

L'immatériel et les biens

Rapport luxembourgeois

Jean-Luc PUTZ

A. CLASSIFICATION ET CARACTÉRISTIQUES DES BIENS IMMATÉRIELS	3
1) LE MATÉRIEL ET L'IMMATÉRIEL	3
2) LES BIENS MEUBLES ET LES BIENS IMMEUBLES	4
3) LES BIENS PUBLICS ET LES BIENS PRIVÉS	4
4) LA FRONTIÈRE ENTRE LES BIENS ET LES DROITS	5
a) <i>Les droits de la personne</i>	6
b) <i>Les autres valeurs</i>	6
B. RÉGIME JURIDIQUE COMMUN À TOUS LES BIENS IMMATÉRIELS	7
1) RÈGLES DE DROIT CIVIL	8
a) <i>La propriété</i>	8
b) <i>La possession</i>	8
c) <i>L'usucapion</i>	10
d) <i>La revendication en cas de faillite : une innovation récente</i>	10
e) <i>Les sûretés réelles</i>	11
2) RÈGLES DE DROIT PÉNAL	12
a) <i>Le vol de biens immatériels</i>	12
b) <i>Les autres infractions</i>	14
C. RÉGIME JURIDIQUE DE CERTAINS BIENS IMMATÉRIELS	15
1) LES DROITS D'AUTEUR	16
2) LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE	18
3) LE FONDS DE COMMERCE.....	20
4) LA CLIENTÈLE.....	22
5) LES INFORMATIONS ET LE SAVOIR	25
6) LES TITRES ET VALEURS MOBILIÈRES.....	26
a) <i>Emission des titres</i>	27
b) <i>Circulation des titres</i>	28
7) LES LICENCES ET CONCESSIONS	30
D. CONCLUSION : UNE CATÉGORIE À FAIBLE PLUS-VALUE JURIDIQUE ?	31

Dans une économie fondée sur la connaissance, les valeurs immatérielles gagnent constamment en importance par rapport aux biens corporels. Ce constat est particulièrement vrai pour le Luxembourg ; ce n'est rien de plus ni de moins que l'acquisition d'un brevet déposé par un ingénieur anglais (procédé dit 'THOMAS') qui a permis d'exploiter, malgré leur teneur élevée en phosphore, les gisements de minerai de fer se trouvant au sud du Luxembourg et de propulser endéans quelques dizaines d'années un pays agricole, isolé et arriéré, qui avait raté les débuts de l'industrialisation, au 5^e rang mondial de producteur de fer, tout en donnant un coup de pouce à l'agriculture, le produit dérivé du procédé s'avérant être un engrais idéal pour les terres pauvres du Grand-Duché. La valeur de ce brevet, bien immatériel, indispensable pour la production subséquente de milliers de tonnes de biens matériels, est inestimable¹. Lorsque le déclin de la sidérurgie a frappé le pays lors des crises pétrolières des années 70, c'est avec une remarquable concordance temporelle que la place financière luxembourgeoise s'est développée et a repris à ce jour le rôle de moteur de l'économie nationale : une économie fondée sur la prestation de services bancaires, notamment sur l'émission de biens immatériels sous forme de titres et instruments financiers. Actuellement, pour soutenir la diversification de notre économie restreinte, le législateur table notamment sur des mesures incitatives pour la production cinématographique et l'investissement en recherche et développement des entreprises (exemption fiscale à 80 % des revenus de la propriété industrielle²).

Le droit ayant toujours un intérêt pour ce qui est économiquement important à une époque donnée, il faut donc s'attendre à ce que le droit luxembourgeois manifeste un intérêt particulier pour le monde immatériel. Mais puisque le droit accuse aussi en général un retard sur l'économie, tel n'est actuellement que partiellement le cas. Pour analyser le rapport qu'entretient le droit des biens avec le monde immatériel, nous tentons dans un premier temps de cerner la question en analysant la notion des biens immatériels (titre A) avant de nous aventurer à dégager un régime juridique commun applicable à cette catégorie de biens (titre B). L'échec du moins partiel de pareille recherche oblige à se pencher plus en détail sur le régime juridique de certains types de biens immatériels (titre C).

En effet, la catégorie des « biens immatériels » est juridiquement hétéroclite, au point que nous doutons qu'il y ait quelque tronc commun, tant en ce qui concerne les caractéristiques qu'en ce qui concerne le régime juridique, de sorte que la catégorie elle-même est remise en cause. Ainsi, certains « biens immatériels » sont temporels et d'autres non. Certains constituent des monopoles de droit et d'autres des monopoles de fait. Certains biens ont une assise dans le monde réel (p.ex. un droit d'auteur), tandis que d'autres ne sont qu'une invention du droit (p.ex. un quota agricole, une concession de pharmacie). Une différence essentielle pour le juriste est encore celle entre les biens immatériels qui sont clairement

¹ Voir p.ex. MOUSEL Nicolas, Le Procédé Thomas dans le Patrimoine du Grand-Duché de Luxembourg, p. 17 : « L'indépendance nous accordée par les grandes puissances en 1839 constituait jusqu'à l'exploitation des minières et des usines sidérurgiques un fardeau très lourd. Sans l'introduction et l'essor du procédé Thomas, le Grand-Duché serait resté un petit pays agricole et sa capitale, autrefois la plus puissante forteresse de l'Europe, une ville dortoir à la merci des conséquences désastreuses de leur dépendance économique totale des pays voisins ».

² Loi du 5 juin 2009 ayant pour objet la promotion de la recherche, du développement et de l'innovation.

reconnus et circonscrits par la loi, en ce qui concerne leur objet et les droits qui peuvent être exercés à leur égard (la propriété intellectuelle, les parts sociales, etc.), et ces valeurs immatérielles entourées d'un certain flou quant à leur consistance et leur reconnaissance légale (les informations, le know-how, la clientèle), mais dont l'importance dans les échanges économiques est incontestable.

A. Classification et caractéristiques des biens immatériels

Au Luxembourg comme à l'étranger, le droit des biens immatériels reste à l'état embryonnaire et même les notions centrales sont loin d'être figées. Du côté de la doctrine, notre petit pays ne peut se vanter d'aucune contribution de taille dans le domaine du droit des biens dans son ensemble. Dans cette matière, fondée sur le Code Napoléon, c'est la doctrine française qui guide nos jurisconsultes. Les distinctions et classifications à opérer sont celles du droit français³. Il reste cependant que pour les biens immatériels, le Grand-Duché, à certains égards, a tracé son propre chemin.

1) Le matériel et l'immatériel

Comme dans de nombreux pays, la *summa divisio* des biens au Luxembourg s'opérait sous l'Ancien régime entre les biens de l'Eglise, les biens nobles et les biens serviles (*Leibeigenschaftsgüter* et *Schaftgüter*)⁴. Cette distinction n'a été abolie qu'avec l'introduction, sous la période française (1795-1815), du Code Napoléonien dont le titre 1er du livre IIème traite de la "distinction des biens", en différenciant entre biens meubles et immeubles. Depuis lors, ces dispositions n'ont connu presque aucune évolution législative, de sorte que notre droit positif s'intéresse encore aux moulins à vent, ruches à miel, grains et tapisseries, plutôt qu'aux logiciels informatiques et titres dématérialisés.

La terminologie même du monde incorporel reste floue : biens, actifs, valeurs, meubles ... immatériels, incorporels, intellectuels. Aucun texte légal ne définit la notion de "bien immatériel". Ni le Code civil, ni le Code du commerce ne fixent un régime applicable à ce type de bien. Le Code civil définit uniquement, dans le cadre du contrat de vente, le régime du transport des créances et autres « droits » incorporels (Art. 1689s. CCiv). Du côté de nos plaideurs et de nos Tribunaux, la notion de « bien immatériel » ne joue aucun rôle et n'est pas utilisée comme concept juridique⁵. Ce n'est que la notion de « bien incorporel » qui apparaît sporadiquement dans nos textes de loi, en particulier pour certaines sûretés et quelques infractions pénales (voir ci-après).

³ Voir p.ex. pour un exposé sommaire de la classification des biens et des droits réels : WATGEN Monique, WATGEN Raymond, La propriété immobilière, p. 12 et suivantes.

⁴ Titre deuxième des Coutumes Générales de pays duché de Luxembourg et Comté de Chiny ; MÜLLER Michael Franz Joseph, : Über die Natur der Grundgüter in dem Herzogthum Luxemburg, Vorzüglich im deutschen Quartier, einige historisch-juristische Anmerkungen, Trier, Imprimeur M. RODT, 1824.

⁵ Dans la base de données interne des juridictions, regroupant quasiment toutes les décisions de justice sur la dernière décennie, le terme « bien(s) immatériel(s) » donne 5 résultats pour près de 140.000 documents. Aucune de ces décisions n'est d'une portée juridique décisive.

2) Les biens meubles et les biens immeubles

« Tous les biens sont meubles ou immeubles » (Art. 516 CCiv). Le Luxembourg a hérité de cette *summa divisio* du Code napoléonien et à cette classification notre droit n'apporte pas de réponses différentes de celles du droit français. Le critère est à la base physique, vu qu'il se réfère à la possibilité ou non d'être déplacé ou de se déplacer soi-même (Art. 528 CCiv) ; pareille distinction a-t-elle sa place dans le monde immatériel ? Les biens immatériels sont-ils tous meubles ou existe-t-il également des biens immatériels qui sont « immeubles » ? Le législateur paraît considérer que les deux catégories existent. En effet, l'article 2074 du Code Civil vise les « meubles incorporels » ; en outre, quelques dispositions du droit commercial⁶ et du droit pénal⁷ se réfèrent aux « biens mobiliers corporels ». Au vu de cette focalisation, on peut admettre que la plupart des biens incorporels sont meubles. Mais, puisque la loi juge nécessaire d'adjoindre le qualificatif « meuble », la dichotomie de l'article 516 Cciv s'étend bel et bien au monde immatériel, de sorte qu'il existe des biens incorporels immeubles.

Il s'agira pour l'essentiel de droits sur des immeubles, qui par fiction légale sont réputés immeubles. On pourrait classifier parmi les biens immobiliers incorporels les « immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent », notamment les droits réels immobiliers, les créances immobilières et les actions immobilières⁸, à condition évidemment de considérer les droits et créances comme étant des biens. On peut aussi s'interroger si un lot de copropriété non encore construit, que la loi déclare être un droit réel cessible⁹, est matériel ou immatériel, ce d'autant plus que tous les lots de copropriété ne portent à titre exclusif que sur un volume dans l'espace, entouré de murs qui sont des parties communes. Les lots de chasse ou de pêche sont aussi intimement liés au sol sur lequel ils s'exercent. Pour les mines, les chevaux et outils servant à leur exploitation sont réputés immeubles¹⁰ ; pourquoi n'en serait-il pas autant des droits immatériels liés à l'exploitation ?

3) Les biens publics et les biens privés

Le droit luxembourgeois n'a pas tendance à enfermer l'administration dans un carcan juridique distinct ; ainsi par exemple il n'existe pas de droit des « contrats publics » et les administrations peuvent être attirées devant les juridictions civiles. Le Luxembourg a cependant repris la distinction française entre le domaine public et le domaine privé de l'Etat¹¹. Y a-t-il par conséquent lieu de distinguer entre les droits immatériels publics et privés ?

Le seul auteur luxembourgeois à s'être prononcé s'est rallié à une certaine doctrine étrangère et considère que « les biens incorporels échappent à la division entre le domaine public et le domaine

⁶ Notamment la revendication en cas de faillite abordée ci-après.

⁷ Il faut cependant constater que pour l'infraction de tromperie, l'article 498 du Code pénal précise que : « Les dispositions qui précèdent s'appliquent aux biens mobiliers y compris incorporels et Immobiliers » et n'envisage donc l'incorporel que pour les biens meubles.

⁸ WATGEN Monique, WATGEN Raymond, La propriété immobilière, n° 17, p. 25.

⁹ L'article 2 de la loi du 16 mai 1975 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis : « Le copropriétaire peut disposer de son lot et le grever de droits réels même avant tout aménagement ou construction ».

¹⁰ Art. 8 de la loi du 21 avril 1810 concernant les mines, les minières et les carrières.

¹¹ THEWES Marc, La gestion des biens du domaine public.

privé »¹², de sorte que les « biens publics immatériels, tels les valeurs, titres, les créances et les participations détenus par les pouvoirs publics dans des entreprises, les droits de propriété intellectuels, les bases de données et les archives publics, (...) paraissent tous relever du domaine privé de l'Etat »¹³. Il faut toutefois observer que certaines règles spéciales trouvent application aux droits de propriété intellectuelle qui sont entre les mains d'acteurs publics¹⁴. Du côté des « informations », bien immatériel aux contours vastes, tout « contenu » « détenu par les organismes du secteur public », indépendamment de son support, est censé pouvoir être réutilisé dans le secteur privé sur base d'une redevance ou d'une licence¹⁵. Ce texte, qui oblige les acteurs publics à 'céder' leur patrimoine informationnel, n'a jusqu'ici pas connu de succès¹⁶; vu l'approche mercantile, il est évident que ce « contenu » relève du domaine privé de l'Etat.

Nous nous permettons cependant de remettre en cause l'approche classique de la doctrine qui, lorsqu'elle parle du domaine public de l'Etat, ne vise que les choses matérielles affectées à l'usage de tous, tels les fleuves et rivages (Art. 538 CCiv), la voirie publique, ainsi que certains objets culturels de grande valeur historique ou artistique. On ne peut nier l'existence de biens collectifs immatériels ; étant collectifs, ils ne sauraient être rattachés à un patrimoine, tels les biens culturels collectifs (la langue, le patrimoine littéraire et musical, les traditions), en particulier le patrimoine culturel immatériel de l'humanité inventorié par l'UNESCO (le Luxembourg ne 'détenant' qu'un seul de ces biens¹⁷). Le droit des marques offre une illustration concrète de ces principes : le droit à la marque s'éteint dès lors qu'elle devient « la désignation usuelle dans le commerce d'un produit ou service pour lequel elle est enregistrée »¹⁸. Le langage étant un bien commun, un monopole sur un mot ne saurait être maintenu.

4) La frontière entre les biens et les droits

La limite entre les biens et les droits est une frontière traditionnelle, remise en cause d'un côté par une doctrine favorable à une réification extensive de toutes valeurs et créances et d'un autre côté par l'enseignement contraire soulignant que les valeurs désignées comme étant des biens (tels des instruments financiers ou droits de propriété intellectuelle) ne sont en réalité qu'un ensemble de créances et d'obligations. En l'absence de contribution spécifiquement luxembourgeoise à ce débat, nous nous limiterons par la suite à quelques observations concernant les droits liés à la personne (titre a) et les autres valeurs (titre b).

¹² RUSEN Ergec, Droit public de l'économie, en ce compris le patrimoine public, n° 231, p. 193.

¹³ RUSEN Ergec, op. cit., n° 251, p. 213.

¹⁴ Ainsi par exemple, les bases de données de l'Etat qui sont censées être accessibles à tous (Art. 10bis (5) de la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données). Les actes officiels (textes légaux, travaux parlementaires, jugements), qui relèvent du domaine public (Art. 10 (8) de la loi précitée du 18 avril 2001). Pour les médias d'enseignement, certains droits reviennent à l'Etat par l'effet de la loi.

¹⁵ Loi du 4 décembre 2007 sur la réutilisation des informations du secteur public.

¹⁶ D'après nos informations, aucune demande en ce sens n'a encore été formulée au Luxembourg.

¹⁷ Il s'agit de la procession dansante d'Echternach.

¹⁸ Art. 2.26 (2) point c de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle.

a) Les droits de la personne

Si le corps humain est en principe en dehors du commerce, ce principe pourrait être transposé aux biens immatériels qui concernent la personne physique, ses attributs moraux. Les droits de la personne n'ont pas pour vocation première d'être économiquement exploités. Il est cependant possible d'y renoncer en échange d'une rémunération, ce qui les approche des biens marchands : tout homme est libre de vendre son droit à l'image, d'autoriser l'exploitation commerciale de son nom, de sa biographie et même de sa vie privée. Pour les droits d'auteur, nous verrons que le droit luxembourgeois autorise la cession des droits moraux. Ne sont réellement hors du commerce que les droits extrapatrimoniaux¹⁹, tels que la citoyenneté, un titre de noblesse, le droit de vote, etc.

b) Les autres valeurs

Nous excluons également de notre analyse les droits de **créance**, nonobstant qu'une doctrine croissante les considère également comme biens, vu qu'ils ont une valeur et sont susceptibles de circuler et font ainsi partie du patrimoine.

L'**argent** en soi peut être immatériel ; depuis longtemps, la monnaie n'a plus de valeur en tant que telle ; de même, elle est devenue monnaie fiduciaire en perdant son équivalent en or. Pour les avoirs détenus sur un compte bancaire, l'assimilation dans la conception commune à l'argent est à ce point forte qu'on oublie parfois qu'en réalité, il ne s'agit que d'une simple créance envers la banque. Néanmoins, une récente décision pénale de notre Cour a réintroduit une dose de dogmatisme dans une matière généralement réputée pour son pragmatisme, en considérant qu'un virement frauduleux d'argent entre comptes bancaires ne constitue pas un vol, faute de porter sur une chose corporelle²⁰.

Enfin, une certaine doctrine cherche jusqu'à réifier la **force de travail** de l'être humain. S'il est vrai que « c'est une des mutations majeures de la société industrielle que d'avoir mis le travail humain dans le commerce »²¹, étant donné que ce n'est que grâce au Code Civil et à la révolution industrielle que la force humaine est devenue quantifiable, tarifiée à l'heure et proposée en tant que telle sur le marché de l'emploi²². Il faut cependant constater que si l'atomisation des tâches introduite par l'industrialisation a

¹⁹ Il est intéressant de constater que c'est pourtant la terminologie patrimoniale qui est employée : on gage son honneur, vend son âme ou achète l'intégrité d'un fonctionnaire.

²⁰ CSJ, corr., 18 décembre 2013, n° 661/13 : « Concernant la matérialité de l'infraction, la soustraction d'une chose, il y a lieu de retenir que la soustraction est la manoeuvre par laquelle le prévenu déplace un objet, l'enlève à son légitime propriétaire, contre le gré de celui-ci. La soustraction s'analyse en une prise de possession, réalisée par une voie de fait matérielle. L'enlèvement d'une chose suppose qu'elle puisse être transportée d'un lieu à un autre. Les choses incorporelles, telles que les droits, ne sont pas susceptibles de déplacement ou d'enlèvement, et ne peuvent dès lors pas être soustraites. A. n'a pas pris possession d'un bien matériel appartenant à J. ou à la société L. S.A. En faisant un usage abusif de la signature électronique lui confiée par son employeur, c'est-à-dire en la détournant des fins auxquelles elle était destinée, la prévenue a fait créditer son compte bancaire personnel à concurrence des montants débités des comptes intitulés « Monsieur S.» et « L. ». Les opérations réalisées par la prévenue lui ont valu des inscriptions en compte bancaire en sa faveur. Ces opérations ne constituent pas les soustractions visées par les articles 463 et 464 du code pénal. ».

²¹ ZENATI Frédéric, L'immatériel et les choses, p. 84.

²² Voir à propos de l'apparition du travail comme valeur marchande : PUTZ Jean-Luc, Aux origines du droit du travail, n° 16 et suivants.

rendu la main-d'œuvre fongible (les ouvriers étant interchangeables, une heure de travail étant une heure de travail), il en est autrement dans une économie, telle la nôtre, qui est très tertiariée et fondée sur les services et le savoir ; la main-d'œuvre y regagne en individualité, la qualité du service l'emporte sur la durée de travail, de sorte que le travail reprend une coloration personnaliste et cesse d'être une marchandise. Rappelons en outre que le marché du travail salarié est très réglementé en ce qui concerne le « marché secondaire »²³. Les concepts du droit des biens nous semblent tout simplement inappropriés : veut-on réellement parler de tromperie sur la marchandise si le travailleur prend du retard en raison de son état de santé fragile, de vice caché s'il n'accomplit pas correctement son travail et veut-on lui permettre de donner en gage son travail futur ? La force de travail, « propriété des pauvres », reste à notre avis un service personnel, et non un bien. La jurisprudence confirme ainsi qu'une prestation n'est pas assimilable à une vente, et qu'ainsi par exemple, les règles sur les vices cachés ne peuvent être invoqués²⁴.

B. Régime juridique commun à tous les biens immatériels

Le juriste ne se nourrit pas du seul plaisir de classer et de nommer les choses, mais s'il crée une catégorie juridique, sa seule finalité peut être de dégager un régime juridique commun. En matière de biens immatériels, c'est une tâche difficile que nous analyserons successivement au regard du droit civil (titre 1) et du droit pénal (titre 2).

Signalons d'emblée comme point commun celui de la protection que la Cour de Strasbourg accorde à l'ensemble de ces valeurs par une interprétation très large de la notion de propriété, en y incluant non seulement les créances et droits de propriété intellectuelle, mais également dans certains cas l'espérance légitime²⁵. L'article 16 de notre Constitution protège la propriété contre l'expropriation²⁶ ; la Cour constitutionnelle a frôlé la question de l'extension de cette garantie fondamentale au domaine immatériel, mais n'y a pas encore apporté de réponse²⁷.

²³ Si tout un chacun est en droit d'embaucher la personne de son choix ou de se faire embaucher (« marché primaire »), la cession de ce travail est cependant en principe interdite à titre de « mise à disposition illégale » et n'est autorisée que dans les cas restrictifs de l'article L. 132-1 du Code du Travail qui réglemente le prêt temporaire de main-d'oeuvre, ou s'il est mis sur le marché par des intermédiaires spécialisés, autorisés et contrôlés : les agences d'intérim.

²⁴ Voir p.ex. CSJ, 15 janvier 2004, n° 22845 : « Comme la société C. a exécuté un travail spécifique pour les besoins particuliers d'un client et qu'elle n'a pas fourni une chose dont les caractéristiques sont déterminées à l'avance et qui est destinée à être produite en série afin de répondre aux besoins d'une large clientèle, le contrat entre parties est à qualifier de contrat d'entreprise. En conséquence, il y a lieu de retenir que pour agir en garantie du chef du vice caché ci-dessus retenu, D. ne saurait, conformément à l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mai 2001, se voir opposer la déchéance d'une année encourue en vertu de l'article 1648 du code civil, de sorte que son action est en principe recevable ».

²⁵ Voir p.ex. SPIELMANN Dean, La Cour européenne des droits de l'homme et le droit au respect des biens.

²⁶ Art. 16 de la Constitution du 17 octobre 1868.

²⁷ Cour Constitutionnelle, 20 mai 2004, n° 20/04 : « Pour autant que la notion de propriété s'applique à des droits

1) Règles de droit civil

a) La propriété

Au sens classique, le droit de propriété ne s'exerce qu'à l'égard de "choses", donc de biens matériels (Art. 544 CCiv).

Sur les biens immatériels le droit reconnaît une exclusivité (monopole) permettant au titulaire d'en jouir et d'en disposer d'une manière souvent similaire à celle d'un propriétaire. Toutefois, il n'existe pas de régime uniforme et chaque catégorie de bien immatériel suit son propre régime. Pour certains biens immatériels, la loi parle de « droits réels », voire même d'un droit de « propriété »²⁸, tandis que dans d'autres cas, il n'est que question de « droits exclusifs ». Il est permis de douter si le législateur luxembourgeois avait, dans ses choix terminologiques, toujours en vue la rigueur du droit des biens ou s'il a été peu soucieux et a été victime des abus du langage quotidien.

Les biens immatériels ne peuvent être couverts par le droit de propriété qu'à condition d'adopter une interprétation plus large de cette notion. Les caractéristiques de l'*abusus* (droit de disposer et de renoncer) et du *fructus* (droit d'en tirer les fruits) se retrouvent pour la plupart des biens immatériels, mais d'autres attributs de la propriété au sens classique font défaut.

- *Usus*. L'emprise sur le bien n'est pas absolue comme l'est la propriété des choses (p.ex. le titulaire d'une marque ne peut s'opposer à un usage non-commercial de celle-ci), mais limitée aux atteintes prévues par la loi.
- *Imprescriptibilité*. Le monopole sur bon nombre de biens immatériels n'est pas éternel, comme le droit de propriété est susceptible l'être. La plupart des droits de propriété intellectuelle sont limités dans le temps ; les biens qui se fondent sur des obligations à charge d'autrui sont soumis à la prescription de 10 ou 30 ans.
- *Pérennité*. La propriété sur une chose ne peut être annulée, tels que peuvent l'être un brevet, une marque ou une part sociale.

De lege lata, nous préférons par conséquent parler de droits d'exclusivité ou de monopoles conférés à l'égard des biens matériels. Rien ne s'oppose pour autant au développement d'une théorie plus large visant un régime de la propriété des richesses ou de la valeur.

b) La possession

Classiquement, la possession est définie comme étant « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom » (Art. 2228 CCiv) ; or, les biens immatériels oscillent dans la zone grise entre les

personnels tels qu'une créance indemnitaire, encore faudrait-il que la créance soit effectivement née dans le chef de la personne qui s'en réclame. L'article 115 du Code des assurances sociales qui s'oppose à la naissance de la créance indemnitaire n'est pas contraire à l'article 16 de la Constitution. ».

²⁸ Notamment en matière de transfert de 'propriété' de valeurs immobilières à titre de garantie.

'choses' et les 'droits'. Elle ne vise à priori que les choses matérielles. MAULAURIE et AYNES considèrent que la possession de meubles incorporels doit être reconnue, pour y attacher « la présomption de titularité, qui est l'effet général de toute possession », mais ils excluent les droits de propriété intellectuelle²⁹ et n'y voient un intérêt que pour les instruments financiers dématérialisés³⁰. Si les auteurs étrangers s'intéressent au concept de possession de biens immatériels, il n'y a pas de position spécifique de la jurisprudence et doctrine luxembourgeoise à ce propos. Le terme de possession ou des notions similaires apparaissent toutefois sporadiquement dans la législation, sans cependant nécessairement se référer au même concept :

- Le nouvel article 567 du Code de commerce (revendication en cas de faillite, voir ci-après) parle explicitement des « biens ... incorporels ... en possession du failli ou détenus par lui », sans pour autant définir cette notion.
- En matière de modèles et dessins, l'article 3.20. de la Convention Benelux reconnaît un « droit de possession personnel » au tiers qui, « avant la date du dépôt d'un dessin ou modèle (...) a fabriqué » ou s'est apprêté à fabriquer « sur le territoire Benelux des produits ayant un aspect identique » ou similaire. Ce droit ne peut être transmis qu'avec l'établissement dans lequel il est né.
- On pourrait rapprocher du mécanisme de la possession les présomptions qui existent en ce qui concerne la qualité de l'auteur : est présumé auteur celui qui figure sur l'œuvre comme auteur (auteur apparent)³¹, tout comme celui qui possède une chose est présumé en être le propriétaire (Art. 2279 al. 1 CCiv).
- La marque notoire (marque notoirement connue) pourrait aussi être vue comme une forme de possession, étant donné qu'une très forte publicité de la maîtrise exercée sur un signe distinctif conduit à reconnaître un droit (réel) sur ce dernier.
- Comme il sera détaillé quelques lignes plus loin, le gage peut porter sur certains biens immatériels. Selon le Code civil, le privilège ne subsiste toutefois qu'autant que ce gage a été mis et est resté en possession du créancier³², exigence qui a soulevé la problématique de la possession d'une créance ou d'une autre valeur immatérielle. La jurisprudence a adopté une position très pragmatique en considérant que la signification de la mise en gage au tiers débiteur met le créancier en possession³³.

²⁹ Ils excluent les droits de propriété industrielle au motif que la publicité est assurée par la voie de l'enregistrement et du dépôt et ne laisse ainsi pas de place à la publicité tirée de la simple possession ; pour la propriété littéraire et artistique, ils estiment que la possession n'est pas univoque.

³⁰ MAULAURIE-AYNES, Les biens, n° 574, p. 178.

³¹ Art. 7 al. 1 de la loi du 18 avril 2001 : « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ».

³² Art. 2076 CCiv ; pour le gage commercial : Art. 114 (1) CCom.

³³ CSJ, 13 octobre 1993, n° 14839 et 14840 : « La partie intimée incrimine l'absence de mise en possession du gage entre les mains du créancier. La jurisprudence a longtemps exigé cette mise en possession, même pour les meubles incorporels donnés en gage, aux motifs que celle-ci était exigée par la loi "dans tous les cas" et découlait du caractère réel de l'acte de gage. Au cas où le gage était constitué par des meubles incorporels, elle exigeait la remise du titre de la créance. Mais cette exigence se heurtait à une objection. D'un point de vue pratique, elle

c) L'usucapion

La propriété de biens matériels peut être acquise par le biais de l'usucapion, dans les conditions originaires du Code napoléonien, à savoir après 30 ans de possession « continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire » (Art. 2229 CCiv). Ce principe ne nous semble pas transférable en tant que tel au domaine de l'immatériel, non seulement parce que le concept même de possession immatérielle est flou, comme nous venons de le voir, mais encore parce qu'il est difficile de construire un tel principe d'acquisition originaire qui vaudrait pour tout type de bien immatériel.

Pour les droits d'auteur par exemple, le droit est absolu et pendant les 70 ans après le décès de l'auteur, les ayants-droits peuvent s'opposer à toute reproduction ou diffusion de l'œuvre par un tiers, même si elle a été faite de bonne foi et sur une période prolongée.

Pour les marques par contre, le droit de s'opposer à l'usage d'une marque identique ou similaire s'éteint pour le titulaire des droits si pendant une période de 5 ans il avait connaissance de cet usage et ne s'y est pas opposé (forclusion par tolérance)³⁴.

d) La revendication en cas de faillite : une innovation récente

Une loi de 2013³⁵ a modifié l'article 567 du Code de commerce, dont le second alinéa dispose désormais : « *Les biens meubles incorporels non fongibles en possession du failli ou détenus par lui peuvent être revendiqués par celui qui les a confiés au failli ou par leur propriétaire, à condition qu'ils soient séparables de tous autres biens meubles incorporels non fongibles au moment de l'ouverture de la procédure, les frais afférents étant à charge du revendiquant* »³⁶.

rendait impossible la mise en gage de créances qui n'étaient pas constatées par un titre. Conformément aux doctrines de jurisprudences récentes, il est suffisant, pour ce qui est des créances non constatées par un titre, de signifier la mise en gage au tiers débiteur pour mettre le créancier en possession. Une telle signification ayant été faite en l'occurrence, il a été satisfait à l'exigence légale de la mise en possession du créancier par un acte équivalent adapté aux cas où la tradition matérielle est impossible » ; voir aussi p.ex. TA Lux., 23 novembre 1984, n° 32.221 : « Attendu que la signification exigée par l'article 2075 du Code civil n'est pas une simple mesure de publicité, mais bien l'une des conditions substantielles de la naissance du droit réel au profit du créancier gagiste; qu'elle fait office de la mise en possession de celui-ci, matériellement impossible en raison du caractère incorporé du meuble affecté en gage et de tout titre en constatant l'existence; que tant qu'elle n'a pas été faite, le créancier n'est pas saisi et ne peut en conséquence se prévaloir sur lui d'aucun droit réel; qu'il peut tout au plus se prévaloir d'une promesse de gage à laquelle il lui reste loisible de donner tous les effets d'un gage régulièrement constitué en procédant à la signification » ; TA Diekirch, 17 mars 1901, Pas 6, 548 : « Lorsque le gage a pour objet une chose incorporelle, la mise en possession ne peut être que symbolique et se fait ordinairement par la remise du titre constatant l'existence de ce droit; cette remise doit néanmoins être réelle, à l'exclusion partant de celle intentionnelle qui à elle seule ne pourrait produire l'effet voulu. ».

³⁴ La « possession » de la marque confère un droit qui cependant, contrairement à l'usucapion, ne vaut qu'à l'égard du titulaire initial et non erga omnes.

³⁵ Loi du 9 juillet 2013 portant modification de l'article 567 du Code de commerce.

³⁶ Les alinéas subséquents disposent : « En cas de revente des biens visés aux deux alinéas qui précèdent par le failli avant l'ouverture de la procédure, le propriétaire peut réclamer le prix ou la partie du prix dont l'acheteur ne s'est pas acquitté, de quelque manière que ce soit, à la date du jugement déclaratif de faillite.

La notion de « bien incorporel » a ainsi fait son entrée dans la législation commerciale luxembourgeoise, mais uniquement pour une question bien spécifique. En introduisant ce changement, le législateur avait essentiellement en vue les données et fichiers qui sont stockés dans le « Cloud »³⁷. La question du « bien incorporel » et notamment celle de savoir si une donnée peut être un « bien » n'a pas suscité de critiques de la part du Conseil d'Etat, habituellement très rigoureux³⁸. Il reste que cette disposition risque de susciter à l'avenir de nombreuses questions : qui est le « propriétaire » d'un fichier ? Peut-on revendiquer d'autres biens incorporels, tels des droits de créance ou de propriété intellectuelle dans le contexte d'une faillite ? Comment s'opère la restitution d'un tel bien ?

e) Les sûretés réelles

Le **gage civil** classique porte en principe sur des choses (Art. 2073 CCiv), mais peut également porter sur les « meubles incorporels tels les créances, les droits et les actions sur un tiers » (Art. 2074 CCiv). A titre de formalité de publicité, le Code précise que le gage « n'est opposable aux tiers que par la notification en faite du débiteur du meuble incorporel donné en gage ou par l'acceptation faite par ce débiteur ».

Le **gage commercial** se base sur le gage civil, mais comporte des règles dérogatoires en ce qui concerne les formalités de constitution et le mode de réalisation du gage (Art. 110s. CCom). Il peut porter sur des « meubles tant corporels qu'incorporels » (Art. 111 CCom). La dépossession, donc la publicité, est assurée à l'égard des tiers par la notification au débiteur ou au tiers-détenteur ou par l'acceptation de ce dernier, actes qui peuvent se faire sous seing privé (Art. 114 (3) CCom).

Les dispositions des alinéas 2 et 3 ne s'appliquent pas lorsque les biens incorporels non fongibles ont été donnés en gage ou en garantie. Elles ne s'appliquent pas davantage aux biens incorporels non fongibles qui font l'objet d'un contrat de garantie financière soumis aux dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière ».

³⁷ Projet de loi n° 6485, Exposé des motifs, p. 2 : « Il existe en effet aujourd'hui des hypothèses auxquelles le législateur n'a pas pensé il y a 10 ans et qui sont plus que de simples cas d'école. Ceci est le cas notamment dans le cadre des prestations offertes de façon de plus en plus large, à la fois au public en général et aux professionnels en particulier, en matière d'outsourcing ou d'informatique dématérialisée, appelée communément informatique dans le nuage (Cloud-computing). Pour continuer avec l'exemple du Cloud, l'une des applications du Cloud *computing* consiste par exemple pour une entreprise, une association ou une personne privée à ne plus conserver ses données et fichiers voire logiciels sur son propre système informatique, mais de les faire stocker sur des infrastructures informatiques externes accessibles via Internet. Or, il faut faire en sorte que celui qui a recours à de tels services puisse en cas de faillite du prestataire récupérer les données et fichiers afférents, en ce inclus les traitements qui auront été effectués par le failli ainsi que les résultats de ces mêmes traitements. (...) Pour qu'il puisse y avoir utilement une revendication dans le domaine incorporel, les biens visés doivent être séparables d'autres biens meubles incorporels non fongibles au moment de la faillite. C'est l'équivalent de la condition selon laquelle les biens doivent exister en nature que l'on retrouve dans l'alinéa 1er à propos des biens meubles corporels. C'est aussi une précision par rapport à la notion d'infongibilité. Dans l'exemple susvisé du Cloud computing, cela signifie concrètement que le curateur doit pouvoir séparer les données et fichiers du revendiquant de toutes autres données et fichiers. Cette séparation se fera notamment au moyen des infrastructures et logiciels de gestion relâchés par le failli ou que ce dernier avait à sa disposition. Les frais des opérations de séparation des données sont à charge de la revendication et le texte de loi précise ce point ».

³⁸ Le Conseil d'Etat confirme même que « c'est bien dans cette catégorie juridique [des biens mobiliers incorporels] que rentrent les données informatiques » ; Projet de loi n° 6485, Avis du Conseil d'Etat du 12 mars 2013, Considérations générales, p. 2.

Le **fonds de commerce** peut être mis en gage sous certaines conditions (voir titre C.3.).

Les **contrats de garantie financière** sont régis par une loi de 2005³⁹.

- Tant le gage que le transfert de propriété à titre de garantie ne peuvent porter que sur des « avoirs » donc des instruments financiers et des créances.
- La « mise en pension » (cession à un prix avec obligation ou option de rétrocession ultérieure de ce bien ou d'un bien équivalant à un prix convenu d'avance) par contre peut porter « sur toutes sortes de biens corporels et incorporels ». La publicité et l'opposabilité aux tiers s'opèrent par l'inscription sur un compte du cessionnaire.

2) Règles de droit pénal

Trois options s'offrent au législateur pour adapter la législation pénale à l'émergence de l'immatériel : abandonner la problématique à la jurisprudence, créer des incriminations particulières ou adapter l'arsenal pénal existant⁴⁰. La solution luxembourgeoise est un mélange de ces trois approches. L'infraction principale réprimant les atteintes aux biens matériels est le vol ; l'extension de ce délit au domaine immatériel se heurte cependant à une forte réticence (titre a). D'autres infractions par contre peuvent porter sur des biens incorporels (titre b). Enfin, les infractions sanctionnant des atteintes à des actifs immatériels spécifiques seront traitées dans les titres afférents de la partie C.

a) Le vol de biens immatériels

En principe⁴¹, tous les biens immatériels sont exclus du domaine du vol. Dans un arrêt ancien, la Cour de Cassation luxembourgeoise avait retenu que « seuls les meubles corporels sont susceptibles de vol; par conséquent, s'il est établi que le prévenu qui s'est emparé d'un écrit appartenant à autrui, avait uniquement l'intention de se procurer le contenu de cet écrit, il n'est pas coupable de vol; si, pourtant, il est convaincu d'avoir agi dans le but de s'approprier l'écrit même, considéré sous son aspect matériel, il encourt les peines du vol »⁴². Ainsi, « la possibilité d'une soustraction exclut du domaine du vol les droits ou biens incorporels, [...] des choses immatérielles ne pouvant faire l'objet d'une soustraction »⁴³. La jurisprudence récente a même étendu ce principe à la monnaie scripturale⁴⁴.

³⁹ Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

⁴⁰ PRÜM André, Le commerce électronique en droit luxembourgeois, n° 399.

⁴¹ Voir contra : « Par ailleurs, le vol peut porter sur des biens immatériels et il est inopérant que par ce procédé de photocopie le document original n'ait été ni détourné, ni même déplacé (CA Montpellier, 16 mars 2000, Juris-Data n° 2000-114615 ; dans le même sens : Cass. Crim., 24 oct. 1990, Juris-Data 1990-703503) » ; (TA Diekrich Ch.C., 7 mai 2010, n° 212/10, confirmé par CSJ, Ch.c.C., 18 juin 2010, n° 479/10).

⁴² CSJ, 11 février 1928 et Cour de Cassation, 12 juillet 1928, Pas. 11, 330.

⁴³ CSJ, 5^e ch., 11 mai 2004, n° 154/04.

⁴⁴ La Cour a récemment considéré que la soustraction de monnaie scripturale (virement effectué du compte d'un tiers vers son propre compte) ne constitue pas un vol, faute de chose matérielle susceptible d'être déplacée et enlevée (CSJ, 18 décembre 2013, n° 661/13 X).

L'infraction de vol a notamment été infirmée pour l'impression de données à partir d'un ordinateur central⁴⁵, pour des captures d'écran réalisées par des employés de banque et renseignant les avoirs de certains clients⁴⁶, ou encore pour un salarié qui a copié les données des cartes de crédit de clients⁴⁷. Il a également été décidé que le fait de transmettre une liste de clients à un ami n'est ni un abus de confiance, ni un vol domestique, ni une escroquerie, si le document a par la suite été retourné à l'employeur⁴⁸.

Cette interprétation de la notion de « chose » s'impose d'autant plus qu'à deux reprises, il avait été envisagé de changer la législation pénale et d'adapter diverses infractions pour tenir compte des évolutions technologiques, essentiellement du développement de l'informatique⁴⁹. Le législateur s'était laissé guider par l'idée que « les valeurs nouvelles que constituent les biens dits informationnels ou informatiques peuvent être l'objet d'atteintes au même titre que les biens matériels traditionnels. Or, force est de constater que les infractions classiques sanctionnant l'atteinte contre les biens, en particulier le vol, l'abus de confiance ou l'escroquerie, de même que l'extorsion ou le recel, présupposent la matérialité de l'objet du délit »⁵⁰. A chaque fois, le Conseil d'Etat s'était formellement opposé à cette démarche et s'est prononcé en faveur d'un jeu d'infractions distinctes.

Le législateur argumente que la soustraction présuppose un dépouillement du propriétaire au profit du voleur; or, dans le vol d'informations, le titulaire légitime n'est pas privé de cette information, mais tout au plus du droit exclusif d'en disposer⁵¹.

Le Conseil d'Etat avait notamment développé qu'un vol d'informations ne saurait être assimilé d'office à une atteinte patrimoniale : « il semble qu'il faille raisonner en cette matière plutôt en termes de possibilité d'atteinte patrimoniale, alors que la captation illicite de données ou d'informations n'aura le plus souvent pas de portée dommageable immédiate et effective, celle-ci n'étant le résultat que de l'usage qui sera fait des données et informations illicitement captées »⁵². Un autre problème qu'il a soulevé est qu'« au-delà de l'atteinte patrimoniale, se pose la délicate question de la propriété de l'information. Le vol ne sera constitué que si la donnée ou l'information n'appartient pas à celui qui s'en est rendu maître. Le bien incorporel doit donc nécessairement être en tant que tel un objet de propriété. Or la reconnaissance d'un droit de propriété sur les informations seules est jugée hérétique par certains auteurs ».

L'opinion du Conseil d'Etat ayant été suivie, le vol et quelques autres infractions sont restées ancrées dans le monde du tangible et des règles spécifiques en matière de fraude informatique sont venues

⁴⁵ CSJ, 5^e ch., 11 mai 2004, précité.

⁴⁶ CSJ, 10^e ch., 5 décembre 2007, n° 575/07.

⁴⁷ CSJ, 5^e ch., 29 janvier 2008, n° 57/08.

⁴⁸ CSJ, chambre du conseil, 5 décembre 2008, n° 617/08.

⁴⁹ à savoir dans un premier temps dans le cadre du projet de loi n° 3493 (déposé en 1991) tendant à renforcer la lutte contre la criminalité économique et la fraude informatique et dans un second temps dans le cadre du projet de loi n° 4641/00 (déposé en 2000) relatif au commerce électronique.

⁵⁰ Projet de loi n° 4641, Exposé des motifs, p. 28.

⁵¹ Projet de loi n° 4641, Exposé des motifs, p. 29.

⁵² Projet de loi n° 4641, Avis du Conseil d'Etat du 2 mai 2000, p. 20.

compléter le Code pénal. Le cas des données sur support non-numérique n'a par contre pas connu de réponse explicite.

La nuance entre le matériel et l'immatériel est cependant souvent subtile. Le fait de prendre des documents pour en effectuer des copies est susceptible d'être considéré comme vol, lorsqu'il y a « soustraction momentanée » de ces documents⁵³. Pour des photos qu'une personne a tenté d'obtenir par voie de courrier électronique, il a été jugé qu'ils constituaient un « objet mobilier » étant donné que cette « transmission, immatérielle en tant que telle, peut cependant être matérialisée sous la forme d'une reproduction sur un support matériel par voie d'impression », de sorte que l'infraction d'extorsion a été retenue⁵⁴.

b) Les autres infractions

L'infraction de **recel** (Art. 505 CP) a incriminé dans un premier temps « ceux qui auront recelé, en tout ou en partie, les choses ou les biens incorporels enlevés, détournés ou obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit » avant d'être complétée par la précision que « constitue également un recel le fait de sciemment bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit »⁵⁵. Cet article vise explicitement les « biens incorporels », mais aussi tout autre avantage, de sorte que la distinction entre biens et services ne s'impose pas. Par conséquent, le recel d'informations devrait être punissable⁵⁶, tout comme le fait d'écouter une musique téléchargée illégalement.

Le **cel frauduleux** (conservation d'une chose d'autrui obtenue par hasard, Art. 508 CP) par contre ne peut en principe porter que sur une « chose » mobilière et est dès lors cantonné au domaine du matériel. Ne devrait donc pas être punissable celui qui conserve l'argent ou les valeurs mobilières qui ont été par erreur créditées sur son compte.

Pour l'**abus de confiance** (Art. 491 CP), il est douteux si l'énumération « effets, deniers, marchandises, billets, quittances, écrits » peut inclure ou non des biens immatériels⁵⁷. Puisque le Luxembourg a délibérément fait le choix de ne pas suivre le législateur français qui a complété cette énumération par

⁵³ CSJ, corr., 19 février 2013, n° 97/13 V.

⁵⁴ CSJ, corr., 14 juin 2010, n° 261/10 X.

⁵⁵ Cette précision avait été ajoutée par la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique sur proposition du Conseil d'Etat, qui a voulu ainsi codifier une jurisprudence qu'il a qualifiée de constante, en se référant notamment à CSJ, 23 novembre 1999, n° 292/99.

⁵⁶ voir notamment Projet de loi n° 4641, Avis du Conseil d'Etat du 2 mai 2000, p. 23 : « Du moment que l'accent est mis sur l'avantage économique que l'on tire d'une autre infraction, le recel d'informations devrait être punissable en tant que recel-profit ».

⁵⁷ voir p.ex. TA Lux., 27 avril 2000, n° 997/2000 : « L'infraction d'abus de confiance exige comme élément constitutif le détournement d'effets, de deniers, de billets, de quittances, ou d'écrits de toute nature contenant ou opérant obligation ou décharge. Cette énumération ne donne pas de champ à des interprétations extensives. Il s'ensuit que le détournement d'informations incorporelles contenues dans la mémoire centrale d'un ordinateur qui ne sont jamais sorties de la possession de leur propriétaire, ne constitue pas l'infraction d'abus de confiance », réformé toutefois dans sa motivation par CSJ, 5 décembre 2007, précité.

la mention « ou un bien quelconque », l’abus de confiance ne vise à notre sens que des biens matériels⁵⁸.

Pour l’**escroquerie** (Art. 496 CP), la conclusion est à notre sens la même. A propos d’un mot de passe, il a été décidé qu’il ne pouvait y avoir escroquerie⁵⁹. La même conclusion a été tirée pour une personne ayant eu recours à des manœuvres frauduleuses pour obtenir un certain nombre de télécommunications gratuites⁶⁰.

L’infraction de **tromperie** (Art. 498 CP) a été étendue aux biens mobiliers incorporels ; elle est encourue si l’acheteur est trompé sur l’identité, la nature ou le bien vendu.

L’infraction de **destruction** ou de détérioration volontaire vise les « biens mobiliers » (Art. 528 CP) et est généralement interprétée comme n’intéressant que les biens corporels.

C. Régime juridique de certains biens immatériels

En l’absence de régime commun, nous proposons d’analyser successivement certaines catégories essentielles de biens immatériels, à savoir : les droits d’auteur (titre 1), les droits de propriété industrielle (titre 2), le fonds de commerce (titre 3), la clientèle (titre 4) et les parts sociales (titre 5), tout en réservant un dernier mot pour les licences et concessions publiques (titre 5).

⁵⁸ voir à ce propos Projet de loi n° 4641, Avis du Conseil d’Etat du 2 mai 2000, p. 22 : « Le Conseil d’Etat ne voit dès lors pas la nécessité d’une modification de l’article 491 du Code pénal. Toutefois, et dans la logique de ses recommandations ci-dessus de s’orienter dans la mesure du possible sur les législations des pays qui exercent une influence décisive sur le droit pénal luxembourgeois, le Conseil d’Etat attire l’attention sur le fait que le nouveau Code pénal français a modifié l’incrimination de l’abus de confiance: l’abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d’autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, qui lui ont été remis et qu’elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d’en faire un usage déterminé. Si le Conseil d’Etat recommande néanmoins de ne pas s’engager dans la voie d’une modification de l’article 491 du Code pénal, ceci est dû au fait que l’inclusion des biens incorporels parmi les objets susceptibles de détournement ou de dissipation ne semble pas de nature à assurer une répression généralisée et effective des détournements de biens informationnels ».

⁵⁹ CSJ, 14 juin 2010, n° 261/10 X : « la Cour est d’avis que le mot de passe ne constitue pas un meuble au sens de l’article 496 du code pénal. En effet, contrairement aux données ou programmes informatiques susceptibles d’être enregistrés, transmis ou reproduits sous la forme d’impulsions dans des circuits électroniques ou sur des bandes ou disques magnétiques et dont la délivrance peut dès lors être constatée matériellement, le mot de passe composé d’une suite de caractères servant de moyen d’authentification à son utilisateur ne constitue qu’une simple clé électronique n’ayant aucune présence matérielle et ne pouvant partant pas être remise ou délivrée à l’auteur de l’infraction ».

⁶⁰ CSJ, 27 mai 2008, n° 269/08 V : « La ‘chose’ visée à l’article 496 du Code pénal doit s’entendre par analogie à celle visée à l’article 461 du même code comme un meuble corporel excluant de par là même tout objet ‘incorporel’, puisqu’il n’y a pas d’appréhension directe de la chose ».

1) Les droits d'auteur

Les droits d'auteur et certains droits similaires (bases de données, droits voisins), sont régis par une loi de 2001⁶¹, largement inspirée du droit belge. Ils confèrent des droits sur les œuvres littéraires et artistiques (Art. 1), notion interprétée très largement par la jurisprudence et pouvant s'appliquer également au design industriel ou à des textes à faible valeur littéraire. Quant à la nature de ce droit, la loi évite de parler de « **propriété** » et n'accorde à l'auteur que des « droits exclusifs » d'autoriser certaines utilisations de l'œuvre (Art. 3s.). Si le droit de propriété au sens du Code civil (Art. 544) est un droit qui à la base est absolu et qui ensuite peut être limité par la loi, les droits d'auteur sont *ab initio* circonscrits, en ce que seulement certains usages sont soumis au monopole de l'auteur, qui n'est ainsi pas réputé absolu⁶². A cela s'ajoute que les droits d'auteur sont également pour partie un droit de la personnalité, en ce que les droits moraux protègent la personnalité et l'individualité de l'auteur qui s'exprime à travers sa création. Plutôt que de parler d'un droit de propriété, nous préférons ainsi parler d'un droit hybride, associant des droits patrimoniaux de nature réelle et des droits de la personnalité⁶³.

En présence d'une pluralité de créateurs ou d'ayants-droits, la loi prévoit différentes règles pour régir la situation de « **co-propriété** » en résultant. En cas de co-création entre plusieurs créateurs, il s'agit d'une *œuvre indivise*⁶⁴, les droits étant censés être exercés collectivement (Art. 5)⁶⁵. Il y a *œuvre dérivée*, lorsqu'une œuvre incorpore une autre œuvre (une pièce de théâtre basée sur un roman) ; la seconde ne peut être exploitée que de l'accord du premier auteur.

Par pur pragmatisme et en ignorant les principes de base du droit d'auteur, la loi luxembourgeoise définit l'*œuvre dirigée* (Art. 6) : si plusieurs créatifs contribuent à un travail commun sous la direction d'un initiateur qui le publie sous son nom, c'est cet initiateur qui devient unique titulaire originaire des droits, même en l'absence d'apport créatif et même s'il s'agit d'une personne morale. Tout autant axée sur l'exploitabilité économique des créations est la règle qui confère aux seuls réalisateur principal et producteur les droits sur les œuvres audiovisuelles (Art. 21), à l'exclusion des autres contributeurs.

L'**acquisition originale** des droits d'auteur se fait par le pur fait de la création de l'œuvre, exprimée sous une forme extériorisée, c'est-à-dire perceptible pour autrui. La propriété littéraire et artistique se distingue précisément de la plupart des droits de propriété industrielle par l'absence de formalités d'enregistrement ou de dépôt. Sauf dans certains cas spécifiques, des droits d'auteur ne peuvent aussi naître originairement que dans le chef de personnes physiques, seules capables de s'exprimer artistiquement.

⁶¹ Loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données ; les articles cités dans ce titre se réfèrent à cette loi.

⁶² Il faut cependant constater que les cas visés par la loi sont très vastes et couvrent l'essentiel des usages économiques qui peuvent être faits d'une œuvre littéraire et artistique. Un exemple de droit non soumis au monopole de l'auteur est celui du prêt entre particuliers (mise à disposition gratuite) : cette faculté n'est pas soumise au monopole de l'auteur, qui ne peut par conséquent ni interdire le prêt, ni le soumettre à condition.

⁶³ Voir en détail, PUTZ Jean-Luc Le droit d'auteur, n° 8 et suivants, p. 16.

⁶⁴ Le droit luxembourgeois ne connaît pas l' « œuvre de collaboration ».

⁶⁵ La loi précise que leur exercice est censé être réglé par convention. A défaut, les auteurs ne peuvent les exercer isolément, sauf aux tribunaux à se prononcer en cas de désaccord.

L'**acquisition dérivée** de droits d'auteur est libre, dans la mesure où les droits d'auteur sont librement cessibles. Le droit luxembourgeois laisse une place très large à la liberté contractuelle ; seuls le contrat d'édition (Art. 14s.) et le contrat de représentation de spectacles vivants (Art. 19s.) étant réglementés, et ce encore de manière très sommaire en comparaison avec l'étranger. Une spécificité de notre droit est le fait que les droits moraux sont cessibles au même titre que les droits patrimoniaux. Le transfert *mortis causa* s'opère selon les mêmes règles de dévolution que pour les biens matériels.

Le transfert peut se faire à titre de cession ou de simple licence, pour tous les droits d'exploitation ou certains droits seulement, à titre exclusif ou non, et pour toute la durée des droits d'auteur⁶⁶ ou pour une durée plus limitée seulement. Elle peut se faire à titre onéreux ou à titre gratuit ; il n'existe pas de règles protectrices, telles qu'elles peuvent exister en France ou ailleurs, destinées à garantir aux auteurs et créateurs une redevance minimale⁶⁷. Au niveau des formalités, l'écrit est imposé pour la cession des droits patrimoniaux (Art. 12), mais non pour celle des droits moraux⁶⁸.

La propriété du **support** d'une œuvre littéraire et artistique n'emporte ni cession, ni licence des droits d'exploitation sur cette œuvre, propriété matérielle et droits d'auteur évoluant séparément. Par contre, en matière d'œuvres plastiques, la loi introduit une exception en précisant que « sauf convention contraire, l'acquisition d'une œuvre plastique emporte pour le propriétaire le droit de l'exposer dans des conditions non préjudiciables aux droits, à l'honneur et à la réputation de l'auteur »⁶⁹.

La **perte** des droits d'auteur s'opère tout d'abord par l'écoulement du temps. Au bout d'une longue histoire d'augmentation constante de la durée de protection, c'est actuellement la durée de 70 ans⁷⁰ (en principe à partir du décès de l'auteur) qui prévaut au Luxembourg, conformément au minimum exigé par le droit européen⁷¹. Le juriste français sera étonné d'apprendre que ce sont tant les droits patrimoniaux que les droits moraux qui s'éteignent au bout de 70 ans, ces derniers n'étant pas éternels.

Les droits d'auteur peuvent également se perdre par leur abandon volontaire, l'auteur pouvant décider librement (et irrévocablement) de faire entrer son œuvre dans le domaine public. En l'absence de lien immédiat avec le monde matériel, la destruction du support n'emporte pas la suppression des droits d'auteur afférents.

La protection des droits d'auteur s'opère sur le plan civil par l'action en **contrefaçon**, pouvant avoir pour objet tant la cessation d'actes futurs que l'indemnisation pour le préjudice causé par des actes passés.

⁶⁶ La nature du contrat reste cependant dans ce cas un contrat à durée déterminée et non un contrat à durée indéterminée ; TA Lux., civil, 1^{er} juin 2007, n° 104.305.

⁶⁷ On peut citer pour seule exception l'article 13 qui prévoit que la cession des modes d'exploitation inconnus au jour du contrat n'est autorisée que si elle fait l'objet d'une rémunération particulière.

⁶⁸ TA Lux., 20 mars 2012, n° 121.920.

⁶⁹ Art. 27 de la loi du 18 avril 2001.

⁷⁰ Pour les droits voisins, la durée de protection est en principe de 50 ans ; la directive européenne visant à l'augmenter dans certains cas à 70 ans est en cours de transposition. Pour les bases de données, la durée de protection est de 15 ans (Art. 69), mais puisqu'une « modification substantielle » d'une base de données fait courir un nouveau délai, la durée de protection d'une base de données constamment mise à jour est en principe infinie.

⁷¹ Directive (modifiée) 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

Sur le plan pénal, les droits d'auteur sont protégés, étant donné que toute atteinte aux droits d'auteur et droits assimilés est un délit (Art. 82 et 83), mais la protection est assez restrictive. En effet, d'un côté, l'élément moral est exigeant puisqu'il requiert soit une atteinte méchante, soit une atteinte frauduleuse. D'un autre côté, la peine encourue peut être vue comme étant faible, puisqu'elle se limite à une amende⁷², aucun emprisonnement n'étant prévu ; une conséquence fâcheuse en est que le Grand-Duché doit refuser toute entraide judiciaire internationale dans ce domaine⁷³.

2) La propriété industrielle

Depuis 2009, la législation luxembourgeoise énumère les droits de propriété intellectuelle⁷⁴ (propriété littéraire et artistique et propriété industrielle). Les droits de propriété industrielle les plus importants en pratique étant les marques, les brevets et les dessins et modèles. Le régime des brevets est basé sur une loi luxembourgeoise de 1992⁷⁵ (L.1992), tandis que les deux autres droits sont régis par une Convention Benelux de 2005 (C. 2005) applicable à ces trois pays⁷⁶.

Un rôle important revient en pratique évidemment à la Convention sur le brevet européen (Office européens des brevets établi à Munich) et aux règles de l'Union sur les marques, dessins et modèles (OHMI à Alicante), régimes que nous ne commenterons pas, faute de spécificités luxembourgeoises.

Concernant les **droits conférés**, la Convention Benelux ne se réfère pas à la notion de propriété (sauf dans son titre). Elle vise un « droit exclusif » qui permet de s'opposer à certains usages de la marque ou d'un signe présentant des similitudes faits par des tiers, respectivement de s'opposer à l'utilisation d'un produit dans lequel le dessin ou modèle (ou un aspect similaire) est incorporé. A la différence des droits d'auteur, l'exclusivité est en principe limitée à la vie des affaires (marques), respectivement ne couvre pas les actes accomplis à titre privé et à des fins non commerciales (modèles et dessins ; Art. 3. 19 C.2005). L'emprise sur la propriété industrielle n'est donc guère absolue, mais il s'agit d'un droit finalisé, limité au seul domaine concurrentiel.

La loi sur les brevets par contre considère explicitement le « brevet comme objet de propriété »⁷⁷ et organise un régime de copropriété, de transmission des droits, de saisie, etc. Il est précisé que le brevet peut « donner lieu à la constitution de droits réels ou personnels » (Art. 53 (1) L.1992). Au fond, le

⁷² L'amende par contre est susceptible d'être assez élevée, alors que la fourchette va de 251 à 250.000 euros.

⁷³ En l'absence de peine privative de liberté exigée par la Convention d'application de l'accord de Schengen ; TA Lux., chambre du conseil, 17 octobre 2012, n° 2615/12.

⁷⁴ Art. 1 (1) de la loi du 22 mai 2009 relative au respect des droits de propriété intellectuelle : « Art. 1er. (1) Au sens de la présente loi, le droit de propriété intellectuelle comporte les droits suivants: Le droit d'auteur, les droits voisins, le droit sui generis d'un fabricant de bases de données, les droits du créateur de topographies d'un produit semi-conducteur, les droits des marques, les droits des dessins et modèles, les droits des brevets, y compris les droits dérivés de certificats complémentaires de protection, les indications géographiques, les appellations d'origine, la protection des obtentions végétales, les dénominations commerciales dans la mesure où elles sont protégées en tant que droits de propriété exclusifs par le droit national concerné ».

⁷⁵ Loi du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention ; Règlement grand-ducal du 17 novembre 1997 concernant la procédure et les formalités administratives en matière de brevets d'invention.

⁷⁶ Convention Benelux (modifiée) du 25 février 2005 en matière de propriété intellectuelle.

⁷⁷ Intitulé du titre VI de la loi.

brevet ne confère pourtant pas un droit absolu, mais le droit « d'interdire à tout tiers (...) la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet » ainsi que certains autres usage commerciaux (Art. 45 L.1992).

L'**acquisition originaire** des droits de propriété industrielle suppose en principe l'accomplissement préalable d'une formalité. Le droit exclusif à la marque (Art. 2.2. C.2005) ou du dessin et modèle (Art. 3.5. C.2005) s'acquiert par l'enregistrement de celle-ci auprès de l'Office Benelux de la propriété intellectuelle (OBPI). Le brevet exige le dépôt d'une demande auprès de l'Office de la Propriété Intellectuelle, fonctionnant au sein du Ministère de l'Economie ; à la suite de la procédure d'instruction du dossier « le titre constituant le brevet d'invention est délivré sous forme d'un arrêté du Ministre » (Art. 41 (1) L.1992).

Pour les brevets, la loi instaure un régime spécifique de **copropriété**⁷⁸ ; il est clairement précisé que les règles du Code civil (Art. 815, etc.) ne sont pas applicables. La Convention BENELUX ne contient pas de règles à ce propos.

L'**acquisition dérivée** d'une marque peut se faire par écrit soit sous forme de transmission pour tout ou partie des produits, mais uniquement pour l'ensemble du territoire Benelux (Art. 2.31. C.2005), soit à titre de licence (Art. 2.32. C.2005). Il en est de même pour les modèles et dessins (Art. 3.25 et 3.26. C.2005). Les brevets sont également susceptibles de cession écrite entre vifs (Art. 53 L.1992) ou de faire l'objet de licences contractuelles (Art. 55 L.1992). Ces cessions peuvent s'effectuer à titre onéreux ou gratuit. La transmission successorale s'opère selon les règles ordinaires du droit civil.

Concernant la **perte des droits**, ceux-ci s'éteignent en cas de non-renouvellement après la durée initiale ou, sauf pour les marques, lorsque la durée de protection maximale est atteinte. Pour les marques, la durée initiale est de 10 ans, durée indéfiniment renouvelable pour des périodes de 10 ans (Art. 2.9. C.2005). L'enregistrement d'un modèle ou dessin BENELUX se fait pour une durée initiale de 5 ans et peut être renouvelé pour quatre périodes successives de 5 années jusqu'à un maximum de 25 ans⁷⁹. Les droits découlant d'un brevet luxembourgeois s'éteignent au plus tard après 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande⁸⁰.

Un modèle ou dessin peut faire l'objet d'une action en nullité (Art. 3.23 C.2005) ; il en est de même pour les brevets (Art. 73 L.1992). Une marque peut aussi se perdre dans le cadre d'une action en nullité ou en déchéance. Il y a déchéance de la marque lorsqu'il n'y a eu aucun usage normal de cette marque sur le territoire Benelux pendant les 5 ans suivant l'enregistrement (Art. 2.26. C.2005). Enfin, le titulaire d'une marque ne peut plus s'opposer s'il a toléré l'usage d'une marque postérieure enregistrée pendant une période de 5 années consécutives en connaissance de cet usage (Art. 2.24 C.2005).

Ces droits peuvent également se perdre par un abandon volontaire, sous forme d'une requête en radiation de la marque (Art. 2.25 C.2005) ou du modèle ou dessin (Art. 3.21. C.2005). De même, le

⁷⁸ Art. 52 de la loi du 20 juillet 1992.

⁷⁹ Art. 3.14. de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle.

⁸⁰ Art. 43 de la loi du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention.

titulaire peut renoncer à tout moment à son brevet ou à une ou plusieurs des revendications y exprimées (Art. 72 L.1992).

Sur le plan civil, des actions en cessation et en dommages-intérêts sont à la disposition du titulaire du droit de propriété industrielle⁸¹. Au niveau du **droit pénal**, tant la contrefaçon de marques⁸² que la contrefaçon de modèles et dessins⁸³ constituent un délit. Contrairement à la contrefaçon de droits d'auteur, une peine d'emprisonnement peut être prononcée en plus de l'amende. Tandis que la contrefaçon de marques se contente du dol général, la contrefaçon de modèles et dessins exige que l'auteur ait agi soit dans un but de concurrence, soit dans un but de nuire. La contrefaçon de brevets ne bénéficie d'aucune protection pénale.

3) Le fonds de commerce

Le **fonds de commerce** est reconnu par le droit luxembourgeois. Il forme en principe une universalité de biens affectés à l'exploitation d'un commerce, l'accent étant mis sur les actifs incorporels⁸⁴. Son régime juridique est en principe celui de chacun des éléments qui le composent, sauf dans les quelques cas (notamment la mise en gage) dans lesquels la loi le traite comme une entité. Dans la durée, le fonds de commerce subsiste tant qu'il est exploité et qu'une clientèle lui est attachée.

Si on veut parler d'**acquisition originaire** d'un fonds de commerce, il faut y voir l'opération de fait qui consiste dans la réunion des éléments matériels et immatériels permettant l'exploitation d'un commerce et d'attirer la clientèle. Si différents éléments, tels le droit au bail, sont considérés par la jurisprudence comme biens essentiels mais facultatifs d'un fonds de commerce, il en est autrement pour la clientèle, qui est une composante indispensable : il n'y a pas de fonds de commerce sans clientèle⁸⁵.

⁸¹ Il est encore intéressant de noter que sur le plan civil, la contrefaçon est depuis 2009 soumise à un régime commun (loi du 22 mai 2009 relative au respect des droits de propriété intellectuelle), tandis qu'en matière pénale, les bases légales sont variables.

⁸² Art. 184 du Code pénal : « Seront punis d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et pourront être condamnés à l'interdiction conformément à l'article 24 (...) ceux qui auront contrefait ou falsifié les sceaux, timbres, poinçons ou marques soit d'une autorité quelconque luxembourgeoise, soit d'une personne morale de droit public ou de droit privé luxembourgeois, sous quelque dénomination que ce soit, soit d'une personne physique, ou qui auront fait usage de ces sceaux, timbres, poinçons ou marques contrefaits ou falsifiés ».

⁸³ Art. 309 du Code pénal : « Est passible de la même peine [emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 251 euros à 12.500 euros] celui qui, soit dans un but de concurrence, soit dans l'intention de nuire à celui à qui ils appartiennent, soit pour se procurer un avantage illicite, utilise sans en avoir le droit ou communique à autrui des modèles, dessins ou patrons qui lui ont été confiés pour l'exécution de commandes commerciales ou industrielles. ».

⁸⁴ TA Lux., 7 décembre 1990, n° 433/90 : « La doctrine et la jurisprudence définissent le fonds de commerce comme une universalité mobilière composée principalement d'éléments incorporels, accessoirement d'éléments corporels et servant à l'exercice d'une profession commerciale sans caractère public; le fonds de commerce possède une individualité propre et son existence juridique demeure indépendante de celle de ses éléments qui concourent à sa formation ».

⁸⁵ CSJ, 1er juillet 1992, n° 13.011 : « Attendu que le fonds de commerce est l'ensemble de biens corporels (marchandises, outillage, mobilier etc.) et incorporels (enseigne, nom commercial, droit au bail etc., susceptibles d'attirer et de retenir une clientèle déterminée; que c'est ce droit à la clientèle d'un établissement commercial qui

L'**acquisition dérivée** d'un fonds de commerce s'opère par la cession, qui n'est pas autrement réglementée. Cette opération se décline en deux éléments essentiels, à savoir :

- Tout d'abord le transfert de tous les éléments composant le fonds. La notion de fonds de commerce permet ainsi d'interpréter la volonté des parties comme visant la cession de « tout ce qui est utile à l'organisation et à l'exploitation de l'établissement ou tout ce qui est de nature à attirer ou à retenir la **clientèle**. La vente du fonds de commerce doit porter sur les éléments "essentiels" du fonds. Elle comprend en outre, sauf stipulation contraire, toutes les choses qui, se rattachant au commerce du cédant, contribuent à sa prospérité et à son exploitation. Certains de ces éléments peuvent être exclus par l'accord exprès des parties, à condition que les autres choses cédées mettent le cessionnaire en mesure d'exploiter le fonds »⁸⁶. Chacun des éléments du fonds de commerce doit être cédé dans les formes qui lui sont propres (transfert de marques, cession de bail, immatriculation d'une camionnette ou vente du stock).
- A titre de **garantie d'éviction** (garantie de la chose aliénée), le vendeur a l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à détourner la clientèle⁸⁷. Il ne s'agit cependant pas d'une défense absolue et perpétuelle d'ouvrir un commerce de nature similaire⁸⁸.

Le fonds de commerce se transmet *mortis causa* comme tout autre bien. Les règles sur le partage des successions ne cherchent à maintenir l'unité que pour les « exploitations agricoles constituant une entité économique viable » (Art. 815-1, 832-1 CCiv). En matière de procédure de faillite, un projet de loi envisage de favoriser la vente du fonds de commerce comme ensemble, plutôt que les divers biens qui le composent, afin de préserver les entreprises viables⁸⁹.

est l'élément essentiel du fonds, sans lequel il ne saurait exister; qu'étant donné qu'il n'existe que par la clientèle, il ne commence à exister que dès qu'il est ouvert au public, c'est-à-dire dès que commence la possibilité de son exploitation; qu'au contraire, une fermeture en se prolongeant, fait disparaître le fonds étant donné que la valeur de la clientèle devient nulle ».

⁸⁶ TA Lux., 31 mai 2011, n° 129.218.

⁸⁷ TA Lux., 21 décembre 2007, n° 104.323 : « Il résulte des dispositions des articles 1625, 1626 et 1628 du Code Civil que le vendeur d'un fonds de commerce a l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à détourner la clientèle du fonds cédé, sous peine de vider la vente du fonds de commerce de son objet en récupérant la chose aliénée. L'absence dans le contrat de toute clause expresse portant interdiction à la société (...) d'exercer un commerce similaire n'a pas pour effet de la dispenser de l'obligation de garantie à laquelle elle est tenue envers son acheteur. Or, le rétablissement par les époux (...) sous la forme d'une société sous leur nom patronymique dans l'immeuble voisin à celui du fonds cédé, quelques mois après la cession du fonds de commerce, justifie l'action en garantie introduite par la demanderesse alors que les agissements reprochés ont pour effet de permettre au cédant de reprendre la clientèle du fonds cédé privant de la sorte celui-ci de sa substance. Il se déduit ainsi de l'ensemble des circonstances de la cause qu'au mépris des obligations nées de la vente la société (...) a manqué à son obligation de garantie. ».

⁸⁸ CSJ, 1er décembre 1931, Pas. 12, 491 : «En vertu de l'article 1626 C. civ. le vendeur d'un fonds de commerce est tenu, même en l'absence de toute clause expresse de non rétablissement, de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer ou à détourner la clientèle du fonds cédé (...) L'obligation légale de garantie du vendeur d'un fonds de commerce ne peut impliquer pour lui une défense absolue et perpétuelle de rétablissement; son droit de se rétablir n'ayant d'autres limites que son obligation de garantie envers l'acheteur, il peut user de ce droit à la seule condition de ne pas porter préjudice au commerce cédé ».

⁸⁹ Projet de loi n° 6539 relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite.

Pour la **mise en gage**, le fonds de commerce est traité par une réglementation remontant à 1937, comme formant un ensemble pouvant fait l'objet d'un même gage⁹⁰. Vu qu'une dépossession n'est pas concevable, notre législation exige à titre de publicité du gage une inscription qui s'effectue par le dépôt au bureau de la conservation des hypothèques de bordereaux spéciaux⁹¹. Le fonds de commerce étant dans ce cadre considéré comme un bien unitaire, les privilèges conférés par le gage ne s'exercent que sur l'ensemble du fonds et non sur les différents éléments qui le composent⁹².

La **perte** du fonds de commerce peut se concevoir par la destruction des biens corporels qu'il regroupe, par l'aliénation des biens incorporels qui le composent et surtout par l'abandon volontaire ou la perte involontaire de la clientèle. La fermeture du local sur une durée prolongée emporte donc perte du fonds.

Sur le plan civil, la protection du fonds de commerce est essentiellement assurée par le biais des règles sur la concurrence déloyale. Sur le plan du **droit pénal**, aucune infraction ne vise spécifiquement le fonds de commerce, chacun des éléments le composant étant protégé par les règles pénales qui le concernent (biens corporels, secrets de fabrication, actifs de propriété intellectuelle, etc.). Certaines dispositions du Code pénal visent à protéger la destruction d'éléments formant le fonds de commerce, comme par exemple les « marchandises » et « matières servant à la fabrication » (Art. 533 CP) ou une machine à vapeur⁹³ (Art. 523 CP), mais ces dispositions sont surannées.

4) La clientèle

Les clients liés par des contrats en cours peuvent faire l'objet d'un véritable transfert, par exemple en cas de reprise d'activité. La notion de « clientèle » va cependant au-delà et vise essentiellement l'attachement d'un certain nombre de personnes à une entreprise ou à un professionnel déterminé, donc la faculté de maintenir ou de gagner ces personnes pour de futures transactions.

⁹⁰ Arrêté grand-ducal du 27 mai 1937 portant réglementation de la mise en gage du fonds de commerce ; Art. 2 : « Le gage comprend l'ensemble des valeurs qui composent le fonds de commerce et notamment la clientèle, l'enseigne, la concession, l'organisation commerciale, les marques, les brevets d'invention, le droit au bail, le mobilier servant à l'exploitation du commerce, l'outillage et le matériel, y compris le matériel roulant, le tout sauf stipulation contraire ».

⁹¹ Art. 5 de l'arrêté grand-ducal du 27 mai 1937 portant réglementation de la mise en gage du fonds de commerce.

⁹² TA Lux., 7 décembre 1990, n° 433/90 : « Il résulte de cette définition que le créancier qui a un droit de gage sur le fonds de commerce peut vendre celui-ci comme tel, le contrat de gage ayant pour objet l'ensemble des éléments du fonds; la faculté de poursuivre la réalisation en bloc de cet ensemble procède de la volonté des parties qui ont traité sur base d'une universalité. Le créancier ne peut même pas provoquer la vente en détail des éléments du fonds de commerce. On doit admettre pour la même raison que le privilège du créancier d'être payé par préférence s'exerce sur le prix de vente du fonds de commerce en tant qu'universalité, et non sur le prix de vente de quelques éléments du fonds de commerce pris individuellement ».

⁹³ Les machines à vapeur constituaient au début de l'industrialisation l'élément central et de loin le plus onéreux de tout établissement industriel.

Nous avons vu que la clientèle est un élément central du fonds de commerce⁹⁴. Une jurisprudence fournie traite également de la clientèle des professions libérales, en particulier des médecins. Nos Tribunaux considèrent que la clientèle d'un médecin, conçue comme l'ensemble des personnes consultant un médecin déterminé, n'a pas de valeur patrimoniale et ne constitue pas un bien qui se trouve dans le commerce juridique⁹⁵. Un contrat portant sur la clientèle en tant que telle serait nul pour défaut d'objet ; la jurisprudence admet cependant les contrats monnayant l'engagement pris par un médecin pour recommander son successeur auprès de ses patients et pour ne pas concurrencer ce dernier, prestation que la Cour qualifie simultanément de « bien patrimonial » et de « service »⁹⁶.

Vouloir reconnaître une forme de **propriété** sur la clientèle se heurte essentiellement à deux considérations :

- Une des caractéristiques centrales de la propriété (et que l'on retrouve également pour les autres biens traités dans cette contribution) fait défaut, à savoir le droit d'exclure autrui. Les clients sont libres de choisir leur contractant et le libre jeu de la concurrence ne doit pas être entravé. La cession de clientèle ne produit pas d'effets à l'égard de tous, mais seulement à l'égard du vendeur qui s'engage à ne plus la démarcher.
- La personne à laquelle la clientèle se rattache peut également être floue. Une banque a par exemple été déboutée d'une action en responsabilité contre son ancien salarié, les juges ayant souligné le fort attachement qui existe entre le client et son gestionnaire de patrimoine⁹⁷. Il se

⁹⁴ Ainsi que de l' « exploitation agricole », telle que définie par le Code civil pour l'attribution préférentielle en cas de succession ; TA Diekirch, 15 juillet 2008, n° 12.964.

⁹⁵ CSJ, 10 juillet 2002, n° 26.260 ; CSJ, 17 juin 2005, n° 87.428.

⁹⁶ CSJ, 30 avril 2008, n° 32.712 : « La clientèle conçue comme l'ensemble des personnes qui consultent un médecin déterminé, ne constitue pas un bien au sens de la loi. Elle n'a en soi pas de valeur patrimoniale qui pourrait faire partie d'une communauté de biens ou qui pourrait faire l'objet d'un contrat. Un contrat, tel une cession, portant sur la clientèle dans cette acception serait nul pour défaut d'objet. En effet, les patients étant libres de consulter le médecin de leur choix, ils ne sauraient constituer un bien qui se trouve dans le commerce juridique. En réalité, la clientèle est constituée par le pouvoir attractif exercé sur le public. Ce sont des facteurs d'attraction qui permettent au commerçant ou au professionnel libéral d'espérer de réitérer, exercice par exercice, un chiffre d'affaires ou un revenu déterminé. Ce pouvoir attractif peut dépendre d'éléments qui sont, soit personnels à l'exploitant du fonds, soit attachés au fonds lui-même plutôt qu'à la personne de l'exploitant. Dans la mesure où un médecin a fidélisé une certaine clientèle en raison de facteurs relatifs à sa personne, tels sa compétence professionnelle ou sa notoriété, cette clientèle est exclusivement attachée à la personne du praticien ; elle se confond avec ses qualités personnelles d'attraction et ne peut être un élément ni d'une communauté de biens ni d'un fonds libéral. Aussi ne se conçoit-il pas qu'un médecin puisse « céder » sa notoriété à son successeur ; il peut cependant l'utiliser pour promouvoir celle de l'autre. Ainsi il peut valablement promettre un service à son successeur consistant à le recommander auprès de ses patients et à ne pas le concurrencer. La valeur de ce service constitue un bien qui fait partie de la communauté. La valeur de la « clientèle » classique, attachée à la personne du praticien, se réduit, en cas de cession, au prix de ce service. La clientèle apparaît comme un bien patrimonial dans la mesure où elle dépend non plus de facteurs d'attraction personnels mais objectifs, tels la performance d'une équipe de praticiens, l'efficacité de l'organisation, la qualité des instruments de travail, le caractère complet des services offerts, accessibilité aux soins (consultations rapprochées), la situation géographique favorable de l'exploitation. ».

⁹⁷ CSJ, 29 octobre 2009, n° 312235 et 31262 : « En matière de gestion de patrimoine une relation particulièrement étroite de confiance existe entre le gestionnaire de portefeuille et ses clients qui ont tendance à confier leurs avoirs à une banque en raison d'un gestionnaire de patrimoine particulier qu'ils ont choisi pour son savoir et ses

peut donc que la clientèle soit légitimement attachée au salarié et non à l'employeur. Les agents commerciaux de leur côté ont droit, après la cessation du contrat d'agence, à une indemnité d'éviction tenant compte de leur apport de nouveaux clients ou du développement sensible des opérations avec les clients existants⁹⁸.

Le droit à la clientèle est protégé sur le **plan civil** par des mesures législatives très variées. Le renouvellement préférentiel d'un bail commercial par exemple est une mesure destinée à protéger l'attachement d'une clientèle⁹⁹. Sur le plan civil, les atteintes à la clientèle forment un chef de préjudice indemnisable ; en particulier, l'Etat peut être tenu pour responsable d'une perte de clientèle si son intervention – notamment la réfection des routes d'accès – cause au commerçant un dommage spécial et exceptionnel¹⁰⁰. Les droits sur les signes distinctifs (marques, modèles et dessins, noms commerciaux, noms de domaine, etc.) ont également pour objet de protéger la clientèle qui identifie le commerçant par le biais de ces noms ; pour cette raison, l'atteinte se détermine en fonction du risque de confusion dans l'esprit de la clientèle concernée.

Une protection spécifique de la clientèle sur le **plan pénal** fait défaut. Il a notamment été jugé que l'infraction d'escroquerie ne peut pas porter sur la « clientèle » au motif qu'il s'agit « certes [d'] une valeur économique, mais non [d'] un bien matériel individualisé sur lequel pourrait se greffer un droit de propriété »¹⁰¹.

connaissances spécifiques dans la matière et la confiance qu'ils ont en lui. En l'occurrence, ce sont les clients eux-mêmes qui ont clôturé leurs comptes auprès de la BANQUE B LUXEMBOURG S.A. et fait transférer leurs avoirs auprès de la BANQUE C (Luxembourg) S.A. en raison de la personne de A qui gérait leur patrimoine déjà en grande partie avant son contrat de travail avec la BANQUE B LUXEMBOURG S.A. et qu'ils avaient suivi auprès de cette dernière. Les agissements retenus ci-avant contre A ne sont dès lors pas à considérer comme étant à l'origine du transfert de clientèle, mais c'est plutôt le désir des clients, majoritairement membres de famille et connaissances de longue date, à suivre leur gestionnaire de patrimoine A, qui a déterminé ces agissements. ».

⁹⁸ Art. 19 (1) de la loi du 3 juin 1994 portant organisation des relations entre les agents commerciaux indépendants et leurs commettants.

⁹⁹ TA Diekirch, 14 mars 2001, n° 8100 : « Il est admis que cette disposition est à comprendre à la lumière de sa raison d'être qui est d'assurer la protection de la propriété commerciale et que celle-ci ne se justifie que si le locataire a réuni une clientèle autour des lieux loués ; il faudrait donc que, pour avoir droit à la protection spéciale, le commerçant doive entrer en contact avec sa clientèle au local loué même; inversement, ne pourraient donc prétendre à la protection spéciale les commerces pour lesquels la situation des locaux loués n'a pas d'incidence déterminante au point de vue de l'attachement d'une clientèle ».

¹⁰⁰ RAVARANI Georges, La responsabilité civile, n° 332.

¹⁰¹ TA Lux., corr., 1^{er} juin 2012, n° 2202/2012 : « Le Tribunal tient cependant à relever que le droit pénal est d'interprétation stricte. La notion de « chose » renvoie à un bien matériel mobilier. A propos d'un mot de passe, il a été décidé qu'il ne pouvait y avoir escroquerie. Les juges ont considéré que le mot de passe ne constitue pas un meuble au sens de l'article 496 du code pénal (CSJ, 14 juin 2010, n° 261/10). L'appropriation de choses mobilières appartenant à autrui étant un des éléments constitutifs du délit d'escroquerie (CSJ, 27 mai 1957, Pas. 17, 122, LJUS n° 95706745). L'infraction d'escroquerie ne peut ainsi porter que sur des biens matériels et non sur des valeurs immatérielles (Le salarié face au patrimoine intellectuel de l'entreprise, Ed. Promoculture 2011, p. 131). D'où il suit qu'une infraction ne saurait porter sur une « clientèle », qui représente certes une valeur économique, mais non un bien matériel individualisé sur lequel pourrait se greffer un droit de propriété. »

La clientèle est avant tout protégée par la législation sur la **concurrence déloyale**, qui a tant un volet civil (action en cessation et en dommages-intérêts), qu'un volet pénal (amende jusqu'à 120.000 euros)¹⁰². Mais cette protection est loin d'être absolue : à la base, le concurrent a le droit de tenter de s'approprier la clientèle d'autrui, l'exercice de ce droit ne devenant abusif que s'il est contraire aux usages honnêtes. Ainsi, une jurisprudence constante rappelle qu'« en vertu du principe de la liberté économique, le débauchage n'est pas par lui-même un acte contraire aux usages honnêtes. Il n'est que la manifestation de l'exercice d'une liberté qui implique la licéité de principe de la prospection et de l'«accaparement» de la clientèle et des travailleurs d'un concurrent. En effet, la clientèle d'un commerçant ne lui appartient pas, elle est susceptible de recevoir des offres de concurrents, peu importe qu'il s'agisse d'anciens fournisseurs ou d'anciens subordonnés. Pour qu'il y ait détournement illicite de clientèle, il est nécessaire qu'il y ait utilisation de moyens soit frauduleux, soit pour le moins équivoques ou anormaux ». Ainsi, les règles sur la concurrence déloyale ont pour objet la « protection contre des pertes de clientèle par des actes de concurrence déloyale »¹⁰³. Est aussi interdite toute forme de publicité trompeuse ou de publicité comparative ne respectant pas les exigences légales, étant donné que de tels actes sont de nature à détourner frauduleusement la clientèle.

5) Les informations et le savoir

Les « idées » abstraites ne sont pas seulement exclues explicitement de la protection par les droits d'auteur, mais devraient également se voir dénier toute protection légale quelconque. La première raison en est que les idées sont libres et ne devraient pas faire l'objet d'un monopole. La seconde raison en est d'ordre économique: notre économie est fondée sur la libre concurrence ; il est donc souhaitable qu'une idée bonne et nouvelle trouve rapidement des imitateurs afin que la concurrence s'installe sur de nouveaux services ou marchandises. Constitue une concurrence licite et souhaitable, et non une concurrence déloyale, le fait de s'installer à proximité d'un établissement concurrent pour vendre des produits identiques¹⁰⁴.

L'information se distingue de l'idée par sa concrétisation. Certains types d'information sont protégés par les droits de propriété intellectuelle (brevets, bases de données, etc.), de sorte que leurs conditions d'attribution sont claires. Néanmoins, les règles protectrices décrites ci-après peuvent en partie s'appliquer en complément des règles sur la propriété intellectuelle. De nombreuses informations toutefois ne sont pas protégeables, comme par exemple des données commerciales (prix pratiqués, liste de clients¹⁰⁵, projets de développement, filières d'approvisionnement et de distribution) ou industrielles (procédés de fabrication gardés secrets).

La notion même du patrimoine informationnel est floue. Il peut s'agir d'un vague ensemble de compétences permettant d'aboutir au but recherché (le *know-how*) ou il peut s'agir d'éléments

¹⁰² Art. 25 de la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales [et] sanctionnant la concurrence déloyale.

¹⁰³ CSJ, 14 février 2007, n° 31.973.

¹⁰⁴ P.ex. TA Lux., référé, 27 novembre 2002, JUDOC n° 99841843.

¹⁰⁵ A plusieurs reprises, nos Tribunaux ont estimé qu'une liste de clients n'est pas une base de données protégée.

d'information concrets (des fichiers, listings, plans, etc.) Ces données et ce savoir ne sont pas dotés, en droit luxembourgeois, d'un régime propre.

Pour le secteur public, nous avons déjà relevé que la loi admet que les autorités publiques sont d'une certaine façon titulaires de leur « contenu » informationnel, étant donné que les acteurs privés doivent faire une demande et payer une redevance pour pouvoir l'exploiter¹⁰⁶.

Dans le secteur privé, en particulier dans le domaine commercial, une protection est assurée essentiellement par les règles sur la **concurrence déloyale** et sur le *parasitisme économique*, qui ne distinguent pas entre biens et valeurs immatérielles, mais se focalisent sur les usages honnêtes entre commerçants. Peuvent notamment être sanctionnés la reprise servile de produits et informations d'autrui, l'espionnage industriel, la confusion semée dans le public par l'usage d'une enseigne commerciale semblable, la débauche de personnel en vue de l'acquisition de savoir-faire ou d'informations confidentielles, etc., le tout indépendamment de la question de savoir si ce qui a été repris ou copié est un « bien » ou non. Le critère central est celui de l'atteinte à la concurrence, notamment du fait que le concurrent n'a rien dû investir ni déboursier pour les informations dont il entend tirer profit.

Du point de vue du **droit pénal**, nous avons vu que le droit luxembourgeois ne reconnaît pas le vol de données, ni la soustraction d'informations, tant qu'il n'y a pas de support matériel qui est subtilisé. La protection de l'information est assurée par des infractions très diverses en fonction du type de valeur ou de donnée concernée, par exemple par le secret professionnel (Art 459 CP), le secret industriel et commercial (Art. 309 CP), le secret de défense¹⁰⁷, le secret des correspondances (Art. 460 CP), le délit d'initié, les règles sur la vie privée¹⁰⁸ (enregistrements audio et vidéo), la législation sur la protection des personnes à l'égard du traitement de leurs données personnelles, etc. La donnée informatique est également protégée contre tout accès et toute modification frauduleuse par les articles 509-1 et suivants, introduits en 2000.

6) Les titres et valeurs mobilières

Les titres et valeurs mobilières sont d'une nature très variée et soumis à des règles très différentes. Du point de vue du droit des biens par contre, le régime du « titre » en tant que valeur qui circule et qui s'échange est par contre quasiment unitaire.

PAUL MOUSEL et FRANZ FAYOT constatent qu'il n'existe en droit luxembourgeois pas de définition légale de la notion de titre, même si ce terme est utilisé par un grand nombre de textes légaux et réglementaires¹⁰⁹. Il s'agit d'une catégorie juridique ouverte, les émetteurs étant en principe libres de créer les titres de leur choix.

¹⁰⁶ Loi du 4 décembre 2007 sur la réutilisation des informations du secteur public.

¹⁰⁷ p.ex. Art. 116 CP ; Loi du 8 juillet 1967 concernant la divulgation et la mise en oeuvre des inventions et des secrets de fabrique intéressant la défense du territoire ou la sûreté de l'Etat.

¹⁰⁸ Loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée.

¹⁰⁹ MOUSEL Paul, FAYOT Franz, La circulation des titres, n° 39-6.

a) Emission des titres

L'émetteur d'un titre peut être très classiquement une société anonyme avec une activité commerciale (actions, obligations, etc.), mais aussi des SPV (*special purpose vehicles*), un émetteur fiduciaire, une société ou un fonds de titrisation, etc¹¹⁰.

La **part sociale** constitue probablement l'archétype du titre ; il s'agit de biens qui constituent la contrepartie de l'apport que fait l'associé en transférant d'autres biens (généralement de l'argent, mais il peut aussi s'agir d'apports en nature et notamment d'apports de biens immatériels, tel un brevet) à la société, qui dispose d'un patrimoine propre. Parmi les parts sociales, ce sont les actions qui jouent le rôle économique le plus important, étant régis par le principe de la libre cessibilité.

La part sociale confère des droits au titulaire, notamment le droit de participer aux bénéfices¹¹¹. On peut y voir une créance envers la société¹¹². Mais la part sociale confère également en principe un droit de vote et des droits accessoires permettant d'avoir une emprise sur la société. WILLIAM DROSS¹¹³ propose d'y voir une « qualité » telle qu'organisée par le droit de la famille et il assimile les relations qu'un associé peut entretenir envers sa société (surtout si elle est unipersonnelle), à celle qu'un adulte peut avoir envers un enfant ou une personne sous curatelle.

Un régime spécifique est prévu en présence d'une situation de **copropriété**, dans laquelle plusieurs personnes sont propriétaires d'une action ou coupure d'action¹¹⁴.

Des titres peuvent également être émis dans le cadre d'une opération de titrisation¹¹⁵, dont l'objet consiste précisément à transformer des actifs en titres, essentiellement pour en gérer les risques. Sont susceptibles de faire l'objet d'une titrisation « les risques liés à la détention de tous biens, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels » (Art. 53 (1)). De nouveaux biens immatériels peuvent ainsi être créés à partir de biens immatériels, dans une chaîne potentiellement infinie.

D'autres formes de titres sont encore les obligations, les options et certains contrats d'échange.

¹¹⁰ MOUSEL Paul, FAYOT Franz, La circulation des titres, n° 39-20 et suivants.

¹¹¹ Voir en ce sens CSJ, 4 mars 1998, n° 20.105 : « Une part sociale ou action de société constitue une part d'associé qui est caractérisée par sa libre cessibilité de principe et se présente comme une fraction du capital social servant d'unité aux droits et obligations des associés. L'associé ne possède, du fait de son droit social, aucun droit de propriété sur les biens de la société et ne détient qu'un droit de créance limité, pendant la durée de la société, à sa part dans les bénéfices. Les associés n'étant pas propriétaires de l'actif social, ont simplement des droits sociaux (parts sociales ou actions), qui leur ouvrent des prérogatives d'ordre pécuniaire et des prérogatives de participation à la vie sociale. ».

¹¹² WINANDY Jean-Pierre, Manuel de droit des sociétés, p. 460 : « L'action est une créance sui generis ».

¹¹³ DROSS William, Droit des biens, n° 506, p. 412.

¹¹⁴ Art. 38 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

¹¹⁵ Loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation.

b) Circulation des titres

L'**acquisition dérivée**, donc la circulation des titres dépend de la **forme** de ces titres. Trois formes sont reconnues par le droit luxembourgeois¹¹⁶, à savoir les deux formes classiques (les titres nominatifs et les titres au porteur¹¹⁷), ainsi que les titres dématérialisés. La doctrine propose de classer les titres au porteur parmi les meubles corporels, pour être soumis notamment aux articles 528 et 2279 du Code civil, tandis que les titres nominatifs et les titres dématérialisés sont à considérer comme meubles incorporels¹¹⁸.

Les **titres nominatifs** sont matérialisés par une inscription dans un livret tenu au siège de la société. Le transfert s'opère par accord de volontés, documenté par un changement de l'inscription, donc par l'inscription portée au nom du propriétaire dans un registre tenu par l'émetteur (ou un tiers intermédiaire). La propriété de l'action nominative s'établit par l'inscription sur ce registre¹¹⁹.

Les **titres au porteur** n'ont pas (encore) été bannis de la législation luxembourgeois. Ces titres sont matérialisés sur un document papier. Les titres au porteur sont matérialisés par un document qui, selon la doctrine traditionnelle, « incorpore » les droits attachés au titre. Mais malgré cette attache dans le monde matériel, les droits et prérogatives inhérents au titre n'en restent pas moins immatériels ; le document ne fait que constater formellement l'existence de ces droits, mais ils ne se confondent pas avec ceux-ci. Ce n'est pas le papier qui intéresse l'actionnaire, mais bien les pouvoirs qu'il confère. La notion de titre « désigne en principe le ou les droits du titulaire résultant de l'acte juridique (*negotium*) à l'égard d'une personne qui est généralement l'émetteur du titre, ces droits étant constatés par un support documentaire au sens le plus large du terme (*l'instrumentum*)»¹²⁰. « Aux yeux de la collectivité et de l'émetteur, le propriétaire du titre est la personne qui en a la possession, et l'émetteur doit honorer les droits du possesseur bien qu'il ne le connaisse pas autrement et sans qu'il puisse lui demander la justification de son droit de propriété »¹²¹. Puisque la détention du titre constitue ainsi une puissante preuve de la titularité de ces droits, ce qui oblige à mettre en place une législation procédurière régissant la destruction ou dépossession involontaire du titre¹²².

Il s'agit de choses non fongibles, individualisées par leur numéro, dont la cession s'opère par la simple tradition¹²³. La tradition des droits incorporels se fait, soit par la remise des titres, soit par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur (Art. 1607 CCiv). Ainsi, la tradition du titre emporte transfert des droits qu'il contient.

¹¹⁶ On peut y ajouter encore les titres à ordre, dont le régime est emprunté à celui des effets de commerce.

¹¹⁷ Voir p.ex. art. 37 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales: « Les actions et parts sont nominatives ou au porteur ».

¹¹⁸ MOUSEL Paul, FAYOT Franz, La circulation des titres, n° 39-7.

¹¹⁹ Art. 40 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

¹²⁰ PRUSSEN Yves, Le régime des titres et instruments fongibles, n° 38-13.

¹²¹ MOUSEL Paul, FAYOT Franz, La circulation des titres, n° 39-51.

¹²² Loi du 3 septembre 1996 concernant la dépossession involontaire de titres au porteur.

¹²³ WINANDY Jean-Pierre, Manuel de droit des sociétés, p. 463 ; Art. 42 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales : « La cession de l'action au porteur s'opère par la seule tradition du titre ».

Les **titres dématérialisés** sont une nécessité du commerce actuel, alors qu'ils peuvent facilement circuler dans un environnement international. La dématérialisation s'est effectuée en deux étapes :

- Dans un premier temps, le législateur a amorcé dès 1971¹²⁴, et formalisé dans une loi de 2001¹²⁵ un système permettant d'aboutir aux effets de la dématérialisation, mais en maintenant, de manière plus fictive qu'utile, la matérialité du titre. Sont visés par cette législation les « titres et autres instruments financiers au sens le plus large », à condition d'être fongibles (ou de pouvoir être considérés comme tels).

Ainsi, des titres (ou bien un seul titre représentant une série de titres) sont déposés auprès d'un dépositaire et inscrits dans un compte ouvert au nom du déposant. La loi précise que « le déposant a les mêmes droits que si les titres et autres instruments financiers étaient restés entre ses mains », et qu'il dispose sur les titres inscrits en son compte « d'un droit réel de nature incorporelle » (Art. 6). La loi, tout en précisant que les titres ne font pas partie du patrimoine du dépositaire (Art. 4), accorde en particulier au déposant un droit de revendication en cas de faillite ou dans toute autre situation (Art. 7).

- Ce n'est qu'en 2013¹²⁶ que le Luxembourg a introduit une législation permettant une véritable dématérialisation des titres¹²⁷, soit par l'émission de titres dématérialisés *ab initio* (Art. 4s.), soit par la conversion de titres existants en titres dématérialisés (Art. 8s.). Les autres modes de représentation et de circulation des titres sont maintenus. La notion de titre est définie de manière très large¹²⁸. Les titres sont représentés par une inscription en compte.

La transmission des titres, y compris le don manuel, se fait par virement de compte à compte (Art. 14). Pour l'exercice des droits liés au titre, l'émetteur établit des certificats (Art. 15).

La loi de 2013 n'utilise pas la notion de « propriété » des titres, et s'en remet aux règles qui prévalaient déjà sous la loi de 2001 (« droit réel de nature incorporelle »)¹²⁹. Les questions qui se posent autour du 'droit de propriété', voire la qualification du droit réel que vise la Loi, restent dès lors similaires à celles qui se posaient avant la Loi et des interprétations diverses restent possibles »¹³⁰.

¹²⁴ Règlement grand-ducal du 17 février 1971 concernant la circulation de valeurs mobilières.

¹²⁵ Loi du 1er août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles.

¹²⁶ L'émission de titres dématérialisés était possible depuis 2004 dans le contexte de la titrisation.

¹²⁷ Loi du 6 avril 2013 relative aux titres dématérialisés.

¹²⁸ Art. 1 point 11 de la loi du 6 avril 2013 : dans l'acception la plus large: (a) les titres de capital émis par les sociétés par actions de droit luxembourgeois en ce compris les actions, les parts bénéficiaires, les droits de souscription et les parts de fonds commun de placement; (b) les titres de créance soumis au droit luxembourgeois tels que les instruments ».

¹²⁹ L'article 13 (2) de la loi du 6 avril 2013 renvoie à la loi du 1^{er} août 2001 pour tout ce qu'elle ne régleme pas spécifiquement.

¹³⁰ LUX Isabelle, DACIC Meliha, le nouveau cadre juridique pour la circulation de titres inscrits en compte suite à la loi du 6 avril 2013 relative aux titres dématérialisés, p. 18.

YVES PRUSSEN¹³¹ s'est penché en détail sur la nature de ce droit réel. Il constate que traditionnellement, la loi sur les sociétés commerciales, des lois spéciales, ainsi que la jurisprudence se réfèrent à la notion de « propriété » pour désigner le droit du titulaire d'actions ou d'obligations. Il en est de même pour la loi relative à la mise en pension ou le transfert de propriété à titre de garantie. Il estime cependant qu'il s'agit d'une facilité de langage, qui s'explique du fait que de nombreuses prérogatives des droits réels s'appliquent aussi aux biens incorporels, tels des titres. Par sa formulation dans la loi de 2001, le législateur aurait entendu souligner « que le déposant bénéficie des prérogatives qui sont normalement reconnues au titulaire d'un droit réel ». Toutefois, il observe que ce droit n'a rien d'absolu, puisque le déposant ne peut le faire valoir qu'à l'égard de son dépositaire et qu'il n'a pas de droit de suite. Il conclut en donnant à considérer que de toute manière, vouloir caractériser les droits du titulaire sur des titres détenus dans un compte conduira nécessairement à un échec, l'émetteur de ces titres pouvant être situé dans le monde entier et le titre pouvant être soumis à des régimes juridiques très divers.

Du côté du **droit pénal**, les titres et instruments financiers ne bénéficient d'aucune protection générale. Les titres au porteur sont susceptibles de vol ou de destruction volontaire. Pour les titres dématérialisés, ce sont essentiellement les infractions en matière informatique qui sanctionneront toute opération frauduleuse. Les articles 174 et suivants du Code pénal protègent tous « titres représentatifs de droits de propriété, de créances ou de valeurs mobilières » contre la falsification en instaurant des peines criminelles.

7) Les licences et concessions

Un regard mérite en dernier lieu d'être jeté sur les licences et concessions concédées par l'autorité publique, mais l'analyse détaillée dépasserait le cadre de cette contribution. Ces droits sont destinés soit à organiser l'exploitation d'une valeur qui est par nature limitée (concessions minières, radiofréquences¹³², lots de chasse¹³³ et de pêche¹³⁴, droits d'occupation du domaine public, la concession d'une sépulture¹³⁵) ou qui est limitée à titre de politique publique, par exemple en faveur de l'environnement (quotas d'émission¹³⁶), de la régulation économique (taxis¹³⁷, pharmacies¹³⁸) ou pour d'autres motifs (p.ex. la fixation d'un rendement maximal par hectare de vignoble¹³⁹). Pour WILLIAM DROSS, la nature juridique de ces licences est « énigmatique »¹⁴⁰. En tout cas, ces licences permettent cependant de jeter un regard critique sur ce qu'on entend par « bien ». Chaque type de licence est soumis à son propre régime, en particulier en ce qui concerne son attribution et sa cessibilité. Certaines

¹³¹ PRUSSEN Yves, Le régime des titres et instruments fongibles, n° 38-36 et suivants.

¹³² Loi du 30 mai 2005 portant organisation de la gestion des ondes radioélectriques ; Art. 2 (1) : « Les ondes radioélectriques sont des ressources rares dont la gestion et l'utilisation sont réservées à l'Etat ».

¹³³ Loi du 25 mai 2011 relative à la chasse.

¹³⁴ Loi du 28 juin 1976 portant réglementation de la pêche dans les eaux intérieures.

¹³⁵ Loi du 1er août 1972 portant réglementation de l'inhumation et de l'incinération des dépouilles mortelles.

¹³⁶ Loi du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

¹³⁷ Loi du 18 mars 1997 portant réglementation des services de taxis ; un projet de réforme est en cours (Projet de loi n° 6588).

¹³⁸ Loi du 4 juillet 1973 concernant le régime de la pharmacie.

¹³⁹ Loi du 21 janvier 1993 relative au rendement des vignobles.

¹⁴⁰ DROSS William, Droit des biens, n° 494, p. 404.

de ces concessions ne sont pas cessibles (p.ex. une concession ou permission de radiodiffusion ou une concession satellitaire¹⁴¹), mais font néanmoins partie de l'actif de l'entreprise titulaire dont ils peuvent considérablement augmenter la valeur. D'autres sont susceptibles de circuler, le plus souvent cependant sous des conditions spéciales.

Les *licences de cabaretage* (droit d'exploiter un débit de boissons alcoolisées) donnent lieu à un certain contentieux ; si elles sont vues comme un bien, c'est parce qu'elles sont dans une certaine mesure susceptible d'être cédées¹⁴²; s'il s'agissait d'une simple demande d'autorisation à solliciter auprès de l'autorité communale, personne ne songerait y voir un bien. Un autre exemple est celui du permis à points où le législateur luxembourgeois a suivi l'exemple de la France, qui attribue à chaque permis un capital initial de points qui diminue au rythme des transgressions au Code de la Route ; cette législation a créé un marché (noir et illégal, bien sûr), le « point » étant vu comme un bien ayant une certaine valeur et pouvant être acheté, donc changer de titulaire. Si le Grand-Duché avait cependant opté, comme bon nombre de pays (comme l'Allemagne), pour un système consistant dans le cumul de points de pénalité, personne ne songerait à y voir un bien.

La limite entre ce qui est un « bien » et ce qui ne l'est pas est dès lors très tenue et dépend souvent de la construction juridique choisie ; la valeur peut disparaître ou diminuer du jour au lendemain par une simple abrogation de la législation restrictive (p.ex. le projet actuel du gouvernement d'abolir le « pas de porte » en matière de bail commercial et de sortir ainsi du commerce la clientèle de passage attachée au lieu) ou par un changement technologique (p.ex. la possibilité illimitée du streaming par Internet diminuant l'intérêt de la diffusion radioélectrique).

D. Conclusion : une catégorie à faible plus-value juridique ?

Au vu des développements qui précèdent, il est difficile tant sur le plan civil que sur le plan pénal de dégager un tronc commun pour le régime juridique des biens immatériels. Chacune des valeurs qui peuvent être qualifiées de biens immatériels est soumise à son propre régime. Mais est-ce parce que les « biens matériels » sont une catégorie unique avec un régime propre que les « biens immatériels » devraient nécessairement l'être à leur tour ? Pour l'instant en tout cas, le flou qui entoure le concept et l'hétérogénéité des valeurs que l'on cherche à y inclure s'opposent à un régime juridique cohérent.

La plupart des « biens immatériels » sont protégés parce qu'ils ont une utilité en ce qu'ils permettent une exploitation économique ou alors de conserver ou de gagner une certaine clientèle (la clientèle en elle-même, les marques, le fonds de commerce). On peut aussi aborder la catégorie des « biens immatériels » en considérant qu'il s'agit des biens susceptibles d'être échangés, donc de donner lieu à des transactions, qui généralement sont synallagmatiques. Du fait que ces biens sont cessibles et ont une valeur susceptible d'être évaluée en argent, le besoin se crée tout naturellement de s'en servir à titre de garantie, par exemple en les soumettant à un gage. Du coup, la notion de « bien » devient très

¹⁴¹ Loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques.

¹⁴² La législation prévoit pour certains types de licence une « renonciation au profit d'un tiers » ; Loi du 29 juin 1989 portant réforme du régime des cabarets.

vaste et englobe tout ce qui peut représenter une valeur ou une richesse, à condition d'être économiquement transférable sur une autre personne, que ce soit à titre définitif (vente, cession), pour un usage temporaire (location, concession) ou à titre de garantie.

Peut-être qu'il relève de la faiblesse de l'esprit humain que de devoir rattacher conceptuellement les concepts abstraits au monde matériel, afin de mieux pouvoir les cerner et gérer ? C'est ce besoin qui a fait en sorte que dans un premier temps, les titres et instruments fongibles ont été matérialisés par des titres au porteur ; une dématérialisation complète a exigé un degré d'abstraction juridique qui n'a été que récemment atteint. Serait-ce une fausse route que de vouloir forcer toute richesse et toute valeur susceptible d'échange économique dans une notion unique pour l'assimiler à une marchandise ; de regrouper pêle-mêle des droits, prérogatives et privilèges, afin d'en faire une catégorie unique des « biens immatériels » ?

Le défi consiste donc à trouver un régime qui régisse à la fois les concessions satellitaires et les points de fidélité d'un supermarché, l'acquisition d'un carnet d'adresses ou d'un fichier MP3. Le rachat de l'âme (titrisée par émission d'une indulgence (*Ablassbrief*)) se négociait aux alentours d'un salaire mensuel moyen ; pour la même contrepartie, on peut s'offrir actuellement jusqu'à un million de « likes » sur Facebook; une théorie universelle des valeurs qui réunit les deux n'a pas de prix.

Références bibliographiques

- DROSS William** **Droit des biens**
Edition 2013, Collection : Domat droit prive, Montchrestien, Paris
- LUX Isabelle, DACIC Meliha,** **Le nouveau cadre juridique pour la circulation de titres inscrits en compte suite à la loi du 6 avril 2013 relative aux titres dématérialisés**
ACE - le magazine des professionnels, n° 8, Kluwer, 2013
- MAULAURIE Philippe, AYNES Laurent** **Les biens**
5^e édition, Répertoire Defrénois, Paris, 2013
- MOUSEL Nicolas** **Le procédé Thomas dans le Patrimoine du Grand-Duché de Luxembourg**
Conférence faite le 21 avril 1979 à l'occasion de la Commémoration du Centenaire de l'acquisition de la licence du brevet de Sidney Gilchrist Thomas par la Société en Commandite des Forges d'Eich 'Metz et Vie'
- MOUSEL Paul, FAYOT Franz** **La circulation des titres**
In : Droit bancaire et financier au Luxembourg, Vol. 5 : Le cadre fiscal et l'ingénierie mobilières, Larcier, Bruxelles, 2004
- PRÛM André** **Le commerce électronique en droit luxembourgeois**
Commentaire de la loi (modifiée) du 14 août 2000 relative au commerce électronique, Larcier, Bruxelles, 2005
- PRUSSEN Yves** **Le régime des titres et instruments fongibles**
In : Droit bancaire et financier au Luxembourg, Vol. 5 : Le cadre fiscal et l'ingénierie mobilières, Larcier, Bruxelles, 2004
- PUTZ Jean-Luc** **Le droit d'auteur**
Collection : Regards sur le droit luxembourgeois, Promoculture-Larcier, Luxembourg, 2013
- RAVARANI Georges** **La responsabilité civile des personnes privées et publiques**
2^e édition, Pasicrisie luxembourgeoise, Luxembourg, 2006
- RUSEN Ergec** **Droit public de l'économie, en ce compris le patrimoine public**
Pasicrisie Luxembourgeoise, Luxembourg, 2011
- SPIELMANN Dean** **La Cour européenne des droits de l'homme et le droit au respect des biens**
In : Journal des tribunaux Luxembourg n° 24, Larcier, Bruxelles, décembre 2012
- THEWES Marc** **La gestion des biens du domaine public**
In : Annales du droit luxembourgeois n° 20, Bruylant, Bruxelles, 2011
- WATGEN Monique, WATGEN Raymond** **La propriété immobilière**
Collection : Regards sur le droit luxembourgeois, Promoculture-Larcier, Luxembourg, 2013
- WINANDY Jean-Pierre** **Manuel de droit des sociétés**
Legitech, Luxembourg, 2011
- ZENATI Frédéric** **L'immatériel et les choses**
Les Archives de l'Association française de philosophie du droit, Le droit et l'immatériel, 1999