

**THE BELGIAN REPORTS
AT THE CONGRESS OF UTRECHT
OF THE INTERNATIONAL ACADEMY
OF COMPARATIVE LAW**

**RAPPORTS BELGES AU CONGRÈS
DE L'ACADÉMIE INTERNATIONALE
DE DROIT COMPARÉ À UTRECHT**

**DE BELGISCHE RAPPORTEN
VOOR HET CONGRES
VAN DE «ACADÉMIE INTERNATIONALE
DE DROIT COMPARÉ» TE UTRECHT**

ERIC DIRIX & YVES-HENRY LELEU (éd.)

=====
EXTRAIT
=====

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 6

LA NOTION DE BIENS

PAR

Pascale LECOCQ

Professeur à la Faculté de Droit de Liège;

Vincent SAGAERT

*Professeur à la Faculté de droit
des Universités de Leuven et d'Anvers,
Avocat*

ET

Bernard VANBRABANT

Assistant à la Faculté de droit de Liège, Avocat

Observation préliminaire

1. La présente contribution est rédigée en fonction du questionnaire élaboré par le rapporteur général, le professeur Albina CANDIAN de l'Université de Milan, sur le thème « La notion de biens ». Chaque question, préalablement rappelée, sera donc examinée successivement en respectant, dans la mesure du possible, l'ordre souhaité. Ce rapport national étant écrit par trois personnes, à savoir Pascale LECOCQ, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Liège, Vincent SAGAERT, professeur à la Faculté de droit des Universités de Leuven et d'Anvers, avocat, et Bernard VANBRABANT, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Liège et avocat, chaque auteur précisera, s'il échet, le sens ou les sens qui peuvent être attribués aux différents concepts juridiques utilisés, tant la diversité de vocabulaire est omniprésente en ces matières. Seules ces précisions permettront en effet d'éviter toute ambiguïté sur le contenu exact des propositions et positions présentées.

1. – Les biens et les choses corporelles

Toutes les choses corporelles peuvent-elles être objets du droit de propriété? Si non, lesquelles ne peuvent pas faire l'objet de propriété privée (res extra commercium)? Est-ce que les animaux sont considérés comme des choses?

Quelles choses corporelles font l'objet de propriété privée, de propriété collective, de propriété publique?

2. Pour répondre à la question, il convient, d'évidence, de prendre position sur le sens à donner aux mots « chose », « propriété », « biens » et « chose hors commerce ».

Dans les lignes qui suivent, nous entendrons la *chose* comme toute entité naturelle ou artificielle qui se distingue des personnes, et non au sens, restreint, de bien corporel (1). La chose peut donc être corporelle ou incorporelle; elle ne peut être, selon les auteurs, l'homme lui-même, mais peut, en revanche, consister en une partie de l'homme, tel un organe. Dans ce dernier cas toutefois, des questions d'éthique ou de morale peuvent surgir sur la pertinence d'admettre ou non légalement l'appropriation et, plus encore, l'appropriation privée; à l'heure actuelle, des interrogations similaires existent d'ailleurs, dans une certaine mesure, à propos des animaux que le Code civil considère simplement comme des choses en principe mobilières (art. 528 C. civ.), objets possibles d'accession par production ou par incorporation (art. 547 C. civ. et 564 C. civ.). C'est pour quoi l'examen de ces thèmes particuliers est reporté à la fin de cette première section (2).

Les choses peuvent-elles toutes faire l'objet d'un droit de *propriété*? Même si nous pensons que le droit de propriété prend des visages différents selon qu'il s'applique à des choses corporelles ou des choses incorporelles, nous voudrions *a priori* retenir une compréhension très large de la propriété (3), entendue comme tout rap-

(1) Voy., sur cette question, les références citées *infra* notes 112 et 113.

(2) Voy. *infra* n^{os} 7 (animaux) et 8 (organes).

(3) A distinguer certainement du concept de droit de propriété lorsqu'il ne concerne qu'une chose corporelle.

port d'appropriation, d'appartenance, de valeurs économiques, de biens (4).

Pour ce qui est des biens, nous adopterons de ceux-ci les définitions suivantes : «les biens sont des choses qu'il est utile et possible de s'approprier» (5), «le bien est une valeur économique, donc patrimoniale, dont un sujet de droit est titulaire» (6). Autrement dit, une chose ne devient un bien que s'il est possible et utile, vu sa rareté, de se l'approprier. Dans cette perspective, le bien, objet du droit de propriété, peut être tant corporel qu'incorporel; citons au titre des biens incorporels, notamment, les droits de créance, les droits réels ou encore ces biens incorporels que sont les droits afférents aux créations de l'esprit. La première question reprise ci-dessus ne visant toutefois que la possibilité de s'approprier des choses corporelles, c'est de celles-là que nous traiterons présentement.

Quant aux «choses hors commerce», l'on pourrait aussi discuter à l'infini de leur définition; nous l'entendrons largement visant tant les choses susceptibles d'appropriation et appropriées mais dont la loi a interdit la circulation par convention, saisie ou prescription (7), que les choses ne pouvant faire l'objet d'une convention parce que non susceptibles d'appropriation. Par conséquent, toutes les choses sont en tout cas hors commerce tant qu'elles ne sont pas considérées comme des biens, puisque, non appropriables et non appropriées, elles ne peuvent faire l'objet d'une circulation juridique.

3. Il importe encore de distinguer deux questions : toutes les choses corporelles peuvent-elles être *appropriées* et toutes les choses corporelles peuvent-elles faire l'objet d'une propriété *privée*? En effet, une chose peut parfaitement être appropriée par l'Etat à

(4) Voy., sur cette position, défendue pareillement en France par GINOSSAR et ZENATI, J. HANSENNE, *Précis, Les biens*, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, t. I, n° 28, position déjà défendue antérieurement dans sa thèse de doctorat, *La servitude collective, Modalité du service foncier individuel ou concept original*, Liège, Faculté de Droit et La Haye, Martinus Nijhoff, 1969, n° 56 et 57 et les références à l'ouvrage de GINOSSAR; voy. aussi F. VAN NESTE, «Eigendom, toch meer dan een zakelijk recht», in *Het zakenrecht : absoluut niet een rustig bezit*, XVIII postuniversitaire cyclus Willy Delva, 1991-1992, Kluwer, pp. 511 et s., spécialement le n° 15 et les nombreuses références à ZENATI.

(5) Voy. F. ZENATI et Th. REVET, *Droit civil, Les biens*, 2^{ème} éd. mise à jour, 1997, Paris, PUF, n° 1, p. 13.

(6) Voy. J. HANSENNE, *Précis, Les biens, op. cit.*, t. I, n° 1.

(7) A ne pas confondre avec le bien, approprié, mais simplement inaliénable (voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1975, n° 543).

l'exclusion de toute appropriation privée, tandis que d'autres choses ne sont peut-être pas susceptibles d'appropriation tout court.

Selon de nombreux auteurs, c'est, fondamentalement, l'Etat qui, dans l'exercice de sa souveraineté, décide du statut juridique de l'appropriation, de ses contours et conditions, qu'elle soit d'ailleurs privée ou publique (8). Voyons en droit belge.

4. D'abord, l'Etat belge a permis, en principe, l'appropriation privée et consacre dans l'article 544 du Code civil le droit de propriété comme le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue. L'Etat peut toutefois toujours exprimer sa souveraineté par exemple en *limitant* le pouvoir absolu qu'est le droit de propriété, ainsi que le permet l'alinéa 2 de l'article 544 précité, ou encore en procédant à l'*expropriation* justifiée par la nécessité publique et moyennant une juste et préalable indemnité (art. 16 de la Constitution belge). Ce système d'expropriation est d'ailleurs conforme à l'art 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

5. Adoptant l'analyse de M. PÂQUES (9), nous écrirons ensuite que l'Etat belge peut, d'évidence, pareillement être propriétaire et l'on parle d'ailleurs du *domaine national* ou encore des biens nationaux (10). Il peut l'être au sens repris ci-dessus et visé par l'article 544 du Code civil; l'on parle alors du domaine privé de l'Etat ou des pouvoirs publics, dont le régime est similaire à celui de la propriété des particuliers.

L'Etat peut aussi être ou devenir propriétaire de biens mais dans la perspective de leur donner une certaine *affectation*. Le droit belge est encore partagé toutefois entre l'exigence d'une affectation à l'usage de tous (position dominante de la Cour de cassation (11)) et celle d'une affectation à l'usage de tous ou de services publics particuliers (critère généralement préconisé par les auteurs et les autres

(8) Voy. M. PÂQUES, *Droit public des biens, de l'urbanisme et de l'environnement*, Ed. de l'Université de Liège, 2^{ème} éd., Septembre 2004, Chap. 1^{er}, n° 3, p. 2.

(9) Voy. M. PÂQUES, *Droit public des biens, de l'urbanisme et de l'environnement, op. cit.*, Chap. 2, p. 4.

(10) Voy., sur les appellations, parfois confuses, de domaine national, domaine de l'Etat, domaine public et domaine privé, les conclusions de l'avocat général Ganshof van der Meersch précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 1954, *Pas.*, 1954, I, pp. 107 et s., spécialement pp. 108 et 109.

(11) Voy., par le passé, Cass. 12 juillet 1878, *Pas.*, 1878, I, 348; voy., plus récemment, not., Cass. (3^e ch.), 25 septembre 2000, *Rev. not. belge*, 2001, p. 50.

juridictions (12)). Le critère de l'affectation à l'usage de tous est tempéré dans sa rigueur pas une appréciation souple de l'usage de tous tandis que le critère de l'affectation au service public se double souvent d'un critère de nécessité ou d'aménagement spécial. Quoiqu'il en soit, ces biens «affectés» composent le domaine public de l'Etat, les biens du domaine public étant hors du commerce, inaliénables, insaisissables et imprescriptibles tant que dure l'affectation (13). On soulignera ici que si l'on qualifie traditionnellement les biens du domaine public de biens *hors du commerce*, cette qualification n'empêche toutefois pas, selon d'aucuns, toute circulation juridique; elle permet notamment la création sur ces biens de droits privatifs – telle une servitude – dès lors qu'ils sont compatibles avec la destination des biens concernés (14).

A l'heure actuelle, il est fréquemment affirmé que la domanialité publique suppose la *propriété dans le chef de l'Etat*, à laquelle elle se superpose en quelque sorte (15). La propriété des biens du domaine public n'est donc pas collective : seule l'est son utilisation, en principe du moins puisque, exceptionnellement, l'Etat peut accorder sur les biens du domaine public des concessions dites domaniales, attribuant alors à un particulier une occupation privative.

6. Enfin, l'Etat belge peut décider que certaines choses n'accèdent pas au statut de biens, ces choses restant non seulement hors du commerce mais non appropriées parce qu'il les considère sans doute comme fondamentalement non appropriables (16). Le droit s'adapte toutefois et, partant, le droit de propriété s'adapte aussi lorsqu'est ressentie la nécessité de rendre possible l'appropriation. La situation peut donc évoluer ainsi que le démontre le statut des choses dites communes. En effet, l'article 714 du Code civil énonce qu'*il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage*

(12) Voy., entre autres, les références citées par J. HANSENNE, «Examen de jurisprudence (1982 à 1988)», *R.C.J.B.*, 1990, n° 9.

(13) Voy., parmi tant d'autres, J. HANSENNE, *Précis, Les biens, op. cit.*, t. I, n° 123 et s., et les références y citées.

(14) Voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 542.

(15) Voy., not., sur ce point, M. PÂQUES, *Droit public des biens, de l'urbanisme et de l'environnement, op. cit.*, Chap. 2, pp. 4 et 5 et les références y citées.

(16) Voy., notamment, M. PÂQUES, *Droit public des biens, de l'urbanisme et de l'environnement*, 2^{ème} éd. Septembre 2004, n° 3, et les références y citées.

est commun à tous». Et la doctrine de citer en exemple l'air atmosphérique, les eaux courantes, la lumière du soleil, ... (17).

Dans l'analyse majoritaire, ces choses communes ne sont pas, dans leur globalité, appropriables, encore qu'elles puissent être appropriées par quantité isolée, devenant alors des *res nullius* susceptibles d'appropriation par occupation (18). A la différence des biens du domaine public, les choses communes n'appartiennent donc pas à l'Etat, lequel n'exerce à leur propos que des pouvoirs de police. Toutefois, selon M. PÂQUES, la tentation d'intégrer certaines de ces choses communes au domaine public s'accroît parallèlement à la prise de conscience de la possibilité de leur épuisement ou de leur perversion (19).

A défaut, pour l'Etat, de pouvoir réaliser l'appropriation de ces choses communes dans leur globalité et, partant, de pouvoir les soumettre au régime de faveur du domaine public (20), c'est une autre notion, celle de *patrimoine*, voire de *patrimoine commun*, qui prend le relais permettant alors, à tout le moins, de développer de façon significative la protection de ces éléments de notre environnement. Sous le vocable patrimoine, on envisage de nouveaux ensembles, tels l'eau (21), l'environnement (22), le terri-

(17) Voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 534; J. HANSENNE, *Précis, Les biens*, *op. cit.*, t. I, n° 16.

(18) On remarquera que c'est là supposer que ces quantités isolées sont des meubles, seuls objets possibles d'occupation.

(19) Voy. ainsi pour la qualification des fonds marins de la mer territoriale sous la juridiction de la Belgique en éléments du domaine public, M. PÂQUES, *Droit public des biens, de l'urbanisme et de l'environnement*, *op. cit.*, p. 8, l'eau elle-même restant chose commune.

(20) Voy., pour une analyse des droits de l'Etat sur des bulles d'air objet de quotas de pollution en un droit de propriété, malgré, à notre avis, l'absence de spécification de chaque bulle au sein de la masse d'air, M. PÂQUES, «La nature juridique du quota d'émission de gaz à effet de serre» in *L'échange des droits de pollution comme instrument de gestion du climat*, La charte / Die keure, Bruges, 2004.

(21) Voy. l'article 1 D1 du Code de l'Eau adopté récemment en droit belge : «L'eau fait partie du patrimoine commun de la région wallonne». La Région Wallonne a en effet récemment légiféré en matière d'eau : elle a ainsi adopté le 27 mai 2004 le Code de l'Environnement constituant le Code de l'Eau, dans une première partie décrétable, et a ensuite adopté le Code de l'Eau coordonné le 3 mars 2005, publié au *M.B.* le 12 avril 2005, contenant une partie réglementaire; l'article R1 de cette partie du Code de l'Eau énonce d'ailleurs : «Au sens du présent livre, il faut entendre par 'partie décrétable', les dispositions de la partie décrétable du livre II du Code de l'environnement contenues à l'article 1^{er} du décret du 27 mai 2004 relatif au livre II du Code de l'environnement, contenant le Code de l'Eau».

(22) Voy. l'article D1 du Code de l'environnement adopté le 27 mai 2004 : «L'environnement et, notamment, les espaces, paysages, ressources et milieux naturels, l'air, le sol, l'eau, la diversité et les équilibres biologiques font partie du patrimoine commun des habitants de la Région wallonne et sous-tendent son existence, son avenir et son développement».

toire (23), etc..., aux allures parfois incorporelles, ensembles parfois composés de choses inappropriables, parfois composés d'une série de biens appropriés par des particuliers ou des pouvoirs publics.

Notons que la notion de patrimoine est aussi utilisée pour viser des ensembles d'éléments relevant davantage de notre environnement non plus naturel mais *artificiel* : ainsi, le décret de la Région wallonne du 1er avril 1999 relatif à la conservation et à la protection du patrimoine insère un nouveau Livre III dans le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine contenant précisément des dispositions relatives au patrimoine, l'article 185 dudit Code définissant celui-ci comme « *l'ensemble des biens immobiliers dont la protection se justifie en raison de leur intérêt historique, archéologique, scientifique, artistique, social, technique ou paysager* » ; ainsi encore, le décret de la communauté française du 11 juillet 2002 relatif aux *biens culturels mobiliers* et au *patrimoine immatériel* de la Communauté française, soumet, pour les premiers, un ensemble de biens, certes appropriés, à une même législation, les considérant dès lors non individuellement mais dans leur ensemble et crée, pour le second, le concept de chef d'oeuvre du patrimoine oral et immatériel, à savoir la création fondée sur la tradition, exprimée par un groupe ou par des individus et reconnue comme répondant aux attentes de la communauté en tant qu'expressions de l'identité culturelle et sociale de celle-ci, les normes et les valeurs se transmettant oralement, par imitation ou par d'autres manières. Dans ces hypothèses, les éléments du patrimoine sont souvent des biens, donc appropriables et le plus souvent appropriés, soumis toutefois à des restrictions relatives à leur circulation (24). En définitive, le point commun entre ces différents types de patrimoine nous paraît être la volonté d'appréhender des choses dans leur globalité, globalité méritant, comme telle, considération et protection et réalisant de la sorte, en droit belge, un semblant de *propriété collective*.

P.L.

(23) Voy. l'article 1 du Code wallon de l'Aménagement du Territoire, de l'Urbanisme et du Patrimoine, tel que modifié en 1997 : « *Le territoire de la Région wallonne est un patrimoine commun de ses habitants* ».

(24) Comp. avec le patrimoine culturel du Code du patrimoine français, composé de propriétés diverses, publiques et privées, et connaissant un régime particulier du point de vue de la circulation juridique : voy. M. CORNU, « A propos de l'adoption du code du patrimoine, quelques réflexions sur les notions partagées », *D.*, 2005, pp. 1452 et s.

7. Examinons à présent le cas des animaux, que nous avons réservé. Les animaux sont considérés en droit belge comme des biens patrimoniaux et peuvent dès lors être l'objet de droits réels. Les animaux constituent une valeur économique, ce qui implique qu'ils peuvent être aliénés de façon autonome : ils peuvent faire l'objet d'actes juridiques patrimoniaux (vente, donation, usufruit (25), etc...).

La loi prévoit toutefois des garanties pour la protection des animaux, notamment dans la loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux ainsi que ses arrêtés d'exécution (26). Cette loi donne au Roi le pouvoir d'imposer des conditions afférentes à la commercialisation des animaux, dans le but de les protéger et d'assurer leur bien-être, par rapport à l'âge des animaux mis en vente, à leur identification, aux informations fournies à l'acheteur, aux garanties pour l'acheteur et aux certificats y afférents, au traitement contre des maladies, au conditionnement, à la présentation et l'exposition en vue de la commercialisation. Par exemple, l'article 12 de la loi du 14 août 1986 prévoit qu'il est interdit de céder à titre gratuit ou onéreux des animaux à des personnes âgées de moins de 16 ans sans autorisation expresse des personnes qui exercent sur ces personnes l'autorité parentale ou la tutelle.

En principe, les animaux sont meubles par nature. En pratique toutefois, les animaux sont souvent immeubles par destination. C'est le cas pour les animaux attachés à la culture (art. 524 C. civ.), comme les animaux de trait et les bêtes de labour. On applique le même raisonnement pour les animaux qui sont destinés à la consommation du fourrage ou d'autres produits du fonds et qui fournissent l'engrais ou autres produits nécessaires à la bonne marche de l'exploitation (œufs, lait, laine). Si tel est le cas, ces animaux sont accessoires du bien immobilier auquel ils sont attachés. Par conséquent, les actes juridiques qui concernent le bien immobilier s'étendent automatiquement aux animaux. Ainsi, une hypothèque établie sur une ferme s'étend-elle automatiquement au bétail.

8. Envisageons enfin, pour conclure la présente question, le corps humain et les organes.

(25) Voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1953 n° 280.

(26) *Moniteur belge* du 3 décembre 1986.

Le corps vivant (27) et ses éléments constitutifs sont réputés être hors commerce (28). Ce point de départ a pourtant été bousculé par les développements biomédicaux, concernant le transsexualisme, les techniques de fertilisation, les transplantations, etc....

Le statut des organes humains est différent selon qu'ils sont encore incorporés ou déjà séparés du corps humain. Aussi longtemps qu'ils font partie du corps humain, on ne peut être titulaire d'un droit réel sur les organes : ils relèvent du droit de la personnalité du titulaire. En revanche, dès le moment où l'organe est séparé du corps, il devient un bien, et ce jusqu'à ce qu'il soit éventuellement réintégré dans un corps (d'autrui) (29). Il faut toutefois noter que les prérogatives du propriétaires sont très limitées, en raison des contraintes imposées par l'ordre public : les organes, en particulier, ne peuvent pas faire l'objet d'un acte juridique à titre onéreux. La loi du 13 avril 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes détermine les conditions auxquelles est soumis le prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules du corps d'une personne, appelée «donneur», en vue de la transplantation de ces organes, tissus ou cellules à des fins thérapeutiques sur le corps de la même personne ou d'une autre personne, appelée «receveur».

V.S.

2. - Les biens et les choses sans forme

Les choses sans forme (comme par exemple l'eau, le gaz, l'énergie électrique) sont-elles assimilées aux choses corporelles?

Si non, quel est le régime juridique auquel elles sont soumises?
(2.1)

Est-ce que les choses sans forme peuvent être objet de contrat? (2.2)

(27) Le statut du cadavre est assez controversé: selon certains auteurs, le cadavre est propriété des héritiers, selon d'autres auteurs le cadavre n'est pas susceptible de droits patrimoniaux.

(28) Pour une étude approfondie sur le corps et les organes: voy. X. DIJON, *Le sujet de droit et son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles, Larcier, 1982, 664 pp.; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Anvers, Intersentia, 2003.

(29) I. BOONE, «Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht», *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1996, pp. 91 et s., spéc. p. 103, n° 27.

Si oui, est-ce qu'il y a des contrats typiques pour ce genre de choses? (2.3)

Si non, quels sont les rapports juridiques dont elles peuvent faire l'objet? (2.4)

9. Répondre à ces questions nécessite de tracer les limites de la corporalité. Un corps est une chose occupant une portion de l'espace, les corps se divisant en corps solides et en corps fluides. S'agissant de corps solides ou d'«objets», la qualification de biens corporels est évidente. Les choses corporelles étaient en effet définies classiquement comme tout ce qui a une existence corporelle et tangible, sensible à ce sens qu'est le toucher (30).

10. En revanche, les fluides, à savoir les corps continus, sans rigidité, pouvant s'écouler, suscitèrent rapidement des interrogations. Notons que nous nous interrogeons ici sur la nature des fluides eux-mêmes et non sur la nature et le régime juridique des conduites le long desquelles les fluides s'écoulent (31). Concernant ces fluides, une certaine doctrine admit assez tôt, sans cependant faire l'unanimité, que l'on étende la catégorie des choses corporelles, susceptibles de devenir des biens corporels, à tous les éléments qui tombent sous l'un ou l'autre de nos cinq sens (32). C'est ainsi que des corps fluides comme l'eau ou le pétrole, mais aussi les gaz naturels, sont des matières à proprement parler, et donc susceptibles d'être appréhendées, ne serait-ce que par parties (33), si du moins l'Etat ne s'en est pas réservé l'appropriation en les intégrant au domaine public (34). L'on a pu ainsi décider que le consommateur qui a effectué un branchement illicite sur une conduite de gaz afin d'alimenter sa maison sans qu'aucune consommation ne puisse être enregistrée par le compteur est coupable de vol d'énergie puni par l'article 461 du Code pénal (35). Selon le Doyen SAVATIER, ces fluides sont rebelles à la qualification meuble – immeuble en tant que tels; leur

(30) Voy., not., J. HANSENNE, *Précis, Les biens, op. cit.*, t. I, n° 5.

(31) Voy., sur ces délicates questions, V. SAGAERT, «Het zakenrechtelijk statuut van nutsleidingen in het Belgische recht», *T.P.R.*, 2004, pp. 1 et s.

(32) Voy., not. J. HANSENNE, *Précis, Les biens, op. cit.*, t. I, n° 5; voy. contra H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, , *op. cit.*, n°s 553 et 554.

(33) Voy., *supra*, nos développements quant aux choses communes; voy. quant au statut de chose commune de l'eau courante, notamment, M. PAQUES, *Droit public des biens, de l'urbanisme et de l'environnement, op. cit.*, chap. 2, pp. 8 et 9.

(34) Voy. *infra* n° 11.

(35) Voy. Corr. Brux. (44e ch.), 5 juin 1992, *Iuris*, 1996, p. 591.

nature mobilière et immobilière dépend en réalité de la nature de leur contenant (36).

11. Faisant un pas de plus vers les limites de la corporalité, on s'interroge ensuite sur la nature de l'énergie, et plus spécialement la nature des énergies renouvelables ou nucléaires servant surtout à la production de l'énergie électrique, de l'électricité, par opposition aux énergies fossiles issues de la matière vivante (37). L'on passe ainsi naturellement, selon les lois de la physique, de la matière à l'énergie. Dès le début du 20^{ème} siècle, la Cour de cassation française semble bien avoir assimilé l'électricité à une chose corporelle, matérielle, dès lors qu'elle a considéré que l'électricité peut être volée (38); la Cour de cassation belge a pareillement affirmé que l'électricité est susceptible d'appropriation privée et doit, dès lors, être considérée comme une chose au sens de l'article 461 du Code pénal, pouvant faire l'objet d'une soustraction (39).

12. Depuis, l'électricité, à l'instar des fluides, tend à être qualifiée de bien corporel susceptible de mesurage, de négociation (40); tous ces fluides sont en principe susceptibles d'être l'objet de contrat, même si parfois certaines particularités s'imposent, liées à la nature de ces biens : ainsi quant au contrat de vente, s'agissant le plus souvent de choses de genre dont le transfert de propriété ne peut en principe se faire que par la spécification, la pratique a mis en place la technique de la vente au compteur (41).

On retrouve cette qualification de l'électricité en un bien corporel dans les commentaires relatifs au champ d'application de la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises. La définition des biens meubles corporels est essentielle dans le cadre de cette convention dès lors qu'elle ne s'applique qu'à de tels biens correspondant, selon la doctrine et la jurisprudence, à la notion de marchandises. Or, selon certains auteurs, si la convention

(36) Voy. R. SAVATIER, «Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels», *Rev. trim. dr. civ.*, 1958, pp. 1 et s., n° 19.

(37) Voy., pour la définition de ces catégories d'énergie, reprises par le législateur, l'article 2, 4^e de la loi du 29 avril 1999, relative à l'organisation du marché de l'électricité (*M.B.*, 11 mai 1999).

(38) Voy. Cass. fr., 12 août 1912, *D.*, 1913, I, 439.

(39) Voy. Cass., 23 septembre 1981, *Rev. dr. pén.*, 1982, p. 261.

(40) Voy. aussi A. CARETTE, *Herstel van en vergoeding voor aantasting aan niet-toegeëigende milieubestanddelen*, Antwerpen- Groningen, Intersentia, 1997, n° 7.

(41) Voy., sur ce point, notamment, *R.P.D.B.*, Complément, t. IV, Bruylant, Bruxelles, 1972, v° Energie électrique et gaz, spécialement n° 450.

exclut expressément l'électricité de son champ d'application (art. 2, 2°), ce serait à la suite d'une erreur de qualification sur la nature de l'électricité, l'électricité constituant certainement à l'heure actuelle un bien corporel (42). Cette même référence aux biens meubles corporels est opérée dans les articles 1649*bis* et s. du Code civil relatifs à la nouvelle garantie des biens de consommation pour en déterminer le champ d'application, même si, de nouveau, sont exclus expressément l'électricité ainsi que le gaz et l'eau lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée (art. 1649*bis* C. civ., §2, 3°). On notera enfin que l'électricité est aussi considérée comme une marchandise au sens de l'article 28 du Traité de Rome (43).

Si l'on a, semble-t-il, désormais classé l'électricité dans les biens corporels, ce sont d'autres choses qui attirent aujourd'hui l'attention des juristes. Ainsi, en matière informatique, l'on affirme que le *logiciel* vendu sur un support matériel serait un bien corporel (44) tandis que l'on s'interroge sur le statut du même logiciel téléchargé directement sur un ordinateur. Certains considèrent qu'«un bien électronique qui consiste en une quantité de données et qui occupe un espace physique, par exemple, la mémoire d'un ordinateur» doit être considéré comme un bien meuble corporel (45). Il serait alors, selon ces auteurs, pareillement soumis, par exemple, à la Convention de Vienne précitée ou encore aux articles 1649*bis* et suivants du Code civil (46)? Pour notre part, nous croyons qu'une distinction doit,

(42) Voy. Ph. KAHN, «Introduction générale: qu'est-ce que la vente?» *R.D.A.I.*, 2001, n° 3/4, pp. 241 et s., spécialement pp. 243 et 244, Rapport introductif du 50^{ème} séminaire CDVA sur le thème «Droit et pratique de la vente internationale».

(43) Voy. CJCE, 13 mars 2001, *Preussen Electra*, C-379/98.

(44) On consultera aussi, dans un autre registre, Bruxelles, 17 juin 1998, *D.C.C.R.*, 1998, 264, note G. BALLON, où la Cour semble décider qu'une carte SIM pour GSM est un produit (non au sens du Code civil mais par référence à la loi sur les pratiques du commerce) et donc un bien meuble corporel au sens de l'article 1, 1° de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (voy. aussi pour un commentaire de cette décision, J. KOKELENBERG, Th. VAN SINAY et H. VUYE, «Overzicht van rechtspraak, Zakenrecht. 1994-2000», *T.P.R.*, 2001, n° 9, où les auteurs comparent le cas à celui d'un titre au porteur).

(45) Voy. N. WATTE et A. NUYS, «Le champ d'application de la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises», *J.D.I.*, 2003, p. 389; voy., exposant la question en matière de biens de consommation, Ch. BIQUET, «La garantie des biens de consommation – Présentation générale», in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, éd. C. BIQUET-MATHIEU et P. WERY, la charte, Bruxelles, 2005, pp. 55 et s., spécialement n° 22.

(46) A moins que, s'interrogent certains auteurs, l'on applique par analogie au logiciel téléchargé le régime applicable au gaz lorsqu'il n'est pas conditionné dans un volume délimité (voy., doutant de la pertinence de l'analogie, Ch. BIQUET, «La garantie des biens de consommation – Présentation générale», *op. cit.*, n° 22, spécialement note (29)).

avant tout, impérativement être faite entre le support – le cd-rom, la disquette, ... – lesquels constituent assurément des biens meubles corporels, objets d'une vente, et le logiciel lui-même création purement intellectuelle protégée par le droit d'auteur (47), dont l'exploitation a lieu par le biais d'une licence.

13. Quoiqu'il en soit, précisément parce que nombre de ces choses sans forme sont le plus souvent essentielles, indispensables à la survie de l'homme et jouent des rôles majeurs dans le domaine politique, économique, scientifique, ... l'Etat en réglemente toujours davantage le régime juridique, qu'il s'agisse d'ailleurs d'enjeux économiques ou environnementaux. L'Etat dispose, pour ce faire, de différents moyens d'actions, lesquels peuvent éventuellement se combiner.

Soit d'abord, l'Etat intègre tel ou tel élément à son domaine public et soumet donc ces biens au régime tout à fait particulier évoqué ci-dessus : ainsi, à l'heure actuelle, en Wallonie (entité fédérée composant l'Etat belge), en vertu de l'article 33 D du Code de l'Eau précité, les *cours d'eau* seraient classés en voies hydrauliques, partie du domaine public régional (48), et en cours d'eau non navigables (49) dont le lit, à tout le moins, ferait probablement partie du domaine public, pareillement de la région (50) (51); notons que ces dispositions du Code de l'Eau – qui, soit dit en passant, repre-

(47) Voy. *infra* n° 26.

(48) Voy. l'article 2, 89° du Code de l'Eau, partie décrétales: on entend par «voies hydrauliques»: *voies d'eau proprement dites, constituées par un cours d'eau classé par le Gouvernement parmi les voies navigables ou un canal, et ses dépendances, lesquelles comprennent les terrains, les ouvrages et les constructions destinés à en assurer le maintien, l'utilisation et l'exploitation, ainsi que celles qui contribuent au régime des eaux ou qui servent au passage des bateaux. Les voies hydrauliques comprennent également les barrages réservoirs et leurs dépendances*; cons. égal. l'article D48 dudit Code selon lequel «Le présent chapitre a pour objet de préserver l'intégrité matérielle et physique des biens du domaine public régional des voies hydrauliques, de conserver à ces biens la destination qu'ils ont reçue, ainsi que d'assurer une gestion durable des voies hydrauliques. Le Gouvernement peut établir la liste des voies hydrauliques». L'on peut toutefois encore s'interroger sur la qualification de l'eau elle-même en bien du domaine public ou chose commune (voy., not., M. PÂQUES, *Droit public des biens, de l'urbanisme et de l'environnement*, op. cit., chap. II, p. 11, note 78).

(49) Voy. l'article 2 D, 2° du Code de l'Eau: on entend par «cours d'eau non navigables»: *les rivières et ruisseaux non classés par le Gouvernement parmi les voies navigables, en aval du point où la superficie de l'ensemble des terres dont l'évacuation des eaux est assurée par le cours d'eau atteint au moins 100 hectares. Ce point s'appelle origine du cours d'eau*.

(50) Voy. l'article 42 D du Code de l'Eau: «Le lit d'un cours d'eau non navigable est présumé appartenir à la Région».

(51) Voy. pour une analyse récente du Code de l'Eau, S. LEPRINCE, «Le Code wallon de l'eau et son incidence sur les attributions des communes», *Rev. Dr. comm.*, 2005, pp. 2 et s.

naient les grandes lignes des législations antérieures – ne sont pas encore entrées en vigueur (52).

Soit encore, nous l'avons dit, l'Etat considère, fût-ce tacitement, telle chose comme une *chose commune*, mais protège ou conditionne son utilisation ou son acquisition par quantités isolées dans une optique de *police administrative* : ainsi en va-t-il par exemple des *eaux souterraines* à propos desquelles le nouveau Code de l'Eau de la Région Wallonne permet de subordonner la captation à permis d'environnement, tout en définissant des zones de prises d'eau, de prévention et de surveillance (53). Ceci dit, même si l'Etat ne considère pas telle chose «sans forme» comme une chose commune, il peut pareillement soumettre la propriété de ces biens à nombre de limitations, d'autorisations, de permis, ... Ainsi, en Région wallonne, tant l'extraction de produits gazeux que leur production et leur distribution sont-ils soumis à permis d'environnement au sens du décret du 11 mars 1999 (54), sans compter les éventuelles autorisations ou permis nécessaires en vertu de l'arrêté royal n° 83 du 28 novembre 1939 (tel que modifié en 1998) relatif à la recherche et à l'exploitation des roches bitumineuses, du pétrole et des gaz combustibles.

Soit enfin, l'Etat organise à propos de certains biens un ou des services publics; il érige telle activité en service public, soumis à gestion publique, privée ou mixte selon les cas. L'on dispose ainsi en droit belge, par exemple, de services publics de production, de distribution, de transport, voire d'assainissement, d'eau, d'électricité et de gaz (55).

Dans cette dernière hypothèse, l'Etat crée et le service public et l'usager, dit-on, en organisant souvent l'un ou l'autre *monopole public*, pour ensuite redistribuer, moyennant finance, ces biens aux

(52) Le législateur désire en effet, semblerait-il, ne pas appliquer les dispositions décrétales tout récemment adoptées sans que l'on connaisse toutefois les orientations et objectifs poursuivis par les futures dispositions (voy., sur ce point, les observations de S. LEPRINCE, «Le Code wallon de l'eau et son incidence sur les attributions des communes», *op. cit.*, n° 3).

(53) Voy. les articles 153 à 173R du Code de l'Eau coordonné précité.

(54) Voy. ainsi la liste des établissements soumis à permis, liste disponible sur le site <http://www.permisenvironnement.be>.

(55) Voy., pour une présentation de la législation, avant les nouvelles lois de 2005 (sur ces lois, voy. *infra*), M. HERBIET et I. GABRIEL, «Présentation des enjeux non juridiques des secteurs de l'eau et de l'énergie et tour d'horizon de la législation», *Rev. Dr. Comm.*, 2002, pp. 2 et s.; voy. aussi V. SAGAERT, «Het zakenrechtelijk statuut van nutsleidingen in het Belgische recht», *op. cit.*, n° 2.

usagers. Ces services publics appartenait à l'origine aux communes, notamment parce qu'il était fait utilisation de la voirie communale (56) mais les compétences en ces matières ont été revues en 1980 à la lumière de la (quasi)régionalisation de l'eau et de l'énergie. Toutefois, c'est surtout l'emprise des Communautés européennes qui s'est manifestée dans ces domaines, soit dans une perspective de protection environnementale, soit dans le cadre d'une utilisation rationnelle de l'énergie et, le plus souvent, dans l'optique d'une appréhension globale de l'environnement et de l'énergie (57). Dans les matières du gaz et de l'électricité, les Communautés européennes tentent de réaliser depuis quelques années une certaine *libéralisation des marchés*, en lieu et place des anciens monopoles publics, espérant ainsi rationaliser ces secteurs. A titre exemplatif, en 1999, à la suite de la Directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (58), a été adoptée, au niveau fédéral (59), la loi du 10 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, supprimant notamment tout monopole en matière de production et en soumettant à autorisation et appels d'offres la construction de nouvelles installations de production; la directive permettait en outre aux Etats membres d'imposer aux entreprises du secteur des obligations de service public (60). Tout récemment, ont été adoptées les lois des 1^{er} juin, 20 et 27 juillet 2005 qui revoient en profondeur le système mis sur pied en 1999, tant pour le marché du gaz que pour celui de l'électricité, à la suite cette fois de nouvelles directives européennes adoptées en 2003 : il s'agit notamment d'organiser l'accès non discriminatoire aux réseaux, l'exploitation des réseaux par des gestion-

(56) Voy. sur cette question, S. WEERTS, «L'évolution des acteurs du service public dans les secteurs de l'eau et de l'électricité», *Rev. Dr. Comm.*, 2002, pp. 44 et s., spécialement n° 4 et n° 11, qui précise que, en matière de gaz, l'origine de l'intervention des communes remonte aux lois des 16-24 août 1790.

(57) Voy., pour l'exposé des démarches répétées des Communautés européennes en ces matières, du moins jusqu'en 1993, F. DEHOUSSE, «Le marché unique de l'énergie», *J.T.*, 1993, p. 101 et s., spécialement les pp. 101 et 102. Voy. aussi pour la combinaison des objectifs, le préambule de la Directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité : «l'établissement d'un tel marché doit permettre de rationaliser la production, le transport et la distribution de l'électricité tout en renforçant la sécurité d'approvisionnement et la compétitivité de l'économie européenne et en respectant la protection de l'environnement».

(58) Pour le gaz, il s'agissait de la directive 98/30/CE concernant des règles communes, pour le marché intérieur du gaz naturel.

(59) Voy., au niveau de la région wallonne, à l'époque le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

(60) Voy., à titre d'illustration, M. HERBIET et I. GABRIEL, «Présentation des enjeux non juridiques des secteurs de l'eau et de l'énergie et tour d'horizon de la législation», *op. cit.*, pp. 34 à 36.

naires indépendants, la surveillance de la sécurité d'approvisionnement, ... (61).

14. La présente contribution n'est pas le lieu de s'étendre davantage sur le détail de la réglementation de droit public et de droit administratif de toutes ces choses, ou biens, corporels sans véritable forme que sont les fluides, voire les ondes. On l'aura compris : la matière est titanique, détaillée et en perpétuelle mutation. Qu'il nous suffise ici de conclure en constatant que si, sur le plan des principes, une assimilation aux choses ou biens «classiquement» corporels peut certainement être réalisée, ces choses font toutefois le plus souvent l'objet d'un régime spécial tenant non à leur forme particulière mais à leur valeur primordiale pour l'humanité toute entière, ou à tout le moins la part de celle-ci dont le législateur a la charge.

P.L.

3. – Les biens et les universalités

L'ensemble de choses corporelles (universitas rerum) est-il traité comme les choses corporelles?

L'ensemble de choses corporelles (universitas rerum) a-t-il un régime juridique différent par rapport au régime juridique de chaque bien qui en fait partie? Si la réponse est positive, quelles sont les diversités existantes? (3.1)

Existe-t-il des ensembles de choses corporelles et de droits? (3.2)

Est-ce qu'un ensemble de droits est équivalent à un ensemble de choses? (3.3)

15. Distinction entre les universalités de droit et les universalités de fait.

La notion d'universalité est un concept qui suscite toujours beaucoup d'interrogations en droit belge contemporain. En général, les universalités sont décrites comme des ensembles de biens et, dans certains cas, de dettes, unis entre eux par un lien réel ou fictif qui

(61) Voy., pour un commentaire récent de ces lois nouvelles, G. BLOCK, D. HAVERBEKE et L. HAGE, «La réforme des marchés de l'électricité et du gaz (les lois des 1^{er} juin, 20 et 27 juillet 2005)», *J.T.*, 2005, pp. 701 et s.

soumet à certains égards ces ensembles à des règles communes (62). On distingue généralement deux catégories d'universalités, l'universalité de droit et l'universalité de fait. Bien que cette distinction soit parfois critiquée ou jugée inutile (63), elle a, selon nous, une importance majeure.

Par *universalité de droit*, il conviendrait d'entendre un ensemble de biens constituant un patrimoine autonome, comprenant un actif et un passif propres. Il s'agit donc d'un patrimoine séparé des autres biens ou patrimoines du même titulaire.

Par *universalité de fait*, on viserait les ensembles d'éléments actifs ne comportant pas ce passif corrélatif, c'est-à-dire les simples agrégats matériels d'unités (64). Les dettes correspondant aux éléments actifs ne font pas partie de l'universalité de fait, contrairement à ce qui est le cas pour les universalités de droit. Les universalités de fait sont composées de biens qui, pris isolément, forment chacun un bien autonome mais qui sont considérés comme un tout indivisible du point de vue économique (65). Cependant, il importe peu – du point de vue juridique – que de simples collections de valeurs réunies à l'effet de servir à une destination commune puissent être considérées comme un tout du point de vue économique. La notion d'universalité de fait n'a d'importance que si le droit y attache des effets juridiques, par exemple en reconnaissant que le tout indivisible peut, indépendamment des biens qui en font partie, être considéré comme l'objet d'actes juridiques.

En principe, et sauf stipulation expresse des parties, les universalités de fait ne comprennent pas les dettes. Si l'on veut transférer une universalité de fait, les dettes correspondant aux éléments actifs ne sont pas transférées automatiquement (66). Une clause expresse stipulant le transfert des dettes est nécessaire à cet égard. Une option alternative, et sans doute plus efficace, consiste à adapter le prix de vente en fonction du montant des dettes, le transfert

(62) *R.P.D.B.*, v° *Biens*, n° 45.

(63) Voy. I. MOREAU-MARGREVE, «Heurs et malheurs du gage sur le fonds de commerce», note sous Cass. 8 avril 1976, *R.C.J.B.*, 1980, pp. 131 et s.

(64) Voy. R. DERINE, *Zakenrecht, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Anvers, Standaard, 1990, p. 21, n° 5.

(65) R. DERINE, *o.c.*, p. 21, n° 15A.

(66) Par ex. en cas de transfert d'un fonds de commerce: Cass. 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, 175, note M. FONTAINE, «L'apport d'une branche d'activités et la cession des contrats»; Com. Bruxelles, 28 mars 1941, *Jur. com. brux.*, 1946, p. 59.

des dettes pouvant en effet être modelé en une réduction du prix de transfert.

Le concept d'universalité emporte des conséquences importantes, et ce dans différents domaines du droit. Les universalités peuvent notamment faire l'objet d'actes juridiques; dans le domaine des universalités, le mécanisme de la subrogation réelle est par ailleurs généralisé.

Les universalités peuvent être objet d'actes juridiques patrimoniaux en tant que telles, indépendamment des biens qui en font partie. L'art. 678 du Code des sociétés illustre parfaitement cette affirmation. L'article 678 traite des apports d'universalité: «*L'apport d'universalité est l'opération par laquelle une société transfère, sans dissolution, l'intégralité de son patrimoine, activement et passivement, à une ou plusieurs sociétés existantes ou nouvelles, moyennant une rémunération consistant exclusivement en actions ou parts de la ou des sociétés bénéficiaires des apports*». La portée de cette disposition est plus large que ce que l'on ne pourrait croire parce qu'elle vise aussi les universalités de fait, qui ne sont pourtant pas des patrimoines au sens de cette disposition.

Les universalités – aussi bien celles de droit que celles de fait – continuent à exister en dépit des changements affectant leur composition. En d'autres termes, les universalités se caractérisent par une application généralisée de la subrogation réelle. La subrogation réelle est le mécanisme qui permet, sous des conditions bien précises, la persistance d'un droit réel sur la contre-valeur de son objet initial lorsque cet objet échappe en nature à l'exercice de ce droit (67). Au sein des universalités, la subrogation réelle trouve un champ d'application naturel: comme les biens composant l'universalité ne sont pas considérés dans leur individualité mais dans leur valeur, la substitution par un autre bien n'affecte pas l'existence de cette universalité (68). La composition des universalités est, dès lors, flottante, même si l'universalité en tant que telle reste intacte.

(67) Pour une analyse approfondie, voy. V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Anvers, *Intersentia*, 2003, 792 pp.

(68) *Pand. b.*, v° *Universalité de biens en général*, n° 130 et s. Ceci était déjà exprimé dans l'adage romain: «*In judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res loco pretii, in judiciis singularibus pretium non succedit loco rei ne res loco pretii.*» Cet adage a été repris par la doctrine belge dès le début du 19^{ème} siècle (M. PROUDHON, *Traité du domaine de la propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Bruxelles, Wahlen, 1841, nr. 330-331).

16. Exemples d'universalités de droit.

Traditionnellement, l'exemple typique d'une universalité de droit est le patrimoine. D'ailleurs, la notion d'universalité de droit englobe la notion de patrimoine.

La théorie du patrimoine a subi, en droit belge, les mêmes développements qu'en droit français. La conception classique a prévalu pendant longtemps en droit belge, formulée dans le triptyque célèbre : (1) toute personne a un patrimoine, (2) toute personne n'a qu'un patrimoine et (3) tout patrimoine n'appartient qu'à une personne (69). Cette conception emportait aussi l'incessibilité et l'indivisibilité du patrimoine. En somme, le patrimoine était considéré comme l'émanation de la personnalité juridique.

Le patrimoine ne pouvait, selon cette opinion, être transféré à titre général que dans des circonstances bien précises. En particulier, le transfert d'une universalité ne se concevait que dans le cas du transfert des biens héréditaires. En 1970, la Cour de cassation a néanmoins étendu le champ d'application des transferts d'universalités en énonçant que la fusion impliquait également le transfert d'une universalité de biens, donc un transfert à titre général (70). Cette jurisprudence a été confirmée plus récemment à propos de la scission de société (71).

La loi du 13 avril 1995 (72) a étendu cette possibilité de transfert à titre général aux apports d'universalités et de branches d'activités, actuellement régis par les articles 678 et suivants du Code des sociétés. L'article 678 du Code des sociétés définit l'apport d'une universalité comme une opération par laquelle une société transfère, sans dissolution, à une autre société ses activités ainsi que les passifs. Avant la loi du 13 avril 1995, il était nécessaire de procéder à un transfert *ut singuli* des biens composant l'universalité, ce qui impliquait l'accomplissement des formalités requises pour chacun de ces biens. Si des créances faisaient partie de l'entreprise, il fallait procéder à une notification au débiteur (art. 1690 C. Civ.); pour le

(69) Voy. pour cette théorie en droit belge : C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, A. Lahure, 1870, t. IX, n° 63; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, o.c., n°s 556 et s. Plus récemment : A.-C. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 34 et s.

(70) Cass. 30 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, 749, *R.W.*, 1970-71, 605.

(71) Cass. 2 décembre 1996, *T.R.V.*, 1997, 78, note J. VANHAMME et *R.C.J.B.*, 1998, 187, note J. VERHOEVEN.

(72) *Moniteur Belge* du 17 juin 1995.

transfert des dettes, l'approbation du créancier était requise. Il va de soi que ces formalités, et les dépenses qu'elles entraînaient, constituaient une barrière pour l'accomplissement des transactions.

Depuis la loi de 1995, on peut transférer une universalité de manière globale; le Code des sociétés prévoit des formalités spécifiques.

L'application du régime légal suppose le transfert de tous les éléments actifs et passifs du cédant. Aucun élément ne peut être exclu du transfert (73). On a relevé que la définition de l'apport est assez vaste : il ne comprend pas uniquement les apports proprement dits, mais aussi d'autres types de transfert, par exemple la vente d'une universalité, ou même la donation (74). Les parties qui entendent se soumettre à ce régime, doivent expressément mentionner qu'elles veulent faire un transfert d'universalité. Elles doivent ensuite suivre les formalités prévues par les articles 760 et suivants du Code civil, entre autres la rédaction d'un projet, l'approbation par l'assemblée générale de la société qui fait l'apport sur base d'un rapport écrit et circonstancié de son organe de gestion, le dépôt et la publication de l'acte constatant l'apport. A défaut, le transfert se fait *ut singuli*.

L'effet du transfert de l'universalité qui obéit aux règles prescrites est général : l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société ayant effectué l'apport est transféré de plein droit à la société bénéficiaire (75). Ceci inclut aussi les créances (et les garanties), les dettes (76), les contrats en cours, même si ceux-ci sont *intuitu personae* (77). Il existe néanmoins des exceptions : par exemple, les permis d'exploitation ne peuvent être transférés que si la société

(73) Du point de vue comptable, si le cédant est une société, il faut ajouter tous les éléments actifs et passifs aux postes correspondants de la société cessionnaire.

(74) En pratique, on voit mal comment cette hypothèse pourrait se réaliser, dès lors que la donation est contraire à la spécialité de la société (F. BOUCKAERT, «Inbreng van een algemeenheid en van een bedrijfstak», in Jan Ronse Instituut (ed.), *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, pp. 333-334, n° 94; A. GOEMINNE et N. VERBIST, «De overdracht van een algemeenheid of van een bedrijfstak», *T.R.V.*, 1998, pp. 355 et s., spéc. p. 359.

(75) Voy. l'article 763 du Code des sociétés.

(76) Pourtant, le législateur a pris soin de protéger les créanciers : la société qui apporte demeure solidairement tenue des dettes certaines et exigibles au jour de l'apport qui sont transférées à une société bénéficiaire. Cette responsabilité est limitée à l'actif net conservé par la société qui apporte en dehors du patrimoine apporté (art. 767 C. soc.).

(77) A. GOEMINNE et N. VERBIST, *l.c.*, p. 373, n° 50.

bénéficiaire satisfait à toutes les conditions émises pour l'attribution de tels permis (78).

La conception classique du patrimoine, rappelée ci-dessus, est aujourd'hui abandonnée par une majorité d'auteurs. On accepte de plus en plus que des patrimoines autonomes puissent se former en dehors du patrimoine général de leur titulaire. La conception du patrimoine s'est «objectivée». D'autres catégories d'universalités de droit que le patrimoine classique ont été reconnues. Traditionnellement, on ne pouvait inscrire ces patrimoines séparés dans le droit privé que par l'attribution d'une personnalité juridique à ces patrimoines. De nos jours, on accepte – dans le cadre d'une objectivisation de la théorie du patrimoine –, l'existence de «*patrimoines d'affectation*». Donnons quelques exemples à titre purement illustratif.

Les navires et leurs accessoires forment, depuis longtemps, un patrimoine séparé du reste du patrimoine de son ou ses propriétaire(s). La loi relative aux navires dispose que «*sont considérés comme navires, pour l'application de la présente loi, tous bâtiments d'au moins 25 tonneaux de jauge qui font ou sont destinés à faire habituellement en mer le transport des personnes ou des choses, la pêche, le remorquage ou toute autre opération lucrative de navigation*» (79).

Le navire est considéré comme un tout avec ses accessoires nécessaires, comme les agrès, fret, appareils, machines et autres accessoires (80). Le fait que le navire constitue un tout a conduit différents auteurs à attribuer une personnalité juridique au navire. Dans une perspective ajustée, ce point de vue a été adapté en reconnaissant qu'il s'agit d'une universalité juridique (81).

Les masses de liquidation forment un autre exemple d'universalité de droit. A nouveau, un débat sur la nature juridique de ces biens s'est élevé, dans des termes similaires à ceux évoqués ci-

(78) Voy. H. LAGA, «Het rechtsgevolg van de fusie en splitsing», dans *De nieuwe fusiewetgeving* 1993, Biblio, 1994, p. 111, n° 40.

(79) Art. 1^{er} de la loi du 4 septembre 1879 contenant le Livre II du Code de Commerce. De la navigation maritime et de la navigation intérieure, *Moniteur belge*, 21-30 août 1879.

(80) Voy l'article 27 de la loi du 4 septembre 1879: «L'hypothèque maritime s'étend, à moins de convention contraire, aux agrès, appareils, machines et autres accessoires. Elle s'étend également au fret.»

(81) *Pand. b.*, v° *Universalité de biens en général*, n° 300 et s.; *R.P.D.B.*, v° *Navire-navigation*, n° 17.

avant : conçue par une jurisprudence ancienne comme personne juridique (82), la masse de liquidation est considérée en droit contemporain comme une masse d'affectation qui forme une universalité de droit. Aux éléments actifs correspondent des dettes particulières, qui doivent être payées par priorité grâce aux actifs. Elles sont appelées les dettes de la masse (83).

Un dernier exemple est celui de la communauté des biens existant entre époux mariés sous le régime matrimonial de la communauté. L'histoire se répète une fois de plus : traditionnellement conçue comme une personne juridique, cette communauté est considérée dans le droit actuel comme un patrimoine d'affectation, séparé des patrimoines privés des époux.

17. Exemple d'universalité de fait : le fonds de commerce.

Aucune définition légale n'est donnée du fonds de commerce. La loi relative au gage sur fonds de commerce énonce, de manière non exhaustive, les valeurs qui composent le fonds de commerce : la clientèle, l'enseigne, l'organisation commerciale, les marques, le droit au bail, le mobilier de magasin et l'outillage, le tout sauf stipulation contraire. Le fonds de commerce peut comprendre les marchandises en stock à concurrence de 50 pour-cent de leur valeur. Cette énumération ne donne toutefois pas de définition du fonds de commerce.

Dans la jurisprudence et la doctrine, on définit le fonds de commerce comme un ensemble de biens corporels et incorporels unis par une destination commune : l'exploitation d'un commerce déterminé (84). Les dettes ne font pas partie du fonds de commerce ; les contrats en cours sont en principe aussi exclus (85).

Les parties ont en principe la liberté de déterminer le contenu du fonds de commerce. Cependant, cette autonomie de volonté n'est pas absolue puisque les parties sont obligées de respecter les éléments essentiels du fonds de commerce (86) :

(82) Voy. Cass. 22 janvier 1880, *Pas.*, 1880, I, 59 : « Considérant que la convention verbale d'attribution du 1^{er} septembre 1875, telle qu'elle est relatée dans l'arrêt dénoncé, n'a point eu pour but de créer l'être juridique nommé faillite avec toutes ses conséquences légales ».

(83) Voy. A. DE WILDE, *Boedelschulden*, Anvers, Intersentia, 2005, 619 pp.

(84) J. VAN RIJN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1976, I, n° 432.

(85) Cass. 6 février 1997, *Rev. dr. comm.*, 1998, p. 225.

(86) M. COMBLIN et P. WERY, « La cession de l'entreprise individuelle », in *Guide juridique de l'entreprise*, Anvers, Kluwer, 1997, 14-15 ; D. MATRAY, C. DUVIEUSART et L. MASSON, « Les clauses conventionnelles dans les cession de fonds de commerce », in B. TILLEMAN, H. COUSY et A. BENOIT-MOURY, *Le fonds de commerce*, Bruges, La Chartre, 2001, pp. 216-217, n° 306.

1. le premier élément, prépondérant, est la clientèle;
2. le fonds de commerce est nécessairement composé d'une série d'éléments d'actif suffisant à l'exploitation d'une clientèle;
3. Il faut qu'il y ait une activité commerciale ou artisanale.

La nature juridique d'un fonds de commerce est fortement controversée. Selon une opinion en vogue au XIX^{ième} siècle, le fonds de commerce est doté d'une personnalité juridique (87). Cette thèse a toutefois été rejetée par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 novembre 1970 (88). Un autre point de vue consiste à défendre que le fonds de commerce consiste en un patrimoine séparé composé d'un actif et d'un passif propres (89). La majorité de la jurisprudence et de la doctrine défend la thèse de l'universalité de fait (90).

Même si un fonds de commerce est majoritairement conçu comme une universalité de fait, il est en germe une universalité de droit car le droit y attache d'importantes conséquences. Ainsi :

- la loi du 25 octobre 1919 (91) organise un régime spécial pour le *nantissement* d'un fonds de commerce : le fonds peut être, par dérogation au droit commun, nanti sans dépossession si le nantissement est publié dans un registre tenu auprès du tribunal de commerce;
- si l'exemple du nantissement est indiscutable - la loi le prévoit expressément -, on voit que la jurisprudence et la doctrine reconnaissent aussi le fonds de commerce comme objet possible, en tant que tel, d'un droit d'*usufruit*. On admet que l'usufruitier a le droit de disposer des biens qui font partie d'un fonds de commerce, à condition qu'il sauvegarde la valeur globale du fonds de commerce. En synthèse, il a l'obligation de conserver le fonds de commerce, mais non point de conserver les éléments qui le composent.

(87) F.S. GRUNZWEIG, *Le fonds de commerce et son passif propre*, Bruxelles, Bruylant, 1938, n° 25; *Pand. b.*, v° *Universalité de biens (fonds de commerce)*, n° 50-51.

(88) *Voy. Cass.* 6 novembre 1970, *Pas.*, 1971, I, 202: «Si le fonds de commerce n'est pas une personne morale et n'a pas un patrimoine distinct de celui du commerçant, il s'ensuit uniquement que tous les biens qui composent le fonds de commerce appartiennent au seul patrimoine du commerçant, mais non que certains éléments de ce patrimoine ne sont pas susceptibles d'être inclus dans le fonds de commerce.»

(89) *R.P.D.B.*, v° *Fonds de commerce*, nr. 10; J. VAN GINDERACHTER, *De la nature du fonds de commerce*, Gand, 1938, n° 287.

(90) *Voy. F. BOUCKAERT*, «Le fonds de commerce en droit comparé», *Rev. not. b.*, 1982, pp. 452; M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *Le fonds de commerce*, Bruxelles, 1967, n° 9-11.

(91) Loi sur la mise en gage du fonds de commerce, l'escompte et le gage de la facture, ainsi que l'agrégation et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation, *M.B.*, 5 novembre 1919.

18. Autre exemple d'universalité de fait : le portefeuille de valeurs mobilières.

Les portefeuilles composés de valeurs mobilières (actions, obligations, etc.) peuvent-ils être considérés comme des universalités, de droit ou de fait ? Traditionnellement, la réponse était négative : les valeurs mobilières étaient considérées isolément, même si elles formaient un tout économique. Ainsi l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières ne pouvait-il pas, dans la conception classique, disposer des valeurs qui composaient le portefeuille, même s'il assurait la sauvegarde du portefeuille en réinvestissant les effets dans d'autres valeurs (92).

Les opinions ont toutefois évolué récemment, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de cassation française, plus précisément de l'arrêt rendu par celle-ci le 12 avril 1998 (93). Depuis lors, on admet que l'usufruit a pour objet le portefeuille et non pas les valeurs mobilières le composant, de telle sorte que l'usufruitier peut modifier la composition de ce portefeuille sans cependant pouvoir éroder la valeur du portefeuille en tant que tel (94).

V.S.

4. – Les biens et les choses immatérielles

Les biens immatériels font-ils l'objet du droit de propriété ou d'un autre droit ?

Le «copyright» fait-il l'objet du droit de propriété ou d'un autre droit ? (4.1)

Quelle est l'ampleur et quel est le contenu du «copyright» ? (4.2)

(92) Liège 29 juillet 1891, *Pas.* 1892, II, 73; civ. Bruxelles, 11 juin 1929, *Rev. prat. not.*, 1930, 304; civ. Anvers, 14 décembre 1883, *Pas.*, 1884, III, 131; H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 460b; *R.P.D.B.*, v° *Usufruit*, n°s 203 et 241.

(93) Cass. fr., 12 novembre 1998, *D.*, 1999, jur., p. 169, n° 10.

(94) D. DE MAREZ, «Vruchtgebruik en aandelen die behoren tot een effectenportefeuille: een vruchtgebruik op aandelen of een vruchtgebruik op een effectenportefeuille?», *V&F*, 1999, pp. 240 et s., spéc. p.; V. SAGAERT, «Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning», in *XXX^e Cyclus Delva. Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de XXI^e eeuw*, Mechelen, Kluwer, 2004, pp. 205-274; D. VAN LAERE, «De civiel- en fiscaalrechtelijke grenzen van schenkingen met voorbehoud van quasi vruchtgebruik», *Not. Fisc. M.* 2002, p. 193; A. VERBEKE, «Creatief met vruchtgebruik», *T. Not.* 1999, pp. 554 et s.

Le «trade mark» fait-il l'objet du droit de propriété ou d'un autre droit? Dans ce second cas, de quel droit en particulier? (4.3)

Le droit équivalent au «patent» fait-il l'objet de propriété ou d'un autre droit? (4.4)

Quelle est l'ampleur du «patent»? Quel type d'invention peut être objet de brevet? (4.5)

Est-ce que les «trade secrets» sont assimilés aux droits qui dérivent du «patent»? (4.6)

Est-ce que le crédit (ou créance) peut être objet de droit de propriété? (4.7)

19. Telle que posée, la question relative aux biens immatériels recèle une ambiguïté fondamentale : s'agit-il de dire si *l'œuvre, la marque ou l'invention* constituent, selon notre droit, des choses susceptibles d'appropriation, ou bien de déterminer si l'auteur, l'entreprise ou le breveté peuvent être considérés comme propriétaires de leur *droit* d'auteur, de marque ou de brevet? D'un côté on entend déterminer la nature de la protection légale dont bénéficient, le cas échéant, les créations intellectuelles et signes distinctifs, de l'autre on veut qualifier le lien entre le droit sur de telles choses et le titulaire de ce droit. Ici on demande : «le droit d'auteur, le droit à la marque, le droit de brevet sont ils *de* la propriété?», là : «ces droits sont ils *objets* de propriété?». Le passage subreptice d'une question à l'autre, fréquent même sous la plume des meilleurs auteurs, obscurcit largement les débats en la matière (95).

Observons que la seconde question est nettement plus large que la première : débordant du domaine de ce qu'il est d'usage d'appeler la «propriété intellectuelle», elle peut être posée à propos de tous les droits subjectifs privés, en tout cas de ceux présentant un aspect patrimonial. D'ailleurs, à l'égard de la créance, également évoquée dans le questionnaire, seule cette interrogation – le créancier est-il propriétaire de son droit de créance? – se révèle pertinente.

(95) Dans son article «Les droits intellectuels comme catégorie juridique», dont il sera question ci-après, J. DABIN évite par contre cette confusion. L'auteur apporte d'ailleurs cette précision quant à la notion de «choses intellectuelles» sur lesquelles portent les «droits intellectuels» : s'il y a lieu d'y inclure toutes les choses qui ne sont pas matérielles et sont susceptibles de faire l'objet de droits (notamment la marque et le nom) sans donc les limiter aux créations de l'esprit *sensu stricto* (essentiellement les œuvres et les inventions), il faut toutefois s'abstenir d'y inclure les droits, qui constituent «des réalités spécifiquement juridiques, et non des choses, c'est-à-dire des réalités préalables aux droits».

20. Cette remarque préliminaire étant formulée, venons-en au plan de notre exposé. Nous consacrerons d'abord des développements généraux à la question si, en droit belge, les droits dits intellectuels sont analysés comme des droits de propriété; même s'il existe des différences entre ces divers droits, on les considère en général suffisamment proches pour pouvoir faire l'objet d'une analyse commune (96). On s'intéressera ensuite de manière spécifique à chacun des trois droits intellectuels évoqués dans le questionnaire (les droits intellectuels «majeurs»). A nouveau, c'est de la nature de chacun de ces droits qu'il sera essentiellement question; la seconde question identifiée dans notre remarque liminaire sera seulement effleurée. En ce qui concerne le droit de créance, en revanche, on se demandera exclusivement si, en droit belge, il fait l'objet de propriété.

Nous nous efforcerons, au cours de notre examen, de nous limiter aux sources belges, même si, compte tenu du caractère éminemment théorique des questions qui nous retiennent, il y a profit à tirer des réflexions menées à l'étranger, spécialement en France. Il s'agit toutefois d'éviter des redondances avec d'autres rapports et de contenir notre exposé dans les limites imparties.

21. En Belgique, l'analyse du droit d'auteur, du droit à la marque et du droit de brevet a été – et reste – profondément marquée par la thèse défendue, à la fin du XIX^{ème} siècle, par Edmond PICARD (97). Celui-ci entendait s'élever contre l'assimilation au droit de propriété des droits portant sur les créations. Selon E. Picard, pour rendre compte de la spécificité de ces droits, il convient au contraire d'ajouter une quatrième catégorie à la classification «romaniste» des droits opérée en fonction de leur objet. Ainsi, à côté des droits «personnels» (98), qui portent sur l'«Enveloppe person-

(96) Sur les différentes conceptions, défendues en Belgique, quant à la nature des droits intellectuels, en général, voy. ég. A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, spéc. n^{os} 15 à 22.

(97) E. Picard est revenu à de nombreuses reprises sur sa «théorie» des droits intellectuels, notamment pour en défendre la primeur par rapport à celle, proche, de l'allemand J. KOHLER relative aux «biens immatériels» (Immaterialgüter): voy., not., «Examen critique du projet de loi sur les marques de fabrique et de commerce», *B.J.*, 1877, pp. 498 et s.; *Des droits intellectuels à ajouter comme quatrième terme à la division classique des droits en personnels, réels et d'obligation*, Bruxelles, Larcier, 1879; «Embryologie juridique», *Journ. dr. intern.*, 1883, pp. 565 et s.; *Le droit pur*, Bruxelles, Larcier / Paris, F. Alcan, 1899, spéc. §54.

(98) On parlerait plus volontiers aujourd'hui des droits de la personnalité: à leur propos, voy. not. *infra*, n^{os} 30 et s., quant aux 5^{ème} et 6^{ème} questions.

nelle du Moi» («*jura in persona ipsâ*»), des droits «obligationnels», portant sur les autres sujets de droit («*jura in persona alienâ*») et des droits réels, portant sur des choses matérielles («*jura in re materiali*»), force est de reconnaître l'existence de droits portant sur des choses intellectuelles : les «droits intellectuels» («*jura in re intellectuali*») (99). Pour E. Picard, si on a, depuis la révolution, généralement inclus les droits intellectuels dans la catégorie des droits réels, c'est parce que cette dernière est considérée comme une sorte de réservoir destiné à recevoir ce qui n'entre pas dans les autres catégories; cette opération, réalisée «à coups de maillet», mènerait toutefois à des résultats irrationnels voire vicieux (100).

Les efforts répétés d'E. Picard pour promouvoir la notion de «droits intellectuels» ont eu une influence durable sur la pratique ainsi que sur la doctrine belge ultérieure, que cette dernière, d'ailleurs, soit spécialisée dans la matière concernée (101) ou généraliste (102); nous aurons l'occasion de le vérifier. Au niveau législatif, il faut à tout le moins relever que le terme de «propriété» semble banni des lois, contemporaines des écrits de Picard, sur les marques de fabrique (103) et le droit d'auteur (104), mais également

(99) Notons que l'auteur réserve même l'émergence d'une cinquième catégorie, à savoir celle des droits sur les universalités, envisagées comme objets distincts («*jura in re universali*»).

(100) L'auteur n'est toutefois pas très prolix à ce sujet, se bornant à relever que les droits intellectuels ne sont pas perpétuels comme la propriété et que les règles relatives à la transmission de la propriété sont inadaptées.

(101) Voy., not., A. MOREAU, *Traité de la concurrence illicite*, Bruxelles, Bruylant, 1904, n° 17; L. HENNEBICQ, «*Les droits intellectuels et universels*», introduction aux *Novelles, Droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 1936; en matière de dessins et modèles, voy. A. BRAUN et J.-J. EVRARD, *Droit des dessins et modèles au Benelux*, Bruxelles, Larcier, 1975, n° 154.

(102) Voy., not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 133; J. HANSENNE, *Les biens*, Liège, Collection scientifique de la faculté de droit de l'Université de Liège, 1996, n° 21 et 24; W. VAN GERVEN, *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, «Algemeen Deel», Antwerpen et Utrecht, Standaard wetenschappelijke uitgeverij, 1969, n° 33.

(103) Loi du 1^{er} avril 1879 concernant les marques de fabrique et de commerce. En ce qui concerne cette loi, E. Picard était intervenu, dans un article publié à la Belgique judiciaire, pour critiquer, notamment, les références à la propriété figurant dans le projet de loi et l'Exposé des motifs.

(104) Loi du 22 mars 1836 sur le droit d'auteur. Le texte initial déposé par le gouvernement en 1878 était intitulé «Projet de loi relatif à la propriété littéraire et artistique». Suite à son passage par la section centrale de la Chambre des représentants, il fut rebaptisé «Projet de loi relatif au droit d'auteurs», intitulé qui fut ultérieurement conservé. Cette modification n'était pas anodine compte tenu de l'attachement du rapporteur, J. de BORCHGRAVE, à la «théorie» des droits intellectuels (voy. le Rapport, à la Chambre des Représentants, au nom de la section centrale, *Doc. parl.*, Ch., 1885-1886, pp. 254 et s.). La nature du droit d'auteur (droit de propriété *versus* droit intellectuel, mais aussi droit «naturel» *versus* droit «civil»), fit également l'objet de débats passionnés au cours de la discussion du projet en séance (voy. les interventions de MM. De Moreau, Woeste, de Borchgrave et Simons lors de la discussion générale du projet à la chambre des représentants, discussion rapportée aux *Annales parlementaires*, séance des 18 et 19 novembre 1885, pp. 11 et s.). Si des opinions divergentes ont été émises par les interlocuteurs, il semble que la solution retenue doive être interprétée comme

de lois nettement postérieures. Il faudra attendre la promulgation du Code de droit international privé, le 16 juillet 2004, pour que la notion de « propriété » intellectuelle retrouve droit de cité (105).

22. Malgré l'acharnement qu'il avait mis à propager l'étiquette de « droits intellectuels », E. Picard avait finalement peu démontré en quoi ces droits étaient essentiellement caractérisés par leur objet particulier. Il faudra attendre 1939 pour que Jean DABIN, dans un article intitulé « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », poursuive l'analyse. Faisant le point sur les diverses théories relatives à la nature de ces droits, J. Dabin s'attache à démontrer, de manière substantielle, qu'ils ont bel et bien pour objet immédiat une chose intellectuelle, ce qui justifie l'appellation de *jura in re incorporali* (106).

En réalité, J. Dabin entend surtout discuter la thèse du français Paul ROUBIER qui, proposant une nouvelle analyse en termes de « droits de clientèle », formule des critiques à l'encontre, notamment, de la notion de « droits intellectuels ». Le mérite de la démonstration de J. Dabin est de ne point délaissier – contrairement au Doyen Roubier – les prérogatives d'ordre *moral* attachées à certains droits intellectuels. On notera que l'analyse de P. Roubier inaugure un courant doctrinal mettant l'accent sur les rapports entre le droit de la concurrence et les droits intellectuels. C'est dans cette veine que s'inscrivent, notamment les analyses de R. Franceschelli (107) et, en Belgique, de A. De Caluwé (108). Sans contester la pertinence de ces approches – que confirme la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes –, on peut leur reprocher, avec J. Dabin,

un refus de trancher la controverse, jugée essentiellement philosophique, plutôt que comme une consécration d'une des thèses en présence.

(105) Voy. les articles 86 et 93. Notons que, sur le plan international, la notion de propriété a eu davantage de fortune : voy. la Convention pour la protection de la *propriété* industrielle, adoptée à Paris le 20 mars 1883, puis révisée à de nombreuses reprises, ainsi que, bien plus tard, l'Accord sur les aspects des droits de *propriété* intellectuelle qui touchent au commerce (dit « ADPIC » ou, de l'anglais, « TRIPS ») constituant l'annexe 1C à l'Accord créant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) adopté en 1994 (comp., toutefois, la Convention pour la *protection* des œuvres littéraires et artistiques, adoptée à Berne le 9 septembre 1886).

(106) L'étude est parue dans la dernière livraison de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vol. LIX, 1939, pp. 27 et s.

(107) « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », *Mélanges Paul Roubier*, Paris, L.G.D.J., 1961, t. II, pp. 435 et s.

(108) « Propriété industrielle, droits intellectuels, antiquités juridiques ? », in *Jura vigilantibus Antoine Braun, Les droits intellectuels, le barreau*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 77 et s.

d'occulter les aspects non patrimoniaux de certains droits intellectuels ou, du moins, de ne point en rendre compte.

A l'objection de P. Roubier, selon laquelle «l'expression 'droit sur les biens immatériels' ne nous fait pas comprendre quel est le contenu du droit; elle nous dit simplement à quels biens ces droits s'appliquent, mais c'est là quelque chose qui ne suffit pas à les définir», J. Dabin répond que «cette critique d'ordre méthodologique n'est pas fondée, car il s'agit ici moins de *définir* les droits par leur *contenu* que de *classer* les droits par leur *objet*. Les concepts de droit réel et de droit de créance ne sont pas, à proprement parler, des définitions de ces droits par leur contenu, qui peut en effet être très variable (...)». Toutefois, «(...) le classement des droits par leur objet n'est pas sans enfermer un commencement de définition par le contenu, car en disant que le droit porte sur tel objet, le mot *sur* est destiné à marquer non seulement que le droit se rapporte ou s'applique à tel objet, mais qu'il confère à son titulaire une faculté d'emprise sur cet objet, faculté se traduisant par un certain pouvoir d'utilisation (de la chose corporelle ou du débiteur) et éventuellement de commandement (...)» (109).

23. J. Dabin ne nie pas – mais souligne au contraire – l'analogie entre les droits sur les choses corporelles et ceux sur les choses intellectuelles; cependant, il estime que cette ressemblance n'est pas suffisamment forte pour justifier l'appellation commune de *propriété* ou de *droit réel*: «c'est que, en dehors de l'idée commune de maîtrise qui, formellement, pourrait autoriser le nom de propriété, des différences subsistent, assez essentielles pour qu'une séparation nette soit maintenue entre les concepts et les vocables» (110). Premièrement, les choses sur lesquelles porte la maîtrise sont fondamentalement différentes: corps se prêtant à une occupation physique, dans un cas, créations ou signes distinctifs qui «n'existent et ne sont saisies que par l'esprit, (...) se déroba(n)t à tout cantonnement au profit d'un seul», dans l'autre. Deuxièmement, il y a lieu de tenir compte de l'aspect extrapatrimonial de certains droits intellectuels, dérivant du lien de filiation entre le créateur et sa création, même douée d'une existence objective. Compte tenu de ces différences, il

(109) *Loc. cit.*, n° 19.

(110) *Loc. cit.*, n° 30.

«*vaut mieux*», dit Dabin, réserver le nom de propriété à l'emprise sur les choses corporelles (111).

Et de fait, une bonne part de la doctrine belge estime que les «choses», à propos desquelles le droit de propriété constitue la manière la plus absolue de jouir et de disposer (pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements, art. 544 C. civ.), sont nécessairement matérielles : elles doivent pouvoir être sinon touchées – *res quae tangi possunt* –, du moins appréhendée par l'un des cinq sens humains (112). Cette position n'est toutefois pas unanimement partagée : pour d'autres auteurs, est «chose» tout ce qui existe, sauf l'être humain ; à côté des choses corporelles, il en existe donc d'incorporelles (113).

24. D'autres objections sont encore faites, de manière récurrente, à la qualification de propriété des droits portant sur les créations et signes distinctifs. On fait valoir que la propriété est perpétuelle, alors que ces droits – en tout cas certains d'entre eux – ont une durée limitée dans le temps (114). On souligne que la jouissance du titulaire d'un

(111) Voy. J. DABIN, «Les droits intellectuels comme catégorie juridique», *op. cit.*, n° 31 et 32.

(112) Voy., not., W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen Deel, op. cit.*, n° 35, spécialement la note (30); F. VAN NESTE, *Zakenrecht*, in R. DILLEMANS et W. VAN GERVEN (éd.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. V, Gand, E. Story-Scientia, 1990, n° 2; F. Van Neste relève les deux sens du mot «chose» («zaak») mais estime qu'il est préférable de s'en tenir au sens étroit; pourtant, ce même auteur défend ailleurs l'analyse des droits intellectuels en termes de propriété (voy. *infra*, note 138); définissant également la «chose» de manière étroite, voy. J. HANSENNE, *Les Biens, op. cit.*, n° 5, qui considère toutefois que les choses ne sont pas seules susceptibles de propriété (*infra*, note 138).

(113) Voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1975, n° 531 et 550 à 554). Pourtant, au tome I^{er} de son *Traité*, H. DE PAGE écrit que «(...) (les) droits sur la propriété littéraire, artistique ou industrielle, qui se rapprochent, au point de vue de l'intensité de la protection, du droit réel, (...) ne s'identifient pas avec lui, puisque l'objet de ces droits n'est pas une chose» (n° 133, déjà évoqué *supra*, note 102). Cette contradiction, chez le plus illustre des civilistes belges, est significative. Il n'existe pas, en droit belge, de réponse unanime à la question si la propriété peut ou non porter sur des choses immatérielles; voy. ég. *infra*, au texte, fin du n° 29.

(114) Dans son *Traité de droit civil international de 1880*, où il était essentiellement question de savoir si les différentes formes de propriété étaient ou non des droits naturels, F. LAURENT écrivait déjà ce qui suit à propos de la propriété littéraire : «(...) C'est une propriété d'une nature toute spéciale. La propriété est, de son essence, perpétuelle : conçoit-on une propriété temporaire, limitée à la vie du propriétaire, et continuée au profit des héritiers pendant un court espace de temps (...) ? Si l'on proposait de limiter ainsi la propriété ordinaire, on crierait avec raison au socialisme et au communisme : ce serait, en réalité, la destruction de la propriété. Donc, la propriété littéraire n'est pas une véritable propriété, c'est une création arbitraire de la loi, n'ayant qu'une durée limitée, n'étant même pas assurée contre la contrefaçon étrangère, sauf en vertu d'un traité» (*Droit civil international*, Bruxelles, Bruylant et Paris, Marescq, 1880, t. III, n° 326); *adde* AL. BRAUN, *Nouveau traité des marques de fabrique et de commerce, du nom commercial et de la concurrence déloyale*, Bruxelles, Larcier et Paris, A. Rousseau, 1880, n° 11; A. VANDER HAEGHEN, *Brevets d'invention, Marques et Modèles*, Bruxelles, Larcier, 1928, n° 9; Th. BRAUN et P. STRUYE, *Précis des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1935, n° 214.

droit intellectuel n'est pas complète : l'*usus*, en particulier, lui échappe, au moins en partie, au profit du public. On met en exergue le caractère territorial de ces droits, la nécessité qu'il y a eu de conclure des conventions d'union pour en assurer la protection internationale...

25. Pour poursuivre notre tour d'horizon de la doctrine belge, nous nous proposons d'examiner plus précisément, quoique très brièvement, les trois droits évoqués dans le questionnaire : le droit d'auteur, le droit à la marque et le droit de brevet.

26. Le droit d'auteur, en Belgique, est régi essentiellement par une loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes ou de films et des organismes de radiodiffusion). Une loi distincte, promulguée le même jour, assure la transposition de la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur; c'est donc également par un droit d'auteur que sont protégés les logiciels en Belgique (115). Sur le plan international, il faut bien sûr mentionner la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques – la Belgique a adhéré à l'acte signé à Paris le 24 juillet 1971 (116) – et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, conclu dans cadre de l'Organisation mondiale du commerce.

Les lois du 30 juin 1994, à l'instar de la loi du 22 mars 1886, évitent soigneusement les termes de « propriété littéraire et artistique ».

L'article 1^{er} de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins énonce comme suit les principales prérogatives de l'auteur :

« §1. *L'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit, qu'elle soit directe ou indirecte, provisoire ou permanente, en tout ou en partie.*

Ce droit comporte notamment le droit exclusif d'en autoriser l'adaptation ou la traduction.

(115) Les bases de données sont, quant à elles, protégées d'une double manière, conformément d'ailleurs à la Directive (CE) 96/9 du 11 mars 1996. Si elle est originale, la base peut, en tant que telle, bénéficier de la protection du droit d'auteur. Le contenu de la base bénéficie, en outre, d'une protection par un droit *sui generis* : voy. les lois des 10 et 31 août 1998.

(116) Loi du 25 mars 1999, *M.B.*, 10 novembre 1999.

Ce droit comprend également le droit exclusif d'en autoriser la location ou le prêt.

L'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la communiquer au public par un procédé quelconque, y compris par la mise à disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

L'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique a seul le droit d'autoriser la distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de son oeuvre ou de copies de celle-ci.

La première vente ou premier autre transfert de propriété de l'original ou d'une copie d'une oeuvre littéraire ou artistique dans la Communauté européenne par l'auteur ou avec son consentement, épuise le droit de distribution de cet original ou cette copie dans la Communauté européenne.

§2. L'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique jouit sur celle-ci d'un droit moral inaliénable. La renonciation globale à l'exercice futur de ce droit est nulle. Celui-ci comporte le droit de divulguer l'oeuvre. Les oeuvres non divulguées sont insaisissables.

L'auteur a le droit de revendiquer ou de refuser la paternité de l'oeuvre.

Il dispose du droit au respect de son oeuvre lui permettant de s'opposer à toute modification de celle-ci. Nonobstant toute renonciation, il conserve le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette oeuvre ou à toute autre atteinte à la même oeuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation».

La question de la nature des droits sur les créations intellectuelles prend une *coloration* particulière en matière de droit d'auteur. L'hésitation à qualifier ce droit de propriété est d'autant plus grande que le créateur d'une oeuvre littéraire et artistique se voit reconnaître, outre des prérogatives d'ordre patrimonial (§1^{er} de l'art. 1), des droits dits moraux (§2). A une vision dualiste, défendue surtout en France, qui reconnaît au droit d'auteur une nature mixte, s'opposent des conceptions monistes. On précisera seulement à ce propos que, là où le monisme allemand considère généralement le droit d'auteur comme un droit de la personnalité, des

voix se font entendre, au contraire, pour l'analyser essentiellement comme un droit de propriété (117).

En Belgique, si les ouvrages généraux consacrés au droit d'auteur sont très peu prolixes quant à la nature de ce droit (118), cette question a toutefois fait l'objet d'une monographie originale : *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété* (119). Son auteur, P. RECHT, s'inscrit dans une vision moniste très particulière. Selon lui, le droit d'auteur est bel et bien un droit de propriété – et un droit réel, les « choses » sujettes à appropriation n'étant pas nécessairement corporelles. Il s'agit toutefois d'une propriété d'un genre nouveau, que Recht baptise « propriété-création » par opposition à la « propriété-possession » applicable aux choses matérielles. L'originalité de la théorie réside surtout en ce que cette propriété-création est divisible en un « domaine éminent » et un « domaine utile ». Le domaine éminent, qui contient surtout des prérogatives morales, appartient à la collectivité, mais l'exercice en est abandonné à l'auteur de son vivant; il est perpétuel. En revanche, le domaine utile, qui comporte essentiellement des prérogatives matérielles (usus, fructus, abusus), appartient à l'auteur puis à ses héritiers, mais pour une période limitée dans le temps; il est cessible en tout ou en partie, la cession partielle réalisant un démembrement du droit, à ne pas confondre avec la division fondamentale.

La vision de P. Recht ne semble guère avoir fait d'émules en Belgique; elle s'expose du reste à des critiques, que nous n'avons pas le loisir de formuler ici. Nous préférons faire écho à une considération, formulée dans deux thèses de doctorat relativement récentes, quant au rapport entre droit d'auteur et propriété.

(117) Voy., not., en France, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Paris, Litec, 1990.

(118) F. de VISSCHER et B. MICHAUX se bornent à évoquer l'existence d'une conception moniste et d'une conception dualiste du droit d'auteur, tout en précisant qu'il ne leur semble pas nécessaire de trancher en faveur de l'une ou de l'autre (*Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 74); ils qualifient par ailleurs les droits patrimoniaux de reproduction et de communication au public de droits « exclusifs » et « absolus » (n° 78). Après avoir évoqué très brièvement les controverses anciennes quant à la nature des droits intellectuels, A. BERENBOOM conclut que le droit d'auteur peut être rangé dans une catégorie séparée, aux côtés des autres droits intellectuels (*Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 3ème éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n° 58). J. CORBET consacre davantage de place aux controverses du passé quant à la nature du droit d'auteur, sans toutefois prendre parti (*Auteursrecht, in Algemene Praktische Rechtsverzameling*, E. Story-Scientia, 1997, nos 21 à 41); pour la doctrine du XIX^{ème} siècle, voy. not. P. WAUWERMANS, *Le droit des auteurs en Belgique, commentaire historique et doctrinal de la loi du 22 mars 1886*, Bruxelles, Société belge de librairie, 1894, nos 7 à 16.

(119) Paris, L.G.D.J. et Gembloux, Eds. J. Duculot, 1969.

Dans son ouvrage *Droit d'auteur et copyright* (120), A. STROWEL, après avoir dressé un panorama des principales théories quant à la nature du droit d'auteur, conclut que : « l'invocation de la propriété est correcte et justifiée en ce qu'elle indique le caractère subjectif, opposable *erga omnes* et exclusif du droit d'auteur. (...) Toutefois, le droit d'auteur ne peut être assimilé à la pleine propriété en ce qu'il ne confère pas « le maximum de prérogatives et d'avantages », selon la formule de L. Josserand. Outre qu'il est limité dans le temps, le droit d'auteur ne comprend pas, comme le droit de propriété, toutes les compétences qui n'ont pas été expressément exceptées, mais uniquement les compétences qui ont été expressément reconnues par la législation » (121). S. DUSOLLIER souligne aussi, dans sa thèse relative à la protection des œuvres dans l'univers numérique, que « (...) la logique du droit d'auteur est inverse (de celle de l'article 544 du Code civil) » (122).

Cette remarque quant à la structure du droit, la manière de définir son contenu, nous semble particulièrement intéressante. Commentant l'article 544 du Code civil, H. De Page écrit que « La propriété est un droit général (...). Le propriétaire peut tout faire, sauf ce qui lui est interdit par une loi ou par une convention » (123); de même, J. Hansenne énonce : « Le droit de propriété est, par essence, une liberté; c'est le droit de tout faire, sauf ce qui est formellement défendu. Préciser plus exactement son contenu restera toujours une entreprise délicate dont le résultat ne saurait être que fort approximatif » (124). Au contraire, il est constant que les lois contemporaines en matière de droit d'auteur – et, plus généralement, en matière de droits intellectuels –, énumèrent d'abord les prérogatives du titulaire quant à la création ou au signe distinctif consi-

(120) *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences. Etude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1993.

(121) *Op. cit.*, n° 102. Comme le relève A. Strowel, ce point de vue n'est pas partagé par tous les auteurs; ainsi ceux qui défendent l'existence du droit dit « de destination » estiment-ils que l'auteur peut interdire aux tiers quelque usage que ce soit de son œuvre et donc, *a fortiori*, subordonner l'usage des exemplaires de l'œuvre aux conditions de son choix. Cette théorie, qui a reçu l'aval de la Cour de cassation en 1956, nous semble toutefois critiquable (voy. B. VANBRABANT, « *Corpus mechanicum versus corpus mysticum* : des conflits entre l'auteur d'une œuvre et le propriétaire du support », *Rev. fac. dr. Liège*, 2005, pp. 491 et s., spéc. section 2, §5).

(122) *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 401.

(123) *Traité élémentaire de droit civil*, t. V, *op. cit.*, n° 891.

(124) *Les biens, op. cit.*, t. I^{er}, n° 630.

déré, avant d'apporter, le cas échéant, des exceptions à ces droits. Nous l'avons vu dans l'article 1^{er} de la loi relative au droit d'auteur; nous allons le vérifier en matière de marque et de brevet.

27. L'article 13 A.1. de la loi uniforme Benelux sur les marques (125), qui a servi de modèle au Règlement (CE) 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, énonce que :

« Sans préjudice de l'application éventuelle du droit commun en matière de responsabilité civile, le droit exclusif à la marque permet au titulaire de s'opposer à :

a) tout usage qui, dans la vie des affaires, serait fait de la marque pour les produits pour lesquels la marque est enregistrée;

b) tout usage qui, dans la vie des affaires, serait fait de la marque ou d'un signe ressemblant pour les produits pour lesquels la marque est enregistrée ou pour des produits similaires, lorsqu'il existe, dans l'esprit du public, un risque d'association entre le signe et la marque;

c) tout usage qui, dans la vie des affaires et sans juste motif, serait fait d'une marque qui jouit d'une renommée à l'intérieur du territoire Benelux ou d'un signe ressemblant pour des produits non similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, lorsque l'usage de ce signe tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porterait préjudice;

d) tout usage qui, dans la vie des affaires et sans juste motif, serait fait d'une marque ou d'un signe ressemblant autrement que pour distinguer des produits, lorsque l'usage de ce signe tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porterait préjudice ».

Le point 2 précise que :

« Pour l'application du premier alinéa, on entend par usage d'une marque ou d'un signe ressemblant, notamment :

a) l'apposition du signe sur les produits ou sur leur conditionnement;

b) l'offre, la mise dans le commerce ou la détention des produits à ces fins sous le signe;

(125) Notons que cette loi, de même que la loi uniforme Benelux sur les dessins et modèles, est appelée à être remplacée prochainement par la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle, qui régira l'ensemble de ces matières de manière cohérente.

- c) *l'importation ou l'exportation des produits sous le signe;*
- d) *l'utilisation du signe dans les papiers d'affaires et la publicité».*

Que dit la doctrine quant à la nature du droit à la marque? Dans son classique *Précis des Marques*, Antoine BRAUN, comme d'ailleurs son aïeul Alexandre BRAUN (126), se rallie à la qualification de «droit intellectuel», laquelle relève, à son estime, de la tradition juridique belge (127). L'auteur cite en ce sens une des rares décisions de jurisprudence qui ait pris parti de manière explicite sur la nature du droit (128).

Pour T. VAN INNIS, en revanche, la marque est une chose impalpable protégée par un droit de propriété industrielle, qui n'en est pas moins un véritable droit *de propriété*: «ainsi celui qui en jouit disposera-t-il de tous les attributs des droits classiques de propriété (*usus, fructus, abusus*)» (129). Le droit à la marque présente toutefois une spécificité en ce qu'il permet à son titulaire de s'opposer non seulement à toute *occupation* de son bien par un tiers mais aussi à certains actes par lesquels un tiers se *rapprocherait* du bien (130).

28. Quant au brevet, les prérogatives qu'il confère à son titulaire sont identiques quelle que soit la voie par laquelle il a été obtenu : enregistrement national, international (système dit de Madrid) ou européen (Convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance du brevet européen, dite de Munich). Il y a lieu de se référer à l'article 27 de la loi du 28 mars 1984 :

«§ 1^{er}. Le brevet confère le droit d'interdire à tout tiers, en l'absence du consentement du titulaire du brevet :

- a) *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;*

(126) Al. BRAUN, *Nouveau traité des marques de fabrique et de commerce, du nom commercial et de la concurrence déloyale*, op. cit., n^{os} 10 et s. L'auteur reconnaît toutefois que, «dans la pensée du rédacteur de l'exposé des motifs, le droit du fabricant ou du commerçant sur sa marque n'est autre qu'un droit de propriété».

(127) A. BRAUN, *Précis des marques*, 4^{ème} éd., Larcier, 2004, avec la collaboration d'E. CORNU, n^{os} 8 à 12.

(128) Bruxelles, 25 juin 1958, *Ing.-Cons.*, 1959, p. 321.

(129) T. VAN INNIS, *Les signes distinctifs*, Bruxelles, Larcier, 1997, n^{os} 1 et 428; pour une défense de la qualification de propriété à l'époque des thèses de Picard et de la loi de 1879, voy. G. DE RO, *Commentaire de la loi du 1^{er} avril 1879 sur les marques de fabrique et de commerce*, Bruxelles, Bruylant, 1879, §4, pp. 29 et s.

(130) *Ibid.*, n^o 2.

b) l'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du titulaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire belge;

c) l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet».

Le deuxième paragraphe énumère encore d'autres droits quant aux moyens de mise en oeuvre.

Alors que les commentateurs de la loi ancienne, du 24 mai 1854, se ralliaient généralement à la théorie des droits intellectuels (131), les ouvrages contemporains sur le droit des brevets éludent généralement la question de la nature du droit du breveté (132).

Par ailleurs, on relèvera que, si la loi du 28 mars 1984 ne se prononce pas sur la nature même du brevet, elle traite par contre des opérations patrimoniales dont il peut faire l'objet sous le titre «*Du brevet d'invention et de la demande de brevet d'invention comme objets de propriété*» (133). Le législateur belge semble donc admettre que des réalités non corporelles – en l'espèce un droit – puissent faire l'objet de propriété. Nous effleurons ici la deuxième question distinguée dans nos remarques liminaires.

29. En déplaçant ainsi l'objet de l'appropriation de la création vers le droit sur cette création, on évite l'objection déduite de la structure du droit de propriété : le titulaire – propriétaire – du droit

(131) A. MOREAU, *Traité de la concurrence illicite*, op. cit., n° 17; G. VANDER HAEGHEN, *Brevets d'invention, Marques et Modèles*, op. cit., n° 3 et s., qui précise que les droits intellectuels présentent la caractéristique d'être «multitudinaux», «ubiquitaires» et temporaires. Th. BRAUN et P. STRUYE, *Précis des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle*, op. cit., n° 214 et 215. Un auteur plus ancien, sans se rallier à la théorie de Picard, souligne que, dans le système de la loi de 1854, le droit du breveté n'est pas un droit naturel mais seulement une faveur, un privilège, que la loi octroie à l'inventeur à titre de récompense; une interprétation restrictive s'impose dès lors (L. ANDRE, *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Mareseq, 1899, n° 1 et 3). Pour L. REMOUCHAMPS, en revanche, le droit du breveté, bien qu'il trouve son origine dans une loi répondant à des motifs de politique économique, est bien un droit de propriété (*Octrooiën*, Bruxelles, Larcier, 1969, n° 38 et s.).

(132) Les auteurs se bornent généralement à recourir à la notion de monopole: voy., not., A.CI. DELCORDE, *La protection des inventions*, in *Le droit de la concurrence*, Gand, E. Story-Scientia, 1985, n° 6 (rejetant l'idée d'un droit naturel, intemporel et universel); B. VAN REEPINGHEN et M. DE BRABANTER, *Les brevets d'invention*, Bruxelles, Larcier, 1987, n° 1; M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 1999, n° 7.

(133) Section 5 du chapitre 2 de la loi, comprenant les articles 43 à 48.

peut jouir et disposer de ce droit de la manière la plus absolue, sous réserve des limitations légales ou réglementaires.

Dans cette optique, il serait également permis de parler de la «propriété» d'une créance. Certaines dispositions du Code civil trahissent d'ailleurs une telle conception, par exemple lorsqu'il est question de la propriété d'une rente (134) ou encore de la possession d'une créance (135) ou de sa vente (136). Et, si la doctrine a parfois souligné qu'il s'agissait de formes de langage (137), à ne pas prendre au pied de la lettre, d'autres auteurs ne répugnent pas à évoquer la propriété d'une créance ou d'un usufruit. Ainsi pour J. HANSENNE la propriété n'est elle «rien d'autre en somme que la relation qui peut exister entre une personne et les diverses valeurs dont elle a la maîtrise : les choses (corporelles), les productions de sa propre capacité intellectuelle et les droits véritables, à savoir les valeurs qui représentent ce qui est *dû* à la personne par autrui» (138). F. VAN NESTE a, plus récemment, pris parti en faveur de cette conception large de la propriété (139), défendue brillamment en France par S. GINOSSAR et F. ZENATI (140), qui voit en la propriété, non un droit réel ou un bien, mais le rapport fondamental entre la personne et ses biens, corporels comme incorporels.

B.VB.

5. – Les biens et l'image de la personne

Dans votre système juridique, est-ce qu'il existe un droit à utiliser sa propre image publique (le dit «right of publicity»?)

Si oui, comment ce droit est-il protégé?

(134) Art. 1983 C. civ.

(135) Art. 1240 C. civ.

(136) Art. 1692 C. civ.

(137) Ainsi H. DE PAGE commente-t-il, à propos de l'article 1983 du Code civil, que «le langage trahit ce que nous tenons pour une vérité psychologique, savoir, que l'idée de propriété, l'idée d'un avantage réservé «en propre» à une personne déterminée, anime en somme tout droit subjectif quelconque» (*Traité élémentaire de droit civil*, t. V, *op. cit.*, n° 896, et la note (5)).

(138) *Les biens*, *op. cit.*, t. I, n° 28.

(139) «Eigendom, toch meer dan een zakelijk recht», in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, pp. 511 et s.

(140) Voy. S. GINOSSAR, *Droit réel, Propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, L.G.D.J., 1960; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Univ. Jean Moulin, Lyon, 1981; voy. ég. F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 2^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1997, n° 89 et s.

30. En Belgique comme dans d'autres pays, la protection juridique accordée à l'image des personnes a connu une évolution remarquable au cours du dernier siècle : alors que cette protection était à l'origine cantonnée dans le domaine de la responsabilité civile, c'est un véritable «*droit à l'image*» qui est aujourd'hui généralement reconnu aux individus (141). Il en résulte que la personne représentée n'est plus nécessairement tenue d'établir les éléments constitutifs de la responsabilité quasi-délictuelle : faute, dommage et lien de causalité ; elle peut se borner à démontrer une atteinte à son droit. Et cette atteinte, précisément, est consommée par la seule fixation de l'image de la personne sans son consentement, donc avant même toute diffusion ou reproduction (142). D'ailleurs, si l'action en réparation reste ouverte à celui qui est victime d'une diffusion illicite de son image, il peut aussi agir à titre préventif, en demandant, devant le juge des référés, la cessation d'une diffusion en cours ou même imminente.

Le «*droit à l'image*» est essentiellement une création jurisprudentielle et doctrinale, même si elle trouve appui dans certaines dispositions de droit national ou supranational. Citons en particulier l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, proclamant, avec effet direct dans l'ordre juridique belge, le droit de toute personne au respect de sa vie privée, ainsi que l'article 10 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, libellé comme suit :

«*Ni l'auteur, ni le propriétaire d'un portrait, ni tout autre possesseur ou détenteur d'un portrait n'a le droit de le reproduire ou de le communiquer au public sans l'assentiment de la personne représentée ou celui de ses ayants droit pendant vingt ans à partir de son décès*» (143). La qualification de propriété est rejetée de manière nette, pour qualifier la relation entre la personne et son image. L'objection, déjà rencontrée en matière de droits intellectuels, selon laquelle la propriété ne porterait que sur des choses corporel-

(141) Voy., not., X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps, Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur, Société d'études morales, sociales et juridiques et Bruxelles, Larcier, 1982, n° 332 et s.

(142) Voy., not., E. GULDIX, «*Algemene systematische beschouwingen over het persoonlijkheidsrecht op de eigen afbeelding*», *R.W.*, 1981, pp. 1162 et s., n° 2 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 147 ; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 4^{ème} éd., Bruylant, 1990, n° 50.

(143) La loi du 22 mars 1886 contenait déjà une disposition similaire (art. 20).

les (144), est ici renforcée par la circonstance que l'image n'est qu'un prolongement de la personne : il n'y a pas – ou il n'y aurait pas – de rapport de sujet à objet (145).

La grande majorité de la doctrine belge considère le droit à l'image comme un «*droit de la personnalité*», c'est-à-dire «un droit subjectif accordé à toute personne, du seul fait de cette qualité en vue d'assurer l'intégrité des composantes physiques, psychiques et morales de sa personnalité» (146).

Cette qualification ne va pas sans créer des difficultés. C'est que les droits de la personnalité sont, le plus souvent, présentés comme des droits extrapatrimoniaux (147). Or, il est un fait qu'une personne peut monnayer le droit de reproduire son image, de même d'ailleurs que d'autres éléments de sa personnalité. Cette pratique est courante non seulement chez les célébrités, de tous horizons, mais constitue l'objet même d'une activité professionnelle : celle des mannequins. Des contrats sont ainsi conclus par lesquels le sujet autorise, moyennant finance, la fixation, la reproduction et la diffusion de son image, selon des modalités arrêtées de commun accord. Corrélativement, les sommes réclamées, sur le terrain délictuel, pour atteinte à l'image, peuvent avoir pour objet d'indemniser un manque à gagner, outre l'éventuelle réparation d'un dommage moral.

F. RIGAUX, relevant ce phénomène, observe, à contre-courant de la doctrine dominante en Belgique, que : «c'est l'idée même du droit de la personnalité ou du droit au respect de la vie privée, conçus comme droit non patrimonial, qui doit être jugée périmée. Dès lors que ces biens font aujourd'hui l'objet d'une exploitation économi-

(144) Voy. not., parmi les contributions sur le droit à l'image, C. DOUTRELEPONT, «L'introuvable droit à l'image», in *Mélanges Vander Elst*, Bruxelles, Nemesi, 1986, pp. 223 et s., n° 4; M. ISGOUR et B. VINCOTTE, *Le Droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998, n° 6.

(145) M. ISGOUR et B. VINCOTTE, *loc. cit.*; J. LIEVENS, «Het recht op afbeelding», *R.W.*, 1977, pp. 1858 et s., n° 12. Citant P. Kaiser, J. Lievens estime que la qualification de droit de propriété repose sur deux prémisses erronées, à savoir, d'une part, que l'homme est propriétaire de son corps et, d'autre part, que cette propriété du corps entraîne la propriété de l'image de celui-ci. Quant à X. Dijon, au terme d'une analyse approfondie de la thèse de la propriété de l'image, défendue en France par B. Edelman, il conclut sous forme interrogative : «Qui peut trancher? L'homme est-il oui ou non propriétaire de son image? Cette image est-elle un objet dont le sujet dispose «de la manière la plus absolue», ou bien est-elle encore tellement le sujet qu'elle répugne à cette distinction d'avec lui que commanderait l'existence d'un droit réel?» (*Le sujet de droit en son corps, op. cit.*, n° 401).

(146) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles, op. cit.*, n° 102; voy. ég. J. LIEVENS, *op. cit.*, n° 14; E. GULDIX, *op. cit.*, n° 3.

(147) Voy., not., J. LIEVENS, *op. cit.*, n° 14.

que de nature contractuelle, l'atteinte qui y est portée ne peut plus dans tous les cas être considérée comme la lésion d'un droit extrapatrimonial. A l'égard de cette catégorie d'atteintes, ce n'est pas la «vie privée» du sujet et encore moins l'intimité de celle-ci qui est mise en péril mais le monopole d'exploitation d'un droit patrimonial» (148). L'éminent professeur louvaniste remet en cause non seulement le caractère *extrapatrimonial* des «droits de la personnalité» mais également leur caractère *absolu* ainsi que leur nature même de *droits subjectifs* (149). Selon F. Rigaux, l'image de la personne, de même que les autres attributs de sa personnalité, sont des *intérêts légitimes*, que la loi protège par l'attribution d'une action en justice, mais d'une manière trop indéterminée, trop imprécise, et avec trop de restrictions pour qu'en émane l'objet d'un droit subjectif (150). Ces *biens de la personnalité* font l'objet d'obligations contractuelles et sont donc dans le commerce, sauf les restrictions liées à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La qualification de droits extrapatrimoniaux n'est qu'une «chimère inutile», de nature idéologique, destinée à conférer à ces biens un supplément de protection mais néanmoins démentie par la pratique (151).

Sans nécessairement suivre F. Rigaux dans tous ses développements, il faut bien reconnaître que les auteurs éprouvent quelque embarras à réconcilier la pratique contractuelle en matière d'image des personnes et le fondement de la protection de cette image (152).

(148) *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 325.

(149) *Loc. cit.*, n°s 655 et s.

(150) *Loc. cit.*, n°s 668-669, ainsi que n° 687.

(151) *Loc. cit.*, n°s 682, 685.

(152) Pour Y.-H. LELEU, si «les droits de la personnalité so(nt) de nature extrapatrimoniale et indisponible», cela «n'empêche pas que certaines prérogatives liées (à ces droits), résultant de l'autonomie accrue de l'individu par rapport à ceux-ci (...), puissent représenter une valeur économique et faire l'objet d'une transaction ou d'une renonciation» (*op. cit.*, n° 103). En particulier, «le droit à l'image est largement disponible. Son extrapatrimonialité se limite à son existence même, le consentement du titulaire étant la clé et la mesure de son exploitation» (*ibid.*, n° 149). Pour J.-P. MASSON, «le caractère extrapatrimonial des droits de la personnalité n'empêche pas qu'ils puissent avoir des aspects pécuniaires» (*op. cit.*, n° 28). Pour P. SENAËVE, il faut distinguer les droits de la personnalité eux-mêmes, qui sont extrapatrimoniaux et indisponibles, de la valeur ou de l'élément constitutif de la personne («de persoonswaarde of het persoonsbestanddeel») que ces droits protègent. Cette valeur, cet élément, peut appartenir au patrimoine de la personne et être (partiellement) disponible. Ainsi en va-t-il notamment en cas de contrat relatif à la réalisation et à l'utilisation de photographies d'un sujet. Il ne s'agit pas d'une atteinte au principe de l'indisponibilité du droit de la personnalité mais du simple exercice de ce droit (*Compendium van het Personen-en Familierecht*, Leuven, Acco, n°s 437 à 440).

X. DIJON, à cet égard, propose une analyse particulièrement intéressante dans son ouvrage «Le sujet de droit en son corps, Une mise à l'épreuve du droit subjectif» (153). L'auteur se rallie à la thèse d'un *dédoublement du droit*, suggérée par d'autres, mais en précisant – ce qui fait l'originalité du propos – que «la nature juridique du «droit à l'image» ne peut être déterminée que par l'option du sujet. (...) Le sujet peut faire de son image un objet qui entre dans le commerce des choses que l'on utilise : on rencontre alors une situation très proche du droit réel (...). Le sujet peut faire de son image une présence de lui-même qui échappe au commerce des choses (...)» (154). Concrètement, «il y aurait exercice d'un droit «réel» dès lors que, dans une relation contractuelle, le sujet accepte de passer pour «objet» : de lui à son image engagée sur le marché, il y aurait ainsi un rapport de personne à chose (...). Par contre, lorsque le sujet n'est pas engagé dans la relation contractuelle, le droit de propriété n'a plus d'application; il n'est plus nécessaire d'opérer une distinction entre le sujet et un de ses attributs pris comme objet; le sujet retrouve ici son unité première, et son image est défendue au titre des droits de la personnalité» (155).

M. Isgour et B. Vinçotte se rallient à l'analyse de X. Dijon, reconnaissant une nature mixte au droit à l'image, «proche de celle des droits intellectuels» (156). Ce dernier rapprochement – non point tant avec les droits intellectuels dans leur ensemble qu'avec l'espèce que constitue le droit d'auteur – nous semble intéressant. Sans revenir sur la nature de ce droit – et notamment sur les analyses moniste et dualiste qui en sont faites (157) –, on peut relever de profondes *analogies* entre le régime de l'image de la personne et celui de l'œuvre littéraire ou artistique. La définition des prérogatives est proche : on parle ici de la faculté d'empêcher la fixation et la diffusion de l'image, là d'un droit exclusif de reproduction et de communication au public. On observe le même souci de préserver le droit du public à l'information et la liberté d'expression, que ce soit à tra-

(153) Pour les références, voy. *supra*, note 141.

(154) *Op. cit.*, n° 449.

(155) *Loc. cit.*, n° 445.

(156) *Loc. cit.*, n° 46.

(157) Sinon pour noter qu'il se trouve, en Belgique aussi, une doctrine minoritaire classant les droits de l'auteur, mais aussi de l'inventeur ou «du scientifique» parmi les droits de la personnalité : voy. A. HEYVAERT, *Het personen-en gezinsrecht ont(k)leed. : theorieën over personen-en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gand, Mys & Breesch, 1995, n° 171.

vers une théorie du consentement tacite (image des « personnes publiques » et de celles se trouvant dans un lieu public) ou par un régime d'exceptions (exceptions de citation, de parodie, pour compte rendu d'événement de l'actualité, ... (158)). Dans la sphère contractuelle, la personne représentée, tout comme l'auteur, se voient protégées comme parties faibles, par l'exigence d'un consentement « spécial », interprété restrictivement (159). Dans un cas comme dans l'autre, on entend, en définitive, protéger la personne à travers ses projections dans le monde des choses et des idées. Et on le fait en se fondant, dans une certaine mesure, sur le *modèle* de la propriété, en tant qu'archétype de la *maîtrise* de l'individu sur son environnement, sinon sur sa personne.

B.VB.

6. – Les biens et les données à caractère personnel

Le droit de disposer de ses propres données personnelles existe-t-il ?

31. La sixième question – s'il existe, dans le système national, un « droit de disposer de ses propres données personnelles » – nous paraît devoir être précisée sur deux plans.

En ce qui concerne, d'abord, la notion de *données personnelles*, nous nous référerons à la définition figurant dans la loi, transposant en droit belge la directive (CE) 95/46 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. On entendra donc par là « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (...) ». Ces données sont généralement littérales mais des photographies ou des bandes sonores sont également visées (160).

Dans cette mesure, les développements consacrés ci-dessus à l'image des personnes constituent déjà des éléments de réponse à la

(158) Voy. les art. 21 et 22, § 1^{er}, 1^o, 2^o et 6^o, L. 30 juin 1994.

(159) En ce qui concerne le droit d'auteur, voy. l'art. 3 L. 30 juin 1994.

(160) Voy., en ce sens, les déclarations d'un membre de la Commission de la protection de la vie privée et du Ministre lors des travaux préparatoires de la loi : *Doc. parl.*, S., 1991-92, n^o 445/2, pp. 19 et 57.

sixième question. Toutefois, toujours par référence aux normes précitées, nous supposons, dans la suite de l'exposé, que la question porte essentiellement sur des données susceptibles de faire l'objet d'un *traitement* et de figurer dans un *fichier*, c'est-à-dire un «ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés». Dès lors, on ne s'attardera pas sur le statut d'informations *non standardisées* relatives à la vie privée de personnes particulières telles que les stars du show-biz, politiciens et autres célébrités sportives. Ce n'est pas que de telles informations, par l'intérêt qu'elles éveillent auprès du public, ne puissent faire l'objet de transactions sur un marché; que du contraire. Mais l'analyse de ce phénomène, en termes de «biens de la personnalité», peut être nettement rapprochée de celle qui a été faite de l'image dans le cadre de la question précédente (161) – et qui pourrait être faite du nom patronymique. Au contraire, les données à caractère personnel dont il s'agit ici n'ont guère de valeur marchande si on les considère *ut singuli*: ce n'est qu'envisagées collectivement qu'elles acquièrent un caractère patrimonial. En atteste l'émergence d'opérateurs économiques dont l'objet social consiste, précisément, dans le commerce de fichiers, de *mailing-lists*, de banques de données à caractère personnel.

Ceci nous amène à notre deuxième précision. Qu'entend-on par le «*droit de disposer*» de telles données; et dans le chef de *qui* convient-il de vérifier l'existence de ce droit? La personne à laquelle se rapportent les données est, d'évidence, libre de les communiquer à autrui, c'est-à-dire, en un sens, d'en disposer. Beaucoup plus délicate – et juridiquement pertinente – est la question de savoir si celui qui a constitué un fichier, par hypothèse de manière licite, en collectant et en organisant des données personnelles, est autorisé à les communiquer à un tiers, à titre onéreux ou non. C'est essentiellement à cette question que nous tenterons de répondre. Au préalable, on précisera que la personne dont des données personnelles ont été traitées se voit reconnaître un droit d'accès à ces données (162). En ce sens, elle peut aussi «disposer» de ses données personnelles.

(161) En ce sens, spécialement, voy. F. RIGAUD, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, précité.

(162) Art. 10 L. 8 décembre 1992.

32. En Belgique, la protection des données à caractère personnel est assurée par une loi du 8 décembre 1992 (163). Cette loi a été substantiellement modifiée le 11 décembre 1998 en vue d'assurer la transposition de la directive (CE) 95/46 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, déjà mentionnée (164). En outre, le Roi a précisé le régime de la protection dans un arrêté du 13 février 2001 (165).

Ces textes n'approchent pas du tout les données à caractère personnel sous leur aspect de «biens» soumis à un certain commerce. Essentiellement, la loi énonce les conditions de fond et de forme dans le respect desquelles peut être effectué de manière licite un traitement de données à caractère personnel. La clé de voûte du système réside dans le principe de *finalité* : les données à caractère personnel doivent être «collectées pour des finalités déterminées et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités» (166). Ces finalités sont énumérées par la loi (167). Outre le cas du consentement indubitable de la personne concernée, le traitement peut être admis s'il est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie, au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis, à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou encore à «la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée» (168). Notons que pour certaines données «sensibles» (origines raciales, opinions politiques, vie

(163) Pour un premier commentaire, voy. not. M.-H. BOULANGER, C. de TERWAGNE et Th. LEONARD, «La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, La loi du 8 décembre 1992», *J.T.*, 1993, pp. 369 et s.; pour un commentaire plus approfondi de la loi actuelle, voy., not., D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Coll. *Recht en praktijk*, Anvers, Kluwer, 2001; G. BAETEMAN et M.-J. VAN VLASSELAER, *De bescherming van het privé-leven ten aanzien van de gegevensverwerking*, Dossier *R.G.D.C.*, Deurne, Kluwer, 1993. Voy. ég. les *Rapports d'activité* annuels de la Commission de la vie privée.

(164) Sur ces modifications en particulier, voy., not., Th. LEONARD et Y. POULLET, «La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution, La loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995», *J.T.*, 1999, pp. 377 et s.

(165) À propos de cet arrêté, voy. C. de TERWAGNE et S. LOUVEAUX, «Protection de la vie privée face au traitement de données à caractère personnel», *J.T.*, 2001, pp. 457 et s.

(166) Art. 4, §1^{er}, 2^o, L. 8 décembre 1992. La loi précise que les données doivent être «adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités (...), exactes et si nécessaire mises à jour (...), conservées (...) pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités (...)» (art. 4, §1^{er}, 3^o, 4^o et 5^o).

(167) Voy. l'art. 5.

(168) Art. 5, al. 1, sous (f).

sexuelle, santé, litiges, suspicions, poursuites...), les finalités licites sont énumérées de manière plus restrictives (169).

Au-delà, c'est surtout une obligation de *transparence* qui est imposée au responsable d'un traitement : il doit, d'une part, fournir à la personne concernée une série d'informations quant au traitement (170), d'autre part, faire une déclaration auprès de la Commission de la protection de la vie privée, préalablement à la mise en œuvre du traitement (171).

33. La question de savoir si le responsable d'un traitement de données à caractère personnel peut disposer de ces données – au sens de les communiquer à un tiers –, le cas échéant contre rémunération, doit être résolue en fonction de ces principes de finalité et de transparence. Il faut donc se demander si, *in casu*, la communication envisagée est *compatible ou non avec la finalité déclarée*; en d'autres termes, la personne concernée peut-elle raisonnablement s'attendre à cette communication? Précisons que, parmi les informations que le responsable du traitement doit fournir, tant à la personne concernée qu'à la Commission de la vie privée, figurent « les destinataires ou les *catégories* de destinataires des données » (172). Il n'est donc pas requis que le destinataire de la communication soit identifié nommément.

Si le responsable du traitement entend communiquer les données à caractère personnel qu'il détient à une personne physique ou morale n'entrant pas dans la ou les catégories de destinataires mentionnées initialement, il lui appartient de faire une nouvelle déclaration et d'informer à nouveau la personne concernée.

En règle, la disposition de données à caractère personnel n'est donc *pas* soumise au *consentement* de ceux qu'elles concernent *mais* seulement à des formalités ayant pour objet la *transparence* des traitements ultérieurs dont ces données pourraient faire l'objet. Cette affirmation doit toutefois être nuancée. En effet, en vertu de l'article 12, §1^{er}, de la loi, « toute personne a (...) le droit de s'opposer,

(169) Voy. les art. 6 à 8 de la loi.

(170) Voy. l'art. 9 de la loi, en notant qu'il existe des cas de dispense.

(171) Voy. l'art. 17.

(172) Art. 9, §§1 et 2, sous d, en ce qui concerne l'information de la personne concernée; pour ce qui est de la déclaration à la Commission, la loi mentionne seulement « les catégories de destinataires à qui les données peuvent être fournies », ce qui n'empêche bien sûr pas le responsable du traitement de déterminer nommément les destinataires.

pour des raisons sérieuses et légitimes tenant à une situation particulière, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement» (173). Ce droit d'opposition, subordonné à une exigence de proportionnalité, est sanctionné par l'intervention possible de la Commission de la vie privée ainsi que par une action en cessation devant le Président du tribunal de première instance (174).

34. Le régime de la communication des données à caractère personnel, tel que sommairement décrit ci-dessus, fait l'objet, dans certaines circonstances, d'un assouplissement; dans d'autres cas, il est au contraire rendu plus sévère.

Il y a notamment *assouplissement* lorsque le traitement ultérieur des données – lequel peut impliquer une (nouvelle) communication – poursuit des *fins historiques, statistiques ou scientifiques*: dans ce cas, une nouvelle déclaration n'est pas toujours requise (175).

Il y a, au contraire, *durcissement* du régime dans trois hypothèses. En ce qui concerne les *données «sensibles»*, d'abord, il est prévu que «les catégories de personnes, ayant accès aux données à caractère personnel, doivent être désignées par le responsable du traitement (...), avec une description précise de leur fonction par rapport au traitement des données visées; (...) la liste des catégories des personnes ainsi désignées doit être tenue à la disposition de la Commission (...); (le responsable du traitement) doit veiller à ce que les personnes désignées soient tenues, par une obligation légale ou statutaire, ou par une disposition contractuelle équivalente, au respect du caractère confidentiel des données visées» (176).

Ensuite, lorsque les données à caractère personnel sont collectées à des fins de «*direct marketing*» (*sic*), la personne concernée peut *s'opposer*, gratuitement et sans aucune justification, au traitement projeté dans la mesure où il la concerne (177). Le commerce de données personnelles à des fins purement mercantiles est donc soumis à un droit de *veto* des personnes concernées. Et, pour assurer le caractère effectif de ce veto, la loi précise que l'information de la

(173) Sauf lorsque le traitement a pour finalité l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou le respect d'une obligation légale pesant sur le responsable du traitement.

(174) Voy. les articles 13 et 14 de la loi.

(175) Voy. les chapitres II et IV de l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

(176) Voy. l'article 25 de l'arrêté du 13 février 2001 cité à la note précédente.

(177) Voy. l'article 12, §1^{er}, al. 3, de la loi.

personne concernée doit avoir lieu *avant* que les données ne soient pour la première fois communiquées à des tiers à des fins de direct marketing (178).

Enfin, les transferts de données à caractère personnel vers des *pays non membres de la Communauté européenne* sont soumis à une condition de fond particulière : ils ne peuvent avoir lieu « que si le pays en question assure un niveau de protection adéquat » (179). Si des dérogations sont prévues, il reste que le commerce international – du moins en dehors de l'espace économique européen – des données à caractère personnel subit des entraves supplémentaires.

35. En conclusion, si l'on peut, dans une acception très large du terme, considérer les données à caractère personnel comme des *biens*, encore faut-il relever que le commerce de tels biens est strictement réglementé en vue de garantir les droits fondamentaux des personnes auxquelles ces données se rapportent : pour que la communication de ces données soit licite, des conditions strictes doivent être remplies, qui varient selon la nature des données et le but de la communication. En outre, il n'est pas évident que cette simple possibilité de monnayer la communication de ces données érige celles-ci en biens juridiques, objets de propriété, c'est-à-dire, d'un droit de jouissance et de disposition *a priori* absolu et exclusif.

B.VB.

(178) Voy. l'article 9, §2, sous c, de la loi.

(179) Voy. l'article 21 de la loi.