforment en leur essence à la structure esquissée, même s'ils ne sont pas appelés propriété[1]. La liberté individuelle nous paraît principalement composée de droits privés non transférables, parfois appelés droits de la personnalité, portant sur sa personne, son corps, son nom, son image, sa réputation, ses renseignements personnels, son intimité. Ces droits sont assortis d'un éventail de garanties, parfois élevées au rang de droits fondamentaux, visant à endiguer des empiétements sur ce droit par la puissance publique au-delà de la nécessité[2].

833 Si cette thèse est juste, la formulation des droits de la personnalité devrait suivre la dynamique générale de l'émergence des droits privés. L'opportunité d'expliciter un droit privé sur un nouvel objet ne sera ressentie qu'au moment où plusieurs usages deviennent envisageables (rareté). Pour les droits de la personnalité, l'intérêt de les articuler à notre époque est venu justement de ce que les nouvelles technologies permettent de leur porter des atteintes qui jusqu'alors étaient pratiquement exclues en raison de leur coût prohibitif.

834 En assurant l'emprise générale de l'institution de la propriété sur les objets du monde tangible, le droit contribue à l'efficacité économique en orientant ainsi les biens vers leur usage le plus valorisé.

B. MEUBLES ET IMMEUBLES

835 L'ossature de la propriété est la réunion, en exclusivité, de l'usage, des fruits et de la faculté de transfert. Il faut cependant remplir cette formule abstraite de contenu, qui variera selon la nature de l'objet.

836 La doctrine fait habituellement, dès les premières pages consacrées au droit des biens, la distinction, fondamentale, des meubles et des immeubles. D'un point de vue économique, la distinction se justifie du fait que la spécification de la propriété varie significativement entre ces deux classes de biens. Les immeubles présentent, du moins était-ce traditionnellement le cas, une part importante de la valeur du patrimoine du propriétaire. La valeur justifie des précautions particulières pour le transfert afin d'éviter l'incertitude au sujet du titulaire, les fraudes mais aussi le regret du propriétaire vendeur : contrat formel; système d'enregistrement; délai de prescription acquisitive plus long que pour les meubles.

837 Les immeubles, par leur nature, ne se prêtent pas au déplacement. Cela permet de dispenser des précautions qui sont essentielles pour maintenir le contrôle des choses que l'on peut déplacer. Ils peuvent ainsi faire l'objet d'un droit de

1. Cf. la thèse soutenue dans Baudouin/Labrusse-Riou 1987, p. 188 : « L'homme a ainsi récupéré ou acquis sur son propre corps un pouvoir de disposition qui n'est pas non plus nécessairement tributaire de l'analyse classique du « droit de propriété »«. Comme nous le verrons, la différence essentielle nous semble résider dans le caractère inaliénable de la plupart des prérogatives du droit sur son corps.
2. Il n'y a pas lieu ici d'étudier la dynamique de l'émergence des libertés publiques. Qu'il suffise d'insister sur le nombre et la diversité des conditions devant être réunies pour qu'on en vienne à contrer un abus de pouvoir vécu par la formulation de droits fondamentaux. Voir Mackaay 1986, 83 et Mackaay 1997a.

2418 001-704 txt.fm Page 227 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

sûreté sans dépossession, l'hypothèque, et n'ont pas besoin de règles, importantes en matière de meubles, qui déterminent la propriété de l'objet s'il est négocié après un vol ou une autre forme de dépossession du propriétaire.

838 C'est dire que ce que l'on désigne du seul nom de propriété prend des colorations variables selon les caractéristiques de son objet, tout en incorporant les traits essentiels de l'institution. On peut s'attendre à ce que cette variabilité s'étende aux particularités de nouveaux biens situés entre ces deux catégories, comme les biens immatriculés (navires, aéronefs, automobiles), ou les entreprises. De même, la propriété des objets intangibles, comme les créations de l'esprit ou les données personnelles, l'image et la réputation de la personne, prendra-t-elle des formes particulières dictées par leur objet. Mais elles respectent la dynamique générale de la propriété en ce que ces droits nouveaux ne seront mis en forme qu'au moment où leur objet devient rare.

C. NOUVEAUX OBJETS

839 La propriété est une institution à vocation générale qui peut être étendue à de nouveaux objets. Au cours de l'histoire, on a assisté ainsi à la mise en place de formes de propriété sur l'entreprise, sur les fonds de commerce et les clientèles associées, sur l'électricité. Les joueurs de sport professionnels ont avec leurs clubs des contrats qui permettent à ces derniers de négocier les droits aux services des joueurs. Dans certains aéroports, le droit d'atterrissage et d'accès à un point précis des installations aéroportuaires est rendu négociable et agit comme un « simili-droit » de propriété[1]. D'aucuns préconisent des solutions semblables pour les ondes hertziennes. Récemment, on a reconnu un droit au respect de la réputation et de la vie privée, qui peut être sanctionné, en France, même par ordonnance en référé[2]; le *Code civil du Québec* lui consacre un chapitre entier, détaillant les intérêts que ce droit a vocation de protéger[3]. De même, la personne humaine est déclarée inviolable et a droit à son intégrité[4]. Le Code français déclare que les corps humains, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, et sont donc *a fortiori* exclus du commerce. On admet néanmoins que l'individu puisse consentir au transfert d'un organe. Il faut donc penser que l'individu a, sur sa personne, un droit exclusif non transférable. Ce droit se conforme à la maquette de la propriété esquissée ci-dessus, abstraction faite de l'abusus.

840 Pourquoi reconnaître toutes ces institutions comme des formes de propriété ? C'est que la théorie de la propriété comporte des leçons sur l'émergence des droits. Elle prévoit que les droits ne seront articulés qu'au moment où une multiplicité d'usages devient possible, ce qui fait apparaître la rareté et peut donner lieu à des conflits. La propriété est une réponse à ce développement et elle est en principe accessible aux intéressés dès lors qu'on peut assurer un minimum d'exclusivité. L'exclusivité jointe à la liberté contractuelle et

1. Boyfield 2003; Bouckaert 1993, cité dans Bouckaert 1997a.
2. 9 CCfr; 35 C.c.Q.
3. 35 s. CCQ, en particulier 36 C.c.Q.
4. 16, 16-1 s. CCfr; 10 C.c.Q.

2418 001-704 txt.fm Page 228 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

un appui jurisprudentiel sous forme de sanction des actes purement parasitaires permettent, comme nous l'avons exposé ci-dessus, de « préfigurer » un droit sur le nouvel objet. Le législateur peut par la suite consacrer ce droit dans la loi. Si les contrats au sujet de ce nouvel objet risquent de donner lieu au regret – le commerce étant trop tentant – on serait bien avisé de renforcer dans un premier temps les précautions pour les actes par lesquels l'intéressé s'engage à se départir de l'objet ou, au contraire, à l'acquérir, pour abandonner ces précautions à mesure que ce risque est mieux connu et contrôlé : baliser un processus de tâtonnement qui évolue à mesure que l'ampleur et la nature du risque de regret se précisent.

841 La propriété, quelle qu'en soit la forme, même prototypique, crée une incitation à la gestion prudente et à l'innovation; elle provoque la création de marchés dont la mission est de faciliter la rencontre des offrants et des demandeurs d'objets et renforce les effets incitatifs de la propriété. Les marchés provoquent la création d'informations sur les objets négociés et une certaine standardisation. Les objets évoluent ainsi plus rapidement vers leur usage le plus valorisé.

842 Pour avoir accédé à ces bienfaits, il faut comprendre le processus d'émergence de nouveaux droits : ce qu'il peut accomplir de manière autonome, mais aussi ses limites; s'il faut encadrer le nouveau phénomène, il convient de se rappeler les caractéristiques générales de la propriété en formulant la nouvelle institution. Parfois il peut être utile de s'en rappeler même à titre d'exercice de plume, pour mieux saisir les qualités et faiblesses des institutions mises en place pour encadrer un phénomène, comme l'ont fait Elisabeth Landes et Richard Posner, de manière provocante, en imaginant à quoi ressemblerait un marché portant sur les droits d'élever un enfant et en le comparant avec la procédure d'adoption en vigueur[1].

□ 2 TITULAIRE

A. TITULAIRE UNIQUE

843 La logique de la propriété exposée au présent chapitre milite en faveur d'un seul décideur. C'est la personne qui prendra les décisions sur l'usage de la ressource et qui ressentira directement les effets de ces décisions (la boucle de rétroaction); c'est encore cette personne qui seule décidera de vendre ou de conserver, ce qui réduit les coûts de transaction par comparaison à une multiplicité de décideurs.

844 Si la propriété à titulaire unique est la formule « normale », encore est-il intéressant de se demander qui doit être désigné titulaire. La question est pertinente dans l'hypothèse où plusieurs personnes contribuent à la mise en valeur de la ressource, comme c'est le cas pour un film ou un autre travail d'une équipe importante. Mais elle surgit également dans le contexte fort différent de l'Amérique latine évoqué par de Soto, où les « squatters » exploitent

1. Landes/Posner 1978. Voir l'analyse du mariage comme contrat à long terme proposé dans Cohen 1987 et revu dans Cohen 2002.

2418 001-704 txt.fm Page 229 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

de facto une ressource dont la propriété appartient à un propriétaire autre, à un organisme public, voire au gouvernement[1]. Il explique comment l'absence d'un titre officiel complique singulièrement, pour les squatters, l'exploitation de la ressource et son financement[2].

845 L'analyse économique du droit pose que la propriété devrait appartenir à la personne qui est la mieux à même d'assurer la mise en valeur (ou l'exploitation profitable) de la ressource[3]. Si cette personne n'avait pas la propriété au départ, il faut s'attendre, en suivant la logique exposée au chapitre consacré au théorème de Coase, à ce qu'elle l'achète à quiconque en serait titulaire, puisqu'elle en ferait un usage plus valorisé (plus rentable) que ce dernier, alors que la transaction inverse est exclue, étant donné qu'un rendement inférieur ne permet pas de dédommager complètement le titulaire « plus productif » pour l'amener à céder sa propriété. En ces circonstances, il vaut mieux attribuer immédiatement la propriété à la personne en question de manière à faire l'économie d'une transaction.

846 La thèse indiquant qui est propriétaire a d'abord un caractère descriptif : on s'attend à ce que, à long terme, la propriété soit attribuée dans le sens indiqué. Mais cette réponse n'est pas complète car les coûts de transaction peuvent être importants et empêcher la transaction présumée; le long terme peut être très long. La thèse peut donc aussi être lue de manière normative, portant qu'il est souhaitable d'attribuer la propriété à la personne qui en ferait l'usage le plus valorisé.

847 De Soto soutient que, au cours de leur histoire, les droits des pays développés ont en fait adopté cette dernière thèse, en régularisant périodiquement les situations irrégulières qui s'étaient développées en marge du droit existant par la migration des personnes en quête d'un sort meilleur. Historiquement, les migrations se sont régulièrement heurtées, et continuent de se heurter aujourd'hui, à des législations visant à empêcher ces déplacements. Ce serait le cas des pays en voie de développement comme le Pérou, le Brésil, le Mexique, sans compter les bidonvilles des anciennes colonies françaises en Afrique ou les *shantytowns* des anciennes colonies anglaises[4]. Les migrants créent alors une réalité en marge du droit; ils améliorent des terres ou exploitent des commerces sans en être légalement titulaires. Pourtant c'est ici qu'on trouve une source importante d'innovations. L'intérêt général est donc bien servi par des formules qui régularisent ces activités. Cette formule ne peut toutefois être appliquée trop souvent ni à la légère, car cela minerait la sécurité de la propriété qui relève, elle aussi, de l'intérêt général, comme condition du développement économique.

848 De Soto explique comment au cours des quatre derniers siècles la création d'activités en marge de la légalité et leur régularisation subséquente s'est pro-

1. De Soto 2001, c. 4.
2. De Soto 2000, 84; voir aussi notre chapitre consacré au marché noir.
3. « We expect that the party with the most control over the variability would become residual claimant (though in the case here I do not know who that should be). » (Barzel 2003, 52).
4. De Soto 2000, 86.

2418 001-704 txt.fm Page 230 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

duite en Europe[1] et également aux États-Unis pour le défrichement des terres. Dans ce dernier pays, le *Homesteading Act* de 1862, qui accordait 160 acres de terre en propriété aux occupants, était moins une libéralité que la consécration d'une situation qui s'était développée sur le terrain[2]. Le propos de De Soto est de montrer que les pays en voie de développement font maintenant face au même défi. Ils sont soumis aux pressions pour faire respecter la propriété établie, en même temps que la logique que nous venons d'évoquer les pousserait à accorder la propriété de ressources aux personnes qui contribuent le plus à leur mise en valeur.

849 De Soto note, citant une source américaine, qu'une loi de 1642 de l'État de Virginie avait déjà permis au possesseur sans droit de recouvrer auprès du propriétaire qui revendique les impenses faites au profit de la propriété. Si le propriétaire refusait de rembourser, le possesseur pouvait alors acquérir la terre à un prix déterminé par un jury local[3]. Cette loi a été reprise dans plusieurs autres États américains. Il est intéressant de rapprocher ces solutions des formules, déjà évoquées, du Code civil québécois en matière d'empiètement mineur[4] et de remboursement des impenses nécessaires faites par le possesseur sans droit[5].

B. TITULAIRES MULTIPLES

850 Si la propriété à titulaire unique est sans doute la formule la plus répandue, elle n'est pas unique. Il y a également de nombreux cas où une ressource rare est exploitée par des formes de propriété donnant des droits à plusieurs personnes en même temps.

851 On rencontre cette formule dans les droits démembrés, comme le bail emphytéotique ou l'usufruit sur une propriété : le preneur ou l'usufruitier et le nu-propriétaire partagent les prérogatives appartenant au propriétaire; leurs droits sont complémentaires. La pluralité de titulaires se retrouve, mais différemment, dans ce que les économistes appellent des « *club goods* »[6], des biens appartenant à un groupe restreint de personnes et destinés à l'usage de tous les membres. Le « club » peut être une société civile, l'association des copropriétaires dans le cas d'un immeuble divisé par appartements, d'autres associations ayant plusieurs membres, des régions de pêche réservées à une communauté de pêcheurs, des entreprises, et bien d'autres[7]. Ce qui caracté-

1. De Soto 2000, 93 s., traitant de la migration vers les villes.
2. De Soto 2000, 107-108. Anderson/Hill 2003, 126 s. ont une lecture moins optimiste de cette étape de l'histoire américaine.
3. De Soto 2000, 119.
4. 992 C.c.Q.
5. 958 s. C.c.Q.; en France, on analyse cette règle comme résultant d'un quasi-contrat d'enrichissement sans cause (1371 CCfr).
6. Buchanan 1965; Comes/Sandler 1996.
7. Rose 2002, 234 cite des exemples historiques et contemporains : les communautés de pêcheurs en Turquie, les communautés d'éleveurs de bétail en haute montagne en Suisse et au Japon, les cultivateurs profitant de systèmes d'irrigation en Espagne, la gestion forestière en Inde et en Indonésie, la gestion des marécages en Angleterre.

2418 001-704 txt.fm Page 231 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

rise ces situations est que les membres ont en principe les mêmes droits sur le bien appartenant au groupe. L'institution crée une forme de partage entre les membres. On pourrait parler ici de copropriété en un sens large.

852 Il importe de ne pas confondre ces situations de pluralité de titulaires ayant tous accès à la ressource commune avec celle d'une ressource à accès ouvert. L'accès ouvert à une ressource permet à quiconque de l'accaparer ou de l'exploiter comme bon lui semble. La formule est viable pour les ressources abondantes. Dans toute autre hypothèse – et ce sera le cas d'à peu près tout ce qui est tangible autour de nous – elle risque de conduire à l'épuisement de la ressource, soit par la surconsommation, soit par l'absence d'incitation à la créer ou l'entretenir. C'est la tragédie des vaines pâtures (*commons*) évoquée par Garrett Hardin[1] et dont nous avons traité au chapitre sur les rapports entre individus. La tragédie résulte de la tendance de chacun, agissant rationnellement, à pratiquer le resquillage ou à jouer au bastion dans les cas où une collaboration de nombreux joueurs est nécessaire pour assurer le bien commun. Il en résulte que toutes les formules de pluralité de titulaires doivent prévoir ce risque et réglementer l'accès à la ressource. Ce qui nous intéresse est la façon précise dont cette restriction sera agencée.

853 Dans ce qui suit, il sera d'abord question des droits démembrés qui entraînent un fractionnement de la propriété avec des droits complémentaires pour les intéressés, puis de la copropriété, qui accorde des droits en principe égaux aux bénéficiaires.

1. Droits démembrés

854 Il arrive que le propriétaire ne veuille pas ou ne puisse pas exploiter lui-même sa propriété. Il peut alors s'entendre avec quelqu'un pour le faire à sa place. Le point délicat de l'entente est d'assurer que la personne ainsi engagée a l'intérêt suffisant pour améliorer l'exploitation, étant donné que les fruits de ces efforts profiteront au propriétaire. Il faut s'attendre à ce que normalement la personne engagée tourne ses efforts vers ce qui lui profite personnellement, mais non au propriétaire, ce qui nous ramène au problème économique de l'agence.

855 Pour améliorer la structure incitative pour la personne à qui le propriétaire fait appel, celle-ci devrait pouvoir garder tout ou partie conséquente des fruits résultant de l'exploitation, la propriété demeurant cependant acquise au propriétaire. Une option est alors le bail. Le partage des fruits se réalise par la variante du bail à métayage[2]. Si le propriétaire est intéressé à ce que le preneur construise et exploite un édifice sur la propriété, il faut assurer au preneur un droit suffisamment étendu dans le temps pour lui permettre d'amortir le coût de construction, vu que l'édifice appartiendra par accession au propriétaire du fonds. Le bail doit donc être conclu pour une longue durée.

856 La formule du bail, valable entre parties, peut cependant être inadéquate pour assurer le financement de l'édifice par des tiers (banques). D'une manière

1. Hardin 1968; et la révision en Hardin 1998.
2. Cheung 1968; Ourliac 1969, 291, 301.

2418 001-704 txt.fm Page 232 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

générale, la personne qui exploite une propriété par entente avec le propriétaire risque de se faire déloger si le propriétaire décide de vendre ou si la propriété est autrement transférée à un tiers. L'exploitation présuppose donc des droits opposables aux tiers. Pour créer de tels droits, les systèmes civilistes opèrent un démembrement de la propriété. Ils reconnaissent un nombre circonscrit de droits réels démembrés : le bail emphytéotique[1], l'usufruit[2], le droit d'usage et d'habitation[3], les servitudes[4] et le droit de superficie[5]. Nous traitons d'abord de la question du nombre restreint de droits démembrés reconnus (la doctrine du *numerus clausus*), ensuite de l'usufruit, principal droit démembré, en dehors des servitudes, qui seront étudiées après les développements sur les rapports de voisinage.

a. La doctrine du numerus clausus

857 L'opposabilité aux tiers soulève, à son tour, des questions, car pour que les tiers acquéreurs et fournisseurs de crédit à charge de sûreté acceptent de s'engager, il faut leur donner effectivement connaissance des charges ou des restrictions qui grèvent la propriété. C'est au premier chef la publicité foncière qui vise à l'assurer. Elle se concrétise par l'inscription dans les registres fonciers, tenus, au Québec, au bureau de la publicité foncière[6]. En plus de la publicité elle-même, la connaissance effective des tiers est facilitée par la limitation de la variété de droits susceptibles d'inscription. C'est la doctrine du *numerus clausus :* les droits réels ne peuvent, en droit civil, prendre qu'une des formes prévues par le Code.

858 La restriction imposée par le *numerus clausus* doit être contrastée avec l'infinité d'arrangements que les parties peuvent prévoir entre elles, mais dont les charges, en principe, ne touchent pas les tiers[7]. Mattei estime qu'en présence de registres fiables, il n'y a plus de raison de limiter la variété de ce qui est susceptible d'inscription aux registres au titre de droits réels[8]. La plupart des analyses consacrées au *numerus clausus*[9] mettent cependant en évidence le danger qu'il y aurait à exposer les tiers à une infinité de charges potentielles, même inscrites sur les registres. La rationalité limitée risquerait d'empêcher les tiers d'apprécier les différences subtiles dans la formulation des charges,

1. 1195 s. C.c.Q.; en droit français, le bail emphytéotique est régi en dehors du Code civil Code rural 451-1 – Carbonnier 1995, nº 185, p. 329.
2. 1120 s. C.c.Q.; 578 s. CCfr.
3. 1172 C.c.Q. (Le code québécois utilise le terme plus simple « l'usage »); 625 CCfr.
4. 1177 C.c.Q.; 640 s. CCfr.
5. 1011 et 1110-1118 C.c.Q. Ce droit n'est pas expressément reconnu dans le Code civil français, mais résulterait de la renonciation par le propriétaire du sol au droit d'accession fondé sur l'art. 553 CCfr. En l'absence de telle renonciation, le propriétaire du sol acquiert la propriété des ouvrages ou plantations érigés par un tiers, mais à charge, si celui-ci est de bonne foi, de dédommagement suivant les modalités prévues à l'art. 555, al. 3 CCfr.
6. Le *Code civil du Québec* consacre désormais son livre neuvième (art. 2934-3075.1) à la publicité des droits. En droit français, voir les dispositions du Code relatives à l'inscription des privilèges et des hypothèques (art. 2146 s.).
7. Doctrine de l'effet relatif des contrats, codifié, au Québec, dans l'art. 1440 C.c.Q.
8. Mattei 2000, 92.
9. Rudden 1987; Merrill/Smith 2000; Hansmann/Kraakman 2002.

2418 001-704 txt.fm Page 233 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

compliquant la vérification avant l'achat ou l'octroi du crédit, et ouvrant la porte à des comportements stratégiques à leurs dépens.

859 En outre, compte tenu que les charges réelles opposables aux tiers sont généralement de longue durée, leur multiplication créerait le risque d'une dysfonction durable – une indisponibilité effective – dans les configurations de la propriété : l'*anti-commons*, que le droit doit éviter[1].

b. L'usufruit

860 Le droit réel de l'usufruit permet à l'usufruitier « d'user et de jouir, pendant un certain temps, d'un bien appartenant à un autre, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance »[2]. Les droits d'usage et d'habitation en sont des variantes, accordées à titre personnel et permettant de retirer des fruits jusqu'à concurrence des besoins du bénéficiaire et de sa famille.

861 L'usufruit a plusieurs applications. Il peut servir par exemple, comme l'a souligné un auteur, en cas de multipropriété ou de protection de l'environnement par des organismes environnementaux qui ne peuvent ou ne veulent acquérir la propriété[3].

862 Du point de vue de l'analyse économique du droit, l'usufruit, par la séparation des prérogatives qu'il opère, pose le problème de la structure incitative pour l'usufruitier. L'usufruitier a le contrôle effectif de l'objet, mais non la propriété, qui doit être rendue à la fin de l'usufruit. Rationnellement, l'usufruitier a donc intérêt à exploiter au maximum l'objet de son droit, ce qui lui procure des fruits qu'il s'approprie, quitte à négliger le maintien du capital, qui lui échappe. Au cours de l'histoire, cette forme d'opportunisme a dû se manifester régulièrement et sous différentes formes. Les codes civils consacrent la sagesse accumulée par un éventail de dispositions cherchant à contrer l'opportunisme.

863 L'usufruit est établi pour une durée limitée, ce qui restreint l'indisponibilité de l'objet. Au Québec, la durée maximale est fixée à cent ans[4]. En droit français, un résultat semblable est atteint par la reconnaissance de la mort de l'usufruitier personne physique comme cause d'extinction[5] et par le plafonnement de l'usufruit accordé à une personne morale à trente ans[6].

1. Depoorter/Parisi 2003. Le risque d'un *anti-commons* est également invoqué pour limiter le pouvoir du propriétaire de contrôler la destination de sa propriété au-delà de sa mort sous forme de fidéicommis successifs, institution dont on avait abusé au Moyen-Âge pour figer la propriété pendant des générations (Ourliac/de Malafosse 1968, 527; Walker 1980, v° Fideicommissum). Shavell 2004 discute de la question sous le titre de « dead hand » (chapitre 9, § 9) Dans le même ordre d'idées, comme le prévoit expressément le Code du Québec, la durée du bail emphytéotique (1197 C.c.Q.), le bail ordinaire (1880 C.c.Q.), de l'usufruit (1123 C.c.Q.) et de la rente, viagère ou non (2376 C.c.Q.) ne peut excéder les 100 ans.
2. 1120 C.c.Q.; 578 CCfr.
3. Lamontagne 2005, n° 494, p. 327.
4. 1123 C.c.Q.
5. 617 CCfr.
6. 619 CCfr.

2418 001-704 txt.fm Page 234 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

864 L'usufruitier ne peut exercer son droit qu'après avoir fait l'inventaire des biens qui y ont soumis[1]. Cette précaution vise manifestement à limiter la possibilité de détournement opportuniste de la part de l'usufruitier. L'usufruitier doit en outre fournir sûreté pour assurer l'exécution de ses obligations de bonne gestion et de remboursement à la fin de l'usufruit[2]. À défaut de sûreté, les biens soumis à l'usufruit peuvent être soustraits à son contrôle[3].

865 D'une manière générale, l'usufruitier peut s'approprier les fruits naturels et civils, mais ne peut vendre ou faire d'autres actes de disposition à l'égard du bien soumis à son droit. L'usufruitier peut cependant disposer des choses consomptibles, mais l'opportunisme potentiel est circonscrit par la charge d'en rendre de semblables en pareille quantité et qualité[4]. Pour les choses qui, bien que non consomptibles, se détériorent rapidement à l'usage, l'usufruitier peut en disposer, mais également à charge d'en rendre la valeur à la fin de l'usufruit[5].

866 L'obligation de préserver le capital entraîne une division parfois incommode des droits. Ainsi, s'agissant du droit de vote attaché à une action ou autre valeur mobilière, c'est l'usufruitier qui l'exerce, sauf lorsqu'il porte sur un vote pouvant modifier la substance, comme le capital social ou le bien détenu en copropriété, ce vote appartenant au nu-propriétaire[6]. Le bail, bien que formellement un rapport bilatéral, a en pratique une telle importance, notamment en milieu rural, que le droit de l'accorder, en droit français, n'est reconnu à l'usufruitier que **moyennent(?)** accord du nu-propriétaire ou avec un effet restreint à l'égard de ce dernier[7]. Le droit québécois ne comporte pas de disposition formelle à cet effet[8], mais parvient au même résultat en considérant que l'usufruitier ne peut effectuer que des actes d'administration, et non de disposition, et que ces actes ne comprennent que des baux d'une durée inférieure à trois ans[9].

867 L'usufruitier a droit au remboursement de certaines dépenses effectuées pour le maintien du bien soumis à son usufruit, dont profite le nu-propriétaire à l'expiration de l'usufruit. Quelles dépenses doivent lui être remboursées ? Le risque est que le nu-propriétaire se voit chargé de dépenses qui profitent, à la vérité, surtout à l'usufruitier. Pour circonscrire ce risque d'opportunisme, le Code prévoit que seules les impenses nécessaires sont remboursables[10]. Le nu-propriétaire n'aurait eu le choix que de les engager également. L'usufruitier ne peut prétendre au remboursement d'améliorations ou de dépenses utiles ou d'agrément; il peut cependant les enlever – les glaces, tableaux et

1. 600 CCfr et 1142 C.c.Q.
2. 601 CCfr; 1144-1145 CCQ.
3. 1145 C.c.Q.; 602 CCfr.
4. 1127 C.c.Q.; 587 CCfr.
5. 1128 C.c.Q.; 589 CCfr.
6. 1134 C.c.Q.
7. 595 CCfr.
8. 1135 C.c.Q.
9. Lamontagne 1998, nº 510, p. 299.
10. 1137 C.c.Q.; 599 CCfr.

2418 001-704 txt.fm Page 235 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

autres ornements, comme le précise le Code français[1] – à la condition de remettre en état la chose soumise à son usufruit. Bien entendu, les règles étant ainsi clairement fixées, les parties peuvent, en bonne logique coaséenne, convenir différemment.

868 Les droits démembrés comportent des droits complémentaires pour les deux intéressés. Les droits doivent être détaillés pour chacun, ce qui limite le nombre de participants envisageables. Dans la copropriété, par contraste, les participants ont en principe tous les mêmes droits sur le bien appartenant à leur communauté. L'institution est envisageable pour les petits comme pour les grands groupes. C'est cette institution que nous allons étudier maintenant.

2. Copropriété

869 La littérature économique a mis au jour un grand éventail de situations dans lesquelles la copropriété est utilisée pour gérer des ressources « communautaires » : des zones de pêche, des pâtures en haute montagne, des systèmes d'irrigation, les eaux navigables partagées etc.[2]. Les codes civils prévoient plusieurs institutions de gestion de propriété commune : l'indivision en général; la copropriété des édifices divisés par appartements; la mitoyenneté, analysée ci-dessus ou encore la communauté résultant d'une convention matrimoniale.

a. Cadre théorique

870 La difficulté de l'agencement de la propriété commune provient des risques de l'accès ouvert (*common*), évoqués dans le récit de Hardin[3]. On doit donc s'attendre à ce que tout arrangement de copropriété comporte des règles visant à préserver le bien en commun, tout en fournissant à tous l'accès le plus large compatible avec cet objectif.

871 La variété des institutions mise au jour par la recherche sur le terrain est considérable. Souvent, les normes de fonctionnement sont fixées implicitement et les critères de décision sont articulés en termes de tradition ou de religion. Il n'empêche que, dans les communautés qui ont survécu et dont nous pouvons observer les modes de gouvernance, les membres ont découvert, au cours de l'histoire, les mécanismes aptes à gérer effectivement la rareté sur un mode collectif. Pour y voir clair, il est indispensable de disposer d'un cadre théorique qui englobe toutes les variantes. L'analyse économique peut ici rendre service en explicitant les contraintes dont les participants n'ont pas forcément conscience, mais qu'ils ont dû respecter en pratique et dont leurs institutions sont le reflet.

872 D'une manière générale, Eggertson observe qu'une forme de propriété vaut la peine si l'utilité obtenue grâce à elle dépasse la somme des coûts d'exclusivité et de gouvernance[4]. Pour que la copropriété soit intéressante pour les

1. 599 CCfr.
2. Voir Rose 2002, 234; Ostrom 1990; Epstein 2003a, 328 (pour les eaux navigables).
3. Hardin 1998. Voir notre chapitre sur les interactions humaines.
4. Eggertson 2003, 74 s.

2418 001-704 txt.fm Page 236 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

membres, il faut donc que l'utilité qu'ils en retirent justifie les coûts d'exclusivité et de gouvernance qu'elle entraîne et que le rendement net pour chacun soit supérieur à ce qu'il pourrait espérer obtenir par la propriété individuelle.

b. Exclusivité

873 La condition d'exclusivité peut être remplie lorsque l'exclusivité individuelle à l'intérieur d'une communauté est trop coûteuse à assurer, compte tenu du revenu retiré de la ressource, alors qu'elle est abordable pour l'ensemble de la communauté vis-à-vis de l'extérieur, comme c'est le cas des zones de pêche ou de chasse locales[1]. Bien entendu, cette configuration de coûts peut évoluer dans le temps par suite de découvertes techniques permettant de mieux rentabiliser ou de mieux clôturer une ressource et l'attrait relatif de la copropriété par rapport à d'autres institutions, dont la propriété individuelle avec sa structure incitative mieux ciblée, peut également évoluer.

874 Une étude récente, résumant des recherches depuis une trentaine d'années sur les *commons*, indique trois types de situations qui rendent intéressant le choix de la copropriété[2]. Il y a, en premier lieu, les cas où le coût de création ou de maintien de propriété individuelle est trop élevé. Il peut s'agir de coûts de transaction afférents à la constitution initiale, mais aussi de coûts de clôture subséquents. Parfois, il est prohibitif de clôturer pour les voisins immédiats, mais abordable de le faire, pour le groupe entier, à l'égard d'étrangers. En deuxième lieu, la copropriété peut s'imposer lorsque le rendement de la ressource est faible. Il faut présumer que les auteurs du triptyque visent ici les cas où le rendement ne justifie pas les coûts de clôture – avec la technologie connue – ce qui nous rapproche du cas précédent. Enfin, ils évoquent une troisième possibilité, celle où les revenus tirés de la ressource varient beaucoup d'un endroit à l'autre et apparaissent donc aux intéressés comme aléatoires. La mise en commun agit ici comme une assurance implicite. Le partage des idées scientifiques aurait-il pour partie cette explication ? Nous en discuterons au chapitre consacré à la propriété intellectuelle.

c. Gouvernance

875 Pour la viabilité de la copropriété, il faut aussi que les coûts de gouvernance au sein du groupe soient abordables. Plusieurs fonctions doivent être assurées au titre de gouvernance :

– *Préservation*; le droit d'utilisation par chacun de ce qui est rare dans la ressource commune doit être fixé, la contrainte essentielle étant la préservation de la ressource commune.

– *Contribution*; chacun contribue au maintien de la ressource commune.

– *Surveillance*; pour contrer l'opportunisme tricheur, une surveillance réciproque ou autre doit assurer que ces quotas sont respectés.

1. Voir par ex. Berkes 2002.
2. Dietz et al. 2002, 15; ce livre comporte un survol intéressant de la recherche théorique et sur le terrain de la gestion des ressources communes; voir aussi Dietz et al. 2003; Eggertson 2003, 74 s. et Anderson/Hill 2003, 129 s.

2418 001-704 txt.fm Page 237 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

– *Sanction*; en cas de violation, il faut pouvoir sanctionner, ce qui demande une procédure de résolution des conflits et éventuellement de décision et d'imposition de sanctions, éventuellement l'exclusion.

– *Adhésion*; il faut des règles relatives à l'admission de nouveaux membres et à la sortie de membres qui désirent se retirer.

– *Changement de destination*; enfin, il faut une procédure de décision collective pour le cas où un changement de circonstances impose une modification du mode d'exploitation de la ressource commune.

876 Dans tous les cas de procédure collective, se pose le risque de resquillage : chacun tentera de faire assumer par d'autres le fardeau associé à sa contribution au fonctionnement des institutions collectives. S'agissant de la décision collective, elle pose en outre le risque du bastion, qui augmente en fonction du nombre de membres. Si, pour contourner ce risque, on recourt à la décision majoritaire, il faut éviter l'opportunisme qui consiste pour le groupe majoritaire à imposer des coûts disproportionnels aux minoritaires.

877 On peut prévoir que les coûts de surveillance sont abordables au sein de petits groupes. Toutefois, la ressource commune peut dépasser l'emprise d'un groupe local et imposer une gestion à plus vaste échelle. On peut se demander dans quelle mesure, pour satisfaire aux deux contraintes des coûts de gouvernance et d'exclusivité en même temps, des structures de gestion par copropriété peuvent être réunies en des ensembles coopératifs plus larges et hiérarchisés, problème que la recherche désigne par le terme « *nesting* »[1]. La réponse est affirmative, mais il est entendu que les coûts de gouvernance changent de composition et même de nature aux niveaux supérieurs : la surveillance et les décisions au nom de la collectivité doivent être organisées différemment.

878 Les règles de gouvernance justifiées par l'appel aux traditions peuvent freiner l'adaptation aux changements de circonstances. Souvent l'observation superficielle a pu les faire apparaître comme des moyens de cartellisation, qu'on s'est empressé d'interdire par souci d'assurer un marché ouvert[2]. Le gouvernement fédéral canadien est tombé dans ce piège en matière de pêcheries à la côte Est du pays. La rareté n'a pas pour autant disparue, et peu après l'intervention, l'épuisement des stocks de poisson a provoqué une crise majeure, ce qui a amené le gouvernement canadien à décréter un moratoire sur la pêche. La morale de cette malheureuse histoire est qu'il faut comprendre les institutions en place avant de les abolir et s'assurer que celles que l'on crée pour les remplacer sont capables d'assurer leurs fonctions essentielles.

d. La copropriété dans le Code civil

879 L'analyse générale de la copropriété a mis en évidence un ensemble de caractéristiques essentielles pour la viabilité de l'institution. On devrait en retrouver le reflet entre autres dans les dispositions détaillées régissant la copropriété des appartements au Code civil, de même dans le droit des sociétés commerciales, comme nous le verrons dans le chapitre consacré à ce sujet.

1. Dietz 2003; Dietz 2002, 15; Rose 2002, 238-239, renvoyant à Ostrom 1990 et 1992.
2. Yandle 1998, 45, renvoyant à Ostrom 1990, 177; Berkes 2002.

2418 001-704 txt.fm Page 238 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

880 La copropriété indivise fait l'objet d'une réglementation détaillée au Code civil[1]. Elle reconnaît à chaque copropriétaire le droit d'utilisation sous réserve du droit des autres et de la conservation du bien commun[2]. Elle établit l'obligation pour tous de contribuer aux dépenses de maintien[3], jumelée à un droit au remboursement des impenses nécessaires pour ceux qui les ont engagées[4]. Enfin, est prévue la faculté pour chacun de provoquer la division[5].

881 La plus importante forme de copropriété divise aujourd'hui est la propriété des appartements[6]. Elle fait également l'objet d'une réglementation détaillée. Dans cette forme de copropriété, chaque lot ou quote-part est composé d'une partie privative correspondant à l'appartement et d'une participation dans les espaces communs, comme les passages et couloirs, les locaux de services communs, qui sont gardés en indivision. Le lot ou quote-part est transférable individuellement. L'affection des espaces privés et communs, de même que l'usage et l'administration des espaces communs sont régis par le règlement de la copropriété[7] ou, au Québec, la déclaration de copropriété[8].

882 Il convient d'attirer l'attention sur les règles relatives aux décisions collectives, qui doivent éviter l'indécision pouvant résulter de l'unanimité généralisée, tout en empêchant des majoritaires d'imposer de manière opportuniste leur volonté aux minoritaires. En droit français, les décisions courantes, à l'assemblée des copropriétaires, sont prises à la majorité des voix exprimées[9]. Certaines décisions, concernant notamment des travaux importants, demandent la majorité renforcée des copropriétaires[10]. D'autres, qui touchent en particulier les actes d'acquisition immobilière ou la modification du règlement, demandent une majorité des deux tiers des voix[11]. L'unanimité est nécessaire pour l'aliénation des parties communes dont la conservation est nécessaire au respect de la destination de l'immeuble[12]. En aucun cas, l'assemblée ne peut imposer à un copropriétaire une modification de la destination de sa partie privative ou des modalités de jouissance, telles qu'elles apparaissent au règlement[13]. Le droit québécois comporte une échelle comparable aux **art.** 1096 à 1101, la majorité la plus importante étant celle des trois quarts, représentant 90 % des voix de tous les copropriétaires. Les majorités qualifiées ne peuvent être modifiées par convention[14]. L'ensemble de cette échelle montre que les précautions sont accrues en fonction de la gravité

1. 1012-1037 C.c.Q.; 815-842 CCfr.
2. 1016 CCQ; 815-9 CCfr; 815-2 CCfr pour la conservation.
3. 1019-1020 C.c.Q.; 815-13 CCfr.
4. 1020 C.c.Q.; 815-3 CCfr.
5. 1030 s. C.c.Q.; 815 CCfr.
6. 1038-1109 C.c.Q.; loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, en France.
7. Art. 8, Loi du 10 juillet 1965.
8. 1038 et 1052 s. C.c.Q.
9. Art. 25, Loi du 10 juillet 1965.
10. Art. 26, Loi du 10 juillet 1965.
11. Art. 26, 1er al., Loi du 10 juillet 1965.
12. Art. 26, 3e al., Loi du 10 juillet 1965.
13. Art. 26, 2e al., Loi du 10 juillet 1965.
14. 1101 C.c.Q.

2418 001-704 txt.fm Page 239 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

des conséquences d'une mauvaise décision qu'**elle** permettent d'éviter. Tout se passe comme s'il s'agissait de minimiser le coût des décisions et des pertes occasionnées par de mauvaises décisions.

883 Après l'objet et le titulaire, nous devons maintenant étudier le troisième aspect de la mise en œuvre de la propriété, soit le mouvement de la propriété, par l'acquisition et la perte.

□ 3 ACQUISITION ET TRANSMISSION

884 L'acquisition de la propriété, sujet du livre troisième du Code civil français, s'opère par deux voies principales. On peut acquérir la propriété d'un objet qui n'appartient pas en tant que tel à autrui (mode d'acquisition dite « originaire »[1]) (B), ou l'obtenir par transmission d'une autre personne qui en est déjà propriétaire (acquisition dite « dérivée ») (C). Ces modes d'acquisition et de transmission ne s'appliquent toutefois pas aux biens que le droit place hors du commerce, question dont il faut traiter en premier lieu (A).

A. LES CHOSES HORS DU COMMERCE

885 La troisième caractéristique de la propriété, la transmissibilité, place les biens appropriés dans le commerce; elle est le fondement des marchés. Certains biens sont exclus du marché. En droit, on les qualifie de hors commerce[2], d'intransmissibles, d'incessibles[3], de non transférables, d'indisponibles ou d'inaliénables[4].

886 La question est de savoir pourquoi certains biens sont retirés du marché, considérant que les marchés tendent à faire évoluer les biens vers les usages les plus valorisés. La question a été abordée par Calabresi et Melamed, en 1972, dans un article désormais classique[5]. Ils regroupent les raisons invoquées pour l'inaliénabilité en trois catégories, appelées contrôle d'externalités et d'autres effets pervers, « auto-paternalisme » et paternalisme pur.

887 La première source d'inaliénabilité, le contrôle des externalités, tient au fait que la disponibilité de certains biens stimulerait des perversités imposées à des tiers et dont les auteurs – pour diverses raisons – ne sentiraient pas le poids. En déclarant inaliénables, hors du commerce, les biens dont le commerce serait source de perversités, on espère indirectement contrôler les abus. L'inaliénabilité des voix dans des élections publiques pourrait servir à éviter que les groupes d'intérêt ne jouent un trop grand rôle dans l'organisation de l'État.

1. Terminologie empruntée à Zénati 1988, nº 120, p. 136; Lamontagne 2005, nº 209, p. 158.
2. Par ex. 2876 C.c.Q. : Ce qui est hors commerce, incessible ou non susceptible d'appropriation, par nature ou par affectation, est imprescriptible. Le Code civil français emploie le terme *hors du commerce* entre autres aux art. 1302 et 1303.
3. Par ex. 3 C.c.Q. : Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. Ces droits sont incessibles.
4. Calabresi/Melamed 1972; Rose-Ackerman 1985 et 1987.
5. Calabresi/Melamed 1972.

2418 001-704 txt.fm Page 240 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

De même, sont déclarées nulles les donations à la veille d'une faillite : elles se prêtent trop facilement à des abus aux dépens de la masse des créanciers. Le contrôle de la vente des armes à feu vise probablement à réduire la criminalité dont les tiers seraient victimes. Il en est de même de la possibilité de publier et de vendre des recettes pour fabriquer la bombe atomique.

888 On a fait valoir que le contrat par lequel une femme offre ses services à titre de mère-substitut est nul comme contraire à l'ordre public parce qu'« elle trivialise les rapports entre l'enfant et sa véritable mère, puisque la continuité de cette relation est volontairement et délibérément rompue »[1] et plus loin « [la technique des mères de substitution] traite l'enfant non pas comme un être humain véritable, mais bien plus comme une chose, un objet, une marchandise. [Elle] fait courir à l'enfant, parce qu'elle le réifie, des risques inacceptables sur les plans moral, juridique, social et psychologique »[2]. Pour les mêmes raisons, sans doute, il est interdit de transférer le droit d'élever un enfant[3]. Seule l'observation de ces pratiques à grande échelle permettrait de savoir si ces craintes sont fondées.

889 Le débat sur l'inaliénabilité pour cause de perversité a été élargi par les écrits de la juriste américaine Radin sur ce qu'elle appelle la *commodification*. Par ce terme, elle entend une conception du monde où tout ce qui importe pour l'être humain est en principe soumis à l'échange et au marché, et par conséquent sujet à une évaluation en argent, qui constituerait le dénominateur commun de tout. Elle y voit une source d'impuissance, une atteinte à notre liberté et à notre dignité humaine[4]. Pour préserver ces valeurs, elle préconise que certains biens soient à l'abri de la *commodification* ou sévèrement contrôlés. Ce devrait par exemple être le cas, à ses yeux, du logement résidentiel[5].

890 Une des personnes qui lui a servi la réplique est un juriste anglais, Duxbury, auteur d'un remarquable historique de l'analyse économique du droit[6]. Duxbury reconnaît que le problème, ici, concerne les limites de la pensée en termes de marché (*market reasoning*)[7]. Nous pouvons presque toujours, en tout cas bien plus souvent qu'on ne le pensait il y a un siècle, comme l'analyse économique du droit l'a démontré, façonner un arrangement qui ressemble à un marché. La question est cependant de déterminer si les raisonnements auxquels cela nous conduit sont réalistes ou constituent au contraire une caricature appauvrie de notre humanité. Devant ce défi, soutient Duxbury, il ne faut pas présumer trop vite que nous ayons atteint les limites de ce qu'il convient d'aborder en termes de marché. On peut bien vouloir protéger les locataires au moyen d'un régime de contrôle des loyers avec des restrictions sur le pouvoir de reprendre possession reconnu aux bailleurs, mais les effets bien connus de ce régime se retournent – hélas ! – contre ceux qu'on voudrait

1. Baudouin/Labrusse-Riou 1987, 111.
2. Baudouin/Labrusse-Riou 1987, 112-113.
3. Voir à ce sujet, Landes/Posner 1978; Radin 1995; Duxbury 1996, p. 342 s.
4. Radin 1987, 1993, 1996, 2005.
5. Radin 1986.
6. Duxbury 1995, c. 5, p. 301-419.
7. Duxbury 1995, 660.

2418 001-704 txt.fm Page 241 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

ainsi protéger : moins de logements résidentiels, moins de mobilité des locataires, vieillissement du parc des logements[1]. De même, la protection de l'environnement est mieux assurée par des initiatives visant à réduire la pollution et qui tablent sur des incitations relevant de la logique des marchés (droits de propriété) que par la régulation classique[2].

891 La question de savoir ce qui relève proprement des marchés et ce qui doit en rester distinct est **sujet** à apprentissage. Nous acceptons comme normal que soient « commodifiés » certains services (les soins des enfants et des personnes âgées) qui un demi-siècle plus tôt auraient été considérés comme ne s'y prêtant pas[3]. Cela nous enseigne que les coûts appréhendés de la commodification peuvent, à l'expérience, s'avérer soutenables ou même négligeables. Il faut donc s'ouvrir à l'expérimentation, plutôt que d'approcher ces questions dans une perspective dogmatique seulement. L'argument selon lequel la commodification dégrade les objets auxquels elle s'applique ne résiste pas à l'analyse[4].

892 L'« autopaternalisme », la deuxième raison mise de l'avant par Calabresi et Melamed pour déclarer un droit inaliénable, procède du souci, imputable au titulaire lui-même, de se prémunir contre ses propres moments de faiblesse à venir. Chacun voudra s'interdire la possibilité de conclure, dans de tels moments, des contrats qu'il regrettera par la suite. L'histoire d'Ulysse illustre le phénomène. Ulysse, en se faisant attacher au mât avec ordre aux compères de ne le délier sous aucun prétexte, s'interdit, pendant la durée du passage à travers la région où se trouvent les sirènes, de céder à l'attrait de leurs voix, qu'il tient absolument à entendre. Les cas extrêmes sont les « échanges du désespoir », presque immanquablement regrettés par la suite. C'est sans doute ainsi qu'il faut expliquer l'interdiction de se vendre en esclavage ou encore, de vendre des organes irremplaçables[5].

893 Mais l'inaliénabilité ne doit pas être considérée comme immuable. Pour explorer la possibilité de rendre aliénable ce qui ne l'était pas auparavant, on admettra une transférabilité limitée. Ainsi, le *Code civil du Québec* permet la transmission d'organes, mais seulement par voie de donation. Dans le cas du

1. Voir par exemple Desrochers 2002; Lamy 2004 offre un livre de recettes pour les locataires engagés dans la guerre de tranchées qui résulte du contrôle de loyer.
2. Duxbury 1995, 699; un survol récent du débat sur la commodification se trouve dans Rose 2005.
3. Duxbury 1995, 700 : « Certainly, such [market] reasoning has limitations – indeed, given that the legal, ethical and political issues with which academic lawyers grapple are so complex and diverse, it is inevitable that economic analysis will often have to be supplemented or even displaced by other evaluative tools. But this in itself is no reason to be dismissive or fearful of market reasoning. While commodification may sometimes seem an inappropriate form of valuation, it is important that we consider in each instance whether the benefits of engaging in this form of valuation might outweigh the apparent costs. The fact that the market seems perpetually to expand--that we now routinely commodify things (such as child care and support for the elderly) which once would have been considered unsuited to the market domain--suggests that these costs often turn out to be bearable if not immaterial. Creeping commodification, quite simply, is not necessarily insidious commodification. »
4. Duxbury 1996, 348.
5. Posner 2003, p. 80, nº 8.

2418 001-704 txt.fm Page 242 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

mineur, les autorisations du titulaire de l'autorité parentale et celle du tribunal sont requises[1]. La gratuité imposée doit sans doute s'expliquer par la considération que l'appât du gain financier tendrait à faire prendre aux intéressés des décisions qu'ils auraient par la suite tout lieu de regretter. Le droit français fait preuve d'une réserve encore plus grande. Il déclare le corps, ses éléments et ses produits insusceptibles d'un droit patrimonial[2]. Il impose également la gratuité pour la transmission[3] et prévoit en outre que le don d'organe par une personne vivante doit faire l'objet d'un consentement renforcé (exprimé devant un magistrat)[4] et que le receveur doit être un parent proche[5].

894 Ces précautions visent à réduire le risque de regret. Mais il convient de ne pas s'ancrer dans cette position. L'expérience acquise grâce à une transférabilité contrôlée peut nous renseigner sur les risques, pour mieux les baliser, éventuellement simplifier les formalités et étendre les possibilités de transfert. Ces changements rapprocheraient le droit sur l'organe d'une forme de la propriété classique. L'aliénabilité, en d'autres mots, est susceptible de degrés et peut évoluer dans le temps, au gré de l'expérience acquise.

895 La troisième justification d'inaliénabilité, le paternalisme pur, englobe les cas où l'autorité publique, en s'appuyant sur des opinions d'« experts », s'estime mieux placée que l'intéressé pour juger de ce qui est dans l'intérêt de ce dernier ou, plus souvent, ce qui y est contraire. Le paternalisme explique par exemple les restrictions imposées aux mineurs et, aux yeux de certains, celles imposées aux consommateurs. C'est encore par paternalisme pur qu'on interdit ou qu'on restreint aux adultes l'accès à la pornographie et, en Arabie saoudite, aux femmes la possibilité de conduire une voiture.

896 La frontière entre l'« autopaternalisme » et le pur paternalisme n'est pas toujours facile à tracer. On soutient, par exemple, la restriction ou même l'interdit de la technique de la mère de substitution en raison du risque d'un « troc du désespoir » : « dans la mesure où une rémunération est accordée, apparaît un sérieux danger d'exploitation commerciale de femmes défavorisées. L'analogie avec la prostitution pour raisons économiques est évidente »[6]. Paternalisme pur ou précaution souhaitée par les intéressées contre leurs moments de faiblesse ? L'interdiction de l'alcool et de la drogue pourrait relever des trois catégories : les alcooliques et les drogués sont susceptibles de causer des accidents, de commettre des crimes (externalités); certains d'entre eux pourraient vouloir se prémunir contre leur propre tentation (auto-paternalisme); il y a des personnes pour qui l'usage de l'alcool et de la drogue est un mal en soi (paternalisme pur).

897 Les trois sources d'inaliénabilité n'ont pas le même statut sur le plan moral. Le paternalisme pur est une atteinte directe à l'autonomie de l'individu, qui figure encore parmi les valeurs fondamentales des sociétés occidentales. Il

1. Art. 19 et 25 C.c.Q.
2. Art. 16-1 et 16-5 CCfr.
3. Art. 16-1 CCfr. et 1211-4 Code de la santé publique.
4. Art. 1231-1, 3e al. Code de la santé publique.
5. Art. L1231-1, 1er al. Code de la santé publique.
6. Baudouin/Labrusse-Riou 1987, 113.

2418 001-704 txt.fm Page 243 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

faut craindre qu'il **donne** lieu à des phénomènes d'évasion, puisque les intéressés n'y croient pas. Les enseignements de l'école du *public choice* font d'ailleurs craindre que les règles paternalistes soient le fruit de groupes bien structurés qui réussissent à faire adopter des lois codifiant leurs préférences morales face à une opposition diffuse et non structurée. L'« autopaternalisme », par contraste, est plutôt l'expression de l'autonomie de l'individu. Quant aux perversités et externalités, il convient de demander dans chaque cas si l'inaliénabilité permet effectivement de les contrer. C'est une question « empirique » à laquelle les sciences sociales peuvent parfois apporter une réponse. À défaut d'une réponse « empirique », il convient de scruter attentivement les perversités invoquées, même intuitivement plausibles, car elles pourraient justifier bien des interventions et en fait servir de couverture au paternalisme pur.

898 Le seul fait de déclarer un objet « hors du commerce » n'empêche pas un marché de se former : un marché gris ou noir, certes, mais qui est viable dès lors qu'il y a un contrôle (exclusivité) de l'objet. Ce marché sera particulier mais souvent durable, comme les Américains l'ont appris à leurs dépens du temps de la prohibition. Les sanctions pénales sévères visant à supprimer le marché le réservent en fait à des entrepreneurs prêts à accepter des risques élevés. Il en résulte une augmentation des prix (avec des profits en apparence gigantesques) et une réduction du nombre de fournisseurs et donc de la qualité et de la variété des produits fournis, qui seront fabriqués de manière à être le plus accrocheurs possible. Ce marché n'a rien d'égalitaire. On le constate aujourd'hui dans le marché de la drogue. Devant cette perspective, il convient de se demander si un marché légal mais régulé ne mérite pas d'être tenté.

899 Une des divisions fondamentales du droit privé est celle qui sépare le patrimonial de l'extrapatrimonial. Pour opérer la distinction, la doctrine retient que le droit patrimonial s'évalue en argent, alors que le droit extrapatrimonial n'en serait pas susceptible. Mais il convient de se demander si la possibilité d'évaluation en argent constitue une caractéristique opérationnelle. Pour toute chose transmissible, même difficilement, on verra apparaître un marché et donc un prix. Dès lors qu'on admet, par exemple, même la renonciation à un droit extrapatrimonial (comme c'est le cas, au Canada, pour le droit moral de l'auteur), on verra, au bout d'un certain temps, se déclarer pour l'objet des prix variant selon que le titulaire ait renoncé au droit le régissant ou non. Lorsqu'on empêche la formation d'un marché pour un bien, celui-ci n'aura pas de prix. La difficulté d'évaluer en argent un droit extrapatrimonial signifie qu'il n'y a pas de marché pour ce droit. Mais cela est la conséquence directe de ce qu'il est indisponible, intransmissible, non transférable, incessible, hors du commerce. C'est donc sur les raisons sous-tendant ce dernier caractère que doit porter la réflexion sur le caractère patrimonial ou extrapatrimonial d'un droit. C'est ici que se posent les vraies questions morales.

B. ACQUISITION ORIGINAIRE

900 Tous les modes d'acquisition originaire doivent être aménagés de manière à assurer que la propriété ainsi acquise n'entre pas en conflit avec la propriété

2418 001-704 txt.fm Page 244 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

déjà établie. Le propriétaire qui a perdu son bien ou à qui on l'a volé doit en principe pouvoir le revendiquer là où il le retrouve. La sécurité de la propriété – un aspect de l'exclusivité présentée en début de chapitre – est à ce prix. Dans la littérature philosophique, ce principe est connu comme la *compossibilité des droits*[1] : tous les droits valides doivent pouvoir être exercés simultanément.

901 Ce principe a pour conséquence que certains objets sont exclus de l'acquisition originaire : les biens qui appartiennent déjà à quelqu'un et les choses destinées à l'usage de tous (*res communes*)[2]. Cela laisse essentiellement comme biens sujets à l'appropriation les choses sans maître (*res nullius* – tels les animaux sauvages en liberté), les choses abandonnées par leur propriétaire (*res derelictae*) et les choses mobilières perdues dont le propriétaire ne peut être retracé, y compris les trésors. Dans les faits, il s'agit toujours de biens meubles, car les immeubles sans propriétaire appartiennent à l'État[3].

1. L'occupation

902 On devient propriétaire d'un bien non approprié par l'occupation, c'est-à-dire en en prenant possession. Le terme occupation n'est pas défini dans le code, mais la doctrine lui associe les conditions de possession matérielle (*corpus*) avec l'intention de s'en rendre propriétaire (*animus*)[4]. Dans une lecture économique, la possession matérielle constitue un signe clair aux tiers (information) et empêche d'autres personnes à prétendre simultanément à la propriété de l'objet.

2. Le trésor

903 Le trésor mérite quelques observations particulières. Les codes lui consacrent une disposition spécifique[5]. Le trésor s'entend du bien meuble enfoui ou caché, découvert par hasard et sur lequel personne ne peut justifier sa propriété (dans le cas contraire, il s'agirait d'un bien perdu ou abandonné, sujet à revendication). Il peut s'agir d'économies cachées aux fins de sauvegarde, à une époque où le système bancaire et la bourse étaient moins développés ou inspiraient moins de confiance, et dont on a ensuite perdu la mémoire. Économiquement, le trésor est soustrait au marché et, de ce fait, probablement sous-évalué. Il y a donc en principe un gain à réaliser en l'y faisant entrer. La question intéressante est celle de savoir comment aménager les incitatifs pour assurer l'entrée en circulation des trésors la plus rapide.

904 Lorsque le propriétaire découvre le trésor sur son propre fonds, la propriété lui en appartient – ce qui lui donne l'intérêt voulu pour la mise en circulation. Plus complexe est le cas où quelqu'un – l'inventeur – découvre le trésor

1. Barnett 1991, 160 : « …the requirement of compossibility requires it be possible for all valid rights to be exercised simultaneously ».
2. Lamontagne 2005, n°s 21-24, p. 19-20. Voir la terminologie du droit romain en Annexe.
3. 539 CCfr; 936 C.c.Q.
4. Carbonnier 2000, n° 241, p. 375; Lamontagne 2005, n° 13, p. 10.
5. 716 CCfr (qui en donne une définition); 938 C.c.Q.

2418 001-704 txt.fm Page 245 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

sur le fonds d'autrui sur lequel il se trouve légitimement. Il faut alors intéresser aussi bien l'inventeur que le propriétaire à la mise en circulation, ce que le Code tente de faire par la règle accordant à chacun la moitié du trésor. Si l'inventeur s'est introduit illicitement sur le fonds du propriétaire sans l'assentiment de ce dernier, il n'aura pas droit à sa portion[1]. La règle contraire encouragerait la violation de la propriété par intrusion. Zénati fait remarquer que la règle qui attribuait en ces circonstances l'ensemble du trésor au propriétaire du fonds (en application du principe de l'accession immobilière) est apparue comme injuste et que l'article 716 du Code civil français a été modifié dans le sens indiqué ci-dessus[2]. On a ici un bel exemple de la coïncidence du sens intuitif de justice du juriste avec les conclusions tirées d'une analyse économique du droit. Le gain est que l'analyse économique du droit rend explicites les considérations pouvant soutenir le jugement intuitif.

905 Qu'en est-il, enfin, lorsque la découverte du trésor est faite par des personnes agissant pour le compte du propriétaire ? Le *Code civil du Québec* envisage expressément cette hypothèse. Si le propriétaire a employé des personnes aux fins d'une telle recherche, c'est lui qui devrait avoir la propriété comme récompense de son initiative de chercher le trésor; les personnes employées pour les travaux n'ont droit qu'à la rémunération convenue (qui pourrait, bien entendu, comporter un pourcentage de tout trésor trouvé). Si les travaux ont été commandés par le propriétaire dans un autre but, la découverte n'est pas réalisée pour le compte du propriétaire. Il convient alors d'appliquer la règle qui prévoit le partage des gains. Les règles du Code paraissent donc formulées comme s'il s'agissait d'optimiser les incitations à la découverte et à la mise en circulation des trésors.

3. L'accession

906 L'accession est le mode d'acquisition par lequel le propriétaire d'un bien, qualifié de chose principale, a également la propriété des choses accessoires qui y sont intégrées. La règle a sans doute été conçue pour simplifier le problème de déterminer le propriétaire de ce qui paraît être un seul objet intégré. Elle peut néanmoins poser une difficulté dans le cas où les choses accessoires sont la propriété d'autrui. Comme dans le cas du trésor, les règles du Code paraissent ici formulées comme s'il s'agissait de donner les incitations les plus justes aux parties à ces problèmes.

907 Le code distingue selon qu'il s'agit d'immeubles ou de meubles. Dans le cas d'immeubles, lorsque le propriétaire fait lui-même des constructions, plantations ou ouvrages avec des matériaux appartenant à autrui, il doit en payer la valeur[3], mais le propriétaire des matériaux ne peut les enlever, ni, précise le code du Québec, ne peut être contraint de les reprendre. La première règle est fondée sur l'idée que les travaux entrepris par le propriétaire lui-même sont

1. Carbonnier 2000, nº 242, p. 377. Sur l'économie du trésor découvert dans les systèmes civilistes en général, voir Mattei 2000, 129-130.
2. Zénati 1988, nº 26, p. 41.
3. 554 CCfr; 956 C.c.Q. Voir Bouckaert/De Geest 1995, 476.

2418 001-704 txt.fm Page 246 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

normalement de nature à augmenter la valeur de la propriété et qu'il vaut mieux les laisser incorporés. On interdit au propriétaire des matériaux d'en demander l'enlèvement, la règle contraire ouvrant la porte à un comportement opportuniste (réclamation excessive pour éviter la démolition). Inversement, pour éviter le risque moral chez le propriétaire du fonds, on impose à celui-ci l'obligation de payer la valeur des matériaux, évaluée au moment du paiement en France, de l'incorporation au Québec. Le risque de fluctuation du prix des matériaux est donc attribué au propriétaire du fonds en France, au propriétaire des matériaux au Québec. La dernière partie de la règle, qui libère le propriétaire des matériaux de l'obligation de les reprendre, impose au propriétaire du fonds le risque que les matériaux employés s'avèrent plus chers que ce qu'il avait prévu. Elle le décourage d'agir de manière opportuniste à l'égard du propriétaire des matériaux en l'invitant à venir les enlever.

908 La situation se complique lorsque les constructions, plantations ou ouvrages ont été faits par un tiers avec des matériaux qui lui appartiennent[1]. Cela peut se produire lorsqu'une personne entre en possession d'un immeuble pensant être propriétaire sur la foi d'un titre qui s'avère, par la suite, vicié. La doctrine juridique applique ici la théorie des impenses, particularisation de la théorie de l'enrichissement sans cause[2]. Le *Code civil du Québec* comporte des règles détaillées pour les impenses, qui semblent correspondre au droit moins codifié en vigueur en France[3].

909 Les impenses nécessaires à la préservation de l'immeuble sont remboursées intégralement, même si les constructions, ouvrages ou plantations en question n'existent plus[4]. Le propriétaire les aurait engagées lui-même et il convient de donner au possesseur, même de mauvaise foi, l'intérêt de les faire sans hésiter.

910 Pour ce qui est des impenses utiles, le propriétaire doit rembourser le coût des constructions, ouvrages ou plantations qui existent encore, mais peut opter pour en payer seulement la plus-value ajoutée. Si le possesseur était de mauvaise foi, le propriétaire peut le rembourser suivant les mêmes modalités, ou encore le contraindre à les enlever à ses propres frais avec remise en état, ou, si la remise en état est impossible, les garder sans indemnité ou contraindre le possesseur à les enlever à ses propres frais malgré tout[5].

911 Si les impenses utiles représentent une proportion importante de la valeur de l'immeuble, le propriétaire peut contraindre le possesseur à acquérir l'immeuble et à lui en payer la valeur. Le code ne précise pas qu'il s'agit de la valeur abstraction faite de la plus-value ajoutée par ces impenses utiles. Cette précision paraît cependant de mise, car, dans le cas contraire, le propriétaire du fonds aurait droit à une augmentation de valeur indépendante de sa propre action, ce qui constituerait une incitation perverse. Avant d'entreprendre des travaux majeurs d'amélioration à un immeuble, on a donc intérêt à bien vérifier la validité de son titre de propriété.

1. 555 CCfr.
2. Zénati 1988 nº 173, p. 193; Carbonnier 2000, nº 209, p. 327.
3. 957-963 C.c.Q.; 555 CCfr.
4. 958 C.c.Q.
5. 959 C.c.Q.

2418 001-704 txt.fm Page 247 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

912 Pour ce qui est de la troisième catégorie des impenses, celles de pur agrément, le possesseur de bonne foi peut les enlever si cela est possible sans endommager l'immeuble, ou les abandonner, moyennant remboursement par le propriétaire de la moindre des valeurs du coût et de la plus-value apportée à l'immeuble[1]. Le propriétaire peut contraindre le possesseur de mauvaise foi à enlever ces travaux avec remise en état; si cela est impossible, il peut les conserver sans indemnité ou contraindre le possesseur à les enlever à ses propres frais malgré tout[2].

913 Globalement, ces règles paraissent de nouveau refléter une économie sous-jacente : elles visent à établir un équilibre entre l'opportunisme potentiel du propriétaire, qui profiterait des travaux sans en payer le prix, alors qu'il les aurait fait effectuer lui-même, et celui du possesseur, qui engagerait des dépenses dont le propriétaire ne voudrait pas et ne profiterait pas nécessairement. Les règles tiennent compte de la subjectivité des valeurs, en permettant souvent au propriétaire de conserver les ajouts s'ils font son affaire, mais moyennant remboursement.

914 Que faut-il entendre par la bonne foi (du possesseur) dans ce contexte ? Le possesseur agit de bonne foi lorsqu'il se fonde sur un titre conférant la propriété et dont il ne connaît pas le vice, ayant fait les vérifications appropriées. Ce qui est approprié dépend, dans une lecture économique, du risque que la vérification permet d'écarter. Le risque est constitué du produit de la probabilité que le titre soit défectueux et du préjudice subi (remboursement à effectuer, pertes etc.), le cas échéant. La personne normalement prudente prend toutes les précautions dont le coût est inférieur à la réduction du risque qu'elles permettent de réaliser. Dans une lecture économique, on considérerait de mauvaise foi la personne qui n'a pas poussé la prudence jusqu'à prendre toutes les précautions ainsi justifiées. Bien entendu, la personne qui sait ne pas détenir de titre de propriété valable (il est locataire ou usufruitier, par exemple) est de ce seul fait de mauvaise foi.

915 Pour les meubles, les règles du Code civil permettent de déceler une logique analogue[3]. Lorsque des substances appartenant à des propriétaires ont été mélangées ou unis de manière à ce qu'elles ne puissent être séparées sans détérioration ou frais extraordinaires, le nouvel objet appartient à celui des propriétaires qui y a contribué le plus, soit par la valeur du bien, soit par son travail. S'agissant du mélange ou de l'union de matières, celle qui a la plus grande valeur est dite « chose principale » et attire la propriété de l'autre par le principe de l'accession. Le propriétaire du nouveau bien doit indemniser le ou les autres propriétaires pour la valeur de la matière ou de la main-d'œuvre dont ils ont assuré l'apport. De façon analogue, celui qui travaille une substance appartenant à autrui en devient propriétaire si la valeur de son apport, en travail ou par la transformation, est supérieure à celle de la matière employée[4]. Si les choses unies sont de valeur égale et ne peuvent être séparées sans inconvé-

1. 961 C.c.Q.
2. 962 C.c.Q.
3. 565-577 CCfr; 971-975 C.c.Q.
4. 972 C.c.Q.; 571 CCfr.

2418 001-704 txt.fm Page 248 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

nient, les propriétaires des composantes en auront la propriété indivise dans la proportion de la valeur, de la qualité ou quantité des matières employées[1].

916 Ces règles se conforment au principe de l'attribution de la propriété à celui qui contribue le plus à la valorisation de l'objet[2]. Ce rapprochement présente un intérêt en ce que le Code précise que les cas non spécifiquement prévus doivent être résolus suivant les principes d'équité[3] L'analyse économique du droit indique alors le contenu de ces principes.

C. ACQUISITION DÉRIVÉE

1. Le transfert

917 Le transfert de la propriété est l'une des options d'utilisation qui se présentent au propriétaire. Il contribue à faire évoluer les biens vers leurs usages les plus valorisés. Le droit encadre le transfert pour assurer que trois conditions sont remplies : (1) le propriétaire a un titre valable qui l'autorise à effectuer le transfert; (2) il entend vraiment transférer la propriété; (3) les tiers reçoivent des indications fiables du transfert effectué, de sorte qu'ils savent qui est propriétaire[4]. En l'absence de la protection juridique, les cocontractants et les tiers seraient amenés à prendre des précautions coûteuses (faire des vérifications) pour éviter de s'exposer à des pertes ou à des comportements opportunistes. Les règles juridiques reflètent le jugement que les précautions incorporées dans le droit sont moins coûteuses que les vérifications effectuées par les particuliers en leur absence.

918 Pour ce qui est de la première condition, les registres, pour les immeubles et autres biens – comme les aéronefs, les navires, les automobiles – soumis à enregistrement, permettent de vérifier la présence d'un titre valable. Pour les meubles non sujets à enregistrement, cette vérification est exclue et le droit soumet la situation à la règle suivant laquelle la possession vaut titre[5]. La deuxième condition, celle du consentement, relève en partie du droit des obligations. Pour le surplus, certains droits civilistes exigent un acte supplémentaire pour le transfert de propriété : la remise du meuble, l'acte notarié pour l'immeuble. Les systèmes qui n'exigent pas la remise du bien pour son transfert donnent néanmoins, en cas de double vente, le meilleur droit à celui des cocontractants qui est entré en possession le premier. La formalité supplémentaire est de nature à faire réfléchir celui qui transfère et à bonifier son consentement. Pour ce qui est des tiers, le droit aménage des systèmes de signaux leur permettant avec assez grande certitude d'identifier le titulaire du bien[6]. Ainsi, le transfert de l'immeuble ne produit d'effets à l'égard des tiers que par l'inscription sur les registres. Les erreurs d'inscription – plutôt rares –

1. 573 (2) CCfr; 973 (2) C.c.Q.
2. Voir discussion ci-dessus au sujet du titulaire de la propriété.
3. 565 (1) CCfr; 975 C.c.Q.
4. Mattei 2000, 100.
5. 2279 (1) CCfr.
6. Baird/Jackson 1984.

2418 001-704 txt.fm Page 249 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

peuvent être laissées pour le compte de la personne qui s'y est fiée ou faire l'objet d'une assurance qui indemnise l'ancien propriétaire, tout en accordant le titre à la personne qui s'est fiée au registre[1]. En matière de meubles, se pose le problème du transfert non autorisé (*a non domino*).

919 Dans des cas précis, l'autorité publique peut effectuer un transfert involontaire de propriété par l'expropriation. Pourquoi accorder le pouvoir d'exproprier plutôt que de se fier sur la possibilité d'acheter dans le marché ? L'explication économique pointerait vers les risques de resquillage et de bastion qui se présenteraient lorsque l'autorité publique – par définition solvable et investie du pouvoir de contrainte – doit acquérir la propriété pour un projet de bien collectif, ou d'utilité publique, pour emprunter le terme du Code[2]. Quelle que soit la position qu'on adopte sur cette justification, il convient d'observer qu'aucun État moderne n'est dépourvu de pouvoir d'expropriation pour cause d'utilité publique. La justification d'utilité publique est cependant extensible et il convient donc d'entourer l'exercice du pouvoir d'expropriation de garanties visant à en prévenir l'abus. L'un de ces verrous est la garantie constitutionnelle de la propriété[3]. La difficulté est celle de concilier ce droit fondamental avec la pratique de l'expropriation, dont aucun État ne semble pouvoir se dispenser. Un deuxième verrou est l'obligation d'indemnisation. Il entraîne ce que nous avons appelé le *paradoxe de l'indemnisation*[4] : l'indemnisation seulement partielle crée le risque d'expropriation à la légère par l'autorité publique, alors que l'indemnisation au-delà de la valeur marchande crée le risque symétrique d'opportunisme chez l'exproprié.

920 Dans tous les cas, le droit est réaliste en prévoyant un régime de prescriptions, par lequel celui qui utilise un bien croyant en être propriétaire mais sur la foi d'un titre vicié peut voir celui-ci **régularisé** par l'écoulement d'un certain temps, au détriment du véritable propriétaire. Bien entendu, ce transfert involontaire – atteinte à la sécurité de la propriété – est **entourée** de conditions sévères.

921 Dans ce qui suit, nous examinons la prescription (2) et les problèmes liés à la vente du meuble d'autrui (3).

2. La prescription

922 La personne qui utilise un bien sans titre valable peut régulariser son titre par l'écoulement du temps, moyennant ce que le droit civil appelle la pres-

1. Posner 2003, 79 mentionne que les deux régimes ont cours dans différents États des États-Unis. Le régime Torrens, comme toute forme d'assurance, doit contrôler le risque moral, sans doute au moyen de vérifications au moment de l'inscription. En revanche, il devrait faciliter le transfert des biens, l'acheteur étant certain d'obtenir le titre.
2. 545 CCfr; 952 C.c.Q.
3. La garantie constitutionnelle se trouve expressément énoncée dans le Ve amendement de la Constitution américaine (1791); dans les art. 2 et 16 de la *Déclaration de droits de l'homme et du citoyen* (1793), de même qu'à l'art. 14 de la Constitution fédérale allemande (1949) et dans l'art. 1er du Protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1952). Le texte de ces documents constitutionnels est reproduit en français dans Lagelée/Manceron 1998. Lire sur cette question Siegan 2001.
4. Voir le chapitre sur le risque et l'assurance.

2418 001-704 txt.fm Page 250 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

cription acquisitive ou *usucapion*[1]. Les observations de De Soto sur les blocages résultant du décalage entre la propriété de fait et la propriété juridique dans les économies en développement[2] font comprendre l'intérêt de l'institution.

923 Comme la prescription fait perdre son droit au propriétaire d'origine, l'institution doit être entourée de verrous pour assurer qu'elle ne sera utilisée qu'exceptionnellement. La sécurité de la propriété est à ce prix. Le possesseur qui entend prescrire doit avoir une possession utile pendant une certaine durée, qui, selon les cas, dépend de sa bonne foi.

924 La possession utile est celle qui, d'après Carbonnier[3], évite quatre vices, ceux de la clandestinité, de la violence, de la discontinuité, de l'équivoque. Elle doit donc être publique, paisible, continue et sans équivoque. La première condition vise à laisser au propriétaire toute la chance de découvrir l'usage qui risque de lui faire perdre son droit et de faire le nécessaire pour empêcher l'usucapion. L'absence d'action de sa part dans ces circonstances laisse entendre qu'il attache une faible utilité à la chose prescrite. En deuxième lieu, le possesseur ne peut prescrire contre le propriétaire qu'il a violemment dépossédé[4]. La solution contraire inviterait à la violence. Le possesseur ne peut pas davantage prescrire s'il n'utilise l'objet qu'épisodiquement ou par des actes qui laissent subsister le doute sur son intention de se conduire comme propriétaire (comme lorsque celui qui accepte d'acquérir des automobiles sans se faire remettre les certificats d'immatriculation, « carte grise »). Ces deux dernières conditions visent, comme la première, à amener le possesseur à s'exposer clairement à la possibilité pour le propriétaire de se rendre compte de l'usage débouchant sur la prescription.

925 La personne qui a participé à la dépossession par violence ou fraude ne peut elle-même prescrire. La règle contraire inviterait à l'opportunisme. Mais leurs ayants cause à quelque titre que ce soit le peuvent[5]. La durée de la prescription varie selon la bonne ou mauvaise foi du possesseur. Par bonne foi il faut entendre la possession en vertu d'un titre translatif de propriété (la vente, par exemple, mais non le louage), dont on ignore légitimement le vice. Économiquement, il convient de relater cette légitimité au principe de précautions proportionnelles : la personne normalement prudente fera toutes les vérifications dont le coût est inférieur au coût de la perte de la propriété (qui retourne au véritable propriétaire) multiplié par la probabilité d'un vice de titre.

926 Dans le droit antérieur, on faisait varier la durée nécessaire pour prescrire en fonction de la bonne foi, qui est présumée[6]. Lors de la réforme du *Code civil du Québec*, en 1994, la distinction a été abandonnée pour les immeubles, dont le statut se reflète dans les registres, dont tous peuvent prendre connais-

1. Adverse possession, en anglais. Voir, par exemple, Mattein 2000, 114-117; Posner 2003, 77-79, Gordley/Mattei 1996.
2. De Soto 2000. Notamment c. 3 et 6.
3. Carbonnier 2000, nº 120, p. 205. Voir aussi 922 C.c.Q.
4. 2233 CCfr., 927 C.c.Q., qui établit l'impossibilité de prescrire pour le voleur, le receleur et le fraudeur, mais l'admet pour leurs ayants cause, s'ils ignoraient le vice.
5. 2233 CCfr., 927 C.c.Q.
6. 2268 CCfr; 2805 C.c.Q.

2418 001-704 txt.fm Page 251 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

sance. Le délai de prescription est désormais fixé uniformément à 10 ans[1]. La prescription acquise d'un immeuble ne prendra cependant effet que par suite d'une demande en justice[2], ce qui en assure la publicité à l'égard des tiers. La bonne ou mauvaise foi aura cependant une influence sur les impenses dont le possesseur peut réclamer le remboursement au propriétaire revendiquant – question dont nous avons déjà traité. En droit français, la bonne foi permet une prescription abrégée, généralement de 10 ans[3], alors que le possesseur de mauvaise foi ne peut se prévaloir que de la prescription trentenaire générale[4].

927 Pour les meubles, la distinction entre bonne et mauvaise foi présente également un intérêt. Le possesseur de bonne foi prescrit par trois ans, celui qui est de mauvaise foi, par dix ans[5]. La question importe notamment dans le contexte de l'acquisition du bien d'autrui, dont nous traiterons dans la prochaine section.

3. La vente du meuble d'autrui[6]

928 La problématique de la vente du bien d'autrui ou, pour renverser la perspective, celle du traitement réservé à l'acheteur de bonne foi de choses volées a fait l'objet de deux articles « classiques » dans la littérature de l'analyse économique du droit[7]. Le premier offre une perspective analytique, le deuxième se sert des outils analytiques pour comprendre la diversité de traitements au cours de l'histoire et entre systèmes contemporains.

929 Les principes sous-jacents sont faciles à discerner. La propriété donne normalement le droit à son titulaire de la revendiquer là où elle se trouve. Cela s'explique par le souci d'assurer la sécurité de la propriété. Si la propriété, sortie des mains du propriétaire, est revendue et se retrouve entre les mains d'un tiers qui l'a légitimement acquise, la protection de la propriété exigerait qu'on protège également ce nouveau propriétaire.

930 Comme les deux propriétaires ne peuvent être protégés simultanément, il se pose une question de politique législative ou jurisprudentielle. Il convient, dans ce cas, de considérer les effets incitatifs de protéger l'un ou l'autre, notamment dans l'optique de décourager des vols et le marché secondaire qui l'accommode pour l'avenir. Si c'est le propriétaire d'origine que l'on protège en permettant la revendication en toutes circonstances, les acheteurs de ce monde prendront des précautions additionnelles avant d'acheter. Cela vaudra surtout pour des objets qui ne sont pas neufs. Il en résulte un ralentissement du marché. Une fois qu'ils auront acheté, ils ont intérêt à cacher leur propriété à ceux qui pourraient alerter le propriétaire d'origine, spolié de son bien. Celui-ci, en revanche, pourrait être moins prudent dans la gestion de son bien, sachant qu'il pourra le récupérer sans entrave : une forme de risque moral.

1. 2917 C.c.Q.
2. 2918 C.c.Q. Lamontagne 2005, nº 717, p. 457 s.
3. 2265 CCfr.
4. 2262 CCfr. Carbonnier 2000, nos 190-191, p. 303 s.
5. 2919 C.c.Q., 2279 CCfr.
6. Voir notamment Weinberg 1980; Levmore 1987; Mattei 2000, 106 s.
7. Weinberg 1980; Levmore 1987. Voir aussi Baird/Jackson 1084, 314.

2418 001-704 txt.fm Page 252 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

931 La règle inverse peut être analysée de la même façon. Comme elle protège l'acheteur, c'est celui-ci qui est amené à prendre moins de précautions avant d'acheter; en revanche, c'est maintenant le propriétaire d'origine qui a l'incitation à prendre le plus de précautions avant de se dessaisir de son bien et pour se garder contre les larrons. L'acheteur, en revanche, fera moins attention à la personne de son vendeur et n'hésitera pas à acheter aux particuliers, ce qui constitue un risque moral.

932 En comparant les deux règles, on n'en trouve pas une qui de façon évidente est plus efficace que l'autre. Il faut donc recourir à un mélange des deux, distribuant, au cas par cas, les incitations les plus utiles ou les moins onéreuses. La solution du Code civil français, à laquelle se conformait l'ancien Code au Québec, était de différencier selon les circonstances de dépossession du côté du propriétaire d'origine et les circonstances d'acquisition, du côté de l'acheteur[1]. Si le propriétaire a perdu ou s'est fait voler son bien, il peut le revendiquer tant que la prescription (normalement de trois ans) n'est pas acquise.

933 En cas de dépossession volontaire[2] – on donne sa montre en réparation; le réparateur la revend – le propriétaire d'origine ne peut revendiquer contre l'acheteur de bonne foi, car la possession de ce dernier « vaut titre »; il lui appartient de se retourner contre la personne à qui il a confié son bien et qui s'avère indigne de sa confiance, pour chercher indemnisation par un recours contractuel. Si le tiers acquiert le bien à titre gratuit, le propriétaire est cependant admis à revendiquer.

934 Du côté de l'acheteur, les solutions sont également nuancées. S'agissant d'une dépossession involontaire – vol, fraude – le voleur lui-même ne peut jamais prescrire; le propriétaire peut donc toujours lui revendiquer le bien. Il en va de même du possesseur de mauvaise foi. Pour l'acheteur de bonne foi, l'art. 2279 du Code prévoit une prescription de trois ans. Pendant cette période, l'acheteur peut se voir revendiquer le bien acheté, mais s'il a pris la précaution d'acheter dans un marché, à une vente publique ou à un marchand en semblables matières, le propriétaire revendiquant doit lui rembourser le prix d'achat. Si le propriétaire, en ces circonstances, trouve toujours intéressant d'exercer son droit de revendication, du moins aurait-il accès au nom du vendeur, ce qui lui permet, le cas échéant de remonter la chaîne des ventes depuis sa dépossession. L'acheteur qui a fait affaire avec des particuliers risque de perdre le bien acheté sans indemnité et devrait alors lui-même se retourner contre son vendeur. Il est peut-être mieux placé que le propriétaire d'origine pour le faire.

935 Le nouveau *Code civil du Québec* a placé ces règles dans le chapitre sur la vente et en a simplifié l'administration[3]. Ainsi, la nature de la dépossession du propriétaire d'origine n'est plus prise en considération : la jurisprudence avait réduit à néant les cas de dépossession volontaire, estimant que la revente par le détenteur de mauvaise foi constituait malgré tout une dépossession involon-

1. 2279-2280 et 1599 CCfr.
2. Voir Weinberg 1980, 587.
3. 1713-1715 jcto 2919-2920 C.c.Q.

2418 001-704 txt.fm Page 253 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

taire. La précaution à prendre du côté de l'acheteur – ce qui lui profite seulement, cependant, s'il est par ailleurs de bonne foi – a été limitée à acheter « dans le cours des activités d'une entreprise »[1], moyennant quoi il a droit au remboursement du prix d'achat en cas de revendication. Le possesseur, même de mauvaise foi, peut prescrire par la période plus longue de dix ans[2].

□ 4 DÉLIMITATION DU DROIT

936 Nous avons vu que, pour l'économiste, chaque usage potentiel peut constituer un *property right* dont il est intéressant d'étudier l'attribution et les effets incitatifs. Plusieurs auteurs ont souligné, sous le terme évocateur d'*anti-commons*, le danger d'une dispersion des droits nécessaires à une exploitation précise : chaque titulaire pourrait jouer au bastion et il en résulterait un blocage de projets porteurs de gains pour tous[3]. Une étude basée sur des expériences en laboratoires démontre que l'effet pervers des *anti-commons* est plus prononcé que celui des *commons*[4]. Pour éviter l'effet de blocage, il paraît prudent de formuler les droits de manière à réunir un large éventail de prérogatives. Mais lesquelles ?

937 Pour le juriste, cela soulève la question de savoir quelles prérogatives doivent être réunies pour former un droit au sens juridique. La propriété confère en principe l'ensemble des usages que l'on peut faire de l'objet. Mais jusqu'où s'étendent les usages réservés au propriétaire, car la propriété d'un terrain n'inclut pas l'espace de survol, ni, dans la plupart des systèmes juridiques, les grandes profondeurs souterraines dont on voudrait faire l'exploitation minière; entre voisins, il faut délimiter les prérogatives de chacun à l'égard des autres.

938 Pour déterminer les prérogatives qu'il convient de réunir pour former un droit au sens juridique, l'analyse économique propose un test en deux temps. D'abord, ne spécifier le droit que dans la mesure où la rareté émergente l'impose. Lorsque c'est le cas, appliquez le test du contrat hypothétique : pour une prérogative précise, ajoutez-la à l'éventail des prérogatives dont le propriétaire dispose déjà, lorsqu'il est plausible qu'il l'aurait achetée à autrui s'il ne l'avait pas eue au départ. L'achat aurait lieu du fait que le propriétaire ferait de cette prérogative une utilisation plus valorisée que l'autre personne, de sorte que le transfert serait avantageux en un sens, mais non dans le sens inverse. Le contrat est hypothétique en ce qu'il ne serait pas réellement conclu; les coûts de transaction prohibitifs en empêchent la conclusion. Dans le cas contraire, on pourrait laisser le marché faire son œuvre, comme nous l'avons vu au chapitre consacré au théorème de Coase. Le test du contrat hypothétique a déjà été présenté dans la discussion du théorème de Coase. Il assure en principe que les différents usages se trouvent réunis dans les combinaisons les plus valorisées.

1. 1714 (1) C.c.Q.
2. 2917 C.c.Q. Lamontagne 2005, nº 726, p. 465.
3. Sur anti-commons Heller 1998, Buchanan/Yoon 2000, Depoorter/Parisi 2003; Munzer 2005.
4. Depoorter/Parisi 2003; Vanneste 2004.

2418 001-704 txt.fm Page 254 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

A. LE DESSUS ET LE DESSOUS DES FONDS

939 Le droit du propriétaire, à l'origine considéré comme s'étendant jusqu'au ciel et jusqu'au centre de la terre, lui permet d'interdire tout empiètement au dessus et en dessous[1]. Il y a cependant des restrictions, que l'analyse économique permet d'expliquer. Pour ce qui est des eaux souterraines, le propriétaire peut les capter mais il doit respecter la réglementation publique à ce sujet[2], qui s'explique par le risque de pollution créant des externalités, et respecter également les droits acquis des voisins sur l'utilisation de cette eau[3].

940 Le droit du propriétaire n'inclut pas le droit de survol[4] ni celui de l'exploitation minière[5]. On peut présumer que l'intérêt de l'accessibilité de l'espace aérien l'aurait emporté sur celui lié aux inconvénients pour les propriétaires dans une hypothétique négociation entre les propriétaires des terres et ceux qui veulent les survoler. Il en va de même de l'exploitation minière, soumise à une réglementation particulière. Une étude américaine montre d'ailleurs la complexité des négociations nécessaires pour arriver à une délimitation pratique des droits d'exploitation minière souterraine[6]. Une fois ces restrictions énoncées dans le droit, elles sont « internalisées » dans la valeur des propriétés concernées, comme nous l'avons vu au chapitre consacré au théorème de Coase.

B. LES RAPPORTS DE VOISINAGE

941 Là où il importe surtout de délimiter le droit du propriétaire d'un fonds, c'est à l'égard de ceux qui sont le plus à même d'en menacer l'exclusivité, à savoir les voisins. Les codes civils français et québécois comportent un éventail de règles destinées à contrôler les conflits potentiels entre voisins, sans doute une source importante de différends au cours de l'histoire, dans des économies où la culture de la terre occupait une place importante. Les règles reflètent des formules trouvées dans des sociétés plus simples que les nôtres pour éviter les conflits. Il ne faut pas se laisser tromper par l'apparente simplicité des solutions; ce qui importe, ce sont les raisons d'être qui sous-tendent les différentes règles.

942 Une première catégorie de règles vise simplement à délimiter clairement le droit de propriété dans des situations qui pourraient paraître ambiguës. Le propriétaire a le droit d'enclore son terrain à ses frais, sous réserve des règles relatives au droit de passage en cas d'enclave[7]. Les fruits qui tombent de son arbre sur le fonds du voisin appartiennent à ce dernier, en droit français, au

1. 552 CCfr; 951 C.c.Q.
2. 951 2e al. C.c.Q.
3. 642 CCfr.
4. Carbonnier 1995, nº 140, p. 263-264.
5. Sur l'intrusion des lignes de haute tension et du survol des avions : Carbonnier 1995, nº 136, p. 255, nº 140, 263-264; aussi, pour les États-Unis, Lessig 2004, 2; sur l'exploitation minière, Carbonnier 1995, *ibid.*; Mattei 2000, 128-130.
6. Libecap 2003, 156.
7. 647 CCfr; 1002 C.c.Q.; pour le droit de passage 682 CCfr et 997 s C.c.Q.

2418 001-704 txt.fm Page 255 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

propriétaire de l'arbre, en droit québécois depuis le nouveau Code[1]. La règle québécoise oblige le propriétaire sur le terrain duquel sont tombés les fruits d'autoriser son voisin à les enlever, ce qui pourrait être source de difficultés. Le propriétaire peut cependant demander au voisin d'enlever les branches qui s'avancent au-dessus de son fonds.

943 L'empiètement, qui constitue une violation de l'exclusivité de la propriété, mérite quelques développements. Les réponses diffèrent entre le droit français et le droit québécois. La jurisprudence française admet que le propriétaire peut demander la démolition de la construction qui empiète, lors même que l'empiètement est minime[2]. Cette demande ne constitue pas un abus de droit[3]. La bonne foi de celui qui empiète n'a pas d'importance. Le droit du propriétaire est donc protégé par une règle d'interdiction.

944 Le droit québécois, par contraste, est formulé de manière à éviter, le plus souvent possible, la démolition de la construction qui empiète. La victime d'un empiètement mineur commis de bonne foi peut demander soit que l'autre acquière la parcelle sur laquelle a eu lieu l'empiètement, soit qu'il lui verse une indemnité pour la perte de la parcelle. Toutefois, si l'empiètement est considérable ou cause un préjudice sérieux, ou encore est fait de mauvaise foi, la victime peut exiger soit que l'autre acquière l'ensemble de l'immeuble, soit qu'il enlève les constructions qui empiètent et remette les lieux en état[4]. Le droit québécois adopte donc un mélange de règles d'indemnisation et d'interdiction, selon la gravité de l'empiètement et le soin pris pour l'éviter. Même en cas d'empiètements mineurs, cependant, il appartient à la victime de choisir le correctif, ce qui évite le risque moral qui se présenterait si le choix appartenait à celui qui empiète. Pour les empiètements graves ou de mauvaise foi, la règle québécoise rejoint celle du Code français.

945 Pourquoi cette différence ? Une explication tiendrait au coût relatif de la vérification nécessaire pour éviter l'empiètement. Plus le système d'enregistrement foncier est précis, complet et facile d'accès, moins cette vérification est onéreuse et plus il serait logique de considérer le propriétaire qui l'omet comme étant de mauvaise foi. Or, il est permis de penser que, jusqu'à tout récemment, les registres fonciers en France ont été plus précis et complets que ceux du Québec (bien qu'un rattrapage soit en cours). En outre, la terre est relativement moins rare au Québec qu'en France et ailleurs en Europe, considérant le nombre d'habitants par kilomètre carré. Cela tendrait à rendre les empiètements moins onéreux à supporter au Québec qu'en Europe.

946 Bien entendu, la règle une fois clairement énoncée, les propriétaires adaptent le degré de leurs précautions à la sévérité des sanctions en cas d'empiètement. La règle claire détermine la force de négociation des parties, si négociation il y a après un empiètement.

1. 984 C.c.Q., 647 CCfr.
2. Jurisprudence sous 545 CCfr.
3. Bouckaert 1997a.
4. 992 C.c.Q.

2418 001-704 txt.fm Page 256 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

947 Bon nombre de règles cherchent, en deuxième lieu, à éviter des « externalités ». Les développements au chapitre consacré au théorème de Coase nous ont fait voir que, avec des coûts de transaction faibles, les externalités se résolvent en questions de délimitation de la propriété, ce qui nous rapproche du point précédent. Il faut cependant se rappeler que les voisins étant en situation de monopole bilatéral, ne sont pas forcément d'amiables négociateurs, et que les coûts de transaction entre eux pourraient donc être élevés.

948 Dans ce groupe, on trouve un ensemble de règles relatives à la gestion des eaux qui écoulent d'un fonds à l'autre[1]. Ces règles visent à éviter qu'un voisin dégrade la quantité ou la qualité de l'eau courante disponible au voisin d'un fonds inférieur. Pour l'eau qui coule des toits, au contraire, le propriétaire doit assurer qu'elles tombent sur son propre fonds ou sur la voie publique, mais non sur celui du voisin[2]. Le propriétaire qui est gêné sérieusement par l'arbre de son voisin qui empiète sur son fonds peut en demander l'enlèvement par le voisin. Le *self-help* consistant à couper soi-même ces empiètements est autorisé en droit français pour « les racines, ronces et brindilles », à la ligne séparative[3]. Au Québec, il l'était dans l'ancien code, mais ne l'est plus dans le nouveau, l'explication pouvant être que le *self-help* est source potentielle de conflits.

949 Une autre source de tensions entre voisins est constituée par les vues. Le droit limite les vues que l'on peut pratiquer dans les murs près de la ligne séparative de deux fonds[4]. Les règles précisent les distances interdites en centimètres, ce qui rend la détermination de ce qui est permis plus facile qu'avec une règle floue. La règle peut cependant être écartée par l'accord des voisins. Ils peuvent donner à cet accord un caractère durable en le formulant sous forme d'une servitude, opposable aux acquéreurs subséquents.

950 Un troisième groupe de règles oblige les voisins à contribuer au maintien d'une ressource commune, évitant ainsi le comportement opportuniste (resquillage). C'est le cas du partage des frais de bornage[5] et du maintien du mur mitoyen[6]. Toutefois, le voisin intéressé à lui seul à rehausser le mur mitoyen en supporte lui-même les frais, ce qui évite une externalité. Si l'autre voisin est par la suite intéressé à en acquérir la mitoyenneté, il doit supporter sa partie des frais, ce qui empêche le resquillage[7].

951 Il y a, en quatrième lieu, des règles visant à empêcher une autre forme de comportement opportuniste, à savoir le propriétaire qui joue le bastion à l'égard du voisin. C'est ainsi que l'on doit donner accès au voisin pour des travaux ou des réparations[8] et pour lui permettre de chercher un bien – un

1. 977 s C.c.Q. Voir aussi Mattei 1994, 130-132.
2. 993 C.c.Q.; 681 CCfr.
3. 985-986 C.c.Q.; 673 CCfr.
4. 993-996 C.c.Q.; 674-680 CCfr.
5. 978 C.c.Q.; 646 CCfr.
6. 1006 C.c.Q.; 663 CCfr.
7. 1007 et 1008 C.c.Q.; 660 et 661 CCfr.
8. 987-989 C.c.Q.

2418 001-704 txt.fm Page 257 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

animal, mais aussi, en droit québécois, des fruits – qui se serait perdu sur le fonds[1]. Dans tous ces cas, pour éviter le risque moral de la part du voisin, celui-ci est tenu de remettre le fonds en l'état ou d'indemniser le propriétaire.

952 Si le fonds est enclavé et que le propriétaire ne peut obtenir une servitude ou autre mode d'accès, il peut exiger de l'un des voisins le droit de passage lui permettant d'exploiter son fonds[2]. Si cette règle écarte la possibilité du bastion, il faut en revanche éviter le risque moral de la part de l'enclavé, ce que le Code vise à accomplir en prévoyant que le passage doit être établi là où il est le plus naturel ou le moins onéreux[3]. Si l'enclave résulte d'un partage, c'est au copartageant qu'il incombe de fournir le passage, ce qui empêche les participants au partage de créer une externalité pour les tiers[4]. Le droit de passage prend fin dès qu'il n'est plus nécessaire[5]. Comme pour l'accès au fonds du voisin, le propriétaire enclavé doit faire l'entretien et les réparations nécessaires pour que son droit de passage s'exerce de la façon la moins onéreuse pour le voisin concerné et doit éventuellement une indemnité[6].

C. LES SERVITUDES[7]

953 Les servitudes ont pour mission de régler des conflits potentiels entre voisins, mais, à la différence des obligations personnelles convenues avec le voisin, elles ont la forme de droits réels opposables aux tiers, ce qui veut dire qu'elles demeurent valides en cas de transfert de la propriété des fonds[8]. Le Code prévoit que la servitude constitue une charge imposée au fonds dit « servant » pour l'utilité du fonds dit « dominant »[9]. Le droit français reconnaît comme servitudes résultant de la situation des lieux les obligations dont nous avons traité au titre des rapports de voisinage. Les servitudes peuvent aussi résulter d'une convention ou autre acte juridique[10].

954 Comme la servitude est un droit réel opposable à tous et en principe sans limite temporelle, elle restreint l'usage du propriétaire et pose le danger d'*anticommons*. C'est pourquoi le Code limite de différentes façons l'emprise que les servitudes peuvent exercer sur la propriété. La servitude ne peut se créer, en droit québécois, par prescription[11]; le droit français l'admet, mais alors seulement dans le cas de servitudes apparentes et continues, et après une possession utile et de bonne foi de 30 ans, ce qui limite le risque de mauvaises surprises pour l'acquéreur de la propriété[12]. La servitude s'éteint par non-

1. 989 C.c.Q.
2. 997 C.c.Q.; 682 CCfr.
3. 998 C.c.Q.; 683 CCfr.
4. 999 C.c.Q.; 684 CCfr.
5. 1001 C.c.Q.; 685-1 CCfr.
6. 1000 C.c.Q.; 682 in fine CCfr.
7. Sur les servitudes en général, voir Gordley 2003.
8. 1182 C.c.Q.
9. 1177 C.c.Q.; 637 CCfr.
10. 1181 C.c.Q. prévoit l'établissement par contrat, par testament, par destination du propriétaire ou par l'effet de la loi.
11. 1181 C.c.Q.
12. 690 et 691 CCfr et Carbonnier 1995, nº 152, p. 281.

2418 001-704 txt.fm Page 258 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

usage[1]. Elle s'éteint également lorsqu'elle devient superflue par la réunion des deux fonds entre les mains du même propriétaire[2]. Elle s'éteint encore lorsqu'il est impossible de l'exercer[3]. Rappelant nettement le danger d'*anti-commons*, le Code québécois prévoit que la servitude peut être rachetée, sauf en cas d'enclave, lorsque son utilité pour le fonds servant est hors de proportion avec l'inconvénient ou la dépréciation pour le fonds dominant[4]. En droit français, le propriétaire du fonds servant peut, en pareilles circonstances, abandonner le fonds au propriétaire du fonds dominant[5].

D. LES TROUBLES DE VOISINAGE

955 En dehors des dispositions évoquées pour régler les problèmes particuliers, il est utile d'avoir une règle générale portant sur les cas non spécifiquement prévus où la jouissance qu'a le propriétaire de sa propriété est perturbée par les actes du voisin utilisant la sienne. Elle est codifiée dans le *Code civil du Québec* à deux endroits. Au début du Code, l'article 7 s'y attache par l'entremise de l'abus du droit. Il prévoit que :

> « aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »

956 Il s'agit ici, à notre avis, de la bonne foi au sens où le terme est employé dans le domaine des obligations et dont nous traiterons au chapitre consacré à cette matière. La jurisprudence, en France comme au Québec, comporte des exemples d'actes d'un propriétaire visant simplement à nuire à son voisin, sans intérêt légitime apparent, comme celui du propriétaire érigeant des piquets sur son fonds dans l'intention malveillante d'empêcher le voisin d'utiliser le sien comme terrain d'atterrissage d'avions[6].

957 Le *Code civil du Québec* comporte un deuxième article général pour régler les difficultés de voisinage non spécifiquement réglées ailleurs. Il s'agit de l'article 976, qui prévoit que :

> « les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux. »

958 L'article codifie une règle développée par la jurisprudence antérieure et également connue en droit français. L'article s'explique avec son contraire, reconnu en France comme le principe que *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage*[7]. Par troubles anormaux, on entend par exemple le bruit,

1. 1191 C.c.Q., 706-707 CCfr.
2. 1191 C.c.Q.; 705 CCfr.
3. 703 CCfr (mais sous réserve d'une renaissance si la situation des lieux l'admet – 704 CCfr;
4. 1189 C.c.Q. Cela correspond à la correction *ex post* d'un *dysfunctional property arrangement.* (Depoorter/Parisi 2003, 3.
5. 699 CCfr.
6. *Cf.* l'affaire québécoise *Rimouski Ltée* c. *Gagnon*, [1952] CS 149, qui rappelle une affaire semblable en France un tiers de siècle plus tôt (Coquerel c/Clément-Bayard, Req. 3 août 1915, *DP* 1917. I. 79) commenté dans Bouckaert 1997a.
7. Carbonnier 1995, nº 168, p. 302; nº 172, p. 309.

2418 001-704 txt.fm Page 259 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

les odeurs, la fumée, les vibrations qui résultent de la construction d'une usine, ou encore d'un théâtre, d'une école, d'un hôpital[1].

959 Une première question pertinente du point de vue de l'analyse économique du droit porte sur la distinction établie en fonction du caractère normal ou anormal des troubles. Pourquoi accepter les troubles normaux ? Pour l'expliquer, l'analyse économique du droit aurait recours au contrat hypothétique entre voisins. Les interférences mineures, régulières et réciproques dans l'utilisation ordinaire de la propriété seraient sans doute traitées comme équivalentes et ne méritant pas de correction. Elles ne résultent pas d'actes opportunistes. En faisant une compensation implicite, on économise les coûts de transaction. Bien entendu, les coutumes et usages locaux pourraient être consultés pour déterminer le contenu concret de pareille convention hypothétique.

960 En revanche, les interférences qui dépassent ce degré pourraient fort bien n'être pas réciproques et ne pas donner lieu à cette compensation implicite. Elles soulèvent un danger d'actes opportunistes d'un voisin à l'égard des autres. Pour l'éviter, il faut un correctif qui vise à faire respecter l'exclusivité de la propriété.

961 Se pose alors une seconde question, savoir si le correctif devrait prendre la forme d'une règle d'interdiction ou seulement d'une règle d'indemnisation, et si l'application de cette règle présuppose une faute. Ces questions ont donné lieu à des développements substantiels de la doctrine juridique[2]. La position dominante admet désormais que la seule violation du droit du voisin entraîne la responsabilité, sans qu'il soit nécessaire de démontrer la faute[3]. En outre, en droit québécois, les tribunaux acceptent régulièrement de prononcer des injonctions pour faire cesser la violation, sauf si les conséquences pour le défendeur paraissent particulièrement lourdes (fermeture d'usine, perte d'emplois), rappelant en cela la pondération des intérêts en matière d'empiètement, prévue à l'article 992 du *Code civil du Québec*, évoqué ci-dessus[4]. Les considérations exposées à propos du théorème de Coase nous semblent justifier la règle d'interdiction. Bien entendu, la règle retenue trouvera immédiatement son reflet dans la valeur des fonds affectés.

CONCLUSION DU CHAPITRE

962 L'analyse économique de la propriété a été lancée, il y a un demi-siècle, à partir de l'intuition que, si la propriété est une condition essentielle au fonctionnement du marché, elle n'est pas immuable, donnée une fois pour toutes en dehors du système économique, mais, au contraire, qu'elle fait partie des

1. Carbonnier 1995,. nº 168, p. 302.
2. Voir l'exposé de ce débat dans Popovici 1997; aussi Carbonnier 1995, nº 172, p. 308; Lamontagne 1998, nº 232, p. 158; Lafond 1999.
3. *Katz* c. *Reitz*, [1973] CA 230; *Barrette* c. *Ciment du Saint-Laurent*, [2003] RJQ 1883, [2003] R.R.A. 1012 (CS); *Goudreau* c. *Letellier-de St-Just*, [2002] RJQ 1195 (CA); la jurisprudence française sous 544 CCfr.
4. Lamontagne 1998, nº 238, p. 160.

2418 001-704 txt.fm Page 260 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

éléments que les acteurs économiques peuvent chercher à modifier dans leur quête de maximiser leur richesse. L'exploitation qui sera faite des ressources en place n'est pas déterminable à partir de leur seule disponibilité; **beaucoup dépend** de la forme des droits de propriété auxquels elles sont soumises. Cette intuition une fois formulée, tout un programme de recherche se dévoile : qu'est-ce qui provoque le souci des acteurs de (faire) définir la propriété ? Quelles formes peut-elle prendre et quels sont les avantages et désavantages des différentes formes ? Qu'est-ce qui détermine le succès de cette entreprise d'articulation de droits ? Est-ce que tout se prête à être objet de propriété ? Comment se fait-il qu'une institution découverte dans des économies bien plus simples que la nôtre nous rend encore aujourd'hui de si précieux services ?

963 La recherche sur ces questions met de la « chaire institutionnelle » sur l'ossature plutôt austère du modèle néo-classique des économistes. Elle invite les économistes au dialogue avec les juristes. Pour le juriste, les recherches effectuées dans le cadre de cette conception comportent un grand nombre de leçons, dont certaines ne font cependant que rappeler ce qui a toujours été intuitivement évident pour les plus grands juristes.

964 Aucune ressource qui est devenue rare ne sera laissée en accès ouvert, car elle sera exposée au risque de la tragédie évoquée par Hardin (1968). Un éventail d'institutions peut être appelé à régir la gestion de la ressource, allant de la propriété individuelle, en passant par la copropriété, jusqu'à la gestion collective par l'autorité publique.

965 La rareté émergente se signale souvent par un différend ou même par un conflit. Les externalités, phénomène que la recherche économique avait identifié comme une défaillance du marché, s'avèrent être des cas d'objets ou d'utilisations particulières laissés en accès ouvert entre personnes intéressées qui ont en vue des usages incompatibles. L'attribution de droits de propriété ou l'établissement d'une autre structure de gestion (ou de gouvernance) de la rareté – que les économistes appellent droits de propriété, en un sens plus large que la propriété des juristes – suffit alors pour reprendre le contrôle du problème.

966 Les droits de propriété peuvent être créés par l'autorité publique, mais aussi, et cela constitue justement l'un des attraits de l'institution, à l'initiative des intéressés, attirés par les avantages que le droit mieux défini leur permet de réaliser. Il suffit pour cela d'un contrôle de l'usage de l'objet et la liberté de contracter au sujet de son usage. Les intéressés peuvent alors « préfigurer »[1] le droit, qui pourrait par la suite être codifié dans la loi à partir de l'expérience vécue. Le contrôle de l'usage, que nous avons appelé « clôture », n'a pas besoin d'être parfait, mais doit être suffisant pour permettre au propriétaire d'en retirer une utilité (ou un rendement) nette positive. Toutefois plus la clôture admet des fuites, plus sont restreintes les options d'exploitation intéressantes pour le propriétaire. Les clôtures peuvent être de différentes natures : physiques, commerciales, contractuelles, juridiques. La clôture est construite avec des matériaux sur lesquels il existe déjà une forme de propriété. On pourra dire que l'ordre civil étend son emprise à de nouveaux objets (à la

1. Le terme est emprunté à Hermitte 1988, 45.

2418 001-704 txt.fm Page 261 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

marge); la propriété n'est donc pas créée *ex nihilo*. Les façons de clôturer peuvent évoluer en fonction de découvertes, techniques ou autres, ce qui peut rendre viables des droits qui ne l'étaient pas auparavant. En sens inverse, l'évolution technique peut rendre trop perméable ou trop coûteuse une clôture existante, ce qui met en péril la viabilité du droit de propriété basé sur elle.

967 Pour comprendre la structuration en train de s'opérer dans de nouveaux univers comme Internet, il faut diriger l'attention sur les démarches visant à créer de nouvelles formes de clôture, car elles signalent des tentatives de créer de la propriété, qui, à son tour, doit permettre le fonctionnement de marchés.

968 Le droit est généralement parcimonieux, en ce que les droits de propriété ne sont pas spécifiés au-delà des conflits d'usage connus. Lorsque de nouvelles utilisations sont découvertes, elles peuvent donner lieu à des externalités, qui invitent à préciser l'institution juridique existante. Ceci ouvre la porte à une conception dynamique de la propriété, qui précise comment cette institution sera étendue à des nouveaux objets.

969 Qui sera propriétaire ? Normalement la personne dont la contribution fera la plus grande différence dans l'utilité retirée de l'objet. La logique économique indique que cette personne achèterait normalement la propriété si elle ne l'avait pas à l'origine, ce qui est possible en raison du rendement supérieur qu'elle compte en faire, alors que la convention contraire n'est pas viable. Mais les coûts de transaction élevés ou des législations protectionnistes peuvent empêcher ou retarder l'implantation de cette solution. Il risque d'y avoir inefficacité lorsque le propriétaire au sens juridique n'est pas la personne qui assure sur le terrain l'exploitation de la ressource. Pour comprendre l'usage de la propriété, il faut garder à l'esprit l'intérêt de cette dernière, comme on l'a remarqué dans le cas des firmes de l'ancienne Yougoslavie et de nouveau, dans l'économie des « squatters » du Pérou décrite par de Soto. En assurant que la personne dont la contribution fait la plus grande différence est propriétaire, le droit contribue à l'efficacité.

970 On a d'abord pensé que la formule de la propriété à titulaire unique serait à privilégier en raison de l'effet incitatif concentré (sur une personne) qu'elle emporte. Mais des recherches récentes, portant sur des institutions historiques aussi bien que contemporaines, ont montré la popularité de formes de copropriété. Il a fallu alors comprendre les circonstances dans lesquelles cette institution a des avantages comparatifs sur la propriété individuelle (difficultés d'exclusivité; avantages du partage), mais aussi ses contraintes inhérentes, qui tiennent à l'action collective (risque de resquillage et de bastions; problème de surveillance réciproque). Cette analyse a jeté une lumière nouvelle et éclairante sur des institutions que l'on avait trop rapidement écartées comme des vieilleries ou des cartels.

971 Quelles prérogatives regrouper dans un seul droit de propriété, au sens juridique ? Le danger à éviter ici est un blocage de l'utilisation d'une ressource en raison du trop grand nombre de droits, dont les titulaires peuvent, chacun, jouer au bastion. La situation a été évoquée sous le vocable de l'*anti-commons*. On trouve dans le droit civil des biens un éventail de dispositions visant à évi-

2418 001-704 txt.fm Page 262 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

ter une dispersion durable des droits sur le même objet. Sur le plan normatif, l'analyse économique aboutit à la conclusion que devraient être regroupées en un seul droit toutes les prérogatives que le titulaire aurait achetées à d'autres personnes, s'il ne les avait pas eues au départ. Pour la propriété il s'agit de la plénitude des prérogatives liées à l'utilisation, mais à l'exclusion des droits de survol ou des droits d'exploitation minière, pour lesquels le risque d'*anti-commons* serait particulièrement accusé.

972 Les outils intellectuels ainsi réunis permettent de rendre compte confortablement de la raison d'être des règles classiques articulées dans les codes civils en matière de voisinage, de droits démembrés, d'indivision, de copropriété. Le droit civil se révèle ici aussi efficace que le droit américain dans les études effectuées par les pionniers américains de l'analyse économique du droit. L'univers du juriste s'enrichit par la conception dynamique de la propriété, qui met l'accent sur l'extension de la formule aux nouveaux objets à l'initiative des intéressés et qui l'invite à envisager la comparaison des différentes formules entre lesquelles ils choisissent. L'histoire peut ainsi être relue comme un foisonnement d'initiatives cherchant à recombiner des objets (la franchise, par exemple), de défaire des combinaisons existantes, d'étendre la propriété à des nouveaux objets. Cette conception est nettement plus riche qu'une lecture positiviste du droit qui le placerait à la remorque du seul législateur et de l'interprétation de ses paroles par les tribunaux. Elle est particulièrement intéressante pour le droit commercial, mais aussi pour le droit privé dans son ensemble.

973 Au sujet de la transmissibilité des biens, une première question, importante, est celle de comprendre pourquoi certains biens sont déclarés hors commerce. L'analyse économique du droit apporte un éclairage nouveau qui permet au juriste « de « sortir » de son cadre habituel de réflexion »[1]. Elle met en doute que la caractéristique de n'avoir pas de prix puisse servir de définition de l'extrapatrimonial, vu que cela résulte du seul fait d'être exclu du marché. Sur le fond, l'analyse économique fait intervenir des considérations d'externalités, d'auto-paternalisme (se prémunir contre des décisions qu'on regrettera) et de paternalisme pur, qui renvoient aux particularités du processus politique. L'examen de différentes règles composant le régime de l'acquisition et du transfert de la propriété montre une logique sous-jacente dont le but semble être d'inciter à la bonne gestion et à la prudence et de décourager l'opportunisme. Elle conforte l'idée que le droit civil, tout comme la common law, serait largement animé par un souci d'efficacité au sens que les économistes donnent habituellement à ce terme. C'est une perspective que nous allons retrouver dans le prochain chapitre, traitant de la responsabilité extracontractuelle.

☐ POUR ALLER PLUS LOIN

974 Plusieurs livres proposent une analyse économique de la propriété – ou du droit des biens, pour employer le terme juridique plus général. En langue

1. Maitre 2005, n° 11, p. 13.

2418 001-704 txt.fm Page 263 Mardi, 30. octobre 2007 12:27 12

française, le livre de Lepage[1] est une des premières synthèses de l'analyse économique de la propriété. On notera, dans les premiers chapitres du texte, la sensibilité à la dimension historique et aux particularités du droit civil. Dans une perspective comparative, le juriste a intérêt à consulter le texte de Mattei, professeur à Trento, en Italie, et à Hastings College of Law, en Californie, qui traite notamment des droits italien, français et allemand, de même que des droits anglais et américain[2]. Une éclairante synthèse de la théorie économique pertinente est présentée dans le collectif publié sous la direction d'Anderson et de McChesney[3] et dans celui publié sous la direction de Colombatto[4]. Ellickson et al. 2002 montrent comment l'analyse économique du droit peut être intégrée, aux fins de l'enseignement universitaire, dans une présentation plus générale des principes du droit (américain) des biens. Furubotn et Richter exposent l'analyse économique dans une perspective institutionnelle, avec une attention particulière pour le *property rights movement*, du début des années 1970, dont Furubotn était l'un des principaux animateurs[5]. Pour l'analyse de la propriété commune, les livres d'Ostrom sont incontournables[6].

ANNEXE
FORMES DE PROPRIÉTÉ CONNUES EN DROIT ROMAIN

975 Différentes formes de propriété sont connues dans le droit romain. Lorsque les choses sont librement disponibles et qu'il n'y a pas de restriction pour les appréhender, le droit romain prévoit des *res nullius*[7]. Les animaux sauvages et les choses abandonnées (*res derelictae*) en sont des exemples. Il y a des choses qui, quoique librement accessibles à tous, ne se prêtent pas bien à être appréhendées. L'océan et l'air ambiant en seraient des exemples; elles sont appelées *res communes*. Il faut distinguer ces choses d'avec les routes, les ponts, les ports et les cours d'eau, qui sont bien susceptibles d'appropriation privée, mais qui sont, par leur nature ou par décision collective, affectées à l'usage de tous, moyennant éventuellement des règles visant à en empêcher l'abus (*res publicae*). De même, en droit romain, certains objets appartiennent à des groupes ou corporations, publiques ou privées, comme des cités, en tant que tels (*res universitatis*). On y inclut les stades et les théâtres – objets pouvant être exploités pour le bien de l'ensemble des membres de la communauté visée. Les choses destinées au culte (*res divini juris*) ont vocation à être ouvertes à tous et hors du commerce.

1. Lepage 1985.
2. Mattei 2000.
3. Anderson/McChesney 2003.
4. Colombatto 2004.
5. Furubotn/Richter 2000.
6. Ostrom 1990, 1992 et 2002.
7. Terminologie empruntée à Zénati 1988, n°s 4 et 18, p. 16 et 30; voir aussi Rose 2003.