



HAL
open science

Une réflexion historique sur les nouveaux biens

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. Une réflexion historique sur les nouveaux biens. *Communitas*, 2022, 3 (2), pp.1-14.
hal-04014279

HAL Id: hal-04014279

<https://hal.science/hal-04014279>

Submitted on 3 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

Une réflexion historique sur les *nouveaux biens*

Michel Boudot ¹

RÉSUMÉ

Les frontières entre être et avoir sont mouvantes et fluctuent selon les conceptions qui nourrissent l'interprétation des règles juridiques d'une époque. De nouveaux biens sont imaginés parce que des choses nouvelles apparaissent, des droits sont nouvellement conçus qui renouvèlent les relations d'appartenance, mais surtout, la construction juridique d'un nouveau bien est un processus politico-dogmatique par lequel des pouvoirs nouveaux sont accordés à un sujet, ce qui lui permet de s'en réserver l'exclusivité des fruits d'une part et d'en céder la titularité d'autre part. Ce texte propose une mise en perspective historique de la nouveauté à travers l'émergence du fonds de commerce, imaginé par la pratique comme un ensemble disparate de choses et rationalisé par la consécration d'une universalité de fait.

¹ Professeur de droit privé, Vice-doyen chargé des relations internationales
Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers Université de Poitiers

Introduction

Les nouveaux biens existent parce que des choses nouvelles apparaissent, des droits sont nouvellement conçus, mais surtout les nouveaux biens viennent au jour parce que nous renouvelons notre manière de penser les relations d'appartenance¹. Certaines choses franchissent la frontière entre l'être et l'avoir pour devenir des biens ou des *res* dans le commerce juridique ; certains biens font le chemin de retour pour devenir des êtres, voire des personnes². Les frontières entre être et avoir sont mouvantes et fluctuent selon les conceptions qui nourrissent l'interprétation des règles juridiques d'une époque et, avant toute chose, c'est dans la langue qui exprime ces règles que se dessine la silhouette de l'usage des propriétés, et les usages de la propriété³. Avant d'entrer dans le vif du sujet, je voudrais commencer par une observation sur les formes que peuvent revêtir les relations d'appartenance dans les langues européennes occidentales⁴.

La relation entre l'être et l'avoir s'exprime d'abord par le verbe, et il est très symptomatique qu'en anglais, on puisse utiliser un syntagme verbal prédicatif actif pour signifier l'état de propriétaire ou la titularité : *the owner owns*. En revanche, les verbes *proprier*, *propriétir*, *propriétiser* – je ne sais quel barbarisme *employer* – n'apparaissent nulle part en français, c'est pure invention, et à ma connaissance, il n'y a d'équivalent ni en italien, ni en espagnol, ni même en allemand. En revanche, pour l'expression de la propriété en action, ces langues utilisent des formes verbales taillée sur des radicaux différents : *posséder*, *appartenir*. Les langues romanes expriment la

¹ M. Colangelo, *Creating property rights*, Nijhoff, 2012, qui analyse les modèles d'appropriation de ressources ou de valeurs telles que les créneaux aéroportuaires, les fréquences hertziennes, les quotas régulant le marché du lait, ou encore ceux d'émission de polluants ; également de la même autrice, « Nuove proprietà e nuovi beni : sistemi allocativi e mercato nel contesto europeo », dans L. Vacca, *Le proprietà*, Giappichelli, 2015, p. 195-214 ; W. Dross, « L'extension de la notion de bien à l'intérêt économique substantiel », dans L. Leveneur, *Les « nouveaux » biens*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2020, p. 15-30 ; auparavant, R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, tome III, Dalloz, 1959, n° 437 ss, p. 107-195 ; Ch. Reich, « The new property », *Yale Law Journal* 73 (1964), p.733 ; K. J. Vandeveld, « The new property of the Nineteenth Century », *Buffalo Law Review*, 1980, 29(2), p. 325 ; A. Zoppini, « Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni) », *Rivista di diritto civile*, 2000, p. 185 ; S. Normand, « Les nouveaux biens », *Rev. Notariat*, 106(2), p. 177 (2004).

² G. Gidrol-Mistral, « Les gamètes : libre propos sur la valeur des biens », dans A. Tellier-Marcil et coll., *Les prochains défis de la pensée civiliste – Les conceptions classiques soumises à l'épreuve du temps*, Éditions Thémis, 2020, p. 163-190 ; C. Lafontaine, *Le corps-marché. La marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie*, Seuil, 2014.

³ A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, 1995, Chap. 4 : Le fonti culturali : linguaggio e concetti attinenti al diritto di proprietà in generale, p. 183-231 ; A. Taitlin, « The genesis of concepts of possession and ownership in the civilian tradition and at common law: how did common law manage without a concept of ownership ? Why Roman law did not ? », dans O. Moréteau, A. Masferrer et K. A. Modéer, *Comparative legal history*, Elgar, 2019, p. 341-378.

⁴ B. Pozzo, « Les défis de la traduction face au multilinguisme européen », dans M. Bassano et W. Mastor, *Justement traduire : les enjeux de la traduction juridique (histoire du droit, droit comparé)*, Presses UT1, 2020, p. 151-176, n° 28 ss ; plus amplement, V. Jacometti et B. Pozzo, *Traduttologia e linguaggio giuridico*, Cedam, 2018.

propriété de manière statique par être *propriétaire de*, avoir la propriété ; ou de manière dynamique, *s'approprier*, devenir *propriétaire*, se rendre *propriétaire*, mais aussi *obtenir*, *détenir*, *maintenir*, *retenir*, qui expriment des modalités de l'action d'*avoir*, *avere*, *haber* ou simplement *tenir*, *tenere*, *tener*⁵. Ces verbes informent (en tant que prédicats) sur l'état ou l'action du sujet en le qualifiant.

Les usages courants du concept de propriété dépendent des ressources linguistiques pour l'exprimer, et le verbe n'est pas le seul mode d'expression de la relation d'appartenance. L'appartenance s'exprime aussi par le génitif du nom, l'antéposition ou l'attribution dative, par les déterminants possessifs, des déterminants attributifs ou la déclinaison des pronoms, ou encore par le sens technique du nom-sujet qui qualifie et induit un certain type de relation : le propriétaire, le possesseur, le détenteur... *possèdent*.

Les usages techniques du concept de propriété à la fin du 19^e siècle ne sont pas dans le Code civil de 1804. Je ne vise pas seulement les thèses représentant la propriété au prisme des finalités sociales qui lui seraient assignées, mais je voudrais rappeler simplement que le concept présent dans le Code civil à l'article 544, qui représente la propriété par le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, signifie l'achèvement de la révolution bourgeoise ; il n'annonce pas la révolution industrielle. Il a libéré les particuliers propriétaires des charges et obligations réelles, avatars et reliquats de la féodalité foncière, qui pesaient sur leurs biens. Cette conception se greffe non pas sur l'héritage romain, mais sur la définition bartoliste d'une propriété centripète, qui attire à elle l'ensemble des droits réels⁶ : en soi, une réinterprétation médiévale du *dominium ex iure Quiritium* comme forme de pouvoir absolu du citoyen romain de jouir et de disposer des biens que le *ius civile* lui accordait comme « siens ». Pour dire les choses chronologiquement, « la manière la plus absolue » du droit de propriété – en tant que droit naturel et sacré – participait du projet politique révolutionnaire du Siècle des Lumières : il reposait entièrement sur une représentation modélisée et abstraite du *dominium romain* reconstruite précisément à cette même époque pour s'opposer à la relativité et à l'éparpillement des droits réels féodaux. Après la Révolution française, avec le Code civil, cette représentation abstraite est devenue loi en 1804 à l'article 544, sans pour autant coïncider avec elle ni n'embrasser la variété des relations d'appartenance existant dans les autres textes du Code, parce qu'elle n'a pas été pensée pour cela. Et c'est seulement au cours du 19^e

⁵ En français le verbe *tenir* ne concurrence *avoir* que de manière idiomatique, car nous n'avons qu'un seul auxiliaire actif qui est *avoir*. « Le second gratifié est réputé tenir ses droits de l'auteur de la libéralité » (Code civil, art. 1051).

⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, volume II, Les biens, les obligations, PUF, coll. Quadrige, 2004, [730], p.1640-1644

siècle qu'une conception unifiée de la propriété va dominer l'interprétation des textes du Code ; ensuite, au tournant du 20^e siècle, en Europe, la représentation unitaire de la propriété romaine va à la fois être démentie par la mise en évidence dans la littérature romaniste d'une pluralité de formes propriétaires⁷ : *propriété civile*, *propriété prétorienne* et *propriété provinciale*, mais elle va également être resituée pour être intégrée à une conception extensive et globalisante des droits subjectifs.

De nos jours, les travaux des romanistes italiens contemporains montrent que cette conception abstraite de la propriété taillée sur le modèle romain monolithique est une pure construction idéologique (et non scientifique)⁸ ; cette rhétorique a produit les théories contemporaines du droit subjectif, qui en sont des manifestations. Car il n'y a jamais eu de modèle unique des propriétés/domaines à Rome : de siècle en siècle, les concepts qui ont servi à signifier les relations d'appartenance ont évolué dans la plus grande variété et sans cesse ; il est acquis que les termes *dominium*, *in bonis habere* et *possessio* de l'*ager publicus*, qui étaient analysés comme trois expressions d'un même concept abstrait de propriété, ne peuvent plus aujourd'hui être regardés ainsi. Ce sont des situations techniquement bien distinctes et non réductibles à une idée de propriété homogène : elles indiquent des situations de disponibilité d'un bien qui correspondent à des phénomènes juridiquement bien identifiés, lesquels expriment précisément de grandes mutations économiques et sociales de l'Antiquité. Il faudrait peut-être en finir avec l'abus de droit romain, comme de l'abus du concept de propriété en guise de solution à tous les manques d'imagination, mais ce n'est pas si simple⁹.

Une dernière remarque sur le plan linguistique les usages de l'adverbe *bien* dans ses fonctions prédicatives sont multiples et complexes à disséquer¹⁰, mais c'est le substantif dérivé qui nous intéresse. Il emprunte la valeur morale du bon au singulier, mais la perd au pluriel, où le registre sémantique du *bien* n'est celui des *biens*¹¹ ; il la retrouve dans les discours sur les nouveaux biens qui en resituent les usages techniques, par exemple en détachant les *biens communs* du registre de l'indivision ou des régimes matrimoniaux pour gagner ceux des nouvelles formes de protection de la

⁷ A. Lovato, S. Puliti, L. Solidoro, *Diritto privato romano*, Giappichelli Editore, 2e éd., 2017, p.290 ss. ; M. Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*, Palumbo, 3e éd., 2006, p.335.

⁸ C. A. Cannata, *La proprietà e le proprietà*, in *Fondamenti del diritto europeo, Tome I*, Giappichelli, 2005 ; L. Vacca, *Possesso e acquisto della proprietà*, Giappichelli, 2015.

⁹ F. Mazzarella, *Da diritto a paradigma: uso e abuso della proprietà nella disciplina dei diritti d'esclusiva*, *Rivista di diritto civile*, 2019, p. 861.

¹⁰ <https://www.cnrtl.fr/definition/bien>

¹¹ Libchaber, v° Biens, *Rép. Civil Dalloz*, 2016 ; S. Pugliatti, v° Beni, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1959.

nature ou des œuvres de l'esprit humain. Dans le discours proprement technique, cette dissociation des sens du singulier et du pluriel apparaît là où le singulier assume la dénomination du concept abstrait : ainsi « la » propriété a-t-elle pour objet concret des biens, des héritages, des fonds ou des propriétés. Mais les concepts de « propriété » (ce qui est à soi et ce qui est de soi-même) et de « bien » (ce qui est avoir et ce qui est bon) offrent une facilité rhétorique d'agglutination, parfois par simple assonance¹² : des espèces différentes de choses ou d'activités dénommées « biens » sont placées sous la figure rassurante, économiquement et juridiquement attractive de la *propriété*.

Pour conduire l'analyse du profil historique de la nouveauté, je mettrai en examen un ancien nouveau bien dont la genèse est due à la révolution industrielle et, afin d'éviter quelques anachronismes, j'ancrerai mon propos en France et au tournant du XX^e siècle, à savoir au moment où la doctrine française tente de conceptualiser les mutations du droit privé produites par la révolution industrielle dans des théories générales. C'est donc le fonds de commerce qui illustrera ces réflexions.

Quand le fonds de commerce est-il devenu un bien ?

Avant de répondre à cette question, pensons à une petite situation d'actualité : je suis locataire d'un studio ou d'une chambre, et pour mes vacances, j'échange mon studio ou ma chambre sur la plateforme HomeExchange. Parfois, pour financer mes vacances, mes études ou la location même de mon studio, j'accueille des « *Guests 4 étoiles* » grâce à Airbnb. Est-ce que je loue ma chambre ou mon studio ? Ou est-ce que je sous-loue ? Et si j'ai besoin d'un crédit, est-ce que je peux imaginer qu'une banque puisse accepter de nantir les revenus futurs que me versera la société Airbnb ? La Cour de cassation française s'est prononcée en 2019 sur cette question éminemment politique et s'est montrée très défavorable à l'idée que le locataire puisse exploiter son studio ou sa chambre comme si le bien lui appartenait, sans l'autorisation du propriétaire. Il faut dire que le secteur du tourisme en France est un secteur puissamment armé pour faire pression, mais d'un autre côté, la réforme du régime des retraites qui s'annonce pourrait amputer d'une partie de leurs revenus les propriétaires comme les locataires ; de même, la baisse tendancielle des revenus des

¹² A. Gambaro, « Dalla new property alle new properties (Itinerario, con avvertenze, tra i discorsi giuridici occidentali) », dans V. Scalisi (dir.), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milan, Giuffrè, 2004, p.678.

fonctionnaires pourrait favoriser le constat que le bien physique loué se distingue aisément de l'universalité de biens et de services que constituera une chambre offerte aux voyageurs ou à la location saisonnière. L'émergence d'un nouveau bien, nouveau fonds, nouvelle tenure, peu importe son nom, serait la reconnaissance que la chambre appartient au locataire qui l'exploite et qui en jouit même si un autre y dort. Je ne fais aucune prédiction, je dis seulement que cette question n'est pas nouvelle, et qu'à défaut d'instruments techniques pour y répondre, nous disposons de la littérature pour la comprendre.

La genèse du concept de fonds de commerce s'écrit dès avant la Révolution de 1789, où s'affirme de la part des commerçants un « désir d'émancipation à l'égard des contraintes corporatistes¹³ ». D'un point de vue comptable, la valeur des *fonds de boutique et pratiques* apparaît comme supérieure à la somme des éléments qui composent la boutique ; le terme *achalandage* intervient pour signifier ces pratiques. Mais dans la jurisprudence du début du 19^e siècle, le fonds de boutique n'est pas encore pensé en soi comme un meuble incorporel autonome, bien qu'il constitue déjà une *généralité de meubles fongibles*¹⁴ ; l'acte de cession du fonds d'un commerçant est perçu comme comprenant « l'aliénation de la propriété physique qui sont les instruments d'exploitation, et celle de la propriété morale, qui sont l'achalandage et la possession de la confiance publique¹⁵ ». Jean Hilaire note que l'évolution de la fiscalité a « pesé lourd » sur les cessions de fonds de boutique aussi bien que sur les formules notariales, puisque les cessions des différents éléments n'étaient pas taxées de manière homogène :

la technique notariale distinguant dès ses débuts les marchandises et le fonds proprement dit pouvait aussi bien obéir à des raisons fiscales [...]. Le prix de l'achalandage a pu être très souvent forcé aux dépens des marchandises puisque les droits allaient du simple au double. Mais peu à peu dans la première moitié du siècle le formulaire notarial intègre au fonds de commerce, les éléments matériels qu'il avait initialement distingués, ne laissant plus à part que le bail de la boutique. [...] Au milieu du siècle la jurisprudence s'achemine vers une conception du fonds intégrant tous les éléments corporels et incorporels¹⁶.

¹³ Du fonds de boutique au fonds de commerce, v. J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, p.151 ; L. Depambour-Tarride, « Les origines du fonds de commerce », *RHD*, 1985, p. 329 ; J. Deruppé, « Clientèle et achalandage », *Mélanges Savatier*, 1992, p. 167 ; F. Mazzarella, *Un diritto per l'Europa industriale*, Giuffrè, 2016, p.24

¹⁴ Tribunal de cassation, 9 messidor An XI, dans P.A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 14, Gamery, 4^e éd., 1815, v^o Usufruit, p. 383-384

¹⁵ J. Hilaire, *op. cit.*, n^o83, p. 154.

¹⁶ J. Hilaire, *op. cit.*, n^o84, p. 156.

Mais évidemment, ce n'est pas seulement en quelques pages d'argumentation judiciaire ou doctrinale que le fonds de commerce est devenu un bien, prêt à être saisi comme une universalité économique par une loi fiscale de 1872, puis par une réglementation complète en 1909. Combinée plus tard au libre développement des sociétés de capitaux à partir de la loi de 1867, la gérance locative des fonds sera un puissant moyen de pérennisation et de développement des commerces de détail : elle sera utile autant aux sociétés de capitaux qui s'implantent qu'à la retraite des commerçants, sans compter qu'elle permettra aux héritiers non commerçants de retirer les profits du fonds exploité par un autre.

Comment le fonds de commerce est-il devenu un bien ?

À la fin des années 1850, un commerçant lyonnais dénommé Vollot, qui était un limonadier-restaurateur, avait obtenu de la ville de Lyon la location d'un espace sur la place Louis-le-Grand, qui deviendra la place Bellecour, avec le droit d'y faire construire un pavillon pour abriter son commerce. Le contrat stipulait qu'il était interdit au locataire de sous-louer sans autorisation. Pour financer la construction, Vollot avait consenti un nantissement sur son bail à loyer au bénéfice de l'entreprise de construction Chaussergues du Bord qui, une fois l'ouvrage achevé, réclamait paiement que Vollot en déconfiture ne pouvait honorer. Dans la procédure de faillite, les autres créanciers de Vollot venaient donc en concurrence avec Chaussergues du Bord, qui se prévalait du nantissement pour être payé prioritairement. Dans un premier temps, le litige focalisait l'attention des juges sur l'acte constitutif et le formalisme du gage de bien incorporel. Et bien que Vollot fût resté en possession de la chose louée et qu'il eût continué à exploiter son fonds de commerce, la Cour de cassation reconnut en 1859 la validité du gage de meuble incorporel sans dépossession¹⁷. Une nouvelle sûreté sur créance par une cassation innovante. Mais, devant la Cour de renvoi, les autres créanciers ne désarmaient pas ; ils faisaient valoir que Vollot n'était pas titulaire d'une créance ordinaire, mais au contraire d'un droit réel immobilier, lequel ne pouvait par définition pas faire l'objet d'une sûreté mobilière. En 1861, un nouvel arrêt de la Cour de cassation fut rendu qui leur donna tort :

¹⁷ Cass. civ., 13 avril 1859, Synd. Vollot v. Chaussergues du Bord, DP 1859.1.167

il n'admettait pas que le preneur à bail à loyer soit titulaire d'un droit réel¹⁸. Cet arrêt est encore cité de nos jours pour affirmer que le droit du preneur d'un bail à loyer n'est pas un démembrement de la propriété.

On insistera sur le fait qu'au moment de cette discussion, le concept de *fonds de commerce* ne possède pas un sens technique achevé, détaché d'une affaire commerciale, d'une maison de commerce ou d'un fonds de boutique, et se confondant avec matériel et marchandises. Ce sera précisément l'un des effets induits de cette affaire Vollot que d'en faire émerger la complète technicité. En 1861, la controverse est encore située sur le terrain de la dépossession du droit au bail ; elle se généralisera dans les années suivantes à la question du nantissement de fonds de commerce. Mais, d'un point de vue sociologique, la possibilité pour les commerçants de financer leur activité au moyen de leur titre de locataire est le prélude à l'apparition du fonds de commerce comme universalité de biens et de crédit, laquelle sera consacrée par la jurisprudence dans les années 1880. La Cour de cassation posera, dans un arrêt fondamental du 13 mars 1888, le principe de la validité de la constitution du nantissement sur le fonds de commerce¹⁹. Il sera défini comme universalité de meubles comprenant à minima achalandage, clientèle et droit au bail.

Ce processus met en évidence la construction d'un *ius in rem*, à savoir la construction d'un objet abstrait qui sera qualifié de *bien*. Celle-ci trouve son origine dans une adversité et une concurrence de prétentions, mais parvient à former ainsi une entité juridique non accessoire, où le fonds de commerce est détaché de l'immeuble qui l'accueille. Les étapes de ce processus conduisent à la détermination des modalités d'une jouissance réelle²⁰. Ce qui est topique dans la construction dogmatique de ce nouveau bien, c'est l'émergence progressive de l'idée que la capacité de valorisation des activités commerciales constitue en soi une valeur propre. Cette capacité ne fait pas seulement naître l'*achalandage*, qui est la qualité expliquant pourquoi les clients reviennent, mais elle constitue une capacité de *crédit*, qui est une qualité justifiant que des banques accordent des prêts. Or, au-delà de l'aspect spéculatif du crédit commercial, il faut entrevoir que pour garantir ces financements, la question de la publicité et de l'opposabilité des garanties est cruciale dans une période où les conceptions relatives aux sûretés non possessoires ne sont pas encore assises et arrêtées. Reconnaître

¹⁸ Cass. req., 6 mars 1861, Synd. Vollot v. Chaussergues du Bord, DP 1861.1.417. Nota : l'orthographe des noms est erratique, on trouve aussi Vallot et Chaussergue-Dubord.

¹⁹ Cass. civ., 13 mars 1888, DP 1888, 1, 351.

²⁰ M. Boudot, « Esquisse d'un profil théorique de la jouissance réelle », dans M. Boudot, M. Faure-Abbad et D. Veillon, *Autour de l'usufruit*, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, 2022, p. 49-68.

au commerçant le droit de disposer de son activité en l'engageant, c'est sauter le pas : c'est admettre que le bien nanti est plus que la somme des éléments qui le composent. Le propriétaire du fonds de commerce est donc celui qui peut nantir son activité : s'il peut obtenir un crédit garanti par une sûreté réelle, c'est parce qu'il est propriétaire d'un bien nouveau.

Avec la révolution industrielle française dans la première moitié du 19^e siècle, qui suit de loin la révolution industrielle et commerciale anglaise du milieu du 18^e siècle, l'intérêt de l'argument propriétaire était certainement à l'origine de permettre l'exercice d'une action en revendication, et non une action en responsabilité, même si la clause générale de responsabilité civile²¹ est utilisée pour sanctionner les comportements des marchands déloyaux. C'est davantage le crédit du commerçant et la valorisation de son activité qui sont devenus centraux. L'invention du fonds de commerce et des sûretés y afférentes a induit des réactions théoriques et pratiques : 1) le fonds de commerce ne pouvant contenir des immeubles ni constituer l'assiette d'une sûreté immobilière, la protection des investissements de construction immobilière sur le fonds d'autrui est passée par la dissociation juridique de l'immeuble, paralysant l'accession immobilière, à savoir par la propriété superficière et les avatars du bail emphytéotique ; 2) l'investissement commercial a été séparé de l'investissement de construction immobilière, et garanti par un bien appartenant au locataire, à savoir le droit au bail, bientôt compris dans l'universalité du fonds de commerce ; 3) les obligations du locataire de l'immeuble sont désormais assumées par des personnes morales, sociétés commerciales librement constituées à partir de 1867 auxquelles les fonds de commerce sont apportés ; 4) les obligations du bailleur sont assumées par des sociétés civiles également dotées de la personnalité juridique [à partir de 1891] ; et 5) les bailleurs peuvent être des filiales des locataires du fait que leurs patrimoines respectifs sont juridiquement étanches. Du point de vue contractuel se superposent, en vue de l'activité commerciale, potentiellement trois baux, sans compter les contrats de travail : un bail emphytéotique ou d'amélioration, un bail commercial qui deviendra un bail à loyer spécial, et une gérance locative du fonds de commerce.

²¹ CC, art. 1382 renum. 1240.

Éléments de comparaison²²

La création et la consécration du fonds de commerce à la française peuvent être comparées au *business goodwill* que les jurisprudences anglo-américaines des 18^e et 19^e siècles ont d'abord détaché de l'influence des corporations constituées²³, puis ont fait émerger en tant que bien autonome *pure intangible* détaché des lieux d'exploitation du commerce²⁴ ; le terme *goodwill* est traduit par « achalandage » dans le *Dictionnaire de droit privé*²⁵ et dans les *Juriterms*²⁶, mais je continuerai à utiliser dans les paragraphes qui suivent le mot non traduit pour ne pas amalgamer trop vite nos tropismes culturels²⁷.

En droit anglais, le *goodwill* est classiquement défini depuis *IRC v. Muller & Co's Margarine Ltd.* comme le bénéfice et l'avantage d'une renommée, d'une bonne réputation et d'un réseau de relations d'affaires. Cela traduit aussi la probabilité que les clients reviennent sur le lieu des bonnes affaires en raison de l'estime qu'ils portent au marchand ; on y trouve l'idée de la création d'une force d'attraction qui attire le chaland²⁸. Les logos, les

²² Pour des raisons qui tiennent au postulat fondamental du droit des choses en droit allemand, ce n'est pas outre-Rhin que je vais me tourner pour convoquer les éléments d'une comparaison ; en vertu du §90 du Code civil allemand (BGB), seuls les objets corporels sont considérés par le droit des biens, voir M. Fromont et J. Knetsch, *Droit privé allemand*, LGDJ, 2^e éd., 2017, n°452 : « [L]es droits réels ne peuvent exister que sur des objets que l'on peut appréhender, ce qui oblige à soustraire de la matière aussi bien les droits de la personnalité et les droits intellectuels (brevets, marques et modèles) que les droits de créance (Forderungen). La conception étroite du droit allemand des biens dans la législation allemande trouve son origine dans la volonté des rédacteurs du BGB de le distinguer le plus nettement possible du droit des obligations. Au lieu de codifier un droit patrimonial (Vermögensrecht), tel que c'est le cas pour le Code civil français, il paraissait plus judicieux de rendre autonome un 'droit des choses' aux côtés d'un droit régissant les liens entre personnes ».

²³ N. Dawson, « English Trade Mark Law in the Eighteenth Century: Blanchard v Hill Revisited – Another 'Case of Monopolies' ? », *Journal of Legal History*, 24(2), 2003, p. 111-142.

²⁴ K. J. Vandeveld, « The new property of the Nineteenth Century », *Buffalo Law Review*, 29(2), 1980, p. 325 ; M. Bridge, *Personal property*, Oxford UP, 4^e éd., 2015 ; D. Keeling et coll., *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 2017, 16^e éd., Sweet and Maxwell, n°20-039.

²⁵ Université McGill, Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *Le dictionnaire de droit privé - Les biens*, 2012, en ligne : <https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary>

²⁶ Université de Moncton, Centre de traduction et de terminologie juridique, *Juriterm*, en ligne : <http://www.juriterm.ca/>

²⁷ Même en français, les faux amis sont trompeurs : la dogmatique québécoise utilise le concept de fonds de commerce différemment de l'achalandage, mais sa définition ne coïncide pas avec les conditions de composition du fonds de commerce à la française. Outre les références citées, voir S. Normand, *Introduction au droit des biens*, Wilson & Lafleur, 3^e éd., 2020, p. 61 : « Le fonds de commerce d'une entreprise constitue un ensemble d'éléments divers qui comprend à la fois des biens corporels et des biens incorporels. Cet ensemble forme une entité distincte des éléments qui le composent. Les biens corporels d'un fonds de commerce sont susceptibles d'inclure des immeubles, de l'outillage, de l'ameublement et des marchandises. Pour leur part, les biens incorporels peuvent comprendre l'achalandage, le droit au bail, le nom de l'entreprise et des droits de propriété industrielle et commerciale. La composition d'un fonds de commerce loin d'être statique varie suivant la nature et l'importance du commerce. L'achalandage réfère à la clientèle, soit "aux gens ayant pris l'habitude de faire affaire avec un commerce en particulier". »

²⁸ [1901] A.C. 217 « What is goodwill? It is a thing very easy to describe, very difficult to define. It is the benefit and advantage of the good name, reputation, and connection of a business. It is the attractive force which brings in custom. It is the one thing which distinguishes an old-established business from a new business at its first start. The

slogans publicitaires ou les images de l'entreprise font partie du domaine des marques de fabrique, lesquelles relèvent du *business goodwill* auquel elles sont associées²⁹. Il est acquis que le *goodwill* est reconnu comme un bien insusceptible de *possession (chose in action)*, protégé par le droit des délits au moyen d'un tort de parasitisme dénommé *passing off*, lequel permet de réparer les dommages concurrentiels causés par les médisances déloyales et fausses déclarations comme des atteintes à la propriété³⁰. C'est un *intangible asset* qui peut être transféré du vendeur à l'acheteur, en ce qu'il procure à celui-ci le droit de s'attendre à ce que les clients de l'entreprise lui soient fidèles.

Aux États-Unis, dans un article que je paraphrase largement, K. Vandevelde explique en effet que le passage d'une conception physicaliste des biens commerciaux à une autonomisation du *goodwill* s'inscrit dans un mouvement de dé-corporéisation ou dé-physicalisation des biens³¹. Selon cet auteur, une première source de ce changement réside dans l'adoption de la clause de *due process* par le 14^e amendement de la Constitution des États-Unis³², qui impose à l'État que toute expropriation ou toute privation de la propriété fasse l'objet d'un procès équitable. Il était alors tentant pour les plaideurs d'utiliser l'argument de la protection constitutionnelle du droit de propriété pour faire grossir la catégorie des *choses in action*. La seconde raison possible de ce changement résiderait dans les règles d'*Equity* posées par la décision *Gee v Pritchard* de 1818, où il a été jugé que la protection de la sphère privée, en l'espèce menacée d'être dévoilée par le contenu d'une lettre missive, passait par la reconnaissance d'un *right of property* au profit de l'auteur de la lettre pour en empêcher la publication³³. Il s'en induit la conclusion que pour obtenir des remèdes équitables (*injunction*), il fallait montrer des atteintes à des intérêts propriétaires ; les plaideurs étaient incités à désigner comme *properties* les valeurs ou les droits pour lesquels ils

goodwill of a business must emanate from a particular centre or source. However widely extended or diffused its influence may be, goodwill is worth nothing unless it has power of attraction sufficient to bring customers home to the source from which it emanates. Goodwill is composed of a variety of elements. It differs in its composition in different trades and in different businesses in the same trade. » (Lord Macnaghten)

²⁹ P. Torremans, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, OUP, 9^e éd., 2019, p. 397

³⁰ T. Weir, *An introduction to tort law*, 2^e éd., 2006, p. 196 ; *Reckitt & Colman Products Limited v Borden Inc. & Ors*, [1990] WLR 491.

³¹ K. J. Vandevelde, *The New Property of the Nineteenth Century*, *op. cit.* 333, propos inspirés de Ch. Reich, « The new property », *Yale Law Journal* 73 (1964), p.733, expliqué par A. Gambaro, « Dalla new property alle new properties », *op. cit.* p.675 ; A. Zoppini, « Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni) », *Rivista di Diritto Civile* 2000, p.185 ; également Y. Emerich, *Conceptualizing Property Law*, Elgar, 2018, p. 193.

³² K. J. Vandevelde, *The New Property of the Nineteenth Century*, *op. cit.* 333 « [...] No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. [...] ».

³³ *Chancery*, 36 Eng. Rep. 670, *Gee v. Pritchard*, 1818, 2 Swan. 402 ; une vue historique du développement de l'*Equity*, dans J. E. Martin, *Hanbury & Martin, Modern Equity*, Sweet & Maxwell, 19^e éd., 2012, 1-003 ss.

réclamaient reconnaissance et protection. Il était ainsi possible de fonder sa demande sur la relation d'accessoriété entre le *goodwill* et une chose *tangible* comme la localisation de l'exploitation de l'activité commerciale ou les marchandises même, mais encore, dès avant le tournant du 20^e siècle, il est affirmé progressivement que le *goodwill* est accessoire de la valeur plus que des choses : les cours admirent que le *goodwill* puisse exister et être aliéné alors même qu'il n'était pas attaché à des marchandises ou à des lieux³⁴.

Les raisons de l'apparition du concept de fonds de commerce à la française et du *goodwill* en tant que biens coïncident largement, mais ont été mues par des circonstances économiques et sociales différentes, qui ont produit des conséquences juridiques différentes. Il est frappant de constater que les situations de conflits qui les ont vus naître ne revêtent pas les mêmes enjeux et caractères, mais il faut s'abstenir de généraliser hâtivement. Dans les deux cas, l'argument de la propriété a été utilisé pour obtenir du juge la reconnaissance de prérogatives échappant aux relations personnelles. En common law, le *goodwill* n'est pas un concept réservé au commerce marchand puisque le tort de *passing off* s'entend aussi de la protection de la renommée des artistes, voire d'éléments de la vie privée ; la doctrine anglo-américaine met en avant l'émergence du *business goodwill* avant tout comme une réponse aux actes de parasitisme et de concurrence déloyale du 19^e siècle. Ceci n'empêche pas qu'il a fallu construire ensuite un régime de la cession à titre onéreux en trouvant les arguments capables de convaincre que le *goodwill* était une *valuable consideration* et pouvait constituer l'assiette d'une sûreté non possessoire *fixed charge*.

Nouveaux biens, New properties, Nuovi beni

Les dogmatiques juridiques contemporaines montrent un intérêt commun pour l'étude des relations d'appartenance émergentes, et elles nous livrent plusieurs champs d'exploration. C'est d'abord autour des choses incorporelles et *intangibles* que les discussions se situent lorsqu'il s'agit de penser et d'individualiser une nouvelle technologie, une nouvelle forme d'exploitation d'un actif existant, ou d'affirmer un droit à la valorisation d'une activité ; ensuite, la discussion sur les nouveaux biens s'alimente des questions liées aux processus de privatisation des biens communs et publics.

³⁴ K. J. Vandeveld, *The new property of the Nineteenth Century*, op. cit., p. 334-335

Plusieurs caractères des nouveaux biens semblent se dessiner. Dans un premier temps, la propriété d'un « nouveau bien » est un titre relatif, c'est-à-dire un droit qui est conçu dans une relation d'adversité, où un conflit est tranché en faveur de qui serait parvenu à faire reconnaître concrètement sa supériorité sur ce qui est objet de sa prétention. Dans un second temps, cette relation d'appartenance est parfois reconnue comme propriété non seulement exclusive, mais pleine et entière (*ius in re*). Mais dans les années récentes, parler de nouveau bien appartient largement au registre de la privatisation des ressources collectives. Que l'on prête attention aux autorisations administratives d'exploitation du domaine public, ou que l'on s'interroge sur les allocations de chômage ou sur les systèmes de retraites versées par des organismes publics ou parapublics de pension, cela participe d'une rhétorique d'individualisation des rapports collectifs d'appartenance et promet une répartition différente des ressources communes. Dans cette perspective, les conceptions traditionnelles de la propriété et des droits réels conçus comme *iura in re* sont mises à distance ; la propriété vient à se confondre avec l'exclusivité d'un titre, à se dissoudre dans le droit des obligations ou du contrat³⁵. La théorie des droits subjectifs a été un moyen d'exprimer les droits de l'individu à la fin du 19^e siècle, puis, au 20^e siècle après la Seconde Guerre mondiale, elle a été un moyen théorique pour justifier un équilibre entre la collectivisation des intérêts patrimoniaux dans les secteurs marchands de l'économie dirigée, et la valorisation des activités privées de production³⁶. Au 21^e siècle, quels concepts nous permettent de signifier le droit à l'exploitation des ressources dans une société postindustrielle, ou encore de représenter les choses communes devenues patrimoine national ou héritage culturel ? Tous ces termes se montrent souvent dissonants. Depuis la victoire du reagano-thatcherisme, la théorie du droit subjectif n'affronte plus les transitions écologiques, énergétiques et numériques dans un rôle modérateur, mais au contraire, dans un rôle accélérateur et justificateur des processus de privatisation des ressources communes, ce qui produit de nouvelles mutations conceptuelles au travers des théories de la régulation.

³⁵ A. Gambaro, « Dalla new property alle new properties », *op. cit.*, p. 679.

³⁶ C. Atias, préface à J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 2007 [1952].

Michel Boudot

Professeur de droit privé

Vice-doyen chargé des relations internationales

Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

Université de Poitiers

Adresse

Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

2, rue Jean Carbonnier

Bâtiment A1, TSA 81100

86073 POITIERS Cedex 9

Courriel

mboudot@univ-poitiers.fr