



HAL
open science

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE À L'ÉPREUVE DES PROCÉDURES COLLECTIVES

Inbal Heliot

► **To cite this version:**

Inbal Heliot. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE À L'ÉPREUVE DES PROCÉDURES COLLECTIVES. Droit. AMU, 2014. Français. NNT: . tel-03616420

HAL Id: tel-03616420

<https://theses.hal.science/tel-03616420v1>

Submitted on 22 Mar 2022

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

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

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE À L'ÉPREUVE DES PROCÉDURES COLLECTIVES

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

(Arrêté du 7 août 2006)

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Inbal COHEN- HÉLIOT

Le 7 novembre 2014

Directeur de recherche : **Madame Dominique VELARDOCCHIO**

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Suffragants : **Monsieur Nicolas BINCTIN** (Rapporteur)

Professeur à l'Université de Poitiers

Monsieur David BOSCO

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Monsieur Frédéric BUY (Rapporteur)

Professeur à l'Université d'Auvergne-Clermont I

« Les facultés n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

*J'adresse tous mes remerciements à Madame
le Professeur Dominique VELARDOCCHIO
pour avoir accepté de diriger cette recherche
et m'avoir soutenue tout au long de celle-ci.*

À mes parents

À mon mari et mes filles.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

LA CONCILIATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AVEC LES MOYENS DE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE

TITRE PREMIER : LA CONTINUATION DES CONTRATS SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Chapitre 1. *L'application de la règle de «la continuation des contrats en cours » aux contrats sur droits de propriété intellectuelle*

Chapitre 2. *Les effets de la continuation des contrats sur droits de propriété intellectuelle*

TITRE SECOND : LA CESSION DE L'ENTREPRISE À UN TIERS SUSCEPTIBLE D'EN ASSURER LA PÉRENNITÉ

Chapitre 1. *La cession de l'entreprise titulaire de droits de propriété intellectuelle*

Chapitre 2. *L'évaluation lors de la réalisation des droits de propriété intellectuelle*

SECONDE PARTIE

LA CONFRONTATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AUX CONTRAINTES IMPOSÉES AUX CRÉANCIERS

TITRE PREMIER : LES CONTRAINTES IMPOSÉES AUX TITULAIRES DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE CONTENTIEUX DE LA CONTREFAÇON

Chapitre 1. *Les mesures provisoires, conservatoires et probatoires à l'épreuve de l'arrêt des poursuites individuelles*

Chapitre 2. *L'action en contrefaçon à l'épreuve de l'arrêt des poursuites individuelles*

TITRE SECOND: LES CONTRAINTES IMPOSÉES AUX TITULAIRES DE SÛRETÉS CONSTITUÉES SUR DES PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES

Chapitre 1. *Le sort du nantissement de propriétés intellectuelles*

Chapitre 2. *La propriété intellectuelle réservée à titre de garantie*

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Act. proc. coll.	Actualité des procédures collectives
AJ	Actualité jurisprudentielle (du Recueil Dalloz)
Al.	Alinéa
Ann. prop. ind.	Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire
AN	Assemblée nationale
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
BOPI	Bulletin officiel de la propriété industrielle
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de Cassation
Bull.crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de Cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
Cah. dr. entr.	Cahier de droit de l'entreprise (in Juris-Classeur périodique)
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. pén.	Code pénal
C. proc.coll.	Code des procédures collectives
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CA	Cour d'appel
Cah. dr. auteur	Cahiers du droit d'auteur
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. 1 ^{ère} civ.	Cour de cassation, première chambre civile (ou section civile de 1953 à 1964)
Cass. 2 ^{ème} civ.	Cour de cassation, deuxième chambre civile (ou section civile de 1953 à 1964)
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale et financière
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CE	Conseil d'État
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer (avec)
Contra	Solution contraire
Concl.	Conclusions
D.	Dalloz (recueil Dalloz Sirey)
D. aff	Dalloz Affaires
D. act.	Dalloz actualité
D. jurisp.	Dalloz jurisprudence
Décr.	Décret
Defrénois	Répertoire du notariat Défrénois
Dir.	Sous la direction de

Doctr.	Doctrine
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
Dr. sociétés	Droit des sociétés
éd.	Edition
esp.	Espèce
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GPC	Gazette des procédures collectives
<i>ibid.</i>	ibidem : « au même endroit »
INPI	Institut national de la propriété industrielle
IRPI	Institut de recherche de la propriété intellectuelle
<i>infra</i>	Ci-dessous
J.C.P.éd. G	Juris-classeur périodique (La semaine juridique Lexisnexis), édition Générale
J.C.P.éd. E	Juris-classeur périodique, édition Entreprise
J.C.P.éd.N	Juris-classeur périodique, éditions Notariale
J.O.	Journal officiel de la République française
J.O.C.E	Journal officiel des Communautés européennes
juris.	Jurisprudence
Juris-Data	Banque de données juridiques
L.	Loi
LEDEN	L'essentiel du droit des procédures collectives
LEPI	L'essentiel du droit de la propriété intellectuelle
<i>loc. cit.</i>	Loco citato : « passage cité »
LPA	Les petites affiches
Nouv.	Nouveau
n°	Numéro
Obs.	Observations
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
<i>op. cit.</i>	Opere citato : « œuvre déjà citée »
Ord.	Ordonnance
P.	Page
Préc.	Précité
PIBD	Propriété industrielle. Bulletin documentaire
Prop. ind.	Propriété industrielle
Prop. intell.	Propriété intellectuelle
Procédures	Revue procédures
Rapp.	Rapport
Rappr.	Rapprocher
Rec. Lebon	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Recueil Lebon)
Règl.	Règlement
Rev. adm.	Revue administrative
Rev. banque	Revue de la banque
Rép. civ.	Répertoire du droit civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire du droit commercial Dalloz
RDPI	Revue du droit de la propriété intellectuelle
Rev. dr. bancaire	Revue du droit bancaire et de la bourse
Rev. Lamy dr.des aff	Revue Lamy droit des affaires
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives

Rèp sociétés	Répertoire des sociétés Dalloz
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDI	Revue de droit de l'immatériel (Lamy)
RNB	Registre national des brevets
RNM	Registre national des marques
R.T.D. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	et suivant(e)s
SACEM	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
somm.	Sommaire
sect.	Section
ss.	sous
supra	Ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
v.	Voir

« La situation de mort-civil, où le failli reste comme une chrysalide, dure trois mois environ, temps exigé par les formalités avant d'arriver au congrès où se signe entre les créanciers et le débiteur un traité de paix, transaction appelée Concordat. Ce mot indique assez que la concorde règne après la tempête soulevée entre des intérêts violemment contrariés »

(Balzac, « César Birotteau »).

INTRODUCTION

1. Droits de propriété intellectuelle et procédures collectives : voici une alliance étonnante, impétueuse, à bien des égards florissante et assurément complexe. Les procédures collectives n'épargnent habituellement aucun secteur d'activité. Régulièrement, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou d'une liquidation judiciaire touche des droits de propriété intellectuelle représentant une importante part de l'actif du patrimoine de la plupart des entreprises titulaires des droits ou tiers les exploitant, quels que soient le secteur concerné et la propriété intellectuelle en cause.

2. **Données historiques.**- La propriété intellectuelle « fille de l'encyclopédie », est née dans le berceau des droits fondamentaux et porte le sceau du siècle des lumières¹. Il est question d'une notion juridique dont le périmètre est vaste et le contenu hétérogène : elle intéresse des réalisations aussi diverses que des inventions, des logiciels, des créations littéraires, artistiques, musicales, des obtentions végétales, des marques, etc. Le dénominateur commun à tous ces éléments est leur protection par un droit exclusif, conférant à leur titulaire le pouvoir d'en contrôler l'accès, l'usage et l'exploitation. Inépuisables et pouvant être exploitées simultanément par un nombre infini de personnes, les propriétés intellectuelles constituent des *res nullius*.

Leur valeur liée à leur rareté, sera donc perdue ou diminuée, dès qu'elles auront été intellectuellement accessibles aux tiers. Leur rareté ne peut être maintenue qu'en empêchant l'accès intellectuel des tiers, ou en organisant un système d'appropriation, qui ne peut

¹ P. CATALA, « *au-delà du droit d'auteur* », in *Écrits en hommage à Jean FOYER*, PUF 1997, p. 215

provenir que d'une décision du législateur². Le droit de la propriété industrielle répond à ces préoccupations, en conférant aux créateurs le droit exclusif, limité dans le temps, de reproduire leur création, même après sa divulgation

Bien que des monopoles sur des créations nouvelles ou des signes distinctifs soient connus depuis le XIV^e siècle, c'est seulement au XIX^e siècle que Kohler et Picard ont perçu la fondamentale homogénéité des droits portant sur des créations intellectuelles et leur spécificité. Caractérisée par l'idée de monopole temporaire d'exploitation sur une chose immatérielle, d'où le nom de droits intellectuels ou immatériels, la doctrine des droits intellectuels refuse d'assimiler ceux-ci à des droits personnels aussi bien qu'à des droits réels et préfère y voir une catégorie entièrement nouvelle. Ces auteurs les considéraient comme des droits *sui generis* de nature patrimoniale³. La conception de Kohler fut critiquée par Roubier⁴, au motif que cette conception créait une catégorie à partir de l'objet sur lequel elle porte et non du contenu du droit. Roubier offre une approche unitaire des droits, tenant compte de leur dimension économique, il propose de les ériger en une troisième catégorie, à côté de celles, classiques, des droits réels et des droits personnels⁵. Il tente d'ouvrir une autre voie, celle des « droits de clientèle ». Selon cet auteur, les droits intellectuels diffèrent à la fois des droits personnels, parce qu'ils sont opposables « *erga omnes* », et des droits réels, principalement parce que le monopole qu'ils confèrent, élimine la concurrence, alors que la propriété corporelle la laisse subsister. L'acuité de cette thèse atteste de la place des droits intellectuels dans l'économie⁶. Dabin, doit également être cité, bien que sa théorie soit plus idéaliste, tout en ne s'éloignant pas de la notion de droit réel⁷. D'après lui, il est nécessaire de reconnaître une autre catégorie juridique, celle des droits intellectuels. Cette reconnaissance se justifie essentiellement en raison de la logique personnaliste de certains droits, notamment le droit

² S'agissant des biens incorporels en général, le doyen J. CARBONNIER observe que « leur existence vient du droit », Droit civil, t. 3 : Les biens, 19^e éd. 2000, n° 52 ; J.M. MOUSSERON, Valeur, biens, droits, Mélanges André BRETON-Fernand DERRIDA, Dalloz 1991, p. 277 ; P. ROUBIER, Unité de synthèse des droits de propriété industrielle, Mélanges Marcel PLAISANT, Sirey 1960, p. 161

³ E. PICARD, Le droit pur, Bruxelles-Paris, 1899, p. 121, repris par A. COLIN, H. CAPITANT et JULIOT de la MORANDIERE dans le cours de droit civil français, 11^e éd. 1947, t. 1, n° 127 ; J. KHOLER, immaterialgüterrechte : Forschungen aus dem Patentrecht, Mannheim, 1888, p. 16, sur cette théorie v° J. BONNET, Étude de la législation allemande des brevets d'invention, thèse Paris, 1902, p.9

⁴ P. ROUBIER, « Le droit de la propriété industrielle »(Traité), T. 1, n° 22

⁵ P. ROUBIER, Droits intellectuels et droits de clientèle, RTD com. 1935, p. 288

⁶ N. BINCTIN, Droit de la propriété intellectuelle, 2^e éd. 2012, LGDJ, n°, p. 24

⁷ J. DABIN, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1939, p. 413

moral de l'auteur qui ne peut se rattacher aux droits réels et la maîtrise de l'exploitation ne peut pas en être entièrement détachée⁸.

Depuis plusieurs décennies le domaine de la propriété intellectuelle s'est considérablement étendu, à tel point que l'on a pu lire sous la plume d'un auteur que la planète était « saisie aujourd'hui par le démon de la propriété intellectuelle »⁹. Il ne s'agit plus uniquement de protéger « celui qui crée, par son talent, son génie, sa sensibilité, mais aussi celui qui investit, sans qui la création dans le plus grand nombre de cas ne pourrait se faire »¹⁰.

3. Qualification de propriété.- Le législateur, la jurisprudence, la doctrine emploient variablement certains vocables pour désigner la propriété intellectuelle. Il n'existe pas d'argument insurmontable qui fasse obstacle à ce que l'on se réfère à la notion de propriété conçue de façon « compréhensive » pour qualifier les monopoles d'exploitation que confèrent les différents droits intellectuels¹¹. L'on constate à cet égard, que tant les textes internes, que les conventions internationales utilisent le terme de propriété. Le législateur lui-même utilisant le vocable « propriété intellectuelle » pour désigner la codification de ces règles. Il s'agit donc de droits réels portant sur un objet incorporel, protégé par l'action en contrefaçon, action obéissant au régime juridique et procédural des actions réelles, qui se déploie aussi bien au civil qu'au pénal pour l'ensemble des droits considérés.

En droit communautaire, les textes se réfèrent généralement à la notion de « droit exclusif »¹². Certains, ont cependant qualifié des droits de propriété intellectuelle de « droits de propriété »¹³, sans leur reconnaître pour autant un régime ou une conséquence particulière¹⁴. La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et le droit voisin dans la

⁸ F. POLLAUD-DULIAN, La propriété industrielle, *Economica* 2012, n° 24, p. 12

⁹ M. VIVANT, « *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?* », in mélanges Christian MOULY, Litec, 1998, p. 441

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ F. POLLAUD-DULIAN, La propriété industrielle, *Economica* 2012, n° 25, p. 12

¹² Par exemple : la directive d'harmonisation du droit des marques du 21 décembre 1988 (article 5) et le Règlement sur la marque communautaire (article 9)

¹³ CJCE, 31 oct. 1974 aff. 16/74, « *centrafarm et A. de peiper c/ Winthrop, GAPI*, n° 10bs. M. VIVANT « L'objet spécifique du droit des marques est notamment d'assurer au titulaire le droit exclusif d'utiliser la marque, pour la première mise en circulation du produit [...] »

¹⁴ La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans son article 17 §2 fait mention aux droits de propriété intellectuelle, il en va de même de l'article 36 du TFUE, aux termes duquel il est permis par exception à la règle de la liberté de circulation des marchandises, certaines « interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit », si elles sont justifiées, notamment par des raisons de « protection de la propriété industrielle et commerciale » (la charte susceptible d'être invoquée tant devant les juridictions nationales que communautaire).

société de l'information, dispose pour sa part, dans un de ses considérants que « la propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété »¹⁵. Cette référence à la notion de propriété, permet ainsi d'invoquer la protection du droit de propriété selon l'article 1^{er} du Protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, dont est garante la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît à son tour que la propriété intellectuelle bénéficie de la protection de la propriété par l'article précité.

La jurisprudence du conseil constitutionnel ne laisse pour sa part subsister aucune équivoque quant à la qualification de propriété¹⁶. Dans une décision du 27 juillet 2006¹⁷, le Conseil constitutionnel a expressément reconnu aux droits de propriété intellectuelle le bénéfice de la protection constitutionnelle de la propriété, telle qu'elle résulte de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cet article proclame à son égard que « étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est quand la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

La qualification de propriété en droit constitutionnel et en droit communautaire permet ainsi d'opposer les atteintes que le législateur porterait aux droits de propriété intellectuelle sans juste et préalable indemnité. En définitive, si le terme de propriété peut être employé à l'égard des droits de propriété intellectuelle, c'est dans un sens spécifique, car cette propriété déroge à bien des égards au droit commun de la propriété civile. Au fond la nature immatérielle de l'objet du droit impose un changement de ce droit, faisant de la propriété intellectuelle, un droit spécifique¹⁸. Un auteur a remarqué avec raison que « quelle que soit la nature de la création, il ne s'agit pas de la création d'un droit de propriété mais d'un bien sur lequel une propriété s'exercera »¹⁹. L'effort inventif ou créatif n'est finalement qu'un moyen d'acquisition de la propriété²⁰.

¹⁵ Directive CE n° 2001/29 du 22 mai 2001, considérant 9 « la propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété »

¹⁶ J. M. BRUGUIÈRE et F. DUMONT, « La question prioritaire de constitutionnalité dans le droit de la propriété intellectuelle », CCE 2010, Étude 10, n°11 et s.

¹⁷ Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, décision n°2006-540, JO du 3 août 2006, p ; 11541, considérant n° 15, D. 2006 p. 2157, obs. C. CASTETS-RENARD

¹⁸A. FRANÇON, « cours de propriété littéraire, artistique et industrielle », 1996-1997, p. 6

¹⁹ N. BINCTIN, Droit de la propriété intellectuelle, *op. cit.*, n° 2, p. 22, pour une approche complète de la notion de « bien intellectuel », v° p. 24 et s.

²⁰ ROUBIER, t. 1, *op.cit.*, n° 21 ; J. CARBONNIER, « Droit civil », t. 3., « Les biens », PUF, 1990, n° 250 : « Toutes les propriétés incorporelles ont ce trait commun de n'être que des propriétés oisives. Leur existence dépend de l'activité ou de la puissance créatrice de l'homme : soit de son activité actuelle (c'est le cas des

4. Vers une approche unifiée.- Cette reconnaissance de la spécificité de la matière a coïncidé avec un mouvement de réglementation et de structuration juridique, tant sur le plan national qu'international, produisant un système hautement articulé et universellement reconnu²¹.

Tous les droits de propriété intellectuelle ont en commun de porter sur des objets immatériels et d'instituer un droit exclusif sur ces objets. Ce droit exclusif consiste dans le droit d'exploiter l'objet et d'en autoriser ou d'en interdire l'exploitation aux tiers.

Ce droit est octroyé aux créateurs est solennisé depuis 1992 dans un Code de la propriété intellectuelle, qui a souligné et renforcé cette unité, réunissant les différents droits de propriété intellectuelle, l'acte créatif est ainsi « au cœur de la propriété intellectuelle »²². Cette codification marque-t-elle peut-être la conquête d'une certaine autonomie de cette matière, tiraillée jusque là entre le droit civil (pour l'auteur) et le droit commercial (pour la propriété industrielle)²³. L'objectif du législateur, en accordant ces droits exclusifs, varie suivant la nature des éléments protégés, mais l'idée d'une récompense du titulaire est toujours présente. Selon les cas, la reconnaissance d'un droit exclusif peut se justifier par un acte de création (cas des œuvres de l'esprit), par un enrichissement de l'état de la technique, voire une innovation (cas des inventions), par un investissement (cas des bases de données), ou encore parce qu'il contribue au bon fonctionnement du commerce et de la concurrence (cas des signes distinctifs). Néanmoins, même s'il est impossible d'appliquer les mêmes règles à tous ces droits, il n'en demeure pas moins, que pour certains aspects techniques ou procéduraux, un certain rapprochement est envisageable. Un tel processus avait été entamé dans ce sens, par la loi du 11 janvier 1991 relative aux marques, qui avait rapproché considérablement le droit des marques du droit des brevets, ce qui créait un tronc de droit commun de la propriété intellectuelle²⁴. Le phénomène a pris une tout autre dimension avec la transposition de la directive n° 2004/48 du 29 avril 2004, sur le respect des droits de propriété intellectuelle par la loi du 29 octobre 2007 dite de lutte contre la contrefaçon²⁵. Après cette réforme, sous réserve de particularités propres au droit d'auteur, les règles concernant la compétence

offices, des clientèles civiles, des fonds de commerce), soit de son activité passée et matérialisée dans une création de l'esprit (c'est le cas des brevets d'invention, de la propriété littéraire et artistique) »

²¹ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.L PIERRE, Droit de la propriété industrielle, 3^e éd. 2003, n° 10, p. 5

²² J. C. GALLOUX, « Qu'est ce que la propriété intellectuelle ? », *Droits de propriété intellectuelle- Liber amicorum* G. BONET, Litec 2010, coll. IRPI, t. 36, p. 199

²³ F. POLLAUD-DULIAN, La propriété industrielle, *op. cit.*, n°51, p. 27

²⁴ F. POLLAUD-DULIAN, La propriété industrielle, *op.cit.* n° 57, p. 30

²⁵ JO n° 252 du 30 octobre 2007 et décret n° 2009-1205 du 9 octobre 2009, p. 1777 ; J. C. GALLOUX, « Premier bilan de l'application de la loi du 27 octobre 2007 dite de lutte contre la contrefaçon », *prop. intell.* Oct. 2009, p. 342

juridictionnelle, la prescription, la contrefaçon, le « droit à l'information » du titulaire des droits contrefaisants, les mesures provisoires d'interdiction des actes de contrefaçon, les modalités de calcul des répartitions et les mesures complémentaires se trouvent unifiées pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. Poursuivant ces objectifs, le parlement a adopté définitivement par un ultime vote, une proposition du sénateur Yung ayant donné lieu à l'adoption de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014, renforçant la lutte contre la contrefaçon. En poursuivant la spécialisation amorcée par la loi précédente, cette nouvelle loi apporte notamment quelques retouches dans le domaine du brevet et améliore la procédure du droit à l'information. En matière d'indemnisation des victimes d'actes de contrefaçon, elle commande aux juridictions de prendre en compte désormais tous les éléments caractérisant le préjudice, ces dispositions sont étendues à presque tous les droits de propriété intellectuelle, marquant une volonté d'unification de la matière. Elle met en outre, en place une procédure de saisie-contrefaçon harmonisée, désormais la procédure en matière de propriété littéraire et artistique est calquée sur celle prévue en droit de la propriété industrielle, ou presque, les moyens d'action des douanes sont renforcés et une nouvelle prescription quinquennale est instaurée²⁶. L'on peut affirmer que ces droits sont aujourd'hui « une réalité du droit positif »²⁷.

C'est que si la matière est d'avenir, elle est aussi vaste, diversifiée et en perpétuelle mutation²⁸. La richesse de l'organisation juridique des règles s'appliquant aux créations intellectuelles se ressent dans les deux grandes branches qui la composent : la propriété littéraire et artistique d'une part, la propriété industrielle d'autre part, une logique personnaliste pour la première, économique pour la seconde. Cette distinction fondamentale en droit de la propriété intellectuelle repose essentiellement sur l'importance du droit moral dans le droit d'auteur et son inexistence en droit de la propriété industrielle²⁹, l'absence de formalité, l'absence d'obligation d'exploiter et le critère de l'originalité, fondamentaux en droit d'auteur, constituent des différences très nettes avec le droit de la propriété industrielle. Ces deux grandes branches comportant elles-mêmes de nombreuses ramifications. Considérer les créations intellectuelles en fonction de leur régime d'appropriation revient à occulter leur

²⁶ Alignement de la prescription des actions en paiement des droits perçus par les sociétés civiles de perception et de répartition des droits sur la prescription de droit commun, passant à cinq ans au lieu de dix ; dans le même sens, l'action civile en contrefaçon en matière de dessins et modèles, de brevet, d'appellation d'origine contrôlée et de marque, mais aussi, l'action en revendication de brevet ou de marque, se prescrivent désormais au bout de cinq ans au lieu de trois auparavant.

²⁷ F. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD Com 1993, p. 305

²⁸ V. M. VIVANT, « *L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire* », JCP 2000, I, 191

²⁹ Si l'on met à part le droit moral limité à l'inventeur

nature et ignorer leurs points communs tels que l'origine intellectuelle, l'immatérialité et leurs modes d'exploitation³⁰. Malgré une indéniable parenté méthodologique et procédurale, le régime des différents droits de propriété intellectuelle apparaît *à priori* dépourvu d'unité au fond³¹. Le Doyen Savatier avançait l'idée selon laquelle « il n'est, au stade de notre civilisation juridique d'autres biens que des droits. Tout droit, même sur une chose concrète, étant incorporel, il n'existe donc que des biens incorporels »³². Une doctrine contemporaine propose une approche fondée sur l'idée qu'une même fonction allie la propriété intellectuelle et le droit des biens, celle d'organiser le pouvoir qu'une personne peut exercer sur une chose, corporelle ou incorporelle. Ces auteurs se posent la question de savoir si le droit des biens en tant que droit commun est apte à combler les lacunes du droit de la propriété intellectuelle ou d'éclaircir ses mécanismes, voire si le droit des biens ne permettrait pas de révéler cette unité et ce droit commun de la propriété intellectuelle³³. Toujours d'après cette doctrine, est-il encore possible que leur diversité apparente ne soit qu'illusoire et que leurs singularités respectives abritent finalement une théorie générale de la propriété intellectuelle qui reste à construire³⁴.

5. Données internationales : une vision unitaire de la matière.- La convention de Stockholm de 1967 instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle marque le souhait de régir de façon unifiée les matières composant le domaine. Elle donne une définition de la « Propriété Intellectuelle »³⁵ qui couvre tous les aspects du sujet, tel qu'il se rapporte aux résultats de la créativité humaine tant dans le champ littéraire et artistique que dans celui de l'industrie³⁶. L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce de 1994 donne une approche unifiée de la propriété intellectuelle. Cette vision unitaire de la matière est encore perceptible dans le Traité de Lisbonne³⁷ intégrant une

³⁰ N. BINCTIN, Droit de la propriété intellectuelle, *op. cit.* n° 4, p. 23

³¹ F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien 1999, n° 40 et s.

³² R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », RTD civ.1958.331, n° 32, Le Doyen Savatier énumère cinq grandes catégories de biens incorporels

³³ Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », JCP G 2004, n° 39 I 162 p. 1623, n°1

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Article 2 VIII de la convention instituant l'OMPI

³⁶ A. ILARDI, Propriété intellectuelle- Principes et dimension internationale, L'Harmattan, 2005, p.10

³⁷ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JOUE, C306, 17 déc. 2007

nouvelle disposition au TFUE³⁸ consacrant de manière expresse une vision unitaire de la propriété intellectuelle³⁹.

6. L'ascension des propriétés intellectuelles.- L'évolution de la propriété intellectuelle est remarquable, sa mise en œuvre et son respect sont devenus un sujet d'actualité et de débats économiques. « L'un des phénomènes les plus intéressants, très troublant pour ceux qui pratiquent la propriété intellectuelle, est sans conteste la multiplication des sources du droit et même des jurisprudences qui en résultent »⁴⁰. Longtemps utilisés comme un simple outil de protection, les droits de propriété intellectuelle sont davantage exploités aujourd'hui comme une « source primaire de création de valeur, sous l'effet conjugué de la dématérialisation de l'économie et de sa financiarisation »⁴¹. Le but des droits de propriété intellectuelle consiste à promouvoir le développement culturel ou technologique.

A l'heure où les propriétés intellectuelles connaissent une remarquable progression, il est impératif d'offrir aux entreprises des moyens adaptés à leur singularité afin que ces actifs se pérennisent et résistent au-delà des difficultés économiques éprouvées par les entreprises, il est dès lors question de la préservation « des droits intellectuels dans la tourmente des procédures collectives »⁴².

7. Évolution du droit des entreprises en difficulté.- Le droit des procédures collectives, autrefois appelé droit de la « faillite », est une constante de l'histoire du droit commercial. À ses prémices, dans l'Antiquité comme au Moyen-âge, la défaillance d'un débiteur était perçue par la puissance publique comme une menace pour l'ordre public et par

³⁸ Article 97 bis du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union, et à la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union

³⁹ N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *Droits de propriété intellectuelle- Liber amicorum* G. BONNET, Litec 2010, coll. IRPI, t. 36, p. 52

⁴⁰ G. BONNET, *Avant propos, code de la propriété intellectuelle*, 2010, Dalloz.

⁴¹ BASSALER (N.), JOLLY (C.), C. MILLIAT (M.) « Évaluation et valorisation financière de la propriété intellectuelle : nouveaux enjeux, nouveaux mécanismes », Centre d'analyse stratégique, note de veille, oct. 2008, n°111 www.strategie.gouv.fr/system/files/noteveille111.pdf

⁴² Expression reprise à Monsieur le Professeur F. Pollaud-Dulian dans son article inspirateur, " *Les droits intellectuels dans la tourmente des procédures collectives*", in *Mélanges Françon*, p. 365 et s.

les créanciers comme une offense, un manquement grave qui méritait une punition exemplaire⁴³.

Les législateurs de la Haute Antiquité ne témoignaient aucune compassion et n'avaient pas la moindre idée d'un sauvetage d'entreprise. Le droit de la faillite, dès qu'il mérita cette appellation, fut conçu comme une manifestation brutale, cruelle et agressive d'autodéfense, alliée au droit presque illimité des prêteurs, des créanciers, dans ce domaine des affaires privées.

Le débiteur défaillant était traité comme un criminel dans l'Antiquité, en droit romain, en Italie et en France au Moyen Âge et sous l'Ancien Régime. Les juges royaux étaient compétents pour édicter des peines très sévères à l'encontre des faillis⁴⁴. La faillite était organisée exclusivement dans l'intérêt du commerce, procédure exceptionnelle et déshonorante où la défaillance d'un commerçant était assimilée à la fraude⁴⁵, ce fut un droit répressif et éliminatoire, sans aucune préoccupation économique et encore moins sociale. Les intérêts économiques étaient censés se satisfaire de l'élimination du failli. Le Code de commerce de 1807 comportait un livre III intitulé « Des faillites et des banqueroutes », toujours extrêmement punitif il édictait l'incarcération obligatoire et le dessaisissement immédiat du failli, avec des déchéances civiles et publiques.

8. L'intérêt collectif des créanciers.- À l'origine, les créanciers antérieurs se retrouvèrent groupés en une masse dotée de la personnalité juridique⁴⁶, d'un patrimoine propre et d'un représentant légal, le syndic, qui agissait dans l'intérêt collectif que la masse incarnait. Puis vinrent les créanciers postérieurs qui réussirent très vite à pousser les créanciers antérieurs pour devenir prioritaires.

L'intérêt collectif des créanciers a toujours, et encore aujourd'hui, été celui des créanciers antérieurs⁴⁷. Sous l'empire de la législation de 1967, la jurisprudence avait déjà

⁴³ R. SZRAMKIEWICZ, Histoire du droit des affaires, éd. Montchrestien, 1989, p. 57 et s.; J. HILAIRE, introduction historique au droit commercial, PUF 1986, p. 305 et s. ; D. DESURVIRE, Banqueroute et faillite, de l'Antiquité à la France contemporaine, LPA, 30 août 1991, p. 12 et 2 septembre 1991, p. 4 ; D. VOINOT, droit économique des entreprises en difficulté, LGDJ 2007, p. 5 et s.

⁴⁴ Ainsi dans l'ordonnance de 1536 de François I^{er}, l'ordonnance de 1560 de Charles IX ou l'ordonnance de 1673 de Colbert.

⁴⁵ D'où la rigueur des peines attachées à la faillite et destinées à empêcher de nuire et surtout à servir d'exemple : des sanctions pénales très dures étaient assorties de déchéances, exclusions, incapacités civiles, commerciales et politiques.

⁴⁶ Affirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 17 janvier 1956 (D. 1956, p. 265, note R. HOUIN) et consacrée par la loi du 13 juillet 1967 dont l'article 13 disposait que la masse est « représentée par le syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager ».

⁴⁷ M. CABRILLAC, Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers, Mélanges BRETON et DERRIDA, p. 31 ; F. POLLAUD-DULIAN, Le principe d'égalité dans les procédures collectives, JCP 1998, I, 138, p. 969

admis que cet intérêt collectif ne faisait pas obstacle à des actions individuelles de créanciers justifiant d'un préjudice spécial et d'un intérêt distinct de celui des autres⁴⁸. Cette formule employée dans le célèbre arrêt « Chaix » de 1978⁴⁹ fut reprise par la Cour de cassation sous l'empire de la législation de 1985 : dans l'arrêt « Astre » du 9 juillet 1993, l'assemblée plénière de la Cour de cassation reconnaissait l'existence des préjudices distincts de celui subi par l'ensemble des créanciers couvert par le monopole d'action du mandataire judiciaire⁵⁰.

Jusqu'en 1967, le droit de la faillite ne s'intéresse qu'à l'homme ; il ne conçoit pas que l'entreprise ait un intérêt propre, il identifie l'homme à l'entreprise, faute d'avoir dégagé la notion économique d'entreprise. La matière change, évolue en 1967 : en distinguant l'homme de l'entreprise, elle se concentre sur les intérêts de l'entreprise plutôt que de sanctionner le débiteur défaillant. La loi n° 67-563 du 13 juillet 1967⁵¹ a marqué un important tournant dans l'évolution du droit des procédures collectives, elle s'est fixée de nouveaux objectifs et notamment la préservation de la vie des entreprises en tant que telle. Le droit de la faillite est en phase de devenir le droit des entreprises en difficulté⁵², un droit profondément marqué par une vision économique, qui assigne la fonction traditionnelle de paiement des créanciers au second plan⁵³. Les formulations « droit des procédures collectives » ou « droit des entreprises en difficulté », se sont substituées depuis les lois n° 84-148 du 1^{er} mars 1984⁵⁴ et 85-98 du 25 janvier 1985⁵⁵, à celle de « droit des faillites ».

9. Émergence de l' « entreprise ».- L'entreprise est omniprésente dans les lois qui se succèdent depuis 1985 : le fil d'Ariane des législations sur les procédures collectives est désormais l'intérêt de l'entreprise ; tous les mécanismes et règles spécifiques y sont assujettis.

La loi du 25 janvier 1985 dans son article 1^{er}⁵⁶ a amorcé le virage le plus spectaculaire en écartant au dernier rang des objectifs l'apurement du passif, après la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi. Depuis la loi du 25 janvier 1985, la priorité

⁴⁸ F. DERRIDA, Intérêt collectif et intérêts individuels des créanciers dans les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires, Mélanges B. MERCADAL, éd. F. LEFEBVRE, 2002, p. 147.

⁴⁹ Cass. com., 31 mars 1978, D. 1978, p. 646, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS.

⁵⁰ D. 1993, p. 469, conclusions de l'avocat général M. JEOL, rapport J.-P. DUMAS et note F. DERRIDA

⁵¹ La loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 relative au règlement judiciaire, à la liquidation des biens, à la faillite personnelle et aux banqueroutes.

⁵² R. HOUIN, Permanence de l'entreprise à travers la faillite, annexe au rapport de l'Inspection Générale des Finances : Bibliothèque de droit commercial, tome 20, Sirey, 1970 ; J. PAILLUSSEAU, Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?) (... d'un droit en dérive), Mélanges R. HOUIN, Sirey, 1985, p. 109.

⁵³ E. CHVIKA, Droit privé et procédures collectives, *op. cit.*, n°2, p. 3

⁵⁴ Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

⁵⁵ Loi 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

⁵⁶ Devenu ancien article L. 620-1 du Code de commerce.

assignée aux procédures collectives est d'assurer le sauvetage des entreprises en détresse. Elle aménage un système reposant sur une distinction entre la phase de prévention, en amont, et de guérison en aval, des difficultés de l'entreprise. Au fil des réformes, le nouveau regard porté sur l'institution émergente d' « entreprise » influence largement la politique législative en la matière.

Le mouvement s'accélère depuis la réforme intervenue en 2005. Alors qu'elle était une procédure collective uniquement liquidative, c'est-à-dire concentrée sur l'intérêt des créanciers, elle s'enrichit de la possibilité d'une cession de l'entreprise : la nouveauté n'est pas purement technique, elle signifie que même dans une procédure liquidative il y a place pour une solution de sauvetage de l'entreprise.

10. La prééminence de l'entreprise.- Si la finalité traditionnelle de la « faillite » était conçue pour protéger le créancier, elle a depuis laissé place à une législation d'une moindre rigueur envers le débiteur, tout en affirmant l'importance de l'entreprise et en valorisant son sauvetage. Progressivement apparaissent les fondements d'un droit rénové, qui s'est opéré au détriment des prérogatives discrétionnaires des créanciers au profit des intérêts de l'entreprise devenus le centre de gravité de la matière. « Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif », c'est dans ces termes que la loi emprunte à la logique du droit économique⁵⁷. Les finalités traditionnelles de ce droit ont ainsi été reconsidérées au profit du sauvetage de l'entité économique et de la prévention des difficultés de l'entreprise⁵⁸. Les réformes successives ont confirmé cette nouvelle approche dont les finalités traduisent la prééminence accordée par le législateur à l'entreprise.

« La sauvegarde des entreprises est un enjeu majeur pour notre économie et les hommes qui la développent ». C'est ainsi que le garde des Sceaux justifie, dans l'exposé des motifs, l'adoption de la loi n° 2005 du 26 juillet 2005 de « sauvegarde des entreprises »⁵⁹. Réforme, dont l'innovation essentielle provient de l'éligibilité à une nouvelle procédure dite

⁵⁷ Article 1^{er} de la loi du 25 janv. 1985

⁵⁸ F. AUBERT, « Les finalités des procédures collectives », in *Perspectives du droit économique*, dialogues avec M. JEANTIN, Dalloz 1999, p. 307 s. spéc. p. 308

⁵⁹ Projet de loi sauvegarde des entreprises n° 1596, doc. Ass. nat., mai 2004, p. 3 ; v. sur ce projet, La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans, entre bilan et réforme, supplément à la revue *Lamy Droit des affaires*, n° 80, mars 2003 ; A. LIENHARD, La réforme des procédures collectives, D. 2003, Le point sur..., p. 2554 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ?, Dr. et patr., n° 133, janvier 2005, p. 24.

de sauvegarde, du débiteur justifiant des « difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et susceptibles de le conduire à la cessation de paiements »⁶⁰.

11. Des législations structurées autour d'une philosophie similaire en droit comparé.-La législation relative à la sauvegarde française s'inspire des principes de droit américain empruntant au *Chapter XI* du *American Bankruptcy Code* une de ses mesures phare : la procédure dite « de sauvegarde ». Le *chapter XI* a pour objectif ou ambition de faciliter la réorganisation de l'entreprise et sa continuation⁶¹. Comme en droit américain, le débiteur français peut bénéficier d'un traitement judiciaire de ses difficultés, avant même qu'il soit en état de cessation de paiements, dans l'unique dessein de parvenir à élaborer un plan de sauvegarde de l'entreprise avec ses créanciers.

En Allemagne, suite à l'unification des dispositions relatives aux procédures collectives dans les anciens et les nouveaux länder⁶², le législateur a adopté une réforme visant à faciliter le redressement des entreprises (loi ESUG), entrée en vigueur le 1er mars 2012. Cette réforme qui marque une réelle avancée en la matière, introduit une nouvelle procédure dite du « bouclier de protection » (*Schutzschirmverfahren*), analogue à la procédure de sauvegarde française. Cette procédure, prévue par le Code allemand de l'insolvabilité⁶³, permet à toute personne qui se trouve dans une situation d'urgence de cessation des paiements ou de surendettement, de solliciter l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en gestion directe sans dessaisissement et d'élaborer elle-même un plan d'insolvabilité dans un délai de trois mois, sous la houlette d'un administrateur provisoire de l'insolvabilité, chargé d'une mission de surveillance⁶⁴.

12. Les récentes évolutions législatives.- Dans le souci notamment de rendre la procédure de sauvegarde plus attractive, le droit des entreprises en difficulté a encore été récemment modifié. Trois ans seulement depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde et déjà cette législation se voit réformée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008⁶⁵

⁶⁰ V. à propos de la réforme relative au « redressement judiciaire anticipé » ou « allégé » :F. X. LUCAS, L'ouverture de la procédure collective, Colloque du CRAJEFE, Nice 27 mars 2004, LPA 10 juin 2004, p. 4 n° 16

⁶¹ A. LEVASSEUR, Droit des États-Unis, 2^e éd. 1994 n°763, p. 298

⁶² FRANCIS LEFEBVRE, Dossiers INTERNATIONAUX, Allemagne, 6^e éd. Avril 2000, n° 760, p. 108

⁶³ l'article 270 b

⁶⁴E. DELZANT, Étude comparative de la pratique des restructurations en France et en Allemagne, RPC n° 1, Janvier 2014, étude 3

⁶⁵ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, adoptée en vertu de la loi d'habilitation du 4 août 2008 JO 19 déc ; 2008, p. 19462 ; ratification de l'Ordonnance par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

et le décret du 12 février 2009⁶⁶ portant réforme du droit des entreprises en difficulté⁶⁷. Cette ordonnance, dont l'ampleur n'a aucune mesure commune avec la précédente réforme, voit le jour dans un contexte de crise financière et économique. Elle vient renforcer l'attractivité du droit des procédures collectives en entérinant le traitement anticipé de la défaillance et perfectionnant la loi antérieure sous bien des aspects, elle intègre également les innovations importantes intervenues à partir de 2006 en droit des sûretés. De façon générale, l'ordonnance améliore la loi de sauvegarde, qui avait révélé en trois ans quelques lacunes, imprécisions ou rigidité.

Depuis le toilettage de la loi de sauvegarde, plusieurs mouvements importants dominent l'actualité dans un contexte lourdement marqué par la crise financière et économique. Le législateur a tiré les enseignements de la pratique des tribunaux et des praticiens⁶⁸, qui l'ont amené à instituer une nouvelle procédure de « sauvegarde financière accélérée » destinée au cercle des créanciers financiers d'une entreprise, variante originale de la sauvegarde⁶⁹ issue de la loi du 22 octobre 2010⁷⁰.

13. Nouveau dispositif relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.- Par ailleurs, la loi du 15 juin 2010 relative à l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée, qui constitue un patrimoine d'affectation seul exposé aux risques liés à l'activité professionnelle, a nécessité l'adaptation de l'ensemble des mécanismes de traitement des conflits entre créanciers et débiteurs à la nouvelle donne juridique qu'est le patrimoine affecté, le législateur entreprend de lui édifier un cadre conforme au livre VI du Code de commerce. En principe, le droit des entreprises en difficulté régira seulement le patrimoine affecté de l'entrepreneur, tandis que les difficultés du patrimoine non affecté relèveront du droit du surendettement. Mais ce principe comporte d'importantes limites. Il est prévisible que les effets de l'introduction de ce nouveau dispositif soient résolus

⁶⁶ Décret n° 2009-160 du 12 février 2009

⁶⁷ ordonnance ratifiée par la loi n° 2009- 526 du 12 mai 2009, et son décret d'application n° 2009-160 du 12 février 2009, sur ces textes : P. PETEL, Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II commentaire de l'ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008, JCP E 2009, I, p. 110 ; P. ROUSSEL –GALLE, Bref aperçu sur le décret du 12 fév. 2009 pris pour l'application de l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JCP E 2009, act. 125

⁶⁸ Il a pris en compte les difficultés relatives aux comités des créanciers dans l'affaire *Eurotunnel* en 2008 et entreprise d'y remédier, il a réalisé en 2010 à l'occasion de la sauvegarde *Thomson- Technicolor*, l'intérêt mais aussi les difficultés de l'adoption très rapide du plan de sauvegarde sur la base de restructuration largement négocié avant même l'ouverture de la procédure collective, avec une large majorité des principaux créanciers « financiers ».

⁶⁹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ 9^e éd. 2012, n° 34, p. 40

⁷⁰ Loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010, de régulation bancaire et financière, JO 23 oct. 2010, p. 18984

postérieurement par voie d'ordonnance, ce qui paraissait fort regrettable tant le phénomène devrait bouleverser l'ordre déjà difficilement établi en la matière⁷¹. Néanmoins, il paraît légitime de se demander si le désir du législateur de promouvoir l'entreprise individuelle *via* la création d'un patrimoine d'affectation ne risque-t-il pas de rendre douteuse voir incertaine la volonté de restructuration de ces entreprises dans le cadre des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire ? A moins que cela ne soit « peut-être l'un des nouveaux enjeux du droit des entreprises en difficulté, que d'intégrer cette donnée dans l'arsenal juridique des procédures collectives afin d'ajuster au mieux le balancier entre les objectifs antagonistes qui agitent l'entreprise »?⁷² L'ultime réforme, destinée à adapter au patrimoine affecté les procédures collectives est ainsi adoptée par l'ordonnance du 9 décembre 2010, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011⁷³.

14. Ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté.- Enfin, un projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnance divers mesures de simplification et de sécurisation de la vie des entreprises a été examiné et donné lieu à l'adoption de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014. En application de laquelle a été prise l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014⁷⁴ portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, riche de 117 articles, touchant à tous les volets du droit des entreprises en difficulté, et applicable à compter du 1^{er} juillet 2014. Répondant aux vœux d'une grande partie des praticiens et de la doctrine. L'ordonnance renforce considérablement le pouvoir d'initiative des créanciers, en matière de sauvegarde⁷⁵. La réforme de 2014 reprend, moyennant quelques adaptations et évolutions, la philosophie et le régime de la procédure de sauvegarde financière accélérée, introduite par la loi du 22 octobre 2010. En procédure de redressement judiciaire, il est prévu une meilleure répartition des pouvoirs entre les acteurs de la procédure par la désignation d'un mandataire ad hoc et abandon du dispositif d'éviction des actionnaires. Quant à la procédure de liquidation

⁷¹ F. GANAY-VALETTE, « Le droit commun de l'action en justice à l'épreuve du nouveau droit économique des entreprises en difficulté », thèse dacty. ss. la direct° de J.MESTRE, Aix-en-Provence, 2010, n°,p. 10

⁷² M.-C. MARIANI-RIELA, « Le devenir des mesures de protection du patrimoine individuel en cas de procédures collectives », *Rev. Lamy dr. des aff.* juin 2010, p. 57

⁷³ Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, portant adoption du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée.

⁷⁴ Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, JO 14 mars 2014

⁷⁵ A. LIENHARD, Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 12 mars 2014, D. actualité, 17 mars 2014 ; P. M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », D. 2014 p. 733

judiciaire, l'innovation la plus remarquable de l'ordonnance réside sans doute dans la nouvelle « procédure de rétablissement professionnel sans liquidation »⁷⁶.

Le droit des entreprises en difficulté devenu au fil des réformes beaucoup plus ambitieux que ne l'était le traditionnel droit des faillites, s'efforce ainsi de privilégier la sauvegarde de l'entité économique que constitue l'entreprise au moyen d'un dispositif de traitement judiciaire élevé. « L'affirmation des impératifs de sauvegarde de l'entreprise inspire nombre de dispositions du droit des procédures collectives, dont le trait commun est d'œuvrer, par des voies différentes, à la restauration des conditions de survie de l'entreprise»⁷⁷ aux dépens si besoin est, de ses partenaires.

15. Les questions prioritaires de constitutionnalité relatives au droit des procédures collectives.- « Le droit des procédures collectives est un terrain d'élection des questions prioritaires de constitutionnalité »⁷⁸. Même si à l'heure actuelle qu'une seule a abouti⁷⁹ devant le Conseil Constitutionnel, on peut néanmoins s'enthousiasmer de voir le droit des procédures collectives soumis au contrôle de constitutionnalité. Nombreuses sont les finalités affichées par le droit des procédures collectives pour sauvegarder les entreprises en difficulté. Cet impératif supérieur de sauvegarde se fait bien souvent au détriment de certaines règles que le débiteur ou ses créanciers s'étaient pourtant ménagés pour prévenir certaines situations ou en encadrer d'autres. Les premières QPC présagent a-t-on dit « d'un bel avenir en droit des procédures collectives »⁸⁰.

16. L'objet de la recherche. Dans une matière où prédominent les intérêts de l'entreprise, la difficulté majeure consiste à déterminer quelle est l'influence précise des impératifs du droit des procédures collectives sur les droits de propriété intellectuelle.

⁷⁶ Les nouvelles dispositions du chapitre V du titre IV du livre VI du code de commerce constituent les mesures prévues par la loi d'habilitation n° 2014-1 du 2 janvier 2014 tendant à « créer une procédure spécifique destinée aux débiteurs qui ne disposent pas de salariés ni d'actifs permettant de couvrir les frais de procédure et de faciliter la clôture pour insuffisance d'actif lorsque le coût de la réalisation des actifs résiduels est disproportionné » (art. 2, 5°).

⁷⁷ D.MARTIN, La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire, JCP 1986, éd. N, I, p. 183

⁷⁸ Com. QPC, 15 mars 2011, n° 10-40.073, Rev. sociétés 2011, p. 387 « Pas de renvoi au conseil constitutionnel de la question sur l'action en revendication », obs. Ph. ROUSSEL-GALLE

⁷⁹ Cons.const., 11 fév. 2011, déc° n° 2010-101, Gaz. Pal. 1^{er} et 2 avr. 2011, n° 91 et 92, p. 11, obs. Ch. LEBEL. La QPC portait sur l'article L. 243-5 du Code de sécurité sociale qui prévoit la remise des pénalités, majorations de retard et frais de poursuites dus par le redevable à la date du jugement d'ouverture. Or la Cour de cassation avait refusé de l'appliquer aux personnes exerçant à titre libéral (Cass. 2^e civ., 12 févr. 2009, n°s 08-13459 et 08-13459)

⁸⁰ Ph. ROUSSEL GALLE, « QPC et droit des procédures collectives », LPA, 29 septembre 2011 n° 194, P. 66

L'entreprise est un ensemble de moyens matériels, financiers et humains destiné à assurer la production de biens ou de services. Cet organisme économique est le point de rencontre de multiples intérêts aussi respectables les uns que les autres. Ainsi, le sauvetage d'une entreprise viable sur le plan économique s'opère dans l'intérêt du plus grand nombre des partenaires de l'entreprise. Or, le droit des procédures collectives guidé par l'impératif économique qui le domine, attache une importance moindre aux sujets de droits et à ses prérogatives subjectives. Dans cette perspective, il convient de s'interroger particulièrement sur la manière dont il faut appréhender le sort des droits de propriété intellectuelle conférant à leurs titulaires un droit exclusif, subjectif revêtant une pure logique individualiste, à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté, fondé certes sur une logique égalitariste et collective, mais somme toute en rapport étroit avec un enjeu fondamentalement économique. L'étude menée ici devra analyser le retentissement de la procédure collective sur les droits de propriété intellectuelle car la procédure risque fortement de les déstabiliser.

17. Conflits d'intérêts.- La notion de conflit entretient de multiples relations avec le droit⁸¹. Le conflit peut être défini comme une « opposition de vues ou d'intérêts »⁸². Il est encore possible d'ajouter que « dans un système donné, un élément est en conflit avec un élément lorsque toute manifestation de l'un entraîne nécessairement de la part de l'autre une manifestation opposée et réciproquement »⁸³. Le droit des procédures collectives apparaît comme une technique subordonnée, un instrument de réalisation du but économique qui tente malgré les nombreux intérêts en jeu, et notamment ceux des partenaires économiques, des créanciers, titulaires de droits de propriété intellectuelle ou tiers, des victimes d'actes de contrefaçon ou titulaires de sûretés sur propriétés intellectuelles, d'être en harmonie avec la situation qu'il régit, afin d'assurer la survie des entreprises en difficulté et de maintenir en priorité leur potentiel économique.

Considéré comme « une propriété portant sur le fruit de la création de l'esprit »⁸⁴, le droit de la propriété intellectuelle instaure un ensemble de règles spéciales dérogeant ou empruntant parfois au droit commun. Selon une certaine approche, il a pu être affirmé que les droits de propriété intellectuelle doivent être appréhendés comme des droits de propriété à part entière, bénéficiant à ce titre des mêmes garanties constitutionnelles et

⁸¹ D. ALLANT et S. RIALS, Dictionnaire de la culture juridique, Quadrige, PUF, 2003, v° « conflit »

⁸² G. CORNU, Vocabulaire juridique, Quadrige, PUF, 2012, v° « conflit »

⁸³ S. AUROUX, Les notions philosophiques, dictionnaire, t. 1, éd. Presses universitaires de France, v° « conflit »

⁸⁴ M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in Mélanges en l'honneur de André FRANÇON, Dalloz, 1995, p. 415 et s.

conventionnelles⁸⁵. Ce droit fondamental dont dispose le titulaire du droit de propriété intellectuelle confronté à la discipline collective est soumis aux règles impératives la régissant. Le conflit qui oppose les deux disciplines « peut évoluer dans une dynamique qui le fait parvenir à un seuil d'intensité au-delà duquel apparaît alors une alternative : le conflit est dépassé ou le système s'autodétruit »⁸⁶. Les droits de propriété intellectuelle obéissent à une logique personnaliste, le droit des procédures collectives à une logique économique.

18. Propriété intellectuelle et droit commun.- Le droit commun se trouve souvent en opposition avec le droit de la propriété intellectuelle. Il peut même parfois être en conflit avec ce dernier. Il a pu être rappelé à ce propos que « le droit de la propriété intellectuelle, est à bien des égards exorbitant du droit commun⁸⁷ ». Quoique cette vision des choses est trop réductrice⁸⁸ car le droit commun peut aussi soutenir le droit de la propriété intellectuelle, apportant une protection et un appui au sein de celle-ci. Certaines questions relatives notamment aux contrats, aux sûretés etc. ne pourront être appréhendées qu'en mêlant les deux corps de règles, ces deux matières s'unissent pour offrir aux propriétés intellectuelles un cadre juridique à leur image.

Ces remarques sont fondamentales et témoignent de la complexité à assujettir les droits de propriété intellectuelle aux normes strictes du traitement des entreprises en difficulté, n'ayant lui-même pas réglé tous les conflits qui l'opposent au droit commun.

19. Conciliation des intérêts antagonistes.- Le terme de conciliation évoqué dans la présente étude doit être distingué de celui utilisé pour désigner la procédure de prévention des difficultés régie par les articles L. 611-4 à L. 611-16 du Code de commerce. La conciliation, telle que nous l'envisageons dans le cadre de la présente a un sens différent. Du latin *concilio*, signifiant « assembler », « unir », « associer » cette notion est utilisée dès Cicéron dans le sens figuré de « concilier »⁸⁹. Il s'agit encore de l'action de rapprocher des textes, des idées, des méthodes qui paraissent en opposition pour les faire concorder. C'est précisément cette connotation que nous retiendrons pour évoquer la conciliation. Le droit ne parvient pas à sauvegarder tous les intérêts en présence de manière égale. Aucune époque n'a réussi cet

⁸⁵ N. BRONZO, Propriété intellectuelle et droits fondamentaux, éd. L'harmattan 2007, p. 24

⁸⁶ S. AUROUX, Les notions philosophiques, dictionnaire, t. 1, éd. Presses universitaires de France, v° « conflit »

⁸⁷ N., MALLEY-POUJOL J.-M. BRUGUIÈRE, A. ROBIN, Propriété intellectuelle et droit commun, ERCIM, éd. PUAM, 2007, Introduction.

⁸⁸ N., MALLEY-POUJOL J.-M. BRUGUIÈRE, A. ROBIN, *op. cit.*, Préface M.VIVANT,

⁸⁹ A. J. ARNAUD, Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit, 2^e éd ; 1993, LGDJ, v° « conciliation »

effort ; aucun pays n'a trouvé la solution parfaite pour régler harmonieusement, à la satisfaction de tous, les intérêts en cause, les conséquences de la faillite. Or, la recherche de cet équilibre n'est pas aisée, elle révèle une « cohabitation difficile »⁹⁰. Mais surtout, la législation de la faillite est une des branches du droit qui se place au carrefour des disciplines les plus diverses. En effet, il est question d'une branche du droit où se mêlent bon nombre d'orientations fondamentales de la pensée juridique économique et même politique⁹¹. On y voit s'opposer des conceptions, des idées, souvent antagonistes, qui reflètent les difficultés liées au chevauchement entre les règles du droit de la propriété intellectuelle et celles du droit des procédures collectives. La nécessité de concilier en permanence des intérêts antagonistes dans l'espoir de sauvegarder les entreprises en difficulté font du droit des procédures collectives « un droit conflictuel »⁹². La procédure collective constitue une période dans laquelle de nombreux conflits d'intérêts se concrétisent, « ces intérêts multiples et contradictoires, il faut leur permettre de s'exprimer ; il faut les ordonner »⁹³. La pérennité du système repose sur l'équilibre des intérêts qui le composent et l'élaboration d'une structure adaptée à sa finalité⁹⁴. Celle-ci devra concilier les intérêts attachés aux droits de propriété intellectuelle aux finalités de la procédure collective. A cet égard il paraît impératif de bien comprendre les ressorts du droit de la propriété intellectuelle.

20. Analyse des interactions.- Il convient dès lors de consacrer l'étude à l'analyse des interactions entre le droit des entreprises en difficulté et les droits de propriété intellectuelle, afin de décrypter l'enchevêtrement et résoudre les problématiques issues des querelles de frontières entre ces deux droits.

Dans la mesure où « il n'existe aucune théorie pour régler les conflits dont le législateur ne s'est pas occupé »⁹⁵, l'intérêt de l'étude est alors certain. L'analyse des interactions entre le droit des entreprises en difficulté et certains mécanismes juridiques propres aux droits de propriété intellectuelle dépasse le cadre du traitement des entreprises en difficulté. Les deux corps de règles vont dès lors être mis en confrontation ; « Confronter quelque chose et quelque chose d'autre » revient à « les comparer pour déceler des

⁹⁰ P.DELEBECQUE, Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives, JCP éd. N. 1986, I, p. 185

⁹¹ E. CHVIKA, Droit privé et procédures collectives, Doctorat et notariat coll. des thèses, Defrénois 2003, n° 7 p.15

⁹² *Ibid.*

⁹³ R.BADINTER, Les ambitions du législateur, RTD Com. 1986, numéro spécial, t. 1, p.6

⁹⁴ C. SAINT ALARY HOUIN, Du document d'orientation préparatoire à la réflexion sur un avant projet de loi, Lamy droit commercial, mai 1999, n° 111, p. 1

⁹⁵ F. GRUA, Les divisions du droit, RTDciv., 1993 p.70

ressemblances ou des différences »⁹⁶. Cette confrontation peut se révéler à bien des égards enrichissante. En effet, s'il est exact que le droit des procédures collectives soumet divers mécanismes juridiques propres au droit de la propriété intellectuelle à des solutions dérogatoires susceptibles parfois de les dénaturer, l'on doit admettre qu'il peut s'avérer, comme c'est le cas pour certains mécanismes relevant du droit commun, que la conjugaison profite à la préservation et contribue à la pérennité de ces droits. Il a pu être affirmé à ce propos, que le droit des procédures collectives ne saurait être considéré comme un droit perturbateur, il pourrait aussi s'agir d'un droit « précurseur »⁹⁷, d'un droit « éducateur, car révélateur de grandes tendances »⁹⁸. Ces constatations relatives au droit commun pourraient parfaitement être établies au terme de l'étude au profit des droits de propriété intellectuelle.

21. Ordonnement des interactions.- Dès lors, afin d'admettre ou réfuter un tel constat, il convient d'ordonner les différentes interactions selon la raison juridique, en exposant les divergences et en expliquant comment conjuguer le droit des procédures collectives aux singularités qui caractérisent les droits de propriété intellectuelle. Afin de rendre compte le plus fidèlement de la réalité des interactions entre ces deux branches du droit, nous allons explorer les principes fondamentaux régissant les difficultés des entreprises auxquels seront conjugués les droits de propriété intellectuelle sélectionnés selon un critère de pertinence et d'importance au regard du sujet traité.

Notre recherche consiste donc à confronter les droits de propriété intellectuelle aux dispositifs du droit des procédures collectives. Il convient pour cela, de déterminer si ces droits intellectuels sont soumis purement et simplement au droit commun des procédures collectives ou si se substituent à lui des dispositions spéciales ayant pour objet de s'appliquer de manière dérogatoire et tenant compte des spécificités des droits en cause.

La rencontre entre ces deux corps de règles, qui sont tous deux propices à une effervescence de concepts est prometteuse. Il s'agit dans cette étude d'examiner le chevauchement entre les procédures collectives et les divers mécanismes juridiques attachés aux droits de propriété intellectuelle.

22. Le domaine de la recherche.- Pour appréhender l'aspect général des compénétrations entre le droit des procédures collectives et les droits de propriété

⁹⁶ Dictionnaire Grand Larousse Universel, 1995, v° « confrontation »

⁹⁷ E. CHVIKA, *op. cit.* n° 7

⁹⁸ D. MELEDO. BRIAND, *Nature du droit des entreprises en difficulté et système de droit*, thèse (dactyl.), Rennes 1992

intellectuelle au travers des intérêts antagonistes qui les opposent, il est nécessaire de soutenir notre réflexion par des interactions clés, parfois délicates à cerner, mais choisies comme étant les plus importantes et pertinentes. Afin d'analyser le retentissement des procédures collectives sur les droits de propriété intellectuelle, le raisonnement adopté sera simple. Il s'agira de procéder à une étude systématique de chaque point de rencontre des deux droits. Pour ce faire l'hypothèse de réflexion s'entendra du cas dans lequel l'un au moins des partenaires est placé en sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire. Concrètement les situations de confrontation couvrent de nombreuses hypothèses, auxquelles nous nous attacherons pour déceler les difficultés qu'elles font naître afin d'y répondre en présentant des solutions idoines. L'éventail des hypothèses d'interactions est vaste, il comprend notamment, la situation dans laquelle le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle lié à un tiers par un contrat d'exploitation est soumis à une procédure collective, mais il peut en être également ainsi de la situation inverse dans laquelle ce dernier est bénéficiaire d'un contrat d'exploitation. Le traitement judiciaire des difficultés des entreprises assurant une protection particulière au débiteur pris en sa qualité de cocontractant, peut imposer la poursuite forcée des contrats en cours, imposée au cocontractant. En outre, dans l'objectif de redressement de l'entité économique, la loi prévoit la cession de l'entreprise, de ses contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle imposée aux cocontractants titulaires ou exploitants des droits et même la cession des biens intellectuels, qui impliquera leur évaluation. Le débiteur peut encore s'être livré à des agissements contrefaisants, auxquelles la victime tentera de répondre par l'un des moyens tiré du dispositif de lutte contre la contrefaçon, dont le sort sera scellé par la règle d'interdiction des poursuites régissant la procédure. Des interférences peuvent encore naître des situations dans lesquelles le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle s'est garanti contre la défaillance de son cocontractant par les mécanismes du nantissement sur propriété intellectuelle ou de la réserve de propriété, soumis au principe fondamental de l'égalité des créanciers et à toutes sortes de restrictions.

Cette étude ne se livrera pas à l'énumération des oppositions entre deux « sphères » juridiques différentes. C'est à l'examen des situations qui unissent les droits de propriété intellectuelle au droit des procédures collectives, dans leur diversité et leur complexité que nous nous consacrons.

La valeur des enseignements retirés dépend ainsi fortement du champ d'exploration qui est envisagé. Dès lors il convient d'abord de préciser que ces interférences se manifestent tout particulièrement dans le strict cadre des procédures collectives. Nous ne

traiterons donc pas de la partie préventive de la défaillance des entreprises. En outre, eu égard à la diversité et variabilité que présentent les propriétés intellectuelles, il relève d'une logique stratégique de les circonscrire et par conséquent de traiter les interférences avec les droits intellectuels les plus courantes⁹⁹. Ainsi, c'est avec soin que seront sélectionnés les droits de propriétés intellectuelles affichant une spécificité particulière suscitant un intérêt au regard de notre sujet et apportant une réelle plus-value à l'analyse que nous nous proposons de mener. Enfin, et alors que le droit commun peut être amené à régir certaines situations relevant du droit de la propriété intellectuelle, il ne sera pas question ici de se livrer à un essai d'harmonisation ou de conciliation du droit des procédures collectives avec le droit commun, auquel s'est employée la doctrine à maintes fois.

L'analyse des interactions entre droits de propriété intellectuelle et droit des procédures collectives est proposé, à la lumière de situations juridiques propres aux propriétés en cause. A cet égard il est impératif de bien adopter les compétences reconnues aux droits de propriété intellectuelle afin de mieux en défendre les valeurs et les spécificités.

L'objectif de cette recherche n'est donc ni d'effacer les singularités et les finalités du droit de la propriété intellectuelle au profit du droit « conflictuel » des procédures collectives, ni même d'écarter les potentialités offertes par ce dernier de préserver ces droits durant la phase critique des procédures collectives.

23. Les axes de la recherche.- l'analyse de la forme de l'ensemble des interactions entre le droit des procédures collectives et les droits de propriété intellectuelle montre la confrontation entre deux logiques diamétralement opposées qu'il est nécessaire de rapprocher. Un système de droit, bien qu'il soit contraint de concilier dans l'élaboration de ses règles des intérêts variés et des impératifs divers¹⁰⁰, nécessite pour être efficace et admis de présenter, notamment une certaine sécurité dans l'exercice des droits qu'il consent à ses sujets et dans la préservation de ces derniers. Cette impérative sécurité juridique évoque indiscutablement l'un des impératifs ou des intérêts légitimes, que le législateur doit avoir à l'esprit, lorsqu'il élabore ou modifie le droit, mais qu'il met en balance avec d'autres intérêts ou besoins¹⁰¹. Cependant, il faut souligner que « les entreprises en difficulté, qui sont protégées par le droit

⁹⁹ Seront notamment étudiés les marques, les brevets et les droits d'auteur dans leur divers formes contractuelles et conte tenu de leur particularité respectives pouvant avoir un intérêt au regard du sujet.

¹⁰⁰ J. PAILLUSSEAU, Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques), RTD com. 1989 p. 9

¹⁰¹ F. POLLAUD-DULIAN, A propos de la sécurité juridique, RTD civ. 2001, p. 491

des procédures collectives, cessent d'être soumises au droit commun pour bénéficier de ce droit spécial, dont la finalité avouée aujourd'hui est, le sauvetage de l'entreprise plus que la sauvegarde des intérêts des créanciers¹⁰². »

Il résulte de l'ensemble de ces considérations que le droit des procédures collectives compte tenu des objectifs qu'il s'est fixé, éprouve manifestement des difficultés à concilier les intérêts antagonistes.

D'une part, la poursuite de l'activité constitue un élément essentiel des procédures collectives, mettant en œuvre des moyens particuliers en vue de satisfaire cet objectif. Durant cette période, l'intérêt économique de l'entreprise l'emporte largement sur les intérêts individuels qui animent les relations d'affaires liant le débiteur à ses différents partenaires, qui détiennent ou exploitent des droits de propriété intellectuelle. L'objectif prioritaire de sauvegarde implique la mise en œuvre de moyens spécifiques pour favoriser la poursuite de l'activité économique. La protection de l'environnement contractuel ainsi que la cession judiciaire de l'entité économique sous tous ses aspects poursuivent précisément l'objectif de préservation des intérêts de l'entreprise. Face à ces importantes faveurs légales destinées à faciliter la poursuite de l'activité, les droits de propriété intellectuelle témoignent d'une forte capacité de résistance et ne font pas toujours preuve de soumission à l'égard du droit des entreprises en difficulté, puisqu'ils ne plient ni ne rompent nécessairement mais font preuve d'adaptation et de conciliation. Aussi les droits de propriété intellectuelle parviennent-ils malgré leurs inhérentes spécificités à une conciliation avec les moyens de sauvegarde.

D'autre part, l'objectif de sauvegarde poursuivi par le droit des procédures collectives, conduit à adopter des solutions qui servent des impératifs économiques supérieurs mettant en échec les solutions érigées par le droit de la propriété intellectuelle pour protéger ses droits et régir ces situations. L'intérêt général, celui de la sauvegarde de l'entreprise, prime sur les intérêts particuliers des créanciers, si bien que le droit des entreprises en difficulté se transforme en protecteur exclusif d'une partie au détriment de l'autre¹⁰³. Divers dispositions concourent à assurer au débiteur une protection prioritaire, celles-ci reposent inévitablement sur des contraintes imposées aux créanciers victimes d'actes argués de contrefaçon ou titulaires de sûretés sur propriétés intellectuelles.

¹⁰² P. PETEL, Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté, LPA, 18 mai 1992, n° 60 p. 24

¹⁰³ C. SAINT ALARY HOUIN, Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise, Rev. proc. coll. 1991, p. 130

Malgré leur tentative pour faire valoir leurs intérêts, les créanciers se confronteront aux contraintes qui sont totales en ce qu'elles dépendent intégralement et automatiquement de l'ouverture de la procédure collective du débiteur.

L'étude des interactions entre le droit des procédures collectives et les droits de propriété intellectuelle s'ordonne donc autour de deux axes. Le premier repose sur la conciliation des droits de propriété intellectuelle avec les moyens de sauvetage de l'entreprise (Première partie), alors que le second implique la confrontation des droits de propriété intellectuelle aux contraintes imposées aux créanciers (Seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE : LA CONCILIATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AVEC LES MOYENS DE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE

SECONDE PARTIE : LA CONFRONTATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AUX CONTRAINTES IMPOSÉES AUX CRÉANCIERS

« Le droit ne constitue pas un système fermé, statique, mais un moyen permettant d'atteindre certains buts, de promouvoir certaines valeurs »

(B. Soinne, « Bilan de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires : Mythes ou réalités. Propositions de modification »).

PREMIÈRE PARTIE

LA CONCILIATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AVEC LES MOYENS DE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE

24. Le droit des procédures collectives, droit pragmatique, dans lequel l'utilitarisme a une place toute particulière¹⁰⁴, a pour finalité principale le sauvetage de l'entreprise défaillante. L'affirmation des impératifs de sauvegarde inspire nombre de dispositions du droit des procédures collectives, dont l'objectif est de parvenir à la restauration des conditions de survie de l'entreprise¹⁰⁵. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, institue à côté du redressement et de la liquidation judiciaires une procédure dite de sauvegarde. L'irruption de la nouvelle procédure a conduit le législateur à adapter les finalités de ces trois procédures. Sauvegarde et redressement participent pour partie des mêmes finalités « permettre la poursuite de l'activité économique¹⁰⁶, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ». La procédure de liquidation, est « destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits ou de ses biens »¹⁰⁷. La lettre du texte témoigne de la volonté du législateur de permettre une « sauvegarde » de l'entreprise même en phase liquidative. Ces finalités

¹⁰⁴ M-A. FRISON-ROCHE, Le droit des procédures collectives est le premier des droits économiques. Sur le droit économique : v. note C. CHAMPAUD, contribution à la définition du droit économique, D. 1967, chron. P. 215, art. n° 7, « *L'utilitarisme a remplacé la raison ; il sied particulièrement bien au droit économique, ce droit économique que la doctrine a construit et au rattachement duquel le législateur de 1985 s'est expressément prévalu* »; R. MARTIN, Loi économique et règle de droit, D. 1990, chron. 259

¹⁰⁵ D.MARTIN, La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire, JCP 1986, éd. N, I, p. 183

¹⁰⁶ Ou l'« activité de l'entreprise » : article L. 631-1 du code de commerce

¹⁰⁷ Article L. 640-1 du Code de commerce.

traduisent la prééminence accordée par le législateur à l'entreprise¹⁰⁸. Les concepts économiques tels que l'entreprise et sa viabilité, gouvernent le droit des procédures collectives et illustrent la perméabilité entre le juridique et l'économique¹⁰⁹.

La volonté de tout mettre en œuvre pour sauver les entreprises se traduit par la faveur du législateur pour certains mécanismes. La poursuite de l'exploitation¹¹⁰ et la cession partielle ou totale de l'entreprise, de ses contrats ou de ses actifs constituent les moyens employés par le législateur pour satisfaire aux objectifs assignés à la loi.

Le droit des procédures collectives édicte un certain nombre de dispositions ayant vocation à régir quelques situations particulières. Rien n'est en revanche prévu pour les droits de propriété intellectuelle¹¹¹ ou les contrats dont ils font l'objet, qui sont parfaitement ignorés par la législation relative aux défaillances des entreprises¹¹². Ainsi, malgré leur potentiel et l'importance qu'ils peuvent représenter dans l'actif d'une entreprise, il n'a jamais été offert à la pratique d'instruments pour gérer les situations qui les concernent dans le cadre des procédures collectives.

La rencontre entre ces deux corps de règle, celui des droits de la propriété intellectuelle avec le droit des entreprises en difficulté, fera-t-elle naître un rapport d'opposition, de complémentarité, d'incompatibilité ou de subordination tels sont les liens à démêler entre ces deux « sphères » juridiques.

Domaine de l'étude. – La confrontation des droits de propriété intellectuelle aux moyens de sauvetage de l'entreprise consiste à se demander si le droit des entreprises en difficulté envisage ces situations de manière différente eu égard aux spécificités des droits en cause et au-delà si ces droits sont préservés. Tout l'enjeu de cette étude sera-t-il d'élucider si la poursuite de l'activité de l'entreprise ainsi que sa cession à un tiers susceptible d'en assurer la continuité en tant que moyens de sauvetage de l'entreprise en difficulté sont ils favorables à la pérennité des droits de propriété intellectuelle ?

¹⁰⁸ BADINTER, Les ambitions du législateur, *in*, Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises, préc. p. 5.

¹⁰⁹ E. BROUSSEAU, L'économiste, le juriste et le contrat, *in* Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ 2001, p. 153 et s.

¹¹⁰ G. RIPERT et R. ROBLOT par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, Traité de droit commercial, Tome 2, 17^{ème} éd. n° 2823.

¹¹¹ Exception faite des dispositions spécifiques aux droits d'auteurs contenues dans le code de la propriété intellectuelle aux articles L. 132-15 et L. 132-30.

¹¹² Hormis, nous le verrons de manière détaillée deux dispositions du code de la propriété intellectuelle régissant la défaillance d'un éditeur ou un producteur.

La loi de sauvegarde des entreprises envisage de sauver, un ensemble de biens, de personnes et de relations contractuelles et pas seulement un objet de propriété. Une procédure axée vers la satisfaction des besoins de l'entreprise en difficulté nécessite, pour celle-ci, la possibilité de maintenir son activité économique et de procéder à des mécanismes de cession. En conséquence, la volonté de sauvegarder une entreprise en difficulté s'entend de la préservation des droits de propriété intellectuelle qu'elle exploite ou détient, aux moyens de la poursuite de l'activité de l'entreprise ainsi que sa cession afin d'en assurer la pérennité.

La sauvegarde de l'entreprise en difficulté justifie alors que soient mis en œuvre les mécanismes de la continuation des contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle (Titre I), mais également de la cession de l'entreprise à un tiers susceptible d'en assurer la pérennité (Titre II).

TITRE PREMIER

LA CONTINUATION DES CONTRATS RELATIFS AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

25. Le droit des procédures collectives, tourné vers la satisfaction des besoins de l'entreprise en difficulté, implique le maintien de son activité économique, afin de garantir à l'entreprise toute chance de survie. Cette priorité était déjà érigée en principe sous l'empire de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985¹¹³. Il apparaît indispensable pour garantir l'effectivité de cet objectif, de prévoir des règles donnant à l'entreprise les moyens juridiques appropriés à cette poursuite de l'activité. En effet, l'entreprise dispose malgré l'ouverture de la procédure collective d'un potentiel économique, certes affaibli, mais qu'il est indispensable de préserver. Ce dernier se compose principalement de l'entourage de clients et fournisseurs, avec lesquels l'entreprise entretient des relations économiques. Le débiteur bénéficiera alors d'importantes faveurs légales destinées à faciliter la poursuite de l'exploitation¹¹⁴.

La poursuite de l'activité de l'entreprise est un élément essentiel durant la période d'observation d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, qui peut également s'avérer nécessaire en cas de liquidation judiciaire. Aussi, tous les moyens doivent être mis en œuvre en vue de satisfaire cet objectif. Or, la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de son activité sont synonymes de sauvegarde de ses relations contractuelles. En effet, l'objectif de survie ne peut être atteint que si l'entreprise conserve son potentiel économique, et particulièrement son environnement contractuel. Les rapports qu'entretiennent les entreprises avec les cocontractants constituent un élément essentiel de la poursuite de l'exploitation, qui ne saurait se concevoir sans la continuation de ces contrats.

Les contrats sur propriétés intellectuelles, ont la particularité d'être au carrefour de plusieurs branches du droit : le droit des contrats, celui de la propriété intellectuelle, auxquels s'ajoute le droit de la concurrence. Le droit des procédures collectives a édicté des dispositions spéciales pour un certain nombre de contrats. Rien n'est en revanche prévu pour les contrats relatifs à des droits de propriété intellectuelle. Pourtant on pressent que ces contrats, constitutifs de situations professionnelles, se distinguent par leur importance pour le redressement de l'entreprise titulaire du droit ou tiers bénéficiaire d'un droit d'exploitation.

¹¹³ Article 35 énonce que « l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant toute la période d'observation »

¹¹⁴ F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté instruments de crédit et de paiement*, LGDJ 8^{ème} éd. p. 257, n° 265

La poursuite de l'activité contractuelle dans le cadre des procédures collectives est un principe fort ancien¹¹⁵, qui n'est réalisable que si l'on garantit à l'entreprise le maintien de son réseau de relations contractuelles dans son intégralité¹¹⁶. « L'environnement contractuel de l'entreprise qui conditionne son activité se révèle un élément essentiel, un instrument précieux de redressement et la loi prend directement comme cible le contrat support des échanges économiques »¹¹⁷. En effet, les contrats utiles à la sauvegarde ou au redressement de l'entreprise attirent toutes les sollicitudes du législateur, qui édicte des règles impératives en faveur de leur continuation durant la procédure. Cette importance avérée de certains contrats pour le redressement de l'entreprise a conduit le droit des procédures collectives à développer une conception novatrice du contrat qui le détache de la vision classique du droit commun. On comprend dès lors que « l'intérêt de l'entreprise réside dans la pérennité du contrat »¹¹⁸. Plus encore que le rapport entre deux personnes, le contrat d'exploitation de droits de propriété intellectuelle sera appréhendé comme une valeur économique, véritable centre d'intérêts juridiques, digne de protections particulières. Le sauvetage de l'entreprise semble alors passer par la préservation de ces biens.

La présente recherche s'entend, d'une part de l'application de la règle de la continuation des contrats en cours aux contrats relatifs à des droits de propriété intellectuelle, ainsi que du sort qui leur est réservé, d'autre part. La question qui se pose est de savoir si la poursuite de l'activité est favorable à la pérennité des droits de propriété intellectuelle au sein de l'entreprise en difficulté.

L'objectif prioritaire de sauvegarde des entreprises impose une vision plus dynamique des procédures collectives désormais tournées vers le futur, cela implique que tous les moyens juridiques soient mis en œuvre pour réussir¹¹⁹. Le réflexe légal est alors d'organiser la préservation des contrats. Afin de confirmer le caractère indispensable du mécanisme, il

¹¹⁵ La jurisprudence de la cour de cassation affirmait 5 août 1812 : « qu'à défaut de clause spéciale, les contrats en cours n'étaient pas résolus de plein droit par la faillite : celle-ci proclamée ce n'est que dans la mesure où le cocontractant ne reçoit pas du syndic de garanties suffisantes d'une exécution intégrale à l'échéance qu'il peut obtenir une résolution judiciaire », Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, une autorisation judiciaire était nécessaire, articles 24 et 27.

¹¹⁶ M. JEANTIN et P. LE CANNU, Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, Dalloz 5^{ème} éd. 1999, p. 417

¹¹⁷ M. H. MONSERIE, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, Bibliothèque droit des entreprises, n° 33 Litec 1994 ; E. JOUFFIN, Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective, LGDJ 1998, n° 112 p. 69

¹¹⁸ C. PRIÉTO, La société contractante, thèse, Aix-Marseille, 1994, PUAM, n° 43, p. 36

¹¹⁹ Cass. com, 8 déc. 1998, n° 96-15.315 ; obs M. CABRILLAC. Add. F. PEROCHON, Le « bénéfice » sélectif de la procédure collective, Mél. Ch MOULY. Litec, 1998, tome II, p. 401 et s., spéc. n° considérant l'ouverture de la procédure collective comme un bénéfice pour le débiteur.

faudra s'intéresser à l'application de la règle de « la continuation des contrats en cours » aux contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle (chapitre 1), ainsi qu'aux effets de celle-ci (chapitre 2).

CHAPITRE 1

L'APPLICATION DE LA RÈGLE « DE LA CONTINUATION DES CONTRATS EN COURS » AUX CONTRATS SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

26. « Dans l'ordre économique, le contrat est lié à l'entreprise : l'exécution des contrats commande l'activité et souvent la structure, il est en effet un élément de richesse un élément de valeur pour l'exploitation »¹²⁰. La poursuite de l'activité, quel que soit son objectif, nécessite la poursuite des relations contractuelles. La survie de l'entreprise implique la sauvegarde de ses moyens d'action que sont les rapports contractuels. En effet, ces derniers sont omniprésents dans la vie des entreprises et conditionnent largement leur activité. Son potentiel économique repose non seulement sur les biens composant son patrimoine, mais plus encore sur les relations juridiques, contractuelles, qu'elle entretient avec ses partenaires. En effet, le contrat constitue un élément de richesse et une source de valeur pour l'exploitation, indépendamment de sa nature, il est considéré comme un bien indispensable à la poursuite de l'activité¹²¹.

Aussi, l'évolution du droit des entreprises en difficulté a combiné ses effets avec celle de la notion de contrat, fondant l'émergence d'un corps de règles spécifiques aux contrats en cours, au jour du jugement d'ouverture d'une procédure collective¹²². La législation relative à la défaillance des entreprises considère les contrats comme des biens appartenant à l'entreprise, qu'il faut protéger pour préserver l'unité économique¹²³. Comment en effet redresser une entreprise sans le secours des contrats, en particulier, de ceux qui soutiennent à proprement parler l'entreprise ? En effet, le maintien de l'environnement contractuel ne pourrait être atteint que s'il englobe l'ensemble des contrats, et non seulement une partie d'entre eux. Ainsi, la poursuite de l'activité contractuelle, devenue un instrument de sauvegarde de l'entreprise, va concerner tous les contrats, quelles que soient leurs natures et

¹²⁰ P. DURAND, Sous la direction et Préface de, « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », Études de droit privé, LGDJ, 1960, p. III.

¹²¹ M.-H. MONSERIÉ, thèse « Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises » Litec, 1994, p. 19

¹²² C.BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », RTD Com. 2000 p. 783

¹²³ M.-H. MONSERIÉ, « Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises », Litec 1994, n° 18 et S.

leurs modalités d'exécution¹²⁴. Par conséquent, il sera admis de considérer que les contrats sur des droits de propriété intellectuelle constituent une valeur non négligeable de l'entreprise, et sont même souvent le support de son activité. Cette valeur économique doit absolument pouvoir être préservée. Les contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle ne sauraient échapper à cette « emprise universelle »¹²⁵.

Lorsqu'une procédure collective intervient sur un terrain dans lequel sont en jeu des contrats relatifs à des droits de propriété intellectuelle, elle est ouverte à l'égard d'un des partenaires de la relation contractuelle, exploitant, titulaire des droits en cause ou tiers. Cependant, l'entreprise défaillante n'est pas un agent économique isolé. Elle intervient au sein d'un ensemble plus vaste, dans lequel les situations des différents acteurs peuvent éventuellement influencer les unes sur les autres. L'extension du domaine des procédures collectives est une caractéristique constante du droit contemporain qui a vu son champ d'application s'étendre au fil des réformes dont il a fait l'objet, et qui bénéficie, nous le verrons, aux droits de propriété intellectuelle. L'étude menée ici devra analyser le retentissement de la procédure collective et plus particulièrement de l'application de la règle de la continuation des contrats en cours, sur les éléments soutenant la relation contractuelle, car la procédure risque de les déstabiliser. Il convient ainsi de déterminer dans un premier volet les titulaires de droit concernés par l'application de la règle (section 1), pour examiner dans un second temps les contrats concernés (section 2).

SECTION 1

LES TITULAIRES DE DROITS CONCERNÉS ET LEURS POUVOIRS

27. Depuis que le droit des procédures collectives se préoccupe de sauver les entreprises encore viables, le maintien réalisé par le principe de la poursuite de l'activité contractuelle est une constante de ce droit.

Le contrat est un élément indispensable à la survie de l'entreprise, et l'objectif du législateur étant précisément cette survie, le domaine de la poursuite de l'activité contractuelle ne peut désormais être strictement entendu. En effet, assurer la pérennité de l'entreprise implique qu'il soit pourvu à la préservation des relations contractuelles dont le réseau conditionne la marche. L'extension du domaine d'application du principe de la continuation accroît les chances de redressement de l'entreprise titulaire ou bénéficiaire d'un droit d'exploitation de

¹²⁴ Contra M. GERMAIN et P. DELEBECQUE, *Traité de droit commercial*, Tome II, 17^{ème} éd., n° 3047

¹²⁵ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, LGDJ, 1998, n° 121

propriété intellectuelle. L'enjeu de cette étude sera alors de déterminer quels sont les titulaires de droits de propriété intellectuelle susceptibles d'entrer dans le champ d'application des procédures collectives et d'en définir leurs pouvoirs durant la période d'observation. Afin de définir les pouvoirs dévolus au débiteur (§2), il est nécessaire de déterminer préalablement le débiteur éligible à la procédure (§2).

§1. LE DÉBITEUR ÉLIGIBLE

28. La poursuite de l'activité dont est dépendante la survie de l'entreprise, est un élément essentiel des procédures de sauvegarde et de redressement, mais, est aussi souvent nécessaire en cas de liquidation¹²⁶, notamment lorsque la cession de l'entreprise est envisagée. La législation relative aux procédures collectives réalise une généralisation de la poursuite de l'activité contractuelle à ces diverses phases. Le domaine de prédilection de la poursuite de l'activité et spécialement de l'activité contractuelle est naturellement la période d'observation. Aussi, l'article L. 622-13, siège de la matière trouve application durant la période d'observation, aussi bien en sauvegarde, qu'en redressement judiciaire¹²⁷ sans distinction ; Aucune équivoque n'est laissée à l'application de ce texte durant cette période¹²⁸. L'importance de la généralisation de la poursuite de l'activité contractuelle à toutes les procédures ayant été soulignée, il nous faut à présent déterminer quel débiteur peut être concerné par la règle de la continuation des contrats en cours. Les articles L.620-2, L.631-2 et L.640-2 du Code de commerce relatifs respectivement à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire visent « toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, tout agriculteur, toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé ainsi qu'à toute personne morale de droit privé »¹²⁹. La procédure collective est ainsi ouverte à l'égard d'une

¹²⁶ Article 641-10 alinéa 1^{er} ; pour J.P SENECHAL, LPA 10 juin 2004, p. 44 : « De facto, Le prononcé de la liquidation judiciaire ouvrira une nouvelle période d'observation pendant laquelle l'activité, certainement déficitaire, sera poursuivie dans l'espoir que le tribunal sera saisi d'une offre crédible de plan de cession ».

¹²⁷ Voir le renvoi opéré par l'article L. 631-14 I du code de commerce

¹²⁸ La loi du 26 juillet 2005 avait repris le principe quasiment à l'identique, et étendu à la procédure de sauvegarde

¹²⁹ Article 164, I de l'Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008

personne juridique, le débiteur¹³⁰, et non de l'entreprise qu'il exploite, sujet économique dont le sort n'en est pas moins le premier enjeu de la procédure¹³¹. Les hypothèses dans lesquelles le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle éprouve des difficultés est susceptible de couvrir bien des hypothèses. Nous nous efforcerons lors de cette étude de déceler les personnes juridiques exerçant une activité ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle qui éprouvent de sérieuses difficultés les rendant éligibles aux procédures collectives. À ce titre, nous envisagerons successivement le débiteur personne physique (A) et le débiteur personne morale (B).

A. LE DÉBITEUR ÉLIGIBLE : PERSONNE PHYSIQUE

29. Conformément à son objectif économique, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 soumet aux procédures collectives toute personne physique « exerçant une activité professionnelle indépendante », indépendamment de tout autre critère. L'ordonnance du 18 décembre 2008 supprime toute référence à l'immatriculation, et vise clairement l'activité commerciale ou artisanale, afin d'ouvrir le bénéfice des procédures collectives à des professionnels, qui ne sont pas tenus de s'immatriculer¹³². Les textes ne se réfèrent plus seulement à la qualité de commerçant mais plus généralement à l'ensemble des professionnels indépendants, qui bénéficient de l'extension des procédures collectives.

Cet élargissement capital nous invite à nous intéresser à certains professionnels titulaires de droits de propriété intellectuelle qui entrent dans le champ d'application du droit des entreprises en difficulté et par conséquent de l'application de la règle de la continuation des contrats en cours. Nous analyserons un à un les cas de l'inventeur (I), de l'inventeur salarié ou fonctionnaire (II), du titulaire d'une marque (III) ainsi que des créateurs protégés par le droit d'auteur (IV).

¹³⁰A. LIENHARD, comm. ss art. L. 620-1 du code de com. *In* code de procédure collective, Sont visés par les textes cités, tels que remaniés par l'ordonnance, les débiteurs. La loi ne parle plus depuis 2005, de « l'entreprise » ; c'est le retour du débiteur sujet, évolution terminologique, jugée régressive et en décalage par rapport aux objectifs du texte par certains, et, qui plus est, fâcheuse lorsque l'entreprise continue ses paiements : C. SAINT-ALRY-HOUIN, Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité rupture ou retour en arrière. Dr et patr. janv. 2005, p.24, spé. P. 28

¹³¹F. PEROCHON, *op. cit.*, n°263 p. 143

¹³²Le bénéfice des procédures collectives est ainsi ouvert aux auto-entrepreneurs

I. L'inventeur

30. La personne qui se livre à une activité inventive aboutissant à un résultat reconnu en tant que tel, peut adopter deux comportements différents. L'inventeur qui choisit de ne pas déposer de brevet ne bénéficie d'aucun droit de propriété intellectuelle sur sa création, et se trouve dans une situation fragile de possesseur de savoir-faire, devant sauvegarder son avantage « naturel », en protégeant le secret par des moyens matériels et juridiques de droit commun. En effet, la conception de l'invention ne confère aucun droit exclusif à l'inventeur, seule la demande de brevet d'invention régulièrement déposée peut être à l'origine du monopole d'exploitation¹³³. En outre, le titulaire d'un brevet peut choisir de se réserver l'exploitation de son invention, et par conséquent les revenus, ou préférer accorder à des tiers l'autorisation de l'exploiter moyennant le paiement d'une contrepartie. Le droit de propriété intellectuelle que confère le brevet à son titulaire, implique l'exploitation de l'invention protégée personnellement ou par un tiers, de retirer les fruits de son droit ou de céder celui-ci. Il ressort de ces constatations que l'inventeur, s'emploie inéluctablement à une activité professionnelle, encore faut-il que celle-ci lui permette d'être éligible aux procédures collectives.

31. Afin de déterminer si l'élargissement mis en œuvre par la nouvelle rédaction est susceptible de concerner un inventeur, il nous faut observer la lettre du texte et cerner l'objectif du législateur.

En effet, le législateur, ayant pris soin d'utiliser la notion d'« activités professionnelles indépendantes », souhaite englober tous les professionnels n'entrant pas dans les autres catégories de débiteurs mentionnés par les textes¹³⁴. Autrement dit la procédure collective ne peut être ouverte à l'égard d'une personne physique que si elle exerce une activité professionnelle indépendante dont, depuis 2005, la nature peut être quelconque (commerciale, artisanale, agricole ou libérale). Par conséquent, l'inventeur qui se livre à l'exercice individuel d'une activité à titre professionnel ayant pour objet l'exploitation de son brevet, pourrait conformément aux textes prétendre au bénéfice des procédures collectives. L'indépendance postule que l'intéressé n'est pas en situation de subordination : il exerce l'activité pour son compte, sous sa responsabilité et à ses risques et périls.

¹³³ Cass. com. 20 oct. 1998 : PIBD 1999, 687, III, 499, Le dépôt d'une « enveloppe Soleau » auprès de l'INPI ne confère aucun droit exclusif

¹³⁴ Commerçants, personnes immatriculées au Répertoire des métiers, agriculteurs

32. Toutefois, l'élargissement de la loi va encore plus loin, puisqu'elle considère que l'artisan ou le commerçant, même non immatriculé, intègre le domaine des procédures collectives. Conformément à son objectif économique, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 soumet aux procédures collectives toute personne physique « exerçant une activité professionnelle indépendante », indépendamment de tout autre critère, nonobstant en particulier le cas échéant l'irrégularité de sa situation administrative ; seule importe la réalité de l'activité. Il faut en déduire que l'inventeur, personne physique, artisan ou commerçant de fait, est concerné par l'élargissement du domaine des procédures de traitement des difficultés. Ainsi ces professionnels non-immatriculés réintègrent le domaine des procédures collectives. Antérieurement à la nouvelle rédaction, l'inventeur personne physique, pouvait être soumis à une procédure collective, même contre son gré¹³⁵, mais ne pouvait en réclamer le bénéfice puisqu'en l'absence d'immatriculation au RCS, il ne pouvait se prévaloir de la qualité de commerçant¹³⁶. Aujourd'hui, il peut en bénéficier par sa propre initiative puisque l'exercice d'une activité professionnelle indépendante suffit à le faire entrer dans le domaine des procédures collectives, sans qu'il ait à se prévaloir de sa qualité de commerçant ou d'artisan. L'ordonnance de 2008 supprime toute référence à l'immatriculation et vise clairement l'exercice de l'activité commerciale ou artisanale, afin d'ouvrir le bénéfice des procédures collectives aux auto-entrepreneurs¹³⁷, qui ne sont pas tenus de s'immatriculer. La nouvelle rédaction profite indéniablement même à l'inventeur qui exerce une activité commerciale ayant un statut d'auto-entrepreneur, dispensé d'immatriculation.

33. L'activité inventive doit être indépendante et exercée à titre professionnel. Un auteur s'est posé la question de savoir si cette exigence devait être appréhendée dans la limite de la définition de celle-ci¹³⁸ ; autrement dit « dans le cadre d'une activité exercée régulièrement dans un but lucratif »¹³⁹ ? et répond par l'affirmation selon laquelle, la profession présume l'exercice habituel de l'activité, peu important en revanche qu'il soit exclusif ou même principal : une activité secondaire peut être professionnelle. Antérieurement à la réforme de 2008, la réponse aurait été assurément affirmative car le commerçant et l'agriculteur étaient des professionnelles par définition ; l'obligation relative à

¹³⁵ Cass. com. 25 mars 1997: D. 1997, somm. p. 311, obs. A.HONORAT ; Bull. Joly Sociétés 1997, p. 589, note J. VALLANSAN ; Defrénois 1998, art. 36745, p. 248, obs. P.LE CANNU

¹³⁶ Cass. com. 11 fév.2004, B 28 et rapp. Cass. com., 25 mars 1997, B. 83 ; D. 1997. Somm. 311, obs. A. HONNORAT ; JCP E 1997. II. 681, n°1 obs. CABRILLAC

¹³⁷ A. LINHARD, note sous article L. 620-2 code des procédures collectives commenté 2011, p. 68

¹³⁸ F. PEROCHON, Entreprises en difficulté, op.cit. n° 271

¹³⁹ Dictionnaire juridique Litec, sous la dir. de R. CABRILLAC

l'immatriculation impliquait elle-même la qualité professionnelle, tandis que les autres personnes à qui le bénéfice des procédures collectives avait été étendu par la réforme de 2005, devaient exercer une activité professionnelle indépendante. Ce constat nous conduit à nous intéresser au cas particulier de l'inventeur salarié ou fonctionnaire.

II. L'inventeur salarié ou fonctionnaire

34. Il ne s'agit pas ici de traiter des hypothèses dans lesquelles l'invention ou la création est l'œuvre d'un salarié lorsque celle-ci a été faite dans le cadre d'une mission inventive accordée au salarié par l'entreprise, ou encore lorsque l'invention a un lien quelconque avec l'entreprise ou même réalisée en dehors de l'entreprise mais intéressant son domaine d'activités¹⁴⁰. Car dans ces hypothèses les droits sur l'invention appartiennent à l'employeur et non à l'inventeur et par conséquent n'intéresse pas le cadre de la présente étude au regard du droit de la propriété intellectuelle et ne rentre pas non plus dans le cadre du droit des procédures collectives, compte tenu du lien de subordination et du défaut d'indépendance que postule le salarié dans l'exercice de son activité inventive, écarté du bénéfice des dispositions de la loi.

La question qui se pose dans cette hypothèse particulière est de savoir si une personne physique inventeur salarié ou fonctionnaire qui fait exploiter l'invention par un tiers est assujettie aux procédures collectives ? En d'autres termes, il s'agirait de savoir si ces personnes sont susceptibles de rentrer dans le champ d'application du droit des procédures collectives.

35. Nous avons souligné précédemment que ces procédures s'appliquent « à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale ». En outre, le texte ne précisant pas que les personnes visées sont des professionnels exerçant une activité commerciale ou artisanale, cette modification textuelle peut conduire à une situation curieuse où une personne exerçant à titre principal une activité ne relevant pas du droit des procédures collectives, mais exerçant accessoirement une activité commerciale, se verrait reconnaître le droit de demander l'ouverture d'une procédure collective devant le tribunal de commerce. Ainsi l'inventeur salarié ou fonctionnaire faisant exploiter son invention et percevant en contrepartie une rémunération sous forme de redevances pourrait-il prétendre au bénéfice des procédures

¹⁴⁰ Hypothèses visées à l'article 611-7 du Code de la propriété intellectuelle

collectives ? Certains auteurs¹⁴¹, ont pu avancer l'idée selon laquelle l'article L. 620-2 du Code de commerce autorise à soutenir que toute personne, exerçant même à titre accessoire une activité commerciale ou artisanale, entre dans le champ des procédures collectives, tel exemple extrême, le fonctionnaire achetant et revendant assez régulièrement dans un but lucratif des tableaux ou bibelots sur internet... ce qui n'en fait nullement, en principe, un professionnel de l'art ou de la brocante.

36. La nouvelle rédaction pourrait ainsi étendre le domaine des procédures collectives à certains non professionnels comme peut le suggérer par exemple l'absence de minimum de chiffre d'affaire, la très grande souplesse affichée du dispositif et sa compatibilité avec pratiquement tout statut professionnel. En effet l'on peut affirmer que la donne a changé depuis la nouvelle formulation des textes qui vise maintenant « l'exercice d'une activité commerciale », certains observent qu'il ne s'agit que d'un alignement syntaxique dans le seul objectif de tenir compte de la possibilité ouverte par la loi de modernisation de l'économie du n° 2008-776 du 4 août 2008, d'exercer une activité artisanale en étant dispensé d'immatriculation¹⁴². A moins, ainsi qu'il a pu être souligné précédemment, que comme le texte nouveau n'exige pas que l'activité commerciale soit exercée à titre principale, que le salarié exerce à titre accessoire une telle activité¹⁴³. En effet ce point de vue est également partagé par un autre auteur qui s'est minutieusement penché sur la portée de la modification de ce texte et a pu clairement développer l'idée selon laquelle : étant donné qu'il n'est pas précisé que les personnes visées sont des professionnels exerçant une activité commerciale ou artisanale, cette modification peut conduire à une situation curieuse dans laquelle une personne exerçant à titre principale une activité ne relevant pas du droit des procédures collectives, mais exerçant accessoirement une activité commerciale, se verra reconnaître le droit de demander l'ouverture d'une procédure collective devant le tribunal de commerce¹⁴⁴. Ainsi, si l'on se tient à ce raisonnement le salarié ou fonctionnaire, qui n'est pas un professionnel indépendant au sens du livre VI du Code de commerce, pourrait se trouver dans cette situation s'il exerce par ailleurs, même accessoirement une activité dont l'objet consiste à faire exploiter son invention.

¹⁴¹ F. PEROCHON, *op. cit.* n° 272, p. 147

¹⁴² A. LIENHARD, Conditions de fond de l'ouverture de la procédure, Delmas Proc. coll. 2011

¹⁴³ La cour d'appel de Paris, le 6 juillet 2010 ayant rendu une décision qui corrobore cette approche, en refusant l'ouverture du redressement judiciaire à l'associé d'une société en nom collectif après avoir relevé qu'il était salarié intérimaire.

¹⁴⁴ D. VOINOT, « L'ouverture des procédures collectives » *Gaz. Pal.* 7 mars 2009, n° 66, p. 10

Cependant, selon ce même auteur il faudrait se résoudre pour éviter cette difficulté à revenir au seul critère du professionnel exerçant une activité indépendante. En conséquence, sous la réserve de cette incertitude sur l'exigence professionnelle en matière commerciale ou artisanale, le débiteur qui exerce une activité professionnelle de toute nature relève du domaine des procédures collectives au titre de l'une des quatre catégories visées par l'article L. 620-2.

III. Le titulaire d'une marque

37. Toute personne peut être l'auteur du dépôt d'un signe à titre de marque, par conséquent il peut s'agir d'une personne physique. « L'enregistrement confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits et les services qu'il a désignés »¹⁴⁵. Seul le titulaire du droit d'enregistrement ou les personnes autorisées par lui peuvent utiliser la marque.

Comme tout droit exclusif, le droit sur la marque révèle son véritable intérêt économique dans la mesure où il est exploité. Comme pour les autres droits de propriété intellectuelle, le titulaire peut l'exploiter lui-même ou peut accorder aux tiers l'autorisation de le faire, il peut même transmettre les droits attachés à la marque en totalité ou en partie. Les articles L.713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle donnent une liste limitative d'actes d'exploitation réservés au titulaire. Il peut ainsi s'agir d'un commerçant, personne physique exploitant la marque pour son propre compte, voir d'un prête-nom, du commerçant de fait ; de ceux qui font habituellement des actes de commerce pour leur compte. Mais il en va également ainsi de ceux qui exercent une activité commerciale en contravention avec une interdiction légale ou réglementaire, ou une incompatibilité ; ceux qui exercent une activité commerciale illicite ou immorale. Même le contrefacteur, qui porterait atteinte au droit du titulaire de la marque sera reconnu en tant que tel.

38. Les textes relatifs au droit des procédures collectives visent la personne exerçant une activité commerciale, ce qui permet de tenir compte de son activité effective, indépendamment de son statut administratif. Le titulaire de la marque qui l'exploite est considéré comme un commerçant en tant qu'il effectue des actes de commerce pour son propre compte, et de façon indépendante. Tel n'est pas le cas du dirigeant d'une personne morale qui exploite la marque. En effet, celui-ci dans ses fonctions de direction n'exerce pas

¹⁴⁵ Selon l'article L. 713- 1 du Code de la propriété intellectuelle

une activité professionnelle indépendante, puisqu'il agit « au nom et pour le compte de la société qu'il représente et non en son nom personnel »¹⁴⁶, il demeure ainsi éligible au surendettement des particuliers. En revanche le titulaire de la marque, personne physique qui agit pour le compte d'un groupement dépourvu de personnalité morale et qui ne peut donc être soumis à une procédure collective, peut être personnellement soumis à la procédure s'il répond lui-même à la définition de commerçant.

À ce propos, antérieurement à la réforme de 2005, une personne physique qui n'a jamais été inscrite au registre du commerce ne pouvait être, sur sa demande, admise au bénéfice d'une procédure collective¹⁴⁷. Cette solution pourrait désormais être abandonnée, si l'on considère que le commerçant de fait devient un « indépendant de droit »¹⁴⁸, entrant dans le champ d'application de la loi. Cette extension puise son fondement dans l'intention du législateur de soumettre aux procédures collectives toutes les activités économiques. À cet égard, l'on peut penser que la modification introduite par la réforme de 2008, substituant la notion d'exercice d'une « activité commerciale » à celle de « commerçant », ne devrait nullement modifier l'interprétation des conditions d'ouverture d'une procédure, notamment quant à l'obligation de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés¹⁴⁹. Cependant, cette interprétation ne fait pas l'unanimité. Certains auteurs considèrent en effet que rien ne semble plus interdire un commerçant non immatriculé de solliciter le bénéfice d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires en saisissant le tribunal de commerce. Il en va par conséquent ainsi du commerçant non immatriculé exploitant une marque. D'une façon générale la loi est applicable à tous ceux qui font des actes de commerce habituellement et pour leur compte personnel, qu'ils soient ou non inscrits au registre du commerce, il en va par conséquent ainsi du titulaire du droit sur une marque qui l'exploite.

En outre, nous avons évoqué précédemment le cas du contrefacteur qui porterait atteinte au droit du titulaire de la marque, à cette hypothèse dans laquelle le caractère professionnel de

¹⁴⁶ Cass. com. 12 nov. 2008 D. 2008, 2929 note A. LIENHARD

¹⁴⁷ Cass. com. 25 mars 1997, n° 95-11. 278, Bull. civ. IV, n° 83 ; D. 1997. somm. 311, obs. A.HONORAT; Cass. com. 11 fév. 2004, n° 01-00.430, Bull. civ. IV, n° 28 ; D. 2004. AJ 565, obs. A. LIENHARD

¹⁴⁸ Rapport AN, n° 2095, p. 180 • En ce sens, P. PETEL, Le nouveau droit des entreprises en difficulté, JCP E 2005, 109, n° 10.

¹⁴⁹ B. SAINTOURENS, Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, Rev. proc. coll. 2009. Dossier 4, n° 5.

l'activité est illicite, le droit des procédures collectives répond qu'il n'est pas aisé de justifier le refus de faire bénéficier le débiteur de la sauvegarde ou du redressement¹⁵⁰.

IV. Les créateurs protégés par le droit d'auteur

39. L'examen de l'éligibilité aux procédures collectives des créateurs protégés par le droit d'auteur est incontournable au regard de notre sujet, aussi nous avons fait choix d'évoquer deux professions qui présentent certaines difficultés : les auteurs d'une part (1), et les architectes en difficulté d'autre part (2).

1. Les auteurs

40. Si l'auteur a des intérêts moraux dans son œuvre, il a tout autant vocation à tirer un profit pécuniaire, autrement dit, il lui revient d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de son œuvre, de l'organiser, d'en obtenir la rémunération et de la contrôler. L'auteur d'une œuvre de l'esprit a, en principe, le droit d'autoriser ou d'interdire l'utilisation de son œuvre selon son gré. À la différence des titulaires de droits de propriété industrielle, l'auteur n'a aucune obligation d'exploiter son œuvre. En revanche, s'il décide de l'exploiter, il peut le faire lui-même ou choisir un ou plusieurs exploitants, auxquels il cédera des droits d'exploitation plus ou moins étendus. « Auteur, c'est aussi un métier »¹⁵¹, et à ce titre il nous faut déterminer s'il entre dans le champ d'application du droit des procédures collectives.

41. Si l'extension des procédures collectives n'est plus à démontrer compte tenu de ce qui a pu être exposé préalablement pour certains titulaires de droits de propriété intellectuelle qui se livrent à l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, le droit d'auteur suscite néanmoins quelques interrogations auxquelles il est nécessaire d'apporter des solutions.

En effet, se pose ici la question de savoir si l'auteur entre dans l'une des catégories visées par les articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce, cette même question peut être étendue aux artistes-interprètes tels que des comédiens, figurants, chefs d'orchestre, musiciens, chanteurs, instrumentalistes, ou encore danseurs, autrement-dit et d'une manière plus générale à tous ceux qui interprètent l'œuvre de l'auteur et qui diffèrent des entrepreneurs divers qui les encadrent tels que les producteurs de cinéma ou de phonogramme soumis aux procédures collectives.

¹⁵⁰ Comme l'admet l'administration fiscale pour certaines activités : sur le fondement du « réalisme »

¹⁵¹ F. POLLAUD-DULIAN, Le droit d'auteur, *Economica* 2005, p. 454, n° 686

42. Il est impératif avant d'apporter les éléments de réponse à cette question de rappeler que les procédures collectives du Code de commerce sont une technique du droit de l'entreprise. Ce droit des entreprises en difficulté coexiste avec une législation analogue adaptée aux particuliers et comprenant une procédure de surendettement et une procédure de rétablissement personnel régies par le Code de la consommation. Les auteurs relevant de la législation applicable au surendettement des particuliers¹⁵² ne peuvent prétendre à l'application du régime de la loi de sauvegarde que dans l'hypothèse d'une procédure ouverte à l'encontre de leur éditeur ou producteur.

Et comme l'a jugé la Cour de cassation, sur le fondement de l'article L. 333-3 du Code de la consommation, la soumission des personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante au droit des procédures collectives, les exclues dès lors, des dispositions relatives au traitement des situations de surendettement prévues aux articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation¹⁵³. Ainsi les auteurs ne se livrant pas à l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, mais qui détiennent néanmoins des droits d'auteur sur une œuvre ne peuvent prétendre bénéficier du traitement judiciaire des difficultés des entreprises mais relèvent du régime prévu par le Code de la consommation.

2. Les architectes en difficulté

43. Le statut de la profession d'architecte peut poser des difficultés à deux niveaux au regard de notre sujet. En effet, deux questions se posent dans cette hypothèse, la première consiste à savoir si les travaux des architectes sont protégés par le droit d'auteur, et la seconde a trait à l'éligibilité des architectes au droit des procédures collectives.

Le statut des œuvres d'art des architectes est très complexe, en effet plusieurs branches du droit sont concernées : droit des obligations, des contrats spéciaux, droit des affaires. Dès lors que leurs créations sont originales, les créations des architectes se trouvent protégées par le droit d'auteur¹⁵⁴. Le Code de la propriété intellectuelle contient deux dispositions qui en sont relatives aux articles L.112.2 et L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle, les architectes bénéficiant d'un double droit :

D'une part sur la reproduction de leurs plans et maquettes, qui ne sauraient être utilisés sans leur autorisation. Le plan est original dès qu'il porte l'empreinte de la personnalité de son

¹⁵² Loi 89-1010 du 31 décembre 1990, reprise au sein du livre III du code de la consommation promulgué le 26 juillet 1993.

¹⁵³ Cass. com., 30 sept ; 2008, D. 2008. AJ. 2501, obs. A. LIENHARD, et chron. C. cass. 2749, obs. BÉLAVAL

¹⁵⁴ Versailles, 4 avril 1996, II 22741, obs. D.BECOURT; Rouen, 13 octobre 1997, D. aff. 1998. 678

auteur. En outre, leur nom doit figurer sur leurs créations faute de quoi il y aurait violation de leur droit moral¹⁵⁵. Cette question étant résolue, reste à savoir si en cas de difficultés, les architectes peuvent prétendre au bénéfice des procédures collectives.

44. Dans la législation antérieure à la loi de sauvegarde, les professionnels libéraux étaient exclus de toute législation protectrice, puisque, à titre individuel ils ne pouvaient bénéficier de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Le professionnel libéral, tel que l'architecte ne peut être à titre individuel, mis en redressement judiciaire. En revanche, les sociétés d'architectes comme toute personne morale de droit privé peuvent prétendre au bénéfice des dispositions protectrices.

L'une des grandes innovations de la réforme du 26 juillet 2005 a été d'étendre les procédures collectives aux professions libérales. En effet, l'élargissement du domaine des procédures collectives par les textes concerne au premier chef les professionnels libéraux. La notion de profession libérale peut susciter certaines difficultés. L'idée générale est qu'elle recouvre les activités professionnelles à caractère intellectuel prédominant¹⁵⁶, néanmoins sa mise en œuvre est délicate compte tenu de la variété des activités susceptibles d'être rattachées à cette catégorie. En effet, à côté des professions libérales certaines, réglementées et encadrées par des autorités professionnelles, existent des professions à la qualification plus discutée. Il en va notamment ainsi de la profession d'architecte.

Nous venons de définir l'éligibilité des personnes physiques à la procédure, déterminons à présent les personnes morales admises à invoquer le bénéfice du droit des procédures collectives.

B. LE DÉBITEUR ÉLIGIBLE : PERSONNE MORALE

45. Conformément aux dispositions des articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce, la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires sont applicables à « toute personne morale de droit privé », peu important qu'elle soit commerçante ou non. Néanmoins deux conditions doivent être remplies :

- L'existence de la personnalité morale

- La qualité de la personne morale de droit privé

¹⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2006, Bull. civ., I n° 360, PI 2006. 443, obs. A. LUCAS

¹⁵⁶ G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, t. 1 par M. GERMAIN et L. VOGEL : LGDJ, 17^e éd. 1998, n° 185

Ce domaine très vaste dépasse à l'évidence celui de l'entreprise, en dépit des intitulés de la loi de sauvegarde des entreprises ou de la lettre de nombreuses dispositions évoquant l'activité de l'entreprise. L'ensemble de ces dispositions enrichies ont vocation à régir les difficultés de toutes les entreprises. Peuvent ainsi être soumises à une procédure collective les sociétés commerciales ou civiles, les groupements d'intérêt économique, les syndicats professionnels, les comités d'entreprise et plus généralement toutes les personnes morales ne relevant pas du droit public. Peuvent ainsi être éligibles aux procédures collectives toutes les personnes morales quel que soit leur secteur d'activité ou leur forme juridique (pourvu qu'elle ne soit pas écartée par la loi), qu'elles soient titulaires d'un droit de propriété de propriétaire ou bénéficiaires d'un droit d'exploitation. Le domaine couvre d'une manière générale tous les acteurs économiques exploitant des droits de propriété intellectuelle et susceptibles de rencontrer des difficultés. Cette vision élargie s'entend également du domaine d'exploitation des propriétés intellectuelles, l'exploitation peut indifféremment porter sur une œuvre de l'esprit, telle que l'œuvre littéraire, musicale ou audiovisuelle, mais il s'agit également de l'exploitation de dessins ou modèles, brevets, marques, obtentions végétales, topographies de produits semi conducteur et bien d'autres. La généralisation des droits de propriété intellectuelle fait qu'aujourd'hui la plupart des entreprises quel que soit leur secteur d'activité concerné, détiennent de nombreux éléments de propriété intellectuelle. Les difficultés éprouvées dans le cadre de leur activité peuvent parfaitement être traitées par le droit des entreprises en difficulté. Si cette vision élargie est acquise elle ne présente pas de difficulté particulière qu'il faille ici développer ; Néanmoins un secteur d'activité requiert davantage de précisions. En effet le cessionnaire de droit d'auteur qu'il s'agisse des entreprises d'édition ou de production (1) voire des entreprises multimédia (2), mérite quelques précisions.

1. Entreprises d'édition ou de production

46. L'entreprise culturelle, telle que l'éditeur de livre, de musique ou un producteur audiovisuel pourraient faire l'objet d'une procédure collective. A côté du droit commun des procédures collectives existent des dispositions ayant vocation à régir des situations particulières. Le législateur, s'est soucié de ne pas compromettre par trop le droit des auteurs, au moins dans deux secteurs considérés comme les plus importants et les plus fragiles : l'édition et la production audiovisuelle. En pareil cas, le tribunal de commerce peut être saisi par un auteur ou un créancier, compte tenu de ce que le producteur ou l'éditeur ne peut plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible. L'éditeur, le producteur et le

télédiffuseur privé peuvent ainsi, réclamer le bénéfice des dispositions spéciales du traitement des difficultés des entreprises. Cependant, l'éligibilité d'une personne morale détenant des droits de propriété intellectuelle ne se fait pas toujours de manière automatique. Ce constat, nous invite à examiner le cas de l'entreprise multimédia et d'en vérifier l'éligibilité ou non aux procédures collectives.

2. Entreprises multimédia

47. Lorsqu'une entreprise multimédia est en cessation de paiement ou même préalablement à toute notion de cessation de paiement, en cas de difficultés prévisibles, peut-elle prétendre au bénéfice des procédures collectives?¹⁵⁷ et dans l'affirmative quel régime lui est-il applicable ? La question relative à l'éligibilité de cette entreprise est solutionnée par les dispositions du droit des procédures collectives qui ont vocation à régir les difficultés de toutes les entreprises. En revanche, la question relative au régime applicable est plus délicate. Dans quelle catégorie faut-il situer les entreprises multimédia : éditeurs ou producteurs audiovisuels ? Cette question de pur droit d'auteur a des incidences pratiques sur le droit des procédures collectives. Deux solutions s'offrent à nous, l'on peut soit utiliser la qualification la plus proche et à notre sens c'est l'édition qui l'emporte sur la production, soit réfuter l'une et l'autre et n'appliquer que le droit commun, ce qui à notre sens serait regrettable eu égard aux dispositions spéciales qui prennent précisément en compte, nous le verrons ultérieurement, les particularités du droit d'auteur. Nous optons par conséquent pour cette dernière solution. A cet égard, il semble opportun de souligner que ces solutions peuvent être transposées par analogie à d'autres professionnels dont les créations sont protégées par le droit d'auteur, on peut citer à titre non exhaustif les agences de publicité, de presse, d'architectes.

Il a pu être observé que le droit des entreprises en difficulté consacre une conception élargie de la notion de débiteur éligible personne physique ou morale. L'extension des procédures collectives aux professions libérales ainsi que la nouvelle terminologie de la loi désignant désormais « toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale », a permis d'inclure de nombreux professionnels exploitant des droits de propriété intellectuelle. Ces personnes doivent évidemment pouvoir aussi bénéficier des procédures de sauvegarde de redressement et de liquidation judiciaires. La qualité du débiteur éligible ayant été définie, il

¹⁵⁷ CA PARIS, Ch. 03 A, 18 décembre 2007 n°07/11812, Dans cet arrêt la cour d'appel fait application des dispositions relatives aux procédures collectives ; Cass. crim., 31 janvier 2007, n° 06-81. 923

convient de déterminer à présent sa place durant la période d'observation en définissant les pouvoirs qui lui sont reconnus durant la procédure collective.

§2. LES POUVOIRS DU DÉBITEUR ÉLIGIBLE

48. L'organisation des pouvoirs entre l'administrateur et le l'entreprise exploitant ou titulaire des droits de propriété intellectuelle dépend de la mission que le tribunal confie au premier. Si le principe énoncé par l'article L. 622-1 est clair : « L'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant », il est toutefois atténué lorsqu'un administrateur judiciaire est désigné. Depuis l'adoption de la loi du 26 juillet 2005, les missions qui peuvent être confiées à l'administrateur diffèrent dans la procédure de sauvegarde et dans la procédure de redressement judiciaire.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire n'entraîne pas la mise à l'écart du chef d'entreprise auquel la loi confère expressément certains pouvoirs, que ce soient des actes de gestion courante (A) ou des pouvoirs propres (B).

A. ACTES DE GESTION COURANTE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

49. La répartition des pouvoirs instaurée par les procédures collectives permet au débiteur d'accomplir seul les actes de gestion courante. L'article L. 622-3 du Code de commerce, applicable par renvoi lors du redressement judiciaire¹⁵⁸, prévoit que les actes de gestion courante sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi. Cette disposition est de nature à assurer le fonctionnement de l'entreprise durant la période d'observation au cours de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'administrateur ne pouvant la gérer au quotidien.

Ainsi, il est apparu nécessaire que le débiteur puisse encore intervenir. Néanmoins, les dispositions de l'article L. 622-3, alinéa 2, du Code de commerce commandent de s'interroger sur la notion d'acte de gestion courante qui échappe aux classifications connues d'actes conservatoires, d'administration et de disposition. Or, pour intéressante qu'elle soit pour la sécurité des transactions, cette notion est d'une détermination délicate. Elle n'est pas définie par le Code de commerce, mais il est néanmoins possible d'y déceler ce que n'est pas un acte de gestion courante. Le Code exclut, en effet, dans ces articles, certains actes. Il en est d'abord ainsi des paiements, ne sont pas davantage des actes de la gestion courante de l'entreprise, les

¹⁵⁸ Article L. 631-14 du code de commerce

constitutions de sûretés, les compromis et transactions¹⁵⁹. En réalité, entrent dans la catégorie des actes de gestion courante des opérations fréquentes au regard de l'activité continuée de l'entreprise, qui ont des répercussions financières normales n'entravant pas le redressement de l'entreprise¹⁶⁰. À cette première condition relative à la nature de l'acte accompli par le débiteur, s'ajoute, celle de la bonne foi du tiers qui traite avec celui-ci, prévue à l'article L. 622-3 du Code de commerce.

50. Positivement l'acte de gestion courante peut alors être défini comme l'acte permettant à l'entreprise de fonctionner au quotidien. Malgré l'intérêt pratique, évident du recours à cette notion, la jurisprudence est assez peu fournie sur la question. Selon elle, l'acte de gestion courante est une opération banale, n'intéressant que le court terme, une opération de « type courant, habituellement pratiquée et d'un montant peu élevé, une opération qui « se rattache à l'exploitation et est conforme aux usages de la profession »¹⁶¹. Afin de déterminer la diversité des opérations courantes, afférentes à la gestion de droits de propriété intellectuelle, il convient de rechercher les actes admis en tant que tel dans les décisions rendues par la Cour de cassation¹⁶² et raisonner par analogie.

51. La généralité de cette approche de l'acte de gestion courante nous permet de raccrocher certains actes de gestion de droits de propriété intellectuelle à cette notion. Ainsi, entrent dans cette catégorie, les actes exécutés de manière répétitive et habituelle. À ce titre nous pouvons citer non limitativement certains actes relatifs au maintien des droits de propriété intellectuelle : tels que, le paiement de redevances données en contrepartie de l'exploitation d'un titre, le paiement d'annuités aux organismes compétents pour le maintien en vigueur du droit, l'ensemble de ces actes habituels pour l'entreprise en difficulté constituent effectivement des actes de gestion courante.

De nombreux actes intervenant entre la période qui court de l'ouverture de la procédure jusqu'à la décision de l'administrateur sur la poursuite du contrat, pourront être

¹⁵⁹ Article L. 621-24 Code de commerce tel que rédigé par l'article 33, al. 2, de la loi n° 85-98 du 25 janv. 1985, et article L. 622-7, al. 2, tel que modifié par la loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises

¹⁶⁰ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Entreprises en difficulté*, 2006, Dalloz, n° 309 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 518 ; F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 268 ; M.-H. MONSÉRIÉ-BON, article préc., p. 168

¹⁶¹ Cass. com., 8 mars 1983, B. 97; Cass. com., 23 juin 1981, D. 1982 .IR.2, obs. DERRIDA, JCP CI 1982.I.10800, n°6, obs. CABRILLAC

¹⁶² Cass. com., 5 oct. 1993, D. 1994, somm. 81, obs. A. HONORAT, ou des marchandises destinées à être vendues dans le magasin : Cass. com., 11 juin 1996, BRDA 1996, n° 15/16, p. 7 ; Entrent également dans cette catégorie, la vente d'un véhicule utilitaire dans un garage Cass. com. 28 mai 2002, Rev. Proc. Coll. 2003. 15, obs. LEBEL, ou même la vente d'appartement par une société de construction-vente Cass. com., 27 nov. 2001, D. 2002, AJ 401, obs. A. LIENHARD, Dr. et patrimoine avr. 2002. 99, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON. La souscription d'un contrat d'assurance Cass. 1^{re} civ., 23 sept. 2003, Act. proc. coll. 2003, n° 241

ainsi qualifiés. Il en va notamment ainsi de certaines prestations fournies par le cocontractant en contrepartie d'un droit. À titre illustratif nous pouvons citer le paiement à l'échéance donné en contrepartie de la jouissance du droit de propriété intellectuelle dans le cadre du contrat de crédit-bail. L'exécution d'une telle obligation est soumise à l'article L. 622-17 du Code de commerce et constitue un acte de gestion courante.

Il en va en outre ainsi de la cession de créances professionnelles afférentes à des droits de propriété intellectuelle¹⁶³ qui constituent des actes de gestion courante.

Mais également dans le cadre d'un contrat de franchise mettant à disposition une licence de marque, le fait que le franchiseur en procédure collective fournisse des produits à un franchisé conformément aux conditions de vente. Inversement lorsque le franchisé est en procédure collective, le fait de s'approvisionner auprès d'un distributeur entre dans la catégorie des actes de gestion courante. Prenons afin de rendre cette notion plus concrète un autre exemple. En effet, le licencié d'une marque est débiteur de deux obligations principales : acquitter le prix de la licence et exploiter la marque. Le prix consiste en général en redevances (royalties) constituées par un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par l'exploitation de la marque. Le montant et les modalités du prix sont fixés librement par les parties, néanmoins l'acquiescement de ces redevances entre lui, dans la définition même de l'acte de gestion courante constituant une opération fréquente au regard de l'activité continuée de l'entreprise, qui n'a pas de répercussion financière entravant le redressement de l'entreprise.

Il convient désormais d'analyser les droits propres reconnus au débiteur et spécifiquement ceux afférents à l'exploitation des droits de propriété intellectuelle.

B. POUVOIRS PROPRES DU DÉBITEUR

52. Quelle que soit la mission confiée aux organes de la procédure collective, le débiteur conserve une sphère de droits propres, ces droits lui permettent essentiellement d'intervenir dans la procédure. Lorsque le débiteur soumis à la procédure collective est une société, c'est son représentant légal, maintenu en fonction au cours de la période d'observation, qui exercera les droits ainsi reconnus par le législateur.

Dans cette catégorie, on trouve principalement les voies de recours que le débiteur peut exercer au cours de la période d'observation. Il en est ainsi de l'appel ou du pourvoi en

¹⁶³ La cession de créances professionnelles respectant les formes de la loi du 2 janvier 1981 ; CA Versailles, 13 juin 1996, Dalloz affaires 1996. 1103 : sont valablement accomplies par le débiteur seul au titre des actes de gestion courante.

cassation contre la décision d'ouverture de la procédure¹⁶⁴, ou contre les décisions d'arrêt ou de rejet du plan, et cela, même si l'administrateur a été chargé d'assurer seul et entièrement l'administration de l'entreprise¹⁶⁵.

Le débiteur pourra, en outre, exercer les droits et actions qui lui sont personnels et ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. Cela vise les droits et actions attachés à la personne, mais également ceux qui ne concernent pas l'administration et la disposition de ses biens¹⁶⁶. Il en va ainsi d'une part lorsque le débiteur personne physique dispose des droits de propriété intellectuelle distincts de son activité professionnelle (I), et d'autre part lorsque sont en jeu des droits personnels attachés au débiteur (II).

I. Débiteur, personne physique disposant des droits de propriété intellectuelle distincts de l'activité professionnelle

53. L'aspect perturbateur du droit des procédures collectives s'est accentué, sans doute pour partie, en raison des finalités qui lui sont aujourd'hui assignées. Longtemps, le droit des entreprises en difficulté a eu pour objet de traiter conjointement le débiteur et son patrimoine. De grandes difficultés peuvent naître de la coexistence de patrimoine personnel et professionnel notamment, lorsque ces droits sont des droits de propriété intellectuelle fortement attachés à la personne de leur inventeur ou auteur. Il n'est pas rare qu'une personne exerçant une activité professionnelle indépendante puisse se livrer de manière distincte à une activité littéraire et artistique ou inventive. On peut se demander à cet égard, si la procédure collective atteint aussi cette activité et ses produits. L'enjeu sera de savoir si le tribunal peut confier à l'administrateur la gestion des biens et actions extra professionnels autrement dit ceux relatifs à l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle.

54. Le professeur Pollaud-Dulian dans son article intitulé « les droits intellectuels dans la tourmente des procédures collectives »¹⁶⁷ s'est livré en 1995 à l'analyse de cette problématique. Toutefois, compte tenu de l'évolution législative en la matière il est nécessaire d'apporter des réponses éclairées conformes aux nouvelles dispositions.

Autrefois, la théorie de l'unité du patrimoine militait en faveur d'une égalité de traitement entre la gestion de l'entreprise et la gestion des biens personnels de l'exploitant individuel.

¹⁶⁴ Article L. 661-1 du Code de commerce

¹⁶⁵ Cass. com., 22 mai 1990, D. 1990. 415, note F. Derrida

¹⁶⁶ Cass. com., 22 févr. 1994, D. 1994, IR 79:

¹⁶⁷ F. POLLAUD-DULIAN, "Les droits intellectuelles dans la tourmente des procédures collectives", in Mélanges FRANÇON, p. 365 et s.

Certains auteurs estimaient qu'il n'y a pas à opérer de distinction dans le patrimoine du débiteur- personne physique¹⁶⁸. La coexistence d'activités et de biens professionnels et non professionnels soulevait un certain nombre de problèmes lorsqu'étaient en jeu des droits de propriété intellectuelle appartenant au débiteur en procédure collective.

Dans la théorie classique¹⁶⁹, l'on considère qu'une personne a un patrimoine et ne peut en avoir qu'un seul¹⁷⁰. Il en résulte que l'actif est alors indissociable du passif. Cette indivisibilité du patrimoine n'était pas sans susciter de sérieuses difficultés pratiques dans la vie des affaires¹⁷¹, notamment lorsque étaient en jeu des droits de propriété intellectuelle étroitement liés à une activité humaine. Le débiteur personne physique, peut se voir dessaisi au profit de l'administrateur de certaines prérogatives relatives à l'exploitation de ses droits de propriété intellectuelle alors même que l'exploitation de ces droits était distincte de l'activité poursuivie. Par conséquent, le tribunal peut donner à l'administrateur des pouvoirs sur les biens non professionnels tels que des propriétés intellectuelles qui font partie du gage général des créanciers.

Ainsi, en vertu du principe de l'unicité du patrimoine, les effets du jugement qui ouvre une procédure collective s'étendent à l'ensemble du patrimoine. Il s'entend de tous les biens et droits du débiteur¹⁷², y compris, lorsqu'il s'agit d'une personne physique, de tous les biens étrangers à l'activité à, l'exception des biens déclarés insaisissables par la loi. Ce principe admis depuis fort longtemps, impose une appréhension globale du patrimoine et des droits dans la procédure collective qui ne permet pas de distinguer au sein d'un même patrimoine, peu important qu'il soit personnel et professionnel¹⁷³. La Cour de cassation, attachée à ce principe¹⁷⁴ estimait d'ailleurs que : séparer la dette personnelle des autres dettes

¹⁶⁸ Y. CHAPUT, Droit de redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises, 1987, n° 104 ; F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, 3^e éd., n° 365

¹⁶⁹ AUBRY et RAU, Droit civil, t. 9, 5e éd., n° 573.

¹⁷⁰ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, Les Obligations, l'acte juridique, vol. 1, Armand Colin, 1994, 6e éd., n° 33, « ...la personne n'a et ne peut avoir qu'un patrimoine : celui-ci est un, comme celle-là est une » ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ, 4e éd., 1994, nos 208 et suivantes.

¹⁷¹ M. GRIMALDI et B. REYNIS, « Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel », Defrénois, 1987, art. 33947, p. 587.

¹⁷² Cass. com., 27 nov.1991, droit des sociétés 1992, n°180, observations Y.CHAPUT,D1992, Jur. p.81, Observations F. DERRIDA.

¹⁷³ HOUIN, *Permanence de l'entreprise à travers la faillite, in liber amicorum offert au Baron Fredericq*, 1965 tome II p. 609; OLIVIER, *La distinction de l'homme et de l'entreprise dans la loi du 13 juillet 1967*, Thèse dact. Paris 1972 ; A. BRUNET, De la distinction de l'homme et de l'entreprise, Étude à R. ROBLLOT, 1984, 471

¹⁷⁴ Cass. com., 27 nov. 1991 : « le jugement d'ouverture du redressement judiciaire d'un entrepreneur individuel s'étendait à l'ensemble de son patrimoine » D.1992 p.81, observations F. DERRIDA. Bull. civ. IV, n°360 ;JCP E1992 ,I, 136 n° 3, obs. P. PETEL;RTD Com. 1992, p.684, obs. A. MARTIN-SERF ;Cass. com., 9

nécessairement professionnelles contrevient dès lors à cette unité. Elle a pu juger à ce propos que la suspension des poursuites individuelles joue, « peu important qu'en l'espèce, la créance invoquée trouve son origine dans une activité distincte de celle ayant donné lieu à l'ouverture de la procédure collective à l'égard du débiteur ».

Ainsi, l'ouverture d'une procédure collective contre une personne physique atteignait le patrimoine tout entier portant à la fois sur les biens affectés à l'activité ou sur des droits de propriété intellectuelle dont elle disposait à titre personnel.

55. Solutions apportées par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 et l'ordonnance du 9 décembre 2010 - Cette législation, en créant le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, vient résoudre une situation inconfortable pour les entrepreneurs individuels qui détenaient des droits intellectuels à titre personnel.

Ce nouveau statut, vise à permettre aux entrepreneurs individuels sur simple déclaration auprès d'un registre légal d'affecter à un patrimoine leur activité. L'objectif du législateur est de permettre aux entrepreneurs individuels de mettre leur patrimoine privé à l'abri des poursuites de leurs créanciers professionnels en cas de difficultés rencontrées dans leur activité. La protection du patrimoine privé relatif à des droits de propriété intellectuelle tels que des droits d'auteur est ainsi assurée par la séparation stricte des patrimoines privé et professionnel opérée par l'affectation patrimoniale.

Nous avons fait choix d'illustrer ces propos par un exemple ayant un intérêt particulier au regard de notre sujet. La situation est celle dans laquelle l'entrepreneur en difficulté dispose de droits d'auteur ou plus généralement de droits de propriété intellectuelle distincts de son activité. C'est à l'occasion de la procédure collective ouverte à son encontre que le dispositif prouvera son efficacité. L'ordonnance du 9 décembre 2010 est intervenue pour adapter le droit des procédures collectives au débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée en posant le principe d'une application distributive « *patrimoine par patrimoine* » des dispositions du livre VI du Code de commerce.

En choisissant ce statut, l'entrepreneur individuel ayant des droits de propriété intellectuelle à titre personnel, va pouvoir isoler son patrimoine professionnel qui sera *a priori* seul appréhendé par la procédure collective. Parallèlement si le débiteur connaît des difficultés financières personnelles, indépendantes de son activité professionnelle, ce qui sera souvent le cas en telle hypothèse, l'ouverture de la procédure collective ne devrait pas

juin 1992, RJDA 1992, n° 950 ; Cass. com., 22 juin 1993, Bull. Civ. IV n°264, D 1993 somm. 366, obs. A. HONNORAT ; Cass. com., 4 fév. 2003 n° 00-14.636

empêcher l'ouverture d'une procédure de surendettement. Ainsi, dans ce cas de figure, la procédure collective ne devrait plus appréhender l'ensemble du patrimoine et, par voie de conséquence l'ensemble des passifs et actifs, mais uniquement le patrimoine affecté et les dettes correspondantes. La situation sera d'autant plus complexe que l'entrepreneur individuel pourra constituer plusieurs patrimoines affectés, à compter du 1^{er} janvier 2013.

II. Droits personnels attachés au débiteur, personne physique ou morale

56. Le texte tel qu'issu de la loi du 26 juillet 2005 fait référence à la situation dans laquelle le débiteur est titulaire de tous les droits et actions qui ne sont pas clairement confiés à l'administrateur¹⁷⁵. Néanmoins, certaines décisions se justifient par le caractère personnel des actions engagées, car il a toujours été admis en jurisprudence que le débiteur puisse conserver l'exercice de ses droits à caractère personnel¹⁷⁶, malgré l'ouverture d'une procédure collective à son encontre.

Aussi, il convient, dès à présent de définir les droits propres et extrapatrimoniaux du débiteur (1) avant de déterminer les actions personnelles liées à l'existence d'un droit de propriété intellectuelle (2).

1. Droits propres et extrapatrimoniaux du débiteur

57. Au sens de l'article L.622-3 alinéa1 du Code de commerce le débiteur conserve l'exercice personnel de certains droits, il convient à ce titre de réserver le cas des droits attachés à la personne, en particulier les droits extrapatrimoniaux tel le droit moral de l'auteur. De plus, compte tenu de l'imbrication des intérêts moraux, seul un auteur pourrait consentir à la cession ou à la concession de ses droits ainsi que déterminer les conditions d'exploitation, cette exigence ressort des termes mêmes de l'article L. 132-7 alinéa 1^{er} § 2 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « le consentement est même exigé lorsqu'il s'agit d'un auteur légalement incapable »¹⁷⁷. Chaque fois que la conclusion d'un contrat d'édition est susceptible de mettre également en œuvre le droit de divulgation, il conviendra de respecter les règles afférentes à cette prérogative, et notamment le fait que « l'exercice de son droit moral par l'auteur d'une œuvre originale revêt un caractère discrétionnaire, de sorte que

¹⁷⁵ Article L. 622-3 du Code de commerce

¹⁷⁶ Cass.com., 22 février 1994, Bull. civil IV, n°76.

¹⁷⁷ P-Y. GAUTIER, *le mandat en droit d'auteur*, in Mélanges en l'honneur d'André Françon, édition DALLOZ, 1995.

l'appréciation de la légitimité de cet exercice échappe au juge »¹⁷⁸. Ainsi, lors d'une procédure collective avec nomination d'un administrateur, ce dernier se verra écarté au profit du débiteur réintégré dans ses droits pour faire primer un intérêt personnel. En revanche, si le titulaire des droits d'exploitation cédés est en redressement judiciaire, l'auteur ayant conservé son droit moral pourra invoquer et obtenir à titre personnel réparation sous la forme de l'allocation de dommages et intérêts pour l'atteinte portée à ce droit¹⁷⁹.

58. Enfin, il est indispensable de relever que les droits d'auteur¹⁸⁰ revêtent un caractère alimentaire, et qu'à ce titre une partie des sommes qui leur revient est considérée comme insaisissable au sens de l'article L. 333-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle et de la loi du 19 juillet 1957. Ces sommes échappent ainsi, à la procédure collective, aux pouvoirs de l'administrateur et au dessaisissement complet imposé dans l'hypothèse d'une procédure de liquidation judiciaire.

Les pouvoirs du débiteur « se dessinent en contrepoint de ceux attribués à l'administrateur¹⁸¹ », il en découle que le débiteur, a en principe, le pouvoir d'agir, exception faite du cas où l'acte envisagé relève de la mission de l'administrateur. Ainsi certains droits attachés à la personne, particulièrement les droits extrapatrimoniaux comme le droit moral de l'auteur échappent au domaine de compétence de l'administrateur.

2. Actions personnelles liées à l'existence d'un droit de propriété intellectuelle

À titre liminaire, nous précisons que ces questions sont envisagées uniquement dans le cadre de l'étude relative aux droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. Il n'est pas question ici de traiter de l'action en contrefaçon dans le cadre de la procédure collective, faisant l'objet d'un examen approfondi qui lui est spécifiquement consacré¹⁸². La jurisprudence a admis depuis un certain temps que le débiteur puisse conserver, malgré le dessaisissement, le droit de conduire librement certaines actions et d'introduire notamment, toutes les actions attachées à sa propre personne¹⁸³, à ce titre nous avons choisi d'évoquer les actions propres au droit de la propriété intellectuelle auxquelles le

¹⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 5 juin 1984, 83-11639, Bull. civ. 1984 I n° 184

¹⁷⁹ CA Paris, ch. Corr. 23 nov.1982, Gaz. Palais 1984. II.423, note P. FREMOND.

¹⁸⁰ DESBOIS, le droit d'auteur en France, 3^{ème} édition, n°606 ; P.Y GAUTIER, propriété littéraire et artistique, n° 320.

¹⁸¹ A. VIANDIET et G.ENDREO, *Redressement et liquidation judiciaires* : Litec, 1986, art. 32

débiteur est autorisé à intervenir. Il en va ainsi dans les hypothèses de la violation d'un droit exclusif (a), ainsi que de la violation du droit moral (b).

a) Violation d'un droit exclusif

59. Il en va notamment ainsi, de l'hypothèse dans laquelle une action pénale en contrefaçon¹⁸⁴ est engagée par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle à l'encontre du débiteur en procédure collective, dans l'objectif d'obtenir la sanction des atteintes à son droit. Le droit de se défendre devant le tribunal correctionnel est un droit personnel qui appartient au seul débiteur, passible d'une peine d'emprisonnement et d'une amende, peines qui varient suivant le droit de propriété intellectuelle auquel le débiteur aurait sciemment porté atteinte.

En revanche, il en va différemment, lorsque l'action intentée devant le tribunal de grande instance tend à condamner le débiteur à indemniser le titulaire du droit pour le préjudice causé par des actes d'exploitations illicites, voire à sanctionner une atteinte à son droit de propriété, en le réintégrant dans ses prérogatives usurpées par le débiteur. Il reste, que l'action en contrefaçon intentée à l'encontre d'un contrefacteur soumis à une procédure collective, relèvera de la mission confiée à l'administrateur, ce dessaisissement du débiteur se justifie dans cette présente hypothèse par la nature indemnitaires qui ne peut être considérée comme personnelle.

b) Violation d'un droit moral

60. Le titulaire de droits de propriété intellectuelle soumis à une procédure collective peut, malgré l'interdiction des poursuites individuelles, exercer une action tendant à faire condamner un tiers pour violation du droit moral, tant au civil qu'au pénal. Cette action lui est strictement personnelle et ne peut être exercée par l'administrateur.

Le débiteur titulaire des droits et actions non expressément confiés à l'administrateur a le pouvoir d'agir dans l'hypothèse où un droit personnel est en jeu. Il en va autrement que si l'acte envisagé relève précisément de la mission de l'administrateur, dont la compétence n'est par conséquent que résiduelle¹⁸⁵.

La volonté législative de sauver les entreprises encore viables implique la conservation de leur environnement contractuel, il reste par conséquent à définir quels sont les contrats sur droits de propriété intellectuelle concernés par la poursuite de l'activité contractuelle.

¹⁸² V. notre thèse n°368 et s.

¹⁸³ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial* : LGDJ, tome 2, 16^{ème} éd., 2000, n°3033

¹⁸⁴ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J-L. PIERRE, *droit de la propriété industrielle*, Litec, p.89 n° 200

¹⁸⁵ Cass. soc., 7 nov. 1990, D. 1990 Somm. Comm. P. 254 obs. F. DERRIDA

SECTION 2

LES CONTRATS CONCERNÉS

61. La poursuite de l'activité après l'ouverture de la procédure collective est étroitement subordonnée au domaine assigné à la continuation des contrats. L'accroissement du nombre de contrats pouvant être continués favorise fortement les chances de sauvegarde et de redressement des entreprises¹⁸⁶.

Le législateur de 1985 avait déjà affirmé clairement les objectifs à atteindre, principalement la survie des entités économiques encore viables, qui réclament une généralisation du principe de continuation. La généralité du principe de continuation des contrats en cours est telle qu'elle englobe tous les contrats indispensables à la survie de l'entreprise et l'objectif du législateur étant précisément cette survie. Le mécanisme de continuation concerne sans distinction toutes les sortes de contrats, indifféremment quant à leur nature ou leur caractère. Une telle position est justifiée par l'objectif que s'est prioritairement fixé le législateur : le sauvetage de l'entreprise.

Alors que l'objet de notre propos réside, à ce stade des développements dans l'analyse relative à l'application de la règle de la continuation des contrats en cours, il convient dès à présent de déterminer quels peuvent être les contrats relatifs à un droit de propriété intellectuelle visés par une telle poursuite.

Le législateur ayant une conception extensive de la poursuite de l'activité contractuelle, généralise la règle aux contrats nécessaires à la poursuite. Mais la principale manifestation de l'extension du champ d'application du principe de continuation réside sans conteste dans la souplesse de la notion de « contrat en cours » à laquelle elle se limite. Ce constat invite d'examiner : la généralité de la règle : application aux contrats nécessaires (§1), étude qui sera complétée par : la limitation de la règle application aux « contrats en cours » (§2)

§1. LA GÉNÉRALITÉ DE LA RÈGLE: APPLICATION AUX CONTRATS NÉCESSAIRES

62. « Qu'est-ce qu'un contrat pour l'entreprise ? C'est peut-être l'organisation de sa structure, la mise en œuvre de sa stratégie, [...] ou l'organisation de relations d'affaires avec des investisseurs, des partenaires commerciaux, des sous-traitants, des clients, des

¹⁸⁶ M.- H. MONSERIE, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, éd. Litec 1994, p.145, n° 150

fournisseurs, des financiers, d'autres entreprises... Le contrat est le moyen de la réalisation de ses objectifs et de sa stratégie. Il l'est de la même manière pour l'entreprise cocontractante »¹⁸⁷. Le contrat mis au service du sauvetage de l'entreprise n'est donc plus apprécié à ce stade de la procédure comme un rapport d'obligations, mais comme un rapport d'exploitation dont l'intérêt pour la survie de l'entreprise commande ou non la qualification de contrat en cours. Cette démarche a conduit la jurisprudence à généraliser à tous les contrats en cours l'application de l'article L.622-13¹⁸⁸. Il faut enfin préciser qu'il est aujourd'hui admis que tout contrat, quelle que soit sa nature¹⁸⁹ est susceptible d'être soumis au régime de l'article L.622-13. À contrario, seuls les contrats expressément exclus par la loi ne relèvent pas de ce régime et ils sont peu nombreux.

Toutefois, le principe de la poursuite d'activité, qui domine au cours de la période d'observation, doit conduire à une conception large des contrats soumis à la continuation afin d'assurer le redressement effectif de l'entreprise. Or, certains contrats essentiels pour la poursuite de l'activité, tels les contrats sur des droits de propriété intellectuelle qualifiés de contrats *intuitus personae*¹⁹⁰ soulèveront des difficultés dès lors qu'il sera question de leur continuation. Les dispositions de l'article L. 622-13 sont considérées comme d'ordre public, il est par conséquent tentant d'en déduire qu'il vise indifféremment toutes les sortes de contrats, quels que soient leur nature ou leur caractère¹⁹¹.

Néanmoins, se pose la question de savoir si la règle a vocation à s'appliquer à tous les contrats portant sur des droits de propriétés intellectuelles. Nous découvrirons à cette occasion que coexistent en ce domaine deux régimes : le droit commun de la continuation applicable aux contrats sur propriété industrielle (A) et le droit spécial de la continuation applicable aux contrats sur droit d'auteur (B).

¹⁸⁷ J. PAILLUSSEAU, *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit*, D. 1997, chron. p. 97.

¹⁸⁸ Conformément à la rédaction que lui en donne l'Ordonnance du 18 décembre 2009 : « Nonobstant, toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde... »

¹⁸⁹ L'exemple classique cité communément étant le contrat administratif, H. CHARLES et F. DERRIDA, « les contrats administratifs dans les procédures collectives », D. 1977 chron. IL ; F. DERRIDA, P. GODE et J-P SORTAIS, op. cit. sp. Note1584, p. 264

¹⁹⁰ M.-E. ANDRÉ, *L'intuitus personae* dans les contrats entre professionnels, Mélanges M. Cabrillac, 1999, Litec, p. 23

¹⁹¹ Ph. PETEL, Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté, la semaine juridique 1992 N, I p. 125. n° 28

A. LE DROIT COMMUN DE LA CONTINUATION APPLICABLE AUX CONTRATS SUR PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

63. La procédure collective ouverte à l'égard d'un des contractants entraîne, les contrats sur propriété intellectuelle et notamment les contrats de licence dans son sillage, ceux-ci sont alors soumis aux règles prévues par la procédure pour l'ensemble des contrats. Animés par le souci clairement avoué d'assurer la sauvegarde de l'entreprise, le droit des entreprises en difficulté s'est préoccupé du sort de ces contrats¹⁹². Ceux-ci sont donc protégés par le traitement judiciaire des difficultés des entreprises qui leur évite une disparition pure et simple, parfois désirée ou redoutée.

Dans les contrats relatifs à des droits de propriété intellectuelle, des difficultés peuvent apparaître dès lors qu'il est question de leur continuation. En effet, les critères de sélection du cocontractant sont aussi nombreux que les exigences du titulaire du droit peuvent être variées au moment de la conclusion du contrat.

À cet égard, il convient de se demander si le fort *intuitus personae* dont sont empreints les contrats relatifs à un droit de propriété intellectuelle constitue un obstacle à leur continuation dans le cadre des procédures collectives? Et dans l'affirmative déterminer l'effet d'une telle poursuite sur l'*intuitus personae* qui les caractérise.

Le bénéfice du régime général de la continuation des contrats en cours a vocation à s'appliquer aux contrats sur propriétés intellectuelles, contrats conclus *intuitu personae* (I) et produit inéluctablement certains effets sur caractère (II).

I. Le principe de la continuation des contrats *intuitus personae*

64. Un contrat est marqué d'*intuitus personae* lorsque la considération de la personne d'un des contractants a été déterminante du consentement donné par l'autre¹⁹³. L'*intuitus personae* permet d'ajuster de façon plus précise le contrat au dessein de la volonté¹⁹⁴ en faisant entrer dans le champ contractuel des considérations liées à certaines qualités personnelles du cocontractant. Divers qualités d'une personne sont susceptibles d'être

¹⁹² Article L. 620-1 C. com.

¹⁹³ M. AZOULAY, L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat, in la tendance à la stabilité du rapport contractuel, Préface P.DURAND, Etudes de droit privé, LGDJ 1960, p. 1 ; D. KRAJESKI, L'*intuitus personae* dans les contrats, thèse Toulouse I, 1998, Doctorat et notariat, coll. Des thèses 2001 ; P. VALLEUR, L'*intuitus personae* dans les contrats, Thèse Paris 1938

¹⁹⁴ M. CONTAMINE-RAYNAUD, L'*intuitus personae* dans les contrats, Thèse Paris II, 1974, p. 31 ; Ph. LE TOURNEAU, Contrat « *intuitu personae* », J-Cl. Contrats distribution, fasc. 200

considérées à un moment donné et compte tenu du but poursuivi, déterminantes pour le cocontractant.

Les droits de propriété industrielle présentent un immense intérêt économique au sein d'une entreprise dans la mesure où ils sont exploités. En tant qu'élément d'actif, le droit de propriété intellectuelle peut être l'objet de diverses opérations juridiques, dont les plus courantes ont pour objet de transférer la propriété, ou d'en concéder une autorisation d'exploiter. Les contrats ayant pour objet l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle sont nombreux et la plupart sont naturellement dotés d'un tel caractère. Aussi nous nous intéresserons plus particulièrement aux contrats qui illustrent au mieux le point d'interaction entre les contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle et la règle de la continuation des contrats en cours. Le contrat de concession, ou contrat de licence, constitue la convention phare de la propriété intellectuelle, ce contrat essentiel représente la masse la plus importante des conventions¹⁹⁵. Ce choix, nous permettra, de vérifier d'une part si ces contrats sont effectivement empreints d'un tel caractère et dans l'affirmative, si la notion d'*intuitus personae* qui renforce l'aspect personnel déjà présent dans ces liens contractuels peut se révéler un obstacle majeur à la continuation des contrats relatifs à l'exploitation de droits de propriété intellectuelle.

Si les contrats sur propriétés industrielles sont des contrats *intuitus personae* (1), il faut s'assurer que le principe de la continuation des contrats *intuitus personae* leur est applicable (2).

1. Les contrats sur propriétés industrielles : contrats *intuitus personae*

65. Ainsi, le titulaire d'un droit intellectuel qui décide de concéder son droit d'exploitation, sélectionnera avec la plus grande attention le bénéficiaire d'une telle convention. Toute conclusion d'un contrat sur des droits de propriété intellectuelle suppose que le titulaire ait choisi son cocontractant en fonction de critères précis. L'exactitude de ces considérations se vérifie pour les contrats de licence de marque (a) et de brevet (b).

a. La licence de marque

66. La licence ou concession de marque est un contrat par lequel le titulaire d'une marque ou d'une demande d'enregistrement autorise une personne à utiliser sa marque. En

¹⁹⁵ Selon le rapport 2011 de l'OMPI, pour les seuls brevets, les recettes mondiales provenant des redevances sont passées, de 2,8 milliards US \$ en 1970 à 27 milliards US \$ en 1990 et atteignant environ 180 milliards US \$ en 2009_ dépassant ainsi la croissance du PNB mondial

principe la licence a un caractère « *intuitu personae* » la personne du licencié, son honorabilité, sa solvabilité, son aptitude à exploiter une marque, voir sa conformité à l'image de la marque sont des éléments déterminants du choix et du consentement du titulaire de celle-ci¹⁹⁶.

b. La licence de brevet

67. Très présent dans les secteurs de haute technologie où la concurrence se fait davantage par la performance des produits que par le prix, le contrat de licence de brevet d'invention se présente comme le contrat par lequel le titulaire d'un brevet concède à un tiers, en tout ou en partie, la jouissance de son droit d'exploitation, moyennant le paiement d'une redevance¹⁹⁷. La doctrine s'accorde à considérer que la licence de brevet d'invention a un caractère *intuitus personae*¹⁹⁸, que la considération de la personne du licencié, de ses aptitudes, de la confiance qu'il inspire au concédant, est essentielle. En raison notamment de ses capacités techniques et commerciales, de l'expérience du licencié dans le domaine concerné, ou plus généralement de la loyauté ou de la solvabilité de ce dernier. La concession d'une licence de brevet peut s'accompagner de la communication d'un savoir-faire, venant compléter ou améliorer la mise en œuvre de l'invention. Là aussi, la conclusion de ce contrat s'effectue en considération de la personne du bénéficiaire, de la confiance qu'il inspire au communicant, qui compte sur son aptitude à le rémunérer, à exploiter le savoir faire et aussi à le conserver secret.

68. La doctrine a donné une orientation en cas de procédure ouverte à l'encontre du licencié. Deux thèses non réellement contradictoires se confrontent au sujet du caractère *intuitus personae* de ces contrats.

Pour Roubier et Plaisant, le contrat de licence de propriété industrielle s'apparente au contrat de louage de chose. Roubier l'exposait en ces termes : « s'il est vrai que ce contrat confère au licencié la jouissance du droit d'exploitation, qui est un des attributs du brevet, il

¹⁹⁶ F. POLLAUD-DULIAN, La propriété industrielle, corpus droit privé éd. Economica 2011, p. 934, n° 1609

¹⁹⁷ P.ROUBIER, Le droit de la propriété intellectuelle : Sirey 1952, t. 1, 1954 t. 2 ; J.J. BURST, Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence.

¹⁹⁸ En ce sens : J. FOYER et M. VIVANT, Droit des brevets, coll. Thémis droit, éd. 1991 PUF, p. 433 et 435 ; A. CHAVANNE et J. J BURST, Droit de la propriété industrielle, 5^{ème} éd. Précis Dalloz Précis 5^{ème} éd., n°345 ; P.MATHELY, « Le nouveau droit français des brevets d'invention »p. 335 ; ROUBIER, Traité, T. 2, n° 184 : A. CASALONGA, Traité technique et pratique des brevets d'invention, 1949, T.1 n° 758

n'y a là rien de plus que dans le contrat de louage, où le preneur obtient aussi la jouissance de la chose par le moyen d'un droit qui n'est qu'un droit de créance »¹⁹⁹.

Concrètement, le contrat de louage de chose et le contrat de licence sont des contrats successifs qui se caractérisent tous les deux, par le fait qu'ils soient une simple concession de jouissance et non un procédé d'aliénation et qu'ils soient consentis moyennant une rémunération.

Néanmoins, ils se différencient essentiellement sur deux points. D'une part, le louage ne permet pas la jouissance à plusieurs personnes simultanément, conférant à son bénéficiaire un droit exclusif. La licence quant à elle, peut être exclusive, mais elle peut aussi bénéficier à plusieurs personnes susceptibles d'exploiter parallèlement et le donneur de licence peut conserver son droit d'exploitation. D'autre part, le locataire peut, sauf stipulation contraire consentir des sous-licences, chose qui ne peut être le cas dans le contrat de licence, sauf accord express. Ces deux distinctions témoignent du caractère *intuitus personae* inclus dans les contrats de licence. Par ailleurs pour marquer le caractère personnel de la licence, Roubier et Plaisant se fondent sur la distinction quant à la cessibilité de la licence. Autrement dit, il faut s'interroger sur la finalité même du contrat à savoir si le contrat a été conclu en considération de la personne du licencié ou en considération de l'entreprise.

Dans le premier cas, celle-ci serait incessible et pourrait justifier une résiliation de plein droit, dès lors que le licencié n'est plus en mesure d'exploiter le brevet d'invention ou la marque dans les mêmes conditions que celles dans lesquelles il se trouvait au moment de la conclusion. En revanche, dans le second cas le bénéfice du contrat doit être considéré comme un accessoire qui suit la condition du bien principal.

A cette première thèse se confronte celle de Messieurs les professeurs Chavanne et Burst. Selon ces auteurs, il est de l'essence même du contrat de licence d'être conclu exclusivement *intuitus personae*. « Le contrat de nature synallagmatique, repose sur des intérêts réciproques et complémentaires, dont la satisfaction est assurée par l'exploitation de l'invention brevetée »²⁰⁰.

L'*intuitus personae* renforce l'aspect personnel déjà présent dans les contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle, mais peut-il pour autant constituer un obstacle à la poursuite des contrats intervenant au cours d'une procédure collective ?

¹⁹⁹ ROUBIER, Le droit de la propriété industrielle, t. II, n° 184, 1954, p. 264

²⁰⁰ J. J BURST, Brevet et licencié. Leurs rapports juridiques dans le contrat de licence. In revue internationale de droit comparé. Vol. 22 n° 3, juillet-septembre 1970. pp. 577-580 ; A.CHAVANNE et J. J BURST : Droit de la propriété industrielle, 5^{ème} éd. Précis Dalloz

2. Principe applicable aux contrats sur propriété industrielle

69. L'ouverture d'une procédure collective de l'un des cocontractants se répercute automatiquement sur ces types de contrats car les qualités personnelles du cocontractant à l'origine de la conclusion du contrat peuvent être sérieusement altérées par cette nouvelle situation juridique. La question de la continuation des contrats *intuitus personae* a soulevé quelques difficultés ayant donné lieu à une intense controverse (a), il convient dès lors de la présenter avant d'en envisager la solution (b) et étudier en dernier lieu les arguments favorables à la continuation des contrats sur propriété industrielle (c).

a. La controverse

70. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, il était admis que les contrats conclus *intuitus personae* puissent être résiliés de plein droit en cas de survenance d'une procédure collective²⁰¹. Malgré l'importance de certains contrats dans lesquelles ce critère joue un rôle important, le législateur a conservé sur la question un silence étonnant²⁰².

Cette question relative à la continuation des contrats *intuitus personae* divisait la doctrine et la jurisprudence, une partie des auteurs entendait préserver le lien personnel qui unissait les parties à certains contrats²⁰³, alors qu'une autre partie entendait faire prévaloir la continuation de l'entreprise dans la perspective d'un redressement²⁰⁴. C'est précisément cet *intuitus personae* qui avait fait douter de la possibilité pour le syndic d'imposer la poursuite du contrat en cas de procédure collective²⁰⁵. C'est ce même caractère dans lequel baigne le contrat de

²⁰¹ Admission de la résolution de plein droit d'un contrat de concession de licence d'exploitation en cas de déconfiture : Paris 11 juillet 1936, rev. Faillites, 1936, 492 note MARAIS, Paris civ. 7 mars 1974, Gaz. Pal. 1974. 1.390, note BUHAGIAR, JCP 1976, II, 18219, note PLAISANT, 3 juillet 1981, PIBD 1980.3.239 ; admission de la cession de licence de brevet : Colmar, 13 juin 1990, D 1991, jur.p ; 97, note D. FABIANI

²⁰² E. JOUFFIN, Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective, op cit. p. 208 n° 266

²⁰³ aujourd'hui C. com., art. L. 622-13. - M. CABRILLAC, Le banquier peut-il être contraint de réaliser au profit d'une entreprise en règlement judiciaire la totalité d'une ouverture de crédit en compte-courant ? : JCP E 1986, I, 15579. - J.-M. CALENDINI, Le redressement judiciaire et la continuation d'une ouverture de crédit : LPA 1987, n° 33, p. 4. - D. MARTIN, Le redressement judiciaire et la relation de compte-courant : RJ com. 1985, p. 281. - M. VASSEUR, Maintien des ouvertures de crédit bancaire en dépit du jugement de redressement judiciaire ? : Banque 1986, p. 630. - Adde J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire : Dalloz, 1995, n° 586

²⁰⁴ F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, cité supra n° 11, notamment n° 303. - D. SCHMIDT, Le financement de l'entreprise pendant la période d'observation : RJ com. 1987, n° spécial, p. 21. - B. SOUSIROUBI, La situation du banquier ayant consenti un découvert avant l'ouverture d'un redressement judiciaire : Gaz. Pal. 1986, 2, doct. p. 515, au sujet du contrat de franchise CA Nîmes, 19 déc. 1991 : Juris-Data n° 1991-003159 ; CA Versailles 13^{ème} ch. 23 juin 1988, rev. Proc. Coll. 1998, p. 190 obs. SOINNE, la concession: Cass. Com. 3 avril 1990, Juris-Data n° 1990-001141 ; D. Somm. P.1 obs. F. DERRIDA

²⁰⁵ TGI Paris, 7 mars 1974, RTD com. 1974, p. 268, obs. A. CHAVANNE et J. AZEMA ; cass. Com. 8 déc. 1987, n° 87-10.716, bull. Civ. IV, n° 267, D. 1988, jur., p. 52, note F. DERRIDA, JCP G 1988, II, n° 20927,

licence qui expliquait que le syndic, sous l'empire de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 ne pouvait pas exiger la continuation du contrat de licence lorsque le licencié faisait l'objet d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation de biens²⁰⁶.

Au lendemain de l'adoption de la loi de 1985, l'une des plus importantes controverses suscitées par la nouvelle législation a porté sur le point de savoir si ce principe était maintenu, et par conséquent si les contrats *intuitus personae* échappaient à l'option de l'administrateur qui exerce dans ce système une sorte « *d'impérium* »²⁰⁷.

b. La solution de la controverse

71. Le principe de la continuation.- La question qu'eut à résoudre la Cour de cassation, sur le point de savoir si les contrats conclus en considération de la personne du cocontractant prennent encore fin avec la survenance d'un redressement judiciaire, donne lieu à une solution de principe. En effet, en tranchant en faveur de l'application la plus large de l'article 37²⁰⁸, la haute juridiction affirme le principe de la continuation des contrats conclus *intuitus personae*, et met ainsi fin à la divergence des jurisprudences des Cours d'appel²⁰⁹ et aux discussions doctrinales antérieures. La position très nette ainsi adoptée généralise le principe de la continuation à tous les contrats conclus *intuitus personae*, force est de constater que la même règle doit être appliquée aux contrats sur droits de propriété intellectuelle. L'administrateur peut désormais exiger la continuation des contrats en cours sans qu'une distinction puisse être faite entre les contrats conclus en considération de la personne du

note M. JEANTIN ; CA Paris, 24 mai 1994, PIBD 1994, III, p. 495. ; DEKEUWER-DEFOSSEZ. Aujourd'hui la faculté d'exiger la continuation du contrat de licence est reconnue à l'administrateur

²⁰⁶ TGI Paris 7 mars 1974, Gaz. Pal. 1974, I, 390 ; TGI Paris 3 juillet 1981, PIBD, 1981, III, 238

²⁰⁷ B. LEMISTRE et J.L. MERCIER, Le nouveau régime de la continuation des contrats : LPA 14 sept. 1994, p. 55

²⁰⁸ Cass. com., 8 déc. 1987, 1er arrêt : Bull. civ. 1987, IV, n° 266 ; JCP G 1988, II, 20927, obs. M. JEANTIN ; RD bancaire et bourse 1988, p. 68, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; D. 1988, jurispr. p. 52, note F. DERRIDA. - Adde, B. SOINNE, La continuation du compte-courant après jugement d'ouverture : Gaz. Pal. 1988, 1, doct. p. 128. - B. SOUSI-ROUBI, Pour l'application de l'article 37: Gaz. Pal. 1987, 1, doct. p. 101.

²⁰⁹ Contre la continuation des contrats conclus *intuitus personae* : Amiens 10 juil. 1986, D.1987, somm. P ; 93, note F. DERRIDA ; JCP 1987 I, 16619, n° 15, note M. CABRILLAC et M. VIVANT, Pour leur continuation : Nîmes 6 nov ; 1986, D 1987, somm. p. 95 note F. DERRIDA

cocontractant. La doctrine admet aujourd'hui unanimement que tous les contrats conclus *intuitus personae* sont soumis au régime de l'article L.622-13²¹⁰.

L'élimination de l'obstacle lié à l'*intuitus personae* par la Cour de cassation se révèle essentielle pour le maintien de l'activité et corrélativement pour sa sauvegarde. Mais cette suppression est particulièrement favorable à la protection des contrats de droits de propriété intellectuelle, désormais bénéficiaires de cette continuation.

c. Les arguments favorables à la continuation des contrats sur droits de propriété intellectuelle

72. L'esprit du droit des entreprises en difficulté commande le maintien des contrats conclus *intuitus personae* et par conséquent des contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle. Cette solution peut être recherchée dans la lettre du texte de l'article L. 622-13, interprété par induction-déduction. En effet, la formule générale de cet article, qui ne procède à aucune énumération, permet de l'appliquer à toutes les conventions, quelles que soient leurs origines ou leurs natures. Il ressort en outre de l'application du principe d'interprétation *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, qu'aucune convention génératrice d'obligations n'échappe à cette prescription et qu'entrent à l'évidence, dans son champ d'application, les contrats sur droits de propriété intellectuelle conclus *intuitus personae*. L'objectif en cette période, étant d'assurer la sauvegarde de l'entreprise, il en ressort par conséquent que lorsqu'un contrat ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle apparaît indispensable à cette sauvegarde, aucune considération ne pourra prévaloir contre l'impératif de survie de l'entreprise. Ainsi, rien ne permet d'exclure les contrats conclus *intuitus personae* du domaine d'application de ces textes.

73. Un autre argument permet de justifier aisément cette règle. En effet, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, le contrat était continué, non pour le débiteur lui-même, mais pour la masse des créanciers. Une personne morale nouvelle se substituait au débiteur d'origine. Dans ces conditions, on comprend que si le contrat conclu *intuitus personae*, le changement dans la personne du cocontractant exerçait une influence décisive. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985 ayant supprimé la masse des créanciers, le contrat est continué

²¹⁰ Y. GUYON, *op cit.* n°1208, p.243 ; F.PEROCHON, *op. cit.*, n° 192, p. 136 ; B.SOINNE, *op.cit.*, n° 1330, p. 1002, J.VALLANSAN, *op.cit.*, p. 85 ; F. DERRIDA, P. GODE, J.-P. SORTAIS, *op. cit.*, n° 398, p.269 ; M.JEANTIN, *op. cit.* n° 657, p. 401 ; G. RIPPERT et R. ROBLLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *op. cit.*, n° 3049, p. 1073 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* n° 542, p. 315 ; M.-H. MONSERIE, *Th. Préc.* N° 183, p. 174

dans l'intérêt de l'entreprise et non des créanciers. Aucune substitution de cocontractant n'intervient. Il est dès lors logique de décider que le caractère *intuitus personae* du contrat, demeure sans incidence sur son éventuelle poursuite. Ce raisonnement est valable pour les contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle. Il a pu ainsi être soutenue, l'idée selon laquelle : la *ratio legis* qui consiste à assurer la sauvegarde de l'entreprise impose que les contrats *intuitus personae* pouvant servir cet objectif soient continués²¹¹. Selon cette approche, le contrat conclu en considération de la personne du cocontractant, est poursuivi par l'entreprise en difficulté, qu'il n'y a donc pas de changement de débiteur, de sorte que la poursuite du contrat ne porte nullement atteinte à l'*intuitus personae*²¹². Par conséquent il n'y a pas lieu de critiquer la continuation de tels contrats.

Le dispositif de traitement des entreprises en difficulté conduit le législateur à repousser les limites de l'efficacité de la volonté individuelle au profit de l'intérêt de l'entreprise. Ce dernier, est caractérisé par le besoin de généraliser autant que possible la continuation dans le but d'offrir à l'administrateur les moyens nécessaires au redressement de l'entreprise. La place des contrats conclus en considération de la personne est devenue substantielle dans les relations des affaires. Ce recul, infligé à l'aspect personnel du contrat, est nécessaire dans une législation centrée sur l'entreprise à sauvegarder dont les objectifs fondamentaux sont économiques.

En définitive, il ressort de ce qui précède, que la continuation des contrats conclus *intuitus personae* peut avoir des conséquences de deux ordres sur cette notion. D'une part, la continuation de ces contrats repose sur le fait que l'ouverture de la procédure collective ne produit pas d'effets sur la personne du débiteur, de nature à justifier une rupture de plein droit. D'autre part, cette continuation peut être entendue comme retirant toute sa consistance juridique à l'*intuitus personae*, alors que le cocontractant est soumis à une procédure collective. De ces deux conséquences, la première vision aura la faveur de la jurisprudence, à laquelle nous nous rallions. Cette conception modifie la notion d'*intuitus personae* lui ôtant son efficacité.

Ces solutions ne sont aujourd'hui plus débattues, et l'application de l'article L. 622-13 a été généralisée à tous les contrats conclus *intuitus personae*. Entrent, à l'évidence dans son champ d'application, les contrats sur droits de propriété industrielle.

²¹¹ Et même cédés, V. thèse, Partie I titre 2, p. 100 et s.

²¹² C. MAURY, thèse dac. « Les contrats de concession et de franchisage dans le redressement et la liquidation judiciaires », sous la dir. de M.-H. MONSERIE BON, 2005

Il convient désormais de vérifier si ce recul se manifeste identiquement lorsqu'il est question de la continuation des contrats de licence de droits de propriété intellectuelle. Autrement dit, il convient de déterminer l'effet de la continuation de ces contrats sur l'*intuitus personae* qui les innerve.

II. Effet de la continuation des contrats sur l'*intuitus personae*

74. L'indéniable utilité économique des contrats de licence de marque²¹³ et de brevet, emporte qu'il est d'une importance capitale et d'un enjeu immense que de pouvoir les préserver dans le cadre des procédures collectives. Néanmoins, il semble à première vue, que cet objectif n'est pas réalisable aussi aisément, compte tenu de la singularité de ces contrats. En effet, la survenance de difficultés d'un des contractants pourrait poser en cas de continuation forcée des contrats de licence, le problème de l'atteinte à l'*intuitus personae*. Dans une telle situation, le partenaire in bonis, pourrait ressentir l'ouverture de la procédure collective comme menaçant la relation de confiance qu'il avait en son cocontractant, puisque désormais soumis au traitement judiciaire, ce dernier aurait perdu certaines de ses qualités²¹⁴. Le domaine des contrats de licence, appelle alors à une étude plus approfondie de la notion afin de déterminer sous quelle facette cet élément devra être appréhendé dans le cadre des procédures collectives.

La notion d'*intuitus personae* est polysémique. Force est de constater que sous une apparente unité, cette notion se décline sous différentes formes et présente une nature variable²¹⁵. En effet, si, nous avons pu démontrer précédemment qu'il y a lieu de constater un recul de la notion d'*intuitus personae*, il est utile d'admettre qu'il existe un « degré » d'*intuitus personae* qui varie d'un contrat à l'autre, et que ce caractère demeure une caractéristique essentielle du contrat de licence. L'analyse interne de ce caractère est indispensable pour déterminer dans quelle mesure la continuation forcée des contrats de licence pourrait affecter cet élément.

²¹³ L. MERMILLOD, La licence des marques, RTD com. 1955. 519 ; R. JOLIET, La licence de marque et le droit européen de la concurrence, RTD eur. 1984. 1 ; A. VIDA, Les contrats de licence en droit socialiste, 1978, Litec ; E. TARDIEU-GUIGUES, Le contrat de licence de marque, thèse, Montpellier, 1991 ; Ph. COMBEAU, Les bénéficiaires d'un droit d'exploitation, in Le nouveau droit des marques en France, colloque de l'IRPI des 3-4 juin 1991, 1992, Litec, p. 28

²¹⁴ Ph. PERNAUD, Le sort du contrat de franchise au jour du prononcé du jugement d'ouverture du redressement judiciaire du franchiseur ou du franchisé, JCP E 1985, n° 6, p. 9 et s. spéc. p. 11 : « le caractère *intuitus personae*, outre l'identité de la personne tient également à la qualité de la personne. Le rapport de confiance entre cocontractants est à cet égard bouleversé par la déconfiture de l'un d'entre eux ».

²¹⁵ Ph. LE TOURNEAU, Contrat « *intuitus personae* » J-CI. Contrats distribution, fasc. 200

Le mécanisme de la licence en matière de brevet ne se distingue guère de la licence de marque, aussi nous les étudierons simultanément dans le cadre de la continuation des contrats, en nous efforçons de faire ressortir les particularités qui leur sont liées. L'exploitation des droits de propriétés intellectuelles peut être entreprise par le titulaire lui-même ou par un tiers autorisé à le faire. Par conséquent, l'étude suivante fera état des difficultés liées à l'*intuitus personae* caractérisant les contrats de licence dans l'hypothèse où l'entreprise en difficulté est titulaire des droits, autrement dit : concédant (1), et réciproquement lorsque l'entreprise en difficulté est le concessionnaire (2).

1. Entreprise en difficulté : concédant

75. Dès lors que le contrat de licence est poursuivi postérieurement à l'ouverture de la procédure collective du cocontractant, il est appelé à devenir un véritable élément du patrimoine de l'entreprise, phénomène se situant dans un courant qui fait que « De certaines valeurs, le Droit fait des biens, de certains biens il construit des droits. Porté par une vie collective croissante, le Droit retient comme biens un nombre croissant de valeurs, elles-mêmes multipliées et différenciées »²¹⁶. Cette analyse met l'accent sur la valeur économique du contrat au détriment de son aspect personnel. On assiste à une conception « désincarnée » du contrat ayant pour objet l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle, traditionnellement attaché à la personne du cocontractant, désormais lié à l'entité économique²¹⁷. On peut évoquer à cet égard, un contrat *intuitu rei* ou un contrat « réifié », dépersonnalisé, dédié à la sauvegarde de l'entreprise. Face à cet effacement des personnes physiques au profit de la prise en considération de la personne morale, certains auteurs ont évoqué un *intuitu firmae*²¹⁸. En effet, raisonner sur la place occupée par le cocontractant dans le rapport d'obligation, conduit à constater que l'*intuitus personae* a deux facettes. Celui de la personne et celui du groupe. En matière de contrat de licence, le groupe est constitué par l'entreprise, pour laquelle la notion d'*intuitus firmae* fut créée par la doctrine²¹⁹. Le concessionnaire qui souhaite exploiter un droit de propriété intellectuelle ne va généralement pas choisir un concédant ou un franchiseur en raison seulement de la personne des dirigeants

²¹⁶ J.M. MOUSSERON : « valeurs, biens, droits », Mélanges BRETON DERRIDA, Dalloz 1991, p. 277, n°0 14

²¹⁷ On a ainsi avancé la théorie de « l'*intuitu rei* », sorte d'excroissance de la théorie traditionnelle de l'*intuitus personae* : C. SAINT-ALARY-HOUIN, Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise, Rev. proc. coll. 1991, p. 129 n° 10

²¹⁸ M. CONTAMINE-RAYNAUD, *intuitus personae* dans les contrats, thèse dactylographiée, Paris 1974, p.603 ; cette expression est reprise par D. FABIANI dans sa thèse intitulée : « La cession judiciaire des contrats », thèse Nice 1988, Préf. F. DERRIDA, éd. Univ. de Nice-Sophia-Antipolis

²¹⁹ Pour la première fois par G. CAMERLYNCK, L'*intuitus personae* dans les sociétés anonymes, Paris 1929.

ou associés de l'entreprise. Son choix va porter plutôt sur l'entreprise dans sa globalité. Le choix de ce dernier portera sur une marque bien implantée ayant une certaine notoriété, ou sur une invention ayant déjà fait ses preuves et susceptible de lui assurer une réussite commerciale et financière. La situation géographique du lieu d'implantation, la compétence spécifique du personnel ou encore la réputation de l'entreprise peuvent en effet revêtir une importance fondamentale.

En outre, dans de tels cas, ce qui importe pour le concessionnaire c'est la prestation qui est généralement exécutable par l'unité économique qu'est l'entreprise concédante. Les contrats conclus *intuitu firmæ*, le sont selon « une considération qui dépasse celle des personnes et se perpétue au-delà de leur disparition individuelle »²²⁰. Alors qu'en est-il lorsque le contrat a été conclu *intuitu firmæ* en fonction de l'entreprise en difficulté dans laquelle intervient un administrateur judiciaire dans la gestion de l'activité ?

76. À cet égard, on pourrait craindre une immixtion de l'administrateur dans la vie des affaires du débiteur, et particulièrement dans la gestion des actifs intellectuels qu'il exploite ou fait exploiter. En effet, dans la plupart des cas, la mission confiée à l'administrateur est une mission de surveillance ou d'assistance, par conséquent il n'existe juridiquement et pratiquement, aucun changement de partenaire contractuel, le débiteur restant à la tête de son entreprise et continue d'assurer le fonctionnement quotidien de l'entreprise.

En revanche, dans l'hypothèse d'une mission de représentation²²¹, l'administrateur exerce seul l'administration de l'entreprise puisque le débiteur est dessaisi partiellement ou totalement de l'administration de ses biens. Dans de telles hypothèses, il n'existe pas de changement d'interlocuteur pour le partenaire *in bonis*. De nombreux auteurs considèrent à ce propos que même dans le cas où le débiteur est dessaisi au profit du mandataire judiciaire, il n'y a pas de changement de cocontractant. Il a d'ailleurs pu être affirmé à cet égard que « le rôle dévolu à l'administrateur ne modifie pas le fait que le débiteur reste l'une des parties à l'acte, cette qualité n'étant en rien affectée par l'étendue des prérogatives dévolues aux organes de la procédure »²²². Certes, malgré l'importance du rôle confié au mandataire, celui-

²²⁰ M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.* n° 384

²²¹ Cette mission qui n'existe que dans le redressement judiciaire, non dans la procédure de sauvegarde, se rapproche très sensiblement de celle du liquidateur dans la liquidation judiciaire.

²²² B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, Litec 1995, n° 1239 et 1704 ; Ph. ROUSSEL-GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, Thèse Dijon 1997, p. 98 ; Y. GUYON, *Droit*

ci ne s'imisce pas au sein du contrat de licence en tant que contractant. À ce titre « il ne saurait être question de soulever un quelconque changement de débiteur pour obtenir une résiliation du lien contractuel »²²³. Alors, même si le partenaire in bonis en qualité de licencié, peut ressentir l'intervention de l'administrateur comme un changement de cocontractant, la continuation du contrat de licence n'est pas de nature à porter atteinte à l'*intuitus personae* qui le caractérise.

En pratique, l'exécution matérielle du contrat de licence est le plus souvent réalisée directement par le débiteur et ses salariés, l'administrateur n'étant pas compétent pour assurer lui-même de nombreuses tâches. En effet, il en va notamment ainsi de la transmission du savoir faire attaché au brevet dans l'hypothèse du redressement judiciaire d'un breveté. Mais également lors de la continuation d'un contrat de franchise²²⁴, dans lequel la licence de marque est assortie de la fourniture d'un savoir-faire. Il paraît en outre logique que l'assistance technique ou la réalisation du savoir faire ne soit pas assurée par l'administrateur n'ayant pas les qualités requises. Le rôle de l'administrateur consiste alors fréquemment à se contenter de superviser l'exécution réalisée directement par le débiteur et son personnel.

Mettre en exergue l'importance du choix du cocontractant, et qualifier globalement les contrats d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle de contrats *intuitus personae* est insuffisant pour les écarter du domaine de la continuation, car cela ne permet pas de déterminer l'incidence de certains événements sur ces contrats. La question d'une éventuelle atteinte portée à l'*intuitus personae* par la continuation forcée du contrat de licence ne se pose pas dans la mesure où la relation est gérée par le débiteur lui-même, la prise en main de l'entreprise par le mandataire, consécutive à la continuation du contrat ne porte pas atteinte à l'*intuitus personae* caractérisant le contrat.

Il nous appartient de vérifier à présent, l'effet de la continuation du contrat sur l'*intuitus personae* le caractérisant dans l'hypothèse de la procédure collective ouverte à l'encontre de l'entreprise exploitant des droits de propriété intellectuelle à raison d'un contrat qui lui donne l'autorisation d'exploiter.

des affaires, t. 2 Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite, Economica 2003, n° 1208 : « *La période d'observation ne modifie que très peu la situation du débiteur* ».

²²³ E. JOUFFIN, op. cit. n°267

²²⁴ Sur le contrat de franchise CJCE 28 janv. 1986, Aff. n° 161/84, Rec. 353, il ne saurait y avoir de franchise sans la mise à la disposition du franchisé de droits de propriété industrielle ; CA Versailles, 7 mars 2002, RJDA juil. 2002, n° 829, Propr. intell. 2003, n° 6, p. 80, note J.PASSA, en l'absence de communication de savoir-faire, le contrat n'est pas une franchise, mais une licence de marque ; P. NUSS, Marque et franchise, 1982, La documentation organique ; Ph. LE TOURNEAU, Le franchisage, JCP éd. CI 1980. II, n° 13362 ; J.-J. BURST, Droits de propriété industrielle et franchise, in Mélanges offerts à A. CHAVANNE, Paris 1990 p. 203-211

2. Entreprise en difficulté : concessionnaire

77. La prise en main de l'entreprise soumise à une procédure collective, par un mandataire judiciaire, souvent ressentie à tort, comme un changement de cocontractant, n'est pas le seul problème lié à l'*intuitus personae*, qui peut se poser. Une autre problématique tient au cocontractant *in bonis*, lequel pourrait ressentir l'ouverture de la procédure comme mettant fin à la confiance qu'il avait en son partenaire, puisque désormais soumis à une telle procédure, ce dernier aurait perdu certaines de ses qualités.

La solvabilité, la compétence professionnelle, l'honorabilité, l'expérience sont fréquemment recherchées par celui qui désire concéder un droit de propriété intellectuelle. Le rôle assigné à l'*intuitus personae* dans les contrats de concession de licence de droits de propriété intellectuelle, consiste en réalité à garantir l'exécution du contrat. Si cette finalité de l'*intuitus personae* implique une certaine considération de la personne de l'exploitant, alors il faut en déduire que la seule limite qui s'impose au droit des procédures collectives, réside dans la possibilité matérielle de continuer le contrat. Un auteur a pu écrire que « le choix de la personne du cocontractant a pour but essentiel d'assurer une meilleure exécution, ou tout au moins une exécution des obligations plus conforme à la volonté des parties. Mais l'*intuitus personae* ne pourra assurer sa fonction que s'il se maintient tout au long du déroulement du contrat. Ainsi les qualités en fonction desquelles telle partie est choisie doivent se perpétuer jusqu'à la fin du rapport contractuel »²²⁵. Certes, la procédure collective du concessionnaire peut traduire la disparition d'une de ces qualités, notamment de la solvabilité, mais tant que le débiteur exécute les obligations mises à sa charge, le concédant *in bonis* ne peut se plaindre d'une atteinte à l'*intuitus personae*. En effet, lorsque l'administrateur opte pour la continuation de contrat de licence, il a conscience que le débiteur en difficulté doit exécuter rigoureusement ses obligations, aux conditions initialement stipulées, à défaut de quoi le partenaire peut obtenir la résiliation du contrat. S'il opte pour la continuation c'est que fournir la prestation promise lui paraît réalisable. Quant à la compétence, l'aptitude, les qualités de gestionnaire, la capacité d'adaptation... ce sont autant de qualités qui ne disparaissent pas nécessairement du fait de la procédure collective. Le contrat de licence, peut encore objectivement, être exécuté, puisque toutes les qualités qui ont déterminé le choix du cocontractant *in bonis* n'ont pas été altérées et que la finalité contractuelle peut toujours être atteinte. Le contrat de licence doit par conséquent être poursuivi.

²²⁵ R. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 208

78. Si l'*intuitus personae* varie d'un contrat à l'autre, notamment en fonction des clauses prévues, il demeure une caractéristique essentielle du contrat de licence, mais qui n'est pas susceptible pour autant de paralyser sa continuation, puisque l'exécution de celui-ci est toujours possible. L'*intuitus personae* des contrats de licence a seulement pour fonction de garantir aux parties l'exécution du contrat, la finalité contractuelle. Appréhendé ainsi par le droit des procédures collectives, il ne constitue pas un obstacle à la poursuite des contrats de licence et il en découle une neutralisation de cette menace associée généralement à ce caractère. La continuation forcée des contrats de licence durant les différentes phases de la procédure collective leur ôte leur spécificité juridique. On peut penser que l'*intuitus personae* est ici, sauf clause contraire, à sens unique, c'est-à-dire que la considération de la personne même du donneur de licence est indifférente au licencié, tant que ce donneur de licence est bien propriétaire du brevet. Le donneur de licence ne peut empêcher la poursuite du contrat pendant la période d'observation si l'administrateur le demande.

79. L'esprit du droit commande le maintien des contrats conclus *intuitus personae*. Son but est d'assurer la sauvegarde de l'entreprise, dès lors qu'un contrat conclu en considération de la personne apparaît indispensable à cette sauvegarde, aucune considération ne pouvant prévaloir contre l'impératif de survie de l'entreprise viable. L'importance de ces contrats pour la poursuite de la procédure l'emporte sur toute autre considération. Il convient de constater que la prise en considération de la notion d'*intuitus personae* dans les contrats ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle, est exclue s'agissant de la poursuite d'activité d'une entreprise en difficulté. En effet, la continuation de tels contrats de licence ne s'oppose pas à l'*intuitus personae* les caractérisant, dans la mesure où le mécanisme de la poursuite forcée des contrats ne s'accompagne pas, à proprement parler, d'un changement de cocontractant. Mais en définitive ne sommes nous pas en train d'assister au déclin de la notion d'*intuitus personae*. Certains auteurs évoquant même sa disparition pure et simple²²⁶.

Finalement, dès lors que le contrat se révèle un élément favorisant la sauvegarde de l'entreprise, ce qui est généralement le cas des contrats de licence, il doit être continué. La saisie, par le droit des procédures collectives, de l'*intuitus personae* qui innerve les contrats de licence de droits de propriété industrielle, favorise l'admission de la continuation de ces contrats. Ce mécanisme de la poursuite forcée des contrats ne porte pas atteinte à l'*intuitus personae* de ces contrats, et ce, quelle que soit la forme que revêt cet élément. Force est de

²²⁶ M. AZOULAI, « L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat », in « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », LGDJ 1960, préface P. DURAND.

constater que la forme de l'*intuitus personae* ne s'oppose jamais à la continuation des contrats de licence.

Coexiste à côté du droit commun de la continuation des contrats un régime spécial réservé à certains contrats qui connaissent alors un sort particulier.

B. LE DROIT SPÉCIAL DE LA CONTINUATION DE CERTAINS CONTRATS SUR LE DROIT D'AUTEUR

80. Alors que le droit des entreprises en difficulté ne contient aucune disposition relative à la continuation des contrats sur droits de propriété intellectuelle dans le cadre des procédures collectives, il est institué un régime dérogatoire consacré aux contrats d'édition et de production audiovisuelle.

Le législateur s'est soucié de ne pas compromettre par trop le droit des auteurs, au moins dans deux secteurs considérés comme les plus importants et les plus fragiles. La loi du 11 mars 1957, intégrée dans le Code de la propriété intellectuelle, a ainsi introduit en droit positif un régime juridique protecteur des intérêts des auteurs qui ne peuvent se voir appliquer le droit des entreprises en difficulté et notamment de la continuation des contrats que de manière indirecte, dans des domaines tels que le contrat d'édition mais aussi de production audiovisuelle.

81. Selon l'article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle « Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion. »

La jurisprudence souligne, l'intérêt commun de l'auteur et de son éditeur dans le contrat d'édition. Il est, d'une manière générale, un contrat de participation où l'auteur et l'éditeur mettent en commun, l'un le produit de son talent littéraire, artistique ou scientifique, l'autre ses capitaux et son potentiel commercial, à l'effet de publier, c'est-à-dire de vendre une ou plusieurs œuvres déterminées²²⁷. Un contrat d'édition se caractérise donc par trois éléments distincts qui sont la volonté d'exploiter l'œuvre en participation commune entre l'auteur et l'éditeur, sa fabrication par et aux frais de l'éditeur et sa publication et sa diffusion par l'éditeur. La loi vise les contrats d'édition au sens large, c'est-à-dire non seulement l'édition

²²⁷ TC Seine 21 juin 1937 Gaz. Pal. 1937, 2, 583 ; aussi, CA Paris 7 nov. 1951, D. 1951. 759, Ann. 1952, 309, attendu cité au § 8.25, Civ. 1^{re} 18 oct. 1994 Polygram c/ Mariani D. 1994 IR 249.

d'œuvres littéraires ou d'œuvres graphiques, mais également les contrats d'édition musicale²²⁸ voire d'autres domaines²²⁹.

Aux termes de l'article L. 132-23 du Code de la propriété intellectuelle, « Le producteur de l'œuvre audiovisuelle est la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre ». Cela implique qu'il se charge de financer la réalisation ou de réunir à cette fin les concours nécessaires, mais il doit également jouer un rôle d'impulsion et de coordination²³⁰. Plus encore que l'éditeur dans le contrat d'édition il est le « pivot » de l'opération.

82. Le Code de la propriété intellectuelle envisage la situation de l'éditeur ou du producteur soumis à une procédure collective aux articles L. 132-15 et L. 132-30, en instaurant un dispositif dérogatoire au droit commun de la poursuite des contrats en cours. L'article L.132-30²³¹, relatif aux contrats de production audiovisuelle, prévoit que « La procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire du producteur n'entraîne pas la résiliation du contrat de production audiovisuelle. Lorsque la réalisation ou l'exploitation de l'œuvre est continuée en application des L. 621-22 et suivants du Code de commerce, l'administrateur est tenu au respect de toutes les obligations du producteur, notamment à l'égard des coauteurs. » Ce texte reprend le principe général de la continuation et fait recouvrer à l'administrateur les prérogatives que lui reconnaît la loi. De plus, cet article fait de l'administrateur le garant de l'exécution des obligations issues du contrat de production. En outre, l'emploi de la conjonction « *lorsque* » marque le choix laissé à l'administrateur. Ainsi, la règle selon laquelle les contrats bénéficiant d'un régime spécifique sont

²²⁸ CA Paris 4^e ch. 24 nov. 1987 CM c/ Sirchis Cah. dr. auteur 1988 n° 3 p. 14 ; sur les contrats d'édition d'œuvres musicales, Plaisant, « Contrat d'édition des œuvres musicales et des œuvres des arts plastiques », J.-Cl. Prop. Litt. & art., fasc. 331.

²²⁹ TGI Nanterre 17 juin 1992 RIDA oct. 1992 n° 154 p. 180 : pour une société qui fabrique un modèle de chaise de Le Corbusier par un contrat d'édition – Dans le même sens pour l'édition d'une œuvre multimédia sur cédéroms : « L'article L. 132-1 du CPI dispose que le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion. Répond à cette définition, le contrat par lequel le créateur d'une œuvre multimédia sur support cédéroms a cédé à une société le droit de fabriquer des exemplaires de son œuvre sur cédéroms à charge pour cette société d'en assurer la publication et la diffusion, la société assumant tous les frais de préparation, de production et de commercialisation de l'œuvre. En conséquence, le créateur a cédé ses droits d'auteur à la société qui devait fabriquer des exemplaires de son œuvre afin de les commercialiser » (CA Paris 4^e ch. B., 28 avr. 2000, Havas c/ Casaril, Juris-Data n° 118091).

²³⁰ CA Paris, 4^e ch. B. 3 juil. 1998, JurisData n°1998-022787

²³¹ Ancien article 63-7, modifié par la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 ; R.PLAISANT, « La loi du 3 juillet 1985 relative au droit d'auteur », JCP 1986 I, 3230

néanmoins « soumis au régime général de l'option, à ses modalités et à ses conséquences pour tout ce qui ne résulte pas de leur réglementation propre »²³² et se vérifie pour le contrat de production, en revanche elle est plus discutée pour le contrat d'édition.

83. Dans le prolongement des mesures protectrices des auteurs instituées par le Code de la propriété intellectuelle, il est prévu aux termes de l'article L. 132-15 que « La procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire de l'éditeur n'entraîne pas la résiliation du contrat. Lorsque l'activité est poursuivie en application des articles L. 621-22 et suivants du Code de commerce... ». On peut se poser la question de savoir si le mécanisme de la continuation des contrats, tel qu'envisagé par l'article L. 622-13 du Code de commerce a vocation à s'appliquer à ce type de conventions, dans la mesure où les dispositions du code de la propriété intellectuelle semblent conférer un caractère automatique au maintien des contrats conclus avec l'éditeur en cas de poursuite de l'activité. Cette automaticité a pourtant donné lieu à deux interprétations de l'article L.132-15.

84. Un premier courant doctrinal considère que le contrat d'édition est soumis à un régime spécial, dérogeant à la loi de sauvegarde. Un auteur a d'ailleurs affirmé que « le contrat d'édition, qui est un contrat dont l'exécution se poursuit nécessairement dans le temps, n'est pas soumis au régime général de droit d'option de l'administrateur tel qu'il est organisé par l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985, mais bénéficie du régime spécial »²³³. Selon ce dernier, lorsque l'activité contractuelle de l'entreprise d'édition est poursuivie, les contrats conclus avec l'éditeur sont automatiquement continués. Ainsi, ces contrats échappent au principe de continuation et l'administrateur ne peut exercer pleinement son choix sur les contrats d'édition, son droit d'option étant alors totalement supprimé. Il s'ensuit par conséquent, que les auteurs échappent au mécanisme général de la continuation des contrats et bénéficient d'un régime protecteur au regard de celui réservé par le droit commun de la continuation des contrats aux autres contractants. Ces contrats se poursuivent de plein droit, l'auteur ne pouvant en demander la résiliation que si l'activité de l'éditeur a cessé depuis plus de trois mois²³⁴. Le droit d'option de l'administrateur ou du débiteur est ici supprimé, puisque le contrat se poursuit de plein droit²³⁵.

²³² DERRIDA, GODE, SORATIS, préc. n° 397

²³³ F. TOUBOL, « Logiciel et faillite », JCP 1987, II éd. E, 15032, n° 14

²³⁴ Article L. 132-15 du code de la propriété intellectuelle

²³⁵ M.-H. MONSERIE BON, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises* ; th préc. p. 55

À première vue cette automaticité pourrait paraître conforme aux principes directeurs de la continuation des contrats et de la poursuite de l'activité. Néanmoins, à y regarder de plus près, cette dérogation au mécanisme général de continuation bénéficie à l'auteur créancier de la procédure et non à l'éditeur objet de celle-ci. En réalité la loi de 1957 introduit une disposition qui préserve systématiquement le contrat d'édition au nom de la sauvegarde des intérêts des auteurs, dévoyant la loi de 1985 dont le but est la protection du débiteur. Retirer à l'administrateur son droit d'option équivaut à compromettre gravement les chances de survie de l'entreprise débitrice. En outre, une telle situation devrait conformément aux dispositions du droit des entreprises en difficulté entraîner la mise en jeu de la responsabilité de l'administrateur pour manquement à son obligation de vigilance.

À cette première analyse se confronte une seconde. La majorité des auteurs²³⁶ se référant à une lecture conjointe des articles L.132-15 et L.132-30 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle²³⁷, semble soutenir l'idée selon laquelle il s'agit d'une application classique du mécanisme du droit d'option. Suivant cette interprétation le sort du contrat d'édition est lié à la poursuite de l'activité de l'entreprise d'édition. Malgré la contradiction avec l'esprit de la loi de 1957, cette interprétation nous paraît la plus cohérente au regard des finalités du droit des entreprises en difficulté. En définitive, la rupture ou la continuation des contrats d'édition est exclusivement dépendante de l'activité de l'entreprise.

En outre se pose la question de l'influence du caractère *intuitus personae* des contrats d'édition et production audiovisuelle.

85. Le contrat d'édition est comme la plupart des contrats sur droit d'auteur fondamentalement, un contrat conclu *intuitus personae*²³⁸. La considération de la personne de l'éditeur est sans conteste, déterminante pour l'auteur. Le contrat revêt ce caractère, d'une part en raison des rapports personnels en jeu qui vont avoir vocation à se prolonger dans le temps, et d'autre part, du fait que l'éditeur doit assurer à l'œuvre une reproduction et une diffusion conformes aux intérêts de l'auteur, et particulièrement à ses intérêts moraux. Cependant, il faut parvenir à distinguer l'éditeur, en règle générale personne morale, et ses

²³⁶ DERRIDA, GODE, SORATIS, préc. n° 397 ; M. JEANTIN, Droit commercial Instruments de paiement et de crédit des Entreprises en difficulté, n° 659, 7^{ème} éd. Dalloz 2004 ; JL.HENAFF, La continuation des contrats dans la faillite, thèse Metz 1983 n° 28 ; B. SOINNE, préc. n° 675 ; Y.CHAPUT, n° 139 ; F. PEROCHON, préc. n° 188 ; Y.CHARTIER, droit des affaires entreprises en difficulté, vol. 3 Thémis, 1989 n° 214 ; Y.GUYON, Droit des affaires, entreprises en difficulté- Redressement judiciaire-faillite, t.2,1 2^{ème} éd, Economica 2003 n° 1208

²³⁷ Articles 61 alinéa 2 et 63-7 alinéa 2 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957, ces derniers renvoyant expressément aux articles 31 et suivants de la loi du 25 janvier 1985

²³⁸ F. POLLAUD-DULLIAN, Le droit d'auteur, Economica, 2004, n° 1021

dirigeants ou employés. En effet, bien souvent c'est en considération de la personne du responsable ou du directeur de collection que l'auteur contracte et non *intuitu firmae*.

Par ailleurs, la considération de l'auteur semble plus discutée. Si à l'évidence l'éditeur s'intéresse à l'identité de l'auteur car l'œuvre est l'émanation d'une personnalité et le succès commercial est souvent lié à la notoriété de l'auteur. En revanche, une fois que l'œuvre est créée on a pu s'apercevoir que ce qui importe à l'éditeur c'est d'avantage les qualités du titulaire des droits sur l'œuvre en question, que la personne de son cocontractant. La doctrine majoritaire considère que le contrat d'édition est conclu essentiellement en considération de la personne de l'éditeur, mais non de l'auteur.

86. En dépit de ressemblances formelles, le contrat de production audiovisuelle obéit à une logique différente de celle qui sous-tend la réglementation du contrat d'édition. Le producteur n'est pas perçu comme une menace potentielle pour les auteurs, mais comme un entrepreneur au service de la création dont l'initiative doit être encouragée²³⁹. La dimension économique de l'opération fait passer au second plan les relations individuelles avec les auteurs. *L'intuitus personae* qui subsiste dans le contrat d'édition disparaît complètement. Il convient en outre de souligner que le Code de commerce ne distingue pas selon que le contrat est conclu *intuitu personae* ou pas. Faute de distinction du texte les contrats étudiés en droit d'auteur conclus *intuitus personae* peuvent donc comme les autres contrats, être continués.

La règle inflexible de la continuation des contrats en cours a vocation à s'appliquer aux contrats d'édition et de production audiovisuelle, peu importe que le contrat soit *intuitu personae*. L'article L. 622-13 subordonne cette poursuite à la volonté de l'administrateur.

La loi de 1985, en autorisant la poursuite des contrats *intuitu personae*, a brisé le dernier îlot de résistance qui empêchait le droit d'option d'être « universel » et a posé le principe de la continuation automatique des contrats d'édition et de production audiovisuelle. L'importance des contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle pour la poursuite de la procédure l'emporte finalement sur toute autre considération. L'étude réalisée nous conduit à déduire, compte tenu de ce qui a pu être démontré, que la règle de la continuation des contrats s'applique de façon générale aux contrats sur des droits de propriété intellectuelle. Mais il convient de préciser à ce stade des développements que si la conception

²³⁹ A.LUCAS, H-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4^e éd. Lexis Nexis, 2012 n°784, p. 671

extensive de la poursuite de l'activité contractuelle généralise la règle à tous les contrats, y compris les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle, et particulièrement les licences, encore faut-il que ces contrats soient « en cours », conformément au sens que lui reconnaît la législation relative aux entreprises en difficulté.

§2. LA LIMITATION DE LA RÈGLE : APPLICATION AUX « CONTRATS EN COURS »

87. L'économie repose sur des échanges, et les échanges sont organisés par des contrats. Le contrat se présente comme l'accord entre deux agents économiques sur la manière de régler certains flux entre eux. On rencontre le contrat à chaque étape, depuis l'approvisionnement en matières premières ou la conception du produit, jusqu'à l'organisation de la distribution et l'acquisition du produit par le destinataire final. La vie économique est impensable sans le contrat. Les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle sont d'une grande diversité.

Tant que l'option de l'administrateur sur la continuation du contrat n'est pas intervenue, et dès lors que le contrat n'est pas arrivé à terme, il reste en cours. Pour Monsieur le Professeur Le Cannu, c'est « la persistance de l'effet caractéristique du contrat à la charge du cocontractant au jour de l'ouverture de la procédure, qui permet de considérer que le contrat est en cours, donc justiciable des dispositions de l'article L. 622-13 »²⁴⁰. Il en résulte l'obligation pour le cocontractant de fournir la prestation promise. En contrepartie, logiquement il bénéficie du régime applicable aux créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, pour les prestations comprises entre le jugement d'ouverture et l'option, et ce quelle que soit la décision qui sera prise²⁴¹. Le contrat devient, dès lors, un instrument de sauvetage de l'entreprise en difficulté, selon l'article L. 622-13 du Code de commerce, le principe de continuation s'applique aux contrats en cours sans opérer de distinction ou sans délimiter le champ de ces contrats. Cette qualification présente un intérêt considérable, dans la mesure où s'il est en cours l'administrateur peut décider de sa continuation²⁴², et le cocontractant bénéficiaire de la priorité des paiements pour les échéances postérieures à l'ouverture de la procédure.

²⁴⁰ JEANTIN et LE CANNU, Droit commercial instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, *op cit.*, n° 690.

²⁴¹ Cass. com., 2 fév. 1993, n° 91-10.463, Bull. Civ. IV, n° 35; Gaz. Pal. 1993, II, 570, note J.P BRAULT

²⁴² A. MARTIN-SERF, Les contrats en cours avant l'option de l'administrateur, RJ com. 1992, n° spéc. , p. 8

La formule de l'article L. 622-13 du Code qui réserve la continuation aux contrats en cours, commande donc de cerner cette notion²⁴³. Il est dès lors question de déterminer comment s'applique la notion aux contrats sur les droits de propriété intellectuelle (A), et de déceler les difficultés qui leur sont attachées (B).

A. L'APPLICATION DE LA NOTION AUX CONTRATS SUR DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

88. Le principe de la continuation des contrats est une constante du droit des entreprises en difficulté. Celui-ci a vocation à s'appliquer aux contrats en cours. L'expression « contrat en cours » recouvre sommairement, les relations contractuelles qu'entretient l'entreprise avec ses différents partenaires, au jour de l'ouverture de la procédure collective. Cette notion ne faisant l'objet d'aucune définition, constitue une des nombreuses énigmes en la matière. Elle ne correspond à aucune catégorie juridique connue et déterminée, ce qui peut paraître pour le moins étrange, eu égard à l'importance que revêt la poursuite de l'activité contractuelle dans le cadre des procédures collectives. À ce propos deux thèses s'affrontaient. Les uns prônaient une conception extensive²⁴⁴, considérant comme étant en cours le contrat qui peut encore produire ses effets, fussent-ils secondaires, alors que pour les tenants de l'analyse restrictive « lorsque les principales prestations attendues ont été fournies avant le jugement, le contrat n'est plus en cours même si il a produit tous ses effets »²⁴⁵. Cette analyse semble avoir la faveur des auteurs, et la jurisprudence particulièrement fluctuante en la matière a délimité les contours²⁴⁶ de cette notion. Ainsi, malgré les difficultés attachées à cette

²⁴³ A. MARTIN-SERF, Les contrats en cours avant l'option de l'administrateur, RJ com., n° spécial, nov. 1992, p. 9 ; F. DERRIDA, La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, RJDA 1993. 399

²⁴⁴ Cass. com., 16 fév. 1988, cf. supra note 285 : « l'application des dispositions de l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967 n'est pas limitée aux contrats à exécution successive ; dès lors en exécutant une promesse de vente précédemment consentie par le débiteur, le syndic ne fait qu'user du pouvoir propre qui lui est conféré par le texte. » ; Aix-en-Provence, 15 avril D 1977 IR 379, obs. DERRIDA ; Versailles 13^{ème} ch. 12 nov. 1991, JCP 1992 éd. G I, 3634 ; JCP 1992 I, éd E 195, n° 11 ; Cass. com., 3 mars 1992, JCP 1992 IV, n° 1356, p. 148 ; JCP éd E 1992 I p. 192, n°2 note Ph. PETEL

²⁴⁵ DERRIDA, GODE et SORTAIS, op. cité p. 262 n° 392 ; sur cette question, cf. supra J.L VALLENS, « l'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours », note 309-1 p. 530 ; Cass. com., 11 déc. 1990

²⁴⁶ Cass. com., 2 mars 1993, n° 90-21.353 : Juris-Data n° 1993-000373 ; Bull. civ. 1993, IV, n° 89 ; D. 1993, jurispr. p. 573, note Ph. DÉVÉSA ; LPA 5 nov. 1993, p. 4, note F. DERRIDA ; Cass. com., 14 déc. 1993, n° 92-11.647 : Juris-Data n° 1993-002623 ; Bull. civ. 1993, IV, n° 477 ; RD bancaire et bourse 1994, p. 133, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI ; RJDA 1994, n° 335 (dans ces deux cas d'espèce : n'est pas considéré comme un contrat en cours le prêt octroyé au débiteur en redressement judiciaire lorsque les fonds ont été versés intégralement avant l'ouverture de la procédure, aucune prestation ne subsistant à la charge du cocontractant)-

notion²⁴⁷, on retient généralement qu'il s'agit de l'ensemble des contrats formés ou existant antérieurement au jugement d'ouverture, dont l'exécution est en cours ou à venir, et non achevée au jour du jugement déclaratif²⁴⁸; autrement-dit pour lequel les prestations peuvent encore être mises à la charge du cocontractant du débiteur en procédure collective et qui n'est pas définitivement exécuté au jour du jugement d'ouverture²⁴⁹.

Le contrat en cours est impérativement, un contrat en cours d'existence²⁵⁰ et en cours d'exécution²⁵¹. Ainsi, le contrat relatif à un droit de propriété intellectuelle en cours doit être un contrat en cours d'existence, pour lequel des prestations peuvent encore être mises à la charge du cocontractant du débiteur en redressement judiciaire; il ne doit pas être définitivement exécuté avant l'ouverture de la procédure, et il est également exclu que le contrat soit définitivement rompu avant l'ouverture de la procédure²⁵².

89. En outre, l'identification du contrat « en cours » par opposition au contrat définitivement exécuté ou rompu, soulève quelques difficultés. La jurisprudence a été particulièrement sollicitée à propos des contrats affectés d'une clause résolutoire. On a toujours eu à cet égard deux certitudes: d'une part la clause résolutoire spécialement destinée à jouer en cas de redressement judiciaire du cocontractant, est privée de toute efficacité par

Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-17.154: Juris-Data n° 1993-002386; Bull. civ. 1993, IV, n° 410; JCP E 1994, pan. p. 79; RD bancaire et bourse 1994, p. 184, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI. -; Cass. com., 28 fév. 1995: « un contrat de vente conclu antérieurement au jugement d'ouverture, n'étant plus en cours au sens du texte précité, dès lors que le transfert de propriété de l'immeuble vendu s'était, en l'espèce réalisé dès la signature de l'acte de vente »; JCP 1995 éd. E, Pan 496, JCP 1995 éd.E, études et chron 487 p. 358.- Il en va également ainsi pour la cession de parts sociales: Cass. com., 22 oct. 1996, bull. civ. IV, n° 253 p. 217, Rep. Déf. 1997 art. 36533, n°7, p. 467, note P. LE CANNU; Rev. Proc. Coll. 1998.290 obs. F. MARCORIG-VENIER

²⁴⁷ E. JOUFFIN, Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective, LGDJ, 1998, Préf. C. GAVALDA; M.-H. MONSERIE, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, LGDJ 1994.

²⁴⁸ T. MONTERAN, L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats, Gaz. Pal. 30 sept. 2003, n° 273, p.2.; A. MARTIN – SERF, Les contrats en cours avant l'option de l'administrateur, RJ com.1992, n° spéc. p.8

²⁴⁹ J.-Ph. HAEHL, LPA, 8 juil. 1996 n° 17, pour des contrats dont la condition suspensive s'est réalisée antérieurement au jugement, Cass. com., 18 nov. 1980, n°78-15.704, JCP éd. CI 1981. 9780, n° 18, obs. CABRILLAC et ARGENSON: « Dès lors que, conformément à la convention des parties l'acheteur doit devenir propriétaire du terrain vendu dès la réalisation de la condition suspensive, que celle-ci soit accomplie, et que la vente est donc réalisée, avant le prononcé du règlement judiciaire de l'acheteur, le syndic n'a pas à se prononcer sur la poursuite de l'exécution de la convention même s'il reste encore à signer l'acte authentique et à payer le prix »

²⁵⁰ F. DERRIDA, La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, RJDA 1993, p.399; A. MARTIN- SERF, Les contrats en cours avant l'option de l'administrateur

²⁵¹ F. DERRIDA, P. GODE et J-P SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, Dalloz 3^{ème} éd. 1991, n° 392; G. RIPPET et R. ROBLLOT, Traité de droit commercial t.II, LGDJ, 17^{ème} éd. Par P. DELEBECQUE et M. GERMAIN, 2004, n° 3047, M.-H. MONSERIE, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, n° 153.

²⁵² Cass. com., 9 mai 1995, D. 1995, IR 148

l'article L. 622-13 I ; d'autre part lorsque la résolution du contrat a été acquise antérieurement au jugement d'ouverture, le contrat n'est plus en cours et l'administrateur n'a pas le pouvoir de lui redonner vie sur le fondement de l'article L. 622-13 II. La notion de « contrat en cours » fait une référence directe aux concepts de temps et de durée, qui occupent une place importante dans l'ensemble des branches du droit, et servent de critères pour l'application de règles juridiques. La chambre commerciale nous offre une illustration de l'application de ce texte et pose une solution fondamentale²⁵³. Dans un contrat de concession portant sur une marque, le concessionnaire ayant pris l'engagement de ne pas déposer des marques caractéristiques du concédant ou pouvant créer une confusion avec celles-ci ; la sanction de cette clause se trouvait dans la résiliation du contrat après préavis ; de plus le contrat contenait une clause de résiliation de plein droit pour défaut de paiement. Le concessionnaire ayant déposé des marques en violation de la clause, le concédant mis en œuvre la sanction. C'est alors que le concessionnaire fut soumis à une procédure de redressement judiciaire ; lui-même et son administrateur formèrent une demande tendant à faire déclarer le concédant responsable du défaut d'exécution et simultanément l'administrateur demandait l'exécution du contrat conformément à son droit d'option. La haute juridiction confirme la décision rendue par les juges du fond en ce qu'ils constatent la résiliation du contrat, non seulement par application de la clause concernant le dépôt des marques, mais aussi par l'effet de clause résolutoire pour défaut de paiement des redevances. De cette décision, une conclusion fort importante doit être tirée : les causes et clauses ayant produit leur effet définitif et entraîné une résiliation ou résolution acquise avant le jugement d'ouverture soustraient totalement le contrat à l'option de l'administrateur.

Identiquement, ne peut être considéré comme en cours, le contrat de vente d'un fonds de commerce comprenant une marque, alors que, l'acquéreur ne règle aucune échéance du prix de vente, alors même que le vendeur leur avait fait sommation de régler les échéances impayées en leur rappelant que le défaut de paiement d'une seule échéance entraînait la résolution de plein droit. La haute juridiction confirme l'arrêt rendu par les juges du fond en ce qu'il reconnaît que le vendeur est en droit de faire constater que la clause résolutoire de plein droit était acquise avant l'ouverture du redressement judiciaire de l'acquéreur²⁵⁴.

Autrement dit, nous pouvons en déduire qu'il est nécessaire que la cause de résiliation ou résolution d'un contrat relatif à des droits de propriété intellectuelle en cours, ait disparu

²⁵³ Cass. com., 3 avr. 1990, n° 88-16.653 D. 1991, p. 1, obs. F. DERRIDA ; RTD civ. 1991, p. 336, J. MESTRE

²⁵⁴ Cass. com., 25 nov. 1997, n° 95-15.885, D. 1998, p. 7

antérieurement à l'exercice de l'option de l'administrateur, pour que le contrat puisse être continué. Il est souhaitable à présent de relever les difficultés liées aux contrats sur droits de propriété intellectuelle.

B. LES DIFFICULTÉS LIÉES AUX CONTRATS SUR PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

90. La doctrine a unanimement admis depuis fort longtemps une distinction entre les contrats à exécution successive ou instantanée. Nous pouvons nous servir de cette classification traditionnelle pour déterminer les contrats d'exploitation de droit de propriété intellectuelle concernés par la continuation des contrats en cours, en décelant les difficultés susceptibles de naître dans les contrats à exécution successive (I) et dans les contrats à exécution instantanée (II).

I. Contrats à exécution successive

91. Le domaine privilégié des contrats en cours est celui des contrats à exécution successive dont les prestations essentielles ne sont pas épuisées.

De nombreux contrats ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle entrent dans cette catégorie, parmi lesquels nous pouvons citer à titre non exhaustif : les contrats de licence d'un droit de propriété intellectuelle, les contrats de coexistence de marque, les contrats d'édition d'une œuvre de l'esprit et bien d'autres. Ces contrats ont en commun, d'avoir pour objet la jouissance d'un droit d'exploitation. Appartiennent à cette catégorie les contrats instituant entre les parties des prestations réciproques qui s'échelonnent dans le temps. Assurément, les contrats de licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle considérés comme des contrats à exécution successive, constituent le terrain d'élection de l'article L.622-13 du Code de commerce. Durant la période qui court de l'ouverture de la procédure jusqu'à la décision de l'administrateur sur la poursuite du contrat, les prestations fournies par le cocontractant, relèvent de l'article L. 622-17 du Code de commerce. Ces prestations ne s'épuisent pas dès leur première exécution, mais payées à intervalle régulier, elles constituent des prestations nées du contrat à exécution successive. Cependant, un contrat de licence d'exploitation arrivé à terme, ou dont la résiliation amiable, judiciaire ou acquise

de plein droit a été obtenue avant le jugement d'ouverture, ne constitue pas un contrat en cours²⁵⁵ au sens des dispositions du droit des procédures collectives.

Il est toutefois nécessaire de souligner la particularité de certains contrats relevant du droit d'auteur.

92. Définit par l'article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle comme le contrat « par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion ». Le contrat d'édition constitue une variété de vente, avec la particularité que le transfert de propriété s'accompagne d'un droit de regard du vendeur, tant pour préserver ses intérêts pécuniaires que pour conserver son droit moral. L'acheteur étant tenu de faire fructifier la chose, ce qui constitue une dérogation au droit commun²⁵⁶. À la différence de la vente du droit commun, le contrat d'édition est à exécution successive et non instantanée principalement en raison de l'intérêt moral et patrimonial de l'auteur pour l'exploitation de l'œuvre.

Une première obligation est exécutée instantanément : il s'agit du transfert de propriété, *solo consensu*, dès l'accord de volonté. L'auteur est tenu de remettre à l'éditeur son manuscrit ou sa partition. Le contrat d'édition a pour finalité la diffusion de l'œuvre, aussi est-il prévu aux termes de l'article L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle, que l'éditeur « est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession ». Il lui appartient tout d'abord faire fabriquer, autrement dit imprimer, en nombre l'œuvre destinée à être reproduite. Mais il doit également, en contrepartie du transfert de propriété qui lui est consenti, effectuer « toutes les diligences requises d'un bon professionnel », pour assurer la meilleure promotion possible de l'œuvre. Cette obligation ne saurait être ponctuelle sporadique ou interrompue et s'exécute par

²⁵⁵ Cass. com., 17 mai 1994, ; F. DERRIDA, La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, Petites affiches 5 nov. 1993, p. 4 et s ; Cass. 3^e civ., 11 juin 1997, RJDA 10/1997, n^o 1262, AJDI 1998.47; Cass. com. 9 mai 1995, RJDA 11/1995, n^o 1281, D. 1995, IR 148, Rev. proc. coll. 1997.55, obs. F. MARCORIG.-VENIER; 3 févr. 1981, D. 1981.377, note F. DERRIDA

²⁵⁶ P.Y GAUTIER, Propriété littéraire et artistique, 6^e éd. PUF, 2009, n^o 561, p. 633

conséquent à échéances successives. Il en va en outre ainsi de la rémunération de l'auteur calculée proportionnellement aux produits de l'exploitation²⁵⁷.

II. Contrats à exécution instantanée

93. Les contrats à exécution instantanée peuvent être analysés comme des contrats en cours, néanmoins cette situation reste rare. Par principe, un contrat de vente n'est pas en cours lorsque le transfert de propriété de la chose vendue s'est opéré immédiatement avant l'ouverture de la procédure. De cette manière ne pourra être considérée comme en cours la cession de brevet, de marque ou de dessins et modèles sous condition suspensive, lorsque cette dernière s'est réalisée antérieurement au prononcé de la procédure concernée, et cela bien qu'il reste à signer l'acte authentique et à payer le prix. L'ensemble de ces solutions ont été posées pour des ventes d'immeubles, mais peuvent parfaitement être transposées au contrat de cession de droit de propriété intellectuelle, dans la mesure où leur régime est calqué sur celui de la vente²⁵⁸.

En principe, nous ne sommes en présence d'un contrat en cours que si la prestation principale et caractéristique de ce contrat n'a pas encore été fournie : ainsi le contrat de cession d'un droit de propriété intellectuelle peut être considéré comme étant en cours, si le transfert de propriété n'a pas eu lieu. Nous avons choisi d'illustrer les difficultés liées aux contrats à exécution instantanée à travers deux exemples, issus de la pratique, qui témoignent parfaitement de l'interaction entre les exigences de la continuation des contrats et certains mécanismes juridiques du droit de la propriété intellectuelle. Examinons, dès à présent, la promesse unilatérale sur cession de marque (1), et la vente d'une machine équipée de logiciel avec clause de réserve de propriété (2).

1. Promesse unilatérale de cession de marque

94. Les promesses unilatérales de contrat, qui sont souvent des promesses de vente ou d'achat, sont considérées comme des contrats en cours tant que le délai d'option accordé au bénéficiaire n'est pas expiré²⁵⁹. Lorsque le débiteur bénéficie d'une promesse synallagmatique de vente prévoyant le transfert de propriété et le paiement du prix à la

²⁵⁷ Il faut signaler toutefois, qu'à titre à la fois exceptionnel et facultatif, la loi envisage un certain nombre de cas où les parties peuvent opter pour une rémunération forfaitaire (article L. 132-5 CPI)

²⁵⁸ Cette qualification est constamment retenue par la jurisprudence depuis l'arrêt de principe, Cass. Req., 25 mai 1869, DP. 1869,1, 367 ; Le droit de la propriété industrielle, t II, n° 184

²⁵⁹ Cass.com., 7 mars 2006, Act. Proc. Coll. 2006, n° 93, obs. MONSERIE-BON

signature de l'acte authentique, cette promesse non encore translatrice est un contrat en cours, de sorte que l'administrateur ne peut exiger la signature de l'acte authentique qu'en payant le prix. La chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment qualifié de contrat en cours une promesse unilatérale d'achat consentie par le débiteur alors *in bonis*²⁶⁰. Selon les termes de l'arrêt la promesse unilatérale était toujours en vigueur après le jugement d'ouverture, l'administrateur judiciaire n'ayant pas renoncé « à la poursuite des contrats de promesse en cours ». La promesse unilatérale est donc considérée comme un contrat en cours, dès lors que la levée d'option n'est pas encore intervenue à la date du jugement d'ouverture. Lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du bénéficiaire d'une promesse de cession de marque pendant le délai d'option, celle-ci devra alors être regardée comme un « contrat en cours », au sens des articles L. 622-13 et L. 641-11-1 du Code de commerce²⁶¹. Il revient, par conséquent, en vertu des mêmes textes, à l'administrateur ou au liquidateur de décider de lever l'option en payant le prix. Toutefois, s'il n'use, pas de cette faculté, le promettant n'est pas en droit de prétendre au paiement de l'indemnité d'immobilisation. À l'inverse, si le promettant est mis en redressement ou en liquidation judiciaire pendant le délai d'option, le droit du bénéficiaire s'en trouve partiellement affecté à deux égards. En effet, d'un côté, le promettant est par hypothèse, encore maître de son droit de propriété industrielle lorsqu'il a consenti la promesse, ainsi, le droit d'option conféré à l'acquéreur ne doit pas être remis en cause à la suite de l'ouverture de la procédure collective ; le bénéficiaire est donc en droit de lever l'option d'achat jusqu'au terme du délai pour lequel celle-ci lui a été consentie²⁶².

Seulement, d'un autre côté, tant que l'option n'est pas levée, la promesse unilatérale de vente de marque est un « contrat en cours »²⁶³. Pour cette raison, l'administrateur ou le liquidateur peut décider d'y mettre fin. En ce cas, le bénéficiaire, s'il parvient à établir l'existence d'un préjudice attaché à la non-réalisation de la vente du droit exclusif, ne pourra guère prétendre qu'à une créance de dommages et intérêts, dont le montant devra être déclaré à la procédure

²⁶⁰ Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-18031, B., D. 2011, 1279, obs. LIENHARD, et 2079, note LE CORRE RTD com. 2011,798, obs. MARTIN-SERF ; RPC 2012-2, comm. 46, obs. SAINT-ALARY-HOUIN ; Gaz. Pal. 8-9 juil. 2011, p. 12, note E. LE CORRE-BROLY

²⁶¹ Cass. com., 1^{er} févr. 2000, n° 97-21.642, Rev. proc. coll. 2003. 18, obs. Ph. ROUSSEL GALLE

²⁶² V. à propos de la liquidation judiciaire du promettant, Cas. com., 7 mars 2006, n° 05-10.371, Bull. civ. IV, n° 63 ; D. 2006. AJ 859, obs. LIENHARD, et D. 2006. Pan. 2255, obs. Lucas ; JCP 2006. I. 185, n° 11, obs. M. CABRILLAC et P. PETEL ; JCP N 2007. 1044, étude COUTANT LAPALUS, et 1266, obs. VAUVILLE ; RTD com. 2006. 669, obs. VALLENS

²⁶³ Pour une promesse de cession de marque : Besançon, 4 mars 2004, Rev. proc. coll. 2004. 65, obs. P. ROUSSEL GALLE

(avec de faibles chances de recouvrement²⁶⁴). Il en ira de même si l'administrateur ou le liquidateur décide de se rétracter avant la levée de l'option, moyennant l'allocation de dommages et intérêts au profit des bénéficiaires, comme le lui permet la jurisprudence depuis 1993.

2. Vente d'une machine équipée de logiciel avec clause de réserve de propriété

95. On s'accorde habituellement à considérer que : constitue un contrat en cours, le contrat qui a été conclu avant l'ouverture de la procédure et n'a pas encore produit ses effets, postérieurement à celle-ci. Bien qu'appartenant à la catégorie des contrats en cours, les ventes, dont l'effet translatif ne s'est pas produit avant le jugement d'ouverture, doivent être exclues du domaine. La Cour de cassation, dans une analyse peu compatible avec les solutions précédentes, a considéré que la vente avec clause de réserve de propriété n'était pas un contrat en cours.

La question se pose pourtant de savoir si un contrat de vente de matériel équipé de logiciels, comportant une clause de réserve de propriété, peut être regardé comme un contrat en cours, au sens de l'art. L. 621-28 Code de commerce, lorsqu'il a été conclu avant l'ouverture de la procédure collective, mais dont le prix n'a pas encore été réglé ? La chambre commerciale²⁶⁵ a eu à se prononcer sur l'applicabilité à la vente avec réserve de propriété, de l'article L. 621-115 alinéa 2, du Code de commerce²⁶⁶. Selon les dispositions de cet article, il faut considérer que concernant les biens faisant l'objet d'un contrat en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective, le délai pour agir en revendication court à partir de la résiliation ou du terme du contrat. Alors, que le propriétaire, lui, soutenait que le contrat s'était trouvé résilié de plein droit, après mise en demeure de l'administrateur d'avoir à se prononcer sur la poursuite de la vente restée infructueuse, ayant en outre pour effet de déclencher le délai de revendication. Comme l'avaient fort bien observé Mesdames les professeurs Pérochon et Martin-Serf²⁶⁷, la vente avec clause de réserve de propriété est sans doute un contrat en cours, mais la dérogation de l'article L. 621-115, al. 2 doit être réservée aux seuls « contrats en cours de nature successive », ce qui n'est pas le cas de la vente mobilière avec réserve de propriété,

²⁶⁴ Articles L. 622-13, et L. 641-11-1 Code de commerce

²⁶⁵ Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-17.201 et 01-17.590, Bull. civ. IV, n° 81 ; D. 2004.Somm.2144, obs. F.-X. LUCAS ; D. 2004.1525 et s. obs. A. LIENHARD ; RTD Civ. 2004, p. 760, *La vente avec réserve de propriété n'est plus un contrat en cours !*, P. CROCQ . Cass. com., 7 nov 2006, D. 2006, p. 2846, obs. A. LIENHARD

²⁶⁶ devenu article L.624-9 du code de commerce.

²⁶⁷ F. PÉROCHON, Revendications, Les dernières évolutions jurisprudentielles et leur philosophie, Rev. proc. coll. 2002, p. 122 ; A. MARTIN-SERF, Les revendications et les restitutions : questions procédurales, in Actes du colloque du CRAJEFE du 25 avr. 1998, Editions CEF, p. 102

laquelle n'est pas un contrat assorti d'un terme extinctif. La Haute juridiction a exclu l'application de ce texte, ce qu'a unanimement approuvé la doctrine. Elle a affirmé « qu'un contrat de vente de biens mobiliers dont la propriété est réservée et dont le prix n'est pas payé lors de l'ouverture de la procédure collective n'est pas un contrat en cours au sens de l'article L. 621-28²⁶⁸ du Code de commerce ». En visant l'article L. 621-28 du Code de commerce, la Haute juridiction refuse totalement d'appliquer la qualification de contrat en cours à la vente avec réserve de propriété dont le prix n'est pas intégralement payé.

Le principe de continuation des contrats, ainsi que nous venons de le voir, n'est pas limité par la loi. L'objectif de sauvetage des entreprises implique un élargissement de la notion de contrat en cours, afin d'offrir à l'administrateur un choix complet parmi tous les contrats qui lient l'entreprise à ses différents partenaires²⁶⁹.

96. Conclusion sur application de la règle « de la continuation des contrats en cours » aux contrats sur droits de propriété intellectuelle L'extension du domaine d'application de la poursuite de l'activité est notable tant au niveau du débiteur éligible que des contrats concernés. Il a pu être observé que le droit des entreprises en difficulté consacre une conception élargie de la notion de débiteur éligible personne physique ou morale, de sorte que de nombreux professionnels exploitant des droits de propriété intellectuelle bénéficient des procédures collectives et par là même de la règle de « la continuation des contrats en cours ». Elle s'entend en outre, d'un élargissement de la notion de contrats en cours et de l'intégration généralisée de la poursuite des contrats conclus *intuitu personae*. Cette extension mise en lumière accroît les chances de sauvetage des entreprises exploitant un droit de propriété intellectuelle. Il a pu être observé que la règle de la continuation des contrats s'applique de façon générale à ces contrats. Malgré les controverses doctrinales qui ont pu régner un temps sur la notion de continuation des contrats conclus *intuitus personae* il est patent de constater que le mécanisme de la poursuite forcée des contrats ne porte pas atteinte à l'*intuitus personae* de ces contrats, et ce, quelle que soit la forme que revêt cet élément. De plus, il a pu être remarqué que les contrats en matière de droit d'auteur soutiennent également une application classique du mécanisme du droit d'option. Force est de constater que la forme de l'*intuitus personae* ne s'oppose jamais à la continuation des contrats de licence. Il convient d'en déduire que la conception extensive de la poursuite de l'activité contractuelle généralise

²⁶⁸ Article L.622-13 tel qu'issu de la rédaction de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, article 27

²⁶⁹ M-H. MONSERIE, *op. cit.* n° 151 p. 146

la règle à tous les contrats, y compris les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle, et particulièrement les licences, pourvu que ces contrats soient « en cours ». Il convient d'en conclure que cet élargissement est particulièrement favorable à la pérennité des contrats ayant pour objet l'exploitation d'un tel droit.

Le droit des entreprises en difficulté est orienté en priorité vers la protection de l'entreprise. L'analyse économique des contrats, développée par ce droit, conduit à admettre que lorsque la poursuite du contrat d'exploitation de droits de propriété intellectuelle est nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise, il doit être continué. Il importera peu, nous le verrons que l'entreprise en difficulté soit le titulaire du droit ou le bénéficiaire d'un droit d'exploitation. En définitive, à bien observer les interactions entre ces deux branches du droit, nous devons nous rendre à l'évidence : la relation qu'entretiennent les droits de propriété intellectuelle et le droit de la défaillance des entreprises, est certes complexe, mais contrairement à ce que nous aurions pu supposer à premier regard, le traitement judiciaire des difficultés des entreprises permettrait *a priori* la préservation des droits de propriété intellectuelle, notamment par la mise en œuvre de la règle de « la continuation des contrats en cours ».

CHAPITRE 2

LES EFFETS DE LA CONTINUATION DES CONTRATS SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

97. « Le contrat apparait de plus en plus comme étant non seulement un lien, mais aussi un bien »²⁷⁰. Considéré comme tel, le contrat, devient l'un des instruments majeurs du sauvetage de l'entreprise dont le réseau contractuel est essentiel pour le maintien de l'activité. Ce constat, a naturellement conduit le législateur à se préoccuper du sort des contrats passés par l'entreprise en difficulté, et à attribuer à l'administrateur un droit discrétionnaire en matière de continuation. La valeur patrimoniale désormais reconnue au contrat justifie un principe de pérennité²⁷¹, tant qu'il n'a pas épuisé toutes ses potentialités²⁷². La préservation de l'entreprise nécessite la préservation de l'immense majorité des contrats, parmi lesquels les contrats relatifs à des droits de propriété intellectuelle.

Ces contrats prennent progressivement une importance accrue au sein des entreprises, ils en constituent un enjeu stratégique significatif, qui contribue à leur développement. Cette prépondérance nouvelle n'a pas échappé aux entreprises qui ont parfaitement conscience que la valeur de leur patrimoine ne réside pas seulement dans les murs ou dans les stocks, mais plutôt pour reprendre l'expression de Monsieur le Professeur Zenati « dans les moyens de conquérir ou de conserver une clientèle »²⁷³.

Le mécanisme de la continuation a toujours reposé sur le droit d'option, accordé jadis au syndic, et désormais à l'administrateur, il demeure le pilier de la procédure de continuation et voit ses prérogatives confortées par la reconnaissance d'ordre public de l'option²⁷⁴. Le droit d'option se définit classiquement comme « une prérogative juridique qui permet à son titulaire de pouvoir, par un acte unilatéral de volonté, modifier une situation juridique incertaine et cela suivant une alternative précise et prévisible »²⁷⁵. La décision de l'administrateur, s'agissant de l'exercice de son droit d'option, revêt ainsi une importance capitale, non seulement pour l'entreprise en difficulté, mais également pour les cocontractants de cette dernière, autrement dit les bénéficiaires d'un droit d'exploitation ou les titulaires des

²⁷⁰ C. PRIÉTO, *La société contractante*, *th. cit.*, n°43, p. 36

²⁷¹ J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français*, p. 56

²⁷² C. PRIÉTO, *La société contractante*, *th. cit.*, n°43, p. 36

²⁷³ F. ZENATI, « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », in *L'évolution contemporaine du droit des biens* 3^e journée René Savatier, 1991, pp. 13 et s.

²⁷⁴ M. JEANTIN, préc. n° 640 ; F.PÉROCHON, préc. n° 179

²⁷⁵ I.NAJJAR, *Le droit d'option*, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, thèse Paris LGDJ 1967, Préface P. RAYNAUD, n° 31

droits. Le titulaire du droit d'option, effectuera une sélection entre les contrats dignes d'être conservés et ceux qui ne méritent pas de l'être, puisqu'ils sont inutiles ou dispendieux²⁷⁶. Il a, à ce titre, la faculté d'exiger la continuation des contrats conclus antérieurement à l'ouverture de la procédure, au mépris des textes et stipulations contraires, il peut encore les laisser se rompre et même demander leur résiliation²⁷⁷. Le droit d'option exercé par l'administrateur, point central du mécanisme de poursuite des contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle peut donner lieu à deux solutions diamétralement opposées. Aussi, tout l'intérêt de notre propos sera-t-il d'analyser en premier lieu, les contrats continués (section 1), avant d'envisager l'hypothèse inverse des contrats non continués (section 2).

SECTION 1

LES CONTRATS CONTINUÉS

98. Les relations contractuelles existantes, constituent le fondement de toute activité économique, à ce titre celles-ci ne peuvent totalement échapper à l'emprise de la nécessité de redresser les entreprises. Lorsqu'un cocontractant fait l'objet d'une procédure collective, le sort des contrats qu'il a conclus est souvent au cœur d'un enjeu financier et juridique important. Comme l'écrit Monsieur le Professeur Roussel Galle, l'entreprise est en effet « logée et nourrie par ses contrats dont le maintien est indispensable à sa survie »²⁷⁸. La continuation des contrats devient une des pièces maîtresses du système légal instauré pour assurer la survie des entreprises, d'où la nécessité de maintenir par principe les contrats en cours, et d'en permettre si nécessaire la poursuite, alors même que le débiteur a manqué antérieurement à ses obligations. C'est pourquoi le législateur dès 1985 a supprimé les obstacles s'opposant à la poursuite de l'activité contractuelle.

Les modalités d'exploitation des droits de propriété intellectuelle peuvent varier en fonction de la spécificité des objets en cause. En matière de droit d'auteur comme en matière de propriété industrielle, l'exploitation d'un droit intellectuel passe souvent par la conclusion de conventions. Le propriétaire d'un droit intellectuel, est le titulaire d'un droit réel, autrement dit d'un droit qui porte directement sur la chose, lui conférant toutes les

²⁷⁶ M. JEANTIN, Rapport de synthèse, *in* Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire, Colloque, 13 et 14 juin 1992 Deauville, n° sp. RJC, 1992, p. 91

²⁷⁷ L'ordonnance du 18 décembre 2008, introduit cette opportunité, et l'article L. 622-3, IV dispose que « à la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant »

²⁷⁸ Ph. ROUSSEL-GALLE, RPC 2009-1, p. 55 n° 1.

prérogatives que l'on peut avoir sur un bien. Ce dernier peut être une personne physique ou morale, titulaire pendant une période déterminée des droits sur la chose. En propriété industrielle, le titulaire du droit tel que le brevet²⁷⁹, la marque²⁸⁰, les dessins et modèles, etc., concède à un tiers, en tout ou en partie, la jouissance de son droit d'exploitation, moyennant le paiement de redevances ou royalties²⁸¹.

En droit de la propriété littéraire et artistique, le créateur peut confier tout ou partie, de son monopole d'exploitation à un tiers, à charge pour ce dernier de le faire fructifier et de verser à l'auteur une rémunération. L'ensemble de ces contrats doit pouvoir bénéficier de la protection instituée par le droit des procédures collectives, indépendamment du fait qu'ils soient exploités par le titulaire ou le bénéficiaire d'un droit d'exploitation. Aussi, compte tenu de l'importance croissante des actifs intellectuels et de la nécessité de les conserver, en cas de difficultés rencontrées par l'entreprise, la poursuite de l'activité contractuelle pourra conduire à l'établissement de ce que certains ont appelé un « contrat forcé »²⁸² d'exploitation des droits de propriété intellectuelle. La poursuite des contrats sur droits de propriété intellectuelle recèle une importance accrue, aussi bien lorsque la propriété intellectuelle, objet du contrat appartient à l'entreprise débitrice que dans le cas où cette dernière n'est titulaire que d'un droit d'exploitation. L'étude suivante mettra en exergue les différences entre ces deux situations en appréciant l'opportunité d'en extraire les particularités propres à chacune d'elles. L'analyse s'entend de la continuation des contrats sur droits de propriété intellectuelle de l'entreprise soumise à la procédure collective (§1) et de la continuation des contrats sur droits de propriété intellectuelle des tiers (§2).

²⁷⁹ La possibilité pour le titulaire du droit de concéder une licence est envisagée par l'article L.613-8 du Code de la propriété intellectuelle. Le contrat de licence de brevet d'invention peut être défini comme le contrat par lequel le titulaire d'un brevet concède à un tiers, en tout ou en partie, la jouissance de son droit d'exploitation, moyennant le paiement d'une redevance

²⁸⁰ Article L. 714-1 du code de la propriété intellectuelle Le contrat de licence de marque est celui par lequel le concédant autorise l'exploitation d'une marque à un licencié, moyennant versement d'une contrepartie. Ainsi, son titulaire, tout en restant le propriétaire exclusif, peut en concéder la licence à titre exclusif ou non pour certains produits ou services visés au dépôt de la marque, moyennant une rémunération consistant le plus souvent en des redevances proportionnelles à l'exploitation

²⁸¹ P.ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle* : Sirey 1952, t.1 1954, t.2 ; J-J. BURST, *Brevet et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence* : Litec 1970, coll. CEIPI, n°13, p. 17

²⁸² Cass. com., 28 fév. 1995, JCP E 1995, pan 496, JCP E 1995, études et chron. 487, p. 358 ; *Droit et patrimoine* fév 1996, n° 1225, p. 85 ; Cass. com., 22 oct. 1996, Bull. cov. IV, n° 253, p. 217, Rep. Def. 1997, art. 36533, n° 7, p. 467, note P.LE CANNU

§1. LA CONTINUATION DES CONTRATS SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DE L'ENTREPRISE SOUMISE À LA PROCÉDURE COLLECTIVE

99. L'ouverture de la procédure collective n'a aucune incidence sur les contrats afférant à des droits de propriété intellectuelle en cours qui sont automatiquement poursuivis *a priori*, continuant par principe à lier les parties, jusqu'à ce que l'administrateur décide de leur sort. Cette protection préalable du contrat au jour du jugement d'ouverture de la procédure est relayée par le mécanisme de la continuation qui traduit la suprématie du droit des procédures collectives sur le droit commun des contrats sur droits de propriété intellectuelle. Le titulaire du droit d'option bénéficie, d'un droit exorbitant dont l'exercice traduit la mise en œuvre d'une volonté unilatérale et discrétionnaire²⁸³. Le succès du redressement dépend parfois de sa décision qui doit être prise avec compétence, professionnalisme, mais également et surtout avec beaucoup de diligence. L'enjeu consistera à préserver les actifs intellectuels qui revêtent le plus d'importance et qui ont été développés voire acquis par l'entreprise en difficulté.

Le droit d'opter est un pouvoir spécial et exclusif. Aux termes de l'article L.622-13 alinéa 1^{er} : « l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours ». Il lui appartient de manifester son intention de continuer le contrat. L'expression de la volonté passe par la fourniture de la prestation promise au débiteur. Si toutefois ce dernier n'opte pas pour la continuation du contrat, alors le cocontractant doit prendre l'initiative de le mettre en demeure de prendre une décision. À compter de celle-ci l'administrateur dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer. La manifestation de la volonté doit être dépourvue d'équivoque, et le silence au-delà du mois s'étant écoulé depuis la mise en demeure emporte résiliation de plein droit. En revanche, en l'absence de mise en demeure, la renonciation de l'administrateur à la poursuite du contrat n'entraîne pas la résiliation de plein droit de la convention à son initiative, mais confère au seul cocontractant le droit de la faire prononcer en justice²⁸⁴. Lorsque le titulaire du droit d'option exige la continuation des contrats d'exploitation de droit de propriété intellectuelle, celle-ci doit être justifiée par l'utilité du contrat à la sauvegarde de

²⁸³ I. NAJJAR, « Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral », Thèse LGDJ, 1967, Préface de P.REYNAUD, Bibl. droit priv, p. 158

²⁸⁴ Cass. com., 19 mai 2004, n° 2004-023811 ; Act. proc. coll. 2004, com. 146, obs. C. REGNAUT- MOUTIER, D. 2004, p. 1668, obs. A. LIENHARD ; JCP E 2004, p. 1292, obs. P. PETEL ; Rev. proc. coll. 2004, n° 227, n° 8, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE ; Cass. com., 7 déc. 2004, n°22004-026230 ; Act. proc. coll. 2005, p. 41, n° 2, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE.

l'entreprise, et de manière corrélative, le débiteur en difficulté se trouve à nouveau tenu de respecter la loi contractuelle.

Dés lors, il convient de définir en premier lieu les fondements justifiant de la continuation d'un contrat sur droits de propriété intellectuelle (A), avant d'analyser en second lieu les effets produits sur la poursuite du contrat sur droits de propriété intellectuelle (B).

A. LA JUSTIFICATION DE LA CONTINUATION

100. La poursuite du contrat d'exploitation de droits de propriété intellectuelle à l'occasion de la procédure collective ne peut s'effectuer de manière systématique et indiscriminée, elle doit être conditionnée par l'utilité économique que recèle cette convention. La continuation des contrats ayant pour objet l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle peut être justifiée à deux égards. En effet, les motifs mis en lumière tiennent d'une part aux objectifs de la procédure (I), mais également à la singularité des droits, objets des contrats en cause (II).

I. Motifs tenant aux objectifs de la procédure

101. Assurer la survie de l'entreprise implique qu'il soit pourvu à la préservation des liens contractuels, dont le réseau conditionne la marche, aussi la décision de poursuite des contrats sur propriété intellectuelle est conditionnée par son rôle dans la sauvegarde de l'entreprise. L'enjeu est de taille, particulièrement lorsque l'exploitation de ces contrats constitue l'objet même de l'activité de l'entreprise en difficulté.

L'administrateur exerce seul la faculté d'exiger la poursuite des contrats²⁸⁵. Il doit prendre en compte la finalité du maintien des relations contractuelles, mais également les moyens financiers de l'entreprise. Il dispose à cet effet, d'un droit absolu, auquel il ne peut être porté atteinte par qui que ce soit. Le droit d'option accordé à l'administrateur revêt donc un caractère discrétionnaire, il convient d'ajouter par conséquent que l'adoption d'une appréciation unilatérale est exclusivement favorable à l'entreprise titulaire du droit de propriété intellectuelle. L'administrateur détermine ainsi, rapidement les besoins de l'entreprise débitrice au vu des éléments dont il dispose, mais aussi, et surtout au regard de ses possibilités de faire face aux échéances à venir des contrats continués.

²⁸⁵ L'adjectif « seul » souligne implicitement l'exclusivité du droit qui lui est conféré, il en va de même lorsque le droit d'option est exercé par le débiteur même si il doit obtenir l'autorisation préalable du juge commissaire.

102. En outre, le droit français reconnaît depuis longtemps un traitement préférentiel aux créanciers qui acceptent de continuer une relation contractuelle après l'ouverture de la procédure collective. La poursuite de l'activité commande cette entorse importante aux principes classiques de classement des créanciers, comme la possibilité qui leur est offerte d'être payés à l'échéance, par dérogation à l'interdiction de paiement des créances, et à l'arrêt des poursuites individuelles frappant les créanciers antérieurs.

Une créance est postérieure lorsqu'elle est née après l'ouverture de la procédure collective ce qui la distingue définitivement de la créance antérieure dont la naissance se situe précisément avant la soumission du débiteur à la procédure. Ainsi doit-on considérer que toutes les créances nées depuis la première heure du jour du prononcé du jugement d'ouverture sont des créances postérieures. De plus, aussi important que demeure le critère chronologique, il ne saurait aujourd'hui suffire à la détermination du régime applicable à la créance qui y répond, d'où l'ajout par le législateur de critères téléologiques. Les créances nées après le jugement d'ouverture bénéficient du principe d'un traitement préférentiel, la nature de la créance importe peu en principe, elle peut être contractuelle, quasi-contractuelle, légale, quasi délictuelle voir délictuelle, à condition qu'elle remplisse toutefois les conditions exigées par l'article L.622-17 I dans sa rédaction que lui donne l'ordonnance du 18 décembre 2008. La détermination des créances postérieures s'articulent autour de deux critères que sont la régularité et l'utilité.

Devront, par conséquent, être payées à leur échéance et par priorité, les « créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance ». Cette disposition s'applique en redressement judiciaire²⁸⁶ et sous certaines conditions en liquidation judiciaire²⁸⁷. L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 ajoute à ce texte le critère de l'exécution d'un contrat décidé par le liquidateur, cet ajout n'ayant d'utilité que pour les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant le maintien de l'activité en liquidation.

²⁸⁶ Art. L.631-14-I C. com.

²⁸⁷ L'article L. 641-13-I prévoit que ne bénéficieront du traitement de faveur que les créances « nées après le jugement qui prononce la liquidation judiciaire, ou dans ce dernier cas, après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui l'a précédée, pour les besoins du déroulement de la procédure, pour les besoins, le cas échéant, de la procédure d'observation antérieure, ou en raison d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle postérieure à l'un de ces jugements ».

L'analyse économique des contrats développée par ce droit, conduit à admettre que, lorsque la poursuite d'un contrat d'exploitation de droit de propriété intellectuelle est nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise, il doit être continué. La seule limite qui s'impose logiquement au droit des procédures collectives, réside dans la possibilité matérielle de continuer le contrat portant sur de tels droits. Effectivement, dans le cas contraire, l'option de l'administrateur en faveur de la continuation n'aurait pas le moindre intérêt au regard de la sauvegarde.

II. Motifs tenant à la singularité des droits, objets des contrats en cause

103. La propriété intellectuelle recouvre des domaines d'activité d'une importance économique considérable, elle est envisagée comme une véritable propriété sur les biens intellectuels ayant une valeur et une utilité financière indéniable. En effet, tous les domaines où l'innovation technologique ou commerciale joue un rôle ont besoin d'une protection de cet ordre et ce sont ces domaines, où l'on crée des valeurs immatérielles, qui comptent parmi les secteurs qui apparaissent aujourd'hui comme les plus créateurs de plus-values et les plus exportateurs dans les économies dites « post-industrielles »²⁸⁸. Le domaine des créations intellectuelles constitue une valeur marchande, qui, depuis des années ne cesse de croître. Conscients des enjeux de ces créations, certains iront même jusqu'à dire que la propriété intellectuelle constitue la première valeur financière de l'Occident. La plus grande partie de la valeur économique de la propriété intellectuelle provient de son exploitation sous licence, le maintien de tels contrats peut alors se révéler être une nécessité, peu important à ce titre qu'il s'agisse de la concession sous licence d'un produit ou de la délivrance de licences de propriété intellectuelle. Dans le vaste domaine du commerce électronique ils vont de pair avec la propriété intellectuelle. Nombreuses sont les hypothèses qui commandent qu'il soit envisagé qu'un contrat sur des droits de propriété intellectuelle soit continué.

Face à l'importance acquise par ces actifs intellectuels, il paraît essentiel de pouvoir les conserver²⁸⁹. Les biens intellectuels sont de véritables biens sous l'emprise de leur propriétaire. Qu'il soit titulaire de droits d'auteur, de droits sur un brevet ou sur une marque,

²⁸⁸ Pour des approches économiques : F. POLLAUD-DULIAN, La propriété industrielle, *op. cit.* n° 63 ; J. FOYER et M. VIVANT, « Le droit des brevets », *op.cit.* p. 13-18 ; F. BARNU, « La vraie nature de l'innovation, Pourquoi remet elle en cause les fondements de l'entreprise », éd. Lavoisier Tec et doc 2010

²⁸⁹ Au cours des dernières décennies, ils ont souvent fait pencher l'équilibre entre les propriétaires des droits et les utilisateurs des innovations vers les premiers D. LIPPOLDT et all., Actifs intellectuels et créations de valeur, rapport de synthèse 2008, organisation de coopération et de développement économique.

ces biens ont une utilité économique incontestable. Les contrats ayant pour objet leur exploitation ne peuvent demeurer hors du champ d'application du droit d'option. D'une manière générale, la conclusion de ce type de contrat se révèle très importante à deux égards : d'une part pour celui qui souhaite exploiter l'objet de l'accord et jouir de son droit d'exploitation, et d'autre part pour le titulaire du droit qui désire le conserver et le rentabiliser.

L'ensemble de ces éléments permettent à l'administrateur de prendre une décision éclairée, en déterminant l'utilité du contrat pour la sauvegarde de l'entreprise. Il se prononce sur le sort des contrats²⁹⁰, en tenant nécessairement compte de leur singularité. À ce titre, il jouit d'une importante liberté dans sa prise de décision.

Aussi intéressons nous à la singularité de ces droits, spécialement en matière de brevet (1), de marque (2) et de droit d'auteur (3).

1. En matière de brevet

104. La propriété intellectuelle représente souvent une infrastructure essentielle pour l'entreprise qui la développe ou la détient. Si l'on prend l'exemple d'une entreprise en difficulté ayant inventé un brevet, en période de difficulté et dans une logique économique, elle peut souhaiter partager cette innovation et obtenir par la même occasion un retour sur ses investissements. Cette situation peut ainsi inciter l'administrateur à recourir à la conclusion d'un contrat de licence, qui permettra à l'entreprise en difficulté d'obtenir une compensation correcte et constituer un moyen de sauvetage de l'entreprise.

Les règles de formation relatives aux contrats sur droit de propriété intellectuelle calqués en grande partie sur le droit commun, demeurent applicables malgré le prononcé de la sauvegarde ou du redressement judiciaire.

105. Le brevet, actif stratégique de la production, par ses rôles de stimulant de l'innovation, d'outil de veille technologique et de construction de situation de monopole est aussi un actif stratégique sur le plan financier²⁹¹. Or, l'association des deux aspects que sont le productif et le financier d'une part et leur gestion parcellaire non maîtrisée peut faire courir de grands risques à l'entreprise. L'article L. 622-13, tente de concilier ces intérêts parfois antagonistes de l'entreprise en difficulté et de ses cocontractants. Le recours au contrat de

²⁹⁰ J. VALLANSAN, *Juris Cl. Procédures collectives*, 2335, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, continuation des contrats en cours Les contrats de licence ne sont pas exclus du champ d'application de l'article L. 622-13, cette solution peut également être trouvée dans la rédaction de l'alinéa 6, interprété par induction-déduction.

licence, a l'avantage de faciliter la diffusion des technologies nouvelles sans affaiblir la protection juridique dont elles bénéficient.

106. L'entreprise en difficulté titulaire des droits a des intérêts manifestes à licencier. Prenons l'hypothèse dans laquelle celle-ci est un développeur, dans ce cas, il est fréquent que ces derniers ne soient, par exemple, pas équipés pour être producteurs, de ce fait le recours à la concession de licence se présentera alors comme une nécessité pour elle. Il est également possible que des développeurs n'aient pas juridiquement qualité pour commercialiser.

Dans d'autres hypothèses, l'entreprise titulaire des droits de propriété intellectuelle, même si elle est bien équipée en outil de production, n'aura pas les moyens de couvrir l'ensemble des territoires possibles en raison par exemple, des infrastructures lourdes de production restant géographiquement concentrées, ou bien parce que les marchés visés soumettent les produits en cause à des normes de production qui ne peuvent être pratiquement satisfaites, que par des producteurs locaux.

La concession de licence se présente alors, pour l'entreprise en difficulté, titulaire de droits comme un moyen naturel d'exploiter le produit sur tous les marchés où il peut trouver des débouchés. En outre, la rémunération du contrat lui permettra un retour sur investissement satisfaisant, de ses dépenses de recherche et développement, puisqu'elle percevra le bénéfice de l'exploitation commerciale assuré par les redevances.

2. En matière de marque

107. La marque, au même titre que les autres titres de propriété industrielle, est fortement intégrée dans la stratégie productive de l'entreprise quelle qu'en soit sa taille. Rappelons que les plus grandes marques mondiales légitiment et protègent les produits. En qualité de signe identifiant des produits et services, la marque constitue, un enjeu stratégique significatif et contribue d'une manière essentielle à assurer l'image et le développement de l'entreprise. En outre, elle représente souvent un actif important, sa valorisation étant le reflet non seulement des efforts d'affirmation identitaire sur ses marchés par l'entreprise, mais aussi de la mise en place d'une véritable stratégie de développement de la marque.

Le contrat de licence de marque peut être défini comme le « contrat par lequel le titulaire d'une marque confère à un tiers le droit d'apposer la marque sur ses propres produits,

²⁹¹ Il en est de même de la marque qui joue un rôle croissant dans la valorisation boursière des entreprises et qui fait l'objet de nombreuses convoitises commerciales.

et d'en faire un usage commercial ». Mais compte tenu du caractère très descriptif donné par cette définition, on pourrait également la définir comme « la convention par laquelle, le titulaire de la marque concède en tout ou en partie la jouissance de son monopole d'exploitation, moyennant le paiement d'une redevance »²⁹².

Les contrats de licence constituent pour l'entreprise en difficulté, notamment de par la perception des redevances, des ressources financières essentielles, nécessairement prises en compte par l'administrateur dans son pouvoir de décision relatif aux contrats en cours. Ainsi, la continuation de la licence, peut trouver une justification dans le rendement procuré par les redevances. Les paiements perçus à titre de rémunération pour la concession de l'usage d'une marque de commerce ou de fabrique, constituent pour l'entreprise en procédure collective des ressources vitales nécessaires à sa survie.

3. En matière de droit d'auteur

108. Les contrats en matière de droit d'auteur représentant fréquemment une part importante, voire fondamentale au sein de l'actif d'une entreprise en difficulté qui devront nécessairement être préservés. Les principaux contrats susceptibles d'être concernés sont les contrats d'édition d'œuvres littéraires, musicales, audiovisuelles et les contrats d'exploitation de logiciels qui bénéficient de règles propres de protection ayant vocation à s'appliquer exclusivement lors du prononcé du redressement de l'éditeur ou du producteur²⁹³.

Nous pouvons en conclure que, dans la majeure partie des cas, les contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle sont liés à l'entreprise titulaire du droit de propriété, son exécution conditionne l'activité de celle-ci, car il constitue un élément de richesse, un élément de valeur pour l'exploitation. Il est dès lors appelé à devenir un véritable élément du patrimoine de l'entreprise.

Lorsque l'administrateur opte pour leur continuation, l'exécution des contrats, se déroule dans un cadre exceptionnel qui impose des dispositions spécifiques.

La préservation des contrats de licence, ainsi réalisée, peut paraître extrêmement favorable au sauvetage des entreprises en difficulté.

²⁹² P. ROUBIER, Droit de la propriété industrielle, t. II, n° 36, p. 143. - J.-J. BURST, Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence, Litec, 1970, coll. CEIPI, thèse. - E. TARDIEU-GUIGUES, Le contrat de licence de marque, thèse, Montpellier 1991, p. 21

²⁹³ Les mécanismes spécifiques attachés à ces deux contrats feront l'objet d'une étude plus détaillée dans la partie correspondant à l'hypothèse prévue par la loi : la défaillance de l'éditeur ou du producteur ; v. notre thèse, §2La continuation des contrats sur les droits de propriété intellectuelle des tiers, p. 141

B. LES EFFETS SUR LA POURSUITE DU CONTRAT

109. L'importance de la poursuite des contrats essentiels que représentent les contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle encore en cours lors de l'ouverture de la procédure collective, justifie la condamnation de tout dispositif légal mais surtout contractuel qui déduit du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective « une indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat en cours. Et impose en outre au cocontractant de remplir ses engagements malgré l'inexécution du débiteur de ses engagements antérieurs. Ainsi, afin de répondre à l'exigence de survie de l'entreprise, le droit des procédures collectives prévoit que le maintien des relations contractuelles a d'une part, pour effet de contraindre les cocontractants au respect de leurs engagements antérieurs (I), et ce, sans que le partenaire contractuel ne puisse échapper à l'exécution de son obligation, en invoquant une inexécution ou la résolution judiciaire du contrat portant sur des propriétés intellectuelles, et impose d'autre part aux cocontractants une exécution aux conditions normales (II) dès lors que l'administrateur a décidé de poursuivre le contrat en cours.

I. Respect des engagements contractuels

110. En l'état actuel du droit des procédures collectives, le principe de continuation des contrats en cours notamment d'exploitation de droits de propriété intellectuelle n'est pas sans soulever des difficultés d'application concrète, celle-ci peut, dans un large domaine, être imposée au cocontractant, alors que celui-ci peut légitimement souhaiter rompre le lien contractuel qui l'enchaîne au titulaire du droit exclusif en difficulté. En effet, le licencié ou l'exploitant de droits de propriété intellectuelle peut être contraint de continuer l'exploitation du brevet, de la marque, du logiciel ou d'un quelconque autre droit de propriété intellectuelle, objet du contrat, alors même qu'il s'était ménagé la faculté de se libérer.

En droit commun, « lorsque l'inexécution est imputable au débiteur, le créancier a un choix : il peut réclamer, ou l'exécution, ou la résolution, c'est-à-dire l'anéantissement du contrat »²⁹⁴. En droit des procédures collectives, la situation est fondamentalement différente. Le législateur ne souhaitant pas que le tissu contractuel sur lequel repose l'entreprise soit

²⁹⁴ Ph. MALAURIE et L. AYNES, « *cours de droit civil* », Tome VI, « *les obligations* », CUJAS, 7^{ème} éd. 1997, n° 735, p. 421

brutalement rompu dès l'ouverture de la procédure²⁹⁵, a prévu la continuation automatique du contrat, que certains qualifient de « continuation involontaire »²⁹⁶. Le cocontractant, exploitant de droits de propriété intellectuelle ne pourra échapper à l'exécution de ses obligations en invoquant l'exception d'inexécution, ou la résolution judiciaire du contrat portant sur un droit de propriété intellectuelle. Corrélativement, l'administrateur et le débiteur sont tenus d'exécuter le contrat en fournissant la prestation promise au cocontractant. Cette situation de poursuite de tous les contrats en cours à l'ouverture de la procédure collective, persiste tant que l'administrateur n'a pas exprimé sa volonté sur le sort des contrats²⁹⁷. C'est pourquoi le droit des procédures collectives prévoit les paralysies de l'exception d'inexécution (1) et de la résolution judiciaire (2).

1. Paralysie de l'exception d'inexécution

111. Le droit des entreprises en difficulté paralyse efficacement le mécanisme d'exception d'inexécution que l'exploitant des droits de propriété intellectuelle aurait pu opposer.

En période « normale », le cocontractant, bénéficiaire d'un droit d'exploitation dispose de moyens de défense en cas d'inexécution de ses obligations par le titulaire du droit de propriété intellectuelle. L'un des moyens de défense classique propre au droit commun, est l'exception d'inexécution, invoqué par un débiteur qui, pour légitimer le refus délibéré d'exécuter ses engagements, oppose le fait que ce créancier a antérieurement manqué à ses propres obligations envers lui. L'exception d'inexécution fonctionne à la manière d'un fait justificatif. Elle permet de tenir pour licite ce qui n'est qu'un refus d'exécuter ses propres engagements, et ce, en raison de l'inexécution du débiteur. En principe, dans un contrat de licence par exemple, le licencié dispose de mécanismes lui permettant d'échapper à ses propres obligations ou de rompre le contrat, au cas où le donneur de licence viendrait à manquer à ses propres obligations. Il est néanmoins légitime de penser que, la mise en œuvre défectueuse d'une convention ne peut à elle seule déterminer sa disparition, dès lors qu'elle est encore susceptible de jouer un rôle bénéfique au regard de la poursuite de la procédure collective.

²⁹⁵ A. MARTIN-SERF, Le contrat en cours avant l'option de l'administrateur, *in* Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire, colloque association de droit et commerce, 13 et 14 juin 1992, Deauville, RJC 1992, p.14 ; C. BRUNETTI-PONS, La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives, RTD com. 2000 p. 783

²⁹⁶ F. PÉROCHON, Entreprises en difficulté, *op. cit.*, n° 689, p. 348

²⁹⁷ F. PÉROCHON, *loc. cit.*, n° 691, p. 349

112. Comme tout loueur, le concédant de la licence est tenu au profit de son cocontractant, d'une obligation de délivrance. Cela signifie en matière de licence de brevet, que l'entreprise en difficulté concédante a pour obligation de mettre le licencié en jouissance du brevet concédé, notamment en communiquant les données techniques nécessaires à l'exploitation du brevet, mais sont également rattachées à cette obligation, les interventions dues par le concédant en matière de savoir-faire ou d'assistance technique.

En effet, le concédant manque à l'une de ces obligations lorsqu'il n'apporte pas son aide au moment de la mise en œuvre de l'invention, c'est-à-dire au début du processus d'industrialisation ou son savoir-faire qui peut consister en des prestations plus développées que les précédentes. Il s'agit certes, de manquements à ses obligations, mais qui ne pourront toutefois pas être invoqués par le licencié, pour échapper à sa propre obligation de paiement des redevances ou d'exploitation de son droit de propriété intellectuelle. Cette solution, justifiée par la volonté de préservation des relations contractuelles, est attentatoire des droits du cocontractant qui se trouve lié au contrat sans pouvoir invoquer l'inexécution antérieure. Il ne peut, précise le texte que déclarer sa créance correspondant à l'inexécution antérieure, au passif.

Cette volonté de préservation des relations contractuelles est complétée en outre, par la neutralisation du mécanisme de la résiliation judiciaire pour inexécution des obligations contractuelles par le titulaire du droit de propriété intellectuelle.

2. Paralysie de la résolution judiciaire

113. La résolution d'un contrat de licence d'exploitation de droits de propriété intellectuelle, demandée en justice, lorsque l'une des parties ne satisfait pas à ses obligations, constitue une mesure grave. L'anéantissement de la convention aboutit à délier les parties de leurs obligations réciproques. Cette conséquence peut être préjudiciable à l'entreprise, dont le maintien de l'activité implique la poursuite de ces contrats au jour de l'ouverture de la procédure. S'agissant d'assurer la survie de l'entreprise, aucune échappatoire n'est laissée au partenaire contractuel de l'entreprise défaillante²⁹⁸. Nous tenterons à travers quelques illustrations, de présenter les interactions susceptibles de naître dans l'exécution des contrats sur droits de propriété intellectuelle soumis aux règles de la discipline collective. L'origine de l'interférence se trouve dans l'inexécution antérieure d'une obligation de la part du titulaire du

²⁹⁸ J.-M. MONTREDON, La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives, JCP 1988, éd. E, II, 15156

droit de propriété intellectuelle à laquelle le bénéficiaire du droit d'exploitation tente d'opposer un moyen de défense légal ou contractuel. Des manquements à certaines obligations antérieurs au jugement d'ouverture peuvent être constatés, la question se pose de savoir si le cocontractant peut les invoquer pour obtenir résiliation du contrat en cours. Ces difficultés ont pu être décelées notamment en cas de manquement à l'obligation de garantie (a), de manquement à l'obligation de délivrance (b), ou de manquement à l'obligation du maintien du titre en vigueur (c), mais également en cas de caducité du titre (d).

a. Manquement à l'obligation de garantie

114. En matière de licence de brevet ou de marque, le concédant est tenu de garantir le licencié contre les vices cachés et contre l'éviction²⁹⁹. Autrement-dit, le droit de la propriété intellectuelle prévoit à ce titre qu'il incombe au titulaire du droit de garantir le licencié contre les vices matériels, c'est-à-dire les vices portant sur l'invention elle-même (risques d'explosions, impossibilité d'obtenir les résultats annoncés, etc.). à défaut de quoi, il peut être amené à indemniser le licencié de tous les dommages subis par ce dernier³⁰⁰, qui pourra en outre obtenir la résiliation du contrat. Le contenu de cette obligation purement légale est vaste, et renferme bien des situations aussi nous nous en tiendrons à quelques exemples afin d'illustrer nos propos.

Prenons l'exemple d'une invention qui n'est pas réalisable techniquement, autrement dit affectée d'un vice de conception³⁰¹, voire l'hypothèse d'un manquement à l'obligation de mise au point qui constitue un risque pour le licencié³⁰². La position de la jurisprudence en matière de droit de la propriété intellectuelle est très claire à ce propos : le breveté en doit garantie au licencié et le contrat doit être résolu aux torts du breveté³⁰³.

La question se pose alors de savoir si le débiteur ayant antérieurement manqué à ces engagements peut se voir opposer la résolution du contrat par le bénéficiaire du droit d'exploitation ? Pour l'heure, aucune décision relative à cette hypothèse n'a été rendue dans le cadre d'une procédure collective ouverte à l'encontre d'un des contractants, il semble par

²⁹⁹ En raisonnant par analogie avec la licence de brevet, on peut affirmer que le régime qui lui est applicable peut être étendu mutatis mutandis à la licence de marque.

³⁰⁰ Cass. com., 24 juin 1975, DS 1976, 193, note J. SHMIDT

³⁰¹ O. LESTRADE, L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevets, thèse Montpellier 1974, n° 239, p. 189 ; R. PLAISANT, note sous Paris 9 juin 1977 JCP 80, II, 19430

³⁰² Sauf « difficultés insurmontables » ou « impossibilité d'exploiter » : Paris 9 juin 1977 : JCP 80, II, 19430, note R. PLAISANT, Paris 5 nov. 1955, Ann. prop. ind. 1957, 427 ; Paris 16 mars 1963, Ann. prop. ind. 1963, 385 ; TGI Paris 24 fév. 1975, PIBD 1975, III, 401 ; dossiers brevets 1975, I, 6

³⁰³ Cass. com., 11 juil. 1988, Ann. Prop. Int. 1989, 55 ; JCP. G 88, IV ; D.S. 1988 inf. rap. 238

conséquent, qu'il faille logiquement s'en remettre aux prescriptions prévues par le droit des procédures collectives tendant à la neutralisation de la résolution judiciaire.

b. Manquement à l'obligation de délivrance

115. Comme en toute autre matière, dans celle de l'informatique, l'accessoire n'est dû, à défaut bien sûr de stipulation expresse le concernant, que s'il est nécessaire à l'utilisation du principal. Il est admis en jurisprudence, que le défaut de délivrance de codes indispensables à la gestion d'un logiciel ou d'un disque dur, ouvre droit à une action en responsabilité contractuelle, fondée sur l'inexécution de l'obligation de délivrance du vendeur³⁰⁴, sur le fondement de l'article 1615 du Code civil, aux termes duquel « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires (...) ». Si la jurisprudence semble accueillir ces demandes fondées sur l'inexécution de l'obligation de délivrance à l'encontre du vendeur *in bonis*, aucune décision n'a en revanche été rendue lorsque ce dernier est en procédure collective. Par conséquent, en cohérence avec les finalités de la procédure, l'on doit pouvoir en déduire qu'une telle résiliation n'est pas recevable car inenvisageable pendant la période d'observation, et antérieurement à la décision de l'administrateur, le cocontractant devra attendre cette dernière. Cependant, d'après certaines décisions, il convient d'observer qu'il en va différemment si la société s'était, dans le cadre d'un contrat de concession du droit d'utilisation d'un progiciel, engagée à en réaliser les travaux de personnalisation postérieurement à la décision de continuation du contrat, et identiquement dans le cadre d'un contrat « clé en main » continué, ayant pour objet la fourniture de matériels et de prestations logicielles, alors que la société a été mise en liquidation judiciaire³⁰⁵.

c. Manquement à l'obligation du maintien du titre en vigueur

116. Ces dernières précisions soulèvent une importante interrogation : qu'en est-il de la résolution judiciaire pour manquement à l'obligation du maintien du brevet en vigueur ? En effet, que se passe-t-il lorsque le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'aura pas

³⁰⁴ CA Lyon 3^e ch., 4 février 2000 : S.A. SQP c/ Brejoux ; CA Lyon 1^{re} ch., 1^{er} février 2001 : S.A.R.L. Aegis c/ S.A. Revol Porcelaine ; Trib. com., Paris (ch. de vacations A), 25 juillet 2001 : S.A. Eri Deluzet c/ S.A. Parametric Technology ; CA Besançon 2^e ch. com., 18 octobre 2000 : S.A.R.L. Centre Compétence Informatique Télématique c/ S.A. Cabinet Nadler ; CA Besançon 2^e ch. com., 18 octobre 2000 : S.A.R.L. Centre Compétence Informatique Télématique c/ S.A. Cabinet Nadler

³⁰⁵ CA Lyon 3^e ch., 24 novembre 2000 : M^e Horel c/ S.A.R.L. Rostaing Industrie TC. Paris ch. de vacations A, 25 juillet 2001 : S.A. Eri Deluzet c/ S.A. Parametric Technology

maintenu antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, malgré son obligation le droit en vigueur³⁰⁶ ?

En cas de non-paiement des annuités, le propriétaire du brevet encourt déchéance de ses droits. Cette déchéance prend effet à la date d'échéance de la redevance annuelle non acquittée³⁰⁷. Toutefois, celle-ci n'a pas d'effet rétroactif et ne développe pas ses conséquences antérieurement à l'échéance de l'annuité non réglée : « la déchéance a un effet absolu, mais contrairement à la nullité, ne produit d'effet que pour l'avenir »³⁰⁸. Cependant, pareille destruction a des effets indirects sur les contrats qui avaient pour objet le titre déchu. On se retrouve devant une situation classique de caducité du contrat, autrement dit de disparition du contrat pour le futur sans rétroactivité du fait de la disparition d'un élément essentiel. Cette caducité est automatique et intervient sans qu'une autorité judiciaire ait à la prononcer. Cette situation, peut se révéler problématique dans l'hypothèse où le contrat porte sur plusieurs brevets et qu'un seul soit atteint par la déchéance. Le problème posé est alors de savoir si l'effondrement partiel du contrat emporte l'anéantissement total de la convention.

117. La chambre commerciale de la Cour de cassation, offre une illustration de cette hypothèse, ayant récemment eu l'occasion d'affirmer sa position dans une affaire qui opposait un licencié à son donneur de licence, en redressement judiciaire, et dans laquelle le premier invoquait la résiliation du contrat de licence à raison tant de la mise en redressement judiciaire du donneur de licence que pour ne pas avoir maintenu la protection des brevets, pour manquement aux engagements de non protection du brevet et non assistance dans la transmission du savoir-faire³⁰⁹. En l'occurrence avait été concédé dans cette affaire, un contrat intitulé concession de licence de brevet et de savoir-faire portant sur la fabrication de sirènes, pour une durée de dix ans. Peu après la conclusion de l'accord le donneur de licence informait son partenaire de sa décision d'abandonner deux des trois brevets concédés, le premier en

³⁰⁶ J. J BURST, La portée de la clause de non-garantie dans les contrats de cession de brevets d'invention en cas d'annulation du contrat : D.S. 1976 chron. 115

³⁰⁷ Art. L. 613-22 al. 2 CPI.

³⁰⁸ F. POLLAUD-DULIAN, La propriété industrielle, *op. cit.*, n° 510

³⁰⁹ Cass. com., 9 mars 2010, n°09-10.571, SARL Promotion techniques avancées c/ Laureau Janneau SCP, PIBD2010 n° 917, III, p. 265 ; J.REYNARD, Droit des brevets et du savoir-faire industriel, D. 2011, p. 329: « après avoir constaté que le contrat avait pour objet une licence de brevets et de savoir-faire, la cour d'appel, qui a retenu, hors toute dénaturation et sans inverser la charge de la preuve, que l'abandon de deux des brevets allégués ne vidait pas le contrat de sa substance, que l'un des brevets continuait à conférer une protection, et que la société n'avait pas été privée de la possibilité de fabriquer et commercialiser les sirènes, a pu en déduire que le contrat n'était pas devenu caduc ». Le maintien d'un des trois titres concédés suffisait, sans doute, à justifier la solution, tout au plus une discussion serrée sur le *quantum* des redevances aurait-elle pu prendre appui sur la théorie de la causalité partielle (une cassation partielle est néanmoins prononcée, la cour d'appel n'ayant pas recherché si un avenant justifiait la réduction des redevances.)

totalité, le second pour l'étranger, sauf pour ce dernier à prendre en charge le maintien des titres en question. Le licencié ne donnait pas suite à cette invite ; celui-là notifiait encore la résiliation du contrat à raison tant de la mise en redressement judiciaire du donneur de licence que pour ne pas avoir maintenu la protection des brevets. En exécution du plan de redressement arrêtant la cession, le commissaire à l'exécution agissait en paiement des redevances. Il obtenait gain de cause devant les juges du fond et la Cour de cassation rejetait le pourvoi ainsi formé. La Haute juridiction a estimé en l'espèce que le contrat ayant pour objet une licence de brevets et de savoir-faire, et dont l'abandon par le concédant de deux brevets sur trois concédés, n'avait pas pour effet de vider le contrat de sa substance. En effet, l'un des brevets continuait à conférer une protection, et par conséquent la société n'avait pas été privée de la possibilité de fabriquer et commercialiser les objets brevetés, il en résulte que le contrat n'est pas caduc.

Ainsi, l'inexécution fautive par la société débitrice de son obligation de faire, qui consistait à protéger les brevets donnés en licence, était certes acquise avant l'ouverture de la procédure collective. Cependant, la Cour retient « que le contrat était toujours en cours à la date d'ouverture du redressement judiciaire, la société n'ayant pas usé avant cette date de la faculté qu'elle avait de le résilier, et que cette société n'avait pas mis en demeure l'administrateur de prendre parti sur la poursuite du contrat, la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'elle restait redevable des redevances prévues ». Par conséquent, il était impossible au licencié d'introduire à compter du jugement déclaratif, une demande en résolution du contrat de licence à raison tant de la mise en redressement judiciaire du donneur de licence que pour manquement à l'engagement du donneur de licence.

118. Il est important de souligner à ce titre, que l'option laissée à l'administrateur judiciaire de demander la continuation des contrats en cours, est subordonnée au maintien des obligations du débiteur, objet de la procédure et au fait que le contrat n'ait pas disparu, d'une manière ou d'une autre antérieurement. Or, l'administrateur ne peut avoir d'option, dès lors que le cocontractant a un droit acquis à la résiliation du contrat, en raison de l'inexécution antérieure d'une obligation autre que de somme d'argent. Remarquons qu'aux termes de l'article L. 622-21 du Code de commerce : Le cocontractant conserve le droit d'agir en résolution pour une cause antérieure autre que le paiement d'une somme d'argent. Madame le professeur Pérochon a pu affirmer qu'en ce cas « la poursuite du contrat est certes possible

mais inutile, ou risque tout au moins de le devenir si la résiliation est prononcée »³¹⁰. Il en va également ainsi, si le cocontractant a, à l'ouverture de la procédure, un droit acquis à la résiliation sur la base d'une clause résolutoire mise en œuvre en temps utile, y compris sur le fondement du défaut de paiement d'une somme d'argent, il appartient dans ce cas au juge de constater la résolution mais non de la prononcer.

d. Caducité du titre de propriété intellectuelle

119. Lorsque le contrat comporte un terme, on est en présence d'un contrat à durée déterminée, cette situation n'est pas de nature à soulever de difficulté particulière au regard du droit d'option de l'administrateur ou de la paralysie de la résiliation de cette convention, car nous nous retrouvons dans un schéma classique prohibant la résiliation antérieurement à la prise de décision de l'administrateur. En revanche, le contrat peut aussi avoir été conclu pour une durée indéterminée. En pareille hypothèse, se pose la question de savoir ce qu'il advient lorsque la validité du brevet protégeant l'invention concédée vient à expirer avant que l'administrateur n'ait exprimé sa volonté.

En principe, l'expiration du brevet entraîne la caducité du contrat, qui n'a désormais plus d'objet ni de cause. La caducité pouvant se définir comme l'« état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur »³¹¹. Le contrat devenu caduc est privé d'effet pour l'avenir. Par conséquent il y a lieu d'affirmer que l'administrateur ne pourra exercer son droit d'option ni même que le licencié puisse invoquer une quelconque résiliation du contrat.

120. En pareil cas, se pose la question de savoir s'il ne convient pas de reconnaître malgré tout un terme au contrat qui serait celui de la date d'expiration du brevet concédé. La jurisprudence opte pour cette solution lorsqu'il résulte des « énonciations que le contrat comporte et de l'intention des parties qu'il est conclu pour la durée des brevets auxquels il s'applique »³¹². Dès lors, le contrat formé sans détermination de durée peut être résilié à tout moment. Néanmoins, malgré cette position jurisprudentielle dominante, il nous faut raisonner au regard de la primauté des contrats lors de la poursuite de l'exploitation de l'activité, et déduire qu'il serait plus cohérent et conforme aux objectifs du traitement judiciaire des

³¹⁰ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 690, p. 348

³¹¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, v° caducité, PUF, 9e éd. 2011

difficultés des entreprises de prohiber cette résiliation pour laisser l'administrateur décider du devenir d'un tel contrat.

Un tel raisonnement peut être recherché dans certaines décisions qui se sont livrées à une autre interprétation offrant ainsi une autre issue à ce problème. Les juges du fond ont recherché dans la lettre de l'accord, l'intention voulue par les parties. En effet, la Cour d'appel de Paris eut à statuer sur le sort de redevances relatives à une licence d'exploitation d'un brevet qui vient à expirer. Les juges du fond se sont livrés à une analyse précise du contrat pour y déceler l'intention des parties quant au rôle qu'elles ont voulu attribuer à la communication de renseignement non brevetés, par rapport à la concession du droit d'exploiter le brevet et y ont découvert que l'accord pouvait porter non seulement sur l'exploitation du brevet proprement dit, mais aussi sur la transmission d'un savoir-faire décisif. Ils en concluent alors que « la cause de l'obligation du licencié réside autant dans la licence de brevet que dans la transmission du savoir-faire, dont le bénéfice se poursuit au-delà de l'extinction du monopole du brevet »³¹³. De la solution donnée à ce problème dépend, en effet, le sort du contrat durant la période qui précède l'exercice du droit d'option et de l'éventuelle volonté de résiliation du contrat de la part du cocontractant in bonis. Si le contrat a pour unique objet un brevet, la chute de celui-ci dans le domaine public provoque automatiquement la caducité du contrat, et ce dernier ne peut être considéré comme étant en cours. Si en revanche, l'objet consiste outre le brevet, dans la communication d'informations non brevetées, le contrat doit être considéré comme un contrat en cours, et ce même après l'expiration du brevet, tant que ce savoir-faire conserve une valeur économique, il demeure par conséquent soumis à l'option de l'administrateur et ne peut dès lors être résilié à la demande d'une des parties.

Nous venons de le constater, le terme de l'appropriation est inflexible, le titre de propriété peut être amené à disparaître. Néanmoins, l'entreprise peut toujours exploiter un bien du domaine public, à l'image des industries pharmaceutiques qui commercialisent des

³¹² CA Paris, 1^e mars 1963, Ann. prop. ind. 1963.28

³¹³ CA Paris, ch. 5 sect. A, 22 mai 1990 JurisData : 1990-023069: Lorsqu'il résulte des éléments de fait que l'accord conclu entre l'inventeur d'un produit pharmaceutique et le licencié porte tout autant sur l'exploitation du brevet proprement dit que sur la transmission d'un savoir faire décisif, l'extinction du monopole attaché au premier n'a pu réduire à néant la valeur du second. Les parties ayant librement convenu d'échelonner sur 50 ans la rémunération, il n'y a pas lieu de modifier l'économie du contrat parce que le brevet est tombé dans le domaine public. D'autre part le moyen tiré de la nullité de cette clause ne peut être accueilli. En effet sur le plan du droit communautaire il n'y a pas atteinte au jeu de la concurrence; de plus l'accord portant sur deux éléments essentiels, sa validité ne saurait être limitée à la durée du brevet; enfin cet accord entre de plein droit dans le champ de l'exception catégorielle prévue par le règlement de la commission du 23 juillet 1964

génériques. En outre, il semble important de souligner, que les biens intellectuels étant susceptibles d'être l'objet de plusieurs titres de propriété. Par conséquent, la perte d'un modèle par exemple, ne supprime pas la perte d'un droit d'auteur sur ce même bien, ou la perte d'un droit d'auteur n'interdit pas de conserver une marque. L'entreprise peut par conséquent organiser la pérennité de sa propriété intellectuelle.

Le contrat subsistant est ainsi légalement préservé et maintenu afin d'être soumis à l'option de continuation de l'administrateur. Le licencié qui n'aura pas irrévocablement obtenu la résolution du lien contractuel, devra d'une part s'incliner devant la décision de poursuite du contrat de licence et exécuter le contrat aux conditions normales, d'autre part.

II. Exécution du contrat d'exploitation aux conditions normales

121. La décision de poursuivre le contrat en cours est prise par l'administrateur ou le débiteur spontanément ou à la suite d'une mise en demeure. Le contrat continué en application de l'article L.622-13 du Code de commerce est poursuivi à l'identique. Autrement-dit, conformément aux stipulations des parties, et au droit commun régissant chacun des contrats ayant pour objet l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle, de sorte que le contrat doit être exécuté dans son entier et respecter toutes les clauses.

L'exécution obligatoire du contrat sur droits de propriété intellectuelle entraîne en principe l'application du droit commun des contrats, tant par l'administrateur que par le bénéficiaire du droit d'exploitation, il s'en suit que l'un et l'autre peuvent se contraindre à exécuter le contrat³¹⁴. Il appartiendra à l'administrateur de fournir les prestations promises au licencié, à défaut de quoi ce dernier pourra utiliser tout l'arsenal des moyens de pression et de sanctions prévus en matière de contrat sur propriété intellectuelle³¹⁵.

Ainsi, l'intérêt de l'entreprise en difficulté, titulaire de droits de propriété intellectuelle et celui du cocontractant se rejoignent pour obtenir la pleine exploitation des relations contractuelles. La recherche d'un équilibre, entre les obligations de chacun, revêt alors une importance accrue.

³¹⁴ Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-16.742, n° 89-16.742, RJDA 1991, n° 642 ; JCP E 1992, I, 300, note P. M LE CORRE ; CA Paris, 14^e ch. 27 mai 1998, n° 1998-021510 ; Act. proc. coll. 1998, comm. 105, obs. C. REGNAUT-MOUTIER

³¹⁵ Il en ira identiquement dans le cas où le licencié viendrait à manquer à une de ses obligations, il encourt notamment des poursuites dans le cas où des redevances resteraient impayées : de la substance du contrat de licence de brevet L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle, 10 juin 2010 n° 2, P. 5 Cass. com., 9 mars 2010, 09- 10571, note J.P CLAVIER

Afin de rendre cette étude la plus intéressante et réaliste possible, nous avons sélectionné les contrats ayant une place importante dans le domaine de la propriété intellectuelle et qui, étudiés à la lumière des procédures collectives représentent un intérêt au regard de notre sujet. Nous nous efforcerons, lors de cette étude consacrée aux effets de la procédure collective sur l'exécution des contrats, de relever les points d'interactions existants entre les deux domaines du droit qui circonscrivent notre sujet. À ce titre, nous avons choisi d'étudier successivement l'exécution de la licence de brevet et de marque (1), et l'exécution du contrat en droit d'auteur et spécifiquement le cas du logiciel (2).

1. L'exécution de la licence de brevet et de marque

122. L'équilibre contractuel initialement prévu par le titulaire du droit de propriété intellectuelle et son cocontractant doit à présent être conservé ; il y a « résurgence du droit commun des obligations »³¹⁶. La licence de marque comme la licence de brevet font naître entre les parties un réseau de droits et d'obligations réciproques. Qualifié de contrat de louage de chose, le contrat de licence va en avoir les effets, sauf convention expresse contraire. L'étude suivante a pour objectif d'examiner les obligations mises à la charge de chaque partie, qu'elles aient pour fondement le droit commun, ou qu'elles aient été instaurées de façon supplémentaire. Certaines des obligations qui découlent de la conclusion de ces contrats ne présentent aucune difficulté particulière, liée à leur exécution durant cette période, d'autres en revanche doivent être précisément exposées. La poursuite du contrat de licence implique par conséquent l'exécution des obligations contractuelles (a) qui se traduit par l'obligation de délivrance (b), l'obligation de garantie (c) qui peut selon les cas prendre la forme d'une obligation d'entretien ou garantie d'éviction du fait personnel du concédant ; la présentation de ces obligations implique que soit corrélativement envisagée l'hypothèse de l'inexécution de la licence (d).

a. L'exécution des obligations contractuelles

123. Le contrat de licence de brevet confère au licencié un droit de créance contre le donneur de licence, qui doit essentiellement lui assurer la jouissance paisible du brevet. Le licencié a donc malgré l'ouverture de la procédure collective à l'encontre du donneur de licence, un droit d'exploitation et un droit de garantie. Corrélativement, le licencié dont le

³¹⁶ C. BRUNETTI-PONS, La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives, RTD com. 2000, p. 802 et s.

contrat est en cours, et qui n'a pas mis l'administrateur en demeure de prendre parti sur sa continuation au moment où le donneur de licence est mis en redressement, devra continuer à payer les redevances convenues³¹⁷. Autrement-dit, dès lors que l'administrateur a opté pour la continuation d'un contrat de licence, le donneur de licence en difficulté se trouve de nouveau tenu de respecter la loi contractuelle. Si le législateur a posé en la matière des règles strictes pour pallier les problèmes de trésorerie que rencontrent les débiteurs, il sera inutile de s'y référer en la matière, puisque la prestation du donneur de licence ne porte pas sur le paiement de somme d'argent. En revanche, si le licencié dont le contrat est en cours, n'a pas mis l'administrateur en demeure de prendre parti sur la continuation du contrat, il devra continuer à payer les redevances convenues³¹⁸.

124. En matière de marque, le donneur de licence supporte diverses obligations semblables à celle évoquées en matière de brevet, tirées du droit de la location. Le titulaire du droit sur la marque doit délivrer la chose, en particulier en concourant à l'inscription au R.N.M., entretenir la chose, spécifiquement en renouvelant le dépôt à terme, en faire jouir paisiblement le licencié, en le garantissant contre l'éviction et contre les vices cachés. Reprenons les principales obligations qui pèsent sur l'entreprise en difficulté en tentant d'apporter des éclaircissements sur les spécificités que la situation fait naître.

b. L'obligation de délivrance

125. Au titre de cette obligation, il appartient au breveté de mettre le licencié en jouissance de l'invention concédée avec communication des perfectionnements, s'il y'a lieu, et le cas échéant, lui communiquer le savoir faire et l'assistance technique. On retrouve une obligation analogue à celle-ci en matière de licence de marque, en effet, lorsque le contrat de licence n'est qu'une partie d'un contrat complexe, qui emporte aussi, avec la jouissance de la marque, un savoir-faire, un brevet, ou bien encore des dessins et modèles ou même des logiciels. Le concédant doit fournir ces éléments de façon à ce que le licencié puisse employer et exploiter la marque sans être contrefacteur³¹⁹.

126. Le titulaire du droit doit laisser un libre accès à la chose au profit du licencié, et ce, dès la conclusion du contrat. Cependant, une problématique peut naître, lorsqu'est annexée à l'obligation de délivrance une obligation de communication. Cette interrogation appelle à

³¹⁷ Cass. com., 9 mars 2010, PIBD 2010, n° 917-III- 265

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ Lamy commercial 2008, n° 2194 ; E. TARDIEU GUIGUES, *op. cit.*, p. 204

deux remarques. En effet, lorsque la délivrance a lieu antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, qu'elle prévoit expressément l'engagement de communication, il appartient à l'entreprise en difficulté, débitrice de cette obligation de l'exécuter. En revanche, lorsqu'une telle obligation n'est pas contractuellement stipulée, doit-on se tenir à la lettre du texte, voulu par les parties ou considérer, au contraire, que les perfectionnements entrent dans le cadre de l'obligation de délivrance, et que cette obligation de communication pèse malgré tout sur le débiteur.

Nous devons ainsi définir quels perfectionnements doivent être transmis au licencié par le concédant soumis à une procédure collective ?

127. La doctrine est partagée³²⁰ à ce propos, en effet, pour certains auteurs cette obligation découle de l'obligation générale de bonne foi, et justifie l'existence d'une telle communication³²¹, alors que pour d'autres, seuls les perfectionnements antérieurs à la conclusion du contrat donc à l'ouverture de la procédure sont dus au licencié. La jurisprudence³²², extrêmement mince, ne semble pas avoir tranché, mais la tendance majoritaire semble admettre pareille obligation à la charge du breveté en fondant cette obligation sur la théorie des suites naturelles du contrat, et sur l'obligation de garantie. Ce dernier argument n'est pas complètement satisfaisant, en effet, l'obligation de garantie n'a pas pour effet de contraindre le breveté à communiquer ses perfectionnements en licence mais seulement d'interdire au breveté d'exploiter le perfectionnement aussi longtemps qu'il en refuse la licence au licencié puisque celui qui doit garantie ne peut évincer.

En réalité, une distinction doit être opérée entre les perfectionnements antérieurs à la conclusion du contrat et postérieurs. Lorsque les premiers sont couverts par un certificat d'addition, ils sont dus au licencié car celui-ci est l'accessoire du brevet³²³. Si à la conclusion du contrat, le donneur de licence n'informe pas son licencié de l'existence de perfectionnements brevetés, et, sous certificat d'addition, il commettrait une faute dans la négociation contractuelle, et engagerait sa responsabilité pour dol. En revanche, si les

³²⁰ P. ROUBIER, t 2, n° 1594, J.J. BURST, Breveté et licencié, Leurs rapports juridiques dans le contrat de licence, Litec 1970, J. FOYER et M. VIVANT, Le droit des brevets, PUF 1991, p. 447 ; J.SCMIDT et J.-L.PIERRE, Droit de la propriété industrielle, 4^e éd. 2007 n° 262

³²¹ R. ROUBIER, *op. cit.* t. 2, n° 188, p. 276 ; A. VASSEUR, note sous TGI Avesnes-sur-Helpe 2 fév. 1961: D. 1961, 652 ; le TGI a décidé que le concédant était tenu de l'obligation de communiquer ses perfectionnements, en l'absence de clause contractuelle, en fondant cette ob J.J. BURST *op. cit.* n° 86 p. 60

³²² CA Paris, 2 juil. 1952, Ann. propr. ind. 1955, 65, note R. PLAISANT et Paris 4 fév. 1959 ; D1959, 348

³²³ P.MATHELY, Le nouveau droit français des brevets d'invention, Lib du JNA, 1978, p. 331

perfectionnements sont réalisés postérieurement à la conclusion du contrat, il n'a pas l'obligation de les concéder à son licencié.

128. Il nous faut à présent définir l'impact de l'ouverture d'une procédure collective sur cette obligation. L'administrateur, ou à défaut l'entreprise en difficulté ayant concédé la licence, devra respecter cette obligation particulièrement en ce qui concerne la communication des perfectionnements intervenus postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, et nécessairement à la conclusion du contrat. Néanmoins, il est important de souligner, que si l'exploitation des perfectionnements met en difficulté l'exploitation du licencié, elle pourrait bien relever de la garantie d'éviction du fait du donneur de licence.

Cette même logique semble s'étendre également aux obligations de communication de savoir-faire et d'assistance technique avec des justifications et des fondements qui diffèrent néanmoins. En principe, sauf stipulation contraire, la transmission de l'assistance technique et du savoir faire n'entrent pas dans l'objet de l'obligation de délivrance. Le brevet se suffit, et c'est au licencié qu'il incombe de mettre en œuvre l'invention et de la mettre au point³²⁴. Néanmoins, si l'invention se révèle techniquement inexploitable ou infaisable, le licencié pourra demander la résolution de la licence et invoquer la garantie des vices cachés. En outre, il est tout à fait possible que les parties aient inclus la communication en cause, dans ce cas le refus de communication peut être considéré comme une violation de l'obligation de bonne foi dans l'exécution des contrats³²⁵.

c. L'obligation de garantie

129. La notion de garantie se manifeste en présence de troubles apportés à la jouissance, c'est la garantie des vices cachés, la garantie d'éviction du fait personnel et du fait des tiers. Cette dernière pèse sur le breveté et peut être étendue *mutatis mutandis* au donneur de licence de marque. En matière de marque, la mise en œuvre de la garantie des vices cachés, sur le fondement de l'article 1721 du Code civil se manifestera lorsque le droit est atteint d'un défaut, d'une condition de fond, comme celle du signe générique, ou de forme. L'existence du vice fait alors supposer que le droit encourt l'annulation, sans que l'on puisse nécessairement relever le comportement fautif du concédant. Elle vise à obtenir la réhabilitation

³²⁴ TGI Paris, 20 mars 1976, D.B., 1977. I.3

³²⁵ Article 1134 du code civil

du contrat, et une indemnisation du préjudice tenant à la perte des conditions privilégiées du signe. Compte tenu de l'importance que présente cette obligation, il nous appartient d'examiner l'étendue de cette garantie, dans le cadre particulier de la procédure collective ouverte à l'encontre du titulaire du droit.

❖ L'obligation d'entretien ou garantie d'éviction du fait personnel du concédant

130. Ces obligations relatives aux marques pour l'une et³²⁶ aux brevets pour la seconde, ont malgré leurs intitulés, une même finalité.

En effet, cette obligation impose au breveté d'acquitter les annuités du brevet afin d'éviter la déchéance du droit. La déchéance se définit comme « la perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice, encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, d'incurie, etc. »³²⁷. Dans l'hypothèse où il n'en a pas été décidé autrement dans le contrat de licence, le défaut de paiement des annuités entraîne la résiliation du contrat de licence aux torts et griefs du breveté. Le licencié n'ayant plus la jouissance paisible de la chose louée, est en droit de se délier du contrat, pour ne plus avoir à payer de redevances pour l'exploitation d'une invention tombée dans le domaine public, et que tout intéressé peut exploiter sans bourse délier³²⁸. Lorsque le contrat de licence prévoit qu'en cas de déchéance du brevet pour non-paiement des annuités, les redevances déjà versées resteront acquises au breveté, le licencié ne pourra pas prétendre au remboursement desdites redevances³²⁹. Cette hypothèse est à distinguer de la nullité du brevet³³⁰. La nullité couvre l'hypothèse dans laquelle la réalisation de l'invention est techniquement impossible, la licence se retrouve dépourvue d'objet et doit par conséquent être frappée de nullité, la licence se retrouve encore dépourvue d'objet lorsque le brevet est annulé postérieurement à la conclusion du contrat. La distinction entre la nullité et la déchéance est que la première a un effet rétroactif alors que la seconde n'a d'effet que pour l'avenir. Roubier propose de les distinguer de la façon suivante : « il y a nullité du brevet lorsque certaines conditions de fond ou de forme n'ont pas été observées. Il y a déchéance lorsque certaines obligations que la loi impose au breveté ne se trouvent pas remplies par celui-ci »³³¹. Ainsi l'annulation du contrat

³²⁶ Cass. civ., 25 mai 1869 : Ann. prop. ind. 1869, 393. - Cass. com. 6 nov. 1957 : Bull. civ. III, n° 297. - Paris 3 mars 1953 : Ann. prop. ind. 1953, 1

³²⁷ G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, v° Déchéance, sens n° 1

³²⁸ Cass. com., 22 févr. 1960 : Bull. civ. III, n° 65

³²⁹ TGI Paris 10 nov. 1988 : P.I.B.D. 1989, n° 450, III, 105

³³⁰ N. BINCTIN, Droit de la propriété intellectuelle, *op. cit.*, n° 582, p. 403

³³¹ ROUBIER, *Traité, op. cit.*, t. 2, n° 192

soulève certaines difficultés particulièrement si le concédant en procédure collective doit subir les effets de la rétroactivité. Si l'on considère que le concédant doit restituer les redevances qu'il a pu percevoir, ce qui serait évidemment chose grave pour le débiteur, corrélativement il faut admettre que le licencié, lui, n'est pas en mesure de restituer la jouissance du brevet pendant la période où il était effectif. La jurisprudence consciente de ce déséquilibre pose un principe clair en refusant de tirer les conséquences de la rétroactivité pour laisser acquises au donneur de licence, les redevances payées par le licencié, qui a joui paisiblement et exclusivement, du titre réputé nul³³². Le concédant soumis à une procédure collective, n'a pas à craindre dans une situation comme dans l'autre, qu'il lui soit imposé de restituer les redevances perçues pendant la période d'efficacité du brevet, en revanche il peut être tenu de restituer celles perçues à compter de la date où le trouble de jouissance a commencé³³³.

131. L'obligation de maintenir le droit de marque pendant toute la durée du contrat correspond par analogie à l'obligation d'entretien à la charge du loueur. Doctrine et jurisprudence ont toujours mis à la charge du concédant cette obligation pour une raison essentielle : la marque est l'objet du contrat ; qu'elle vienne à disparaître et le contrat est nul ou caduc par la faute du concédant. Ce dernier, devra donc renouveler en temps utile la marque en payant les droits auprès de l'Institut national de la propriété industrielle³³⁴. À défaut de renouvellement, le droit disparaît et le signe retourne dans le domaine public.

Cette obligation, certes indispensable peut paraître délicate en période de difficultés rencontrées par le titulaire du droit, en effet, l'intérêt du débiteur à renouveler son droit est très sensible aux frais exigés pour le renouvellement.

Il existe plusieurs hypothèses de perte du droit sur la marque imputable au concédant. Dans certains cas, l'inertie ou la volonté du titulaire de la marque entraîne : soit l'affaiblissement de son droit, parce qu'ayant toléré certains actes, il perd la possibilité d'agir pour faire cesser ses droits entraînant ainsi la forclusion par tolérance³³⁵. Dans d'autres cas

³³² Cass. com., 28 jan. 2003, 00-12.149, *New Holland France c/ Greenland France*, D. 2003, 912 ; Prop. Ind. 2003, n° 36, obs. J.REYNARD : L'invalidité d'un contrat de licence résultant de la nullité du brevet sur lequel il porte n'a pas, quel que soit le fondement de cette nullité, pour conséquence de priver rétroactivement de toute cause la rémunération mise à la charge du licencié en contrepartie des prérogatives dont il a effectivement joui

³³³ CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 24 jan. 1999, n° 95.10475

³³⁴ L'enregistrement de la marque vaut pour dix ans (article L. 712-1 alinéa 2) et peut être renouvelé indéfiniment, il suffit de payer les taxes au dépôt, puis lors de chaque renouvellement (article R.712-24 CPI)

³³⁵ L'article 9 de la directive n° 2008/95 du 22 octobre 2008 consacre deux cas de forclusion : L'article 716-5 in fine rend irrecevable l'action en contrefaçon à l'encontre d'une marque déposée de bonne foi, si son usage a été toléré pendant cinq ans, ainsi que l'inaction du titulaire de la marque première et sa connaissance de l'existence et surtout de l'usage de la marque seconde ; Cass. com., 28 mars 2006, Bull. civ. IV, n° 82, p. 81 ; Cass. com., 16 fév. 2010, PIBD 2010 n° 916-III-240 ; Cass. com., 15 juin 2010, PIBD, 2010, n° 924-III-582

encore, il peut s'agir de l'abandon volontaire de son droit, par une renonciation expresse, ou par un non renouvellement. Le défaut d'exécution d'une de ces obligations peut dans certaines mesures entraîner la résiliation de la licence aux torts du titulaire du droit de propriété intellectuelle, mis en procédure collective, ainsi que l'allocation de dommages et intérêts au profit du licencié.

d. L'inexécution de la licence

132. Le contrat de licence poursuivi peut prendre fin dans les conditions de droit commun. Autrement dit si le donneur de licence ne renouvelle pas la licence à durée déterminée, voire en cas de résiliation unilatérale de la licence à durée indéterminée, mais il peut encore prendre fin par le jeu d'une clause résolutoire prévue au contrat.

Le débiteur, l'administrateur, et le liquidateur sont en droit d'opposer au cocontractant l'exception d'inexécution, pour refuser de s'acquitter de sommes pourtant mises à sa charge³³⁶. En outre, de nombreuses hypothèses d'inexécution des obligations contenues dans les contrats de licence peuvent être sanctionnées par la résiliation ou la résolution du contrat, voire même par la mise en jeu de la responsabilité du donneur de licence. Il ne s'agit pas de dresser une liste exhaustive de causes pouvant entraîner l'anéantissement du contrat, mais d'évoquer les cas prévus par le droit de la propriété intellectuelle, et en connaître l'issue pendant la procédure collective.

Il en va notamment ainsi, de l'inexécution de mise en jouissance³³⁷, lorsque le breveté ou le titulaire du droit sur la marque manque à son obligation de délivrance, mais également de l'hypothèse du manquement à l'obligation de transfert de savoir faire, d'assistance technique et de communication de perfectionnements ou encore en cas d'inexécution de l'obligation de maintien en jouissance, et du non respect de l'obligation d'exclusivité³³⁸.

Ces comportements peuvent être sanctionnés par la résolution ou la résiliation du contrat pouvant s'accompagner de l'allocation de dommages et intérêts, en outre, le breveté peut également engager sa responsabilité.

Le droit des procédures collectives prévoit que le contrat continué mais inexécuté, est également susceptible de donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts³³⁹. La Cour de

³³⁶ La solution a été posée dans le cadre d'un contrat de bail, le bailleur ayant manqué à son obligation d'assurer une jouissance paisible, dans CA Paris, 14^e ch., 9 déc. 2005, RG n° 05/12935

³³⁷ CA Paris, 19 déc. 1929 : Ann ; Prop. ind. 1930, 143

³³⁸ CA Paris, 10 jan. 1978, PIBD 1978, III 343

³³⁹ Article L. 622-17 du code de commerce

cassation a jugé que « ces créances étaient soumises à déclaration de créance au passif de la procédure collective comme les créances antérieures au jugement d'ouverture »³⁴⁰. Cette solution a été consacrée par la loi du 26 juillet 2005, et reprise par l'ordonnance du 18 décembre 2008, qui n'a pas changé les règles de fond en la matière. Les conséquences de la résiliation sont les mêmes que le contrat ait été poursuivi ou non, que la résiliation ait lieu de plein droit, qu'elle soit prononcée par le juge commissaire ou qu'elle survienne à la suite de l'inexécution anticipée de l'administrateur. L'article L. 622-13, V prévoit que « l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif ».

133. Outre ces hypothèses, depuis la loi du 10 juin 1994, le contrat poursuivi est particulièrement précaire³⁴¹, puisque le législateur a prévu deux cas de résiliation l'un pour l'administrateur, l'autre pour le cocontractant à défaut de non paiement. C'est la première hypothèse qui intéresse l'objet de la présente étude, la seconde ayant vocation à être déployée par le cocontractant impayé sera examinée en toute logique dans l'hypothèse dans laquelle le bénéficiaire du droit d'exploitation est soumis à une procédure collective.

L'administrateur bénéficie aux termes de l'article L. 622-13, II alinéa 2, d'une faculté de résiliation pour inexécution anticipée dérogatoire au droit commun. Dans cette hypothèse l'administrateur anticipe l'inexécution de la part du débiteur. Ainsi, si l'administrateur constate que le donneur de licence ne sera pas en mesure d'exécuter une des obligations qu'il a à sa charge, il doit résilier le contrat sans attendre que l'inexécution soit consommée. Cette résiliation pouvant donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts, qui seront conformément à l'article L. 622-13, V, déclarés au passif.

2. L'exécution des contrats en droit d'auteur : le cas du logiciel

134. Les contrats informatiques sont des contrats à priori ordinaires, soumis au régime des figures juridiques qu'ils utilisent (vente, louage, entreprise, prêt, etc.). Et, comme tels, ils obéissent au droit commun des contrats³⁴², mais fortement imprégnés par la spécificité

³⁴⁰ Cass. com., 15 oct. 2002, n° 00-10.898, Bull.civ. IV, n° 145, BRDA 2002, n° 21, p. 7, D. 2002, AJ, p. 2942, obs. A. LIENHARD; Rev.proc. coll. 2003, p. 20 obs. Ph. ROUSSEL-GALLE

³⁴¹ F. PÉROCHON, Entreprises en difficulté, *op. cit.*, n°715, p.357

³⁴² CA Paris, 15 sept. 1995, Gaz. Pal. 1996. 2, somm. 329, obs. H. GABADOU, posant bien ce principe, à propos de la résolution judiciaire pour inexécution de l'art. 1184 du code civil, pour un contrat relatif à un logiciel ; CA Nancy, 19 sept. 2000, JCP E 2001, p. 845, n° 9, obs. M. VIVANT, N. MALLET-POUJOL et J.-M. BRUGUIERE, nullité pour dol

qui les caractérise³⁴³. À cet égard, nous avons fait choix d'examiner le cas du logiciel, dont l'exécution est susceptible de soulever un certain nombre de difficultés en procédure collective. En matière de contrats portant sur des logiciels, deux importantes conventions que sont la cession et la licence font naître des obligations réciproques à la charge des parties. À dire vrai, les obligations des parties ne nécessitent pas un examen approfondi. Dans la mesure où les qualifications retenues sont celles de la vente, du louage, du prêt ou de l'entreprise, il suffit d'appliquer distributivement les régimes de ces contrats. Au demeurant, ils ont été dépeints précédemment. Dès lors, nous pourrions nous contenter ici de quelques observations complémentaires.

Outre le devoir de conseil³⁴⁴, de maintenance et de qualité relative au logiciel, le concepteur a une importante obligation de délivrance, qui comprend évidemment celle de mettre le client à même de se servir du logiciel ou progiciel. Elle est assortie de celle de fournir la documentation, accessoire de la chose et, éventuellement, de former les utilisateurs. Les parties peuvent aménager contractuellement les conditions de l'accès et de la remise des codes sources, au profit de la société utilisatrice, en cas de défaillance de son prestataire informatique³⁴⁵. La violation de cette disposition contractuelle, est de nature à engager la responsabilité civile de l'administrateur ou du mandataire-liquidateur, en ce qu'elle occasionne pour la société utilisatrice, une perte de chance de parvenir à rendre le logiciel opérationnel.

Il est fréquent que le contrat stipule notamment, qu'en cas de liquidation ou plus généralement en cas de cessation d'activité, une copie des sources serait remise à la société utilisatrice aux fins de pérenniser son investissement. Le liquidateur judiciaire a alors l'obligation contractuelle de remettre une copie des codes sources. Néanmoins, si ce dernier ne donne pas suite aux demandes de remise de copies de l'utilisateur, alors qu'il avait obligation de s'enquérir des contrats en cours³⁴⁶, il engage sa responsabilité civile professionnelle. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 janvier 2009³⁴⁷.

³⁴³ M. VIVANT, *L'informatique dans la théorie générale du contrat*, D. 1994, p. 17

³⁴⁴ La Cour de cassation a formulé la règle de façon catégorique : « Le vendeur professionnel d'un matériel informatique est tenu d'une obligation de renseignement ou de conseil envers un client dépourvu de toute compétence en la matière » Cass. com., 11 juill. 2006, n° 04-17.093, D. 2006, AJ 2788, obs. X. DELPECH, CCE 2006, n° 248, note L. LEVENEUR, CCE 2007, n° 82, note Ph. STOFFEL-MUNCK. Le devoir de conseil implique que le fournisseur s'informe des besoins de son client Cass. com., 15 mai 2001, n° 98-18.603, RJDA 2001, n° 957

³⁴⁵ A. BENSOUSSAN, *Informatique, Télécoms, Internet*, Éd. Francis Lefebvre 4^e éd. 2008 n° 99.

³⁴⁶ Comme cela est prévu par le Code de commerce

³⁴⁷ Civ. 2^e 8 jan. 2009 n° 07-20.693, GP, 23 juillet 2009 n° 204, P. 37 note, P.ARIGO et D.BLIN ; GP 16 juillet 2009 n° 197, P. 16

Alors que les faits démontraient que le liquidateur était officiellement averti de cette obligation contractuelle, et que malgré ce, il a laissé se poursuivre la cession du droit d'exploitation du logiciel à une société tiers, sans prendre en compte les droits d'accès aux codes sources accordés à la société utilisatrice. La Haute juridiction a considéré que le liquidateur était tenu par l'engagement pris par son administré, et avait dès lors, en ignorant sciemment la clause contractuelle, prévoyant l'accès aux sources, commis une faute entraînant sa responsabilité civile professionnelle. Du fait de sa faute, le liquidateur judiciaire a été jugé comme étant personnellement responsable, ce qui l'oblige à réparer le préjudice au profit de la société utilisatrice, préjudice étant analysé comme la perte d'une chance.

135. Certaines décisions anciennes avaient ordonné la remise des codes sources en cas de défaillance de l'éditeur, pour que l'utilisateur puisse procéder à « l'entretien normal de ces logiciels», se fondant ainsi sur l'article 1135 du Code civil, aux termes duquel « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent l'obligation d'après sa nature». D'autres décisions avaient par la suite considéré, qu'en l'absence de clause expresse dans le contrat précisant les conditions et les modalités de l'accès aux sources, l'utilisateur ne pouvait imposer à l'éditeur de lui fournir les sources³⁴⁸. Une ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris en date du 10 avril 2002 a rappelé que la commande d'un développement de logiciel spécifique n'entraînait aucun transfert automatique de droit d'auteur envers le client. Le Tribunal avait ainsi décidé qu'en l'absence de clause expresse de cession, le client ne possédait aucun droit automatique à la communication et à l'utilisation des codes sources³⁴⁹. En définitive, la jurisprudence distingue, suivant que le logiciel est standard ou spécifique, en accordant plus facilement à l'utilisateur un droit d'accès aux codes sources, dans ce dernier cas. Cela se justifie dans la mesure où l'utilisateur d'un logiciel spécifique acquiert une solution informatique créée spécifiquement pour son activité.

❖ Préconisations en cas de défaillance de l'éditeur

136. À défaut de dispositions légales, nous nous rangeons aux avis de certains auteurs³⁵⁰, considérant qu'il est dès lors important d'aménager contractuellement un droit d'accès et d'utilisation des codes sources du logiciel, en cas de défaillance de l'éditeur du

³⁴⁸ CA Bordeaux, 24 septembre 1984, SA Meunier ; CA Versailles 13^e ch., 6 octobre 1994, *Expertises*, février 1995, p. 78 ; TC. Paris 19^e ch., 4 octobre 2001, n^o 99033754.

³⁴⁹ TGI Paris, ord. réf., 10 avril 2002.

³⁵⁰ P. ARRIGO ET D. BLIN, L'accès aux codes sources, GP 23 juil. 2009 n^o 204, P. 37

logiciel. L'organisation et les modalités de la remise des sources peuvent également prendre la forme d'un dépôt préalable, auprès d'un tiers dépositaire, (huissier, notaire, INPI...etc.) des sources du logiciel, mais également de l'ensemble de la documentation associée à jour. En cas de défaillance de l'éditeur, le bénéficiaire d'un droit d'accès et d'utilisation des codes sources pourra ainsi demander au tiers dépositaire, une copie des sources à jour, conformément aux dispositions contractuelles.

Les contrats prévoyant un dépôt et un accès aux codes devront en outre prévoir, pour être efficaces, un dispositif d'actualisation et de vérification des codes sources, afin que la version des codes déposée soit la même que celle relative aux codes utilisés en production³⁵¹. Enfin, si le client bénéficiaire du droit d'accès aux codes sources ne dispose pas de compétences informatiques, la licence de codes sources devra prévoir la possibilité de faire réaliser pour son compte, par un tiers de son choix, les travaux liés à la maintenance corrective, réglementaire et évolutive.

137. La continuation des contrats ayant pour objet l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle dont l'entreprise défaillante est titulaire, a pu être justifiée par des considérations tenant aux objectifs de la procédure mais aussi par des critères particuliers tenant à la singularité des droits, objets des contrats en cause. La recherche d'un équilibre, entre les obligations de chacun, revêt alors une importance accrue. L'exigence de survie de l'entreprise, implique le maintien des relations contractuelles. Cet impératif de sauvegarde a pour effets de contraindre les cocontractants au respect de leurs engagements antérieurs sans que puisse être invoquée une quelconque inexécution ou résolution et impose d'autre part aux cocontractants une exécution aux conditions normales. Il apparaît de manière générale que l'équilibre recherché initialement entre les obligations de chacun est ainsi trouvé. L'intérêt de l'entreprise en difficulté, titulaire de droits de propriété intellectuelle et celui du cocontractant se rejoignent pour obtenir la pleine exploitation des relations contractuelles.

L'étude des effets de la procédure collective sur les contrats afférant à des droits de propriété intellectuelle, appartenant à l'entreprise en difficulté, doit être complétée par celle relative à la continuation des contrats relatifs à des droits de propriété intellectuelle appartenant aux tiers.

³⁵¹ Les codes sources doivent être correctement commentés, il pourra être utile afin de s'assurer de l'efficacité du dépôt, de faire réaliser un audit par un expert de la qualité et de la documentation des programmes sources et de leur identité, après compilation, aux codes objets exploités en production.

§.2 LA CONTINUATION DES CONTRATS SUR LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLES DES TIERS

138. L'administrateur opéra pour la continuation du contrat sur droits de propriété intellectuelle appartenant à des tiers, qui paraîtra indispensable au maintien de l'activité de l'entreprise exploitante, et à la seule condition que celle-ci soit en mesure d'y faire face financièrement. Cette décision sera prise au vue de certains documents de référence, qui lui permettront d'apprécier les possibilités financières de l'entreprise-tiers à poursuivre un tel contrat. Il lui appartient en outre, d'évaluer les risques que comporte la continuation d'une telle activité, sans que celle-ci ne puisse compromettre les chances de survie de l'entreprise exploitante.

Cependant, la préservation du milieu contractuel se heurte particulièrement à la réaction négative des cocontractants titulaires de droits de propriété intellectuelle, qui tenteront dès l'ouverture de la procédure de mettre un terme à toutes les relations commerciales conclues avec le débiteur. Néanmoins, comme le constate à juste titre Madame le Professeur Saint-Alary-Houin, « le choix de traiter avec une entreprise implique celui-ci de s'engager sans limitation de durée même si elle est défailante ou transmise »³⁵².

En réalité, la décision de l'administrateur, s'agissant de l'exercice de son droit d'option, revêt une importance essentielle, non seulement pour l'entreprise exploitant un actif intellectuel, mais également pour les cocontractants de cette dernière, titulaires de droits de propriété intellectuelle, lesquels vont être amenés à « subir » une convention dont ils se seraient volontiers libérés³⁵³. Aussi, le législateur a introduit dans le cadre de la prérogative du droit d'option divers mécanismes, dont l'objectif est d'assurer la liberté d'exercice de cette faculté. Il s'agit, nous l'avons déjà évoqué, de permettre le maintien de l'environnement contractuel, en contraignant les cocontractants au respect de leurs engagements antérieurs. Ces mécanismes, ayant fait précédemment l'objet d'une étude, ne seront présentés ci-après qu'à la lumière des particularités nées de la situation dans laquelle l'entreprise en difficulté n'est pas titulaire des droits.

La continuation des contrats nécessite que certains moyens soient mis en œuvre, afin d'assurer pleinement la protection du contrat sur propriétés intellectuelles (A) en vue d'en garantir l'exécution aux conditions initiales (B).

³⁵² C. SAINT-ALARY-HOUIN, Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise, Rev. proc. coll. 1991, p. 129 et s. spéc. p. 134

³⁵³ M.-H. MONSERIE, *op. cit.* p. 114 n° 151

A. PROTECTION DU CONTRAT SUR PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES

139. Le droit de la propriété intellectuelle comporte une grande variété de contrats, ayant pour objet l'exploitation des droits cédés ou concédés. Ces contrats, appréhendés comme une valeur patrimoniale, constituent un véritable centre d'intérêts économiques qui méritent une protection adéquate³⁵⁴. En outre, compte tenu de leur diversité et pour plus de clarté nous emploierons la terminologie « de contrats d'exploitation », et nous nous efforcerons de déceler la particularité issue, tantôt de la sphère contractuelle propre à la propriété industrielle, et tantôt à celle appartenant au droit d'auteur.

La tendance à la pérennité du contrat est une constante du droit des entreprises en difficulté, qui tend par l'utilisation de différents procédés juridiques, à éviter la remise en cause des relations contractuelles, valablement formées, car l'entreprise exploitant un droit de propriété intellectuelle possède, malgré l'ouverture de la procédure collective un potentiel économique, certes affaibli, mais qu'il est néanmoins impératif de protéger. Aussi, durant la période d'observation, l'activité devra se poursuivre dans des conditions se rapprochant le plus possible de la situation normale.

L'analyse de la situation dans laquelle le débiteur est bénéficiaire d'un contrat d'exploitation de droits de propriété intellectuelle, implique nécessairement l'examen de sa poursuite automatique à l'ouverture de la procédure collective, autrement-dit avant que l'administrateur ait exprimé sa volonté sur le sort du contrat. Cette étude se justifie, notamment parce que les points d'interactions entre la propriété intellectuelle et le droit des procédures collectives font naître dans ce cadre d'importantes situations ; situations qui divergent de l'hypothèse dans laquelle c'est le titulaire des droits qui est soumis à la procédure.

Des moyens de protection efficaces sont ainsi mis en place afin de protéger le contrat sur droits de propriété intellectuelle, contre la survenance de la procédure collective d'une part (I), et contre son inexécution d'autre part (II).

³⁵⁴ F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises : Dalloz, 3e éd. 1991, n° 392. - G. Ripert et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, t. 2, par M. GERMAIN et P. DELEBECQUE : LGDJ, 17e éd. 2004, n° 3047. - Cass. com., 16 févr. 1988 : Bull. civ. 1988, IV, n° 72). Selon la chambre commerciale, "constituent des contrats en cours toutes conventions dont les obligations principales n'ont pas été exécutées au jour du jugement d'ouverture".

I. Protection du contrat de licence contre la survenance de la procédure

140. Rien ne sert aux parties dont le contrat porte sur l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle, de prévoir la résiliation anticipée de leur convention³⁵⁵, les nécessités de la procédure l'emportant sur la volonté individuelle³⁵⁶. La mise en œuvre de ces clauses n'est pas subordonnée à l'inexécution, par l'une des parties de ses obligations, mais de manière plus objective, à la nouvelle situation juridique du cocontractant.

Deux objectifs sont assignés à ces clauses résolutoires, d'une part, elles offriraient au titulaire du bien intellectuel ayant concédé son droit, un moyen efficace d'échapper au cadre juridique imposé par les procédures collectives et d'autre part, elles permettraient d'anticiper prématurément une inexécution future liée aux difficultés rencontrées par l'exploitant des droits de propriété intellectuelle, postérieurement à l'ouverture de la procédure. C'est précisément pour ces raisons que le droit des procédures collectives a prévu la neutralisation des clauses résolutoires de plein droit contenues de manière générale dans les contrats et spécifiquement dans le contrat de bail dont bénéficie le débiteur.

❖ Neutralisation des clauses résolutoires de plein droit

141. Le caractère d'ordre public de l'option de l'administrateur et le principe de continuation des contrats, pièces maîtresses de la sauvegarde des entreprises, s'accommodent mal des clauses de résolution de plein droit en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du bénéficiaire des droits d'exploitation³⁵⁷. La plupart des contrats prévoient la résolution de plein droit, après mise en demeure, en cas de défaillance du débiteur, par exemple dans les contrats d'auteur, en cas de non paiement d'une somme, non-réédition des comptes, absence du premier tour de manivelle dans un certain délai, il est alors fréquent de la rencontrer.

L'article L. 622-13, du Code de commerce invalide les clauses de résiliation de plein droit pour survenance de la sauvegarde, du redressement ou de la liquidation judiciaire. Il faut y assimiler celles fondées sur l'état de cessation des paiements, puisque le constat d'un tel état

³⁵⁵ Transmission du droit sur la marque JurisClasseur, fasc. 7400,

³⁵⁶ Cass. com., 28 fév. 1995, JCP 1995 éd. E, Pan 496

³⁵⁷ A.HONORAT La continuation des contrats en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective n'est édictée que dans l'intérêt de l'entreprise en redressement ou en liquidation judiciaires, D.1996 p. 283

conduit à l'ouverture de la procédure³⁵⁸. Une telle règle, soulève des difficultés de mise en œuvre, principalement en matière de bail commercial où cette clause est devenue de style³⁵⁹.

142. En raison de l'importance du contrat de bail pour le preneur, la loi « fait le maximum, et au delà, pour éviter sa résiliation »³⁶⁰. En effet, la sauvegarde de l'entreprise serait impossible si celle-ci devait automatiquement quitter l'immeuble affecté à son activité. L'obtention d'un droit acquis à la résiliation n'est pas chose aisée pour le bailleur, même s'il a prévu une clause résolutoire expresse en ce sens. La combinaison des articles L. 622-13 I et II et L.622-14 contiennent des dispositions très protectrices du contrat de bail. Ainsi, il ressort de l'articulation de ces textes que l'ouverture d'une procédure collective n'entraîne pas, de plein droit, la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise. Aussi, en matière de bail commercial, la clause de résiliation de plein droit pour survenance du redressement ou de la liquidation judiciaire devra être réputée non écrite. Toutefois, pour que soit imposée la poursuite d'un bail pendant la période d'observation, encore faut-il qu'il soit en cours³⁶¹. Si la résiliation a acquis force de chose jugée, antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, elle est définitive et permet d'expulser l'occupant devenu sans droit³⁶². Plus spécialement, si le bailleur se prévaut d'une clause résolutoire, c'est l'article L. 145-41 du Code de commerce qui a vocation à s'appliquer. La résiliation n'est acquise qu'un mois après un commandement de payer resté infructueux. Le bailleur doit avoir exercé une action ayant pour objet de faire constater l'acquisition de la clause résolutoire et qu'elle ait abouti à une décision passée en force de chose jugée avant ce jugement, c'est-à-dire ne pouvant plus faire l'objet d'un recours suspensif ce qui signifie qu'elle ait été signifiée plus d'un mois avant le jugement d'ouverture et non frappée d'appel. Il faut en déduire que les droits du bailleur sont considérablement réduits lorsque son locataire est en procédure collective.

II. Protection du contrat d'exploitation de droit de propriété intellectuelle contre son inexécution

143. La poursuite de l'activité contractuelle, avec une entreprise bénéficiaire d'une licence de droits de propriété industrielle ou d'un contrat d'exploitation en droit d'auteur, dont

³⁵⁸ Cass. com., 2 mars 1993, *Bull. civ. IV*, n° 87 ; *Rev. huissiers* 1993, 866, note D. VIDAL

³⁵⁹ F. KENDÉRIAN, *Que reste-t-il du caractère automatique de la clause résolutoire ? Florilège de décisions*, RTD com. 2009, p. 81

³⁶⁰ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* n° 682, p. 344

³⁶¹ Cass. com., 26 juin 1990, RTD com. 1991, p. 659, note Y. CHAPUT

³⁶² Cass. civ., 3^e, 21 fév. 1990, RTD com. 1990, 478, n°1, BIHR, note sous CA Versailles, 17 mars 1989, Defrénois, 1989.1061

la solvabilité, et plus généralement la capacité à mener à bien l'exécution du contrat, sont plus qu'incertaines, implique une paralysie des mécanismes sanctionnant l'inexécution.

En outre, la conjoncture économique étant défavorable, l'exploitant en difficulté peut avoir tendance à amoindrir la qualité de son exploitation. Ainsi dans le cadre de l'exploitation d'un contrat de licence, cela peut avoir des conséquences sur le prix des redevances en général proportionnel au chiffre d'affaire. Celui-ci peut se trouver fortement diminué, voire réduit à néant, en raison des difficultés financières rencontrées par l'entreprise exploitante. Il en va pareillement dans le domaine de l'édition, ou de la production audiovisuelle. Le Code de la propriété intellectuelle, a pris soin d'indiquer que l'auteur sera rémunéré par une redevance « proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation »³⁶³. Ici encore, les difficultés rencontrées par l'entreprise contractante auront des effets néfastes, que l'auteur ayant cédé ses droits peut légitimement redouter.

144. Le contrat de licence de propriétés industrielles est un contrat synallagmatique, mettant à la charge de chacune des parties, l'exécution de prestations qu'elles se doivent réciproquement³⁶⁴. L'ensemble de la doctrine enseigne que la concession de licence présente tous les caractères du louage³⁶⁵, qui ne saurait en tant que tel échapper aux principes généraux du droit des contrats. En droit de la propriété littéraire et artistique, la concession ou la licence, se rapprochant également du louage, est une sorte de location-gérance de l'œuvre, car le concessionnaire loue l'œuvre pour l'exploiter. Le contrat d'auteur est le plus fréquemment un contrat synallagmatique, comportant à la charge des parties des obligations réciproques. Ces contrats sont naturellement dotés de mécanismes de sanctions des inexécutions contractuelles. Aussi, il pourrait apparaître légitime, que le titulaire du droit puisse souhaiter mettre un terme, ou cesser de remplir ses propres obligations, dans la mesure où ce changement imprévisible du contexte économique, ou social, qui frappe le licencié, a pour

³⁶³ Article L. 131-4 al. 1^{er}, et également L.132-5 pour le contrat d'édition, L.132-25 pour le contrat de production audiovisuelle

³⁶⁴ La licence de marque est soumise aux règles de droit commun relatives au contrat de louage : articles 1709 et suivants du code civil, et répond aux règles du code de la propriété intellectuelle et notamment aux articles L. 714-1 et L. 714-7

³⁶⁵ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris 1954, t 2, n° 184 ; E.POUILLET, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Paris 1906, n° 284 ; F.POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Monchrestien coll. Domat droit privé 1999, n° 628 ; J. MOREL, *De la licence d'exploitation en matière de brevet d'exploitation*, Thèse Lyon 1926 ; M. PLANIOL, note ss. CA ORLEANS, 13 juil. 1892 :DP 1893, 2, p. 329 ; CA Paris, 22 juin 1922, Ann.prop.ind.1922, p. 353

effet de déséquilibrer l'économie du contrat d'exploitation de droits de propriété intellectuelle.

145. Les impératifs que se fixent les propriétaires de droits intellectuels ne peuvent être source de sécurité, que, pour autant que le droit leur laisse le loisir de faire valoir ce qu'ils ont pris soin de prévoir au contrat. Il paraît naturel, que le titulaire du droit de propriété intellectuelle : inventeur, créateur ou auteur, craignant que les conditions d'exécution initialement prévues ne soient pas respectées, souhaite se délier du contrat. Or, le droit de la défaillance des entreprises déroge au principe de force obligatoire du contrat, en vue d'assurer la survie des entreprises en difficulté³⁶⁶.

La mise en œuvre défectueuse d'une prestation ne peut, à elle seule, déterminer sa disparition, dès lors qu'elle est encore susceptible de jouer un rôle bénéfique au regard de la poursuite de la procédure. Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté neutralise l'exception d'inexécution (1) et la résolution pour défaut d'exécution (2).

1. Neutralisation de l'exception d'inexécution

146. Il ne s'agit pas de donner une nouvelle présentation de l'exception d'inexécution, mais de relever les points relatifs à ce mécanisme, dans les strictes limites de la procédure collective du bénéficiaire d'un droit d'exploitation d'une propriété intellectuelle. Ainsi que nous l'avons défini antérieurement³⁶⁷, il s'agit du droit dont disposerait le titulaire du bien intellectuel de refuser d'exécuter sa prestation, tant qu'il n'a pas reçu la prestation qui lui est due par le jeu de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Cette voie de justice privée a pour effet de suspendre l'exécution du contrat d'exploitation. Le titulaire des droits, qui entend se garantir contre la situation défavorable dans laquelle le placerait une exécution unilatérale des obligations, ferait pression sur l'entreprise exploitante pour l'amener à s'exécuter.

L'article L. 622-13 évoque la notion d'engagements antérieurs. La question se pose en ces termes : la paralysie de l'exception d'inexécution a-t-elle vocation à s'appliquer, aussi bien aux engagements antérieurs de nature financière, que pour des obligations d'une autre nature telle de donner ou de faire ? La Cour de cassation a donné une interprétation restrictive en décidant que la notion d'engagements antérieurs ne recouvre que les obligations

³⁶⁶ J.F MONTREDON, La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives, *op. cit.* p. 270 ; P.MALURIE et L.AYNES, Droit civil, les obligations, par AYNES, CUJAS, 9^{ème} éd. 1998, n° 610, p. 345

³⁶⁷ § précédent : étude relative à la continuation sur propriétés intellectuelles appartenant à l'entreprise p. 80

pécuniaires du débiteur³⁶⁸. L'engagement de nature financière se trouve précisément au cœur de la relation qui lie le propriétaire des droits à l'exploitant garant de cette obligation, et susceptible de faire naître certaines difficultés entachant leur lien contractuel.

Le principe est donc clair : le donneur de licence ne pourra invoquer l'exception d'inexécution et suspendre l'exécution de la licence et des obligations qui lui incombent, si le licencié a cessé de payer les redevances dues au titre de l'exploitation du droit de propriété intellectuelle. Il en va également ainsi en matière de droit d'auteur : L'auteur ne pourra, pour une quelconque raison, y compris celle tirée d'une mauvaise exécution du contrat d'édition, de production, de représentation, d'exploitation d'un logiciel ou plus généralement d'une œuvre, par le débiteur, opposer l'exception d'inexécution. Ces inexécutions antérieures ne pourront être invoquées par le titulaire des droits de propriété intellectuelle, qui devra se contenter de déclarer ces créances au passif. Pour l'avenir, en revanche, le contrat d'exploitation se poursuit conformément aux stipulations contractuelles et prescriptions légales. L'article L. 622-13 impose à l'administrateur de fournir la prestation promise au débiteur. Le concédant aura droit au paiement des redevances conformément aux stipulations contractuelles. Le droit de la défaillance des entreprises paralyse ainsi, le mécanisme de l'exception d'inexécution que le titulaire du droit serait tenté d'opposer à la demande de continuation.

La préservation des relations contractuelles est complétée par la neutralisation du mécanisme de la résolution judiciaire, pour inexécution des obligations contractuelles par le débiteur soumis à la procédure.

2. Neutralisation de la résolution pour défaut d'exécution

147. L'inexécution donne aux parties la possibilité de demander en justice l'exécution de la prestation ou plus généralement l'exécution par équivalent. Aux termes de l'article 1184 du Code civil « la condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait point à son engagement ».

La résolution du contrat sur droits de propriété intellectuelle demandée en justice, lorsque l'une des parties ne satisfait pas à son obligation, constitue une mesure grave. L'anéantissement de la convention aboutit à libérer les cocontractants de leurs engagements

³⁶⁸ Cass. com., 28 mai 1996, JCP E, 1996, 584, n° 13, note P.PETEL

récioproques. Dans les contrats d'auteurs, le mécanisme est, en soi, parfaitement licite³⁶⁹. Il est même permis à un auteur craignant les frais, la longueur et les aléas d'un procès, en cas de résolution judiciaire, de pouvoir se délier sans trop de difficultés d'un contrat mal exécuté par son partenaire.

Toutefois en période de difficultés, la mise en œuvre de ce mécanisme peut se révéler fort préjudiciable à l'entreprise exploitante, dont le maintien de l'activité implique la continuation de certains contrats. Aussi, la résolution judiciaire contraire aux objectifs du droit des entreprises en difficulté, est neutralisée par l'article L. 622- 21 qui suspend, ou interdit toute action en justice, fondée sur le défaut de paiement antérieur d'une somme d'argent, ayant pour objet la rupture du contrat.

L'inexécution de l'obligation de paiement des redevances antérieures ne peut servir de fondement à la résolution judiciaire postérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Le titulaire du droit de propriété intellectuelle qui n'aura pas irrévocablement obtenu la résolution contractuelle antérieurement à l'ouverture de la procédure, devra alors poursuivre *a priori* le contrat et s'incliner éventuellement, devant la décision de continuation du titulaire du droit d'option. Aucune échappatoire n'est laissée au concédant du droit de marque ou de la licence de brevet d'invention, ni même à l'auteur, en cas de défaillance de son partenaire contractuel³⁷⁰. À ce titre, nous avons fait choix d'illustrer ces propos à la lumière d'exemples puisés dans la pratique du domaine du droit de la propriété industrielle et du droit d'auteur, nous examinerons successivement : La résiliation en matière de concession de marque (a) et la résiliation en matière de contrats d'édition et production (b).

a. La résiliation en matière de concession de marque

148. Il est fréquent de trouver dans un contrat de concession d'un droit de propriété intellectuelle une clause de résiliation de plein droit, pour défaut de paiement des redevances, ou venant sanctionner la violation à un engagement contractuelle. L'on est amené à se demander eu égard à la règle présentée antérieurement, si les causes et les clauses de résiliation opèrent aussi efficacement, avant l'ouverture de la procédure, qu'après. La Cour de cassation a eu l'occasion de poser une solution d'importance pour l'application de l'article L.

³⁶⁹ G.MARTY et P. REYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations*, Sirey t. II, *Le régime*, 2ème éd., 1989 par P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, n° 334

³⁷⁰ J. F. MOTREDON, *La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives*, *op. cit.* p. 275, E.CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, thèse Paris II ss direction B.BEIGNIER, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, Préf. T. BONNEAU, 2003, p. 41, n° 45

622-13, dans une affaire qui opposait un concédant, ayant mis en œuvre une clause résolutoire, à l'encontre du concessionnaire, postérieurement mis en redressement judiciaire³⁷¹. Alors que le concessionnaire d'une marque se voit opposer la résolution du contrat, pour défaut de paiement et violation d'une clause contractuelle qui interdit le dépôt de marques caractéristiques du concédant, ou pouvant créer un risque de confusion, il se trouve soumis à une procédure de redressement. Son administrateur, et lui-même, forment une demande reconventionnelle tendant à faire déclarer le concédant responsable du défaut d'exécution. L'administrateur demande, en vertu de son droit d'option, l'exécution du contrat. La Haute juridiction considérera que l'administrateur n'avait pas offert au cocontractant la prestation promise, c'est-à-dire la radiation du dépôt des marques, dans le délai prévu au contrat. Il est important de retenir de cette décision, que les causes et les clauses de résolutions ou de résiliation étrangères au paiement de sommes d'argent, opèrent avec efficacité après le jugement de redressement judiciaire, même si elles ont commencé à produire effet auparavant. Il en résulte que celles qui ont produit un effet définitif et entraîné une résiliation ou résolution acquise antérieurement au jugement, soustraient totalement le contrat à l'option de l'administrateur. Par conséquent, il appartient à l'administrateur de régulariser la situation s'il en est encore temps. Il est nécessaire que la cause de résiliation, ou résolution d'un contrat en cours, ait disparu antérieurement à l'exercice de l'option de l'administrateur ou en exécution de celle-ci, pour que le contrat puisse être continué³⁷². Il eut été préférable que l'administrateur ait procédé dans le délai imparti, à la radiation du dépôt des marques, son option pour la continuation du contrat eut alors été efficace.

b. La résiliation en matière de contrats d'édition et production

149. Dans l'hypothèse d'une procédure collective d'un éditeur de livre, de musique ou de « multimédia », voire d'un producteur, il ressort de la combinaison des articles L. 622-13 et L. 622-21 du Code de commerce avec celle des articles L.632-15 et L.632-30 du Code de la propriété intellectuelle, que l'auteur ne pourra, pour une quelconque raison, y compris celle tirée d'une mauvaise exécution du contrat par le débiteur, demander au juge la résiliation du contrat ou faire valoir la clause résolutoire. Il est en réalité question de la règle inflexible de la continuation des contrats en cours³⁷³. Il reste que l'article L. 622-13 du Code de

³⁷¹Cass. com., 3 avril 1990, D. 1991, p. 1, note F. DERRIDA, sur l'application de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985

³⁷² Cass. com., 12 juin 1990, D.1990.450, note F.DERRIDA

³⁷³F.PEROCHON et R. BONHOMME, entreprises en difficulté, 7^e éd. 2006, n° 279 et s.

commerce subordonne, ainsi que nous l'avons présenté, cette poursuite à la volonté de continuation, manifestée par l'administrateur. Les dispositions du Code de la propriété intellectuelle étant muettes sur ce point, il appartiendra, par conséquent à l'administrateur, d'opérer également un choix sur ce contrat. Dans le prolongement, des mesures protectrices des auteurs, instituées dans le Code de la propriété intellectuelle, les articles L.132-15 et L.132-30 envisagent les conséquences de l'existence de procédures collectives.

Suivant les alinéas 1 et 2 de l'article L.132-30, le redressement judiciaire du producteur est sans conséquence sur le contrat de production audiovisuelle. Il n'entraîne pas la résiliation de ce contrat et, en cas de poursuite de l'exploitation, l'administrateur est tenu au respect de toutes les obligations du producteur.

L'article L. 132-15 prévoit que le redressement judiciaire de l'éditeur n'entraîne pas la résolution du contrat. Lorsque l'activité est poursuivie, toutes les obligations de l'éditeur, du producteur, ou de tout autre exploitant à l'égard de l'auteur doivent être respectées. L'auteur, ne peut en aucun cas, opposer la clause résolutoire du contrat d'exploitation.

Il ressort clairement de l'ensemble de ces dispositions qu'aucune résiliation ou résolution ne peut être invoquée par le cocontractant en raison de l'ouverture de la procédure collective de l'éditeur ou producteur audiovisuel, le contrat se poursuit automatiquement.

Le contrat d'exploitation de droits de propriété intellectuelle continué, il appartient aux parties de l'exécuter conformément aux stipulations contractuelles.

B. L'EXÉCUTION DU CONTRAT

150. Lorsque le contrat d'exploitation de propriétés intellectuelles est poursuivi, la force obligatoire du lien contractuel reprend toute sa vigueur. Il apparaît comme un instrument vital à la poursuite de l'activité, comme un rapport d'exploitation, dont l'exécution de la prestation doit être conforme au rapport initial d'obligations entre les parties. Autrement dit, le titulaire comme l'exploitant des droits sont tenus de fournir la prestation promise. Le titulaire du droit de propriété intellectuelle devra remplir l'intégralité des obligations conventionnelles. De même, l'entreprise en difficulté est tenue de l'accomplir dans son entier.

Cette situation commande que soient décelées les difficultés liées à l'exécution des obligations qui pèsent sur les cocontractants dans le cadre du traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise bénéficiaire du droit d'exploitation. L'examen de ces difficultés invite à mener cette étude à la lumière de deux contrats ayant une place prépondérante en

droit de la propriété intellectuelle : la licence de droits de propriété industrielle d'une part (I) et le contrat d'édition (II), d'autre part.

I. Le contrat de licence de droits de propriété industrielle

Le contrat de licence prévoit deux obligations essentielles mises à la charge du licencié. Il appartiendra à l'entreprise débitrice d'exploiter le droit de propriété intellectuelle, objet du contrat (1), et de payer le prix de la redevance (2) au risque de voir l'inexécution de ses obligations sanctionnée (3).

1. L'obligation d'exploitation

151. La licence de brevet d'invention ou de marque implique, pour l'entreprise défaillante, bénéficiaire d'un droit d'exploitation, l'obligation de payer le prix d'une part, et d'exploiter le brevet ou la marque d'autre part.

Seulement, limiter l'engagement du licencié à une obligation de paiement, reviendrait à avoir une conception réductrice du contrat de licence. Le licencié a l'obligation d'exploiter la marque ou le brevet. La cause de l'engagement du propriétaire de la marque ou du brevet réside dans l'exploitation du signe ou de l'invention, car c'est l'exploitation qui conditionne la valeur patrimoniale de ces droits de propriété industrielle, et, en deçà, son existence même.

Cette exécution doit être totale, et l'administrateur ne peut en invoquer la résolution au motif que l'entreprise n'a plus d'intérêt à le poursuivre.

Hormis l'hypothèse dans laquelle la situation du licencié s'aggraverait au point de devenir irrémédiablement compromise, il paraîtrait étrange de sa part de souscrire, puis de la part de l'administrateur, d'opter pour la continuation du contrat, alors que l'objet n'est pas exploité. Cette singularité serait perçue comme anormale et contraire aux usages, propres au droit de la propriété intellectuelle, mais au-delà, serait également sanctionnée par le droit commun, qui a vocation à s'appliquer au contrat continué durant le déroulement de la poursuite du contrat.

152. A titre illustratif, et afin de mieux appréhender ce qui précède, prenons le cas de la marque. celle-ci a une vocation exclusivement commerciale, elle est définie non comme un droit de création mais comme un droit d'occupation, et les droits conférés par l'enregistrement disparaissent, s'ils ne sont pas accompagnés de l'usage du signe, car la marque n'existe que «dans sa destination de désigner les objets auxquels on l'applique». De

plus cette fonction ne se réalise que par l'exploitation du signe³⁷⁴ et il serait donc paradoxal que le licencié n'exploite pas l'objet du contrat dont la destination est l'exploitation³⁷⁵.

L'obligation d'exploiter est évidente, lorsque la redevance perçue par le concédant est proportionnelle à l'exploitation, voire lorsque la marque ou le brevet sont donnés en exclusivité et que le concédant n'exploite pas. Dans cette situation, l'exploitation du droit de propriété intellectuelle est une question de survie du droit, qui encourt la déchéance faute d'exploitation. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes à cet égard : le licencié doit exploiter³⁷⁶. Cette obligation s'impose naturellement à l'entreprise débitrice. De plus, on peut ajouter que patrimoniallement, l'inexploitation de la marque ou du brevet cause un préjudice au concédant, elle entraîne la diminution de la valeur marchande du bien intellectuel, puisque cette valeur est proportionnelle et corrélative à l'exploitation³⁷⁷.

En outre, les caractères de l'exploitation diffèrent selon qu'il s'agisse d'un brevet (a), (b) ou d'une marque.

a. En matière de brevets

153. Les modalités d'exploitation sont variées, mais pour l'essentiel l'exploitation doit être effective et sérieuse³⁷⁸. Le licencié a, non seulement le droit, mais encore, nous l'avons précisé précédemment, l'obligation d'exploiter.

Ce principe est admis de manière constante en jurisprudence. Il se fonde, en grande partie, sur le fait que l'absence d'exploitation ou l'exploitation insuffisante expose le breveté à une licence obligatoire faute d'exploitation. Il serait très regrettable de se voir retirer le droit d'exploitation, alors que celle-ci paraissait indispensable à la survie de l'entreprise en difficulté.

Le principe s'applique pareillement, que la licence soit exclusive ou non exclusive, mais l'application doit être particulièrement rigoureuse dans le premier cas³⁷⁹. L'obligation

³⁷⁴ P. MATHELY, *Le droit français des signes distinctifs*, Librairie du journal des notaires et des avocats 1984, p. 417

³⁷⁵ Les tribunaux considèrent que la stipulation d'une clause de redevance minima n'exonère pas le licencié de son obligation d'exploiter : CA Paris, 20 mai 1977, cité par J.M. MOUSSERON, *op. cit.*, n° 989. - CA Paris, 2 juill. 1981 : D. 1984, inf. rap. p. 212, obs. J.M. MOUSSERON et J. SCHMIDT. - V. aussi Cass. com., 17 févr. 1982 : D. 1982, p. 485, note J. SCHMIDT - J.J. BURST, *op. cit.*, p. 190. - J.J. BURST et A. CHAVANNE, *op. cit.*, n° 1120

³⁷⁶ *TGI Paris*, 20 févr. 1989 : PIBD 1989, n° 458, III, p. 348 ; Dossiers brevets 1989, V, 16. - *TGI Paris*, 18 déc. 1985 : PIBD 1986, n° 390, III, p. 175. - J.J.-BURST, *op. cit.*, p. 190. - J.M. MOUSSERON : Rép. com. Dalloz, V° Brevet d'invention, p. 50 et 51. - P. MATHELY, *op. cit.*, p. 271. - Lamy commercial 1994, n° 2088. - E. Tardieu, *op. cit.*, p. 334 s.

³⁷⁷ J.J. BURST et A. CHAVANNE, *op. cit.*, p. 695, n° 1088-2

³⁷⁸ CA Paris, 8 avril 1964 : JCP 1964 II, 13876, note R. PLAISANT ; RTD com. 1965, p. 396, obs. A. CHAVANNE

d'exploitation du licencié est souvent précisée par des clauses relatives à la qualité et à la quantité de la production, et même de la distribution des produits obtenus, dénommées « clauses de minimum de production ou de vente garanti ». La non-réalisation du minimum prévu, permet généralement, la résiliation du contrat par le concédant³⁸⁰.

Pour la jurisprudence, le licencié a l'obligation d'exploiter « à plein et au maximum de ses moyens », sauf impossibilité technique, qui doit être démontrée par le licencié³⁸¹. Ainsi, ce dernier, alors même qu'il est soumis à une procédure collective, a pour obligation d'exploiter complètement, sans restriction et pendant toute la durée du contrat. Même si cette obligation n'est pas exprimée dans le contrat³⁸², elle s'impose naturellement à l'entreprise débitrice. Le caractère délicat de cette obligation, simple ou complexe, d'exploitation, de son contrôle et de sa sanction, explique et appelle la fréquence des clauses en la matière, en définissant le contenu et prévoyant le contrôle de son exécution. Cette obligation d'exploitation du concessionnaire peut être équilibrée par une clause de sauvegarde, rédigée dans l'intérêt du licencié, pour le cas où le progrès technique rendrait cette exploitation préjudiciable à ses intérêts.

Le défaut d'exploitation sérieuse justifie la résiliation du contrat aux torts du licencié³⁸³. Naturellement, en matière de brevet, si malgré ses efforts sincères, l'entreprise défaille se heurte, non à des difficultés même importantes, mais à une impossibilité économique ou technique d'exploiter, le contrat sera résilié, sans que ce dernier soit considéré fautif.

b. Qu'en est-il de l'obligation d'exploiter les perfectionnements ?

154. La question se pose de savoir si le licencié a l'obligation d'exploiter, non seulement les brevets d'origine, mais encore les perfectionnements qui lui sont communiqués. En principe, la solution semble s'étendre à cette hypothèse, et par conséquent la réponse semble être affirmative.

Cependant, une difficulté peut être soulevée, liée au fait que le licencié, en signant le contrat, connaissait le brevet d'origine, mais non les perfectionnements. Il peut estimer, au moment où

³⁷⁹ Cass. com., 18 mars 1929 : Ann. prop. ind. 1929, 359. - Cass. req., 7 mai 1934 : Ann. prop. ind. 1935, 53. - Cass. com., 16 janv. 1956 : Ann. prop. ind. 1958, 168. - Cass. com., 16 mai 1961 : Bull. civ. III, n° 212. - 2 déc. 1963 : Ann. prop. ind. 1964, 128. - 17 nov. 1965 : Ann. prop. ind. 1966, 287. - 25 juin 1968 : D.S. 1969, 23. - Paris 12 mai 1956 : Ann. prop. ind. 1957, 427. - Paris, 16 fév. 1968 : Ann. prop. ind. 1968, 100. - Lyon 22 oct. 1981 : P.I.B. D. 1982, III, 75. - V. aussi Cass. com., 4 nov. 1974

³⁸⁰ Cass. com., 8 déc. 1970, D. 1971, somm. 121

³⁸¹ TGI Paris 20 fév. 1989 : Dossiers brevets 1989, V, 9. - TGI Paris 5 juill. 1984 : P.I.B. D. 1985, III, 17. - Paris 2 juin 1988 : Rev. dr. prop. ind. 1989, 21, p. 56 ; D.S. 1988, inf. rap. 202

³⁸² Paris 2 juill. 1981 : D.S. 1984, inf. rap. 212, obs. J.M. MOUSSERON et J. SCHMIDT

³⁸³ TGI Paris, 6 avril 2004, PIBD 2004 n° 791-III-439

l'administrateur opte pour la poursuite du contrat, que les perfectionnements sont sans intérêt, ou même nuisibles à une bonne exploitation, et décider de ne pas les exploiter. La pratique et le droit positif nous apportent peu d'éléments, en effet, les solutions en la matière sont rares, il n'existe actuellement aucune jurisprudence relative à cette question et la doctrine est assez limitée. Par conséquent, il nous faut nous en tenir à une solution conforme au droit de la propriété intellectuelle, qui impose l'obligation d'exploiter les perfectionnements à la charge des brevetés; à condition qu'ils aient une réelle utilité.

La sanction du défaut d'exploitation du brevet, et même des perfectionnements, est la résiliation de la licence aux torts du licencié, avec ou sans dommages-intérêts.

En outre, le licencié est souvent tenu à une obligation de communication de ses perfectionnements au breveté. Imposée par une clause expresse du contrat, cette obligation peut exceptionnellement l'être en application de l'exigence de fidélité et de loyauté, et peut se rattacher à la commune intention des parties. Sa rencontre dépend alors de l'économie du contrat.

c. En matière de marque

155. Le licencié doit exploiter de façon suffisante et loyale. Généralement les conditions dans lesquelles cette exploitation doit avoir lieu sont précisément définies par les parties. Que la licence soit exclusive ou simple³⁸⁴, le licencié doit exploiter la marque. Par ailleurs, le paiement du prix, en général proportionnel, dépend de l'exploitation. La valeur économique est ainsi liée à l'exploitation de la marque. Cependant, l'obligation d'exploiter n'étant pas d'ordre public, le contrat pourrait contenir une clause permettant au licencié d'exploiter sous certaines conditions.

Celle-ci est suffisante, si le licencié exploite de bonne foi et en rapport avec ses capacités³⁸⁵. Cependant, une clause de quota peut être stipulée au contrat, imposant une certaine production au licencié³⁸⁶. En l'absence de clause contraire, le licencié peut exploiter sa propre marque ou des marques de tiers, dès lors que ces exploitations n'ont pas lieu dans un

³⁸⁴F.POLLAUD-DULIAN, La propriété industrielle, Economica, éd. 2011, p.940,n° 1620, P.MATHELY, *op. cit.*, p. 371

³⁸⁵ TGI Paris, 5 juill. 1984 : PIBD 1985, n° 360, III, p. 17. - TGI Paris, 3 oct. 1975 : PIBD 1975, III, p. 232. - TGI Paris, 31 mai 1978 : Ann. propr. ind. 1980, n° 1, p. 91. - Lamy économique 1992, n° 5448 et 5449

³⁸⁶ CA Paris, 7 mars 1975 : Ann. propr. ind. 1975, p. 254. - V. aussi Cass. com., 29 nov. 1988 : 3 arrêts cités in Lamy économique 1994, n° 3235. - CA Paris, 15 avr. 1986 : BRDA 15 juill. 1986, p. 14 ; clause également admise par le droit de la concurrence communautaire, dans la mesure où la stipulation de ce montant minimal n'empêche pas le licencié de développer d'autres activités ; CJCE, 23 déc. 1977, CAMPARI MILANO : JOCE n° L 70/78, 13 mars 1978

esprit frauduleux³⁸⁷. En outre, la poursuite du contrat l'emportera, même en cas de procédures collectives ouvertes simultanément à l'encontre du licencié et du donneur de licence dans le cas où l'administrateur de l'une opte, pour la poursuite de la licence, alors que l'administrateur de l'autre choisit la rupture³⁸⁸.

Bien d'autres obligations, relatives aux modalités d'exploitation des droits de propriété intellectuelle peuvent être mises à la charge du licencié³⁸⁹. Quoiqu'il en soit, l'ensemble de ces obligations auront vocation à s'appliquer à la continuation du contrat de licence, et à s'imposer aux cocontractants, donneur de licence et licencié, soumis au traitement judiciaire des difficultés des entreprises mais ne nécessitent pas un développement particulier dans cette présente étude.

2. L'obligation de paiement des redevances

156. La licence de brevet ou de marque, prévoit que l'une des obligations essentielles du licencié, consiste à s'acquitter de la rémunération prévue au contrat³⁹⁰. L'administrateur peut voir sa responsabilité engagée pour faute, envers le cocontractant ou même envers le débiteur, s'il prenait sa décision de poursuite du contrat de licence de façon trop hâtive, sans avoir pris les précautions utiles. Si le contrat est à exécution successive, comme c'est le cas pour la licence, ces précautions doivent être prises à chaque échéance. Il lui appartient de mettre fin au contrat poursuivi, dès lors qu'il se rend compte qu'il ne dispose pas des fonds nécessaires pour honorer la prochaine échéance.

À cet égard, il ressort de la lettre du texte de l'article L. 622-13 II que « lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour l'administrateur à obtenir par le cocontractant du débiteur, des délais de paiement ». Il s'agit ici d'une exception à l'exécution pure et simple du contrat de licence, puisque le

³⁸⁷ Par esprit frauduleux on entend les manœuvres d'un licencié qui se servirait de la marque en licence comme une marque d'appel pour ses propres produits (En ce sens J.J. BURST, *op. cit.*, n° 368. - J. AZEMA, *Le droit français de la concurrence*, PUF n° 66. - MERCADAL et JANIN, *Les contrats de coopération inter-entreprises*, éd. F. Lefebvre, n° 814. - CA Paris, 8 avr. 1964 : JCP G 1964, II, 13876, note Plaisant. - contra P. MATHELY, *op. cit.*, p. 334

³⁸⁸ F. DERRIDA, P. GODE, J.P SORTAIS, n° 401, note 1642, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises* : Dalloz, 3^{ème} éd., 1991

³⁸⁹ Quelques exemples relatifs à la licence de brevet : l'approvisionnement exclusif, le respect de certaines normes qualitatives, le marquage de produits brevetés ou encore la communication des perfectionnements développés par le licencié. Les clauses les plus fréquentes que l'on peut trouver dans les contrats de licence de marque sont : des clauses imposant des conditions de fabrication de l'objet marqué, délimitant la jouissance du licencié à un certain domaine, obligeant le licencié à respecter certaines normes de fabrication, mais aussi des clauses qui imposent des restrictions relatives à la distribution des objets marqués.

³⁹⁰ Cass. com., 9 mars 2010, n° 09-10571

paiement des redevances au comptant s'impose, quels que soient les délais qui avaient pu être prévus dans la convention³⁹¹.

En effet, le licencié peut éprouver des difficultés liées au paiement des redevances, et peut préférer se référer aux accords contractuels antérieurs. L'avant projet de l'ordonnance de du 18 décembre 2008 avait précisément envisagé cette situation. Et comme, le suggérait un auteur, le projet avait pour objectif de privilégier en cas de sauvegarde la liberté contractuelle, en maintenant, le cas échéant, l'application des stipulations contractuelles relatives à l'échéance³⁹². Selon Madame le Professeur Pérochon, cette règle est contraire au principe de non-déchéance du terme, à l'objectif de sauvegarde puisqu'elle assure au créancier un paiement plus rapide, paradoxalement que si le débiteur était in bonis et à l'objectif de la réforme de 2008 de rendre la sauvegarde plus attractive en la différenciant mieux du redressement judiciaire³⁹³. Le texte soumis à consultation prévoyait ainsi, que le paiement devait se faire « conformément aux stipulations contractuelles ». Mais, selon une partie de la doctrine, cette mesure imposait au titulaire du droit d'option une surveillance rigoureuse et la constitution d'éléments justificatifs, afin d'éviter une mise en jeu de sa responsabilité³⁹⁴. En définitive, l'on peut regretter que la réforme de 2008 ainsi adoptée ait maintenu la règle antérieure du paiement comptant³⁹⁵, règle qui est commune aux procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires.

157. Le législateur a finit par entendre ces observations puisque l'ordonnance n° 326-2014 du 12 mars 2014, réformant le droit des entreprises en difficulté modifie l'article L. 622-13, II du Code en créant un régime particulier de continuation des contrats en cours propre à la sauvegarde. Jusqu'à l'intervention de la réforme, le même régime s'appliquait en sauvegarde et en redressement. Le contrat sur droits de propriété intellectuelle devait par conséquent être continué selon les conditions contractuelles, sous une réserve importante : le bénéficiaire du droit d'exploitation, débiteur devait payer la contrepartie du contrat continué au comptant. Autrement dit, si l'exploitant des droits, bénéficiait avant le jugement d'ouverture de délais de paiements, ces délais étaient supprimés. Ce dernier était alors plus mal traité que le cocontractant de droit commun, alors que par hypothèse il rencontrait des

³⁹¹ Y. CHAPUT, La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises : JCP E 1994,I, 381

³⁹² J.L. VALLENS, Les « effets pervers » de la loi de sauvegarde des entreprises, RTD Com. 2007 n° 604

³⁹³ F. PÉROCHON, entreprises en difficulté, op. cit., n° 712, p. 356

³⁹⁴ A. LIENHARD, code des procédures collectives, commentaire sous article L. 622-13

³⁹⁵ Ph. ROUSSEL GALLE, RPC 2009-1, p. 55, n° 6

difficultés³⁹⁶. La solution peut trouver une justification en redressement judiciaire, car le débiteur est en état de cessation des paiements, ce qui fait courir un risque de non-paiement de la contrepartie du contrat continué à son partenaire contractuel. Cependant cette explication ne vaut pas pour la sauvegarde. Désormais le législateur prévoit au second alinéa du II de l'article L. 622-13 qu'« au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires » pour remplir cette obligation. Le texte supprime la phrase selon laquelle « lorsque la prestation du débiteur porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant ». La disposition ne vaut que pour la procédure de sauvegarde. En revanche, le paiement, en redressement judiciaire, continue à devoir intervenir au comptant. C'est ainsi qu'est modifié l'article L. 631-14 qui bénéficie de l'adjonction d'un nouvel alinéa au terme duquel est prévu que la contrepartie du contrat continué doit être payée au comptant, sauf obtention de délais de paiements accordés par le cocontractant.

L'obligation des paiements des redevances ne soulève pas de problèmes particuliers. Néanmoins, les modalités de calcul peuvent varier : les redevances peuvent être calculées sur le bénéfice, sur le nombre d'unités vendues, ou bien encore par le biais d'un pourcentage attaché au chiffre d'affaires réalisé³⁹⁷.

158. En matière de licence de marque, lorsque les redevances sont calculées sur le chiffre d'affaires, son assiette doit être précisée. La question se pose alors de savoir s'il s'agit de celui réalisé grâce à la seule exploitation de la marque, ou bien est-t-il nécessaire de prendre en compte tout le chiffre d'affaires du licencié ? Compte tenu de la possibilité donnée au licencié d'exploiter d'autres marques, cette précision, n'est pas complètement accessoire. En effet, le mode de calcul peut avoir pour conséquence d'aggraver la situation du débiteur, à un moment où des mesures sont mises en œuvre pour tenter de le sauver. La jurisprudence admet à cet égard, qu'en l'absence de stipulations contractuelles, le chiffre d'affaires à prendre en compte est le chiffre d'affaires global³⁹⁸. Alors que dans le même temps, la Cour de justice européenne annule des contrats de licence pour indétermination du prix³⁹⁹, faute d'avoir

³⁹⁶ P.M. LE CORRE, Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté, D. 2014, p. 733

³⁹⁷ V. FORTIER, Le prix proportionnel, thèse Montpellier 1986

³⁹⁸ CA Paris, 20 mai 1986 : PIBD 1986, n° 398, III, p. 331 ; *JCP E* 1986, II, 286

³⁹⁹ CJCE, 17 jan. 2012, C510/10

précisé quel était le chiffre d'affaires retenu. La position de la jurisprudence française peut paraître regrettable, au regard de la situation du licencié.

Une autre difficulté tient au fait de savoir si le paiement serait maintenu dans le cas où le contrat serait rompu postérieurement à l'option de l'administrateur ?

159. Le contrat peut être résolu de façon anticipée, soit parce que la résolution judiciaire est demandée, soit parce que le contrat est annulé, du fait de la disparition du droit. Dans le premier cas, l'obligation de paiement est maintenue jusqu'à une date décidée par le tribunal qui correspond à la date retenue pour la résolution⁴⁰⁰, dans le second cas, le contrat de licence étant un contrat à échéance successive, «l'annulation ne peut avoir pour résultat d'imposer au juge de faire abstraction de l'exécution du contrat», le remboursement des redevances déjà versées ne sera, généralement pas imposé par le juge⁴⁰¹. Mais cette difficulté mérite néanmoins d'être précisée.

❖ Les restitutions en cas d'annulation de la licence

160. Il convient de préciser, compte tenu de ce qui précède, qu'en cas d'annulation, chacune des parties doit alors restituer à l'autre ce qu'elle a reçu : il y aura lieu à des restitutions réciproques. En principe, chacun doit restituer exactement ce qu'il a reçu, à raison du contrat annulé : prix de cession de la marque ou du brevet, redevances de licence, etc. Toutefois, certaines prestations non restituables en nature, posent problème, particulièrement lors d'une procédure collective. En droit des brevets, la jurisprudence estime que les redevances versées resteront acquises au concédant⁴⁰². En droit des marques, la jurisprudence est très rare, néanmoins, on relèvera une décision d'annulation d'un contrat de licence et dans laquelle la restitution des redevances perçues par le concédant, depuis la conclusion du contrat fut ordonnée ; ce jugement s'explique par le fait que la marque avait été annulée un mois après la conclusion du contrat, le licencié n'avait donc pas réellement utilisé la marque⁴⁰³.

Toutefois, il est nécessaire de souligner que le licencié ne peut pas restituer en nature la jouissance de la marque annulée. Pourtant, l'on considère en général que le licencié d'une marque a joui de la chose durant un certain temps, ayant vendu des produits marqués et doit

⁴⁰⁰ CA Paris, 7 juin 1962 : Ann. propr. ind. 1962, p. 68

⁴⁰¹ Cass. 3e civ., 27 mai 1970 : Bull. civ. III, n° 273, en droit des brevets J.-J. BURST, *op. cit.*, p. 282 à 285

⁴⁰² TGI Toulouse, 21 juill. 1975 : D. 1976, p. 262, pour une restitution de redevances en cas de nullité du contrat : Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-13.916

⁴⁰³ CA Versailles, 9 déc. 1987 : Cah. dr. entr. 1988/2, p. 40, note J.-J. BURST

donc au concédant une indemnité, non au titre du contrat, mais au titre d'une occupation de fait, pendant laquelle le concédant ne l'a pas empêché d'exploiter. La licence étant assimilée au contrat de bail, il a pu être décidé par la jurisprudence, qu'il appartient au juge de déterminer la valeur de l'avantage économique, représentée par la jouissance du bien, en l'occurrence du droit de propriété industrielle entre la conclusion du contrat, et l'annulation, sans référence au prix effectivement payé. La Cour de cassation a ainsi censuré un arrêt ayant ordonné la restitution totale des redevances, au motif que la nullité de la licence « n'a pas pour conséquence de priver rétroactivement de toute cause la rémunération mise à la charge du licencié en contrepartie des prérogatives dont il a effectivement joui »⁴⁰⁴. Mais le juge peut estimer que la somme payée correspond exactement à la prestation non restituable, par exemple, à la jouissance de la marque dont a bénéficié le licencié, jusqu'à la décision d'annulation. Dans ce cas, il n'y a pas lieu non plus à restitution des redevances perçues par le titulaire du droit⁴⁰⁵.

Les parties peuvent, à cet égard prévenir contractuellement le problème, en stipulant que, quelle que soit la cause de disparition du contrat, les redevances déjà versées resteront acquises au concédant⁴⁰⁶. Ces précisions seront particulièrement utiles lors de la procédure collective du licencié, dans laquelle, les règles de la continuation du contrat imposeront de se référer aux stipulations contractuelles. Les clauses du contrat traitent aussi parfois des conséquences de l'annulation, en limitant ou en supprimant les restitutions. Ainsi, en présence de la clause mettant le contrat « aux risques et périls » du licencié, celui-ci ne pourra demander, ni la restitution du prix payé, ni des dommages et intérêts. Pareilles clauses rendent le contrat aléatoire, en incluant l'acceptation du risque d'inexistence de l'objet⁴⁰⁷.

Les contrats envisagent parfois les conditions de l'annulation, par une clause dite « de non-contestation », par laquelle, l'une des parties renonce à agir en nullité du brevet ou de la marque objet du contrat. La Cour de cassation admet la validité de telles clauses au regard du droit des contrats⁴⁰⁸. La clause de non-contestation peut en revanche tomber sous le coup de l'article 81 du Traité CE prohibant les ententes anticoncurrentielles⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ A propos de la nullité d'un contrat de licence de brevet, Cass. com., 28 janv. 2003, Propr. ind. mai 2003, n° 36, p. 19, note RAYNARD

⁴⁰⁵ Ass. Plén., 17 fév. 2012, D. 2012, p. 715 ; JCP G 2012, 444, note J. RAYNARD

⁴⁰⁶ En droit des brevets cette solution est depuis longtemps retenue : P. ROUBIER, *op. cit.*, t. II, n° 189. - A. CHAVANNE : RTD com. 1961, p. 75, n° 4. - J.-J. BURST, *op. cit.*, p. 264

⁴⁰⁷ Cass. com., 11 mars 1986, préc. ; J.-J. BURST, La portée de la clause de non-garantie dans les contrats de cession de brevet d'invention en cas d'annulation du brevet, D. 1976, chron. 115

⁴⁰⁸ Cass. com., 11 mars 1986, D. 1987, somm. 134, obs. MOUSSERON et SCHMIDT

⁴⁰⁹ V. Décis. n° 90/186/CEE du 23 mars 1990, JOCE n° L 100, 20 avr.

Le jeu contractuel fonctionne à bien des égards comme si le licencié en cessation de paiements était *in bonis*. Cela est également valable en cas d'inexécution des obligations contractuelles.

3. L'inexécution d'une des obligations

161. L'inexécution du contrat pour une cause autre que financière après le jugement d'ouverture n'entraîne pas sa résiliation de plein droit mais, autorise seulement le cocontractant à en demander judiciairement la résiliation. L'option en faveur de la continuation reste donc irrévocable, comme sous le régime initial de la loi de 1985⁴¹⁰. Autrement dit, le titulaire du droit d'option s'engage à respecter le contrat, et ne dispose d'aucune liberté concernant les modalités d'exécution. Le droit commun reprend son empire, et tout l'arsenal des sanctions prévues par lui ont vocation à s'appliquer, dans la mesure où elles ne contreviennent pas aux règles d'ordre public de la procédure collective.

L'inexécution des obligations des parties au contrat de licence est sanctionnée par les voies de droit commun, lorsque l'exécution n'est pas conforme aux stipulations. Le donneur de licence recouvre alors la possibilité de demander, et même, de voir appliquer certaines mesures, telle que la résolution judiciaire ainsi que l'allocation de dommages et intérêts dont le montant devra être déclaré au passif⁴¹¹. Il peut également user de l'exception d'inexécution et même demander la résiliation du contrat⁴¹². Bon nombre de raisons peuvent couvrir les cas de rupture du lien contractuel postérieurement à l'option de l'administrateur. La jurisprudence a décidé qu'il en était notamment ainsi, en cas de manquement à l'obligation d'exclusivité dans un contrat de concession⁴¹³. De même que le défaut de paiement du prix justifie la résiliation du contrat⁴¹⁴, le défaut d'exploitation d'une marque, constitue une faute grave, puisqu'il fait courir au titulaire de la marque, le risque d'être déchu de son droit. Des clauses de déchéance d'exclusivité aux torts du concédant⁴¹⁵, plus fréquemment du licencié⁴¹⁶, ou aux

⁴¹⁰ M.-J. CAMPANA, « Les effets de la poursuite des contrats en cours », in « Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire », rev. jurisp. Com. n° sp. Nov. 1992, p. 55 à 57 sp. n°6

⁴¹¹ Conformément à l'article L. 622-24 du code de commerce

⁴¹² Cass. req., 18 mars 1929, Ann. propr. ind. 1929.358 ; CA Paris, 24 juin 1912, Ann. propr. ind. 1913.1.55 ; T. civ. Seine, 23 juin 1933, Ann. propr. ind. 1934.33

⁴¹³ Cass. com., 11 oct. 1994, n° 92-17. 599 :Juris-Data n° 1994-001863 ;JCP G 1994, IV, 2495 ;JCP E1995, I, 417 ; JCP G1995,I, 3815, n° 15, obs. P. PETEL

⁴¹⁴ Cass. com., 5 oct. 1993, « Carven », Bull. Civ. IV, n° 309, p. 223, PIBD 1994, n° 560-III-86.

⁴¹⁵ CA Paris, 19 déc. 1929, Ann. propr. ind. 1930.143 ; CA Paris, 13 janv. 1978, PIBD 1978.222. III. 343

⁴¹⁶ CA Paris, 20 juin 1922, Ann. propr. ind. 1922.353 ; Cass. com., 15 juill. 1969, Bull. civ. IV, n° 267)

torts réciproques des deux parties⁴¹⁷, peuvent également être prononcées. Si le débiteur, bénéficiaire ‘un droit d’exploitation continue à exploiter le brevet après la résiliation, il se rend coupable de contrefaçon⁴¹⁸.

❖ Paiement au comptant des redevances

162. Désormais depuis l’adoption de l’ordonnance du 13 mars 2014, le contrat de licence qui est un contrat à exécutions successives, fera l’objet d’un paiement aux termes convenus, paiement qui se fera en redressement judiciaire au comptant, sauf si l’administrateur demande et obtient des délais de paiement du cocontractant⁴¹⁹. En revanche, en procédure de sauvegarde le texte ne faisant plus allusion au paiement comptant, dispose que l’administrateur doit s’assurer qu’il dispose des fonds nécessaires pour accomplir cette obligation. Aussi convient-il de considérer que si la redevance constituant la contrepartie de la licence poursuivie n’est pas payée au comptant, il y a lieu, à la résiliation de plein droit⁴²⁰, « sanction dont la brutalité justifie qu’elle ne s’applique qu’à l’inexécution particulièrement tangible qu’est le non-paiement d’une somme d’argent »⁴²¹. À côté de la faculté de résiliation pour inexécution anticipée faite à l’administrateur⁴²², la loi du 10 juin 1994 prévoit une faveur faite au cocontractant. L’article L. 632-13, III, 2° prévoit la résiliation de plein droit du contrat « à défaut de paiement dans les conditions définies au II » et d’accord du cocontractant de poursuivre les relations contractuelles. Ainsi faut-il considérer que la licence régulièrement poursuivie est automatiquement résiliée en cas de défaut de paiement au comptant. Il est néanmoins nécessaire de souligner que, conformément à la nouvelle rédaction de l’article L. 631-14 alinéa 4, donnée par la réforme de 2014, cette exigence qui valait autrefois pour toutes les procédures, ne vaut désormais que pour le redressement judiciaire. La résiliation de plein droit étant une mesure protectrice du cocontractant et incitatrice pour le débiteur et l’administrateur d’exécuter correctement le contrat, elle peut cependant être écartée, si le donneur de licence accorde des délais de paiement. Ainsi compte tenu des nouvelles dispositions, il conviendrait d’estimer que la résiliation de plein droit pour défaut de

⁴¹⁷ Cass. com., 4 nov. 1958, Bull. civ. III, n° 372 ; CA Paris, 22 mai 1973, Ann. propr. ind. 1974.205 ; TGI Paris, 5 févr. 1985, PIBD 1985.371. III. 184 ; CA Paris, 31 oct. 1955, Ann. propr. ind. 1957.427

⁴¹⁸ Cass. req., 29 janv. 1907, DP 1912.1.396, note C. CLARO

⁴¹⁹ Article L.622-13 II al. 2 du code de commerce

⁴²⁰ Depuis l’ordonnance du 18 décembre 2008 cette solution est reproduite à l’article L. 622-13-III al. 2 pour la procédure de sauvegarde, rendue applicable en redressement judiciaire par l’article L. 631-14, alinéa 1, et en liquidation judiciaire par l’article L.641-11-III alinéa 2

⁴²¹ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°716, p. 358

⁴²² V° notre thèse, n° 135, p. 119

paiement au comptant, ne pourrait intervenir qu'en cas de redressement judiciaire du bénéficiaire des droits d'exploitation des propriétés intellectuelles. Quoi qu'il en soit qu'il s'agisse d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, l'entreprise défaillante bénéficiaire de la licence, a l'obligation de payer les redevances dues à l'échéance ou au comptant, à défaut de quoi le débiteur encourt la résiliation du contrat. En cas de résiliation de la licence, la créance d'indemnité aura une nature antérieure dont le montant devra être déclaré au passif. En revanche, les redevances impayées à leur échéance, après la décision de continuation de l'administrateur, constituent elles des créances postérieures privilégiées. Le bénéfice du privilège institué par l'article L. 622-17 II est désormais subordonné à une condition de déclaration.

II. Le contrat d'édition

163. Le contrat d'édition est le contrat le plus usité des propriétés artistiques et certainement des mieux réglementé. Il possède un statut très particulier, au sein des contrats relatifs au droit d'auteur, que l'éditeur est amené à négocier très fréquemment. Le législateur, dans un souci de protection des auteurs, s'est en effet attaché à limiter la liberté contractuelle des éditeurs, et à entourer la conclusion d'un contrat d'édition de nombreuses conditions⁴²³. L'article L.131-4 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle précise que « la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle... ». Il est indispensable que soient indiqués les droits patrimoniaux : droit de reproduction et droit de représentation cédés.

En cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'éditeur, l'administrateur devra vérifier avec beaucoup d'attention et de précaution « le champ d'exploitation des droits cédés ». En effet, si le contrat ne se réfère, par exemple, qu'au seul droit de reproduction, cela signifie que l'éditeur ne touchera aucune redevance en cas d'utilisation scénique de l'œuvre qu'il a publiée, telle qu'une adaptation théâtrale, récitation, etc. Il lui appartient, en ce cas, de mesurer l'intérêt économique et les retombées financières d'une telle poursuite, autrement dit, statuer sur le fait de savoir s'il s'agit d'un contrat rentable, « digne » d'être poursuivi. Pour reprendre une excellente formule de Desbois⁴²⁴, le contrat d'édition se doit de répondre aux questions suivantes : Quoi ? Comment ? Pour qui ? Pour quoi ? Quand ? Où ? Cette détermination des droits cédés, et de leur champ d'exploitation, est indispensable dans tous

⁴²³ A.FRANCON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », D. 1976, Chronique p. 55 ; P-Y. GAUTIER, « Le cédant malgré lui : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles », D. aff., 1995, n° 6, p. 123 ; E. PIERRAT, Le droit d'auteur et l'édition, Edition du cercle de la librairie, p. 185

⁴²⁴ H. DESBOIS, Le droit d'auteur en France, Dalloz 1978, 3^e éd.

contrats d'édition, et servira de base, pour justifier la décision de l'administrateur. Que celui-ci prévoit une rémunération forfaitaire ou proportionnelle, l'administrateur se fondera sur l'étendue des droits cédés, et l'importance de leur champ d'exploitation.

« L'étendue » qui désigne les procédés d'exploitation envisagés, lui permettra d'en mesurer les perspectives⁴²⁵, ainsi, par exemple, si le contrat est conclu seulement pour un format déterminé, l'éditeur n'est pas autorisé à publier en un format différent⁴²⁶.

164. La mention de la « durée » du contrat de cession est également une donnée très importante. Il existe à ce propos, des contrats valables pour toute la durée de la propriété littéraire et artistique. L'ensemble de ces indications permettront à l'administrateur de prendre une décision, relative à la continuation des contrats d'édition, éclairée et réfléchie, et d'en poursuivre postérieurement l'exécution aux conditions normales.

165. La législation spéciale du droit des auteurs et des artistes a un sens parfaitement orienté. D'une manière générale, le cadre contractuel doit permettre de s'assurer de la protection du créateur, de son consentement éclairé réfléchi, et du scrupuleux respect de ses droits. Le contrat d'édition, que nous avons choisi ici d'étudier, possède un statut particulier au sein des contrats relatifs au droit d'auteur. Le législateur, soucieux de protéger les auteurs, s'est attaché à limiter la liberté contractuelle des éditeurs soumis à une procédure collective. La continuation du contrat d'édition, implique que soient mises à la charge de l'éditeur deux obligations, que sont : la publication (1), d'une part, et le paiement (2), d'autre part. Mais il nous faut déceler également les effets en cas d'inexécution (3).

1. Publication

166. Aux termes de l'article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle, définissant le contrat d'édition, il appartient à l'éditeur « de fabriquer ou faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre [...] et d'en assurer la publication et la diffusion. ». À ce titre, il lui appartient de respecter la forme prévue, sans qu'il puisse, par exemple, fractionner en plusieurs volumes l'ouvrage prévu en un seul⁴²⁷. L'entreprise d'édition en difficulté ne pourra se soustraire à son obligation d'impression, en revanche, il lui est souvent imposé un délai de publication, qu'elle se doit de respecter. A titre d'exemple, les juges considèrent

⁴²⁵ De nombreuses utilisations de l'œuvre peuvent être envisagées par le contrat : poche, club, édition illustrée, en fascicule, adaptation musicale, traduction, etc. autrement dit cela lui indiquera quelles sont les utilisations de l'œuvre envisagées par le contrat.

⁴²⁶ E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'éditeur*, *op. cit.* p. 191

⁴²⁷ TGI Paris, 5 juin 1987, *Cahiers de droit d'auteur*, janvier 1988, p. 14

d'ailleurs, qu'un délai relativement bref doit être observé, s'agissant d'un livre d'actualité qui risque d'être rapidement dépassé⁴²⁸. L'article L.132-17 al. 2, précise à cet égard que « la résiliation a lieu de plein droit, lorsque, sur mise en demeure de l'auteur lui imposant un délai convenable, l'éditeur n'a pas procédé à la publication de l'œuvre ».

167. En outre, l'exploitation doit être permanente et suivie. Après la publication proprement dite, conformément à ce qui est prévu par le Code, « l'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre, une exploitation permanente et suivie, et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession ». À défaut de cette exploitation permanente, l'entreprise d'édition défailante s'expose à une résiliation à ses torts. Afin de déterminer le contenu exact de cette obligation, il convient d'étudier distinctement les deux genres d'exploitation à savoir : l'édition littéraire (a) et musicale (b).

a. L'édition littéraire

168. Outre le droit moral, conservé par l'auteur et devant scrupuleusement être respecté par l'éditeur, le champ contractuel comporte un objectif bien précis, qui consiste, pour reprendre le raisonnement de Capitant : à faire *fructifier* le bien vendu. Ainsi l'éditeur, conformément à ce qui est prévu en cas de continuation de contrat, a l'obligation de livrer l'œuvre au public, de manière régulière, aussi longtemps qu'elle reste susceptible de lui plaire. L'éditeur devra alternativement, afin de limiter les coûts et ne pas aggraver la situation de laquelle il peine à se sortir, proposer des opérations promotionnelles, solliciter des producteurs de films, afin que ceux-ci relancent l'exploitation en cas d'adaptation, et utiliser une diffusion depuis son portail internet...etc.

169. S'agissant d'une obligation de moyens renforcée, l'auteur n'aura qu'à prouver que l'exploitation est quasi-inexistante pour que l'éditeur soit présumé responsable. Celui-ci pourra néanmoins s'exonérer, en prouvant son absence de faute. La jurisprudence estime généralement, que l'éditeur commet une faute, lorsqu'il ne procède pas à la correction de nombreuses erreurs orthographiques laissées par l'auteur⁴²⁹. Il s'agit là d'une obligation qui s'inscrit naturellement dans le rôle de la maison d'édition. Les tribunaux rejettent les clauses qui laissent à l'éditeur, le pouvoir d'apprécier unilatéralement si un manuscrit est publiable. Toutefois si le manuscrit se révèle véritablement impubliable, pas assez travaillé, non

⁴²⁸ CA Paris, 12fév. 2003, Rev. Internationale du droit d'auteur, juillet 2003, p. 307, obs. A.KEREVER

⁴²⁹ CA Paris, 4 fév. 1988, D. 1989, Somm. Comm. p. 49

structuré, etc.-, l'éditeur et son administrateur pourront demander et obtenir la résiliation du contrat en justice⁴³⁰. Si cette décision vient à fait naître des dommages et intérêts, ils devront être versés à l'entreprise défailante, à l'inverse si une résiliation assortie de dommages et intérêts est prononcée à l'encontre de la maison d'édition, ces sommes devront être déclarées au passif.

b. L'édition musicale

170. L'obligation d'exploitation diffère de sa conception traditionnelle, en effet, celle-ci ne porte essentiellement que sur la reproduction graphique, autrement dit, il s'agit généralement de l'impression sur un support multimédia, avec les obligations accessoires de diffusion, publicité et réimpression. La question se pose de savoir, si l'éditeur a l'obligation de sortir, sous la forme d'un phonogramme l'œuvre que son auteur lui a cédée. Si cette obligation lui incombe, il devra sous-traiter le façonnage ou réaliser également le travail du producteur. En réalité, aujourd'hui, ce sont les producteurs qui se font éditeurs et assument cette obligation. À dire vrai, cette question n'a un intérêt particulier, au regard de notre sujet, que du point de vue des petits éditeurs, aussi nous nous y intéressons en prenant l'hypothèse de la procédure collective d'une petite maison d'édition.

Fréquemment les petites maisons d'éditions, créées depuis de nombreuses années, sont dépassées par les prouesses technologiques accomplies par l'industrie musicale, bien souvent cette situation peut entraîner des difficultés économiques. Dans cette impasse, la maison d'édition défailante peut alors être l'objet d'assignation par des auteurs, pouvant lui reprocher l'absence de publicité de leurs œuvres, mais également l'absence de sortie d'un disque, voire même le fait qu'il ne reste que quelques vieux formats en stock, etc. L'importance de cette question mérite d'être soulignée, en effet, l'obligation selon laquelle il appartient à l'éditeur de trouver un producteur est-elle une obligation de moyens ou de résultat ?

171. D'une manière générale, la jurisprudence applique aux éditeurs musicaux les mêmes règles que celles qui sont appliquées aux éditeurs d'ouvrages traditionnels. En d'autres termes, les dispositions des articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code de la propriété intellectuelle mettent à la charge de l'éditeur les obligations d'assurer à l'œuvre, conformément aux usages de la profession, une exploitation permanente et suivie, cette obligation, incombe

⁴³⁰ E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, 3^e éd. 2005, p. 209

naturellement à l'éditeur en procédure collective, dans le cadre de la continuation du contrat. Les juges du fond ont précisé à cet égard, que « L'éditeur a l'obligation d'effectuer les diligences requises pour faire vivre l'œuvre tant que celle-ci peut être exploitée ». La résiliation du contrat d'édition musicale, aux torts de l'éditeur, peut être demandée et prononcée, dès lors que celui-ci a fait preuve de carence, et manqué à son engagement contractuel d'assurer une exploitation permanente et suivie de l'œuvre. Ce dernier ne doit pas se contenter d'une exploitation graphique et phonographique de caractère ancien. En l'espèce, la juridiction saisie en appel a estimé que l'éditeur n'a pas mis en œuvre tous les moyens techniques dont il disposait, pour promouvoir les œuvres, en assurer la publicité et soutenir, par des démarches actives et dynamiques, les initiatives développées par l'artiste interprète, cette passivité étant d'autant moins justifiée « qu'il ne s'agit pas d'œuvres mortes pour lesquelles le public manifesterait un désintérêt total et avéré »⁴³¹. L'auteur pourra ainsi rapporter la preuve de son dommage en démontrant que le disque n'est pas sorti, que les formats ne sont pas réédités voir que la publicité est inexistante. L'éditeur défaillant pourra être tenu pour responsable ; si toutefois cette responsabilité fait naître des dommages et intérêts, ils devront être déclarés au passif. Cependant à l'impossible nul n'est tenu, aussi l'entreprise en difficulté pourra tenter de prouver, que tous les moyens d'un professionnel diligent ont été mis en œuvre, et d'échapper à cette responsabilité.

En outre, il est nécessaire de souligner qu'avec les utilisations de plus en plus dématérialisées des œuvres musicales, la maison d'édition, en procédure collective, sera appelée à adopter un rôle moteur dans l'exploitation des œuvres, à moins qu'elle ne s'efface totalement au profit de nouveaux intervenants, comme des sociétés spécialisées dans la gestion informatique des droits.

⁴³¹ CA Paris, 4^e ch. A., 13 mars 2002, Aufray c/ Koher, Juris-Data n° 174174 confirmation partielle de Tribunal de grande instance de Paris, 3^e chambre, 15 septembre 1999 Un chanteur a demandé la résiliation des contrats d'édition et de cession de ses droits d'exploitation portant sur plusieurs de ses titres musicaux, aux motifs que la société d'édition cessionnaire avait fait preuve de carence et manqué à son obligation d'assurer une exploitation permanente et suivie de l'œuvre. La cour d'appel confirme la décision du TGI et rappelle que la cession des droits patrimoniaux entraîne pour la société d'édition musicale une obligation renforcée de mettre en œuvre tous les moyens techniques à sa disposition pour assurer l'exploitation normale de l'œuvre, en application de l'article L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle ; en outre, cette obligation ne saurait se limiter à l'exploitation graphique de l'œuvre. L'éditeur a pour obligation d'effectuer les diligences requises pour faire vivre l'œuvre tant que celle-ci peut être exploitée (notamment en faisant de la promotion pour l'œuvre, en assurant sa publicité et en soutenant les initiatives développées par l'artiste interprète).

2. Le paiement du prix

172. Compte tenu des enjeux qu'une telle fixation peut représenter pour l'auteur, le prix de vente est généralement fixé unilatéralement par l'éditeur, qui en informe préalablement son cocontractant.

Tout d'abord il incombe à l'éditeur de communiquer périodiquement à l'auteur toutes informations sur l'état des stocks, des ventes, des tirages accompagnés du paiement correspondant à sa part de redevances, avec toutes justifications du calcul.

Les modalités de paiement sont primordiales pour l'auteur, le règlement doit être fait en temps et en heure. En outre, l'éditeur sérieux se doit de dresser une bonne réédition des comptes.

S'il n'exécute pas ou seulement de manière incorrecte, l'auteur pourra l'y contraindre au besoin par voie de référé.

173. En outre, le paiement des redevances est assorti d'une garantie. L'on pourrait s'interroger sur son sort, en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'éditeur. En effet, l'article L.131-8 du Code de la propriété intellectuelle dispose « En vue du paiement des redevances et rémunérations qui leur sont dues pour les trois dernières années, à l'occasion de la cession, de l'exploitation ou de l'utilisation de leurs œuvres, telles qu'elles sont définies à l'article L.112-2 du présent Code, les auteurs, compositeurs et artistes bénéficient du privilège prévu au 4° de l'article 2331 et à l'article 2375 du code civil ». Cela signifie que toutes les sommes qui peuvent être dues à l'auteur par ceux qui ont fait usage de son œuvre, sont concernées par le privilège.

Il en va principalement ainsi du prix contractuellement négocié avec l'exploitant⁴³². Mais il convient d'ajouter à cela, les sommes dont un exploitant, ou un contrefacteur serait redevable à l'égard de l'auteur. Ce rapprochement s'explique par le caractère alimentaire des salaires et des droits d'auteur, Fernay disait déjà à leur propos que « l'auteur est le salarié automatique, permanent et perpétuel de quiconque utilise son œuvre »⁴³³. Le privilège de l'article L.131-8 ne bénéficie qu'aux auteurs⁴³⁴ et à leurs ayants droits⁴³⁵. Une importante

⁴³² Cass. 1^{er} civ., 1^{er} mars 1988, « Geniteau », bull. civ., I, n° 60, D., 1989, somm. 50, obs. COLOMBET ; 28 mai 1991, « Brocherie », bull. Civ. 1^{er}, n° 171 ; J. MESTRE, E.PUTMAN et M.BILLIAU, *Traité de droit des sûretés*, LGDJ 1996, t. II, n° 586

⁴³³ FERNAY, *Droit d'auteur, salaire et droit de grève*, RIDA oct. 1963, p. 31 ; TC Toulon, 10 déc. 1962, Gaz. Pal. 1963.I.153

⁴³⁴ Cass.1^{re} civ., « déc. 2002, n° 2002-01.6834 : Admission du privilège au profit de la société de gestion collective percevant la rémunération équitable prévue par l'article L. 214-1 au profit des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes

remarque doit être apportée à ce propos. En effet, le renvoi de l'article L. 131-8 du Code de la propriété intellectuelle à l'article 2101-4° (2331-4°) du Code civil signifie que la rémunération de l'auteur a même rang que celui des salariés, sous réserve évidemment du superprivilège prévu par l'article L. 3253-2 du Code du travail⁴³⁶.

Il faut alors en déduire, que faute de dispositions en ce sens, les auteurs ne disposent pas d'un superprivilège analogue à celui des salariés, ce qui les aurait placés dans une situation exceptionnellement favorable, en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'exploitant de leur droit⁴³⁷.

L'enjeu sera alors de savoir si les droits d'auteur sont éligibles au traitement préférentiel, réservés à certaines créances postérieures. Une réponse affirmative sera apportée, si l'on considère que les droits d'auteur naissent des ventes réalisées par l'éditeur. En revanche, pour une créance antérieure au jugement d'ouverture, ce dernier passera après le superprivilège, et après les créanciers postérieurs de l'article L. 622-17 du code de commerce.

3. L'inexécution d'une des obligations

174. La législation relative au contrat d'édition, dont la solution a été étendue au contrat de production audiovisuelle⁴³⁸, prévoit que l'éditeur en redressement judiciaire, doit respecter ses obligations à l'égard de l'auteur, tant que le contrat n'a pas pris fin. Le régime légal du contrat d'édition est singulièrement destiné à protéger l'auteur. Tout manquement de l'éditeur risque d'entraîner le prononcé de lourdes sanctions par la justice.

La voie de la résiliation judiciaire est notamment possible, en cas de manquement à l'obligation de l'éditeur de réédition des comptes, dans les temps⁴³⁹, ou si ce dernier tardait trop à fabriquer, autrement dit à exécuter son obligation d'impression. En outre, l'on observe dans les contrats d'auteur ou d'artistes, que même en l'absence de clause résolutoire, l'auteur est en mesure, si l'inexécution s'avère définitive, et qu'il y a urgence ou faute grave, de considérer le contrat résolu, et conclure avec un tiers. S'il y a faute de l'éditeur, l'auteur

⁴³⁵ Pour la SACEM Cass. 1^{re} civ. 28 mai 1991 : Bull. Civ. I, n° 171

⁴³⁶ « Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte, les rémunérations de toute nature dues aux salariés pour les soixante derniers jours de travail sont, déduction faite des acomptes déjà perçus, payées, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée, jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel identique pour toutes les catégories de bénéficiaires. Ce plafond est fixé par voie réglementaire sans pouvoir être inférieur à deux fois le plafond retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale ».

⁴³⁷ A. LUCAS, H-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Lexis-Nexis éd. 2012, n°699, p. 614

⁴³⁸ Article L. 132-20 du CPI

⁴³⁹ CA Paris, 11 juin 1997, « Masson », D.1998, somm. 1993, obs. C.COLOMBET

pourra en outre réclamer des dommages et intérêts. Il peut en être notamment ainsi, si l'auteur prouve que l'éditeur n'assure pas l'exploitation de l'œuvre.

La sanction de l'une ou de l'autre des parties sera normalement la résiliation, pour l'avenir, suivant l'idée, que les rapports de confiance sont détruits, et que la poursuite de l'exécution du contrat d'édition n'est plus envisageable. L'article L.622-17 III, 3° du Code de commerce, tel qu'issu de la rédaction que lui donne l'ordonnance du 18 décembre 2008 prévoit clairement, que si, à la suite de l'option pour la continuation du contrat, celui-ci n'est pas correctement exécuté, cela entraîne sa résiliation. Si la résiliation ou la mise en jeu de la responsabilité de l'éditeur donne naissance à une créance de dommages et intérêts, celle-ci devra être déclarée au passif.

175. En définitive, l'administrateur optera pour la continuation du contrat sur droits de propriété intellectuelle appartenant à des tiers, qui paraîtra indispensable au maintien de l'activité de l'entreprise exploitante, et à la seule condition que celle-ci soit en mesure d'y faire face financièrement. En premier lieu il a pu être observé que cette continuation tend à assurer, malgré les difficultés inhérentes à la propriété intellectuelle, la protection du contrat notamment par l'utilisation de différents procédés juridiques, ayant pour objectif d'éviter la remise en cause des relations contractuelles, valablement formées. En second lieu, l'examen relatif à l'exécution du contrat à travers l'étude consacrée à la licence de droits de propriété industrielle et au contrat d'édition a révélé que la force obligatoire de ces liens contractuels reprend toute sa vigueur. Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté, tente par les moyens qu'il met en œuvre, de garantir la poursuite aux conditions normales du contrat sur droits de propriété intellectuelle.

176. Le titulaire du droit comme le tiers exploitant un droit de propriété intellectuelle soumis à la procédure, continuent l'un comme l'autre à fournir la prestation promise dans un contexte qui malgré tous les aménagements qui tendent à rétablir la situation, se révèle fragile. L'exécution normale du contrat sur propriétés intellectuelles continué, s'effectue conformément aux prévisions contractuelles, avec certaines garanties contractuelles pour le cocontractant mais également « une précarité accrue »⁴⁴⁰. Les contrats continués étant susceptibles de prendre fin dans les conditions du droit commun, mais d'autres hypothèses de ruptures peuvent encore être envisagées témoignant de l'instabilité de lien contractuel. Le

⁴⁴⁰ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n°716, p. 358

droit de la défaillance des entreprises prévoit en effet, deux cas de résiliations l'un à l'avantage de l'administrateur, ayant une faculté de résiliation pour inexécution anticipée, l'autre, en faveur du cocontractant, à défaut de paiement⁴⁴¹. Ces constats témoignent de la fragilité de la situation et nous conduisent à reconnaître que malgré l'importance attachée aux actifs intellectuels et la nécessité de les conserver, en cas de difficultés rencontrées par l'entreprise, « les droits de propriété intellectuelle ne sortent pas indemnes »⁴⁴². À l'issue de ces premières constatations il peut être dressé un bilan en demi-teinte des effets de la continuation des contrats sur droits de propriété intellectuelle appartenant à l'entreprise en difficulté ou dont celle-ci est bénéficiaire d'un droit d'exploitation.

Le principe spécifique du maintien forcé des contrats, pour important qu'il puisse être, n'est pas absolu. Il est en effet des hypothèses dans lesquelles le lien contractuel n'est pas maintenu.

SECTION 2

LES CONTRATS NON CONTINUÉS

177. En matière de continuation des contrats en cours, l'administrateur, quelle que soit la mission qui lui a été confiée par le tribunal, est investi du pouvoir propre et exclusif d'exprimer l'intérêt de l'entreprise. À ce titre, le droit des entreprises en difficulté, institue à son profit un véritable droit potestatif, qui peut se définir comme « le pouvoir par lequel son titulaire peut influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale »⁴⁴³. Le droit d'option suppose, par essence, un choix en vue de supprimer une incertitude qui porte sur le devenir du contrat d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle. Le titulaire du droit peut, dans l'intérêt de l'entreprise, préférer ne pas poursuivre les relations contractuelles qui lient le débiteur à son cocontractant, ce qui produit une modification substantielle de la situation juridique afférente au droit de propriété intellectuelle, objet du contrat. En outre, la règle de la continuation comporte des tempéraments en ce que la continuation des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture n'est pas automatiquement décidée par l'administrateur ou même par le cocontractant qui peut décider de ne pas en poursuivre certains. Ainsi

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² Expression empruntée à Monsieur le Professeur Frédéric Pollaud –Dulian, dans son illustre article « les droits intellectuels dans la tourmente des procédures collectives », *op.cit.*, p. 365

contrairement à ce qu'il se passe lorsque le contrat est continué, l'intérêt du cocontractant évince ici celui de l'entreprise.

Nous constaterons lors de cette étude que la nécessité de sauvegarder l'entreprise et de maintenir son activité commande qu'il soit conféré au titulaire de ces prérogatives légales, un droit exorbitant. Le choix exercé s'avère inefficace dès lors qu'il est question de l'exercer sur des contrats sur droits de propriété intellectuelle achevés (§1), en revanche il reprend toute sa vigueur dans le cas inverse, puisque l'administrateur peut décider implicitement ou explicitement que de tels contrats ne soient pas poursuivis, ce qui implique l'examen des contrats en cours non-continués (§2).

§1. LES CONTRATS ACHEVÉS

178. Tous les contrats ne sont pas voués à être continués⁴⁴⁴. En effet le droit d'option ne pouvant s'exercer que si le contrat est en cours. À contrario, les contrats qui ne sont pas en cours échappent au principe général de la continuation des contrats. Il en va ainsi des contrats sur droits de propriété intellectuelle exécutés ou résiliés antérieurement (A) mais encore du cas de disparition du titre de propriété intellectuelle, objet du contrat (B).

A. CONTRATS SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EXÉCUTÉS OU RÉSILIÉS ANTÉRIEUREMENT

179. Tous les droits intellectuels, sans exception, et indépendamment de leur régime d'appropriation, peuvent faire l'objet d'un contrat de licence. La licence peut avoir pour objet un droit intellectuel ou seulement une ou plusieurs utilités du droit. La jouissance est alors accordée pour une application déterminée, pour une durée déterminée. La licence à durée déterminée qui est arrivée à son terme n'est plus un contrat en cours, et à ce titre ne peut être assujettie au principe de la continuation des contrats en cours⁴⁴⁵. En effet, l'arrivée du terme d'un contrat sur droits de propriété intellectuelle, à durée déterminée met fin automatiquement au contrat et le refus de renouvellement du contrat venu à son échéance en raison par exemple de la défaillance du débiteur dans la fourniture des prestations promises, est un droit

⁴⁴³ I. NAJJAR, « Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral », thèse Paris LGDJ 1967, Préface P. RAYNAUD, n° 100.

⁴⁴⁴ A. LAUDE, « La non-continuation des contrats dans les procédures collectives », in La cessation des relations contractuelles d'affaires, PUAM, 1997, p. 109 ; F. MARCORIG-VENIER, « La rupture des contrats », LPA, 2000, n° 178, p. 21

⁴⁴⁵ Cass. com., 17 fév. 1998, n° 95-13.296, D. aff. 1998, p. 582

contractuel opposable à l'administrateur judiciaire qui doit respecter tous les droits et obligations qui s'attachent aux clauses du contrat. Il faut néanmoins souligner que le droit du cocontractant de ne pas renouveler le contrat sur propriétés intellectuelles ne cède que si l'exercice se révèle en avoir été abusif⁴⁴⁶.

180. En outre, n'est pas un contrat en cours et ne relève pas des dispositions de l'article L. 622-13, un contrat sur droits de propriété intellectuelle dans lequel l'une des parties a totalement exécuté sa propre prestation antérieurement au jugement d'ouverture. Il en va par exemple ainsi, dans l'hypothèse d'un contrat de commande en droit de la propriété littéraire et artistique. Le bénéficiaire du bien intellectuel commandé demeure purement et simplement créancier de l'autre partie, alors même qu'il s'agit du débiteur soumis à une procédure collective, ne dispose d'aucune option, d'aucune liberté de choix : elle doit s'exécuter⁴⁴⁷. En effet la prohibition de la règle de l'interdiction des paiements ne s'oppose pas à l'exécution d'une obligation en nature de la part du débiteur. Le régime des contrats en cours n'a alors pas vocation à s'appliquer.

181. De même, si l'acheteur a payé l'intégralité du prix de cession antérieurement à la soumission du vendeur, cessionnaire d'un droit de propriété intellectuelle à une procédure collective, la vente n'est pas un contrat en cours. Si la délivrance n'a pas eu lieu, l'acquéreur devrait en principe pouvoir l'exiger, cette exigence ne tendant pas au paiement d'une somme d'argent interdit par l'article L. 622-21. Le cessionnaire des droits de propriété intellectuelle soumis à une procédure collective ne dispose en ce cas d'aucune option : il doit délivrer, ou cela lui est interdit selon la jurisprudence que l'on retient. En effet, certaines solutions dégagées par la Cour de cassation ont pu retenir que la demande d'exécution en nature tend au paiement d'une somme d'argent pour cause antérieure⁴⁴⁸.

182. Les contrats définitivement rompus antérieurement à l'ouverture de la procédure ne peuvent être soumis au droit d'option de l'administrateur. Il en va ainsi, si la clause résolutoire de plein droit aura produit ses effets antérieurement à l'ouverture de la procédure collective. On rappellera qu'en matière de bail si le bailleur a acquis la résiliation du bail par une décision passée en force de chose jugée avant le jugement d'ouverture, alors le

⁴⁴⁶ Cass. com., 30 oct. 2000, n° 97-21.339, RJDA 2001, n° 186

⁴⁴⁷ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficultés*, *op. cit.*, n°685, p. 346

⁴⁴⁸ Cass. civ., 3^e, 6 oct. 2010, LEDEN déc. 2010, p. 2, obs. E. MOUIAL-BASSILANA ; Cass. com., 23 jan. 2001, RPC. 2001.247, obs. MACORIG-VENIER ; RTD com. 2002.540, obs. A. MARTIN-SERF

contrat ne peut plus être considéré comme étant en cours, et échappe par conséquent à la décision de l'administrateur.

Le contrat sur droits de propriété intellectuelle peut encore être considéré comme n'étant pas en cours dès lors que le titre de propriété intellectuelle, objet des contrats, vient à disparaître.

B. LA DISPARITION DU TITRE DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, OBJET DU CONTRAT

183. Il est nécessaire d'envisager le sort du contrat en cas d'annulation du droit intellectuel. En effet, la nullité constitue la « sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond qui consiste dans l'anéantissement de l'acte »⁴⁴⁹. De nombreuses causes peuvent être à l'origine de la nullité de l'appropriation, il peut s'agir d'impossibilité de répondre aux critères d'appropriation ou du cas de non-respect des formalités d'appropriation. Une pareille nullité du titre peut encore être constatée dans l'hypothèse dans laquelle, un bien est approprié par brevet mais insusceptible d'exploitation industrielle⁴⁵⁰. En effet, l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle impose qu'une invention soit susceptible d'une application industrielle pour pouvoir bénéficier de ce régime de propriété. Burst retient qu'un brevet nul, ne peut donner lieu à un contrat valable faute d'objet et de cause⁴⁵¹. Il en va de même pour les autres régimes d'appropriation d'un droit de propriété intellectuelle. L'annulation du titre de propriété intellectuelle emporte annulation rétroactive de toutes les conventions ayant eu pour objet le droit de propriété intellectuel. En pareille hypothèse, le contrat ne peut être considéré comme étant en cours et échappe à la volonté de l'administrateur.

À cet égard, il convient de préciser qu'il existe une différence entre la nullité du titre et la nullité de la convention. Le contrat vicié peut être régularisé conformément au droit commun des contrats, et donner lieu à la poursuite du contrat en cours après décision de l'administrateur alors que le titre annulé ne peut être ni régularisé ni être soumis au droit d'option de l'administrateur.

184. En outre peut être évoqué la situation qui donne lieu à la déchéance du titre en cas de non paiement des annuités. Cette déchéance prend effet à la date d'échéance de la taxe

⁴⁴⁹ G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, v° nullité

⁴⁵⁰ N. BINCTIN, Droit de la propriété intellectuelle, *op. cit.*, n° 917, p. 648

⁴⁵¹ J.J. BURST, Breveté et licencié, Leurs rapports juridiques dans le contrat de licence, thèses, Litec 1970

annuelle non acquittée⁴⁵². « La déchéance a un effet absolu, mais contrairement à la nullité, ne produit d'effet que pour l'avenir »⁴⁵³, cependant, pareille destruction a des effets indirects sur les contrats qui avaient pour objet le titre déchu. On se retrouve devant une situation classique de caducité du contrat, autrement dit de disparition du contrat pour le futur sans rétroactivité du fait de la disparition d'un élément essentiel. Cette caducité est automatique et intervient sans qu'une autorité judiciaire ait à la prononcer⁴⁵⁴. Si celle-ci intervient avant que l'administrateur n'ait exercé son droit d'option, le contrat ne sera pas considéré comme étant en cours.

185. Un dernier cas de contrat qui ne peut être considéré comme en cours et échappe par conséquent à l'emprise du droit d'option concerne le contrat conclu pour une durée indéterminée. En pareille hypothèse, se pose la question de savoir ce qu'il advient lorsque la validité d'un brevet protégeant l'invention concédée vient à expirer antérieurement à la prise de décision de l'administrateur quant au sort du contrat.

En principe, l'expiration du brevet entraîne la caducité du contrat, qui n'a désormais plus d'objet ni de cause. La caducité définit comme l'« état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur »⁴⁵⁵. Le contrat devenu caduc est privé d'effet pour l'avenir, ne peut être considéré comme en cours et par conséquent, l'administrateur n'aura pas à exprimer sa volonté quant au sort du contrat. En outre, il est des hypothèses dans lesquelles, le contrat en cours n'est pas poursuivi.

§2. LES CONTRATS EN COURS NON CONTINUÉS

186. L'environnement contractuel de l'entreprise au jour de l'ouverture de la procédure est nécessairement composé de divers contrats sur droits de propriété intellectuelle, dont certains sont indispensables à son fonctionnement, alors que d'autres constituent essentiellement une charge susceptible de compromettre son sauvetage. L'exploitation de droits de propriété intellectuelle peut faire naître de nombreuses difficultés, dont certaines sont susceptibles de résulter d'une gestion non maîtrisée des titres, ou d'une mauvaise appréciation des incidences productives et financières qui résultent de leur gestion, ou encore

⁴⁵² Art. L. 613-22 al. 2 CPI.

⁴⁵³ F. POLLAUD-DULIAN, La propriété industrielle, *op. cit.*, n° 510

⁴⁵⁴ Cas de déchéance du Code de la propriété intellectuelle, articles L. 512-2, L. 613-22, L. 714-5 et L. 714-6

⁴⁵⁵ G. CORNU, Vocabulaire juridique, v° caducité, PUF, 9e éd. 2011

de manœuvres plus ou moins frauduleuses d'entrepreneurs et dirigeants peu scrupuleux. Ces difficultés sont nécessairement de nature à influencer sur la décision.

La sélection opérée par le titulaire du droit d'option qui décide du sort du contrat se répercute irrémédiablement sur la situation de l'entreprise et celle de ses cocontractants. Sa décision de ne pas poursuivre les relations contractuelles équivaut à un refus d'exécution⁴⁵⁶. Toutefois, les conditions d'exercice de son droit d'option attestent de la volonté du législateur de tenter de concilier la nécessité de sauvegarder l'entreprise, et celle de ne pas négliger par trop, les droits des cocontractants. La rupture du contrat sur droits de propriété intellectuelle (A) peut provenir d'origines différentes mais répond à un régime unique (B).

A. LA RUPTURE DU CONTRAT SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

187. Ce droit donne à l'administrateur la faculté d'opérer un tri des contrats en cours existants, au jour de l'ouverture de la procédure. Ce choix s'exerce en fonction de critères juridiques et économiques principalement constitués par l'intérêt de l'entreprise. Un auteur a suggéré que « la solution idéale pour le débiteur serait la résiliation immédiate du contrat qui ne lui est pas utile ou qu'il n'a pas les moyens de continuer »⁴⁵⁷. La rupture du contrat sur des droits de propriété intellectuelle peut être la conséquence de dispositifs différents. Il peut s'agir de la renonciation au contrat sur droits de propriété intellectuelle (I), mais aussi du dispositif dérogatoire au droit commun, afférant à la disparition du contrat sur droit d'auteur (II).

I. La renonciation au contrat sur droits de propriété intellectuelle

188. Le contrat sur droits de propriété intellectuelle étant un accord de volonté obligatoire et contraignant, l'inexécution de leurs obligations par les parties, est sanctionnée par le droit civil et le droit de la propriété intellectuelle. Toutefois, l'inexécution contractuelle résultant de la non continuation des contrats dans le cadre du traitement judiciaire des difficultés des entreprises, n'est pas soumise aux règles traditionnelles, puisqu'elle est légitimée notamment par l'intérêt de l'entreprise en difficulté. La renonciation, par le titulaire du droit d'option à la continuation du contrat d'exploitation d'un droit de propriété

⁴⁵⁶ Ph. ROUSSEL-GALLE, Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, thèse 1997 ss la direct. de A. MARTIN-SERF, p. 213.

intellectuelle emporte résiliation, une distinction doit néanmoins être opérée, suivant que celle-ci intervient en période d'observation (1) ou au cours d'une liquidation judiciaire (2).

1. En période d'observation

189. La renonciation par l'administrateur (ou le débiteur) à la continuation du contrat emporte donc sa résiliation. Toutefois, la nature de cette résiliation varie, selon que la renonciation est ou non donnée, à la suite d'une mise en demeure par le cocontractant. Il convient, à ce titre de distinguer trois situations.

La première hypothèse correspond au cas de mise en demeure par le cocontractant du débiteur, lorsque le titulaire du droit d'option répond expressément par la négative avant l'expiration du délai⁴⁵⁸. Dans cette configuration, la résiliation s'opère de plein droit à la date de réception par le cocontractant du refus de l'administrateur, ou du débiteur, de continuer le contrat, cette résiliation de plein droit peut être constatée par le juge-commissaire à la demande de tout intéressé. Mais il est également admis par la jurisprudence, que la résiliation puisse résulter du silence gardé par l'administrateur, dans le cas d'une mise en demeure restée infructueuse pendant plus d'un mois⁴⁵⁹. Dans ces hypothèses l'article L. 622-13 –III, 1° prévoit que « le contrat en cours est résilié de plein droit ».

En l'absence de mise en demeure par le cocontractant, la renonciation spontanée de l'administrateur à la continuation du contrat emporte sa résiliation judiciaire. Cette résiliation doit être sollicitée par le créancier auprès du juge du contrat, sur le fondement des dispositions de l'article 1184 du Code civil⁴⁶⁰. La décision de renoncer à la continuation d'un contrat, en l'absence de toute mise en demeure préalable du cocontractant du débiteur, peut avoir au moins deux raisons : soit le contrat n'est pas nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise pendant la période d'observation. Cette hypothèse pouvant couvrir de nombreuses situations dans lesquelles l'entreprise titulaire des droits de propriété intellectuelle est en difficulté, et préfère se réserver l'exploitation de ses droits en mettant un terme à des contrats d'exploitation. Soit l'administrateur ne dispose pas des fonds nécessaires pour en garantir

⁴⁵⁷ F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et paiement* : LGDJ 7^{ème} éd. 2006, n°301

⁴⁵⁸ Cass. com., 18 mars 2003, n° 00-12. 693 : Juris-Data n° 2003-0118282 ; Rapp. Cour de Cass. 2003 : Doc. Fr. 2004, p. 382, n° 7 ; D. 2003, p. 972, obs. A. LIENHARD ; Act. Proc. Coll. 8/2003, n° 96, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; RTD. Com. 2004, p. 152, n° 1obs. A.MARTIN-SERF ; Rev. Proc. Coll. 2003, p. 234, n° 1, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE

⁴⁵⁹ Article L.622-13, III, 1°prévoit la résiliation de plein droit du contrat pour non-réponse à la mise en demeure adressée par le cocontractant à l'administrateur

⁴⁶⁰ Cass. com., 19 mai 2004, D. 2004. AJ. 1668, obs. A. LIENHARD ; Act. Proc. Coll. 2004. n° 146, obs. C. REGNAUD-MOUTIER

l'exécution à venir, ce qui l'oblige à en exclure la continuation⁴⁶¹. Il peut encore s'agir de la situation de l'entreprise bénéficiaire d'un droit d'exploitation, dont la prestation due porte sur le paiement d'une somme d'argent, règlement qui s'entend d'un paiement au comptant. Toutefois, il faut admettre que si cette solution améliore indéniablement le sort des créanciers, elle est bien souvent de nature à compromettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, et, à fortiori l'objectif de redressement poursuivi par le traitement judiciaire des difficultés des entreprises, ce qui suffit à justifier la décision de l'administrateur de ne pas poursuivre le contrat. Cette disposition comprend ainsi une obligation et une interdiction. En effet si le paiement de la redevance lui paraît improbable, l'administrateur devra mettre fin au contrat sur droit de propriété intellectuelle.

190. En outre se pose la question de savoir quel est le régime applicable au bail commercial affecté à l'activité du débiteur. Le législateur ainsi que la jurisprudence ayant progressivement œuvré à l'amélioration de ce dernier « dans le sens le plus protecteur pour le débiteur »⁴⁶². Néanmoins la question se pose de savoir le bénéficiaire d'un droit d'exploitation d'un bien intellectuel ou le locataire franchisé, soumis à une procédure collective peuvent prétendre au statut des baux commerciaux et partant si en cas de défaillance, ces derniers peuvent bénéficier de la continuation du contrat de bail affecté à leur activité.

La question s'est posée en jurisprudence de savoir si un franchisé pouvait prétendre au renouvellement d'un bail ou si ce droit lui était exclu car réservé au seul franchiseur ; cette interrogation a soulevé un certain nombre de difficultés. De sa réponse dépendra celle relative à la continuation du contrat de bail durant la procédure collective du franchisé. Des voix se sont élevées pour contester au franchisé le droit au renouvellement de son bail, au motif que la clientèle ne lui appartenait pas mais était attachée au franchiseur qui l'attirerait chez le franchisé grâce à sa marque, sa notoriété, son réseau.

Peu de solutions jurisprudentielles ont été offertes à la pratique, et les plus connues se fondent principalement sur les faits d'espèce, à savoir, le degré de dépendance du franchisé

⁴⁶¹ M. L. COQUELET, *Entreprises en difficulté Instruments de paiement et de crédit*, 3^e éd., Dalloz 2009, p.166, n° 212

⁴⁶² F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, n° 730, p. 364

par rapport au franchiseur, pour se déterminer. Certaines décisions accordent au franchisé le renouvellement au bail⁴⁶³ alors que d'autres le refusent⁴⁶⁴.

191. Après des hésitations jurisprudentielles, la Cour de cassation finit par mettre fin à la controverse dans un arrêt très remarqué⁴⁶⁵. L'attendu essentiel de cet arrêt mérite d'être rappelé : « si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls, à plus forte raison si le franchiseur reconnaît au franchisé le droit de disposer des éléments constitutifs de son fonds».

Il ressort de cette consécration la reconnaissance au locataire franchisé du droit au bail en raison de sa maîtrise de la clientèle, en décider autrement, eût conduit à nier le rôle nécessaire du commerçant indépendant dans la constitution et le développement de la clientèle. Mais surtout, qu'il peut prétendre aux dispositions de l'article L. 622-13.

Compte tenu de l'importance du contrat de bail pour la poursuite de leur activité, en cas de défaillance du franchisé et de manière générale de l'exploitant de droits de propriété intellectuelle, ces derniers bénéficient du régime spécial de la continuation du contrat de bail. Les textes régissant les baux d'immeubles affectés à l'activité de l'entreprise du débiteur ont partiellement été repris par l'ordonnance du 18 janvier 2008.

192. L'ordonnance de réforme, précise à cet égard qu'en vertu de l'article L. 622-14, la résiliation du bail, intervient « sans préjudice de l'application du I et II de l'article L. 622-13 », un auteur a pu affirmer à ce propos que « le bail se continue dans les termes de

⁴⁶³ TGI Paris 18^e ch. 1^{er} sect. 24 novembre 1992, *Gaz. Pal.* 1994, 1, p. 203, note Ph. de BELOT : la juridiction a décidé à l'égard d'un commerçant exploitant un commerce de linge de maison dans le cadre d'une franchise qu'il avait droit au renouvellement de son bail

⁴⁶⁴ CA Paris 16^e ch. A 16 février 1996, *D.* 1996, inf. rap. p. 77, confirmant un jugement du tribunal de grande instance d'Evry 8^e ch. 9 décembre 1993, *Gaz. Pal.* 1994, 1, p. 207, note Ph. de BELOT a refusé le droit au renouvellement à un loueur de voitures concessionnaire et licencié de la société Avis, en estimant qu'il ne disposait pas d'une clientèle propre

⁴⁶⁵ Cass. 3^e civ., 27 mars 2002, *AJDI* 2002, p. 376 obs. J.-P. BLATTER ; *D.* 2002 p. 2400, obs. H. KENFACK ; *JCP* 2002, II, 10112, note F. AUQUE ; B. BOCCARA, Régime locatif des franchisés, renouvellement des concepts sur le fonds de commerce : la fin d'une controverse, *AJDI* 2002, p. 502 ; *Loyers et copr.* 2002, n° 148, obs. Ph.-H. BRAULT et P. PEREIRA-OSOU.

l'article L. 622-13 et se résilie dans ceux de l'article L. 622-14 »⁴⁶⁶, qui excluent la résiliation pour défaut de réponse. Ainsi, le défaut de réponse de l'administrateur après mise en demeure n'emporterait pas résiliation de plein droit du contrat de bail⁴⁶⁷. L'article L. 622-14 renvoie expressément au droit commun et donc aux I et II de l'article L. 622-13 pour fixer les règles de la continuation du bail en cours ; il faut en déduire par conséquent que l'administrateur ou le débiteur⁴⁶⁸, peut nonobstant les inexécutions antérieures, exiger la poursuite du bail, qui n'est pas résilié du seul fait de l'ouverture de la procédure et s'exécute donc a priori tant qu'une décision n'a pas été prise. Il faut reconnaître que « désormais le bail n'est pas un contrat comme les autres »⁴⁶⁹. Cette solution favorise la conservation du potentiel contractuel existant au jour de l'ouverture de la procédure et profite par conséquent à la pérennité de l'exploitation de droits de propriété intellectuelle, par le franchisé et plus généralement par le titulaire du droit d'exploitation.

193. Enfin une troisième hypothèse de renonciation est envisageable, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui a institué une faculté de résiliation judiciaire du contrat, par le juge-commissaire, à la demande de l'administrateur⁴⁷⁰. Autrefois, en l'absence de mise en demeure, seul le cocontractant pouvait prendre l'initiative d'en poursuivre la résiliation. À l'heure actuelle, l'article L.622-13-IV⁴⁷¹ prévoit une hypothèse nouvelle de résiliation judiciaire du contrat en période d'observation : l'administrateur et, en son absence, le débiteur, peut prendre l'initiative, de demander au juge commissaire de prononcer la résiliation du contrat. Pour ce faire, l'ordonnance énonce strictement le cadre dans lequel elle doit se dérouler.

194. D'une part la résiliation « doit être nécessaire à la sauvegarde du débiteur », elle doit être justifiée par la recherche de sauvegarde et s'inscrire dans l'intérêt de l'entreprise. D'autre part, il appartiendra au juge commissaire de s'assurer que la résiliation « ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant ».

⁴⁶⁶ F. KENDÉRIAN, Entreprises en difficulté chron., Le bail commercial dans les entreprises en difficulté, GP 9 jan. 2010 p. 14, n° 9

⁴⁶⁷ Cass. com., 2 mars 2010, RPC 2010-2 comm. 61, p. 53, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE ; D. 2010 649, note A. LIÉNARD ; JCP E 2010, 1742, n° 11, obs. M. CABRILLAC

⁴⁶⁸ Après avis conforme du mandataire judiciaire conformément à l'article L. 627-2 C. com.

⁴⁶⁹ A. LIÉNARD, commentaire sous article L.622-14 du Code des procédures collectives, p.116.

⁴⁷⁰ Article L. 622-13, IV, précisant « qu'à la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge commissaire, en vertu de l'article R. 622-13 issu du décret 2009- 160 du 12 février 2009, la demande prend la forme d'une requête adressée ou déposée au greffe

⁴⁷¹ Texte relatif à la sauvegarde ; l'article L. 631-14, al. 1 applicable en redressement judiciaire.

Le risque d'exploitation apparaît bien comme l'un des aléas que le contrat sur des droits de propriété intellectuelle peut être appelé à gérer. En période normale, le contrat peut prévoir la faculté pour le licencié de résilier, s'il décidait que la commercialisation des produits n'était pas, ou plus économiquement faisable⁴⁷². En procédure collective cette initiative revient à l'administrateur. Il s'agit là d'empêcher que l'entreprise puisse se trouver prisonnière d'un contrat poursuivi qui ne lui serait plus d'aucune utilité, dans l'hypothèse où le cocontractant ne prendrait pas l'initiative d'une mise en demeure.

195. L'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle peut constituer, pour le cocontractant in bonis, sa principale activité. Il en va notamment ainsi, lorsque l'objet du contrat porte sur une autorisation totale d'exploiter des droits résultant d'un brevet, ou sur la totalité des droits d'exploitation sur une marque comprenant tous ses produits et services, mais aussi, du droit exclusif de reproduction, de représentation, ou de diffusion au profit d'un exploitant, dans un contrat conclu avec un auteur. Dans ces hypothèses, la résiliation constitue une menace pour la poursuite de l'exploitation de l'activité, susceptible d'en provoquer la cessation, étant dépourvue d'objet. La situation de l'exploitant de droits de propriété intellectuelle, licencié, éditeur ou producteur peut ainsi se trouver bouleversée par la résiliation du contrat qui l'unit au titulaire du droit. La rupture du lien contractuel, justifiée par le sauvetage de l'entreprise titulaire des droits, doit pouvoir être supportable par le cocontractant, et non de nature à le mettre en péril. Si l'atteinte paraît excessive, il revient au juge commissaire de refuser de prononcer la résiliation du contrat d'exploitation des droits.

196. Prenons, à titre illustratif, le cas de l'entreprise débitrice exploitant une marque qu'elle appose sur les produits et services qu'elle commercialise, moyennant une rémunération, qui consiste en des redevances, proportionnelles à l'exploitation, qu'elle verse au titulaire de la marque. Faute de rentabilité produite par cette exploitation, l'administrateur peut décider de ne pas poursuivre la licence. En effet, lorsque l'exploitation d'une licence de marque est déficitaire, et que tout espoir de rentabiliser cette activité est abandonné, l'administrateur devra renoncer à la poursuite du contrat. Cette renonciation, certes, commandée par l'impératif de sauvegarde, constitue néanmoins, une rupture soudaine du lien contractuel susceptible de porter atteinte au titulaire de la marque. L'atteinte subie peut être

⁴⁷² Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-16.471, PIBD 2010. 926. III. 660 ; Cass. civ., 1^{ère}, 16 oct. 2001, n° 00-10.020 RTD civ. 2002.97, obs. J.MESTRE et B. FAGES

constituée par la perte de la rémunération ou le préjudice à l'image, pourvue que celle-ci ne soit pas excessive.

Cette faculté de résiliation judiciaire, à l'initiative de l'administrateur, a également pour objet de délier le débiteur de l'exécution d'un contrat mettant à sa charge, non pas une obligation de payer une somme d'argent, mais une obligation de faire telle une obligation de jouissance. Ainsi que le souligne à très juste titre Madame Le Corre-Broly, le texte ne vise pas essentiellement les cas où le débiteur est tenu de sommes d'argent envers son cocontractant, tel que le licencié, dans la mesure où celui-ci ne bénéficie pas du régime de faveur à compter du refus de l'administrateur de poursuivre le contrat⁴⁷³. La principale cible du texte est constituée par les autres contrats, tel le bail, lorsque c'est le bailleur qui est soumis à la procédure collective : il est exclu que ce dernier puisse mettre à la porte des locataires pour sa seule convenance⁴⁷⁴. Ainsi, lorsque le débiteur est propriétaire d'un droit de propriété intellectuelle, qu'il concède en licence, la résiliation judiciaire peut être demandée par l'administrateur, afin qu'il soit procédé à la cession du droit dans le but de financer la période d'observation. Mais, pour que le juge commissaire puisse accéder à cette demande, encore faut-il que l'administrateur arrive à démontrer que la privation du droit concédé, n'est pas de nature à compromettre l'activité du licencié du droit. En pratique, cette preuve sera difficile à rapporter si le droit de la propriété intellectuelle est nécessaire à l'activité de l'entreprise exploitante. Il appartient au juge commissaire de vérifier la « *non-disproportion* »⁴⁷⁵ entre l'atteinte et l'intérêt de la résiliation pour le débiteur, ce qui ne sera pas aisé. L'administrateur ne peut donc pas résilier unilatéralement à sa convenance, un contrat sur propriété intellectuelle en cours, et n'a aucun pouvoir de décision en matière de résiliation, mais il a un pouvoir d'initiative qui lui permet de suggérer un véritable tri entre les contrats en cours.

2. Au cours d'une liquidation judiciaire

197. L'article L.641-11-1 reprend les trois hypothèses de résiliation des contrats en cours admises depuis 1994 :

La résiliation pour inexécution anticipée par l'administrateur ou le liquidateur du contrat à exécution successive ou paiements échelonnés dans le temps⁴⁷⁶, ainsi que deux cas de résiliation de plein droit, défaut de paiement d'un contrat poursuivi ou mise en demeure

⁴⁷³ Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-13824, D. 2007. 2393, LIENHARD

⁴⁷⁴ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficultés*, 9^e éd. 2012, p. 362, n° 724

⁴⁷⁵ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *loc. cit.*

⁴⁷⁶ Article L.641-11-1 II, al.2 in fine. C. com.

laissée durablement sans réponse. Ainsi, lorsque le donneur de licence est soumis à une liquidation judiciaire, le liquidateur peut décider de ne pas continuer le contrat de licence qui sera résilié de plein droit après une mise en demeure de statuer sur la poursuite du contrat restée infructueuse plus d'un mois. Mais l'intéressé dispose d'une nouvelle prérogative issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui a inséré dans le Code, une disposition suivant laquelle il appartient au liquidateur, à l'instar de l'administrateur judiciaire en période d'observation, de statuer sur la poursuite des contrats en cours. Une distinction doit cependant être opérée selon que l'obligation du débiteur porte ou non sur une somme d'argent.

En effet, il peut résilier unilatéralement le contrat en cours, lorsque la prestation du débiteur porte sur le paiement d'une somme d'argent, telle sera la situation du licencié ou du franchisé en procédure collective. Le contrat est résilié de plein droit au jour où le cocontractant est informé de la décision du liquidateur de ne pas le continuer⁴⁷⁷.

En revanche, lorsqu'il s'agit de la liquidation judiciaire du titulaire du droit de propriété intellectuelle, tel que le donneur de licence ou du franchiseur, le liquidateur peut seulement demander au juge commissaire de prononcer la résiliation, qui ne sera prononcée que si elle est nécessaire aux opérations de liquidation et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du licencié⁴⁷⁸. Corrélativement, le licencié pourrait demander des dommages et intérêts pour le préjudice qu'il subit, compte tenu du fait qu'il ne va plus pouvoir utiliser la marque ou le brevet conformément aux stipulations contractuelles.

La différence de régime selon l'objet de la prestation due par le débiteur peut s'expliquer par la présomption que le liquidateur n'a pas la trésorerie nécessaire pour payer la somme d'argent⁴⁷⁹.

II. La disparition du contrat sur droit d'auteur

198. Les articles L.622-13 et le nouvel article L. 641-11-1 régissent en principe tous les contrats en cours en période de sauvegarde et redressement pour le premier, et de liquidation judiciaire pour le second, sauf en cas de liquidation judiciaire d'un éditeur ou un producteur. Un dispositif dérogatoire au droit commun de la poursuite des contrats en cours est prévu en matière d'édition et de production audiovisuelle. D'une part, en cas de liquidation judiciaire du producteur audiovisuel ou lorsque l'activité a cessé depuis plus de

⁴⁷⁷ Article L.641-11-1, III 3° C. com.

⁴⁷⁸ Article L.641-11-1, IV C. Com

⁴⁷⁹ P. ROUSSEL GALLLE, RPC 2009-1, p. 55, n° 22

trois mois. L'auteur⁴⁸⁰ et les coauteurs se voient reconnaître le droit de demander la résiliation du contrat de production audiovisuelle. Cette résiliation est de droit et elle ne saurait être subordonnée à la non-réalisation de l'œuvre, ni au défaut d'exploitation⁴⁸¹. Il a ainsi pu être jugé qu'elle n'implique aucunement la mise en cause des titulaires de droits, et qu'elle peut être opposée au bénéficiaire d'une licence des droits d'exploitation concédée par le producteur⁴⁸². Une fois la résiliation intervenue, l'auteur ne retrouve que l'exercice des droits qu'il a personnellement cédés au producteur.

199. Une disposition analogue existe d'autre part, en matière d'édition ; En effet lorsque l'activité d'une entreprise d'édition a cessé depuis plus de trois mois, ou lorsque la liquidation judiciaire de l'éditeur est prononcée, l'auteur peut, aux termes de l'alinéa 4 de l'article L.132-15 du code de la propriété intellectuelle, demander la résiliation du contrat, sans que puisse lui être opposée la cession des éléments corporels par le liquidateur⁴⁸³.

La cause des sacrifices qui ont été demandés aux cocontractants de l'entreprise à l'ouverture de la procédure, a disparu avec l'impossibilité de la sauver. Il est dès lors nécessaire de faire cesser cet état exorbitant du droit commun, de sorte que le liquidateur ne pourra pas prétendre poursuivre l'exploitation⁴⁸⁴. A ce propos, l'on pourrait s'interroger sur l'utilité de cette précision, selon laquelle, l'auteur peut demander en justice la résiliation du contrat. Cette formulation est-elle réellement nécessaire, ne restreint-elle pas les droits des auteurs ? Il semblerait pourtant légitime d'admettre que dans les contrats conclus *intuitus personae*, dans lesquels la personne du débiteur revêt une certaine importance, le prononcé de la liquidation entraîne leur résolution de plein droit. C'est du reste l'opinion de certains auteurs qui l'admettent dans la stricte hypothèse d'une liquidation judiciaire⁴⁸⁵. Si le contrat contient une clause résolutoire prévoyant la résolution en cas de liquidation, elle devra jouer son rôle traditionnel de dispense d'action devant le juge⁴⁸⁶, l'auteur ayant alors recours au procédé

⁴⁸⁰P.Y. GAUTIER, Propriété littéraire et artistique, n° 677, p. 724 : Il s'agit de l'auteur de l'œuvre préexistante d'où est tirée le cas échéant, l'œuvre audiovisuelle et non pas du réalisateur qui est coauteur,

⁴⁸¹ CA Paris, 4e ch., 1er mars 1996:RIDA 4/1996,p. 261, note GAUTIER

⁴⁸² CA Versailles, 1er ch. 6 sept. 2001, n°2001-223990, JCP E 2002, pan 16.

⁴⁸³ TGI Paris, 3^e ch. 5 jan. 1996: RIDA 4/1996, p; 304

⁴⁸⁴ CA Paris, 1^{er} mars 1996, RIDA oct. 1996, note PY. GAUTIER : L'auteur principal peut reprendre ses droits sur le film, du fait de la liquidation ; dans le même sens : CA Versailles, 6 sept. 2001, Légipresse, 2002 III 28 : « cette faculté appartient à chaque auteur qui peut l'exercer indépendamment des autres »

⁴⁸⁵ Rapp. RIPERT, ROBLOT, GERMAIN et DELEBECQUE, traité de droit commercial, T.II, 17^e éd., n^{os} 3049 et 3226, pour l'affirmative en droit de la propriété littéraire et artistique TGI, Paris, 5 jan. 1996, RIDA, oct. 1996.304 (à propos de l'article L.132-15) : « Cette résiliation n'est pas de plein droit du fait de la liquidation, mais une faculté offerte à l'auteur qui est libre de ne pas l'exercer »

⁴⁸⁶ Mécanisme de l'article 1184 du code civil

classique de la lettre recommandée avec avis de réception. En toutes hypothèses, le partenaire devrait être autorisé à écouler ses stocks⁴⁸⁷.

200. En outre, l'hypothèse fréquente dans laquelle le livre ou le film est en coédition ou coproduction, laisse subsister une autre interrogation. En effet, on peut se demander si la résiliation est opposable aux associés in bonis, ou s'ils peuvent poursuivre leur exploitation. Autrement dit, seule la faillite du gérant importe-t-elle ? La réponse n'est pas sans équivoque, car s'il s'agit d'une société en participation, dans laquelle tous les coproducteurs sont des commerçants, la liquidation judiciaire de l'un entraînerait la fin du contrat⁴⁸⁸. Il leur resterait leur droit de préemption relatif au film. Il faut également s'intéresser aux sous-contrats conclus depuis l'origine avec des tiers : doivent-ils disparaître ? Autant d'interrogations complexes qui nécessitent que le juge se réserve un pouvoir de contrôle de la résiliation, et le cas échéant, s'y oppose.

De plus, compte tenu du grand nombre de contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle dont l'exécution est successive dans notre discipline, il est d'une importance capitale de rappeler que les effets de la résolution judiciaire peuvent être redoutables, et qu'il est, de ce fait, nécessaire d'appliquer l'exception traditionnelle à la rétroactivité, de sorte que le contrat ne sera résilié que pour l'avenir. C'est du reste la position actuelle de la cour de cassation qui semble être revenue à une absence de rétroactivité⁴⁸⁹.

201. L'auteur reprend ses droits. Libéré il pourrait, à notre avis, conclure aussitôt avec un autre éditeur ou producteur, sans avoir à s'adresser au juge.

Certains contrats en droit d'auteur soulèvent parfois des questions auxquelles il est nécessaire de répondre, particulièrement en cas de défaillance du partenaire contractuel, entraînant la rupture du lien juridique et économique. Souvent, la prestation de l'entrepreneur comprend, à titre accessoire ou même principal, la création d'une œuvre littéraire ou artistique ; Alors qu'il s'agisse de plans d'un architecte, d'un document provenant d'un bureau d'études, d'un document publicitaire, ou d'un logiciel spécifique, la loi prévoit en ce cas que toute œuvre littéraire ou artistique créée à l'occasion d'un contrat de services appartient en principe à son

⁴⁸⁷ Argument a fortiori, par rapport à l'article L. 132-11 al. 6 CPI

⁴⁸⁸ Combinaison des articles 1871-1 du code civil (relatif à la société en participation) et L. 221-16 C. Com. (relatif à la dissolution de la société en cas de liquidation).

⁴⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 5 juil. 2006, PI, 2006.451, obs. A. LUCAS : « *La résiliation du contrat d'enregistrement exclusif prononcée par l'arrêt... n' y mettait fin que pour l'avenir et n'avait pas eu pour effet d'anéantir rétroactivement les cessions antérieurement intervenues... de sorte que conformément à la volonté exprimée des parties, le producteur était resté cessionnaire des droits patrimoniaux de l'artiste-interprète .* »

créateur⁴⁹⁰. Ainsi, cela a le mérite d'être clair en cas de défaillance de l'une des deux parties, les droits de propriété intellectuelle restent la propriété de leur concepteur. Celui-ci dispose seul des droits patrimoniaux et moraux. Le client n'a que l'usage de l'œuvre. Le contrat peut évidemment prévoir le contraire, du moins pour les droits patrimoniaux, les droits moraux étant incessibles. Autrement dit, l'existence d'un contrat de louage d'ouvrage n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit de propriété intellectuelle de l'auteur, sur l'œuvre commandée⁴⁹¹. La cession des droits de celui-ci ne peut résulter que d'une convention⁴⁹², sauf si celle-ci intervient dans le cadre de la réalisation de l'actif de l'entreprise en difficulté.

Un régime dérogatoire est prévu en matière d'œuvre publicitaire de commande. En effet, les articles L. 132-31 à L. 132-33 du Code de la propriété intellectuelle prévoient que le contrat entre le « producteur » et l'auteur entraîne, sauf clause contraire, cession au premier des droits d'exploitation de l'œuvre, dès lors que le contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation, en fonction de la zone géographique, de la durée de l'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support. Le « producteur » au sens de la loi est celui qui passe commande ; il s'agit souvent de l'annonceur, mais il peut s'agir aussi d'une agence de publicité. La loi n'a pas statué sur le sort des relations entre l'annonceur et l'agence détentrice des droits d'auteur (en tant que cessionnaire). Il a été jugé, qu'à défaut de clause réglant la question, un contrat type⁴⁹³, considéré comme l'expression des usages commerciaux en la matière, a vocation à s'appliquer. Or, il prévoit la cession automatique à l'annonceur de la propriété littéraire et artistique de l'œuvre détenue par l'agence⁴⁹⁴. La défaillance d'une des deux parties ne changera pas cette pratique, qui implique ainsi le transfert de la propriété littéraire et artistique.

D'une manière générale, et peu important le droit intellectuel objet du contrat, les parties ont intérêt, lors de la rédaction du contrat, à préciser les effets de cette rupture. En effet, en principe, les obligations des parties disparaissent. Toutefois, il peut y avoir intérêt au maintien de certaines d'entre elles et, notamment, à des obligations de secret portant sur des informations techniques communiquées au cours de l'exécution du contrat. Ainsi en cas de défaillance du donneur de licence d'un droit de propriété intellectuelle se posera, aussi, la

⁴⁹⁰ Article L. 111-1 CPI

⁴⁹¹ Article L. 111-1, al. 3 CPI.

⁴⁹² Article L. 131-3CPI, V. par ex. sur ces 2 points, Civ. 1^{re}, 24 oct. 2000, n° 97-19.032, Bull. Civ. I, n° 267 ; CCE 2000, n° 123, note CARON. – Cass. civ., 1^{re}, 16 mars 2004, n° 99-12.015, Bull. Civ. I, n° 89, sur le 1^{er}.

⁴⁹³ Contrat type du 19 sept. 1991

⁴⁹⁴ Cass. civ., 1^{re}, 13 oct. 1993, n° 91-11.241, PERRIER, Bull. civ. I, n° 284 ; D. 1994. 166, note P.-Y. GAUTIER; RTD com. 1994. 272, obs. A. FRANÇON

question du sort des stocks détenus par un licencié à la résiliation de la convention ; à défaut de clause du contrat, ces biens ne peuvent plus être commercialisés par l'ex-licencié.

La rupture du contrat sur des droits de propriété intellectuelle est commandée par les impératifs de sauvetage de l'entreprise. Néanmoins, les conditions d'exercice du droit d'option démontrent que le législateur tente de concilier ces exigences avec les droits des cocontractants. Il convient par conséquent d'analyser le régime de ce mécanisme.

B. LE RÉGIME DE LA RÉSILIATION

202. La rupture du contrat inexécuté du fait de la renonciation à sa continuation, résultant de sa résiliation judiciaire ou de plein droit, donne lieu à l'octroi de droits accordés au cocontractant, victime de l'inexécution du contrat consécutive à sa non-continuation.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 clarifie les dispositions relatives aux conséquences de la résiliation d'un contrat, qui sont les mêmes, que le contrat ait été poursuivi ou pas, et que la résiliation ait lieu de plein droit, qu'elle soit prononcée par le juge commissaire, ou qu'elle résulte enfin de l'inexécution anticipée par l'administrateur de ses obligations. S'agissant de l'exploitation de droits de propriété intellectuelle, deux catégories de créances appellent à quelques remarques : Les indemnités de résiliation (I) d'une part et les créances générées par les redevances (II) d'autre part.

I. Les indemnités de résiliation

203. En cas d'inexécution du contrat d'exploitation de droits de propriété intellectuelle, et alors même que l'administrateur ne commet aucune faute en faisant usage de la faculté légale de ne pas poursuivre le contrat, des dommages et intérêts peuvent être dus. En effet, l'absence de poursuite du contrat constitue un cas d'inexécution fautive de ce dernier par le débiteur. À la renonciation de l'administrateur, la loi assimile celle tenant à la décision de l'administrateur de mettre fin à l'exécution du contrat, pour cause d'absence de fonds nécessaires pour assurer les obligations du terme suivant. Le cocontractant a donc droit à des dommages et intérêts, qui trouvent leur origine dans un contrat conclu avant l'ouverture de la procédure collective, constituant une créance antérieure au jugement, soumise à déclaration. Dans tous les cas, aux termes de l'article L. 622-13, V, « l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif » : leur détermination relève du droit commun. Cette créance de dommages et intérêts ne peut

donc bénéficiaire du paiement préférentiel reconnu pour les créances nées après le jugement d'ouverture. Il est également important de noter que l'administrateur qui renoncerait à la poursuite d'un contrat sur des droits de propriété intellectuelle, pourtant utile au débiteur pourrait, le cas échéant, engager sa responsabilité personnelle.

Si le contrat est résilié au jour du jugement d'ouverture, aucune difficulté ne peut se présenter. L'indemnité de résiliation a nécessairement la nature d'une créance antérieure, puisque son fait générateur, à savoir la résiliation, est fixée antérieurement au jugement d'ouverture.

Lorsque l'administrateur n'utilise pas de la faculté de poursuivre le contrat ou y met fin dans les conditions de l'article L.622-17, III, 2° in fine, l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts dont le montant doit être déclaré au passif au profit de l'autre partie contractante. La jurisprudence fait une parfaite application de cette disposition en excluant ces indemnités du régime de faveur tout entier⁴⁹⁵.

204. À la suite d'une option pour la continuation du contrat sur droit de propriété intellectuelle, si celui-ci n'est pas exécuté correctement, entraînant sa résiliation, les dommages et intérêts dus, constituant clairement une créance antérieure, devront être déclarés au passif. Il est formellement établi par la législation relative aux procédures collectives, que les indemnités des contrats continués, puis résiliés, ne peuvent bénéficier de l'article L.622-17, réservé aux seules créances postérieures. Aux termes des articles L. 622-17 III 2° et L. 641-13, III, 2e du Code de commerce (applicable en redressement), il est prévu qu'« en cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi, les indemnités et pénalités sont exclues du bénéfice du présent article », ce qu'il faut entendre comme une exclusion du bénéfice du régime de faveur accordé aux créanciers postérieurs privilégiés. Les articles L. 622-17, III, 2e, et L. 641-13, III, 2e, ne visent en effet que les cas de contrats d'abord poursuivis avant d'être résiliés, alors que les articles L. 622-13, V, et L. 641-11-1, V, visent tous les cas de résiliation par décision du mandataire de ne pas poursuivre le contrat. Pour ce qui concerne leur domaine commun, les dispositions se rejoignent clairement, comme ayant pour effet de soumettre les créances de dommages-intérêts au régime des créances antérieures et postérieures non privilégiées. Si toutefois, le contrat litigieux n'est pas un contrat en cours, l'indemnité de

⁴⁹⁵ Cass. com., 1^{er} fév. 2011, n° 10-11577, D. 2011, note LIENHARD.

résiliation a la nature d'une créance postérieure si la résiliation du contrat est elle-même postérieure au jugement d'ouverture⁴⁹⁶.

II. Créances générées par les redevances

205. Lorsque la prestation du débiteur porte sur le paiement d'une somme d'argent consistant au règlement des redevances d'exploitation, nous devons nous interroger sur le sort de cette créance. Si l'administrateur n'a pas cru nécessaire la continuation du contrat sur propriété intellectuelle, la créance générée par les redevances impayées constitue une créance antérieure, qui doit être déclarée conformément aux dispositions de l'article L.622-24 al. 5 au profit du titulaire du droit.

Nous avons antérieurement observé à ce propos, que le contrat de licence peut être résilié de plein droit, au jour où le cocontractant est informé par l'administrateur⁴⁹⁷, ou le liquidateur⁴⁹⁸, de sa décision de ne pas poursuivre le contrat. On peut estimer, à cet égard que les difficultés de trésorerie du licencié ont justifié, voire commandé la décision du liquidateur, puisque la prestation de ce débiteur porte sur le paiement d'une somme d'argent. Cette nouvelle prérogative énoncée par l'article L. 641-11-1 est néanmoins qualifiée de radicale, en ce qu'elle simplifie fondamentalement le mécanisme en cause. Jusqu'à l'introduction de cette disposition par l'ordonnance de réforme, lorsque le liquidateur informait le cocontractant de sa décision de renonciation au contrat, les éventuelles créances nées après cette décision ne pouvaient être considérées comme des créances postérieures privilégiées⁴⁹⁹. Désormais, le contrat est résilié de plein droit, ce qui signifie qu'il y a lieu de se référer aux articles L. 622-17 et L. 641-13 portant application du principe de priorité de paiement, aux créances nées après l'ouverture de la procédure en exécution d'un contrat conclu avant cette date, lorsque ces créances sont nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant la période d'observation. Ainsi selon cette logique, la qualification de « créances postérieures » pourra être retenue à propos de créances exécutées en vertu du contrat sur propriétés intellectuelles, conclu avant le jugement d'ouverture, à condition que les dites créances soient nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation. Les créanciers

⁴⁹⁶ Solution posée à propos d'une vente laquelle n'est pas un contrat en cours : Cass. com., 22 mai 2007, n°06-13.978, Gaz. Proc. Coll. 2007/4 p. 40, note L-C HENRY

⁴⁹⁷ Conformément à l'article L. 622-13 II C. com.

⁴⁹⁸ Article L. 641-11-1 C. com.

⁴⁹⁹ Avant la loi du 26 juillet 2005, un arrêt de la chambre mixte (ch. mixte, 22 nov. 2002, JCP E 2003, 398, note D.LEGEAIS) avait décidé qu'en présence d'un contrat à exécution successive conclu avant le jugement d'ouverture, les créances exécutées postérieurement constituaient obligatoirement des créances antérieures.

postérieurs titulaires d'un droit de propriété intellectuelle ou tiers ont le droit d'être payés à l'échéance en cas de poursuite du contrat et bénéficient d'un privilège de procédure en cas de non-paiement à l'échéance prévue⁵⁰⁰.

En outre, le cocontractant doit restituer au débiteur les acomptes qu'il avait pu recevoir en vue de l'exécution du contrat résilié. Dans l'hypothèse inverse, celle où le débiteur devrait restituer les acomptes reçus en excédent, il appartient au créancier de déclarer au passif.

206. Madame le Professeur Monsérié-Bon, a pu affirmer dans son analyse que « L'équilibre contractuel initial est largement rompu par les règles applicables en matière de continuation des contrats, le cocontractant devant supporter l'inexécution légitime imposée par la décision souveraine de l'administrateur »⁵⁰¹. L'étude a révélé que la règle de la continuation des contrats en cours comporte néanmoins quelques atténuations en ce que la poursuite des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture n'est pas automatiquement décidée par l'administrateur ou même par le cocontractant qui peut préférer ne pas renouveler certains arrivés à échéance. En effet certains contrats sur droits de propriété intellectuelle sont achevés, parce que résiliés ou exécutés antérieurement et ne sont pas reconduits, d'autres encore le sont en cas de disparition du titre de propriété intellectuelle, objet du contrat. Mais le droit d'option suppose, par essence, un choix en vue de supprimer une incertitude qui porte sur le devenir du contrat d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle. Son exercice atteste incontestablement de la volonté du législateur de tenter de concilier la nécessité de sauvegarder l'entreprise, et celle de ne pas négliger par trop, les droits des cocontractants. La rupture du contrat sur des droits de propriété intellectuelle peut provenir d'origines différentes mais répond à un régime unique strictement encadré par la discipline collective.

207. Conclusion sur les effets de la continuation des contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle - L'objectif de survie ne peut être atteint que si l'entreprise conserve son potentiel économique, et particulièrement son environnement contractuel. L'on a pu lire sous la plume de Madame le Professeur Priéto que « l'adaptation de la société à son environnement ne vaut que si elle conserve ses acquis vitaux, aux premiers rangs desquels se

⁵⁰⁰ Lorsque leurs créances ne sont pas réglées à l'échéance en raison d'une insuffisance de fonds disponibles, les créanciers postérieurs privilégiés bénéficient du droit d'être payés par privilège avant tous les autres créanciers, ce droit s'exerce sur les répartitions auxquelles procèdent les organes de la procédure à l'issue de la période d'observation.

⁵⁰¹ M.-H. MONSERIE, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises, thèse cit., p. 505.

trouvent les contrats »⁵⁰² l'exactitude de cette affirmation se confirme en période de difficultés éprouvées par les entreprises, et le législateur n'a pas manqué de s'en emparer en faisant de la continuation des contrats un instrument fondamental de sauvegarde. Le droit des procédures collectives dote le contrat d'un objectif économique dont l'utilité ou l'inutilité pour l'entreprise va déterminer le sort⁵⁰³, et dont le droit d'option constituera le point central du mécanisme de la poursuite des contrats sur droits de propriété intellectuelle. Il a pu être observé que le contrat continué peut avoir des effets perturbateurs sur le jeu des relations contractuelles normales entre le titulaire de droits de propriété intellectuelle et le bénéficiaire du droit d'exploitation. Cependant, l'étude menée a pu révéler que le partenaire *in bonis* n'en sortira pas lésé pour autant, puisque l'équilibre contractuel (initialement prévu par les parties), est sans cesse recherché puis atteint par le droit des entreprises en difficulté. En outre, tous les contrats sur droits de propriété intellectuelle en cours au jour du jugement d'ouverture, ne sont pas automatiquement continués. Certains sont achevés antérieurement à l'ouverture de la procédure alors que d'autres ne sont simplement pas continués. Le titulaire du droit d'option, effectuera une sélection entre les contrats sur droits de propriété intellectuelle dignes d'être conservés et ceux qui ne méritent pas de l'être, puisqu'ils sont inutiles ou onéreux. Le droit des procédures collectives encadre la rupture du contrat qu'il soumet à un régime de la résiliation qui lui est propre. Ainsi, à la différence des hypothèses de maintien du lien contractuel, l'intérêt du cocontractant supplante ici parfois celui de l'entreprise en difficulté.

⁵⁰² C. PRIÉTO, La société contractante, *th.cit.*, n° 43, p. 36

⁵⁰³ A. MARTIN-SERF, Le contrat en cours avant option de l'administrateur, in le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire, *Rev. Jurisprudence commerciale* 1992, p. 8

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

208. Les moyens de sauvetage de l'entreprise sont étroitement subordonnés au domaine assigné à la continuation. L'option de l'administrateur se trouve ainsi au cœur de tout un processus complexe, dont elle constitue une pièce maîtresse, sinon essentielle⁵⁰⁴. L'extension du domaine d'application de la poursuite de l'activité est notable, elle s'entend du débiteur éligible et des contrats concernés.

La place toute singulière que le droit des procédures collectives réserve aux contrats, incite à admettre une compatibilité entre les contrats sur droit de propriété intellectuelle et leur continuation, tous deux orientés vers des objectifs communs, que sont l'exécution du contrat et la finalité contractuelle. L'analyse du caractère *intuitus personae* dont sont fortement empreints les contrats étudiés, a démontré, que la valeur économique du contrat d'exploitation de droits de propriété intellectuelle primera sur toute autre considération ou volonté des parties, le but restant inchangé : il s'agit du sauvetage de l'entreprise en difficulté, titulaire du droit intellectuel ou tiers, exploitant un droit de propriété intellectuelle. L'étude menée a permis de démontrer que l'*intuitus personae* est une menace classique pour les contrats, quasiment neutralisée par le droit des entreprises en difficulté. La relation professionnelle étroite qui se tisse entre les cocontractants, peut se révéler une menace pour les contrats sur droits de propriété intellectuelle, lorsqu'il est question de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un des partenaires. Néanmoins, force est de constater que ce risque pressenti, se révèle finalement, moins intense qu'il n'y paraît de prime abord.

En outre, l'analyse économique des contrats, développée par la matière, conduit à admettre que lorsque la poursuite du contrat d'exploitation de droits de propriété intellectuelle est nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise, il doit être continué. Le droit des entreprises en difficultés tente de rétablir l'équilibre contractuel initialement instauré entre les parties. Le titulaire du droit de propriété intellectuelle comme le bénéficiaire du droit d'exploitation soumis à la procédure, continuent l'un comme l'autre à fournir la prestation promise dans un contexte qui se révèle fragile. L'exécution normale du contrat s'effectue certes, selon les prévisions contractuelles, mais est néanmoins assortie d'effets perturbateurs sur le jeu des relations contractuelles normales.

Ces dernières remarques conduisent à la conclusion qui s'imposait à la suite de l'étude de la continuation des contrats sur droits de propriété intellectuelle. L'importance que recèlent les

⁵⁰⁴ M.-H. MONSERIE, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, Sous la direction de J.-M. MOUSSERON, préface de C. SAINT-ALARY-HOUIN, Bib. De droit des entreprises, éd. Litec 1994, p. 144 n° 149

droits de propriété intellectuelle, objets des contrats continués, justifie leur préservation, mais force est de constater qu'un bilan en demi-teinte doit être dressé.

Nous venons de l'observer, les droits de propriété intellectuelle sont susceptibles d'occuper une place importante dans les procédures collectives, qui comportent des mécanismes spécifiques pour les conserver et les céder, notamment grâce à la cession de l'entreprise à un tiers susceptible d'en assurer la pérennité.

« La cession d'entreprise recherche la survie de ses organes sains, greffés sur un meilleur porteur, le cessionnaire ».

(F. Pérochon, « Entreprises en difficulté »).

TITRE SECOND

LA CESSION DE L'ENTREPRISE À UN TIERS SUSCEPTIBLE D'EN ASSURER LA PÉRENNITÉ

209. Le sauvetage de l'entreprise, objectif prioritaire de la législation des défaillances des entreprises passe, par une restructuration de celle-ci qui peut s'accompagner de différentes mesures. La cession de l'entreprise vise essentiellement à assurer la continuité de l'entité cédée sous tous ses aspects. Les mécanismes de la cession forcée sont beaucoup plus radicaux que celui de la continuation du point de vue de son impact notamment sur les droits des parties. En effet, il ne s'agit plus de la poursuite d'une relation contractuelle avec un cocontractant dont la situation est obérée mais, purement et simplement, d'une substitution de conventions. La cession judiciaire poursuit un objectif de préservation des intérêts de l'entreprise par un maintien de son activité. Pour permettre aux créanciers de toucher leur dû, tous les biens du débiteur sont susceptibles d'être vendus, y compris des biens intellectuels détenus par l'entreprise en difficulté. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a entendu assurer la plus grande transparence de la procédure de liquidation, faisant en sorte que le prix des biens vendus soit juste et que les acquéreurs éventuels puissent tous intervenir⁵⁰⁵. Ainsi, le candidat à la reprise, introduit une part de subjectivité dans son estimation du prix, nécessitant une négociation sur le prix contractuel⁵⁰⁶. Afin de disposer des éléments nécessaires à cette négociation, il doit être procédé à une estimation de la valeur de la cession des actifs. Évaluer une entreprise consiste à valoriser financièrement ce qu'elle vaut à un instant donné. Un certain nombre de difficultés seront soulevées à ce stade par la détermination de la consistance et particulièrement la valeur des biens, éléments souvent

⁵⁰⁵ Rapp. Assemblée Nationale n° 2095, 2005 Xavier de Roux, p. 392

⁵⁰⁶ Cet objectif a été retraduit par la loi de sauvegarde des entreprises qui, à l'article L. 640-1 du Code de commerce, énonce que « La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens ». Les textes attachent la plus haute importance au prix de cession. En effet, le prix de cession deviendra alors, un élément d'actif distribuable dans la procédure liquidative pour assurer le paiement des créanciers Dans ce louable souci, elle pose une obligation de publicité préalable avant toute cession d'entreprise ou réalisation d'actifs.

difficiles à appréhender compte tenu de la situation de l'entreprise et notamment de la spécificité des biens en cause.

Il sera question dans la présente étude de vérifier dans un premier volet, si la réglementation relative au droit des défaillances des entreprises est de nature à assurer la pérennité de l'activité économique cédée, et, plus spécialement, si les droits de la propriété intellectuelle détenus par l'entreprise défaillante sont globalement préservés par les règles d'ordre public économique. L'analyse choisie mettra en exergue dans un second volet les difficultés inhérentes à l'évaluation des biens intellectuels à l'occasion des opérations de réalisation de l'actif, et s'efforcera d'apporter des solutions adaptées.

L'acte clef de la cession de l'entreprise titulaire de droits de propriété intellectuelle (chapitre 1), réside dans leur évaluation lors des opérations de réalisation de l'actif (chapitre 2) qui impose le recours à divers techniques financières dont les résultats doivent répondre aux exigences du droit des procédures collectives.

CHAPITRE 1

LA CESSION DE L'ENTREPRISE TITULAIRE DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

210. La cession d'entreprise est un mécanisme habituel du droit commercial qui se développe sous différentes formes suivant la structure de l'entreprise à céder. La vitalité de cette opération, qui assure le maintien de l'entreprise en dépit du changement de chef d'entreprise, a gagné le droit des procédures collectives qui fait d'abord de la cession d'entreprise « la voie royale » du redressement des entreprises en difficulté⁵⁰⁷, et depuis la loi de sauvegarde des entreprises, la liquidation en constitue le cadre privilégié⁵⁰⁸. Il s'agit d'une forme de réalisation globale d'actifs⁵⁰⁹ au moyen de laquelle doit être assuré conformément aux dispositions du Code de commerce : « le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés », c'est-à-dire le redressement de l'entité économique, en même temps que l'apurement du passif du débiteur, finalités que la liquidation partage avec la sauvegarde ou le redressement judiciaire⁵¹⁰.

Dotée d'un statut propre, la cession a été décrite comme « une opération conçue et réalisée dans une perspective d'ordre public tendant à préserver les forces vives de l'entreprise et à sauvegarder la richesse tant économique que sociale qu'elle recèle »⁵¹¹. Elle doit assurer la pérennité de l'activité économique cédée, ce qui suppose son retour à la prospérité grâce au transfert de l'entreprise ou de ses parties saines entre les mains d'un tiers cessionnaire. Sa réussite réside principalement dans une poursuite d'exploitation sans interruption. Pour ce faire, l'entreprise doit conserver ses moyens d'exploitation, parmi lesquels ses biens et ses contrats notamment relatifs aux droits de propriété intellectuelle, qui y occupent une place particulière.

⁵⁰⁷ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, *op cit.* n° 1637

⁵⁰⁸ Une cession totale ou partielle peut être ordonnée au cours du redressement judiciaire ou en application d'un plan de sauvegarde pour une ou plusieurs activités

⁵⁰⁹ G. COUTURIER, *Le plan de cession, instrument de restructuration*, Bull. Joly 2008. 142

⁵¹⁰ Ph. FROELICH, *L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde*, D 2005, chron. 2879 Ayant vocation à intervenir dans le cadre de la liquidation judiciaire, la cession d'entreprise peut néanmoins être prononcée dans le cadre des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires de façon accessoire ou subsidiaire. Aussi, qu'elle ait été arrêtée au cours de la liquidation judiciaire ou d'une période d'observation, la cession obéit, nous semble-t-il, à un régime unitaire

⁵¹¹ F. DERRIDA, P. GODE, J.P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, Dalloz, 3^{ème} éd. 1991, n° 463, p. 342 Cass. com., 22 oct. 1996, n° 94-10356, JCP E 1997 I 651, obs. CABRILLAC; D.1997.somm. 3, obs. DERRIDA ; CA Limoges, 13 août 1986, JCP 1986, éd.E, II, 14794, note CABRILLAC ; JCP 1986 éd. G , II, 20693, note CABRILLAC ; D 1987, 44 note DERRIDA

La cession a pour objet l'entreprise ou une partie de l'entreprise, c'est-à-dire un ensemble d'actifs en exploitation et normalement destinés à le demeurer, ce qui signifie que « bien qu'elle soit mal en point, c'est une entreprise vivante qu'il s'agit de céder »⁵¹². Cette étude examinera le traitement réservé par les opérations de reprise aux biens en cause, dès lors que cette cession comprend des droits de propriété intellectuelle (section 1), ou des contrats ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle (section 2).

SECTION 1

LA CESSION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La loi définit dans des termes très généraux et abstraits, le domaine de la cession des actifs. Il appartient au mandataire de justice de susciter des offres en déterminant les actifs susceptibles d'être mis en vente. La cession doit assurer la pérennité de l'activité économique cédée, ce qui suppose son retour à la prospérité. Cela nous conduit à nous demander si les droits de propriété intellectuelle objet de la cession bénéficient d'un régime spécifique tenant compte de leur singularité ? et de manière générale si le droit des procédures collectives permet de préserver et d'assurer la pérennité de ces droits au même titre que les autres actifs ?

Étant un mode de réalisation de l'actif du débiteur dont la particularité est de sauvegarder tout ou partie de l'entité économique, la cession peut concerner de nombreuses créations appropriées par des droits de propriété intellectuelle. L'opération de cession invite à définir le mécanisme de la cession des droits de propriété intellectuelle appartenant à l'entreprise en difficulté (§1) et déceler les difficultés liées à l'identification du titulaire des droits (§2). Les droits de propriété intellectuelle ont en commun de porter sur des objets immatériels. Chaque type de ces biens immatériels si différents soit il possède un régime d'appropriation qui lui est propre, un même bien intellectuel peut faire l'objet de différents régimes d'appropriation. Le droit intellectuel porte sur la chose immatérielle : invention, œuvre, signe. Le titulaire du droit intellectuel a le monopole de l'exploitation de la chose

⁵¹² J.P. SORTAIS, Les attraits de la liquidation cession, LPA 14 juin 2007, p. 31

§1. LA CESSION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE APPARTENANT À L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE

211. Le jugement qui arrête le plan de cession précise les biens qui seront cédés, au vu du contenu de l'offre. Celle-ci doit comporter conformément aux termes de l'article L. 642-2 du Code de commerce « la désignation précise des biens, des droits et des contrats »⁵¹³. La réalisation des droits de propriété intellectuelle, régie par les articles L. 642-1 et suivants du Code de commerce, a en principe pour objet les droits appartenant au débiteur⁵¹⁴ et non à des tiers⁵¹⁵. Sous ces réserves, tous les droits de propriété intellectuelle du débiteur sont susceptibles d'être cédés, à condition néanmoins d'être nécessaires à l'exploitation. Il convient dès à présent d'étudier le domaine de la cession de droits de propriété intellectuelle (A) avant d'en présenter le régime (B).

A. LE DOMAINE DE LA CESSION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

212. Les droits de propriété intellectuelle inclus dans la cession doivent présenter certaines caractéristiques. En effet, conformément à l'objectif de la cession, seuls peuvent être compris dans la cession les biens affectés à l'activité cédée et appartenant au débiteur.

L'article L. 642-1 du Code de commerce définit le « périmètre » maximal de la cession. Le plan de cession ne peut comprendre que les biens du débiteur qui sont affectés à l'activité de celle-ci⁵¹⁶. Il s'agit de tous les biens qui lui permettent de fonctionner : biens corporels et incorporels, parmi lesquels des biens intellectuels. La composition des biens destinés à être cédés ne consiste pas en une typologie standard applicable à toutes les opérations, elle est déterminée au cas par cas par le tribunal qui doit statuer sur la composition de ces ensembles. À ce titre, la cession peut porter tant sur des créations de l'esprit protégées par le droit d'auteur que sur des inventions ou des signes distinctifs. De plus, les éléments cédés doivent permettre la poursuite d'une exploitation autonome, autrement-dit, l'ensemble cédé doit permettre le maintien de l'activité. Il ne s'agit donc pas de céder les actifs dans le

⁵¹³ Article L. 642-2 II du Code de commerce

⁵¹⁴ P.M LE CORRE, Les difficultés pratiques de réalisations des actifs..., RLDA supp. Mars 2005, p. 61 n° 8

⁵¹⁵ Ouvrant la tierce opposition par ex. au propriétaire du bien : Cass. com., 22 avril 1997, D. 1998 somm. 11 et 100 obs. F. DERRIDA ; RPC 1998. 396, obs. B. SOINNE

⁵¹⁶ Cass. com., 3 mars 1992, n° 90-15.967, D. 1992, jur. P. 345, note G.BOLARD, Defrénois 1992, art. 35382, p. 1380, obs. J.P.SENECHAL ; Cass. com., 22 avril 1997, n° 94-19. 522

but d'une opération patrimoniale permettant une meilleure valorisation individuelle des biens, mais plutôt que la consistance de l'ensemble puisse continuer à fonctionner⁵¹⁷.

213. Les droits intellectuels cédés doivent être nécessaires à l'exploitation, partant, il est exclu en présence d'un débiteur personne physique, d'intégrer dans le périmètre de la cession des biens qui ne sont pas affectés à l'activité de l'entreprise⁵¹⁸, telles des droits d'auteur détenus à titre personnel distincts de son activité professionnelle. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a réintégré dans le domaine de la cession les éléments incorporels appartenant à un débiteur personne physique exerçant une activité libérale réglementée. Selon cette disposition aucun obstacle ne se pose à la cession de l'entreprise d'un professionnel libéral ayant pour activité des créations originales protégées par un droit d'auteur tel que l'architecte.

L'opération représente un moyen commode, en particulier pour un concurrent ou un fournisseur, de réaliser une bonne affaire et même d'obtenir, grâce à cette opération, un avantage compétitif sur le marché voire une avancée technologique. Le tiers qui formulera une offre relative à des droits de propriété intellectuelle a un intérêt certain à réaliser l'opération. L'intérêt pourra être fiscal et/ou comptable, ce que l'on peut qualifier d'intérêts périphériques de l'acquisition ; mais il peut également et essentiellement résider dans une optimisation des ressources déjà détenues par le cessionnaire ou dans le renforcement d'alliances futures qu'il projette de réaliser et l'intérêt sera alors totalement stratégique.

214. Mais au-delà, il semble nécessaire de s'interroger sur la détermination des droits de propriété intellectuelle affectés ou pas à l'exploitation. L'administrateur doit mettre en mesure le candidat repreneur de formuler une offre éclairée. En conséquence la jurisprudence, fait logiquement peser sur lui une obligation d'information. En effet, l'identification de ces actifs incombant au mandataire, il lui appartient dès lors de renseigner le candidat dans la mesure où il dispose d'informations d'ordre économique, financier ou comptable sur l'entreprise et notamment relatifs aux droits de propriété intellectuelle susceptibles de faire l'objet de la cession⁵¹⁹. Plus précisément il a recours à des documents l'éclairant sur l'existence et la consistance des biens susceptibles d'être cédés. Parmi lesquels

⁵¹⁷ J. PAILLUSSEAU, et Alli., Cession d'entreprise, Dalloz Référence, droit de l'entreprise 4^{ème} éd. 1999, n° 2763 p. 428

⁵¹⁸ Cass. com., 3 mars 1992, Bull. civ. IV, n° 103

⁵¹⁹ CA Paris, 1^{ère} ch. A, 8 avr. 2002, RG n° 2001/02333, Rev. proc. coll. 2004, p. 47, n°9, obs. LEBEL : L'absence de fourniture d'informations au repreneur est source d'engagement de la responsabilité de l'administrateur

on peut citer à titre non exhaustif : la liste des créanciers, des principaux contrats en cours, celles des instances auxquelles le débiteur est partie et qui peuvent incidemment lui donner des indications sur des éléments d'actif. La comptabilité constitue également source d'information sur l'exploitation et la rentabilité des droits en cause, néanmoins il convient de relever, mais nous y reviendrons de manière plus approfondie postérieurement⁵²⁰, que si les données comptables fournissent des informations précieuses, elles ne reflètent pas systématiquement la réalité et se révèlent en pratique insuffisante voire totalement absente. D'où il est nécessaire d'en déduire qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer si un droit de propriété intellectuelle est affecté ou pas à l'exploitation.

La cession des droits de propriété intellectuelle doit encore être présentée à travers son régime.

B. LE RÉGIME DE LA CESSION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

215. « En exécution du plan arrêté par le tribunal, le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné passe tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession »⁵²¹. Les droits de propriété intellectuelle cédés sont précisés par le jugement qui arrête le plan de cession.

Les actes de cession doivent en principe se conformer aux exigences de fond et de forme du droit commun relatives au bien considéré⁵²². Ainsi, lorsque sont concernés des droits de propriété intellectuelle, ces actes s'effectuent d'une part en conformité avec les règles du droit de la propriété intellectuelle s'opposant à la cession (I), et d'autre part avec celles du droit des procédures collectives encadrant la cession (II).

I. Règles du droit de la propriété intellectuelle s'opposant à la cession

216. Alors que la cession intervient dans le cadre du traitement judiciaire des difficultés des entreprises, le droit de la propriété intellectuelle impose de respecter un certain nombre de conditions de forme, notamment d'opposabilité. Aussi convient-il de présenter à titre illustratif les cessions de brevet de marque ou de droits d'auteur.

⁵²⁰ V. notre thèse n° 282, p. 222

⁵²¹ Article L. 642-8 Code com.

⁵²² M. H. MONSERIE-BON, Les ventes dans le plan de cession, RLDA supp. Mai 2003, p. 10.

217. Le plan de cession arrêté peut porter sur tout ou partie du brevet ou même simplement sur la demande de brevet⁵²³ dont est titulaire l'entreprise en difficulté. La cession porte sur le titre ou sur la demande ainsi que sur les droits qui en découlent, plutôt que sur l'invention elle-même⁵²⁴. Lorsque la cession judiciaire en exécution du plan arrêté, intervient préalablement au dépôt de la demande, l'accord portant sur le droit de demander un brevet ne peut être considéré comme une vente de l'invention puisqu'il n'existe pas encore de droit incorporel à ce moment-là. Le tiers cessionnaire n'acquiert pas à proprement parler la propriété de l'invention, mais le droit de déposer une demande de brevet sur cette invention. La cession doit être constatée par écrit à peine de nullité relative, et pour être opposable aux tiers, elle doit être inscrite au Registre national des brevets à défaut d'inopposabilité du droit, sauf si le tiers avait connaissance de l'acte non publié⁵²⁵. Cependant, si l'inopposabilité de l'acte non publié a des conséquences très lourdes, il n'en est pas moins valable entre le cessionnaire et le débiteur dans le cadre de la cession judiciaire. Le cessionnaire ne pourra agir utilement en contrefaçon⁵²⁶.

218. En outre, il est important de souligner eu égard aux biens en cause que, le débiteur cédant peut s'engager, dans le cadre d'un plan de cession partielle, à transmettre le savoir-faire relatif aux activités cédées. L'obligation pour le débiteur cédant de fournir son savoir-faire ne pose pas de difficulté lorsqu'elle est prévue par une clause du contrat. En l'absence de clause on peut soutenir que le savoir-faire est dû par le débiteur sur le fondement du principe de l'exécution des conventions de bonne foi⁵²⁷ ou sur le fondement de l'article 1615 du Code civil selon lequel « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ». Néanmoins, nous sommes amenés à nous poser la question de savoir si le savoir-faire peut être considéré comme un accessoire de la technique transférée. Afin d'y répondre il convient de revenir à la définition de la notion d'accessoire. L'accessoire est représenté par les choses qui, séparées de la chose vendue rend celle-ci incomplète de telle manière qu'elle ne fournit plus « les utilités sur lesquelles l'acheteur a dû compter ». Il faut alors en déduire que tout est question d'espèce. En effet, si le cessionnaire *in bonis* a pu légitimement prétendre au bénéfice du savoir-faire en l'absence

⁵²³ Article L. 613-8 du CPI régit la cession des brevets.

⁵²⁴ P.MATHELY, *op. cit.* p. 315; d'après CHAVANNE et BURST « il serait plus juste de parler de la cession d'une invention brevetée qui est un bien incorporel »

⁵²⁵ J.P.MARTIN, « les cessions et licences de brevets d'invention sont elles opposables avant leur publication ? », RDPI 1998, n° 87 p. 15

⁵²⁶ CA Paris, 21 oct. 2009, PIBD 2010, n° 913-III-132

⁵²⁷ Article 1134 du Code civil

duquel, la technique enseignée par le brevet ne lui fournit pas toutes les utilités, on admettra alors que le débiteur cédant est tenu de lui fournir ce savoir-faire en l'absence de toute stipulation contractuelle. Si au contraire, le cessionnaire est familier de la technique transférée, elle est en mesure de lui procurer toutes les utilités sur lesquelles il pouvait compter et le savoir-faire ne lui est pas dû. Quant à l'assistance technique, celle-ci est due lorsqu'elle est indispensable à la mise en exploitation de la technique transférée. En revanche lorsqu'elle n'est pas indispensable au transfert des connaissances parce que celle-ci se suffisent à elles mêmes, alors elle n'est plus due automatiquement.

219. La transmission d'une marque est également possible en vertu du jugement qui arrête le plan de cession, tout comme le brevet, « *les droits attachés à une marque sont transmissibles en totalité ou en partie indépendamment de l'entreprise qui les exploite ou les fait exploiter* »⁵²⁸. Lorsque l'entreprise en difficulté n'a pas exploité la marque, celle-ci peut néanmoins être cédée, tant que la déchéance n'a pas été prononcée.

En revanche, si la marque a été exploitée sans être déposée par l'entreprise en difficulté il s'agit d'une marque d'usage, elle ne constitue pas un objet d'un droit de propriété intellectuelle et ne peut alors faire l'objet d'une cession.

Il est nécessaire d'accomplir les formalités de publicité spécifiques au droit des marques en inscrivant le transfert au Registre national des marques. Aucune autre forme de publicité légale ne pouvant pallier le défaut d'accomplissement de formalités propres au droit des marques. Ce formalisme propre au droit de la propriété intellectuelle s'impose alors même que le droit des procédures collectives a vocation à régir cette période et plus particulièrement ces opérations qui lui sont propres.

La cession entraîne le transfert du droit de propriété industrielle et de ses accessoires. Elle emporte transfert définitif de la propriété intellectuelle ainsi que le transfert des droits qui y sont attachés, à savoir : le droit de l'exploiter et de poursuivre les contrefacteurs. Le cessionnaire n'acquiert le droit d'agir en contrefaçon que contre les actes d'usurpation effectués après la publicité au Registre. Toutefois, le cessionnaire et le liquidateur peuvent convenir par une clause de l'acte, qui sera elle-même publiée au registre, que l'entreprise en difficulté transfère aussi au cessionnaire le droit d'agir en justice à l'encontre des actes de contrefaçon antérieurs à la publicité de la cession⁵²⁹.

⁵²⁸ Article L. 714-1 du code de la propriété intellectuelle

⁵²⁹ Paris, 6 jan. 1966, *Annals* 1966 p. 121, TGI Strasbourg, 21 jan. 1992, PIBD 1992, n° 524-III-353

220. Qu'en est-il d'éventuelles cessions en droit d'auteur ? avant d'apporter les éléments de réponse à cette interrogation, il nous faut au préalable nous demander quelle est la nature des droits d'auteur. Les droits d'auteur sont des propriétés incorporelles sur l'œuvre ou la chose. Cette définition induit la question de savoir ce qu'est une propriété incorporelle ? Il s'agit du droit d'exploiter une chose créée par l'esprit, dans les conditions matérielles et morales posées par celui qui est à son origine. Cette chose, on la dénomme œuvre, travail, puisqu'elle est le résultat d'une activité créatrice ; celui qui l'a mise au monde, c'est l'auteur, du latin *auctor* et du verbe *augere* : produire. « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »⁵³⁰. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial. À ce titre, l'auteur dispose de prérogatives s'apparentant au droit réel de propriété. Ce droit, il peut le transférer à autrui notamment par une cession. Néanmoins, il est extrêmement rare de voir un auteur prendre le parti d'assurer seul la diffusion de son œuvre. Le recours à un intermédiaire est nécessaire et la conclusion d'un contrat s'impose. À cet instant, le créateur débiteur, est en position de faiblesse par rapport à l'exploitant, et a besoin de voir son consentement éclairé. Le législateur impose par un certain formalisme que l'on trouve inscrit aux articles L. 131-2 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Il lui a semblé également nécessaire de limiter la liberté contractuelle de l'auteur, dans le désir de le protéger, éventuellement contre lui-même. Ainsi la loi encadre la possibilité d'appréhender pour l'avenir. Cela se manifeste tant à l'article L.131-6, relatif aux modes imprévus ou imprévisibles qu'à l'article L. 131-1 à propos des œuvres non encore créées : prohibition des cessions d'œuvres globales futures. La rémunération due à l'auteur doit par principe être proportionnelle⁵³¹ et les forfaits dans les rares cas où ils sont admis ne peuvent être lésionnaires⁵³². Les contrats de droits d'auteur sont fortement imprégnés d'un *intuitus personae* dont la jurisprudence tire un certain nombre de conséquences. Le consentement personnel de l'auteur est toujours requis. Même si la pratique parle souvent de « cession », la propriété incorporelle ne peut jamais être cédée en bloc puisque le droit moral est indispensable tandis que le droit de suite est inaliénable. L'opération en cause qui ne concernera alors que le monopole d'exploitation composé des droits de représentation et de reproduction de l'œuvre, elle aura trait à un droit d'usage de ces droits.

⁵³⁰ Article L. 111-1 du CPI

⁵³¹ Article L. 131-4 du CPI

⁵³² Article L. 131-5 du CPI

II. Règles du droit des procédures collectives encadrant la cession

221. Même si le cessionnaire devient le nouveau propriétaire du droit de propriété intellectuelle, il n'en a pas toujours immédiatement la libre disposition, en raison de deux interdictions d'aliéner prévues par le droit des procédures collectives dont l'intérêt réside dans le fait qu'il est impératif d'éviter le dépeçage de l'entreprise par un repreneur indélicat. Il est ainsi prévu une indisponibilité et une inaliénabilité.

-La première est une inaliénabilité légale, prévue aux termes de l'article L. 642-9 du Code de commerce⁵³³ selon lequel : afin de garantir aux créanciers que le paiement du prix de cession du droit de propriété intellectuelle leur sera assuré, le législateur a posé une règle particulièrement importante en prévoyant que le cessionnaire ne peut disposer de quelque façon que ce soit⁵³⁴ des biens jusqu'au paiement intégral du prix sauf à y être autorisé par le tribunal.

Le fondement de cette disposition est d'assurer une protection aux créanciers⁵³⁵. Les biens cédés en plan de cession se trouvent ainsi indisponibles entre les mains du cessionnaire. Tout manquement à cette disposition est sanctionné par la nullité absolue de l'acte. Sa portée est toutefois nuancée parce que le prix de cession, souvent faible, est en général payé rapidement.

Alors que l'indisponibilité est attachée de plein droit au statut des biens compris dans le plan de cession, tant que le prix de cession n'a pas été payé, la seconde interdiction est une inaliénabilité judiciaire facultative, le tribunal peut déclarer certains biens inaliénables « sans son autorisation » pour une certaine durée. La cession d'entreprise étant propice au « vampirisme »⁵³⁶ et à la fraude, le législateur a institué dans la loi du 10 juin 1994 une inaliénabilité judiciaire facultative, cette solution ayant été reproduite par l'article L. 642-10 du Code de commerce, dans la rédaction que lui donne la loi de sauvegarde. Il est ainsi prévu de manière facultative la possibilité d'inclure, dans le plan de cession, une clause d'inaliénabilité.

⁵³³ « Tant que le prix de cession n'est pas intégralement payé, le cessionnaire ne peut, à l'exception des stocks, aliéner ou donner en location-gérance les biens corporels ou incorporels qu'il a acquis ».

⁵³⁴ Article L. 642-9 du code de commerce, Cass. com., 8 juin 1999, n° 96-19437, B. 124 ;RTD Com. 1999.962, obs. SAINT-ALARY-HOUIN

⁵³⁵ Sur cet objectif de protection des créanciers : rapport GOUZES, JO doc ; adm. N° 1872,, p. 111 ; rapp. THYRAUD, JO doc. Adm. N°332, p. 140

⁵³⁶ F. ZENATI et Th. REVET, Les biens, PUF, 2° éd. 1997, n° 14

Cette clause est un prolongement temporel de l'indisponibilité puisqu'elle peut dépasser le temps du paiement du prix de cession. Elle n'a cependant pas le même objet. Alors que l'indisponibilité est une garantie du paiement du prix de cession, la clause d'inaliénabilité a elle, pour objet d'assurer la complète exécution du plan de cession. Ce principe ne saurait pourtant être sans limites, puisqu'il ne peut déclarer inaliénable un bien dont l'offre explicite la volonté du cessionnaire d'en disposer⁵³⁷. En effet, le principe selon lequel le tribunal « retient l'offre » devrait lui interdire de déclarer inaliénable un bien dont l'offre explicite la volonté du cessionnaire d'en disposer ; il a en effet retenu l'offre en ces termes et l'inaliénabilité serait de nature à bouleverser le financement prévu, et par conséquent le projet de rétablissement. Cette clause doit faire l'objet d'une publication, cette tâche incombe à l'administrateur ou, à défaut au liquidateur ; La sanction en est la nullité absolue. L'ordonnance du 18 janvier 2008 a complété l'article L. 642-10 et précisé, comme il était nécessaire, que le tribunal peut autoriser une aliénation prohibée par le plan, après avis, sous peine de nullité, du ministère public.

§2. LES DIFFICULTÉS LIÉES À LA TITULARITÉ DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

222. Lorsque des droits de propriété intellectuelle appartiennent au débiteur, ils constituent un actif susceptible de faire l'objet de cession. Cependant, il est des hypothèses dans lesquelles l'entreprise n'est pas titulaire des droits qu'elle exploite. En ce cas l'immense difficulté réside dans l'identification du titulaire des droits et dans l'établissement de la preuve des droits. À cet égard, il est de haute importance de relever qu'il est bien plus aisé de prouver l'identification du titulaire de droit de la propriété industrielle que de droits de propriété littéraire et artistique, cette facilité de preuve réside essentiellement dans le titre dont bénéficient les premiers, alors que les seconds en sont démunis. Ce constat atteste des difficultés liées à la preuve des droits en matière de droit d'auteur et nous impose de recentrer notre étude sur ce domaine.

223. Aussi, afin de mieux appréhender les difficultés qui gravitent autour de la cession des droits de propriété intellectuelle, nous avons entrepris d'étudier en premier lieu

⁵³⁷ Article 642-2, II 7°, d'où l'importance pour le candidat de dire tout ce qui est déterminant dans son offre

l'identification du titulaire des droits (A) avant de déterminer les moyens relatifs à l'établissement de la preuve de titularité (B).

A. L'IDENTIFICATION DU TITULAIRE DES DROITS

224. Le droit de la propriété intellectuelle concerne des objets assez différents les uns des autres. Les uns sont des créations de formes ou des innovations techniques ; les autres couvrent le rapport d'un signe à une activité, aux produits ou aux services d'un agent économique pour les distinguer de ceux de ses concurrents et faciliter les choix de la clientèle⁵³⁸. Les différents droits intellectuels confèrent un monopole d'exploitation à leurs titulaires.

225. « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »⁵³⁹. Cette disposition semble faire du lien qui unit le créateur à son œuvre le garant d'une attribution toujours aisée, juste et légitime des droits d'auteur⁵⁴⁰. Les droits d'auteurs naissent ainsi sur la tête des personnes physiques qui sont intervenues de manière originale dans l'univers des formes, ils ne peuvent normalement être transmis qu'en respectant un certain nombre de règles. Comme le rappelle la jurisprudence, « La détermination de la qualité d'auteur d'une œuvre protégée relève exclusivement de la loi »⁵⁴¹. Il en va notamment ainsi des auteurs d'œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination, c'est dire l'étendue que cette notion recouvre. Néanmoins une remarque importante doit ici être ajoutée. En effet, il est nécessaire de souligner que les qualités de créateur et d'auteur sont distinctes. Seules les personnes physiques peuvent être créatrices. La qualité de créateur implique seulement que la personne ait usé de sa main ou de son esprit pour concevoir ou réaliser une chose, qualifiée ou non d'œuvre au sens du Code de la propriété intellectuelle. En ce sens, il est inconcevable qu'une personne morale ait elle-même réalisé une création, sinon au prix d'une fiction juridique inutile. Un auteur n'est autre qu'un titulaire des droits d'auteur au sens de la propriété intellectuelle. Une personne morale peut alors parfaitement être investie des droits patrimoniaux et moraux sur une chose dont elle

⁵³⁸ F. POLLAUD-DULIAN, La propriété industrielle, op. cit., n°2, p. 1.

⁵³⁹ article L. 111-1, al. 1^{er}. CPI

⁵⁴⁰ T. LANCRENON « Probatio probata, non probanda ou le rôle primordial de la preuve en droit d'auteur », LPA, 17 mai 2005 n° 97, P. 10

⁵⁴¹ Cass. civ., 1^{re}, 29 mars 1989, pourvoi n° 87-14.895; CA Paris, 21 mai 2002, RIDA, n° 195, janvier 2003, p. 361.

n'est pas la créatrice. Elle est l'auteur de l'œuvre en ce sens qu'elle exerce les droits d'auteur. Cette confusion entre les qualités de créateur et d'auteur se manifeste fréquemment dans les décisions rendues par les juges du fond. En définitive, il n'est pas choquant que les personnes morales exercent les droits moraux en qualité d'auteur.

Dans la mesure où le promoteur de l'œuvre collective est investi *ab initio* des prérogatives patrimoniales et morales, il faut convenir que le créateur personne physique est dépouillé des droits d'auteur. Il n'en demeure pas moins créateur, mais sans la qualité d'auteur. Les créations reflètent bien souvent la culture et l'image de l'entreprise. Le créateur personne physique est d'ailleurs très souvent « guidé » par la personne morale en fonction de son image de marque, de sa tradition ou de l'esprit qu'elle incarne. La liberté de création est ainsi étroitement encadrée pour répondre aux impératifs imposés par le promoteur de l'œuvre collective. Dans ces conditions, l'œuvre reflète davantage la personnalité du promoteur que celle du créateur. Cette solution est d'autant plus légitime que l'activité de création ne donne pas nécessairement naissance à des droits d'auteur. Les créations peuvent ainsi faire l'objet d'un droit de brevet ou de dessins et modèles. Le régime de l'œuvre collective constitue ainsi une des hypothèses où le créateur est dépourvu de droit d'auteur.

Cependant, nous remarquerons que l'identification du titulaire du droit n'est pas toujours chose facile à réaliser. Des difficultés sont susceptibles de naître notamment lorsqu'il est question de la cession de ces droits dans le cadre des opérations de réalisation de l'actif.

226. En effet, une difficulté peut naître de la situation dans laquelle, un inventeur dépose un brevet en son nom sans en transférer ultérieurement son titre à la société dont il est le dirigeant, et dont les actifs seront cédés dans le cadre d'opérations de réalisation d'actifs de l'entreprise défaillante.

Si l'entreprise en difficulté exploite le brevet en cause, c'est que le dirigeant de l'entreprise permet cette exploitation. Néanmoins, cette tolérance ne s'étendra pas aux cessionnaires successifs. Ces derniers ne pourront se prévaloir d'aucun titre de jouissance du brevet, et la poursuite d'exploitation du brevet serait constitutive de contrefaçon⁵⁴². En réalité, le problème vient du fait que ce droit de propriété industrielle est attaché à l'activité du débiteur sans que celui-ci en soit pour autant propriétaire.

⁵⁴² Cass. com., 7 fév. 2006, 04-15.846Sté remorques PAM c/cts Y, Rev. Prop. Ind. n °5, mai 2006, comm. J. RAYNARD.

Lorsque le plan de cession emporte transfert de la totalité des actifs de la société débitrice, les termes généraux employés par celui-ci ne peuvent exclure ce titre du champ de la reprise sauf à priver la cession de tout objet. Cette situation est de nature à laisser planer un véritable doute sur la possible cession de ce droit de propriété intellectuelle dans le cadre de la procédure collective de l'exploitant du droit.

La Cour de cassation estime à cet égard que « la simple tolérance accordée par l'inventeur à la société qu'il dirigeait et qui exploitait le brevet ne saurait s'étendre aux cessionnaires successifs ». En définitive, le défaut de droit du débiteur dont les actifs sont cédés dans le cadre du plan de cession suffit à rendre compte de ce que le brevet en cause n'entre pas dans le périmètre de la cession.

Par ailleurs, le jugement arrêtant le plan de cession doit identifier et décrire de façon précise les éléments cédés afin d'éviter aussi bien les recours qui pourraient être exercés par le cessionnaire jugeant que des charges supplémentaires lui ont été imposées, que pour éviter les difficultés d'exécution qui découleraient d'une imprécision imputable au tribunal. En outre, nous pouvons suggérer, qu'il eut été intéressant dans cette hypothèse et afin de contourner ces difficultés de recourir à la conclusion d'une licence.

Nous venons de le voir, l'identification du titulaire des droits d'auteur, préalable nécessaire à leur cession dans le cadre du traitement judiciaire des difficultés des entreprises, est bien souvent difficile, aussi il semble nécessaire de s'interroger sur les moyens de preuve existants en droit d'auteur.

B. L'ÉTABLISSEMENT DE LA PREUVE DES DROITS

227. L'établissement de la preuve des droits dans le domaine de la propriété industrielle ne présente pas de difficultés particulières. En effet, les titres délivrés attestent en général de cette qualité. Dans le domaine du droit des marques, l'enregistrement confère au titulaire un droit de propriété industrielle, qui consiste en un droit exclusif d'exploitation, opposable à tous. En droit des brevets, le titre délivré confère également à son titulaire un droit exclusif ou un monopole d'exploitation sur l'invention. En outre, la plupart des contrats qui y sont relatifs font l'objet d'une publication sur un registre spécial alors qu'il n'y a pas d'équivalent en droit d'auteur, mais surtout en propriété littéraire et artistique il n'existe pas d'obligation légale imposant que tous les contrats soient passés par écrit. L'établissement de la preuve en propriété littéraire et artistique s'avère dès lors délicat.

228. La preuve de la titularité des droits d'auteur donne fréquemment lieu à la mise en œuvre de deux présomptions différents : l'une, d'origine prétorienne, qui attribue, dans un procès en contrefaçon, la titularité des droits à l'exploitant, en l'absence de revendication des auteurs, la seconde est posée expressément à l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle, reconnaît, sauf preuve contraire, la qualité d'auteur à celui ou ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. En effet, en droit d'auteur la loi instaure un système de présomption légale de titularité des droits d'auteur, aux termes duquel « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée »⁵⁴³ ; On peut ainsi l'exprimer : « *divulgation vaut titre* »⁵⁴⁴. Cette présomption est créée par la directive sur la lutte contre la contrefaçon du 29 avril 2004 ; c'est une sorte de possession d'état⁵⁴⁵. L'indication du nom du ou des auteurs sera faite par tous moyens, apparente (1^{ère} couverture, générique de début), ou plus discrète (4^{ème} de couverture, générique de fin), selon l'importance de sa contribution.

229. Ce système de présomption est également applicable aux œuvres collectives, seconde source de titularité initiale des droits d'auteur. Lorsque la preuve de l'existence d'une œuvre collective originale est rapportée, la personne physique ou morale à l'origine de cette œuvre bénéficie d'une présomption de titularité des droits d'auteur dès lors que l'œuvre a été

⁵⁴³ Article L. 113-1 du CPI

⁵⁴⁴ J. RAYNARD, *Le tiers au pays du droit d'auteur*, JCP, 1999 I 138, n^{os} 7 et s.; A. KESSLER-MICHEL, *Présomptions et droit d'auteur*, Paris-Sud, 2001, n^{os} 44 et s.

⁵⁴⁵ D. LEFRANC, « *La renommée en droit privé* », *Deffrénois*, 2004, n^o 211

divulguée sous son nom⁵⁴⁶. Dans tous les cas, la présomption par le nom témoigne indéniablement du souci du législateur de protéger les titulaires des droits d'auteurs en les dispensant gracieusement d'avoir à apporter la preuve d'un fait difficile à établir consistant en l'acte créatif, pour n'avoir qu'à prouver un fait plus accessible qui réside dans la divulgation sous leur nom⁵⁴⁷. Cependant, la mention du nom de l'auteur doit être dépourvue d'équivoque⁵⁴⁸. Néanmoins, cette disposition est insuffisante pour rassurer le titulaire initial des droits puisque ce dernier doit prouver qu'il a bien divulgué l'œuvre sous son nom. Mais si l'apposition du nom sur l'œuvre elle-même est le moyen le plus aisé, pour celui qui se prétend titulaire initial des droits, de prouver la divulgation sous son nom, il n'est pas rare que l'œuvre ne porte la mention d'aucun nom et, au fur et à mesure que se développe un droit d'auteur économique, il faut avouer que l'absence de nom tend à devenir la règle, notamment en matière publicitaire ou informatique. En outre, le juge dispose du pouvoir de requalifier la situation juridique, en disant qui est qui et a fait quoi⁵⁴⁹.

À s'en tenir aux formulations vagues du Code de la propriété intellectuelle, il serait tout à fait envisageable qu'une ou plusieurs personnes physiques ou morales puissent se voir reconnaître la qualité d'auteur. Mais le législateur ayant pris soin de rappeler que l'œuvre naît de la réalisation de la « conception » de l'auteur, la Cour de cassation refuse la qualité d'auteur aux personnes morales, qui doivent se contenter de la possibilité d'être simplement investies des droits d'auteur⁵⁵⁰. En outre, cette position classique est contestée par une partie de la doctrine, en effet les auteurs se partagent sur la nature du droit d'auteur⁵⁵¹. Certains défendent une division de la matière en distinguant les prérogatives patrimoniales, qui relèverait du droit des biens, et les prérogatives patrimoniales qui relèveraient du droit de la personne⁵⁵². Les hauts magistrats ont pu considérer à ce propos que « l'auteur d'une contribution à une œuvre collective demeure investi du droit moral au respect de son œuvre », ce qui lui « permet d'agir

⁵⁴⁶ Article L. 113-1 du CPI

⁵⁴⁷ L'œuvre étant en pratique souvent divulguée par le titulaire initial des droits d'auteurs : « Praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit » (on crée une présomption à partir de ce qui est le plus courant).

⁵⁴⁸ Cass. com., 28 oct. 2003, JCP, 2004II 10 053, note A. F. EYRAUD

⁵⁴⁹ Cass. civ., 1^{re} 16 nov. 2004, « Le Robert », Bull. civ., I, n° 275

⁵⁵⁰ Cass. civ., 1^{re}, 17 mars 1982, D. 1983, n° 7, p. 71, note Greffe ; 19 février 1991, pourvoi n° 89-14.402, Bull. civ. I, n° 67, p. 43 ; 8 décembre 1993, Bull. civ. I, n° 361, p. 251, qui rappelle « l'impropriété de terme consistant à attribuer à la société Image Image la qualité d'auteur ». Il est vrai que certaines juridictions du fond ont parfois reconnu aux personnes morales la qualité d'auteur (par exemple : CA Lyon, 28 novembre 1991, Gaz. Pal. 1992, 1, p. 275, note FORGERON ; CA Paris, 8 octobre 1997, Juris-Data n° 024386) ; T. ASSLER, analyse de la décision : CA Paris, 14 sept. 2012, « *Sempiternelles incertitudes du droit d'auteur appliqué aux arts appliqués ou les vertus d'un dépôt d'un dessin et/ou modèle* », Rev. Lamy, droit de l'immatériel 2012.

⁵⁵¹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique* 4^e éd. 2012, Lexis-Nexis, n° 154, p. 161

⁵⁵² N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010, n° 121

pour rétablir la vérité afin de faire publiquement état de son rôle de créateur »⁵⁵³. Aussi, l'auteur personne physique, conserverait-il son droit au respect et à la paternité face aux tiers. Mais le régime de l'œuvre collective est de plus alourdi par la jurisprudence *Aréo*, qui prévoit une « présomption de titularité de la personne morale sous le nom de laquelle le dessin ou modèle est divulgué, indépendamment de toute qualification de l'œuvre et en l'absence de revendication de la personne physique créatrice »⁵⁵⁴. La personne morale à l'origine de l'œuvre se voit donc présumée être titulaire des droits d'auteur face aux tiers. En outre, ces questions sont rendues plus délicates en matière de droits moraux. On admet en effet plus facilement que les personnes morales soient titulaires *ab initio* des prérogatives patrimoniales que des prérogatives morales⁵⁵⁵.

La détermination de la titularité des droits d'auteur en matière d'œuvre collective dépendait donc à la fois des droits considérés (droits patrimoniaux ou droits moraux) et du contexte dans lequel ils sont invoqués (relations *inter partes* ou relation avec les tiers). Cette situation était assurément trop confuse⁵⁵⁶.

Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation du 22 mars 2012 apporte ainsi une clarification opportune du régime juridique des droits moraux en matière d'œuvre collective⁵⁵⁷. Au visa de l'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle, la haute juridiction casse un arrêt de cour d'appel au motif « qu'en statuant ainsi, alors que la personne physique ou morale à l'initiative d'une œuvre collective est investie des droits de l'auteur sur cette œuvre, et, notamment, des prérogatives du droit moral, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ». Les dispositions de l'article L. 113-5 trouvent ainsi tout leur sens dans cet arrêt. Les hauts magistrats confirment ainsi que la dévolution du droit d'auteur à une personne morale attribue à cette dernière toutes les prérogatives attachées à ce droit de propriété, y compris le droit moral.

⁵⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 8 oct. 1980, n° 79-11.135, Bull. civ. I, n° 251 ; 16 déc. 1986, n° 85-10.838, *ibid.*, n° 305 ; D. 1988. 173 ; 8 déc. 1993, RIDA juill. 1994. 303.

⁵⁵⁴ Cass. civ., 1^{re}, 24 mars 1993, n° 91-16.543, Bull. civ. I, n° 126 ; *GAPI*, 2004, n° 10 ; RTD com. 1995. 418, obs. A. FRANÇON ; JCP 1993. II. 22085 ; Cass. com., 20 juin 2006, n° 04-20.776, D. 2006. 1894, obs. J. DALEAU ; Propr. intell. 2007. 81, obs. J.-M. BRUGUIÈRE. V., aussi, F. POLLAUD-DULIAN, La présomption prétorienne de titularité du droit d'auteur dans l'action en contrefaçon. La jurisprudence *Aréo* à l'épreuve du temps, RTD com. 2011. 45

⁵⁵⁵ Bertrand, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2011/2012, n° 105.61 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.* ; C. Bernault, *Objet du droit d'auteur*, J.-Cl. PLA, 2009, Fasc. 1185, n° 91

⁵⁵⁶ La jurisprudence a parfois considéré que des journalistes, auteurs personnes physiques, ne sont pas « titulaires originaires des droits sur l'œuvre collective » et qu'une telle affirmation est « contraire à la lettre de l'art. L. 113-5 » (TGI Nanterre, 2^e ch., 15 mars 2004, LégiPresse 2004, n° 212, p. 101).

⁵⁵⁷ Cass. civ., 1^{re}, 22 mars 2012, n° 11-10.132, Rev. sociétés, 2012, p. 496, note N. BINCTIN

La solution de l'arrêt est générale : la personne physique ou morale à l'initiative d'une œuvre collective est titulaire des droits patrimoniaux et moraux. La Cour de cassation ne distingue plus selon le contexte dans lequel sont invoqués les droits. Ici réside la véritable nouveauté de l'arrêt. Si le conflit en cause concerne, en effet, des relations *inter partes*, à savoir les relations entre la personne physique créatrice et la personne morale à l'origine de l'œuvre collective, la généralité de la rédaction autorise à étendre la solution aux relations avec les tiers. Selon la logique développée par la jurisprudence *Aréo*, les personnes morales sont les mieux placées pour défendre l'œuvre face aux attaques des tiers.

Cette jurisprudence conduit à considérer que le droit à la paternité du créateur s'éteint en matière d'œuvre collective, même lorsque le nom du promoteur de l'œuvre collective est également mentionné. Il faut considérer, en somme, que l'œuvre collective ne saurait avoir qu'un seul auteur, son promoteur. Cet arrêt du 22 mars 2012 contribue à l'édification d'un droit d'auteur économique. La détention de l'ensemble des prérogatives patrimoniales et morales par le promoteur de l'œuvre permet en effet une meilleure gestion des œuvres en regroupant les droits dans une même main. Il semble logique, par conséquent, que le créateur ne puisse pas se prévaloir de la qualité d'auteur. Dans le cas contraire, plusieurs personnes pourraient se revendiquer créateur d'une même œuvre⁵⁵⁸.

230. Si en théorie le créateur d'une œuvre de l'esprit originale devient titulaire de droits d'auteur dès qu'il met en forme sa conception mentale, en pratique, il doit démontrer qu'il est effectivement à l'origine de la forme créée. Pour atténuer cette démonstration malaisée et assurer la sécurité juridique des tiers, il aurait été parfaitement concevable de rendre obligatoire le dépôt de l'œuvre de l'esprit auprès d'un organisme public, comme en matière de propriété industrielle⁵⁵⁹.

L'article 42 de l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) rappelle indirectement que « tous les éléments de preuve pertinents » ont vocation à apporter la preuve du lien entre l'auteur et

⁵⁵⁸ En l'espèce, l'ancienne collaboratrice est devenue une concurrente du promoteur de l'œuvre collective. Il est donc légitime que le promoteur de l'œuvre puisse interdire à son concurrent de présenter ses propres produits comme le fruit de son travail, au risque de créer une confusion aux yeux de la clientèle. Le droit moral ne doit pas être employé comme un moyen de détourner la clientèle du promoteur de l'œuvre collective.

⁵⁵⁹ Si le copyright américain naît indépendamment de tout dépôt, le fait que toute procédure en contrefaçon engagée sur le fondement d'une œuvre protégée par copyright soit soumise à l'exigence d'un dépôt préalable a de quoi rendre sceptique sur l'absence de formalité obligatoire.

son œuvre. Bien sûr, « la preuve absolue de la propriété n'existe pas »⁵⁶⁰, et il faudra alors s'en tenir, aux « éléments de preuve raisonnablement accessibles et suffisants »⁵⁶¹. Il pourrait paraître évident, qu'il appartienne à celui qui se prétend auteur de l'œuvre, de prouver qu'il a effectivement mis en forme sa conception mentale. Mais, nous constaterons à travers les illustrations jurisprudentielles que nous avons choisies qu'une telle preuve, certes indispensable à établir en cas de cession judiciaire, est bien souvent difficile à rapporter.

L'établissement de la preuve des droits nous conduit à définir les moyens de preuve existants en droit d'auteur (I), avant de nous intéresser aux règles spécifiques relatives aux contrats en droit d'auteur (II).

I. Les moyens de preuve en droit d'auteur

231. Qu'il soit auteur ou investi des droits d'auteur, le titulaire initial des droits aura, dans tous les cas, intérêt à se préconstituer la preuve de la création. Preuve indispensable à rapporter, *a fortiori* lorsqu'il est question de la cession judiciaire des droits dans le cadre d'un plan de cession. Sauf, cas particulier où la forme originale atteste incontestablement de l'empreinte de la personnalité d'un auteur identifiable, ce qui du reste, ne sera pas une preuve facile à rapporter. La date de la création suppléera dans les faits l'impossibilité de se baser sur l'originalité. La preuve de l'antériorité de création marchera comme une présomption de titularité des droits sur l'œuvre, d'où l'importance de se préconstituer une preuve possédant une date certaine.

La variété des moyens de preuve est illimitée. Certains ont une force probante importante, tels que les constats d'huissier ou acte de dépôt chez un notaire. Constituent des moyens de preuve d'une grande efficacité, les dépôts « administratifs » auprès de l'Institut national de la propriété industrielle dessin ou modèle industriel, enveloppe Soleau.

Les sociétés d'auteurs ont également mis en place des procédures de dépôt des œuvres afin d'élargir l'éventail de leurs services, aussi bien pour leurs membres que pour les autres créateurs⁵⁶². Les autres moyens de preuve sont généralement constitués des documents préparatoires à la création : ébauches, esquisses, plans de travail, notes, projets, brouillons... Ils peuvent également être des documents dématérialisés. Ces éléments ne constituent pas des moyens de preuve d'une grande solidité. Les éléments de preuve peuvent également être parfaitement extérieurs au créateur, comme les témoignages ou les attestations fréquemment

⁵⁶⁰ A. RABAGNY, Le transfert et la preuve de la propriété : aperçu historique, LPA 2002, n° 233, p. 4

⁵⁶¹ Directive 2004/ 48/CE du 29 avril 2004

⁵⁶² V. <http://www.scam.fr> V. <http://www.sacd.fr>.

utilisés judiciairement. Lorsque les éléments de preuve de la date de création ont été obtenus licitement et sont jugés suffisants, ils peuvent parfaitement suppléer à l'absence de divulgation sous le nom de l'auteur⁵⁶³.

En matière commerciale ou même en matière civile, en dessous d'un certain seuil, la preuve peut s'administrer par tout moyen. Finalement l'auteur, personne physique étant une personne civile, la preuve à son encontre, et notamment de sa qualité et de ce qu'il a cédé, de ses droits sur sa création, doit être apportée selon les règles du droit civil.

II. Règles spécifiques relatives aux contrats en droit d'auteur

232. Le transfert de la propriété des droits d'auteur conduit à dissocier le droit moral de l'auteur, de son droit patrimonial, objet potentiel d'un contrat de cession. Au-delà, le Code de la propriété intellectuelle a posé en la matière deux règles d'une haute importance : la délimitation du périmètre de la cession (1) et l'exigence d'un écrit (2).

1. La délimitation du périmètre de la cession

233. En cette matière, le Code de la propriété intellectuelle a posé une règle particulièrement explicite à l'article L. 131-3 qui dispose que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* »⁵⁶⁴. Ainsi, afin de rapporter la preuve du transfert des droits patrimoniaux, le cessionnaire devra en pratique conserver une trace écrite du périmètre de la cession conforme aux exigences du Code de la propriété intellectuelle.

À défaut d'une telle preuve, le prétendu cessionnaire qui exploiterait l'œuvre s'exposerait à une action en contrefaçon puisqu'il ne saurait, même s'il est de bonne foi, se fonder sur de simples présomptions de cession pour justifier ses agissements⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Cass. civ., 1^{re}, 10 mars 1993, Bull. civ. I, n° 105, p. 70, D. 1994, n° 8, p. 90, note B. EDELMAN : « *Mais attendu que, sans faire application de la présomption posée par l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle (article 8 de la loi du 11 mars 1957), la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre aux arguments rappelés par le moyen, a constaté l'existence d'une contribution de M. Delthil à l'élaboration des premières éditions du guide et a pu estimer que ce concours permettait de lui attribuer un droit sur l'ensemble de l'œuvre réalisée en commun par lui-même et les époux Riou* ».

⁵⁶⁴ T. HASLER, « *contrat de publicité – preuve selon le code de la propriété intellectuelle* », Rép. Com, oct. 2008

⁵⁶⁵, Cass. civ., 1^{re}, 1^{er} décembre 1999 n° 97-15.171 inédit, V. www.legifrance.gouv.fr : « Vu l'article L. 131-3, alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle ; attendu que pour décider que la société Actiel avait cédé à la société Nordivet l'intégralité des droits d'exploitation et d'adaptation des progiciels livrés et des programmes

Cet absolutisme du formalisme de protection de l'auteur peut rapidement aboutir, si le contrat de cession n'est pas rédigé avec soin, à des situations extrêmes dans lesquelles le cessionnaire se trouve pratiquement privé de la possibilité d'exploiter l'œuvre. Cependant, en pratique le droit de la propriété littéraire et artistique a vocation à protéger l'auteur, réputé partie faible au contrat, dans certaines circonstances, et en particulier dans le cadre de contrats de travail ou de commande (le « droit d'auteur économique »), il peut paraître étonnant que les modes d'exploitation que tout un chacun pourrait considérer comme entrant naturellement dans le champ de la cession des droits demeurent réservés à l'auteur faute d'avoir été explicitement cédés.

Le juge pourrait également se fonder sur des présomptions de fait pour élargir le périmètre de la cession des droits d'auteur ou même pour en établir l'existence. La jurisprudence a pu considérer à plusieurs reprises dans certains cas particuliers, que la cession des droits d'auteurs était « implicite »⁵⁶⁶.

Si de telles solutions peuvent apparaître justes, elles génèrent en réalité des inconvénients bien supérieurs à leurs mérites en portant dangereusement atteinte à la sécurité juridique. Nous préconisons dans l'attente d'une éventuelle consécration législative, que, ces présomptions de cession soient regardées avec beaucoup de précaution.

spécifiques qui y ont été progressivement intégrés, l'arrêt attaqué se fonde sur des présomptions et, spécialement, sur le prix payé par la société Nordivet ; attendu qu'en se déterminant ainsi, sans préciser la forme prise par la cession des droits et la délimitation de leur domaine d'exploitation, comme l'exige le texte susvisé, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision».

⁵⁶⁶ C.CARON, Contribution à l'étude du droit d'auteur économique : les cessions de droit peuvent être implicites !, *Comm. com. électr.*, janvier 2003, p. 23, et *Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur, Propriétés intellectuelles*, avril 2003, n° 7, p. 135.

234. À l'inverse, il pouvait sembler injuste, par exemple, qu'un annonceur publicitaire souhaitant mettre fin aux relations contractuelles nouées avec son agence se voit opposer, par cette dernière, « la cessation de l'exploitation de la création publicitaire dont elle avait conservé les droits sous peine de contrefaçon, faute pour les contractants de ne pas avoir respecté les formalités contraignantes de l'article 131-3 précité ». Il est nécessaire de souligner que la finalité du texte était de protéger des auteurs personnes physiques en situation d'infériorité et non les sociétés commerciales que sont les agences.

Pour mettre fin à cette injustice, la Cour de cassation a considéré dans un célèbre arrêt que les dispositions de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle n'étaient désormais plus applicables aux relations entre cessionnaire et sous-exploitant de l'œuvre⁵⁶⁷. Cette jurisprudence, réaffirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation⁵⁶⁸, modifie en profondeur la perception de la preuve de la cession des droits patrimoniaux lorsqu'elle prend place entre un titulaire auxiliaire et un sous-exploitant, et non entre le titulaire initial et un cessionnaire. La preuve à rapporter dans ce cas n'est plus en effet celle du respect des mentions imposées par l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle mais celle de l'accord des parties sur le périmètre de la cession. Le juge doit alors se pencher sur la commune intention des parties, ce qui élargit sensiblement le domaine de la preuve. Il ne saurait être trop conseillé, dans ces circonstances, de conserver le maximum de documents ou preuves d'exploitation capables de constituer des indices d'une cession implicite des droits d'auteurs.

2. L'exigence d'un écrit

235. L'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose « Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit, [...] dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 et 1348 du

⁵⁶⁷ Cass. civ., 1^{ère}, 13 oct. 1993, n° 91-11.241, RIDA, 1994, n° 160, p. 210. En l'espèce, il s'agissait d'une personne physique qui avait créé un dessin que lui avait commandé une agence pour l'annonceur Perrier ; il y avait eu commande de l'agence, à laquelle l'auteur avait cédé ses droits. La cour a affirmé que l'article L. 131-3 « ne régit pas les droits entre cessionnaires et sous-cessionnaires »

⁵⁶⁸ Cass. com., 5 novembre 2002, n° 01-01. 926 la chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi jugé « qu'ayant constaté que les parties sont deux sociétés commerciales, que la société Ducs de Gascogne a commandé à la société Arplex, pour un conditionnement industriel, des modèles destinés dans l'intention des deux parties à être reproduits à des milliers d'exemplaires, qu'avant la rupture des relations, la société Arplex a admis pendant trois ans que les modèles soient divulgués sous le nom de la société Ducs de Gascogne, et souverainement décidé, au vu de ces éléments, que la société Arplex avait cédé par contrat le droit de reproduire le modèle, la Cour d'appel a pu déduire de cette cession le droit pour la société Ducs de Gascogne de procéder au premier dépôt de ce modèle ».

Code civil sont applicables ». Autrement dit cet article ne s'applique qu'aux seuls contrats visés par le texte, la preuve des autres contrats obéissant aux règles de droit commun.

La jurisprudence, très abondante en la matière, témoigne de la difficulté existante. La Cour de cassation est intervenue dans une importante affaire où elle eut à statuer sur une question opposant un créateur de mode à son ancien employeur, qui continuait à exploiter des modèles qu'il avait créés avant d'être licencié, et dans laquelle la Cour a retenu que « la cession du droit d'auteur sur un modèle n'est soumise à aucune forme »⁵⁶⁹. Désormais, l'article L. 131-3 ne vise que les seuls contrats énumérés à l'article L. 131-2, alinéa 1^{er}, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle. C'est à bon droit que les juges du fond ont pu retenir que la cession d'exploitation sur des modèles n'était soumise à aucune exigence de forme et que la preuve pouvait être rapportée selon les prescriptions des articles 1341 et 1348 du Code civil auxquels l'article L. 131-2, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle renvoie expressément⁵⁷⁰.

236. Qu'en est-il des droits sur les logiciels de la société en liquidation ? Le droit des procédures collectives exige que l'acte relatif à la cession obéisse aux conditions prescrites par le droit commun afférant au bien considéré, sauf lorsqu'elles sont incompatibles avec la cession de l'entreprise, opération globale ayant pour objet un ensemble, qui ne doit pas être disloqué⁵⁷¹.

Lorsque les logiciels appartiennent à l'entreprise en liquidation, ils constituent un actif qui peut être cédé par le liquidateur. Néanmoins, il existe des hypothèses dans lesquelles l'entreprise n'est pas titulaire des droits sur le logiciel qu'elle exploite. Cela peut couvrir l'hypothèse dans laquelle un logiciel développé par un des fondateurs de l'entreprise a été mis à la disposition de celle-ci. Un grand nombre d'entrepreneurs semblent confondre la propriété incorporelle avec celle de l'objet matériel qui lui sert de support. Ils croient à tort que l'acquisition de celui-ci entraîne le transfert de celle-là. Pourtant, l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle pose une règle claire : « La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel. L'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par le présent code... ». Cette règle s'applique évidemment aux logiciels mis à la disposition d'une entreprise par son créateur, dirigeant de celle-ci.

⁵⁶⁹ Cass. civ., 1^{ère}, 21 nov 2006, pourvoi n°05-19.294, D. 2007.AJ 316, obs. P. ALLAEYS

⁵⁷⁰ CA Paris, 1^{er} ch. 29 juin 2011, n° 09/22515 (SAS Abrisud), *Propri. ind.* 2011. 84, note GREFFE.

⁵⁷¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd. LGDJ 2012, n° 1165 p. 592

Une affaire dont les faits sont simples et symptomatiques à la fois de la pratique, illustrent ce conflit d'intérêts. Un auteur ayant conçu, développé et mis à la disposition de la société qu'il dirige, un logiciel, sans aucun formalisme ; lorsque cette société fut liquidée, le juge-commissaire a autorisé la cession du logiciel à la société plaignante. De son côté, le prévenu a été embauché par une autre société au sein de laquelle il a amélioré et utilisé ce même logiciel. C'est à bon droit qu'il a été relaxé alors qu'il était poursuivi pour avoir mis sur le marché à titre onéreux ou gratuit un logiciel au mépris des droits de son auteur. L'écriture informatique originale d'un logiciel est une œuvre de l'esprit sur laquelle son auteur a des droits protégés par le Code de la propriété intellectuelle, et ce, même dans l'hypothèse d'une cession judiciaire obéissant au devoir des procédures collectives.

Il est important de souligner, que le droit des procédures collectives exige que les actes de cession soient conformes aux exigences de fond et de forme du droit commun relatives aux biens considérés⁵⁷², cela signifiant que la transmission des droits de l'auteur puisse répondre aux exigences impératives prescrites par le droit de la propriété intellectuelle précité. Il en résulte que cette transmission ne peut se faire que sous la forme d'un acte de cession écrit, toute transmission orale ou tacite étant exclue même si le paiement du prix est justifié. Il en découle que la cession devant répondre aux exigences de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle qui subordonne la transmission des droits de l'auteur à la condition que « chacun des droits fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits soit limité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». Alors que conformément aux principes généraux, la cession totale ou partielle des droits d'auteur portant sur un logiciel ne peut être qu'expresse, le logiciel concerné n'a pas fait l'objet d'une cession ou d'un apport de sa part à la société dont il était gérant sous la forme d'un contrat de cession écrit. Il faut en déduire par conséquent que la cession consentie à la société plaignante par le liquidateur ne satisfait pas au formalisme exigé par l'article L. 131-3 précité et n'a donc pu avoir en l'absence d'acte de cession d'effet translatif de droits⁵⁷³, il en découle que l'auteur n'a donc jamais transféré sa propriété sur l'œuvre à sa société alors même qu'il l'a mise à sa disposition.

Le cessionnaire ne peut acquérir que ce qui lui est consenti par l'ordonnance du juge commissaire, et cette cession doit répondre de surcroît, aux formalités obligatoires de l'article

⁵⁷² M. H. MOSERIE BON, Les ventes dans les plans de cession, RLDA supp. Mai 2003, p. 10

⁵⁷³ CA Montpellier, ch. corr., 4 nov., 2004, n°04/00548, Rev. Prop. Ind. N° 7, juillet 2004, cession de droits sur le logiciel dans les procédures collectives comm. 68, J. SCHMIDT-SZALEWSKI

L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle. De plus, il est nécessaire de rappeler qu'en ce qui concerne les licences de logiciels, elles sont en règle générale consenties à un utilisateur déterminé et ne peuvent, en principe, être considérées comme des actifs susceptibles d'être cédés par le liquidateur, sauf dispositions contractuelles expresses à cet effet.

Il est constant que seul le titulaire des droits d'auteur puisse agir en contrefaçon⁵⁷⁴, par conséquent cette qualité doit être prouvée. Or, la Société ne prouve pas avoir cette qualité. Le Tribunal en conclut logiquement que la société est irrecevable à agir en contrefaçon. En effet, « dès lors que la cession des droits d'auteur sur un logiciel consentie à une société par le liquidateur, pas plus que l'ordonnance du juge-commissaire, ne répond aux prescriptions de cet article L. 131-3, la société bénéficiaire de la cession est irrecevable à se prévaloir d'une quelconque contrefaçon. L'auteur du logiciel qui n'en a jamais cédé les droits à quiconque, est libre de se servir des bases de ce logiciel pour le réécrire et en créer un nouveau »⁵⁷⁵.

À l'issue de cette étude, nous sommes amenés à la conclusion qui s'impose : la transmission du droit d'auteur ne peut se faire que conformément aux dispositions qui y sont relatives⁵⁷⁶. La cession des droits d'exploitation et d'adaptation de logiciels ne peut se déduire de simples présomptions, en l'absence d'actes écrits⁵⁷⁷. Le liquidateur qui souhaite céder un logiciel parmi les actifs d'une entreprise doit prendre la peine de vérifier que celle-ci est bien titulaire des droits, puis il lui appartient de rédiger un contrat de cession dans les formes prévues par l'article L.131-1 du Code de la propriété intellectuelle. Les biens inclus dans le plan de cession doivent ainsi obéir sans conteste à certaines caractéristiques.

La cession de l'entreprise est une technique courante du droit commercial qui se développe sous différentes formes suivant la structure de l'entreprise à céder⁵⁷⁸. Outre les biens susceptibles d'être cédés, le jugement qui arrête le plan détermine les contrats nécessaires à la poursuite de l'activité qu'il convient de céder au tiers repreneur susceptible d'en garantir la pérennité.

⁵⁷⁴ CA Paris, 20 déc. 1989 : D. 1994, somm. P. 189, obs. COLOMBET

⁵⁷⁵ TGI Montpellier, 5 fév. 2004, juris-Data n°241389.

⁵⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 28 nov 2000 : Bull. civ. 2000, I, n° 308; RIDA avr. 2001, p. 315

⁵⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1999 : RIDA juill. 2000, p. 397 ; RTD com. 2000, p. 364, obs. FRANCON

⁵⁷⁸ J. VALLANSAN, La cession d'entreprise, thèse Caen 1986

SECTION 2

LA CESSION DES CONTRATS AYANT POUR OBJET UN DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

237. « La cession des contrats caractérise la volonté de sauver l'entreprise du naufrage liquidatif à travers le transfert de l'activité et des moyens de la maintenir »⁵⁷⁹. La cession des contrats est un des moyens utilisé par le législateur pour servir un intérêt supérieur : le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Ce mécanisme poursuit un objectif de préservation des intérêts de l'entreprise par un maintien de son activité. Certains contrats sont économiquement des « biens précieux »⁵⁸⁰, indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise cédée : contrats de concession exclusive, licences de brevet ou de marque, contrats de franchise, contrats sur droits d'auteur. Il est donc rationnel d'en prévoir la cession avec celle des actifs⁵⁸¹.

L'impératif de stabilité dominant la cession judiciaire des contrats conduit à l'adoption de règles particulières et contraignantes, il en ressort que l'objectif de préservation transposé dans notre matière est susceptible de poser de sérieuses difficultés. Cela nous conduit inéluctablement, à nous interroger sur le degré de nécessité requis pour qu'un contrat ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle puisse être inclus dans le périmètre d'un plan de cession.

Cette difficulté résolue, il convient de s'interroger sur la compatibilité de cette cession, notamment lorsque sont en causes des contrats sur propriété intellectuelle, empreints de la personnalité du cocontractant. Ainsi, il nous faut avant toute chose déterminer les contrats concernés par la cession (§1), avant de conclure à la compatibilité d'une telle cession avec les contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle (§2).

§1. LES CONTRATS CONCERNÉS

238. Le législateur institue une nouvelle forme de cession forcée de contrat légitimée par un impératif d'ordre public économique privilégiant la valeur économique,

⁵⁷⁹ L. C. HENRY, Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises, *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2005, n° 251, p. 39

⁵⁸⁰ F. PEROCHON, R. BONHOMME, Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit, *op. cit.* n° 456 p. 489

⁵⁸¹ M.H MONSERIE, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, *op. cit.* p. 249 ; E. JOUFFIN, Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective, *op. cit.* p. 289 ; D. FABIANI, La cession judiciaire des contrats, *Mémoire notariat, université P. Cézanne*, déc. 1990, *op. cit.* p. 224

patrimoniale, que représente le contrat, au détriment des principes consensualistes de la volonté évincée. Un auteur a pu affirmer que « l'objectif de la cession de contrat se trouve dans la stabilité du rapport contractuel d'origine »⁵⁸². Il est en effet souhaitable de trouver dans le mécanisme de la cession un équilibre entre un souci de protection et d'efficacité, deux objectifs bien souvent opposés⁵⁸³.

En application de l'article L.642-7 du Code de commerce, le tribunal détermine les contrats « de crédit-bail, de location ou de fournitures de biens ou de services » qu'il juge nécessaires au maintien de l'activité. Les seules conditions requises par l'article L. 642-7 du Code de commerce, sont l'existence des contrats qu'il vise et leur nécessité.

La question se pose de savoir si les contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle répondent aux conditions exigées par la loi, et par conséquent, de déterminer s'ils peuvent être cédés. Pour qu'un contrat d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle puisse bénéficier d'une décision de cession, il doit revêtir certaines qualifications juridiques et certaines qualifications économiques. Ces éléments de référence nous invitent à définir la notion de contrats de fourniture de biens ou services d'une part (A), et définir les contrats sur droits de propriété intellectuelle nécessaires à la poursuite de l'activité (B), d'autre part.

⁵⁸² M. JEANTIN rapport de synthèse, in L'évolution de la cession d'entreprise, Toulouse 2 avril 1992. Ann. Univ. Sc. Soc. 1992, p. 174

⁵⁸³ M. JEANTIN, *loc. cit.* p. 171

A. LES CONTRATS DE FOURNITURE DE BIENS OU DE SERVICES

239. L'article L. 642-7, alinéa 1^{er} du Code de commerce, en mentionnant les contrats de fourniture de biens et services, fait entrer dans son champ d'application une catégorie très vaste et disparate dans son contenu. À ce titre peuvent être concernés par la cession des contrats organisant « aussi bien la transmission de biens meubles ou immeubles, que le simple transfert de leur détention et toutes les situations intermédiaires, aussi bien le louage d'ouvrage que la cession d'un droit immatériel, les obligations de donner que les obligations de faire »⁵⁸⁴, c'est dire combien la formule est vaste. La difficulté qui se présente à nous est de déceler la compatibilité entre ce critère et notre matière. Pour ce faire, nous devons successivement déterminer le contenu de cette notion (I) et procéder à l'application du critère aux contrats relatifs à un droit de propriété intellectuelle (II).

I. Le contenu de cette notion

240. Le législateur emploie une formule vague et peu juridique : « *contrats de fourniture de biens et de services* ». Le contrat de fourniture correspond à une réalité juridique définie par la doctrine et consacrée par la jurisprudence.

Le contrat de fourniture de biens et de services comprend les contrats dont l'exécution nécessite une certaine durée, cela, quelle que soit la structure juridique choisie pour cette relation contractuelle qui tend soit à l'approvisionnement en matières premières et biens matériels de toute nature, soit à l'accomplissement de prestations sous forme d'obligation de faire.

Les contrats les plus variés peuvent entrer dans cette catégorie. Son caractère particulièrement large permet d'inclure dans son périmètre de nombreuses conventions parmi lesquelles les contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle.

⁵⁸⁴ J.M CALENDINI, « *La détermination des contrats cédés en application de l'article 86* », in « Le droit des contrats dans le redressement judiciaire », Rev. Jurisp. Com. N° sp. Nov. 1992, p. 110, sp. N°7

II. Application du critère aux contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle

241. Certains contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle sont assimilés à des contrats de fourniture de biens ou de services ou même à des contrats de location. Il en va notamment ainsi des contrats de licence.

Il était pourtant permis de douter d'une telle assimilation. D'une part, parce que si le législateur avait entendu couvrir tous les contrats, ne lui était-il pas loisible de le dire et, sinon, pourquoi avoir employé une formule énumérative ?

D'autre part, l'on est amené à penser que les licences d'exploitation de droits intellectuels tels que les marques et brevets devraient échapper à l'application de l'article L. 642-7. Des tentatives ont été faites en vue d'opérer un rapprochement entre le contrat de licence et d'autres institutions du droit commun. Ces tentatives se sont généralement soldées par un échec. Ces incertitudes nous conduisent à nous poser la question qui s'impose à savoir : Dans le cadre d'un plan de cession, le tribunal peut-il décider la cession forcée d'un tel contrat au profit du repreneur ? Afin d'y répondre nous devons nous mettre en quête de la qualification juridique du contrat de licence, ce n'est qu'une fois celle-ci établie que nous serons en mesure de pouvoir répondre à cette interrogation.

242. La doctrine s'est penchée sur la qualification juridique du contrat de licence. Monsieur le Professeur Burst considère désuète l'analyse selon laquelle « la nature juridique de la licence est trop simple pour donner prise à quelque hésitation : elle vaut renonciation à la poursuite en contrefaçon et elle ne peut jamais être autre chose »⁵⁸⁵. Selon cet auteur, adhérer à une telle définition, revient à oublier que le licencié assume en contrepartie de la faculté qui lui est octroyée, l'obligation d'exploiter, dont la violation l'expose à la résiliation du contrat. Cet auteur se rallie à la conception selon laquelle le contrat de licence de brevet s'apparente à un louage⁵⁸⁶. Le doyen Roubier l'exposait en ces termes : « s'il est vrai que ce contrat confère au licencié la jouissance du droit d'exploitation, qui est un des attributs du brevet, il n'y a là rien de plus que dans le contrat de louage, où le preneur obtient aussi la jouissance de la chose par le moyen d'un droit qui n'est qu'un droit de créance »⁵⁸⁷. Sans réfuter totalement cette thèse, aujourd'hui encore classique, le Professeur Burst démontre son insuffisance en s'appuyant sur l'évolution économique qui tend à la concentration des efforts

⁵⁸⁵ M. PLANIOL, note sous Orléans, 13 juillet 1892, D.P. 1893.2.329

⁵⁸⁶ J.J BURST, Breveté et licencié. Leurs rapports juridiques dans les contrats de licence. In revue internationale de droit comparé. Vol. 22n° 3, juillet- septembre 1979, p. 577

⁵⁸⁷ ROUBIER, Le droit de la propriété industrielle, t. II n° 284, 1954, p. 264

et à l'association, sinon à la fusion des entreprises, il apparente les contrats de licence aux moyens de « concentration contractuelle »⁵⁸⁸. En revanche, Monsieur le Professeur Pollaud-Dulian parle d'une « espèce particulière de contrat de vente »⁵⁸⁹, selon cet auteur les contrats de licence en matière de propriété intellectuelle ont un caractère « *sui-generis* », ce raisonnement s'applique au contrat de cession de droits d'auteur, mais aussi aux licences de marque ou de brevet. D'autres auteurs se rallient à cette thèse selon ces derniers, la licence est un contrat plus complexe, il s'agit d'une convention « *sui generis* », qui tient de son objet et de son but un caractère original⁵⁹⁰, relevant de la famille des contrats innomés⁵⁹¹.

Il reste que la doctrine majoritaire s'accorde à reconnaître que ce recours analogique au statut de la location n'est opéré que par image, pour pallier certaines lacunes de la législation, et non par assimilation⁵⁹². Ces auteurs s'accordent, aujourd'hui, pour donner semblable qualification au contrat de licence et décider l'application à cet accord des règles édictées par les articles 1713 et suivants du Code civil⁵⁹³. Cette conception aura notre faveur, même si nous admettons que certaines de ces règles ne sont pas toujours appropriées à la matière du contrat de licence, néanmoins il reste possible de stipuler contractuellement des solutions particulières, le caractère supplétif de ces règles le permettant.

243. La jurisprudence quant à elle, s'y était montrée souvent favorable et parfois défavorable sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises⁵⁹⁴. Elle n'a pas manqué d'affirmer avec l'ensemble de la doctrine que la licence présentait tous les caractères d'un contrat de louage⁵⁹⁵. Elle a pu affirmer dans une affaire où il était question de la cession de contrats de licence à un tiers reprenneur de l'entreprise licenciée en difficulté que : « le contrat de licence de brevet constitue un contrat de louage d'ouvrage et s'analyse comme une prestation de services, susceptible de cession en application de l'article 86 »⁵⁹⁶. À cette occasion, elle a qualifié le contrat de

⁵⁸⁸ C. CHAMPAUD, « Les méthodes de groupement des sociétés », in rev. trim. dt. comm.1967, p. 1003

⁵⁸⁹ F. POLLAUD DULIAN, La propriété industrielle, Economica 2010

⁵⁹⁰ MATHELY, contrats civils et commerciaux, 2^{ème} éd. n° 360

⁵⁹¹ MM. COLLART-DUTILLEUL et DELEBECQUE, contrats spéciaux Dalloz, n°223

⁵⁹² P. ROUBIER, Le droit de la propriété industrielle t. 2, 1952-1954, Sirey, p. 264, n° 184 ; A. CASALONGA, Traité technique et pratique des brevets d'invention t. 1, 1949 et 1958, p. 432, n° 757 ; M. PLANIOL, note sous CA Orléans, 13 juill. 1892, préc. ; J.-J. BURST, Breveté et licencié. Leurs rapports dans la licence volontaire Coll. CEIPI, 1970, Litec ; J. FOYER et M. VIVANT, Le droit des brevets 1991, PUF, p. 432 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, Droit de la propriété industrielle 5^e éd., 1998, Précis Dalloz, n° 301, p. 191 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, Droit de la propriété industrielle 2^e éd., 2001, Litec, n° 251. S'accordent, aujourd'hui, pour donner semblable qualification au contrat de licence et décider l'application à cet accord des règles édictées par les articles 1713 et suivants du code civil.

⁵⁹³ Selon les dispositions de cet article : « On peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles »

licence de brevet de louage d'ouvrage ayant pour objet des fournitures de services entrant dans les prévisions de la législation relative à la cession des contrats dans le cadre des procédures collectives.

244. Il est aujourd'hui acquis que la liste des contrats judiciairement cessibles, telle que l'établit l'article L. 642-7, ne présente aucun caractère exhaustif. Ce sont donc les contrats les plus diverses qui pourront être appréhendés au titre de la cession judiciaire de l'article L.642-7 du Code de commerce.

La notion de contrat de fourniture, ne correspond plus à l'interprétation primitive de l'ancien article L. 632-6° du Code de commerce qui n'y incluait que les conventions portant livraisons successives de marchandises. La jurisprudence tenant compte de l'importance des activités de service dans l'économie moderne, a considéré que le contrat de fourniture pouvait avoir pour objet des prestations de service variées⁵⁹⁷.

En principe, le contrat de fourniture est un contrat à exécution successive ; la doctrine admet pourtant que peuvent être cédés des contrats qui ne sont pas *stricto sensu* à exécution successive, notamment les contrats instantanés ayant pour objet un droit de propriété industrielle⁵⁹⁸. La liste des contrats judiciairement cessibles ne présente aucun caractère restrictif ou limitatif tant sont vastes les catégories de contrats de fourniture de biens ou de services qui sont visés par les textes⁵⁹⁹. Ainsi ont été compris dans l'énumération de l'article L. 642-7 du Code de commerce, outre les contrats de licence de brevet⁶⁰⁰ ou de marque⁶⁰¹,

⁵⁹⁴ CA Paris, 15 déc. 1992 (Procédure collective du franchiseur), Rev. jurisp. Com., avril 1993, p. 151, obs. A. MARTIN-SERF ; JCP G. 1994-II-22205, obs. C. JAMIN ; CA Versailles, 28 mars 1996, Rev. proc. coll. 1998 p. 397, obs. B. SOINNE, RJDA 1996, n° 937, contra CA Colmar, 13 juin 1990, D. 1991 p. 97, obs. D. FABIANI ; CA Versailles, 23 juin 1988, Gaz. Pal. 1981-1 som. 112

⁵⁹⁵ CA Orléans, 13 juil. 1892 : DP 1993, 2, p. 329 ; CA Paris, 22 juin 1922 : Ann. Prop. Ind. 1922, p. 353 : T. civ. Seine, 20 oct. 1922 : Ann. Prop. Ind. 1923, p. 288

⁵⁹⁶ CA Colmar, 13 juin 1990, D 1991, Jur. P.97, note D.FABIANI

⁵⁹⁷ M.BEHAR-TOUCHAIS et G VIRASSAMY, Traité des contrats, Les contrats de distribution : LGDJ 1999, p. 316

⁵⁹⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* n° 1165, p.680

⁵⁹⁹ V. sur cette question, F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, avec la collab. de A. HONORAT, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 2e éd., Recueil Dalloz, n° spécial, 1986, n° 257 ; D. FABIANI, *La cession judiciaire des contrats*, éd. du CRAJEFE, 1988, Université de Nice-Sophia-Antipolis, n° 113 s.

⁶⁰⁰ Cass. com., 20 fév. 1973 : Bull. civ. IV, n° 87; TGI Paris, 7 mars 1974: JCP G 1976, II 18219, note PLAISANT

⁶⁰¹ V. not. Les thèses de M.H MONSERIE, Bibl. dr. Entr. T. 33n°253.p. 241 et s. ; E. JOUFFIN, bibl. dr. Privé T. 307

d'autres contrats relatif à des droits de propriété intellectuelle (contrats de concession⁶⁰² et les contrats de franchise⁶⁰³.)

Cette notion étant définie, il convient de souligner afin de rendre cette étude la plus complète possible qu'en cas de cession d'une entreprise d'édition ordonnée en application de l'article L. 642-5 du Code de commerce, le cessionnaire est tenu aux obligations du cédant. Autrement dit, à la différence des autres contrats de fourniture de biens ou services conclus par le débiteur susceptibles de faire l'objet d'une cession judiciaire que si ils sont nécessaires au maintien de l'activité, les contrats d'édition conclus par un éditeur font l'objet d'une cession légale et partant automatique au cessionnaire de l'entreprise en difficulté.

L'analyse relative à la qualification juridique du contrat de licence nous conduit à affirmer que cette convention entre dans la catégorie des contrats cessibles. L'article L. 642-7, alinéa 1^{er} du Code de commerce disposant aujourd'hui que : « le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens et services nécessaires au maintien de l'activité au vu des observations des cocontractants du débiteur transmises au liquidateur ou à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné ». Les contrats de licence étant généralement assimilés à des contrats de location, et sous cette réserve, la seule condition est donc l'utilité du contrat pour la poursuite de l'activité⁶⁰⁴.

Le plan de cession doit réaliser la transmission d'une entité économique viable, d'où le souci du législateur d'assurer la poursuite des contrats nécessaires à la bonne marche de l'entreprise cédée, parmi lesquels les contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle nécessaires à la poursuite de l'activité.

B. LES CONTRATS PORTANT SUR DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE NÉCESSAIRES À LA POURSUITE DE L'ACTIVITÉ

245. La nécessité du contrat pour le maintien de l'activité est la seule condition posée à la cession forcée, cette notion constitue le fondement même de la cession judiciaire. La question qui se pose est de savoir quel degré de nécessité doit être constaté pour que la procédure puisse être initiée.

Les conceptions retenues par les auteurs au sujet de cette notion sont quelque peu opposées. Deux courants s'affrontent.

⁶⁰² Douai, 8 mars 1980, D 1990, I.R p.97 ; T. Com. Marseille, 7 sept. 1987, Rev. Proc. Coll.1988, 73, n° 7 obs. B. SOINNE

⁶⁰³ Versailles, 13^{ème} ch. 23 juin 1988, Rev. Proc. Coll.1989, 190, obs. B.SOINNE

⁶⁰⁴ F. POLLAUD-DULIAN, La propriété industrielle, op.cit., n° 1610, p. 935

246. Un premier courant animé par Messieurs Guyon, Fabiani et Zuin, prône une conception restrictive de la notion. Monsieur Zuin, préconise l'idée selon laquelle la cession judiciaire des contrats ne doit s'appliquer « qu'aux seuls contrats sans la poursuite desquels l'activité ne pourrait plus être maintenue »⁶⁰⁵. Cette interprétation stricte conduit à faire une distinction entre les contrats principaux et les contrats accessoires. Toutefois, cette distinction semble très difficile à effectuer. De plus, elle conduit à une appréciation très subjective favorisant les incertitudes juridiques.

Monsieur le Professeur Fabiani, retient quant à lui une conception stricte de la nécessité. Il affirme à ce propos que « le contrat doit être nécessaire à l'activité comme l'air est nécessaire à la vie »⁶⁰⁶. Il retient pour l'interprétation du critère, la condition de remplacement du contrat cédé. Avec une telle interprétation, peu de contrats peuvent être considérés comme irremplaçables pour l'entreprise en difficulté, hormis ceux intervenant dans des domaines spécialisés ou ceux conclus avec une entreprise en situation de monopole, ce qui peut couvrir de nombreuses situations de monopoles d'exploitation de droits de propriété intellectuelle.

Enfin, le Professeur Guyon s'attache à une interprétation stricte principalement en raison du caractère dérogoire de la cession. Selon cette conception, il revient au tribunal de rechercher si l'absence de cession de contrat compromettrait le sauvetage de l'entreprise⁶⁰⁷. Il s'agit là d'un critère très restrictif conduisant à supprimer presque intégralement la cession des contrats. En effet, il semble impossible que la non transmission d'un seul contrat puisse entraîner le prononcé de la liquidation judiciaire. Cette conception ne s'applique qu'aux contrats de franchise ou de concession dont la cession serait refusée au nouveau franchisé ou concessionnaire.

À ces différentes interprétations doctrinales qui nous paraissent contestables à bien des égards, nous préférons un courant plus modéré.

247. D'autres auteurs proposent une conception plus extensive de la notion de contrats «nécessaires au maintien de l'activité » illustrée par les interprétations adoptées par Messieurs les Professeurs Derrida, Godé, Sortais et Jeantin. La conception retenue par ces

⁶⁰⁵ M.ZUIN : « La transmission judiciaire des contrats dans les procédures collectives : premières décisions de justice », *Gaz.pal.* 12/14-03-1989, p. 2

⁶⁰⁶ D. FABIANI, *La cession judiciaire des contrats*, Thèse Nice 1988, éd. CRAJEFE, préf. F. DERRIDA, n°202

⁶⁰⁷ Y. GUYON, *Droit des affaires*, T 2, *Economica* 1989, n° 1290

auteurs est une conception plus globale, qui opère un rapprochement avec la finalité assignée à l'opération de cession de l'entreprise par la loi.

Les premiers se demandent quelle interprétation donner à l'expression et affirment leur position à propos d'un contrat de publicité. Selon cette conception en totale opposition avec celle soutenue par le Professeur Fabiani, ce contrat est « bénéfique pour assurer le financement du redressement en raison des profits qu'il engendre, n'est nullement indispensable à l'activité de l'entreprise, toutefois dans la perspective du redressement, il faudrait appliquer le texte, nonobstant le principe d'interprétation restrictive, car celui-ci ne saurait l'emporter sur la finalité de l'opération »⁶⁰⁸.

Selon le Professeur Jeantin : « les contrats cédés doivent être indispensables à la poursuite de l'activité »⁶⁰⁹. Il développe également le caractère large de la cession à propos des contrats conclus *intuitus personae*. Cet objectif s'inscrit dans un cadre plus vaste : celui de la cession de l'entreprise. Selon cet auteur la « cession d'entreprise vise plus au maintien de l'activité qu'à la survie de l'entreprise dans sa forme actuelle »⁶¹⁰. Cette position conduit à une approche plus souple de la cession des contrats, elle a notamment pour effet de préserver l'existence du lien d'entreprise, le contrat étant cédé avec l'entreprise dans des conditions plus souples qui évitent la dissociation entre le contrat et l'entreprise.

Cette interprétation extensive, qui peut se résumer en une « application raisonnée » est partagée par la majorité des auteurs⁶¹¹ et a la faveur de la grande majorité de la jurisprudence. Cette analyse permet en outre, d'affirmer que le contrat est plus que jamais un bien, lequel doit circuler librement pour le plus grand bénéfice de la sauvegarde de l'entreprise. Il ne sera pas indispensable pour leur cession, que les contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle soient un élément vital de l'activité, en ce sens que sans eux aucune activité ne sera maintenue.

Il y a une tendance souple d'interprétation du critère légal. Un contrat est considéré comme nécessaire au maintien de l'activité dès lors qu'il lui est seulement favorable⁶¹². Le caractère nécessaire est une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond.

⁶⁰⁸ DERRIDA GODE SORTAIS, préc. N° 464

⁶⁰⁹ M. JEANTIN, P. LE CANNU, Th. GRANIER, Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, titrisation, 7^{ème} éd. Dalloz, 2005, n° 726

⁶¹⁰ M. JEANTIN, loc. cit. n° 724

⁶¹¹ B. SOINNE, Traité, op. cit. n° 1706 ; DERRIDA, GODE, SORTAIS, op. cit. n° 464

⁶¹² CA Poitiers, 20 avril 1988, Rev. Proc. Coll. 1989, p. 528 n°27, note B. SOINNE

248. Cette analyse est favorable à la circulation des contrats ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle, en ce qu'ils constituent de plus en plus des contrats indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise cédée, économiquement considérés comme des biens précieux, et dont aucune disposition contractuelle ne pourra entraver l'application du texte.

Compte tenu de ce qui vient d'être rapporté, nous pouvons affirmer que l'article L. 642-7 du Code de commerce fait du critère de nécessité une condition de la cession judiciaire. La règle relative à la continuation des contrats en cours envisage une relation entre cocontractants d'origine. La règle relative à leur cession judiciaire impose un nouveau partenaire contractuel à un autre cocontractant. Cette subordination doit être indispensable, elle est dictée par le maintien de l'entreprise, recherchée par la voie de cession.

En effet, l'opération de cession de contrat d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle, est un mécanisme contractuel qui repose, en règle générale sur les accords de volonté des personnes concernées par l'opération. Néanmoins, dans le contexte des procédures collectives, on ne peut s'accommoder de la volonté individuelle des parties pour arrêter le sort de l'entreprise⁶¹³. La cession judiciaire du contrat ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle impose le changement d'une partie au contrat.

La volonté du titulaire du droit de propriété intellectuelle ou du licencié, et plus généralement des personnes directement concernées par l'opération de cession est inopérante pour la réalisation de la cession des contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle. En effet, « Les intérêts en jeu sont trop importants pour en abandonner le sort à la volonté du cocontractant »⁶¹⁴. En outre, la cession ne doit pas être menacée par des stipulations contractuelles restrictives, la volonté des parties ne doit pas permettre de s'opposer à la cession des contrats indispensables au maintien de l'activité de l'entreprise⁶¹⁵.

La constatation du caractère « nécessaire » du contrat sur propriété intellectuelle pour le maintien de l'activité est un préalable indispensable à la cession. Cette notion de nécessité constituant le fondement même de la cession judiciaire des contrats. La question qui se pose à

⁶¹³ D.FABIANI, La cession judiciaire des contrats, thèse Nice 1988, n° 192, p. 128

⁶¹⁴ D.FABIANI, La cession judiciaire des contrats, *op. cit.*, n° 192, p. 128 ; J.M CALENDINI, La détermination des contrats cédés en application de l'article 86, in Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire, Rev. Jurisprudence commerciale 1992, p. 110

⁶¹⁵ M. H. MONSERIE, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, Litec 1994, n° 261, p. 251

présent est de savoir quel niveau de compatibilité doit être constaté entre les contrats relatifs à un droit de propriété intellectuelle et leur cession judiciaire.

§2. LA COMPATIBILITÉ DE LA CESSION AVEC LES CONTRATS RELATIFS À UN DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

249. Nous avons démontré que les contrats relatifs à un droit de propriété intellectuelle intègrent par essence la personne des cocontractants dans l'accord de volonté. Si ce caractère *intuitu personae* dont sont empreints ces contrats n'est pas un obstacle à la continuation des contrats en cours, en tant que moyen de sauvetage de l'entreprise en difficulté⁶¹⁶, la question qui se pose est de savoir si ce caractère, peut en revanche se révéler un obstacle à leur cession judiciaire.

La cession judiciaire des contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle doit être examinée au regard de l'*intuitus personae* général d'une part, en tant que concept global, mais surtout au regard du type précis d'*intuitus personae* qui innerve les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle. En effet, l'*intuitus personae* étant une réalité protéiforme, il convient de se livrer à une analyse au cas par cas afin de déceler le degré de compatibilité de la cession judiciaire avec l'exécution du contrat relatif aux droits de propriété intellectuelle. Cet examen stratégique nous conduira à observer que le droit des procédures collectives fait du critère de la nécessité du contrat pour le maintien de l'activité : l'unique condition posée à sa cession forcée, alors que le droit de la propriété intellectuelle commande que l'*intuitus personae* en tant que caractère inhérent à certains contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle puisse justifier que soit écartée la cession forcée. Ce constat implique la nécessité d'étudier en premier lieu les contrats transmissibles nonobstant l'*intuitus personae* (A) avant d'observer que l'*intuitus personae* inhérent à certains contrats sur droits de propriété intellectuelle peut constituer un obstacle à leur transmission (B).

A. LES CONTRATS TRANSMISSIBLES NONOBTANT L'INTUITUS PERSONAE

250. Le caractère *intuitu personae* des contrats devrait interdire leur cession qui caractérise l'atteinte ultime en raison du changement de l'un des cocontractants⁶¹⁷, mais la législation relative aux procédures collectives, faisant de la sauvegarde de l'entreprise une priorité absolue, méconnaît aisément ce caractère. L'application de la cession judiciaire aux

⁶¹⁶ Cf. notre thèse p. 52 n° 72 et s.

⁶¹⁷ D. FABIANI, La cession judiciaire des contrats, thèse Nice 1988, préface F. DERRIDA, éd. Univ. De Nice Sophia-Antipolis, n° 145 et s.

contrats *intuitu personae* est source de difficultés dans la mesure où ladite cession emporte des effets autrement plus radicaux que ceux induits par une simple poursuite du contrat. Or, l'étude relative à la nature de ce caractère ne doit pas s'arrêter à la constatation selon laquelle le partenaire désire avant tout, trouver chez son cocontractant certaines qualités objectivement vérifiables. Aux difficultés attachées à la cession des contrats *intuitu personae* (I), le droit des procédures collectives répond en affirmant la primauté du critère de nécessité du contrat conclus *intuitu personae* pour la poursuite de l'activité (II).

I. Les difficultés attachées à la cession des contrats *intuitu personae*

251. La modification du cocontractant.- La Cour de cassation a déclaré l'article L. 622-13 du Code de commerce, relatif au maintien des contrats en période d'observation, applicable aux contrats conclus *intuitu personae*. Mais la substitution qu'implique la cession de contrat porte atteinte plus gravement à cet élément personnel qui a pu déterminer le consentement des parties et qui peut conditionner la bonne exécution du contrat. L'atteinte portée à l'*intuitus personae* est beaucoup plus importante en matière de cession de contrat, notamment parce que cette dernière réalise un changement de cocontractant et non une simple modification de ses qualités d'origine. En effet, les raisons qui ont pu justifier la mise à l'écart de l'*intuitus personae* pour les besoins de la période d'observation, ne se retrouvent pas ici. Le caractère personnel qui est inhérent aux contrats conclus *intuitus personae* conduit à douter de l'application de l'article L.642-7 du Code de commerce, du moins si l'exécution du contrat reposait sur la personne même du débiteur, dont les qualités avaient été prises en considération pour la conclusion du contrat⁶¹⁸. L'on serait tenté d'affirmer que « l'intuitus personae a une force plus intense pour s'opposer au transfert forcé d'un contrat qui en est affecté, que pour mettre obstacle à la continuation d'un contrat entre les mêmes parties en vertu de l'article 37 de la loi »⁶¹⁹. En effet, les modifications apportées ne portent plus seulement sur les caractéristiques intrinsèques du cocontractant, comme cela peut être le cas dans le mécanisme de la continuation, ici, c'est la personne même du cocontractant qui va être modifiée.

⁶¹⁸ J-M. CALENDINI, La détermination des contrats cédés en application de l'article 86, REJ com. N° spécial nov. 1992, p. 110 ; P.DELEBECQUE, Le régime des contrats cédés en application de l'article 86, RJ com. N° spécial 1992, p. 134, mais également critiques adressées à cette conception extensive par F. TERRE ; A. MARTIN-SERF, RJ com. Avril 1993, p. 159

⁶¹⁹ F. DERRIDA, P. GODE, J.P. SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises : Dalloz 3^{ème} éd. 1991, P. 342, n° 464

252. En outre, si l'on fonde notre raisonnement sur le droit commun, l'on devrait en déduire que le caractère *intuitus personae* de ces contrats devrait en principe, faire obstacle à leur cession forcée⁶²⁰. Certains auteurs ont d'ailleurs affirmé à cet égard qu'il existait une « inaccessibilité de principe des contrats *intuitus personae* »⁶²¹. En effet, le fondement de cette inaccessibilité est classiquement recherché dans l'article 1237 du Code civil qui dispose que « l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier lorsque ce dernier a un intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ». En effet, il est admis de manière générale que les contrats conclus *intuitus personae* ne peuvent pas être l'objet d'une transmission parce qu'ils doivent recevoir en raison de leur nature même une exécution personnelle⁶²². Il convient donc d'affiner l'analyse de la transmissibilité des contrats comportant une part d'*intuitus personae*.

Nous venons de vérifier que les difficultés liées à la cession d'un contrat caractérisé par un *intuitus personae* peuvent avoir plusieurs fondements auxquels le droit des procédures collectives apporte une justification qui réside dans la nécessité du contrat pour la poursuite de l'activité.

II. La nécessité du contrat pour la poursuite de l'activité : unique condition à sa cession

253. Le silence de l'article L. 642-7 du Code de commerce sur la cession de contrats revêtant un tel caractère est susceptible de recevoir deux interprétations diamétralement opposées. La première, imprégnée du droit commun, conduit à considérer ce silence comme la reprise implicite de la solution classique d'inaccessibilité de ces contrats. Un contrat n'est pas une somme d'obligations patrimoniales, c'est également, une attente de comportements efficaces et loyaux, une espérance tournée vers un autre dont le visage n'est donc pas indifférent⁶²³. Une seconde interprétation s'appuie sur l'adage classique *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*⁶²⁴ selon lequel cette disposition ne fait qu'évoquer les contrats nécessaires au maintien de l'activité sans distinction selon que le contrat revêt ou non un caractère personnel, la nécessité du contrat pour le maintien de l'activité est la seule condition

⁶²⁰ CA Paris 6 jan. 1983 PIBD 1993III. 57

⁶²¹ Préface de F. DERRIDA, n° 145, dans thèse de F. FABIANI, préc.. « La cession judiciaire des contrats », éd. Université de Nice.

⁶²² M. E. ANDRE, L'*intuitus personae* dans les contrats entre professionnels, Mélanges M. CABRILLAC, p. 33 ; F. POLLAUD-DULIAN, Les droits intellectuels dans la tourmente des procédures collectives, p. 375 « l'*intuitus personae* de ces contrats devrait en principe, faire obstacle à leur cession forcée »

⁶²³ J. MESTRE, Cass. com., 6 mai 1997, RTDCiv. 1997, p. 937

⁶²⁴ Adage selon lequel : il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas.

posée à la cession forcée⁶²⁵. Cette analyse permet de mettre en exergue l'emprise de ceux qui lui ont donné naissance pour devenir un instrument de redressement obéissant aux impératifs supérieurs dictés par les règles régissant le traitement judiciaire des difficultés des entreprises. Ainsi, on ne doit pas faire de cet élément une cause de dérogation systématique aux dispositions de l'article L.642-7 qui sont d'ordre public, et qui ne distingue pas entre les contrats conclus *intuitu personae* et les autres.

254. La polémique sur la cessibilité de ce type de contrats- Fût-ce dans un cadre conventionnel, la controverse relative à la cessibilité des contrats conclus *intuitu personae* a donné lieu à un important débat doctrinal et jurisprudentiel opposant les tenants d'une vision traditionnelle ou subjective du contrat, aux tenants d'une vision économique ou objective. Pour les premiers, les principes de la force obligatoire et de l'effet relatif des conventions s'opposent formellement à ce qu'une partie puisse se délier, fusse en proposant un nouveau cocontractant⁶²⁶, alors que les seconds considèrent que le contrat est un bien librement cessible, cette cessibilité s'inscrivant par ailleurs comme une nécessité économique⁶²⁷.

La doctrine dans une écrasante majorité se prononce en faveur d'une application large de la cession judiciaire des contrats⁶²⁸, englobant en cela les contrats *intuitu personae*, et par voie de conséquence, ceux relatifs à l'exploitation de droits de propriété intellectuelle. L'adoption d'une solution contraire aurait réduit à néant le système mis en place par l'article L. 642-7 du Code de commerce.

⁶²⁵ CA Douai, 8 mars 1990, D 1990. IR 87 ; JCP E 1990, II, 15829, n° 9, obs. M. CABRILLAC: « La nécessité du contrat pour le maintien de l'activité est la seule condition posée à la cession forcée, indépendamment de l'*intuitus personae* qui ne peut exclure l'application de l'article 86, ce texte ne distinguant pas selon que le contrat revêt ou non un caractère personnel »

⁶²⁶ BILLIAU, « cession de contrat ou délégation de contrat », in « Etude du régime juridique de la prétendue cession conventionnelle de contrat », JCP, 1994, I, 3758

⁶²⁷ MALAURIE et AYNES, « Droit civil, les obligations », éd. 1994-1995, n° 779 ; Ph. MALAURIE, La cession de contrat, Rép. Déf. 1976, p. 1009 ; MAZEAUD et CHABAS, Traité n° 1232, 1283 ; pour une comparaison des divers courants doctrinaux en la matière : M. L. IZORCHE, « Information et cession des contrats », D. 1996, chron. 347.

⁶²⁸ B. SOINNE, Traité des procédures collectives : Litec 2^{ème} éd. 1995, n° 1704 ; M. JEANTIN et P. LE CANNU Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté : Dalloz 7^{ème} éd., n° 726, G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, t.1 vol. 1, 18^{ème} éd. 2001, par M. GERMAIN n° 3197 ; J.F. MONTREDON, n° 34, note n°89 ; Ph. PETEL, n° 33 note 125 et 155, Y. GUYON, Droit des affaires, Economica, t. 2, 9^{ème} éd. 2003 n° 1290, contra M. ZUIN, n° 769

Cette position est relayée par la jurisprudence⁶²⁹ qui se livre majoritairement à une lecture extensive des dispositions relatives à la cession des contrats. C'est ainsi qu'a pu être prononcée la cession d'un contrat de licence d'exploitation de brevet⁶³⁰.

L'absolutisme des procédures collectives se manifeste donc à nouveau dans le cadre de la cession judiciaire des contrats, la jurisprudence et la doctrine majoritaire rejetant l'application de *l'intuitus personae*, même à propos de tels contrats au sein desquels cette notion tient pourtant une place considérable. Il est alors nécessaire de compléter cette étude en déterminant quelles orientations ont été choisies par le législateur.

255. Les juridictions invoquent habituellement à l'appui de leurs décisions de cession de contrats *intuitus personae*, le critère légal retenu par l'article L. 642-7 du Code de commerce : il s'agit de l'utilité du contrat, autrement dit du caractère nécessaire pour le maintien de l'activité. L'intérêt personnel des cocontractants titulaires de droits de propriété intellectuelle ou tiers s'efface devant l'intérêt général de l'opération de cession de l'entreprise et de ses contrats.

Seulement cet argument, qui semble incontestable⁶³¹ pour admettre une cession généralisée à l'ensemble des contrats, sans distinguer en raison de leur *intuitu personae*, est-il à lui seul suffisant ? L'étude de la cessibilité de ces contrats révèle, effectivement, que si *l'intuitus personae* dont ils sont empreints ne peut être un prétexte trop commodément invoqué pour s'opposer à leur transfert, il peut parfois constituer un véritable obstacle à leur transmission dans le cadre d'une procédure collective ouverte à l'encontre d'un des contractants.

⁶²⁹ Cass. com., 7 jan. 1992, Bull. Civ. IV, n°3 RTD civ. 1992, p; 762, n° 7, obs. J.MESTRE; JCP. 1992, éd. G, I, 3591, n° 17 et s. Dans cet arrêt la cour ayant affirmé à propos de l'assentiment du cédé que « *le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consentie* »

⁶³⁰ CA Colmar, 13 juin 1990, D 1991, Jur. P.97, note D.FABIANI ; CA Poitiers 20 avril 1988, Gaz. Pal, 1988, 1, somm. 111 ; Rev. Proc. Coll. 1989, p. 528, n° 27 obs. B. SOINNE ; Cass. com., 17 mars 1992 : Bull. civ. 1992, IV, n° 120 La cour ayant statué en faveur de la cession de contrats de licences relatifs à l'exploitation de brevets au repreneur de l'entreprise, contrat par lequel le titulaire du brevet s'engage à communiquer au licencié les perfectionnements éventuels ainsi qu'à lui fournir une assistance technique.

⁶³¹ M. H. MONSERIE, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, *op. cit.* n° 276, p. 259

B. L'INTUITUS PERSONAE INHÉRENT AUX CONTRATS SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : OBSTACLE A LEUR TRANSMISSION

256. L'*intuitus personae* est dans certaines situations une circonstance indifférente tandis que dans d'autres il représente un obstacle sérieux à la cession du contrat. Le souci de ménager à l'entreprise en difficulté, les moyens nécessaires à son exploitation ne peut permettre de méconnaître les considérations de personnes quand celles-ci ont été déterminantes dans la formation et l'exécution de la relation contractuelle⁶³². L'*intuitus personae* n'interdit la cession du contrat relatif à un droit de propriété intellectuelle, que lorsque celle-ci serait incompatible avec le maintien des éléments essentiels du contrat. Le diagnostic qui va suivre révélera que l'*intuitus personae* caractérisant ces contrats peut tantôt être neutralisé par le mécanisme de la cession et tantôt s'imposer en constituant un véritable obstacle à leur transmission. Il nous faut examiner successivement, afin de déceler ces hypothèses le cas dans laquelle l'entreprise cédée exploite des droits de propriété intellectuelle appartenant à un tiers (I) et celui dans lequel l'entreprise cédée est titulaire des droits de propriété intellectuelle (II).

I. Cas où l'entreprise cédée exploite des droits de propriété intellectuelle appartenant à un tiers

257. La cession judiciaire des contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle ne porte pas atteinte à l'*intuitus personae* qui les caractérise à condition que le tribunal prévoyant une poursuite durable de l'activité de l'entreprise, intègre dans sa réflexion l'exécution future des contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle.

La réflexion qui s'établira autour du choix est importante tant au regard de l'intérêt de l'entreprise, qu'au regard de l'intérêt du cocontractant cédé. En effet, l'intérêt du tribunal réside tout entier dans la recherche d'un cocontractant revêtant les qualités retenues par le cocontractant cédé lors de la conclusion du contrat. Autrement dit, il lui appartient de déterminer avec précision le repreneur de l'entreprise. L'intérêt du tribunal orienté par la sauvegarde de l'entreprise coïncide finalement, avec la volonté du cocontractant cédé, qui lui-même avait contracté avec le débiteur antérieurement à sa défaillance, dans le seul dessein d'assurer au contrat une exécution sans faille.

⁶³² M.CABRILLAC, Versailles 23 juin 1988, JCP 1989, éd. E II, 15591

258. En réalité, il ne s'agit pas d'avoir une perception globale du cocontractant, identifié par sa personne même, mais d'appréhender seulement certaines de ses qualités démontrées par des éléments concrets. On aboutit alors, à la « *dépersonnalisation* »⁶³³, puisque dans l'esprit du titulaire du droit de propriété intellectuelle, tel que le concédant, seules les qualités du licencié comptent, un auteur a même affirmé à son égard que sa personne « n'est plus qu'une somme de qualités »⁶³⁴.

Lorsqu'un donneur de licence cherche un nouveau licencié, il s'intéresse aux qualités de son futur cocontractant telles que son expérience, son honorabilité, sa solvabilité, sa compétence technique, sa capacité d'adaptation, mais encore, plus spécifiquement sa capacité à exploiter un brevet ou une marque, ou sa conformité à l'image de la marque. Dès lors, sa vision du licencié est limitée.

Les qualités dont le futur licencié doit être titulaire, ne présentent pas de caractère exceptionnel, de sorte qu'il existe un certain nombre de cocontractants potentiels revêtant de telles qualités et pouvant ainsi garantir l'exécution du contrat d'exploitation de droit de propriété intellectuelle. Peut-on utiliser le même raisonnement lorsque c'est le titulaire du droit de propriété intellectuelle qui se trouve soumis à une telle procédure ? Nous tenterons d'y répondre ultérieurement.

259. Un contrat de licence de brevet peut être transmis, dans l'hypothèse où c'est le licencié qui est soumis à une procédure collective. Dans ce cas *l'intuitus personae* n'est pas inhérent aux prestations fournies par le cédant. En effet, le licencié est bénéficiaire de l'assistance technique du breveté. Sa prestation, consistant à verser les redevances que le breveté se borne à percevoir⁶³⁵, est dépourvue *d'intuitus personae*. Dans le célèbre arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar, les juges du fond se sont livrés à une appréciation plus fine du caractère *intuitu personae* qui est déterminé par rapport à l'obligation elle-même et non par rapport au contrat. Ainsi, lorsque l'obligation mise à la charge du repreneur n'est pas celle marquée *d'intuitu personae*, la cession demeure valable. La cession judiciaire des contrats revêtant un tel caractère est facilitée pour assurer le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Les juges du fond justifient leur position sur le fondement selon lequel : le caractère *intuitus personae* du contrat s'applique avant tout aux obligations du breveté et non à celles du licencié qui a pour principale obligation le paiement de la redevance convenue au contrat⁶³⁶.

⁶³³ C. MAURY, « Les contrats de concession et de franchisage dans le redressement et la liquidation judiciaires », Thèse 2005 Toulouse, n° 390 et s. p. 319

⁶³⁴ D. KRAJESKI, « L'intuitus personae dans les contrats », Thèse 1998 Toulouse, n° 357

Elle a d'ailleurs précisé que le débiteur, objet de la procédure, n'était pas le titulaire du brevet, mais le licencié, ce qui diminue l'impact de cet arrêt en ce qui concerne l'*intuitus personae*.

Ces contrats, fortement marqués d'*intuitus personae*, appartiennent, certes a-t-on pu l'affirmer à la catégorie des contrats ayant pour objet l'exploitation des créations d'une personne⁶³⁷. Cependant, en réalité, l'*intuitus personae* qui imprègne un contrat ne porte pas de la même façon sur toutes les obligations qui naissent de la convention. En outre, la cession de l'entreprise, dont la cession judiciaire des contrats n'est que l'accessoire, permet souvent le maintien à l'identique des conditions d'une exécution *intuitu personae* du contrat et cela même après le prononcé de la cession. Cette même solution est également admise, lorsqu'un franchisé est en redressement judiciaire, la cession du contrat de franchise peut être imposée au franchiseur, pour les mêmes raisons que celles justifiant la cession du contrat de licence. En revanche, nous verrons ultérieurement que la réciproque aboutit à des solutions bien différentes⁶³⁸.

260. Il est dès lors nécessaire de se demander quels arguments justifient une telle cession. On pourrait affirmer à ce propos, que si le tribunal peut confier l'entreprise à un repreneur, cessionnaire des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle sans que cette cession soit nécessairement attentatoire à l'*intuitus personae* de ces contrats, c'est que quelque part, de par leur nature et notamment eu égard à la qualité du débiteur, ceux-ci postulent d'une certaine fongibilité des cocontractants, qui n'est certes pas illimitée mais qui a le mérite d'exister.

Néanmoins, il est vrai que du côté du donneur de licence cette opération pourrait être perçue différemment. En effet, ce dernier peut se voir imposer un licencié non choisi, ne présentant pas les qualités requises, et pouvant même être un concurrent redouté, avec lequel il n'aurait jamais contracté de son plein gré. Alors, on pourrait avancer l'idée selon laquelle cette cession ne lui serait pas indifférente, qu'elle lui est même difficilement justifiable, ne trouvant aucun argument textuel déterminant, et apporte certainement, une restriction grave au droit commun des contrats de licence. Seulement l'intérêt de l'entreprise prévaut, et il est largement admis

⁶³⁵ CA Colmar, 13 juin 1990, *op.cit.*

⁶³⁶ Les dispositions de l'article 1237 du code civil ne font pas obstacle à ce que cette redevance soit acquittée par le repreneur

⁶³⁷ L. AYNES, L'autonomie de la cession de contrat en droit privé français, thèse sous la direction de Ph. MALAURIE, Paris II, 1981 n°335

⁶³⁸ Les solutions diffèrent lorsque c'est le franchiseur ou le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle qui est débiteur à une procédure collective. V. notre thèse n° 258 et s.

que la cession du contrat et son utilité pour le maintien de l'activité permettent d'écarter la volonté des parties.

Les tribunaux ont tendance à considérer que dans la mesure où la loi ne distingue pas selon que le contrat revêt ou non un caractère personnel, la cession d'un contrat *intuitus personae* peut être ordonnée, la nécessité du contrat pour le maintien de l'activité étant la seule condition posée à la cession forcée. Ainsi, le contrat de licence entre dans le cadre des dispositions de l'article L. 642-7 du Code de commerce, en tant que contrat transmissible.

II. Cas où l'entreprise cédée est titulaire des droits de propriété intellectuelle

261. L'*intuitus personae* peut rendre la cession véritablement impossible parce qu'il est incompatible avec le maintien des éléments essentiels du contrat : « le choix de la personne du cocontractant a pour but essentiel d'assurer une meilleure exécution ou, tout au moins une exécution des obligations plus conforme à la volonté des parties »⁶³⁹. Par conséquent, ce caractère peut justifier dans certaines hypothèses que soit écartée l'application de l'article L. 642-7.

Un traitement particulier semble ainsi, être réservé au contrat de franchise (1) et étendu par un raisonnement analogique au contrat de licence de brevet ou de marque (2).

1. La cession du contrat de franchise

262. Le contrat de franchise constitue un contrat d'exploitation de droits intellectuels⁶⁴⁰, comportant trois éléments essentiels : la licence d'une marque et d'une enseigne, en tant que droit de propriété industrielle, la communication d'un savoir-faire et une assistance technique ou commerciale. Le savoir-faire est défini par le règlement communautaire n° 772/2004 comme « un ensemble d'informations pratiques, non brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est secret, substantiel et identifié de toute manière appropriée »⁶⁴¹. Ce contrat pouvant être conclu avec une exclusivité à la charge du licencié. Son importance au sein des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle

⁶³⁹ M. CONTAMINE-RAYNAUD, L'*intuitus personae* dans les contrats, *op. cit.* n° 208, p. 301

⁶⁴⁰ D. FERRIER, « la franchise, un contrat d'exploitation de droits intellectuels », Mélanges G. BONNET, 2010, p. 187

⁶⁴¹ Régl. CE n° 772/2004, 27 avril 2004, concernant l'application de l'article 81§3, du traité à des catégories d'accord de transfert de technologie, art 1i), JOUE n°L. 123/11, 27 avril 2004 Sa qualification est au centre des débats doctrinaux, notamment en raison de l'hétérogénéité qu'il revêt (Procédé de fabrication, formule, modèles, etc) Une partie de la doctrine considère que le savoir-faire est un bien intellectuel. Pour une étude sur la qualification de bien intellectuel du savoir-faire : v° N. BINCTIN, Droit de la propriété intellectuelle, *op. cit.* n°596 et s. p., 414, l'auteur démontre qu'une telle qualification peut être retenue.

justifie son analyse dans le cadre de l'étude relative à la transmission des contrats dans le cas où l'entreprise cédée est titulaire du droit. La question se pose de savoir si la cession d'un contrat de franchise peut être imposée au franchisé lorsque le franchiseur est soumis à une procédure collective. À l'exception d'une décision isolée ayant appliqué les dispositions relatives à la cession à un franchiseur soumis à une procédure collective, la jurisprudence se montre généralement défavorable à la cession forcée du contrat de franchise. Dans cette décision, la Cour d'appel admet la cession du contrat de franchise au repreneur de l'entreprise du franchiseur, alors même que la personne du franchiseur est essentielle dans ce type de contrat, celui-ci devant transmettre le savoir-faire au franchisé⁶⁴². Dans cet arrêt, la Cour a considéré que le contrat de franchise est un « contrat complexe comportant une multitude d'échanges de service de la part des partenaires » et qu'il s'agit bien d'un contrat « de fourniture de biens ou services nécessaire au maintien de l'activité ».

263. Seulement, il reste qu'en réalité cette cession est difficilement concevable lorsque c'est le franchiseur qui est soumis à la procédure collective. Substituer un repreneur au franchiseur, dont les prestations sont indissolublement liées à la personne du débiteur, conduirait à modifier l'objet du contrat de franchise, lequel met à la disposition des franchisés un savoir-faire et des compétences⁶⁴³.

La Cour d'appel de Paris a notamment jugé que si un réseau de franchise pouvait être considéré comme un élément d'actif susceptible de cession, cette cession ne pouvait être imposée aux franchisés, libres de ne pas poursuivre leur collaboration avec le cessionnaire. En effet, le cocontractant franchiseur qui se verrait imposer l'application de l'article L. 642-7 du Code de commerce serait tenu de transmettre un savoir-faire à une nouvelle entreprise qui n'a peut être pas les aptitudes requises à le mettre en œuvre et qui ne répond pas aux exigences inhérentes à l'identité et à la réputation du réseau de franchise. Le réseau comporterait alors en son sein un nouveau membre qui, même animé des meilleurs intentions, pourrait altérer le réseau et porter préjudice à chacun de ses membres. Il paraît clairement impossible qu'un

⁶⁴² CA Versailles, 23 juin 1988, Gaz. Pal. Somm. 12/14 mars 1989, Paris 3^{ème} ch. 15 déc.1992, Rev. Jurisp. Com. 1993, p. 151, note A.MARTIN-SERF

⁶⁴³CA Paris, 15 déc. 1992 obs. C. JAMIN : JCP G 1994, II, 22205, Assoc. des Franchisés de la Chaîne Confortel Louisiane et Relais Confortel c/ Sociétés Confortel et Corextel : D. 1993, inf. rap. p. 45 ; RJ com. 1993, p. 151, note A. MATIN-SERF ; JCP E 1993, I, 275, n° 6, obs. P. PETEL. - CA Versailles, 28 mars 1996 : RJDA 1996, p. 702, énonçant que le contrat de franchise n'entre pas dans les prévisions de l'article 86 de la loi de 1985, dans une espèce où fut arrêté un plan de cession de la société franchiseur. - Contra, CA Versailles, 28 juin 1988 : Gaz. Pal. 1989, 1, somm. p. 112, qui relevait que le contrat de franchise est un contrat complexe qui ne saurait être réduit du côté du franchisé au paiement de redevances, tout en admettant sa transmissibilité au titre de l'article 86.

repreneur, même de bonne volonté, transmette au franchisé le savoir-faire qui est l'objet même de l'obligation du franchiseur et qui est nécessairement original. Dans ce cas, personne ne peut remplacer le franchiseur dans l'exécution du contrat.

264. C'est également la position adoptée par un autre arrêt dans lequel les juges du fond ont pu considérer par exemple que « le contrat de franchise est incessible par nature, sauf à méconnaître son objet ; que celui-ci étant la mise à disposition du franchisé du savoir-faire original, substantiel et secret du franchiseur, qu'il est impossible, alors que les franchisés se sont engagés en considération de la personne du franchiseur, seul créateur et détenteur du savoir-faire qu'il leur transmet, qu'ils puissent être liés à un nouveau franchiseur sans un nouvel accord de volonté de leur part »⁶⁴⁴.

En cas de redressement ou liquidation judiciaire d'un franchiseur, les tribunaux opposeraient donc un obstacle de principe à la cession du réseau de franchise à un tiers repreneur, refusant ainsi d'imposer un nouveau franchiseur à des franchisés qui se sont engagés en considération de la personne du franchiseur, titulaire d'un savoir-faire qu'il est considéré comme seul à pouvoir transmettre et faire évoluer. En effet, il paraît strictement impossible que le repreneur, transmette au franchisé le savoir faire original, objet même de l'obligation du franchiseur, et le contrat serait donc caduc⁶⁴⁵.

Si, dans le cadre d'un contrat de franchise de marque, celle-ci est rachetée par une entreprise qui voudrait poursuivre l'exploitation, il appartient à ce nouveau franchiseur de nouer avec les franchisés de nouvelles relations sur la base d'un nouveau contrat.

En procédant par analogie, cette analyse pourrait être transposée aux contrats ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle, lorsque c'est le titulaire des droits qui éprouve des difficultés et qui est soumis aux opérations de cession.

2. La cession du contrat de licence de brevet

265. La cession d'une marque et du contrat y afférent ne pose en principe pas de difficulté, la doctrine est en ce sens⁶⁴⁶, et la loi relative aux marques le confirme aussi puisque indirectement, cette hypothèse est prévue. Le Code de la propriété intellectuelle envisage ce cas, en effet l'article L. 714 dispose que « ... les droits attachés à une marque sont transmissibles(...) indépendamment de l'entreprise qui les exploite ou les fait exploiter. La transmission d'un contrat de licence est donc sans nul doute possible. En revanche, dans le

⁶⁴⁴ CA Orléans, 14 septembre 2000, D 2001, jur. P. 1017, note Y. MAROT

⁶⁴⁵ Ph. PETEL, LPA 18 mai 1992, p.24

⁶⁴⁶ A. CHAVANNE et JJ. BURST, *op. cit.* n°1119

cas où le contrat de licence comprend des obligations supplémentaires à la charge du concédant impliquant une collaboration étroite avec le licencié en ce qui concerne les modalités de fabrication de l'objet, avec transfert de savoir-faire, de dessins et modèles, voire de licences croisées, il devient difficile d'envisager la cession forcée du contrat de licence comme celle d'un simple contrat de location, et le licencié peut soutenir sur les fondements des articles 1165 et 1237 du Code civil⁶⁴⁷, qu'il y a là cession d'un contrat synallagmatique et *intuitu personae*, son accord devient alors indispensable⁶⁴⁸.

266. Cette même interrogation peut être transposée à la cession forcée d'un brevet, en ces termes : le caractère *intuitus personae* qui caractérise la relation breveté-licencié peut-il constituer un obstacle à la cession du contrat de licence ?

Pour que l'*intuitus personae* puisse justifier que soit écartée l'application de l'article L.642-7 du Code de commerce⁶⁴⁹, encore faut-il que le changement de cocontractant constitue un véritable obstacle à la poursuite des relations contractuelles⁶⁵⁰.

En effet, il convient d'écarter la cession forcée dans le seul cas où l'*intuitus personae* est inhérent aux prestations fournies par le cédant car alors, imposer un nouveau prestataire au cocontractant cédé reviendrait à modifier substantiellement les conditions d'exécution du contrat en violation de l'article L. 642-7, alinéa 3. Au contraire lorsque les prestations attendues par le cocontractant sont dépourvues d'*intuitus personae*, celui-ci ne saurait arguer d'une modification substantielle du contrat cédé. C'est ainsi qu'un contrat de licence de brevet peut être transmis, lorsque c'est le licencié bénéficiaire de l'assistance technique qui est l'objet du plan de cession ; à l'inverse, en cas de mise en redressement judiciaire du breveté, la cession du contrat de licence devient problématique car elle conduit à imposer au licencié une assistance technique fournie par un prestataire différent. La même analyse peut être transposée aux autres contrats de licence de droits de propriété intellectuelle, sous réserve des dispositions légales applicables au redressement judiciaire des éditeurs et producteurs de créations audiovisuelles. En outre, à titre indicatif il est nécessaire de noter dans le domaine

⁶⁴⁷ Article 1165 dispose : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 » ; l'article 1237 quant à lui dispose que « L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même.

⁶⁴⁸ L. AYNES, *L'autonomie de la cession de contrat en droit privé français*, Thèse Paris II, p. 105.

⁶⁴⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, *intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution, à propos des entraves à la liberté de choix du cocontractant dans les contrats cadre de distribution ; JCP E1998 p. 260.

⁶⁵⁰ M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, *op. cit.* n° 739, p. 483

de la propriété littéraire et artistique que la cession forcée serait impossible en cas de commande d'une œuvre de l'esprit passée au débiteur⁶⁵¹ par exemple.

267. En doctrine, l'opinion qui prévaut à ce propos est de distinguer des degrés dans l'*intuitus personae*. L'incessibilité de ces contrats, marqués *d'intuitus personae*, loin d'être absolue, n'apparaît en définitive, que relative comme étant tout autant liée à la considération des qualités du cessionnaire qu'à celles du cédant.

Si ce caractère peut constituer un obstacle à la cession du contrat relatif à un droit de propriété intellectuelle, il doit parfois l'être, mais il ne saurait constituer un prétexte invoqué pour déjouer le caractère coercitif que l'article L. 642-7 du Code de commerce attaché à l'opération de transfert de la convention.

La liquidation judiciaire du franchiseur ou du breveté met ainsi fin aux relations contractuelles et délie corrélativement les franchisés ou licenciés, sous réserve pour ces derniers de respecter une éventuelle clause de non concurrence post contractuelle.

Monsieur le Professeur Le Nabasque considère à cet égard que seuls devraient échapper à l'emprise de la cession judiciaire un nombre limité de contrats : ceux dont la raison d'être disparaît du fait même de la cession, soit parce que l'objet du contrat disparaît en raison de la cession, par exemple du fait que son exécution requiert un fait personnel du cédant qui ne peut émaner d'aucune autre personne, soit parce que l'exécution du contrat par un tiers substitué est de nature à compromettre l'équilibre de la convention et les intérêts du cédé⁶⁵².

Nous nous rangerons finalement à l'opinion du Professeur Philippe Pétel selon lequel il serait judicieux, de poser en principe l'application de l'article L. 642-7 du Code de commerce aux contrats d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle, tout en laissant l'opportunité pour le cocontractant à une démonstration, en prouvant qu'en l'espèce une cession est impossible parce qu'elle porterait atteinte à un élément déterminant du contrat et entraînerait donc la caducité de celui-ci. La cession singulière de ces contrats pourrait ainsi être refusée au cas par cas, sur la base d'une motivation qui laisserait intacte la portée de l'article L.642-7 du Code de commerce⁶⁵³.

268. Deux interrogations devraient alors être posées à chaque fois qu'il s'agit de statuer sur la cessibilité d'un contrat ayant pour objet l'exploitation d'un droit de propriété

⁶⁵¹ LE CANNU et ALII, *op. cit.* n° 977, note 444

⁶⁵² H. LE NABASQUE, La cession de l'entreprise en redressement judiciaire, JCP 1990, éd. E, II, 15770, p. 325

⁶⁵³ Ph. PETEL, Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté, Petites affiches, 18 mai 1992, p. 24 et s. n° 33

intellectuelle : La considération des qualités du cédant, (licencié, franchisé, titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ou franchiseur, titulaire d'un signe distinctif) a-t-elle été déterminante du consentement du cédé ? Le cessionnaire retenu possède-t-il des qualités identiques ? Ce ne sera qu'au terme d'une réponse positive à la première question et négative à la seconde que l'incessibilité devra être constatée, car ce n'est que dans ce seul cas de figure que le débiteur de l'obligation pourra justifier d'un intérêt à refuser l'exécution par un tiers⁶⁵⁴.

269. L'étude de la cession forcée des contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle traduit une appréciation économique de ceux-ci. En effet, ils sont appréhendés moins comme un lien entre deux contractants que, comme un bien de l'entreprise à sauvegarder. Si cette qualification de « *contrat bien* »⁶⁵⁵ peut surprendre, il ne faut pas s'y tromper, elle n'est pas propre au droit des procédures collectives. La patrimonialisation des contrats peut être observée en droit commun notamment à propos de contrats de concession, de franchise ou de licence. « Lorsque les individus contractent, ils donnent par la même naissance à une valeur patrimoniale, à une sorte de bien incorporel qui ne leur appartient plus tout à fait et qui, demain, peut très bien par exemple se retrouver dans le patrimoine d'autrui, par le jeu d'une cession de plein droit »⁶⁵⁶.

En définitive, si la cession judiciaire du contrat de franchise ou de licence d'un droit de propriété intellectuelle n'est pas systématiquement envisageable, il ne faut cependant pas rejeter le principe même de toute cession autoritaire, comme le fait un courant jurisprudentiel soutenu par une partie de la doctrine. En effet, très souvent la cession est possible. Elle permet alors de satisfaire à la volonté du droit des procédures collectives de sauver l'entreprise au moyen de la poursuite de ces contrats capitaux que sont les contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle. Elle permet également de préserver l'*intuitus personae* de ces contrats qui ne souffre d'aucune véritable atteinte dès lors que le tribunal qui veille à l'organisation de la cession, s'efforce de respecter certains impératifs permettant au repreneur d'avoir un accès au savoir-faire initial.

À l'issue de l'examen de la cession des contrats d'exploitation de droit de propriété intellectuelle, il convient de constater qu'il existe globalement une compatibilité entre le

⁶⁵⁴ D. FABIANI, La cession judiciaire des contrats, n° 151, p. 106

⁶⁵⁵ M.-H. MONSERIE, Th. Préc. , n° 13, p. 20

⁶⁵⁶ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in « L'évolution contemporaine du droit des contrats », Journées René SAVATIER, Poitiers 24-25 oct. 1985, PUF, 1986, p. 58

mécanisme de la cession judiciaire des contrats et la cession des contrats sur droits de propriété intellectuelle. Néanmoins, ce constat doit être nuancé, car certaines difficultés subsistent et n'ont pu être dépassées dans le cas où l'entreprise cédée est titulaire des droits.

270. Conclusion sur la cession de l'entreprise détenant des droits de propriété intellectuelle- Le mécanisme de la cession d'entreprise porte sur l'ensemble des biens participant à l'exploitation parmi lesquels des droits de propriété intellectuelle, également concernés par le mécanisme accessoire de la cession des contrats.

La cession de l'entreprise assure la pérennité de l'activité économique cédée. Les droits de propriété intellectuelle détenus par l'entreprise défaillante en tant qu'actifs ou faisant l'objet de contrats stratégiques dont elle est partie, sont globalement préservés grâce aux règles d'ordre public que prévoit le traitement judiciaire des difficultés des entreprises. Le législateur instituant une nouvelle forme de cession forcée de contrats légitimée par un impératif d'ordre public économique privilégiant la valeur économique, patrimoniale, que représente le contrat, ne manque pas de s'emparer des contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle. La cession judiciaire telle que prévue par la législation des procédures collectives semble adaptée aux droits de propriété intellectuelle cédés au titre d'actifs appartenant à l'entreprise en difficulté. Dans l'hypothèse d'une procédure collective, le tribunal saisit l'objectivité qui transparait de l'*intuitus personae*. La considération de la personne n'est plus une fin en soi mais seulement un moyen : celui d'accéder à la finalité contractuelle qui est la priorité absolue des partenaires. De manière pragmatique la finalité peut être atteinte par une autre personne ou une autre entreprise, choisie dans cette optique par le tribunal, il n'y a alors pas d'atteinte à l'*intuitus personae* du contrat d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle.

Hormis les hypothèses dans lesquelles certaines juridictions optent pour l'inapplication du dispositif de cession qui s'avère impossible lorsque la qualité de l'exécution du contrat est en jeu, compte tenu de la spécificité de la prestation. La tendance jurisprudentielle actuelle est extrêmement favorable à la transmission des contrats au repreneur de l'entreprise et cela, en dépit, du caractère *intuitus personae*, cette position contribue à la pérennité des droits de propriété intellectuelle, objets des contrats cédés.

Il convient à présent de procéder, afin de compléter l'étude relative à la cession, à un examen attentif de l'évaluation des droits de propriété intellectuelle lors des opérations de réalisation des actifs.

CHAPITRE 2

L'ÉVALUATION LORS DE LA RÉALISATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

271. La cession, qui revêt une remarquable « *polyvalence* »⁶⁵⁷, pour reprendre un terme employé par Madame le professeur Coquelet, organise le transfert de l'entreprise ou de ses parties saines entre les mains d'un tiers qui s'engage à les maintenir à un certain niveau d'activité et d'emploi, et à payer un prix. Il incombe inéluctablement et préalablement à ce dernier de procéder à une évaluation qui lui permette de s'assurer de la valeur de son acquisition, étape indispensable qui vise à éclairer sa décision. Les opérations de cession totale ou partielle se traduisent par un transfert d'actifs ou de parts sociales qui implique la fixation d'un prix de cession pour concrétiser la transaction. Le problème qui se pose est de déterminer comment fixer ce prix. Chacune des parties introduit une part de subjectivité dans son estimation du prix, nécessitant une négociation⁶⁵⁸. Afin de disposer des éléments nécessaires à cette négociation, il est procédé à une estimation de la valeur de la cession. Évaluer une entreprise ou ses actifs consiste à valoriser financièrement ce qu'elle vaut à un instant donné, elle consiste à donner la mesure d'une chose en argent⁶⁵⁹.

Il s'agit « *d'une opération intellectuelle téléologique dont la mise en œuvre dépend de l'objectif poursuivi* »⁶⁶⁰. L'évaluation d'un bien intellectuel est un sujet complexe qui prend une importance croissante⁶⁶¹ notamment lorsqu'elle se réalise dans le cadre d'une procédure collective. Au même titre que tout investissement, les biens intellectuels ont une valeur économique, protégée par le droit de la propriété intellectuelle. La difficulté est de donner une valeur, la plus exacte possible et de préserver cette valeur. La mise en œuvre du raisonnement permettant de déboucher sur l'énoncé de la valeur du bien intellectuel constitue le cœur de l'évaluation.

⁶⁵⁷ Le plan de cession peut « constituer, selon la nature de la procédure à l'occasion de laquelle il est arrêté : tantôt une mesure au service de la liquidation du patrimoine du débiteur ; tantôt une mesure au service de son redressement, tantôt enfin une mesure de nature à permettre la réorganisation de son activité » : COQUELET, RPC 2008-2, p. 128, n°5

⁶⁵⁸ C. BERGER, L'offre de reprise d'une entreprise en procédures collectives, Thèse 2010, Aix en Provence, n° 417

⁶⁵⁹ N. BINCTIN, Le rôle des usages dans l'évaluation des biens intellectuels, *cah. dr. entr.* n°4, juillet 2008, 36

⁶⁶⁰ G. HENRY, L'évaluation en droit d'auteur, coll. de l'IRPI, Litec 2007, n° 182, p. 155

⁶⁶¹ J.P. BIGOT, Quelle valeur pour les actifs immatériels tels que les logiciels ?, *Gaz. Pal.* 19 juillet 2007, n° 200, p. 15

Le champ de la présente étude est circonscrit en tous points à l'évaluation économique des actifs intellectuels lors des opérations de cession dans le cadre d'une procédure collective.

Cette opération délicate, suppose l'utilisation d'outils proposés par les sciences économiques dont le droit doit encadrer l'usage et les objectifs⁶⁶². En effet, lorsque l'on souhaite aborder une notion qui ne relève pas spécialement des sciences juridiques, il est essentiel d'adopter une méthode appropriée permettant d'appréhender une analyse cohérente. Le premier volet de cette étude, fera état de manière méthodique du contexte dans lequel interviennent l'évaluation et les difficultés qui lui sont inhérentes alors que le second volet se bornera à poser des solutions idoines selon que l'issue de la procédure débouche sur la poursuite ou la cessation d'activité de l'entreprise en difficulté.

Ainsi et tout l'enjeu de notre propos sera-t-il de démontrer qu'il s'agit d'une opération délicate tenant aux difficultés liées à l'évaluation des droits de propriété intellectuelle (section 1) mais qu'à l'évidence cette évaluation procède de la continuité de l'activité (section 2).

SECTION 1

LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'ÉVALUATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

272. L'évaluation, dans son acception la plus générale, est définie comme l'opération qui consiste à « estimer une chose quant à son prix, à sa valeur, à sa quantité, à sa durée »⁶⁶³. Cette opération intellectuelle n'est pas proprement juridique. En économie, le concept d'évaluation est plus restreint puisqu'il est défini comme « la mesure de la valeur d'un bien ou d'un revenu »⁶⁶⁴. Cette définition a été importée en droit et a été retenue par le vocabulaire juridique comme suit « l'opération consistant à calculer et à énoncer une valeur d'après des données et des critères déterminés, c'est-à-dire à chercher et à chiffrer ce que vaut en argent un bien ou un avantage »⁶⁶⁵. Alors plutôt qu'un « prix » au sens civiliste du terme, c'est une « valeur » qui est prise en considération. La valeur est une notion polymorphe, qui nécessite de déterminer au préalable la nature de la valeur recherchée, ce n'est qu'une fois celle-ci établie que l'on peut procéder à une évaluation. La valorisation des droits de propriété intellectuelle, dans le cadre des procédures collectives consiste en la recherche du meilleur prix possible pour les actifs du débiteur, ce qui suppose leur connaissance, leur évaluation et

⁶⁶² N. BINCTIN, Le rôle des usages dans l'évaluation des biens intellectuels, *op.cit.*

⁶⁶³ Dictionnaire de l'académie française, 8^{ème} éd. v° « évaluer »

⁶⁶⁴ Lexique d'économie, Dalloz 7^{ème} éd. 2002, v° « évaluation »

⁶⁶⁵ G.CORNU, vocabulaire juridique, PUF

parfois leur mise en valeur à des fins d'optimisation⁶⁶⁶. Cette valorisation s'avère complexe tant dans la liquidation judiciaire où la détermination des actifs ainsi que leur évaluation est le préalable logique à leur réalisation optimale, que dans toutes les cessions d'actifs qui peuvent se faire de manière globale ou séparée, y compris dans les cessions d'entreprises ou d'activités pouvant intervenir au cours du redressement judiciaire, voir lors de cessions partielles d'activités au cours de la sauvegarde. L'évaluation des biens intellectuels soulève un certain nombre de difficultés qui seront mises en exergue dans cette étude. La réflexion aboutit à déceler des difficultés à deux niveaux : des difficultés contextuelles (§1) mais également des difficultés tenant à l'identification des actifs intellectuels valorisables (§2).

§1. DIFFICULTÉS CONTEXTUELLES

273. L'objet de toute procédure collective consiste fondamentalement en l'organisation de l'appréhension collective de l'actif du débiteur, pour parvenir au désintéressement organisé et cohérent de ses créanciers. Il s'agit de permettre un apurement du passif structuré, notamment par les opérations de réalisation de l'actif. L'évaluation au regard de notre sujet consiste à donner une estimation financière de la valeur d'un droit intellectuel à une date donnée, en fonction de l'ensemble des connaissances disponibles relativement à cet actif et des objectifs prévus pour son utilisation à cette date. Mais c'est aussi des données environnementales affectant la valeur du bien à cette même date, à savoir au jour de la cession des biens intellectuels intervenant dans le cadre des opérations de réalisation de l'actif.

Une des difficultés tient à la diversité des méthodes d'évaluation, en effet il existe presque autant de valeurs que d'évaluateurs ; appliquées à la même entreprise elles donneraient des valeurs incomparables, un auteur a pu affirmer au sujet des usages professionnels pour l'évaluation des biens intellectuels, qu'ils sont aussi variés que les différents milieux professionnels⁶⁶⁷, c'est dire la complexité attachée à l'opération. L'évaluation d'un droit intellectuel commande le recours à des méthodes de calcul devant présenter une stabilité dans leur emploi et une récurrence de résultat⁶⁶⁸. Il est dès lors essentiel de souligner l'importance du choix de la méthode en fonction du contexte dans lequel elle est réalisée. L'opération

⁶⁶⁶ C.GUYETANT, V. VITANI, F. PEROCHON, La valorisation des actifs, entreprises en difficulté, Petites affiches, 22avril 2010, n° 80, p. 22

⁶⁶⁷ N. BINCTIN, Le rôle des usages dans l'évaluation des biens intellectuels, *op.cit.*

⁶⁶⁸ N. BINCTIN, le capital intellectuel, LexisNexis, Litec 2007, bibl. de droit de l'entreprise, n° 75

invite à définir le contexte de l'évaluation (A) d'une part, et déterminer l'entreprise, objet de l'évaluation (B) d'autre part.

A. LE CONTEXTE DE L'ÉVALUATION

274. Si la cession d'une entreprise peut être aussi bien ordonnée dans le cadre du redressement judiciaire, et même pour une cession de branche d'activité dans le cadre d'une sauvegarde, la liquidation judiciaire est désormais son « cadre privilégié »⁶⁶⁹. Il s'agit d'une forme de réalisation globale d'actifs en exploitation, au moyen de laquelle doit être assuré « le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés ». Autrement-dit le redressement de l'entité économique, en même temps que l'apurement du passif du débiteur, finalités qu'elle partage avec la sauvegarde ou le redressement judiciaire⁶⁷⁰. La cession organise le transfert de l'entreprise ou de ses branches d'activité entre les mains d'un tiers, cessionnaire qui s'engage à les maintenir à un certain niveau d'activité et d'emploi et à payer un prix, sans s'encombrer du passif qui reste à la charge du cédant. La cession opère ainsi « de façon chirurgicale »⁶⁷¹ sur décision du tribunal et sans le consentement du débiteur cédant.

275. La cession est une modalité de la continuation de l'exploitation. Dans la version initiale du projet de loi, il avait été suggéré de déplacer en phase liquidative la possibilité d'arrêter un plan de cession. L'exposé des motifs de la loi a été relaté comme suit : « la liquidation est destinée à réaliser de la personne concernée, si possible au moyen de la reprise d'entreprise par un tiers capable d'assurer la poursuite d'exploitation. Par conséquent, les dispositions instituant un plan de cession de l'entreprise ne peuvent demeurer dans le cadre du redressement et ainsi créer une insécurité juridique ». Désormais, les dispositions relatives à la cession de l'entreprise se situent dans le Code dans la partie consacrée à la

⁶⁶⁹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 9^e éd. 2012, n° 1162, p. 590

⁶⁷⁰ COUTURIER, *BJS* 2008. 142

⁶⁷¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* n° 1163, p. 591

liquidation portant sur la réalisation de l'actif. La cession doit ainsi être considérée comme une modalité de la continuation de l'exploitation⁶⁷².

La solution retenue par la loi est absolument protectrice du potentiel de l'entreprise et par conséquent des actifs intellectuels qu'elle pourrait détenir. Le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions, d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution.

Pour permettre aux créanciers de toucher leur dû, tous les biens du débiteur sont susceptibles d'être vendus. En effet, ce caractère liquidatif qui caractérise la cession implique par conséquent la réalisation d'actifs, composés dans de nombreuses entreprises de propriétés intellectuelles. Il est nécessaire de souligner que les actifs intellectuels sont en phase d'acquiescer une place majeure dans une économie moderne orientée vers l'innovation et la compétition technologique⁶⁷³. Leur importance économique ne cesse de croître, et touche tous les secteurs d'activité. En effet, certaines entreprises vivent essentiellement des revenus d'exploitation des droits de propriété intellectuelle alors que d'autres les utilisent comme des instruments de valorisation indirecte. Leur importance dans l'économie n'est pas un phénomène nouveau⁶⁷⁴, mais étonnamment leur caractère « immatériel » les a amplement tenus à l'écart de toute tentative de mesure⁶⁷⁵. Cette difficulté est commune à toutes les cessions d'actifs dans les différentes phases des procédures collectives.⁶⁷⁶

276. La valeur des entreprises est donc en phase de devenir très immatérielle. Aussi, l'évaluation des actifs intellectuels correspond sans contexte à un réel besoin⁶⁷⁷. On estime

⁶⁷² X. ROUX, Rapport Assemblée nationale, n° 2095 du 11 février 2005, les plans de cession globale ne sont pas nombreux dans le cadre des procédures de redressement, mais ils présentent un quart des redressements ne conduisant pas à une liquidation, p. 34. Le « prix » constitue un élément essentiel de la vente, il ne peut être ni dérisoire ni symbolique. Étant observé que la valeur vénale des biens cédés, assiette des droits de mutation, subit une décote : Cass. com., 16 juin 1998, n° 95-15689, B.196 ; RJDA 1998, p. 684, concl. PINIOT ; D. 1999 somm.1 obs. DERRIDA, JCP E 2064, n° 5 obs. PETEL

⁶⁷³ M. LEVY et J.-P. JOUYET, L'économie de l'immatériel – La croissance de demain, *op. cit.*, p. 20 ; Ernst & Young, Le capital immatériel, première richesse de l'entreprise, mars 2007

⁶⁷⁴ La montée en puissance de l'immatériel se traduit, notamment, par la croissance des secteurs tertiaire et quaternaire. Diverses études estiment qu'en moyenne les droits de propriété intellectuelle représentent de 75% à 90% de la capitalisation boursière des grandes entreprises, Évaluation et valorisation financière de la propriété intellectuelle : nouveaux enjeux nouveaux mécanismes, centre d'analyse stratégique, n° 111, oct. 2008

⁶⁷⁵ Une polémique est née en France courant 2001 relative aux méthodes statistiques utilisées par l'INSEE sur la façon dont elle tient compte dans le calcul du PNB du taux de croissance de la nouvelle économie.

⁶⁷⁶ Notamment cessions d'entreprises ou d'activités, intervenant au cours du redressement judiciaire, ou des cessions partielles d'activités au cours de la sauvegarde. Enfin, même dans l'optique d'un plan de sauvegarde ou de redressement, la valorisation peut être utile dans la perspective d'une reprise interne de l'entreprise.

⁶⁷⁷ M. MULLER, Brevets et marques actifs stratégiques, Laboratoire redéploiement Industriel et Innovation, n° 54, mai 2002.

aujourd'hui que le capital immatériel représente environ 60 à 70 % de la valeur des entreprises⁶⁷⁸. Il est dès lors impératif de pouvoir les évaluer lors des opérations de réalisation de l'actif dans le cadre d'une procédure collective. Seulement, ces biens, qui revêtent une singularité qui leur est propre, sont des biens juridiquement complexes, différents régimes de propriété, différentes formalités d'acquisition, une empreinte lourde de la territorialité de la propriété. Bien souvent, l'entreprise dispose d'une vision incomplète de ces actifs dont elle méconnaît la teneur exacte ou dont elle ignore la valeur réelle. Il est par conséquent de haute importance de parvenir à en mesurer la valeur et particulièrement à l'occasion de la cession de l'entreprise ou de ses parties saines⁶⁷⁹.

Compte tenu de ce qui précède, on peut présager que les droits de propriété intellectuelle offrent un champ particulièrement intéressant à l'étude de leur évaluation dans le cadre des procédures collectives. Il nous faut à présent déterminer quelles entreprises sont alors concernées.

B. ENTREPRISE, OBJET DE L'ÉVALUATION

277. Le plan de cession concerne bien souvent des entreprises d'une certaine taille qui apparaissent viables, dont l'exploitation courante étant bénéficiaire, mais qui sont incapables de rembourser dans des délais et des proportions raisonnables le passif accumulé. Si la cession a pour objet l'entreprise, c'est-à-dire un ensemble d'actifs en exploitation et normalement destinés à le demeurer, elle peut également concerner des biens et des contrats relatifs à des droits de propriété intellectuelle nécessaires au maintien de l'activité⁶⁸⁰. Leur valorisation varie en fonction de leur exploitation et de celle-ci découlera l'évaluation. En effet, appréhender et valoriser l'entreprise ou certaines de ses activités autonomes constitue une étape essentielle et préalable à l'évaluation.

Comme le démontre sa place parmi les opérations de réalisation de l'actif du débiteur, la cession de l'entreprise est une sorte de vente de tout ou partie des actifs en activité⁶⁸¹. Ainsi,

⁶⁷⁸ N. BASSALER, C. JOLLY, M.-C. MILLIAT, « Évaluation et valorisation financière de la propriété intellectuelle : nouveaux enjeux, nouveaux mécanismes », Centre d'analyse stratégique, note de veille, oct. 2008, n°111 www.strategie.gouv.fr/system/files/noteveille111.pdf; OCDE, « actifs intellectuels et création de valeur », rapport de synthèse 2008 www.ocde.org/dataocde/53/18/36701585.pdf

⁶⁷⁹ N.BINCTIN, Quel avenir pour le capital intellectuel, Bull. Joly Sociétés, 1^{er} déc. 2009 n° thématique, p. 1180 ; N.BINCTIN, Le capital intellectuel, *op.cit.*, n° 75

⁶⁸⁰ Cabinet Beau de Loménie, estimation de la valeur d'un patrimoine intellectuel : Les brevets et le savoir-faire Etude, juil. 2005 http://www.bdl-ip.com/upload/Etudes/bdl_estimation-valeur-du-patrimoine.pdf

⁶⁸¹ L.C. HENRY, Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises, Gaz. Pal. Sept. 2005, n° 251, p. 39

la valeur d'une entreprise peut être appréhendée comme étant l'évaluation des biens qu'elle possède ou exploite au titre d'un contrat.

278. Les droits de propriété intellectuelle sont des objets de possession. Josserand affirmait que « chaque catégorie de biens comporte une forme d'appropriation à elle particulière(...) Il n'y a pas une propriété ; il y a des propriétés, parce que l'intérêt de la société est que l'appropriation des biens comporte des statuts en harmonie avec les buts poursuivis, lesquels varient beaucoup »⁶⁸². Il est naturel que chaque type de bien immatériel possède un régime qui lui soit propre⁶⁸³. Roubier mettait en avant leur unité économique. Une définition peut traduire leur unité juridique « un bien intellectuel est une chose issue de l'imagination humaine dans l'exercice d'une activité créative, susceptible d'appropriation indépendamment de tout support »⁶⁸⁴. À cette unité juridique s'oppose la pluralité des propriétés intellectuelles, une même création peut être l'objet de plusieurs titres de propriété, chacun portant sur une de ses caractéristiques. Définir l'objet de l'évaluation au regard des bien intellectuels assure un champ de recherche le plus large possible.

279. L'évaluation peut ainsi couvrir de nombreuses situations et peut porter sur une invention, une œuvre ou un signe distinctif exploité par l'entreprise en difficulté, autrement dit : il s'agit dans cette hypothèse d'évaluer le droit de propriété sur celui-ci, le *jus in re*. La cession peut couvrir l'hypothèse dans laquelle l'objet de l'évaluation peut être un démembrement du droit de propriété sur l'œuvre ou du monopole d'exploitation, il s'agit du droit d'exploitation cédé à l'occasion d'un contrat de licence, d'édition ou de production. En pareille situation l'évaluation porte sur l'autorisation d'exploitation, c'est-à-dire la concession, et dans cette hypothèse aucun droit réel n'est transféré.

En somme, l'objet de l'évaluation peut être soit un droit de propriété intellectuelle lorsque tous les pouvoirs sur ce dernier sont transférés soit un droit d'exploitation relatif à ces droits lorsqu'il s'agit de céder un contrat. Afin d'appréhender l'objet de l'évaluation, cette étude invite à définir les secteurs concernés.

280. Un secteur où les cessions sont courantes est celui de l'édition des biens intellectuels. L'exploitation d'œuvres littéraires ou artistiques assure aux industries du livre, du disque, du cinéma, des revenus. En cas de cession d'une maison d'édition ou de

⁶⁸² JOSSERAND, « cours élémentaire de droit civil », 1929, T 1, p. 839, n°1517

⁶⁸³ J. M. MOUSSERON, « Valeurs, biens et droits », Mélanges BRETON-DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 282

⁶⁸⁴ ROUBIER, Droits intellectuels ou droit de clientèle : RTD Civ. 1935, p. 252

production, il est important de noter que la valeur économique et commerciale des propriétés littéraires et artistiques peut être analysée à travers les contrats d'exploitation consentis sur les œuvres créées. Il en va notamment ainsi des contrats d'édition de production, d'adaptation audiovisuelle ainsi que de représentation. Ces contrats peuvent générer d'importants revenus, il est par conséquent indispensable de pouvoir préalablement les évaluer. Il peut en outre s'agir de l'évaluation en droit d'auteur d'une universalité, c'est-à-dire un « ensemble de biens formant une collection ou une entité juridique complexe, prise globalement comme un bien unique et soumis à un régime particulier »⁶⁸⁵. Cette évaluation peut intervenir à l'occasion de la cession d'un catalogue de droits d'exploitation cinématographiques ou musicaux sous réserve des dispositions légales prévues en matière de liquidation judiciaire d'un éditeur ou d'un producteur audiovisuel⁶⁸⁶.

281. Les propriétés industrielles peuvent également faire l'objet d'une telle valorisation dans le patrimoine des entreprises qui en sont titulaires, notamment par la concession de licences d'exploitation, de brevet, de marque, de dessins et modèles par exemple. Ce moyen contractuel est utilisé par une entreprise, quelle que soit sa taille, qui souhaiterait valoriser ses innovations ou sa marque. Pour les grandes entreprises ce mécanisme permet de rentabiliser un produit créé au sein de celle-ci. Ainsi l'entreprise bénéficiant d'un plan de cession pourra mettre ces liens contractuels en avant.

Les propriétés industrielles peuvent en outre être valorisées de manière indirecte dans le patrimoine d'une entreprise. En effet, même si elles ne constituent pas la grande majorité des entreprises en difficulté, les sociétés cotées en bourse constituent un exemple intéressant. En effet, le portefeuille de titres incorporels assoit sa valorisation boursière. L'exclusivité que confère le monopole des droits intellectuels contenus dans ce portefeuille permet d'évaluer la marge d'exploitation et il en va notamment ainsi pour les entreprises détentrices de brevets pharmaceutiques.

Nous venons d'observer que l'évaluation des biens intellectuels dans le cadre de la cession est une opération délicate, qui soulève certaines difficultés liées au contexte dans lequel elle s'opère. Il nous faut à présent déterminer les difficultés inhérentes à l'identification des biens intellectuels.

⁶⁸⁵ G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « universalité »

⁶⁸⁶ Article L. 132-30 du Code de la propriété intellectuelle qui stipule qu'en cas de cession de l'entreprise, le mandataire est tenu d'établir un lot distinct pour chaque œuvre audiovisuel.

§2. DIFFICULTÉS TENANT À L'IDENTIFICATION DES ACTIFS INTELLECTUELS VALORISABLES

282. L'identification des actifs valorisables incombe au mandataire, ce dernier dispose de certains documents susceptibles de le renseigner sur l'existence et la consistance des biens intellectuels. Il dispose notamment de l'inventaire des biens du débiteur de la liste des créanciers⁶⁸⁷, des informations relatives aux principaux contrats en cours, celles des instances auxquelles le débiteur est partie et qui peuvent incidemment lui donner des indications sur des éléments d'actif. L'outil comptable dont il dispose peut aussi lui fournir des renseignements mais nous observerons lors de cette étude que la comptabilité, si elle est susceptible de donner des informations précieuses, ne reflète pas toujours la réalité et peut parfois se révéler insuffisante voire totalement absente au regard des biens évalués. Sans évidemment prétendre à l'exhaustivité, nous avons choisi d'évoquer un certain nombre de difficultés intéressant l'identification des biens intellectuels au sein des actifs de l'entreprise en difficulté. La valorisation des actifs nécessite la connaissance de leur nature exacte qui varie selon l'activité de l'entreprise. Il est donc nécessaire d'identifier les éléments incorporels qui peuvent recouvrir une importante valeur. Deux hypothèses aux issues diamétralement différentes s'opposent.

En effet il est nécessaire d'établir une distinction entre l'identification d'un actif unique constituant l'activité principale (A), et l'identification de plusieurs actifs au sein de l'entreprise cédante (B).

A. IDENTIFICATION D'UN ACTIF UNIQUE CONSTITUANT L'ACTIVITÉ PRINCIPALE

283. L'entreprise dans laquelle des difficultés sont détectées peut parfaitement être une entreprise dans laquelle un seul droit de propriété intellectuelle est exploité, et dont l'exploitation constitue la principale activité de celle-ci. Cette situation ne soulève pas de difficulté particulière car le bien intellectuel ainsi exploité est facilement identifiable. Cette remarque appelle un constat important : nous démontrerons à cette occasion qu'il est plus aisé de procéder à l'évaluation d'une entreprise exploitant un actif unique au titre de son activité principale, que de procéder à l'évaluation d'une entreprise dans laquelle un ensemble d'éléments d'actifs intellectuels est exploité. L'identification de l'actif intellectuel valorisable

⁶⁸⁷ L. 622-6 Code de commerce, L'inventaire consiste dans l'énumération des divers éléments du patrimoine, devant être accompagné de la description et l'estimation des différents objets mobiliers trouvés chez le débiteur, ainsi que d'après ses déclarations les droits de propriété industrielle et intellectuelle dont il est propriétaire

se fait directement et sans difficulté dans le premier cas car il s'agit de l'activité même de l'entreprise. En revanche, la seconde hypothèse, nous le verrons ultérieurement, recouvre une encombre tenant à l'identification des actifs intellectuels.

Ainsi, lorsque l'entreprise exploite un actif, objet de sa principale activité, sa valorisation revient à valoriser l'activité elle-même et par conséquent l'entreprise. Cette hypothèse peut recouvrir de nombreux exemples issus de la pratique, c'est notamment le cas pour certains droits de propriété intellectuelle tels que certaines marques, les droits d'exploitation peuvent constituer le principal actif incorporel d'une entreprise commerciale ou industrielle et constituer par conséquent l'objet de son activité.

284. À titre illustratif et afin d'éclaircir nos propos, nous avons choisi d'évoquer l'hypothèse d'une entreprise en difficulté dont l'activité principale consiste en la reproduction, l'apposition ou l'utilisation d'un signe que l'entreprise exploite de manière exclusive pour distinguer et commercialiser des produits ou des services. Seul le droit exclusif qu'elle détient sur la marque, objet de son exploitation, sera évalué lors de la réalisation des actifs dans le cadre de la procédure dont bénéficie l'entreprise titulaire. Évaluer la marque en tant qu'actif appartenant à l'entreprise revient, compte tenu du fait qu'il s'agit de l'objet même de l'exploitation, à évaluer l'entreprise elle-même. Ces éléments incorporels, bien souvent sans valeur, apparaissent au bilan et sont susceptibles de représenter une des composantes essentielles de la valeur globale de l'entreprise. La pratique nous montre qu'il y a encore peu de transactions, publiquement présentées ayant pour objet des biens intellectuels cédés isolément. Peu de marques, de savoir-faire de brevets ou de droits d'auteur sont cédés de manière autonome, même si un marché de cette nature semble s'esquisser⁶⁸⁸.

En réalité l'entreprise a une valeur parce qu'elle possède des éléments qui ont eux-mêmes une valeur. Cette opération exige la connaissance de la valeur des droits de propriété intellectuelle exploités au titre de l'activité principale, ce qui conduit à envisager l'évaluation du fonds de commerce. En effet, en ce qui concerne les éléments incorporels que sont les droits de propriété industrielle, certains auteurs⁶⁸⁹ considèrent que leur valeur se confond souvent avec celle du fonds de commerce. La valeur de l'entreprise résulte non seulement de son actif net mais aussi de son rendement, et la valeur de rendement est contenue dans la

⁶⁸⁸ J. S. LEMOINE, D. DEBERDT, P. PIERRE, Un marché émergent pour la propriété industrielle, *journ. Sp. Sociétés* juin 2008, n°55, p.25

⁶⁸⁹ Ch. PINOTEAU *L'évaluation des entreprises par l'analyse et la prévision économiques*, Société d'éditions économiques et financières, 2^e éd., 1974

valeur des éléments incorporels. Aussi, l'évaluation retenue dans les transactions connues est le plus fréquemment une évaluation qui prend certes en compte la valeur des biens intellectuels, mais qui s'applique davantage à un projet industriel⁶⁹⁰. L'objet étant alors différent, il est difficile d'en tirer quelques résultats. Par exemple, très récemment, le géant agroalimentaire français Danone a annoncé l'acquisition de l'américain YoCrunch⁶⁹¹. Cette acquisition permet au groupe de bénéficier d'un savoir-faire unique mais également d'accords de licence avec des marques telles que M&Ms et Oreo. Quelle peut être la valeur des biens intellectuels acquis, le montant des redevances des marques et celle du savoir-faire ? La valeur retenue est bien souvent exclusivement financière, établie sur la rentabilité de l'entité cédée, sans évaluation spécifique des biens intellectuels en cause.

En outre, il convient de relever que les spécialistes s'accordent à avancer l'idée selon laquelle il est moins complexe d'évaluer une entreprise qui détient un seul actif, principal objet de son exploitation, que lorsqu'il s'agit de réaliser cette opération au sein d'une entreprise qui en détient plusieurs. C'est précisément cette difficulté que nous nous proposons d'aborder ci-après.

B. IDENTIFICATION DE PLUSIEURS ACTIFS VALORISABLES

285. Dans une économie fondée sur le savoir et le développement des échanges, les droits de propriété intellectuelle constituent, des éléments complexes lors de l'évaluation des entreprises défaillantes. Une valorisation optimale de ces actifs passe forcément par une bonne connaissance de ceux-ci. La recherche d'actifs valorisables destinés à être cédés en même temps que l'entreprise, se réalise généralement sur la base de documents susceptibles de fournir des informations relatives à l'exploitation ou à la propriété de ces derniers. L'évaluation d'un bien peut être éclaircie par l'existence de cote ou de marchés fournissant des données pour définir une valeur vénale ou la valeur de marché d'un bien⁶⁹². En revanche, les droits de propriété intellectuelle, ne faisant pas l'objet d'une telle information, leur évaluation, ne peut s'effectuer en référence à un marché de cotation. Néanmoins, a été conçu en matière de droit d'auteur une sorte de guide d'évaluation rassemblant les usages et pratiques en droit d'auteur, preuve du souci et de l'intérêt portés à l'évaluation. Cependant ces

⁶⁹⁰ N. BINCTIN, « Le rôle des usages dans l'évaluation des biens intellectuels », *op. cit.* p. 1

⁶⁹¹ Leader du segment des yaourts avec "toppings", des garnitures sucrées ou croustillantes, ayant réalisé en 2012 un chiffre d'affaires de 110 millions de dollars et une croissance à deux chiffres ces dernières années. Danone quant à elle a enregistré en 2012 un chiffre d'affaires de plus de 20 milliards

⁶⁹² N. BINCTIN, « Le rôle des usages dans l'évaluation des biens intellectuels », *op. cit.*, p. 1

usages codifiés n'ont pas l'impact escompté car n'ont aucun caractère obligatoire⁶⁹³. Pour exemple, dans le domaine fiscal, l'administration a édité un « Guide d'évaluation des biens », il propose en matière de brevets deux méthodes d'évaluation⁶⁹⁴. Il apparaît que ces méthodes dont s'inspire l'administration fiscale en matière de marques sont similaires⁶⁹⁵.

Un certain nombre d'éléments sur l'existence et la teneur des actifs sont immédiatement disponibles dans l'entreprise, d'autres peuvent être communiqués par des administrations et des organismes spécialisés, mais l'outil le plus usuel demeure l'outil comptable. Pourtant, il est patent qu'un grand nombre d'entreprises n'aient qu'une vision incomplète de leurs actifs immatériels. Nous observerons à ce titre, que l'hypothèse qui recouvre l'identification de plusieurs biens intellectuels, soulève des difficultés dès lors qu'il est question de les évaluer.

286. La comptabilité vise à fournir aux entreprises des informations factuelles, précises, objectives et comparables, elle a pour fonction principale, au sens de l'article L. 123-14 du Code de commerce, de fournir une image fidèle de la situation économique et patrimoniale d'une entreprise. Or, l'image d'une entreprise, se caractérise essentiellement par ses actifs corporels⁶⁹⁶. La première source d'information sera donc le bilan de l'entreprise qui permettra au mandataire de recenser les actifs dont l'entreprise en difficulté est propriétaire. Le patrimoine comptable permet ainsi de déceler des immobilisations et des stocks, par lesquels il faut entendre des actifs acquis ou produits par l'entité et des dépenses ultérieures⁶⁹⁷.

En règle générale, les actifs intellectuels ne sont pas pris en compte dans les états financiers des entreprises⁶⁹⁸. En effet, certains actifs sont par nature invisibles car n'ayant pas d'existence physique, et n'apparaissent nulle part. Or, s'agissant d'actifs essentiels dans l'environnement économique contemporain, la comptabilité doit rendre compte de leur valeur, à défaut de quoi l'image comptable de l'entreprise ne peut être en adéquation avec la teneur réelle de son patrimoine⁶⁹⁹. Cette défaillance représente indéniablement une difficulté lors de

⁶⁹³ J. C. CARON, Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur : Prop. intell., avr. 2003, n° 7, p. 127

⁶⁹⁴ Une méthode par comparaison, qui prend en considération les opérations analogues dans le temps et dans l'espace ; une méthode globale, qui prend en considération les coûts de recherche et de délivrance d'une part, et les revenus des licences d'autre part.

⁶⁹⁵ J. L. PIERRE, Inventions brevetées, inventions non brevetées et logiciels : TVA, enregistrements, ISF, taxe professionnelle, Jurisclasseur Brevets, fas. 4970, 2009

⁶⁹⁶ J.L ROSSIGNOL, « La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels », LPA, 16 juillet 2001, n° 140, pp. 4-14 et 17 juillet 2001,

⁶⁹⁷ C. GUYETANT, V. VITANI, F. PEROCHON, La valorisation des actifs, LPA, 22 avril 2010 n° 80, P. 22

⁶⁹⁸ M. BONTURI, Actifs intellectuels et création de valeur, synthèses OCDE, mars 2007

⁶⁹⁹ G. VICKERY, Identifier et mesurer l'immatériel pour mieux le gérer, RF gestion 2000, 101 et s., n°130

l'évaluation des droits de propriété intellectuelle, à l'occasion des opérations de réalisation de l'actif.

L'identification de plusieurs droits de propriété intellectuelle implique qu'il faille distinguer suivant qu'il s'agisse d'actifs développés (I) ou d'actifs acquis (II) par l'entreprise débitrice.

I. Les actifs développés par l'entreprise débitrice

287. La comptabilité évoque les biens incorporels sans toutefois en donner une réelle définition. Pour le comptable, les actifs incorporels sont toutes les immobilisations autres que corporelles et financières. Mais cette définition présente un grave inconvénient, son imprécision cache la réalité économique et cela peut se révéler très problématique lors des opérations de réalisation de ces actifs.

288. La propriété intellectuelle, surtout lorsqu'elle est créée en interne, n'apparaît pas de manière adéquate dans les états ou rapports financiers, car les normes comptables ne prennent guère en compte les droits de propriété intellectuelle dans le bilan des entreprises. Lorsque celles-ci sont engendrées en interne, elles n'apparaissent pas dans ses comptes ou bien seulement sous la forme des dépenses de protections juridiques occasionnées. Cela a de sérieuses conséquences sur la façon dont elle est considérée.

Selon les normes comptables en vigueur telles que définies par le nouveau plan comptable général ou la norme comptable internationale IAS 38 relative aux immobilisations incorporelles, les biens intellectuels engendrés par l'entreprise elle-même connaissent un traitement différencié selon le régime d'appropriation du bien. Le droit comptable commande de distinguer la phase de recherche et la phase de développement.

289. Les dépenses engendrées dans la phase de recherche ont pour objectif le développement de connaissances scientifiques ou techniques nouvelles. Celles attachées au développement mettent en œuvre ces connaissances nouvelles dans le but de produire de nouveaux procédés ou produits ainsi que leur amélioration substantielle.

Les dépenses générées lors de la phase de recherche sont comptabilisées en charges, elles ne peuvent engendrer un actif immobilisé et par conséquent n'apparaîtront jamais au bilan, finalement « éloigné de toute réalité économique »⁷⁰⁰.

⁷⁰⁰ STARCK, La réévaluation des bilans, RTD Com. 1949.48, spéc. p. 53

Ainsi, les comptes sociaux ne mentionnent pas par exemple la valeur des marques. Prenons le cas d'une entreprise susceptible de construire par sa présence sur un marché, par des programmes publicitaires et des plans de marketing, la valeur de ses propres marques. En pareille circonstance on ne peut que constater qu'aucun document ne mentionnera ni ne mesurera leur contribution aux profits apparaissant dans les comptes sociaux. À titre illustratif, nous pouvons citer le cas extrême du groupe Hermès International dont la marque Hermès a été développée en interne depuis des décennies et qui, en vertu des règles comptables en vigueur, ne figure donc pas à son bilan. Pour en savoir un peu plus sur la valeur de la marque Hermès, on est condamné à attendre la prise de contrôle du groupe Hermès International par un concurrent⁷⁰¹. Si l'entreprise débitrice a créé sa marque, seuls les coûts de dépôt apparaissent dans les comptes. Les comptes de résultat annuels font disparaître les dépenses publicitaires relatives aux marques et par conséquent la valeur de la marque, puisque l'on ne considère pas ces dépenses comme des investissements. En conséquence, les bilans successifs ne mentionnent pas la marque créée, seul le coût du dépôt initial sera immobilisé, cette notion est fort éloignée de la notion économique de la marque. En effet l'investissement immatériel est caractérisé par l'absence de consistance matérielle. La construction de la marque sera alors une dépense sans contrepartie physique et pour laquelle, dans certains cas, on ne peut même pas faire apparaître techniquement les produits issus de ces dépenses, pas même sous forme de papier. Il en est ainsi de la marque, de la formation et de l'acquisition des savoirs, qui pourtant doivent améliorer les résultats.

Cette règle respecte le principe de prudence, mais est il plus judicieux d'immobiliser les frais de dépôt qui ne créent aucune clientèle en eux-mêmes, plutôt que les dépenses publicitaires qui auront tout de même davantage de chance de créer des revenus futurs. En définitive, cette conception restrictive nous conduit à déduire que l'immobilisation d'une innovation doit être étudiée avec beaucoup de prudence et cela est d'autant plus vrai que sa réussite finale demeure aléatoire⁷⁰². Ce constat se vérifie également lors de l'évaluation dans le cadre d'une procédure collective.

290. En revanche, les droits de propriété intellectuelle résultant de la phase de développement peuvent être admis en tant qu'actifs immobilisés dès lors que l'entreprise

⁷⁰¹ X. PAPER, « Louis Vuitton, Gucci et Hermès : comptablement, ce n'est pas du luxe », analyse financière, sept. 2012 <http://www.xavierpaper.com/documents/art/p.Analyse.Financiere.04.06.12.Marques.et.luxe.pdf>

⁷⁰² J. FABRE-BLANCHET, L'immobilisation des créations immatérielles, Thèse, 1999, Montpellier I

démontre un certain nombre de critères cumulatifs. Le droit comptable éloigne la majorité des biens intellectuels de cette éventuelle immobilisation, seuls les biens appropriables par brevets et logiciels peuvent bénéficier de ce dispositif. Une marque, une base de données, un savoir faire, ou un design, générés en interne n'apparaîtront jamais au bilan⁷⁰³. La valeur de la propriété intellectuelle développée en interne puis immobilisée correspond à l'ensemble des dépenses engendrées à partir de la date à laquelle l'immobilisation satisfait pour la première fois aux critères de la phase de développement. Elles comprennent les divers coûts et dépenses engagées en vue de la création du bien intellectuel.

Ainsi, afin de déterminer la valeur des propriétés intellectuelles qui ont été développées au sein de l'entreprise en difficulté, dans la pratique il est traditionnellement d'usage de recourir à une méthode d'évaluation qui prend en considération les coûts de reconstitution. Elle consiste alors à estimer les dépenses engagées pour parvenir à la constitution d'un actif de même niveau d'avancement et caractéristiques que celui faisant l'objet de l'évaluation. Néanmoins, il est souhaitable de prendre en compte dans cette méthode un facteur important : l'obsolescence des biens intellectuels, car une création qui devient obsolète perd nécessairement de sa valeur

Il s'agira par exemple pour une marque, de l'addition des frais de création de marque, de recherche d'antériorité et d'analyse de la liberté d'exploitation ainsi que des frais de protection à engager pour créer une marque dans le même domaine représentant les mêmes produits et ayant le même taux de notoriété que l'actif évalué.

L'évaluation peut en outre se réaliser par le cumul des frais de publicité ou par l'investissement publicitaire. Cette approche consiste à considérer qu'une marque est égale au montant de l'investissement nécessaire pour recréer une marque ayant le même taux de notoriété que celle que l'on évalue. On admet également qu'une marque puisse être évaluée à environ trois années de dépenses publicitaires directement affectées à la marque évaluée.

Cette étude nous conduit à nous rendre à l'évidence et constater qu'en dépit d'efforts renouvelés pour proposer des normes comptables tenant compte d'un large éventail d'actifs intellectuels, il reste difficile de déterminer et de s'assurer de la valeur monétaire de ces actifs, qui sont souvent risqués et qui se déprécient rapidement, ce qui entraîne une forte

⁷⁰³ N. BINCTIN, Les insuffisances du traitement comptable des biens intellectuels, *Rev. sociétés* 2011, p. 599

incertitude⁷⁰⁴. Un traitement tout autre est réservé en revanche aux actifs intellectuels acquis par l'entreprise.

II. Les actifs acquis par l'entreprise débitrice

291. Le traitement comptable des actifs intellectuels acquis ne présente pas de difficulté particulière. Le bien intellectuel acquis doit être enregistré comptablement pour sa valeur d'acquisition⁷⁰⁵. L'article L. 123-18 du Code de commerce dispose que : « à leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entreprise, les biens acquis à titre onéreux sont enregistrés à leur coût d'acquisition, les biens acquis à titre gratuit à leur valeur vénale et les biens produits à leur coût de production ». Cet élément ainsi indentifiable peut être transmis. Néanmoins, si une difficulté peut être identifiée, elle concerne les actifs intellectuels sur lesquels l'entreprise en difficulté ne dispose que d'un droit d'exploitation. Autrement dit la question qui se pose est de savoir quel traitement la comptabilité réserve-t-elle aux concessions d'exploitation de biens intellectuels lorsque la redevance prévue est proportionnelle à l'exploitation ?

La conclusion d'une concession de licence d'un droit de propriété intellectuelle procure à l'entreprise un avantage économique certain. La valeur du droit objet de la licence est directement liée à l'avantage économique attaché. De sorte que, plus ce dernier sera certain et durable, plus la valeur du bien sera élevée. Ainsi afin de déterminer la valeur du bien il est admis de prendre en compte, le chiffre d'affaire espéré. Cette valeur peut encore être déterminée en fonction des sommes qu'aurait pu percevoir l'entreprise si elle avait accordé une licence moyennant des redevances. Ainsi, les biens acquis moyennant des redevances annuelles devront être inscrits à l'actif pour leur valeur réelle représentée par le montant fixe prévu au contrat, augmentée de la valeur estimée de redevances annuelles à verser »⁷⁰⁶.

À titre illustratif nous pouvons évoquer l'hypothèse dans laquelle l'entreprise débitrice acquiert une marque, celle-ci apparaîtrait dans les comptes sociaux du bilan car elle serait considérée comme une acquisition d'actif. Les droits de propriété intellectuelle acquis par voie externe, tels que des marques et brevets apparaissent au bilan pour leur coût

⁷⁰⁴ R.GHAFFLE, Comptabiliser la propriété intellectuelle, Département de la propriété intellectuelle et du développement économique OMPI

⁷⁰⁵ E. CRUVELIER, Comptabilité, rép. com. Jan. 2010, n° 173

⁷⁰⁶ Avis n° 2001-F du 3 oct. 2001 du comité d'urgence du Conseil national de la comptabilité. Dans cet avis relatif au traitement comptable applicable aux redevances versées par les opérateurs au titre de l'autorisation à établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et à fournir le service téléphonique au public, le Conseil a proposé un rapprochement entre les solutions apportées au réseau de téléphonie et un bien intellectuel.

d'acquisition, bien que la comptabilité ne fournisse en général qu'un reflet daté de la valeur du bien considéré.

292. Afin de déterminer la valeur des droits de propriétés intellectuelles acquis, il est classiquement fait recours à l'évaluation d'une marque ou d'un brevet par les coûts historiques d'acquisition. Malgré la difficulté pour identifier les coûts en matière de propriété intellectuelle, cette méthode offre une bonne base de départ et une bonne approche pour appréhender les spécificités liées à un brevet ou une marque, cependant elle est rarement utilisée seule.

Elle permettra notamment de retracer l'historique de la création des droits et de révéler par là même s'il y a d'autres éléments d'actifs associés et déterminer ainsi s'ils sont détachables ou non de l'actif évalué. L'historique fournira également des informations importantes relatives aux caractéristiques propres de l'actif évalué. Caractéristiques qui constituent ses spécificités et bien souvent sa valeur.

Si cette méthode est valable pour certains biens, il faut prendre beaucoup de précautions avant d'opter pour cette méthode pour l'évaluation de biens qui ne rapportent pas de revenus, car elle ne traduit pas une réalité économique. En effet elle ne prend guère en compte les perspectives d'exploitation en matière d'évaluation de brevet⁷⁰⁷, ni les importantes dépenses engagées dans des projets de recherche pharmaceutique qui ne débouchent sur aucun produit, par exemple⁷⁰⁸.

En matière de droit d'auteur, cette méthode d'évaluation sera peu utilisée, car la notion de coût de production d'une œuvre ne reflète qu'imparfaitement son économie d'exploitation. Évaluer une œuvre à partir des investissements financiers engagés et du temps investi dans la création est artificiel et ne correspond à aucune réalité de la valeur, tant sur le plan artistique qu'économique⁷⁰⁹.

293. Ces règles altèrent les comparaisons, et les futurs cessionnaires ne s'y trompent pas, il est rare qu'ils évaluent une entreprise à la même valeur que celle qui ressort des comptes sociaux. Les définitions comptables ne sont donc pas satisfaisantes puisqu'elles ne

⁷⁰⁷ P. BREESE, L'évaluation financière des actifs immatériels technologiques, *op. cit.* p.15

⁷⁰⁸ C. WOODWARD, valuation of intellectual property, *Building and enforcing intellectual property value*, 2002, p.50

⁷⁰⁹ M. BEZANT et K. BROWN, The valuation of copyright, copyright world, may 1997, p. 17: "Le principal défaut de l'approche par les coûts est qu'il n'existe pas de corrélation entre les dépenses liées à la production d'un bien et sa valeur.

font pas apparaître les actifs intellectuels de manière égale et homogène dans les comptes sociaux.

Cette conséquence peut s'avérer grave pour l'entreprise en difficulté, qui se trouve dans une phase où il est encore question de sauvegarder ce qui est viable et de retirer le plus grand profit de ce qui est cédé.

Le système comptable, tel qu'existant ne permet pas une appréhension complète des actifs intellectuels d'une entreprise. En effet, les actifs acquis apparaissent au bilan, mais les règles limitatives applicables aux actifs développés en interne, ne permettent une inscription comptable automatique et uniforme de ces actifs⁷¹⁰. En effet, les droits de propriété intellectuelle ne figurent pas expressément au bilan et les investissements réalisés pour les créer sont généralement comptabilisés en charges notamment des dépenses, aussi, les revenus et la valeur comptable des capitaux propres sont minimisés par le modèle comptable⁷¹¹. Il en résulte alors que ce traitement contribue à sous-évaluer et sous-représenter les biens intellectuels dans les documents comptables.

294. La mesure des droits de propriété intellectuelle est vitale pour les entreprises en difficulté et leurs cessionnaires. L'écart entre la valeur des actifs intellectuels et leur identification comptable démontre la défaillance du système comptable et illustre l'urgente nécessité d'adopter des règles qui prennent en compte l'intégration des propriétés intellectuelles⁷¹². La comptabilité, nous l'avons observé, ne rend compte des actifs intellectuels que de manière incomplète et certains principes comptables sont difficilement compatibles entre eux. En effet, une part importante de ces actifs n'est toujours pas prise en compte. Des efforts sont pourtant déployés pour améliorer l'estimation des actifs intellectuels et l'analyse de leur dimension stratégique au niveau national. À ce propos, un mouvement contemporain de reconnaissance de la valeur des biens incorporels dans le patrimoine des entreprises est actuellement en marche, de nouvelles normes comptables modifient substantiellement l'approche de l'évaluation des droits de propriété intellectuelle, sans écarter les méthodes d'évaluation préexistantes. L'appréhension des droits de propriété intellectuelle

⁷¹⁰ N. BINCTIN, Les insuffisances du traitement comptable des biens intellectuels, *op. cit.* n°14

⁷¹¹ R.GHAFFLE, Comptabiliser la propriété intellectuelle, Département de la propriété intellectuelle et du développement économique, 2006, OMPI ; A.FUSTEC, Valorisation de l'entreprise et limites des normes IFRS, Analyse financière n° 25, déc. 2007. Ces difficultés ont en partie été mises en exergue par le Tribunal de commerce de Paris ainsi que dans ses « baromètres » mensuels.

⁷¹² N.BINCTIN, Les insuffisances du traitement comptable des biens intellectuels, *loc. cit.* n°2

par le droit comptable entre aujourd'hui dans une ère de changements sous l'influence des normes comptables internationales⁷¹³.

Les droits de propriété intellectuelle ne s'évaluent pas de façon univoque et indiscutable. Les méthodes d'évaluation conduisent naturellement à des approches très différentes et particulièrement suivant le contexte économique dans lequel celles-ci sont exploitées. Autrement dit selon que l'entreprise est in bonis ou en difficultés, il s'ensuit nécessairement que l'évaluation procède de la continuité de l'activité.

SECTION 2

L'ÉVALUATION PROCÈDE DE LA CONTINUITÉ DE L'ACTIVITÉ

295. Évaluer une entreprise c'est connaître sa véritable valeur et celle de ses actifs sans la sous-estimer ni la surestimer. Il existe diverses approches permettant de guider l'évaluateur dans le choix de la méthode en fonction de l'objectif visé. Chaque méthode permet de porter un regard singulier sur la valeur du bien⁷¹⁴. Cependant, évaluer l'entreprise en difficulté selon les méthodes traditionnelles n'a à première vue guère de sens. L'analyse financière, ainsi que les principales données économiques de l'entreprise, du secteur dans lequel elle évolue, et surtout du contexte économique, sont de nature à influencer fortement sur les différents paramètres de l'évaluation, préfigurant même le choix des méthodes qui seront retenues.

Ces éléments nous sont indispensables et vont être déployés en fonction des perspectives d'évolution de l'entreprise. En effet, la méthode d'évaluation sera fortement dépendante du devenir de l'entreprise et spécialement de la continuité ou de la cessation de l'exploitation. L'évaluation des propriétés intellectuelles dans le cadre du droit des entreprises en difficulté est particulièrement singulière. Notamment, en ce que la continuité de

⁷¹³ Mouvement originaire des États-Unis a vocation à long terme, à s'appliquer à la propriété intellectuelle non seulement acquise (ce qui reste le cas actuellement) mais aussi nouvellement développée. Cette nouvelle avancée promet d'être délicate à franchir,

⁷¹⁴ La notion de valeur est polysémique, elle est toujours accompagnée d'un adjectif qui la qualifie. Elle peut être vénale, économique, historique ou comptable. Chacune des méthodes permet de porter un jugement particulier sur la valeur du bien : l'évaluation par le revenu sur son potentiel économique ; la valeur vénale sur ses prix de transaction ; l'évaluation par les coûts sur l'investissement qu'il a nécessité et la valeur comptable sur la situation patrimoniale de l'entreprise.

l'exploitation conditionne en grande partie les choix retenus en matière d'évaluation ; Classiquement, on distingue deux grandes approches⁷¹⁵.

L'étude relative à l'évaluation des droits de propriété intellectuelle lors de la cession de l'entreprise en difficulté commande d'analyser en premier lieu l'hypothèse de la poursuite de l'activité (§1) complétée par celle de la cessation d'activité (§2) en second lieu.

§1. LA POURSUITE DE L'ACTIVITÉ

296. La cession a pour objet l'entreprise ou une partie de l'entreprise, c'est-à-dire un ensemble d'actifs en exploitation et normalement destinés à le demeurer. Elle présente certes un caractère liquidatif incontestable, si elle est analysée au regard du patrimoine du débiteur, car elle opère la réalisation de l'actif et le prix reçu est censé assurer le paiement partiel des créanciers. Mais, corrélativement à cette même cession et vue du côté du repreneur, elle consiste dans la poursuite de l'exploitation de l'entreprise. Le choix de considérer la cession au regard de la situation du débiteur correspond à l'objet même des procédures collectives qui le concerne en premier lieu. La cession de l'entreprise doit assurer la pérennité de l'activité économique cédée, ce qui suppose son retour à la prospérité sous la houlette du cessionnaire.

Ainsi, le contexte de continuité d'exploitation, où l'on présume que l'entreprise pourra poursuivre ses activités tout en ayant la possibilité d'accroître ses bénéfices, implique pour son évaluation l'utilisation de l'approche de la valeur en continuité (A). Néanmoins, nous constaterons lors de cette étude que si la pratique est attachée à l'évaluation des propriétés intellectuelles par cette approche, celle-ci comporte des limites inhérentes aux actifs évalués (B).

A. L'ÉVALUATION PAR L'APPROCHE DE LA VALEUR EN CONTINUITÉ

297. La continuité de l'exploitation conditionne en grande partie les choix retenus en matière d'évaluation patrimoniale. L'approche de la valeur en continuité qui est une approche dynamique, repose sur l'idée principale selon laquelle la valeur d'une entreprise dépend de ses perspectives futures. Cette théorie économique puise sa source dans les travaux de Fisher sur le rapport entre la valeur et le revenu. Cette approche peut être basée sur la rentabilité ou sur la valeur de rendement. D'après cette dernière, également connue sous le terme d'actualisation des revenus futurs⁷¹⁶, la valeur de l'entreprise dépend de son rendement futur

⁷¹⁵ L'approche dynamique fondée sur la rentabilité des actifs et l'approche statique axée sur la valeur comptable

⁷¹⁶ On peut également parler de *Discount Cash Flow*

qui peut s'obtenir en capitalisant, à un certain taux, le dividende net moyen distribué par l'entreprise au cours des derniers exercices. Ces méthodes mettent ainsi l'accent sur les flux de trésorerie futurs générés par l'exploitation, actualisés à un taux approprié.

L'approche dynamique recouvre la valorisation par actualisation des revenus futurs générés par le bien. Elle s'est généralisée depuis ses prémices et constitue désormais la méthode de référence applicable aux actifs intellectuels. Elle est d'ailleurs recommandée pour évaluer tous les droits de propriété intellectuelle dont la valeur est contenue dans la faculté de faire naître un revenu.

Les revenus d'exploitation à prendre en considération doivent toujours être des revenus futurs, car seuls ceux-ci déterminent en effet la valeur d'un bien. Cela est essentiellement dû au fait que les revenus passés sont perdus et n'enrichiront pas le titulaire de l'œuvre, de l'invention, du signe distinctif ou de droits d'exploitation. Mais la difficulté tient au fait qu'ils sont par essence inconnus au moment de l'évaluation. Deux méthodes ont essentiellement vocation à s'appliquer : l'une consiste à se fonder directement et exclusivement sur les revenus rapportés par un bien avant son évaluation et l'autre vise à réaliser une étude prospective quant aux revenus que l'exploitation de ce bien est susceptible de rapporter dans le futur. Il semble évident que si l'évaluation intervient en période de difficultés économiques, la seconde méthode sera préférée à la première.

298. Pour certains actifs intellectuels, il est possible de déterminer directement les revenus futurs à partir de la connaissance de ceux rapportés dans le passé. Pour les brevets et les marques, il s'agit de la méthode des redevances futures actualisées. Cette approche repose sur le principe que la valeur du droit représente la somme qu'est prêt à payer le cessionnaire pour l'utilisation de l'actif intellectuel. Celle-ci présente un grand intérêt car elle prend en compte le potentiel économique du droit de propriété intellectuelle, les risques et aléas qu'il présente à la date de l'évaluation⁷¹⁷.

299. Concernant les œuvres de l'esprit, l'étude prospective de l'exploitation future de l'œuvre est délicate. Il s'agit d'anticiper l'accueil de l'œuvre par le public, son intérêt éphémère ou durable ainsi que sa désaffection. L'auteur de l'évaluation se fonde généralement sur le genre et la qualité de l'œuvre, la notoriété de l'auteur, les goûts et les

⁷¹⁷ P. BREESE et A.KAYSER, L'évaluation financière des actifs immatériels technologiques, Prop. Intell. n° 4, juill. 2002, p. 16 ; P.BREESE, et A.KAYSER, L'évaluation des droits de propriété industrielle, op.cit. p. 104 ; J.-L. LEBRUN, L'évaluation des droits incorporels, in colloque IRPI, La fiscalité de la propriété industrielle, Litec coll. Droit des affaires,

tendances, afin de déterminer d'une part la durée prévisible de l'exploitation de l'œuvre et d'autre part le montant des revenus qu'elle peut rapporter périodiquement⁷¹⁸. Il reste qu'il est difficile de prévoir la durée de l'exploitation ainsi que les revenus rapportés par l'ensemble des droits de propriété intellectuelle et plus spécialement par les brevets d'invention: « un brevet, une marque, ont le plus souvent une durée de vie difficile à déterminer par avance, à la différence de la plupart des biens, dont on sait apprécier, avec suffisamment de précision la durée minimale d'utilisation »⁷¹⁹.

Au fond, le choix de la méthode d'évaluation dépend donc des objectifs attendus, de sorte qu'un brevet n'a pas de valeur intrinsèque mais une valeur qui ne saurait être que relative à son détenteur et au type d'objectif qu'il poursuit à travers ladite évaluation. L'évaluation prend de plus en plus souvent son sens, non pour un brevet individuel mais à l'échelle d'un portefeuille de brevets dans son ensemble et lorsque prédominant notamment, des considérations stratégiques et lorsqu'est visé un effet de masse, dans une optique de dissuasion ou de négociation⁷²⁰.

Ces méthodes se révèlent généralement satisfaisantes pour l'évaluation d'actifs incorporels dont la principale caractéristique réside dans le fait que leur valeur peut être nettement supérieure à leur coût de constitution.

300. Prenons à titre illustratif l'exemple d'une entreprise en difficulté titulaire d'un brevet de grande valeur en raison de ses applications industrielles et commerciales, mais sans que celle-ci ait investi d'importants moyens. Le cas inverse est également envisageable, en effet il arrive parfois, que l'entreprise ait consacré des moyens considérables sans produire pour autant les résultats escomptés, ce qui est souvent le cas dans l'industrie pharmaceutique, par exemple.

Les créations immatérielles et œuvres de l'esprit sont des biens incorporels dont on ne peut jouir matériellement et dont l'une des fonctions est de procurer une rentabilité. C'est en partie la raison pour laquelle la méthode d'évaluation par le revenu, qui consiste à déterminer la valeur d'un bien à partir de ce qu'il rapporte, est la plus opportune et la plus proche de la

⁷¹⁸ G. HENRY, L'évaluation en droit d'auteur, LexisNexis Litec 2007, coll. IRPI n°30

⁷¹⁹ J.SCHMIDT, L'exploitation directe des droits de propriété industrielle par l'entreprise, in colloque IRPI, La fiscalité de la propriété industrielle, Litec, 1989, p. 46

⁷²⁰ P.CORBEL, L'évaluation d'un droit de la propriété intellectuelle dans ses dimensions multi facettes, présentation à l'occasion de la conférence « propriété intellectuelle : Les entretiens de Paris 2006 », 18-19 mai 2006

réalité économique des droits de propriété intellectuelle dans une perspective de continuation de l'exploitation.

Cependant, il faut admettre que ces actifs tels qu'évalués comportent des particularités intrinsèques ayant nécessairement une influence sur l'estimation de leur valeur.

B. LA FRAGILITÉ INHÉRENTE AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

301. Si les propriétés intellectuelles représentent indéniablement une certaine valeur économique pour leurs titulaires, l'évaluation à l'occasion de leur cession se révèle cependant délicate. En effet, leur valorisation n'est pas automatique et la principale difficulté provient de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle en ce qu'elle est circonscrite à deux égards : Les résultats d'exploitation du bien et la durée d'exploitation restant à l'entreprise. Ces deux facteurs qui caractérisent la fragilité économique des propriétés intellectuelles influent inévitablement sur leur valeur et peuvent même être à l'origine d'une dévaluation de ces biens.

302. La durée de vie juridique des propriétés intellectuelles est limitée dans le temps afin de préserver l'intérêt général qui implique un partage des connaissances et du savoir avec le plus grand nombre.

Ensuite, la durée de vie économique des propriétés intellectuelles peut être très courte puisqu'elle dépend pour l'essentiel du caractère novateur de son objet. Cette obsolescence, qui peut être plus ou moins rapide selon le bien concerné, constitue un risque intrinsèque des propriétés intellectuelles qu'il convient d'intégrer dans le suivi de la valeur des actifs incorporels.

Ce composant de la valeur intellectuelle varie selon la situation. En effet, soit l'entreprise en difficulté est titulaire du droit et l'exploite elle-même, auquel cas la durée est fonction du régime d'appropriation du droit en cause, soit l'entreprise est tiers, bénéficiant aux termes d'une convention d'un droit d'exploitation, dans ce cas la durée d'exploitation est déterminée par le contrat. Toutefois, dans ces deux situations, la valeur du droit de propriété intellectuelle intègre cette perspective.

303. Prenons l'exemple de l'exploitation d'un brevet dans le cas où celui-ci est exploité sous licence, d'une façon régulière par un tiers. La valeur de ce brevet est

généralement établie par capitalisation des redevances annuelles restant à courir jusqu'à la fin de la durée de vie maximale pour le brevet, en se fondant sur une redevance annuelle moyenne⁷²¹.

En revanche, lorsqu'un brevet est exploité par son titulaire, ne faisant pas l'objet d'une licence, il convient de déterminer le taux des redevances qui pourraient raisonnablement être demandées à un tiers pour lui donner accès à la technique protégée par le brevet. Ce taux de redevances dépend en particulier de l'intérêt technique et commercial de la technologie protégée par le brevet. Celui-ci conditionne la possibilité pour la société qui l'exploite, de générer une valeur ajoutée plus ou moins élevée. En fonction du marché existant et des prévisions pour l'avenir, il convient sur une durée de référence correspondant à la durée restant à courir pour le brevet, d'évaluer l'assiette des redevances sur laquelle va être appliqué le taux de redevances retenu⁷²².

En outre, influent nécessairement sur la valeur du droit : la perte du droit, le terme de la jouissance d'exploitation ou le terme de la propriété. Mais également la déchéance qui constitue le mécanisme central des propriétés intellectuelles qui contribue à une réelle exploitation des biens. Le rapport qu'entretiennent les droits de propriété intellectuelle avec le temps est inégalable à celui entretenu avec les biens corporels. Alors que ces derniers subissent avec le temps dégradation, usure, obsolescence, les propriétés intellectuelles échappent grâce à leur incorporelité à toute détérioration structurelle ou conjoncturelle.

Les droits intellectuels entretiennent un rapport particulier avec le temps et paradoxalement, plus ils sont exploités plus leur valeur est grande et certaine⁷²³. Ce constat se confirme dans bien des hypothèses, essentiellement en droit des marques. Mais cela se vérifie également en matière de créations appropriées par brevet, qui atteignent bien souvent leur valeur maximale dans la seconde partie de leur période d'appropriation. Cette même évolution se retrouve également en matière de créations artistiques.

Il convient enfin de relever qu'au cours de la vie d'une propriété intellectuelle, sa validité peut être contestée devant les tribunaux pour des motifs identiques à ceux qui auraient

⁷²¹ Il convient d'appliquer à ce calcul des facteurs correctifs pour tenir compte du fait qu'il est difficile de prévoir l'évolution d'un marché à long terme, et pour prendre en compte la qualité de la protection qui dépend de l'incertitude juridique attachée à un brevet et de la portée plus ou moins large des revendications.

⁷²² L'évaluation de cette assiette dans le temps doit être corrigée en fonction des risques liés à la concurrence, à l'obsolescence possible de la technologie, à la conjoncture économique et à la contestation du brevet sur un plan juridique. Cette correction peut être définie par la notion de facteur de risque.

⁷²³ C'est le cas de certaines créations appropriées depuis plus de cinquante ans par le droit des marques : coca-cola, Delacre, La vache qui rit, Moët, Évian... Mais également de certains biens appropriés par la propriété littéraire et artistique, on peut citer à titre d'exemples les œuvres de Chaplin, Hergé, Elvis Presley...

pu, dès l'origine, interdire la reconnaissance des droits, notamment en tant que moyen de défense à une action en contrefaçon. Il convient d'intégrer un tel risque de décote dans l'évaluation de la valeur des propriétés intellectuelles.

Les résultats d'exploitation représentent un facteur d'évaluation du bien car la valeur d'un bien équivaut aux perspectives de revenus futurs. En effet, plus un droit intellectuel génère un chiffre d'affaire important, plus sa valeur vénale tend à s'accroître. La fragilité économique des propriétés intellectuelles est une caractéristique inhérente à ces biens. Cette fragilité est susceptible d'altérer la valeur initiale de la propriété intellectuelle et ce facteur se vérifie plus encore dans l'hypothèse de la cessation des paiements de l'entreprise défailante. Il s'agit là d'une des principales difficultés qui tient au caractère conditionnel de la valeur des propriétés intellectuelles. En effet, leur valorisation dépend notamment des possibilités de rémunération de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle. En outre, la valeur économique d'une propriété intellectuelle est largement dépendante de la personne de l'exploitant et des conditions dans lesquelles elle est exploitée. Or, la cessation de l'activité modifie sérieusement la valeur de la propriété intellectuelle concernée. La modification de ces éléments altère inévitablement la valeur de la propriété intellectuelle. Nous observerons que cette altération de la valeur l'est davantage dans le cas où l'entreprise défailante venait à cesser son activité.

§2. LA CESSATION D'ACTIVITÉ

304. Lorsque l'entreprise se révèle être en difficulté, notamment par le déclenchement d'une procédure collective, sa valeur moyenne et celle de ses actifs supporteront une diminution certaine. L'importance de cette réduction de valeur sera proportionnelle à la pérennité de ces difficultés détectées. Aussi, les difficultés persistantes entraîneront la cessation de l'activité de l'entreprise qui aura inévitablement un retentissement sur la valeur de celle-ci. La cessation d'activité constitue indéniablement un événement susceptible de venir modifier la valeur des propriétés intellectuelles. En effet, l'entreprise ayant cessé son activité, le rendement correspondant sera fortement compromis et sa valorisation s'avérera difficile.

Classiquement afin de mesurer la valeur en cas de cessation d'activité, il est d'usage de recourir à l'évaluation par l'approche de la valeur liquidative (A) qui se révélera au terme de l'étude être une approche inadaptée aux droits de propriété intellectuelle (B).

A. ÉVALUATION PAR L'APPROCHE DE LA VALEUR LIQUIDATIVE

305. La défaillance des entreprises, qu'elles soient tiers exploitant ou titulaires de droits de propriété intellectuelle dans lesquelles ces droits constituent une part de leur actif, soulève la question complexe de leur évaluation. Bien souvent, les difficultés se traduisent par une liquidation judiciaire, marquée par un passif beaucoup plus important que celui des entreprises qui possèdent essentiellement des actifs corporels.

Ces difficultés ont en partie été mises en exergue par le greffe du Tribunal de commerce de Paris et notamment dans ses « baromètres » mensuels. Il a été constaté que, le passif moyen des entreprises défaillantes dont le capital est essentiellement composé d'actifs intellectuels était supérieur de 150 % au passif moyen d'une société classique en faillite⁷²⁴.

Ainsi que nous l'avons observé, leurs actifs sont difficilement identifiables et valorisables. Par ailleurs, très peu d'expertises sont diligentées par les mandataires judiciaires pour valoriser les éléments incorporels qui constituent, le plus souvent, les principaux éléments d'actif qui pourraient permettre d'accroître leur valorisation. Pour parvenir à donner une estimation en termes de valeur, la pratique offre une méthode de calcul, habituellement utilisée à ce stade.

306. L'approche de la valeur liquidative, met en œuvre une méthode fondée sur la valeur patrimoniale. Tournée vers le passé, elle est généralement utilisée dans l'optique d'une

⁷²⁴ <http://www.greffe-tc-paris.fr/fr/etudes-et-communication/barometre.html>

cessation d'activité. Cette approche, la plus ancienne, est fondée sur la valorisation du patrimoine réel de l'entreprise, elle regroupe un ensemble de méthodes qui présentent un caractère historique et non prévisionnel⁷²⁵. Elle s'attache en principe à privilégier la notion de propriété en considérant l'entreprise comme une entité juridique qui possède un patrimoine et qui est redevable de dettes. Dans cette optique, la valeur de l'entreprise est donc égale à celle de son patrimoine net, c'est-à-dire de ses biens moins celle de ses dettes, c'est la valeur des fonds propres. Pour aboutir à un tel résultat, elle repose traditionnellement sur deux notions clés : la méthode de l'actif net comptable et la méthode de l'actif net comptable corrigé⁷²⁶.

Autrement dit, la valeur liquidative de l'entreprise s'identifie au prix de cession de ses différents actifs intellectuels diminué de ses dettes et des coûts de liquidation. Elle s'obtient donc par la différence entre la valeur de réalisation de ses biens intellectuels d'une part, et la valeur de ses dettes et coûts de liquidation, d'autre part. Il est essentiel de préciser que la valeur liquidative donnera surtout une référence de prix plancher de l'entreprise en difficulté et de ses actifs. À ce propos, il est constant que la cession des actifs intellectuels sur le marché des entreprises défaillantes se fasse pour un prix symbolique, voire que leur valeur liquidative soit nulle et n'ait alors plus de signification, ce qui a nécessairement pour effet de dévaluer ses biens intellectuels. Ce constat nous conduit à reconnaître que la valeur de liquidation des propriétés intellectuelles pourra, dans une circonstance de cessation d'activité, être très inférieure à la valeur initiale reconnue lors de l'acquisition ou de la création de l'actif intellectuel, alors même qu'à l'occasion de sa réalisation cette valeur est primordiale.

307. En outre, la difficulté majeure lorsqu'il s'agit d'évaluer des actifs intellectuels peut effectivement provenir des écarts entre la valeur des biens inscrite au bilan et la valeur réelle (vénales) des biens. Chaque élément séparé n'est pas valorisable et le seul moyen d'y parvenir, dans ce contexte économique, est certainement de les estimer globalement sous un seul montant.

En effet, nous avons pu souligner précédemment l'insuffisance du traitement comptable des droits de propriété intellectuelle et observé à cette occasion que la comptabilité

⁷²⁵ Revue « Échanges », dossier « Évaluation et négociation d'entreprises », Évaluer une entreprise en difficulté, n° 201, juin 2004

⁷²⁶ Il s'agit de l'évaluation de son actif et de son passif en partant des données comptables du bilan rectifiées. La rectification se fait en fonction de : la valeur réelle de marché des différents éléments d'actifs, en général, sous-évalués par la règle comptable des coûts historiques, la politique d'amortissement et la non prise en compte de l'inflation ; et côté passif, la prise en compte des engagements hors bilan et de l'impôt latent sur les sociétés.

ne reflétait pas la réalité de leur valeur. Il semble difficile, compte tenu de cette observation, d'évaluer ces actifs grâce à l'approche liquidative qui se fonde sur les éléments comptables.

Aussi et afin de rendre compte de la réalité, nous avons fait le choix d'évoquer à titre illustratif certains exemples cités par les greffes de certains tribunaux de commerce. Il a été relevé par exemple la vente, pour seulement 762 €, de huit marques et de six noms de domaine appartenant à une entreprise ayant créé un site Internet pour des médecins, qui employait 25 salariés et qui avait déclaré un passif de presque deux millions d'euros. Aucune estimation de la valeur des actifs n'avait été faite semble-t-il. Dans un autre exemple, une cession de gré à gré des logiciels développés en interne et des licences d'utilisation de deux logiciels serveurs a été réalisée pour 20.000 € alors que le dirigeant avait estimé la valeur de l'ensemble de ses actifs à 426.857 €.

Nous pouvons affirmer face à ce constat qu'en cas de défaillance des entreprises les techniques d'évaluation existantes ne sont pas adaptés à la situation des sociétés dont les droits de propriété intellectuelle constituent une part importante de l'actif et se heurtent aux nombreux obstacles inhérents aux droits en cause également. Il s'agit-là d'une situation qui touche du doigt la complexité de la valorisation des actifs intellectuels dans le cadre des défaillances des entreprises. Très fréquemment ces procédures se soldent notamment par des «insuffisances d'actifs monumentales», concernant de très jeunes sociétés ayant souvent fait l'objet d'importants investissements de départ, mais qui ont connu de très grandes difficultés de trésorerie à défaut de rentabilité.

B. UNE APPROCHE INADAPTÉE AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

308. Le droit commun des entreprises en difficulté s'applique indifféremment aux entreprises bénéficiaires d'un droit d'exploitation ou titulaires des droits intellectuels, ainsi qu'aux entreprises qui n'en possèdent pas. À priori, ce constat s'inscrit dans un cadre logique et légitime. En effet, il ne saurait être organisé des règles particulières à chaque catégorie d'entreprise en fonction de son secteur d'activité. Néanmoins, certaines entreprises disposent d'importants actifs incorporels tels que des logiciels, sites internet, bases de données, marques, noms de domaine ou brevets qu'il est très difficiles de valoriser à fortiori en cas de cessation d'activité.

309. Dans ces conditions, comment valoriser, en l'absence d'une expertise en la matière, un actif incorporel tel qu'un logiciel, un site, un nom de domaine ou une marque,

surtout lorsque aucune véritable clientèle stable et fidélisée génératrice d'un chiffre d'affaire n'y est attachée car toute exploitation a cessé. On est donc en présence d'actifs d'une valeur indéniable mais difficilement valorisables, surtout s'il doit être tenu compte des investissements effectués qui sont particulièrement importants dans ce domaine, et de l'écoulement du temps entre la valorisation et la cession.

La cession de l'entreprise en tant que forme de réalisation de l'actif doit être suivie, dans toute la mesure possible, du paiement des créanciers, parfois second mais plus souvent unique, objectif de la liquidation judiciaire. La méthode liquidative, en tant que mode d'évaluation de l'entreprise en difficulté s'inscrit dans un cadre du processus de liquidation. Par essence et notamment par souci de célérité, celle-ci répond à l'objectif voué à l'opération de liquidation. Il est question d'une méthode davantage soucieuse du désintéressement des créanciers que la recherche d'une valeur reflétant la réalité de l'entreprise évaluée.

Une dépréciation excessive du patrimoine de l'entreprise en difficulté, pourrait engendrer une situation faisant apparaître un résultat insuffisant pour désintéresser les créanciers, voire négatif. Cette approche est souvent utilisée par le praticien parce qu'elle est l'une des plus simples à mettre en œuvre. Elle est souvent considérée comme une valeur plancher parce que l'entreprise est évaluée comme un bien statique sans tenir compte de sa capacité à dégager des résultats. Ce constat est regrettable s'agissant des droits de propriété intellectuelle.

310. Les risques et les incertitudes sont légion lorsqu'il s'agit pour l'évaluateur de déterminer la valeur des propriétés intellectuelles, à l'occasion de la cession d'entreprise. Néanmoins, face à l'importance prise par les propriétés intellectuelles dans notre économie, il n'est plus possible de ne pas les considérer comme des actifs ayant une valeur. Que ces derniers méritent eu égard à leur place au sein de l'actif de la plupart des entreprises, qu'il leur soit consacrée une méthode susceptible de prendre davantage en considération leur singularité, au même titre que certains correctifs sont susceptibles d'être apportés afin de prendre en compte la valorisation des éléments incorporels⁷²⁷ lorsqu'il s'agit de l'évaluation d'une société *in bonis*. Il semble nécessaire de se pencher sur cette difficulté et combler un vide qui grandit progressivement. Il appartiendrait à certains praticiens, mandataires-liquidateurs, experts comptables, juristes spécialisés et économistes en tant que professionnels experts en la matière, de se pencher sur les difficultés inhérentes à l'évaluation. De sorte que la confrontation des informations débouche sur un consensus visant à proposer une approche

⁷²⁷ Notamment à travers le calcul de goodwill

mettant en œuvre des correctifs fondés sur des informations extracomptables dans l'objectif d'aboutir à une valeur qui tende à refléter le plus possible la réalité des actifs. En définitive, il est nécessaire que la pratique se familiarise avec des techniques d'évaluation appropriées aux biens intellectuelles⁷²⁸.

Conclusion sur l'évaluation lors de la réalisation des droits de propriété intellectuelle.-

311. Les droits de la propriété intellectuelle ont offert à la présente étude un champ particulièrement riche et intéressant qui se manifeste notamment à travers l'analyse des difficultés liées à son évaluation. Un premier constat a pu révéler que les normes comptables ne sont pas toujours en mesure de mettre en évidence la valeur de ces droits. Ainsi, en ignorant et en sous-estimant les droits de propriété intellectuelle, les documents comptables privent l'entreprise d'une présentation dynamique de son action et dégradent la performance financière. L'absence relative de prise en compte des actifs intellectuels dans la comptabilité et de leur importance croissante, complique une valorisation optimale lors des opérations de réalisation de l'actif. Nous nous rangeons à l'avis de Monsieur le Professeur Binctin qui préconise « une modification législative afin de mettre un terme à cette démesure du droit comptable »⁷²⁹. Selon cet auteur, cette modification consisterait à adjoindre à l'article L. 123-18 du Code de commerce la possibilité de réévaluer les biens intellectuels⁷³⁰.

Pour le moment et pour un certain temps encore, la couverture des actifs intellectuels par le système de la comptabilité nationale va demeurer incomplète, en raison d'un certain nombre de problèmes institutionnel et conceptuel. Les techniques d'évaluation sont par conséquent décevantes.

La problématique de l'évaluation est complexe. Il est question d'une opération technique hautement délicate en raison de la multiplicité des facteurs susceptibles d'être pris en considération et, malgré les nombreuses formules proposées par les spécialistes, il n'en est aucune qui permette d'aboutir à elle seule à un résultat véritablement satisfaisant. Les outils offerts à la pratique pour mesurer et évaluer les biens intellectuels ont une vision restrictive de

⁷²⁸ « c'est l'amélioration des techniques d'évaluation qui offre le plus de possibilités d'amoindrir le risque d'évaluation associé aux droits de propriété intellectuelle. La fiabilité de ces techniques s'améliorera à mesure que les évaluateurs acquerront de l'expérience pratique en évaluant des droits de propriété intellectuelle ». commission du droit du Canada, Capitaliser le savoir. Réduire l'incertitude que suscitent les sûretés constituées sur les droits de propriété intellectuelle. Ottawa, juin 2004, p. VIII.

⁷²⁹ N. BINCTIN, *Les insuffisances du traitement comptable des biens intellectuels*, Rev. sociétés. 2011, p. 599, n°46

⁷³⁰ Une libre réévaluation autorisée par la législation permettrait l'instauration en France d'une comptabilité à la valeur d'inventaire.

la valeur du bien considéré, ils ne permettent pas de parvenir à une valeur unique, réelle et certaine. Une bonne procédure d'évaluation combine des techniques relevant de plusieurs approches de la valeur ; les méthodes utilisées sont très poussées elles sont complexes à mettre en œuvre et demandent des compétences rares et coûteuses, ce qui les exclut du cadre de l'évaluation lors de la réalisation des actifs. En outre, la pratique a pu révéler, qu'en dépit de moyen alternatif, les praticiens ont recours à des méthodes simples mais dont le résultat ne reflète pas la valeur réelle du bien intellectuel. Le contexte économique et juridique dans lequel l'évaluation des droits de propriété intellectuelle intervient ne permet une valorisation objective de ces derniers, qui se trouvent bien souvent liquidés en deçà de leur valeur réelle. Tout comme l'économie, l'évaluation ne repose pas sur des lois naturelles mais sur un ensemble de pratiques⁷³¹. En effet, dans une économie où les actifs immatériels prennent une place croissante, il est d'une importance capitale de pouvoir mesurer la réalité de leur valeur, par des approches rigoureuses et objectives qui leur soient adaptées.

⁷³¹ P. BREESE et A. KAISER, Préf. A. POMPIDOU, L'évaluation des droits de propriété industrielle, Gualino, 2004, p. 67

CONCLUSION DU TITRE SECOND

312. Ces dernières remarques conduisent à la conclusion qui s'imposait à la suite de l'étude relative à la cession de l'entreprise à un tiers susceptible d'assurer la pérennité. En effet à l'issue de l'examen de l'évaluation des droits de propriété intellectuelle, il convient de constater que ces droits, longtemps gérés comme un simple outil de protection, sont en phase de devenir une source capitale de création de valeur, sous l'effet conjugué de la dématérialisation de l'économie et de sa financiarisation. Ce nouveau rôle de la propriété intellectuelle ne pouvait demeurer hors de certains domaines. Son évaluation financière et les insuffisances de son traitement comptable démontrent l'état de nécessité de s'y intéresser en apportant à ce domaine des solutions concrètes aux moyens de nouvelles normes et outils d'évaluation adaptés. Il faut en outre souligner l'importance de leur rôle dans la sauvegarde de l'entreprise, notamment lorsqu'il est question de leur cession. Enfin, il est essentiel de rappeler que le traitement des difficultés des entreprises ne prévoit pas une réglementation spécifique applicable aux diverses problématiques posées par l'existence de droits de propriété intellectuelle. Pour autant, ceux-ci sont globalement préservés par le droit des procédures collectives et la jurisprudence qui semblent leur offrir une place appropriée.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

313. Sauvegarder une entreprise commande fréquemment des changements d'une ampleur variable dans sa structure, ses moyens d'exploitation et sa gestion. Les droits de propriété intellectuelle pris « dans la tourmente des procédures collectives⁷³² », semblent s'adapter à ce traitement judiciaire des difficultés des entreprises. À l'issue de l'étude confrontant les droits de propriété intellectuelle aux moyens de sauvetage de l'entreprise en difficulté, il est essentiel de retenir que le principe de la continuation des contrats, moyen juridique essentiel de la poursuite de l'activité et du sauvetage de l'entreprise ne pouvait voir son domaine d'application limité. L'extension du domaine d'application de la poursuite de l'activité favorise la continuité des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle. L'étude a révélé en premier lieu, que l'*intuitus personae* qui innerve ces contrats est neutralisé par le droit des procédures collectives et ne constitue pas une menace pour le partenaire *in bonis*. Il a pu en outre, être démontré que le droit des entreprises en difficulté s'efforce de rechercher sans cesse l'équilibre contractuel initialement prévu par les parties. L'exécution du contrat s'effectue aux conditions normales dans un contexte qui reste pour le moins fragile. Cependant, le maintien de l'activité de l'entreprise par la sauvegarde de son environnement contractuel semble adapté à la continuation des contrats ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle.

Ces mêmes remarques sont également valables pour la cession des contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle. Ce mécanisme ambitieux a pour objectif de satisfaire la volonté du droit des procédures collectives de sauver l'entreprise viable grâce à la continuation de contrats essentiels que sont les contrats relatifs à un droit de propriété intellectuelle. Leur poursuite permet également de préserver l'*intuitus personae* dont ils sont empreints sans qu'il lui soit porté atteinte, pourvu que le tribunal, garant du bon déroulement de la cession respecte certains impératifs qui leur sont propres.

En second lieu, la cession de l'entreprise assurant la pérennité de l'activité économique cédée garantit la préservation des droits de propriété intellectuelle cédés et permet leur continuité. Il a en outre, pu être démontré que le contrat d'exploitation de droits de propriété intellectuelle est appréhendé au même titre qu'un élément d'actif représentant une valeur économique et patrimoniale souvent considérable, ce qui aboutit à l'intégrer dans

⁷³² Formulation empruntée au Professeur Frédéric POLLAUD-DULIAN dans son article « Les droits intellectuels dans la tourmente des procédures collectives », *op. cit.* p. 365

la catégorie des biens. Les règles relatives à la cession judiciaire ont vocation à s'appliquer sans distinction inhérente à la corporalité du bien cédé. Les actifs intellectuels, au même titre que des actifs corporels sont alors susceptibles de jouer un rôle important dans cette phase des procédures collectives. Cette remarque induit que leur évaluation est une nécessité. Ce domaine requiert l'acquisition d'une méthode qui reflète la réalité économique des biens intellectuels, notamment à l'occasion de leur cession judiciaire dans le cadre d'une procédure collective. Le législateur doit impérativement considérer la valeur et les perspectives élevées que recèlent les propriétés intellectuelles en intégrant cette réflexion dans les évolutions contemporaines qui dessinent les contours d'une économie future des droits de propriété intellectuelle.

En définitive, la préservation de l'entreprise par la poursuite de son activité, nécessite la préservation de l'immense majorité des contrats, notamment ceux relatifs aux droits de propriété intellectuelle qui bénéficient sans conteste de l'extension du principe de la continuation. La poursuite de l'activité de l'entreprise ainsi que sa cession à un tiers susceptible d'en assurer la continuité en tant que moyens de sauvetage de l'entreprise en difficulté sont favorables à la pérennité des droits de propriété intellectuelle.

Finalement, à l'issue de ces premières constatations, la conciliation des droits de propriété intellectuelle avec les moyens de sauvetage de l'entreprise a pu être vérifiée et confirmée. Ces observations permettent de dresser un bilan positif du sort réservé par le droit des procédures collectives aux droits de propriété intellectuelle.

« Il ne faut pas que les créanciers puissent compromettre par leur action individuelle les chances de redressements de l'entreprise. Il n'est pas moins évident que le sacrifice des droits du créancier n'est pas de nature à favoriser le crédit hypothécaire même si ce sacrifice est utile pour la sauvegarde de l'entreprise ».

(A. Piedelievre, « L'efficacité de la garantie hypothécaire »).

SECONDE PARTIE

LA CONFRONTATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AUX CONTRAINTES IMPOSÉES AUX CRÉANCIERS

314. Les entreprises en difficulté qui sont protégées par le droit des procédures collectives, cessent d'être soumises au droit commun pour bénéficier du droit de la sauvegarde, du redressement ou de la liquidation judiciaire, droit spécial, dont la finalité avouée aujourd'hui, est le sauvetage de l'entreprise plus que la sauvegarde des intérêts des créanciers⁷³³. L'affirmation des impératifs de sauvegarde de l'entreprise anime la plupart des dispositions du droit des procédures collectives, dont le trait commun est d'œuvrer, par des voies différentes, à la restauration des conditions de la survie de l'entreprise aux dépens de ses partenaires. En conséquence, l'ouverture d'une procédure collective atteint le fonctionnement de l'entreprise et par là même certains acteurs économiques. Cette atteinte influe sur le sort des titulaires de droits de propriété intellectuelle et sur celui des titulaires de garanties qui en sont grevées. Le dispositif mis en place se traduit ainsi par un certain nombre de contraintes imposées aux tiers précipités dans le droit des procédures collectives.

La mise en œuvre de l'objectif prioritaire de sauvegarde soulève un certain nombre de difficultés qui prennent précisément naissance à des points d'interaction entre le droit des procédures collectives et les droits de propriété intellectuelle. Il convient dès lors de s'intéresser particulièrement aux contraintes imposés aux titulaires des droits de propriété

⁷³³P.PETEL, *Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté*, Petites affiches, 18 mai 1992, n° 60, p. 24

intellectuelle dans le contentieux de la contrefaçon (Titre1) et aux contraintes imposés aux titulaires de sûretés constituées sur des propriétés intellectuelles (Titre 2).

« Principe, dicté par la nécessité de faire respecter le caractère collectif de la procédure tant pour éviter que les créanciers ne s'arrachent l'actif dans le désordre de poursuites anarchiques que pour garantir un traitement égalitaire à tous les créanciers »⁵⁷³.

(A. Liénhard, « Sauvegarde des entreprises en difficulté »)

TITRE PREMIER

LES CONTRAINTES IMPOSÉES AUX TITULAIRES DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE CONTENTIEUX DE LA CONTREFAÇON

315. Le contentieux de la contrefaçon affiche une dimension atypique dans le cadre du traitement judiciaire des difficultés des entreprises mettant en scène les intérêts divergents des titulaires de droits de propriété intellectuelle d'une part, dont l'intérêt réside dans la défense de leur droit, et du débiteur convaincu ou présumé avoir commis des actes de contrefaçon, bénéficiaire d'une immunité judiciaire garantie par l'arrêt des poursuites individuelles.

Alors que les objectifs du droit de la propriété intellectuelle sont parfaitement clairs : assurer un meilleur traitement d'un contentieux qui a connu une forte progression ces dernières années et garantir aux titulaires de droits une meilleure attractivité du système. Le trait significatif du droit des entreprises en difficulté est d'être un ensemble de règles poursuivant la satisfaction d'intérêts économiques au détriment parfois de l'exercice de ceux auxquels ses dispositions sont opposables.

La démarche de protection prioritaire de l'entreprise poursuivie par le droit des procédures collectives, le conduit à adopter des solutions qui s'opposent à celles mise en place par le droit de la propriété intellectuelle. Outre les difficultés que ce phénomène en pleine expansion peut causer à une entreprise, ces agissements doivent pouvoir être maîtrisés par des instruments juridiques efficaces et corrélativement leurs auteurs sanctionnés.

Alors que le contrefacteur *in bonis* peut être exposé aux poursuites des victimes d'actes de contrefaçon pour lesquelles « le paiement est le prix de la course »⁷³⁴ ; lorsqu'il est soumis à une procédure collective, le principe de l'égalité entre les créanciers commande

⁷³⁴ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n°785

traditionnellement l'arrêt de ces poursuites, dont le juge doit au besoin relever d'office les effets⁷³⁵. Il en résulte que les titulaires des droits de propriété intellectuelle sont tenus de faire valoir leurs droits à l'encontre du débiteur-contrefacteur exclusivement dans le cadre organisé de la procédure.

Deux sortes d'intérêts sont en conflit : en premier lieu, il est nécessaire de préciser que la « contrefaçon » désigne, en la matière, différentes formes d'atteintes à un droit patrimonial de propriété intellectuelle, plus précisément, il s'agit d'atteintes à un droit exclusif. Or, l'efficacité d'un droit exclusif suppose qu'il soit accompagné de mesures adéquates de sanctions des atteintes qui lui sont portées par des tiers. Ce premier intérêt est confronté à un second visé par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles dont l'objectif affirmé est la préservation du débiteur, notamment en mettant son patrimoine hors d'atteintes. Ce conflit d'intérêt se traduit généralement par le gel des actions des victimes des atteintes

Les intérêts garantis par le droit de la propriété intellectuelle sont ainsi confrontés à la règle de la discipline collective. En effet, l'arrêt des poursuites individuelles met à l'épreuve les mesures provisoires, conservatoires et probatoires (chapitre 1) d'une part, et l'action en contrefaçon (chapitre 2) par ailleurs.

⁷³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2009, n°08-10281, B 136 ; D. 2009, 1422, note DELPECH

« D'un point de vue politique, on pourrait considérer que la logique industrielle n'est pas celle de la logique culturelle, ce pourquoi la propriété littéraire et artistique, serait logée à une enseigne particulière ».

(J. M. Bruguière, « Que penser de la loi de lutte contre la contrefaçon du 29 octobre 2007 ? »)

CHAPITRE 1

LES MESURES PROVISOIRES, CONSERVATOIRES ET PROBATOIRES À L'ÉPREUVE DE L'ARRÊT DES POURSUITES INDIVIDUELLES

316. Face au développement important de la contrefaçon, le législateur français⁷³⁶ ainsi que les autorités européennes⁷³⁷ et les promoteurs de conventions internationales⁷³⁸ ont entrepris d'organiser la prévention, notamment par la mise en place de mesures provisoires et conservatoires. La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 « de lutte contre la contrefaçon » en conformité avec la directive a considérablement développé la possibilité d'obtenir ces mesures. Aujourd'hui, la contrefaçon représente environ 10 % du commerce international, contre seulement 5% au début de ce siècle. Les États tentent de lutter contre ce trafic de taille tant par le biais de leur législation nationale que des textes européens, voire des accords internationaux⁷³⁹. Presque sept années après la grande réforme de 2007, la loi du 11 mars 2014 en est la plus récente illustration⁷⁴⁰.

Le droit des procédures collectives a conçu dans l'intérêt des créanciers à l'époque où la faillite n'était qu'une procédure d'exécution collective, l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution qui est devenu un instrument de protection du débiteur en faillite. Il en résulte que le dispositif institué en matière de contrefaçon sera fortement perturbé par cette règle. En effet, là où la loi nouvelle améliore la protection des titulaires de droits de propriété intellectuelle en aménageant les différents moyens pour eux de déceler et prouver la

⁷³⁶ Loi n° 2007-1544, du 29 oct. 2007, JO 30 oct. 2007, relative à la lutte contre la contrefaçon ainsi que la loi du 4 août 2008, de modernisation de l'économie

⁷³⁷ Directive 2004/48/CE du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

⁷³⁸ Comme en témoignent les accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce dans le cadre de l'OMC.

⁷³⁹ J. DELEAU, « Contrefaçon : consolidation de l'arsenal législatif », D. actualité, 13 mars 2014

⁷⁴⁰ Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, JORF n° 0060 du 12 mars 2014, p. 5112 texte n°1

contrefaçon, le traitement judiciaire des difficultés des entreprises, réduit notablement leur droits individuels en les obligeant à se soumettre au dispositif restrictif du traitement collectif.

Le gel des actions des créanciers résultant de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles et de voies d'exécution contre le débiteur constitue une contrainte importante pour les victimes d'actes argués de contrefaçon. Néanmoins, le diagnostic de la situation révélera que le droit des procédures collectives qui agit normalement comme un prisme qui évince les règles du droit de la propriété intellectuelle et impose ses propres institutions, ne peut pas toujours se rendre imperméable. Il s'en suit par conséquent que les mesures mises en œuvre subissent deux issues différentes selon leur finalité. Cette étude implique d'analyser les mesures provisoires et conservatoires paralysées par l'arrêt des poursuites individuelles (section1), et les mesures probatoires soustraites à l'arrêt des poursuites individuelles (section 2).

SECTION 1

LES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES PARALYSÉES PAR L'ARRÊT DES POURSUITES INDIVIDUELLES

317. L'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, généralement qualifiée de contrefaçon, est la reproduction, l'utilisation, la mise en œuvre, la fabrication d'un produit ou un procédé, d'un signe distinctif ou d'une œuvre de l'esprit ou l'importation d'un titre de propriété intellectuelle sans l'autorisation de son titulaire. La mise en place de mesures provisoires et conservatoires efficaces destinées à prévenir une atteinte imminente ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon, instaure une procédure harmonisée, simplifiée, dont l'efficacité s'avère renforcée.

Or, le déploiement de ces mesures se heurte aux dispositions du droit des entreprises en difficulté qui a vocation à régir la situation dans laquelle l'auteur des agissements présumés contrefaisants est soumis à une procédure collective.

Nous observerons en premier lieu que la réunion entre ces deux corps de règles s'explique par la confrontation des mesures provisoires et conservatoires à la règle de la procédure collective (§1), qui se traduit par la paralysie des mesures par la règle de la procédure (§2).

§1.LA CONFRONTATION DES MEURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES À LA RÈGLE DE LA PROCÉDURE COLLECTIVE

318. La loi du 29 octobre 2007 définit la contrefaçon de manière générale comme étant une atteinte à un droit de propriété intellectuelle qui engage la responsabilité civile de son auteur. En fonction des droits de propriété intellectuelle concernés, la contrefaçon peut prendre des formes diverses et concerner ainsi une vaste catégorie de personnes. Il nous faut dès lors définir les conditions d'obtention des mesures (A) et déceler en outre les restrictions légales commandées par le droit des procédures collectives (B), auxquelles elles sont opposées.

A. LES CONDITIONS D'OBTENTION DES MESURES

319. La contrefaçon est un phénomène fort ancien⁷⁴¹. Au cours des dernières décennies, la contrefaçon s'est intensifiée, complexifiée et internationalisée. Très différente de ce qu'elle a pu être autrefois, elle a atteint des seuils alarmants⁷⁴². Elle nuit aujourd'hui, de façon significative au financement de l'innovation et de la création, elle est à l'origine d'un très important manque à gagner pour les entreprises et de nombreuses suppressions d'emplois, elle a pour effet leur fragilisation dont les droits sont protégés juridiquement, et dont l'activité économique est profondément affectée. L'administration française estime que notre pays est particulièrement touché par la contrefaçon en raison notamment de la notoriété de ses marques et de la créativité de ses entreprises⁷⁴³.

⁷⁴¹ C. LAMPRE, *La conspiration des étiquettes*, éd. Ferret 1993, spé. p. 25 : les premiers actes de contrefaçon remontent à plus de 8 000 ans avec des bouchons d'amphores gauloises utilisant les marques des amphores de vin de Campanie son existence est reconnue depuis des temps reculés. Initialement, cette notion est purement juridique. A Rome, le plagiat était considéré comme un vol : Dans l'ancien droit, le contrefacteur pouvait se retrouver exposé publiquement dans un carcan, avec les objets contrefaisants ou au pire avec le poignet tranché : C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec 2006, n°28 mais aucune sanction effective ne découlait de cette assimilation A. et H.J LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^{ème} éd. 2006 n°5. A l'apparition de monopoles intellectuels, dans les périodes révolutionnaire et postrévolutionnaire, la lutte contre la contrefaçon va d'abord se traduire par des sanctions dépourvues de nuances. Ainsi, le décret du 19 juillet 1793 permettait la confiscation des contrefaçons en matière littéraire et artistique, assortie de dommages-intérêts forfaitaires : La contrefaçon était sanctionnée par l'allocation d'une indemnité d'un montant équivalent au prix de 3 000 exemplaires contrefaits : J.P LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz 2002 n° 220. Quant à la loi du 22 germinal an XI, elle assimilait le contrefacteur d'une marque à l'auteur d'un faux en écriture privée passible de la peine criminelle des galères : Condamnation qui, fort heureusement, fut rarement prononcée par les tribunaux : J. AZEMA et J.C GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz 6^{ème} éd. 2006, n° 1365 ; J.PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, t.1 LGDJ, 2006, n° 53.

⁷⁴² Selon les estimations elle représente de 5 à 10 % du commerce mondial et génère des profits oscillant entre 250 et 400 milliard d'euros par an :rapport BETEILLE

⁷⁴³ La douane contre le fléau de la contrefaçon, Chiffres 2010. Elle estime qu'elle « coûte » entre 30 000 et 40 000 emplois chaque année ainsi que la perte de 6 milliards d'euros pour l'économie nationale, autrement dit

Avancer l'idée selon laquelle « la contrefaçon constitue un fléau qui touche l'ensemble des secteurs d'activité ⁷⁴⁴», c'est dire l'importance et la préoccupation des pouvoirs publics à son égard.

320. Les diverses conventions placées sous les auspices de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle, notamment les conventions de Paris⁷⁴⁵, de Berne⁷⁴⁶ et de Rome⁷⁴⁷ contiennent des dispositions relatives aux moyens permettant de faire respecter les droits qu'elles édictent⁷⁴⁸. La commission européenne a souhaité renforcer la lutte contre la contrefaçon et supprimer les divergences existant entre les législations⁷⁴⁹ des États membres⁷⁵⁰. La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 dite de « lutte contre la contrefaçon »⁷⁵¹ résulte de la transposition dans notre droit interne de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004⁷⁵² relative au respect des droits de propriété intellectuelle. L'objectif de cette directive est d'abord et avant tout de doter les États membres d'instruments plus efficaces pour prévenir et réprimer les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Elle vise à harmoniser les règles civiles applicables et adopter des sanctions plus dissuasives, elle contient notamment des règles unifiées de procédure régissant la constatation, la sanction et la réparation de la contrefaçon. Le titre du texte adopté fait clairement état des ambitions du législateur, de renforcer le dispositif de lutte contre la contrefaçon. L'ensemble des droits institués par le Code de la propriété intellectuelle

une entreprise sur deux s'estime aujourd'hui touchée par la contrefaçon ; une importante étude rédigée par l'Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice (UNICRI) et rendu publique le 14 décembre 2007 à Turin, estime avec l'OCDE que la contrefaçon représente 5 à 7 % du marché mondial, le rapport de l'OCDE évalue à 200 milliard de dollars soit 136,5 milliards d'euros le montant correspondant à la contrefaçon à l'échelle industrielle.

⁷⁴⁴ Communiqué de presse du 19 oct. 2007, du ministère de l'économie et des finances.

⁷⁴⁵ Convention de Paris, du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle

⁷⁴⁶ Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques

⁷⁴⁷ Convention de Rome du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion.

⁷⁴⁸ En ce domaine, l'instrument le plus complet et le plus moderne est l'ADPIC : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce qui lie les États membres de la communauté européenne ainsi que la communauté elle-même.

⁷⁴⁹ Postérieurement, le législateur aura le souci d'affiner et d'équilibrer davantage les sanctions en la matière, ce qui donnera naissance à l'adoption de nombreuses règles civiles et pénales plus adéquates. Seulement, les textes ainsi votés, y compris les plus récents, se révèlent aujourd'hui inaptes à endiguer la contrefaçon qui, comme tout phénomène évolutif, implique d'être combattue par de nouveaux procédés.

⁷⁵⁰ Pour ce faire, elle a publié un livre vert sur la *lutte contre la contrefaçon et la piraterie dans le marché intérieur*, suivi d'une large consultation et de la mise en place d'un plan d'action. Les résultats de l'ensemble de ces initiatives ont été récoltés avec l'adoption d'un texte définitif le 29 avril 2004.

⁷⁵¹ Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon

⁷⁵² Directive communautaire dite « directive contrefaçon », 2004/48 du 29 avril 2004

comportent des dispositions les protégeant contre les actes constitutifs de contrefaçon⁷⁵³. Le législateur a souhaité aller au-delà des mesures prévues par la directive et a ainsi doté la France d'atouts supplémentaires pour lutter contre la contrefaçon en adoptant des mesures spécifiques en vue d'améliorer l'efficacité des juridictions et des administrations engagées dans la répression⁷⁵⁴. Le législateur remit depuis peu l'ouvrage sur le métier en adoptant une consolidation de la législation existante, avec la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contrefaçon⁷⁵⁵.

Les mesures provisoires et conservatoires sont considérées comme les plus importantes pour la mise en œuvre effective des droits intellectuels. En effet, les mesures provisoires sont souvent les seules mesures effectives pour combattre la contrefaçon et surtout la piraterie car leurs auteurs apparaissent rarement capables de payer des dommages et intérêts à l'issue de l'instance⁷⁵⁶.

Le législateur de 2007 a harmonisé et étendu les procédures d'obtention de mesures provisoires à l'ensemble des droits de propriété industrielle, en revanche ces dispositions ne sont pas étendues à la propriété littéraire et artistique qui conserve ses spécificités que la loi a complété sans en modifier l'ordonnement⁷⁵⁷.

Avant de procéder à l'étude détaillée des mesures provisoires et conservatoires confrontées aux règles de la procédure collective, un certain nombre de points devant préalablement être précisé, il s'agit d'examiner à titre liminaire les personnes concernées par ces mesures (I) ainsi que les modalités procédurales d'octroi des mesures provisoires et conservatoires (II).

I. Personnes concernées par les mesures provisoires et conservatoires

⁷⁵³ Les dessins et modèles, les marques, les brevets, les droits d'auteurs et les droits voisins sont ainsi protégés

⁷⁵⁴ T. AZZI, La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon ; présentation générale, D. 2008, n° 11 p. 700

⁷⁵⁵ Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, JORF n° 0060 du 12 mars 2014, p. 5112 texte n° 1

⁷⁵⁶ Conformément à l'article 41 de l'accord ADPIC relatif aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle : « Les Membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la présente partie, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord, y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure. Ces procédures seront appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif. »

⁷⁵⁷ Par l'introduction d'une saisie conservatoire à l'article L. 331-1-1 CPI

321. La loi désigne les personnes ayant qualité à solliciter l'octroi des mesures (1) à l'encontre de l'auteur des atteintes, qui dans le cadre de notre étude est soumis à une procédure collective (2).

1. Personnes ayant qualité à solliciter l'octroi des mesures

322. À ce sujet, la loi prévoit que toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon bénéficie du droit d'action pour obtenir des mesures provisoires, qu'elles soient sollicitées par la voie contradictoire du référé ou *ex parte* par voie de requête. Autrement dit, les mesures provisoires peuvent être sollicitées non seulement lorsqu'une procédure au fond est pendante mais également avant toute procédure au fond. De manière classique, l'action demeure ouverte à celui qui entend empêcher la poursuite des actes argués de contrefaçon, mais aussi afin de prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre. La variété des titres sur le fondement desquels les mesures provisoires peuvent être demandées est très large. Ainsi, l'auteur, le titulaire d'un droit sur une marque, un brevet, un dessin et modèle, pour ne citer que ces droits, ayant acquis une régulière protection, sont autorisés à défendre leurs droits contre toute violation du monopole d'exploitation qui leur est ainsi attribué.

2. Auteur des atteintes soumis à une procédure collective

323. La loi permet pour la plupart des régimes de propriété intellectuelle d'obtenir des mesures provisoires à l'encontre du prétendu contrefacteur ou des intermédiaires dont il utilise les services⁷⁵⁸. La lettre du texte étant imprécise, il convient de restreindre la portée à ceux qui sont directement liés à la fabrication ou à la distribution des produits argués de contrefaçon⁷⁵⁹. Les mesures peuvent être ordonnées à l'encontre de l'auteur prétendu de la contrefaçon, personne qui exploite un droit de propriété intellectuelle sans l'autorisation de son titulaire. La contrefaçon peut prendre d'innombrables formes et couvrir autant de situations. La question qui s'impose à nous dans le cadre de cette étude est de savoir si ces mesures peuvent être prononcées à l'encontre d'un présumé contrefacteur soumis à une procédure collective. Nous apporterons au fil de cette étude des éléments de réponse qui nous permettront à son issue d'en extraire une conclusion. Afin de rendre l'exposé plus clair nous avons fait choix d'illustrer ces situations à travers quelques exemples.

⁷⁵⁸ Art. L. 521-6, L. 615-3, L622-7, L. 716-6, L.722-3 CPI

⁷⁵⁹ J AZEMA, J. C. GALLOUX, Droit de la propriété industrielle, Précis Dalloz, 7^e éd.2012, p. 1054, n° 1800

324. Dès lors que se trouve mis sur le marché un produit, dont le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle estime qu'il constitue la reproduction d'un objet protégé, une demande peut être formée en vue d'obtenir des mesures provisoires et conservatoires visant à interrompre les actes litigieux. Cette situation peut couvrir l'hypothèse dans laquelle le prétendu contrefacteur en procédure collective viendrait à contester la matérialité de la contrefaçon et parfois la validité du droit qui lui est opposée. L'appréciation de la contrefaçon sera alors plus délicate et il appartient en dernière analyse au juge de décider si elle est véritablement constituée et au préalable d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires visant à cesser les actes litigieux ; mais aussi, le cas échéant, de la sanctionner.

325. L'octroi des mesures peut également couvrir la situation dans laquelle une entreprise en difficulté concurrente d'une autre acquiert des stocks de matières premières et installe des machines destinées à produire des marchandises contrefaisantes. Les marchandises ne sont pas encore fabriquées, par conséquent il n'y a pas contrefaçon mais commission d'actes préparatoires destinés à la réalisation d'actes illicites, l'intention délictueuse se déduit de l'importance des investissements réalisés. Il y a là un dommage imminent qui justifie que le processus de fabrication soit arrêté avant que la production et la commercialisation commencent. En revanche, il en va différemment pour le fabricant d'un médicament générique qui sollicite le prix de sa spécialité au Comité économique des produits de santé en vue d'une prochaine mise sur le marché, dès que le brevet couvrant la spécialité *princeps* sera tombé dans le domaine public, ce dernier ne commet pas une atteinte imminente à ce même titre⁷⁶⁰.

326. Ces mesures peuvent viser le prétendu contrefacteur mais également des intermédiaires dont il utilise les services. Cet ajout législatif nous conduit à nous demander si les mesures provisoires peuvent être ordonnées à leur encontre et au-delà si l'arrêt des poursuites individuelles dont pourraient bénéficier ces intermédiaires a vocation à s'appliquer?

Le présumé contrefacteur peut être conformément aux dispositions précitées, un transporteur, un courtier, un commissionnaire et bien d'autres intermédiaires soumis à une procédure collective. Ces personnes ne sont pas des contrefacteurs et la prise de mesures

⁷⁶⁰ Un amendement tendant à attribuer à cette démarche la qualification « d'atteinte imminente » a été écarté par le sénat, elle aurait eu pour effet de créer au détriment de médicaments génériques une présomption de contrefaçon : 2^{ème} lecture séance du 17 oct. 2007, JO Sénat p. 3940

provisoires à leur encontre n'est formellement visée qu'au titre du référé. Par conséquent il faut en déduire que ces personnes ne sont pas visées par ces mesures provisoires ordonnées dans le cadre d'une ordonnance sur requête dès lors que le législateur a souhaité distinguer les conditions d'obtention de mesures provisoires par voies de requête et par voie de référé. Les mesures provisoires n'ont par conséquent, pas vocation à s'étendre aux intermédiaires. L'intermédiaire en procédure collective échappera à ces mesures.

II. Les modalités procédurales d'octroi des mesures provisoires et conservatoires

327. Antérieurement à l'adoption de la nouvelle loi, il était possible d'engager en matière de brevet et de marque une procédure « en la forme des référés », impliquant préalablement l'engagement d'une action au fond, qui devait apparaître « sérieuse » et être engagée dans un bref délai à compter du jour où le titulaire des droits avait eu connaissance des faits litigieux. Le juge du fond était alors contraint d'apprécier la validité de la marque ainsi que l'existence d'un risque de confusion, cette procédure engendrait un véritable examen au fond du litige. Désormais, la loi de 2007 dite de lutte contre la contrefaçon procède à l'unification de la procédure, qui en ressort simplifiée et renforcée. Désormais, les mesures provisoires sont sollicitées et obtenues en référé⁷⁶¹, toutefois, il est exigé que le demandeur se pourvoie au fond dans un délai de 30 jours ouvrables⁷⁶². Cependant, la principale innovation réside dans la possibilité ouverte au demandeur d'obtenir des mesures provisoires de manière non-contradictoire *ex parte*, par voie de requête, aux côtés de la voie contradictoire du référé. Le tribunal matériellement compétent est le tribunal de grande instance⁷⁶³. Dans le cadre de la requête comme celui du référé, c'est le président du tribunal compétent qui statuera. La spécialisation des juridictions civiles en matière de propriété intellectuelle a été confirmée par la loi nouvellement adoptée du 11 mars 2014, dans son chapitre I^{er} sous l'intitulé « spécialisation des juridictions civiles en matière de propriété intellectuelle ».

328. Quelle que soit la procédure engagée, le requérant ne doit apporter que les « éléments de preuves qui lui sont raisonnablement accessibles qui rendent vraisemblable qu'il est porté atteinte à ses droits ou qu'une telle atteinte est imminente ». Il appartient alors

⁷⁶¹ Cass. com., 8 déc. 2009, PIBD 2010, n° 912.III.101 : La procédure n'est plus une procédure « en la forme des référés » mais en référé.

⁷⁶² Décret n° 2008-624 du 27 juin 2008 pris en application de la loi du 29 octobre 2009

⁷⁶³ Art. L. 211-10 du code de l'organisation judiciaire

au demandeur de prouver qu'une atteinte imminente est vraisemblable autrement dit, le juge peut intervenir avant même la réalisation d'un acte de contrefaçon. En propriété littéraire et artistique l'auteur se prétendant victime de contrefaçon dispose de la possibilité de bénéficier de mesures identiques à celles prévues par le droit commun des procédures d'urgence et des procédures civiles d'exécution.

Les éléments de preuves rapportés contre le débiteur à la procédure collective, doivent porter sur des faits allégués de contrefaçon ou leur caractère imminent, mais le juge examinera également le droit de propriété industrielle invoqué afin d'être convaincu qu'il s'agit du titulaire du droit et qu'il lui est porté atteinte ou qu'une telle atteinte est imminente. Le juge examinera ainsi la titularité du droit et son existence autrement dit sa validité.

À défaut d'atteinte effective aux droits, une atteinte imminente à ceux-ci suffit pour justifier le recours aux mesures provisoires⁷⁶⁴.

Dans le souhait de mieux encadrer la procédure gracieuse, par voie de requête, qui doit, comme l'ont clairement précisé les débats parlementaires, demeurer exceptionnelle⁷⁶⁵, l'ordonnance sur requête ne sera accessible que lorsque les circonstances exigent que ces mesures ne soient pas prises contradictoirement, notamment lorsque « tout retard serait de nature à causer un préjudice irréparable au demandeur ». À défaut de remplir cette condition, la requête ne peut être recevable, et les mesures ne pourront être obtenues, sauf à être demandées par voie de référé à la suite d'un débat contradictoire. S'agissant des conditions propres au référé celle-ci sont similaires à celles que nous venons de citer pour la requête, il s'agit de « prévenir une atteinte imminente » aux droits de propriété industrielle ou « empêcher la poursuite des actes argués de contrefaçon ».

⁷⁶⁴ J. C. GALLOUX, Mesures probatoires, provisoire et conservatoires, D. 2008, n°11, p. 711

⁷⁶⁵ BETEILLE, rapp. préc., p. 8 ; GOSSELIN, rapp ; préc. p. 5

329. L'auteur d'une œuvre protégeable est recevable à agir sur le fondement du droit commun en se prévalant d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite. Il n'est pas prévu de procédure spécifique et l'auteur qui souhaite agir rapidement devra effectivement avoir recours au référé de droit commun. À cet effet, le juge des référés est amené à juger de l'originalité de l'œuvre dont le demandeur se prévaut, appréciation qui devrait normalement être réservée au juge du fond.

B. LES RESTRICTIONS LÉGALES COMMANDÉES PAR LE DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES

330. La contrefaçon trouve son essence dans la reprise par un tiers de l'élément protégé au bénéfice de l'auteur de l'œuvre ou du titulaire d'un droit de propriété industrielle⁷⁶⁶. Le traitement de ce contentieux se complexifie, dès lors que l'auteur des atteintes est soumis à une procédure collective. Ce principe traditionnel en droit des entreprises en difficulté s'expliquait autrefois par le dessaisissement, lequel empêchait le débiteur de se défendre et par la constitution des créanciers en masse⁷⁶⁷. Aujourd'hui, le fondement du principe de l'arrêt des poursuites individuelles le plus généralement admis repose sur le caractère collectif et égalitaire de la procédure⁷⁶⁸. Ainsi, le droit des procédures collectives prévoit que chaque créancier perd son droit de poursuite individuelle au profit d'une participation dans les répartitions. Cette règle se justifie par le caractère collectif⁷⁶⁹ et égalitaire de la procédure. Elle s'explique également par le souci, affirmé par le législateur de permettre à la période d'observation de jouer son rôle de poumon financier artificiel et de permettre au débiteur de reconstituer sa trésorerie et ainsi faciliter l'élaboration d'un plan de sauvetage pour l'entreprise en difficulté⁷⁷⁰, ce qui permet au débiteur d'obtenir un moratoire⁷⁷¹, notamment avec la procédure de sauvegarde⁷⁷². Ce principe tend à fixer la situation de chacun à la date du jugement d'ouverture mettant hors d'atteinte des poursuites,

⁷⁶⁶ A. DE BOUCHONY et A. BAUDART, La contrefaçon, P.U.F. « Que sais-je ? », 2006, p. 50

⁷⁶⁷ LYON-CAEN, L. RENAULT et A. ARNIAUD, Traité de droit commercial : Librairie générale, 5^{ème} éd. T. VII n° 251 ; PERCEROU et DESSERTAUX, Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, T. II, n° 749 ; CA Douai, 29 juil. 1901 : DP 1905, 2p. 401 ; CA Paris, 8 mai 1948, jurispr. P. 429

⁷⁶⁸ Rapp. Y. GUYON, Droit des affaires IUI : Economica, 8^{ème} éd 2001, n° 1239 ; A. JACQUEMONT, droit des entreprises en difficulté : Litec 2006, n° 369 ; P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz action 2009, n° 621.70 ; G. RIPERT ET R. ROBLOT, par M. GERMAIN et P. DELEBECQUE, Traité de droit commercial, t. II : LGDJ, 17^{ème} éd. 2004, n° 2969 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté : Montchrestien, coll. Domat, 4^{ème} éd. 2001, n° 749

⁷⁶⁹ B. SOINNE, Traité théorique et pratique des procédures collectives, Broché, éd. 1995, n° 476

⁷⁷⁰ Rapp. T. GUYON, Droit des affaires II : Economica, 8^{ème} éd. 2001, n° 1239

⁷⁷¹ A. JACQUEMONT, Droit des entreprises en difficulté : Litec 2009, n° 434 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et Ph. DELEBECQUE, Traité de droit commercial, t II : LGDJ, 17^{ème} éd. 2004, n° 2969

⁷⁷² C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté : Montchrestien, 6^{ème} éd. 2009, n° 619

le patrimoine du débiteur pour des causes antérieures pouvant être constituées par des actes de contrefaçon. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a considérablement développé *l'immunité d'exécution* autrefois réservée au débiteur et a parallèlement réduit le champ du droit d'action individuelle y afférent⁷⁷³.

Le principe édicté à l'article L.622-21 du Code de commerce énonce l'interdiction ou l'interruption de toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent et s'étend également aux voies d'exécution. Le domaine de cet article et bien délimité, le texte ne vise que les actions fondées sur le défaut de paiement d'une somme d'argent. Les pourtours de cette notion ayant été précisés il nous faut dès à présent diagnostiquer la situation et déceler quelles mesures provisoires sont conciliables avec l'arrêt des poursuites individuelles, et par conséquent ont une chance de prospérer ?

Nous venons de l'observer le droit de la propriété intellectuelle s'est doté d'outils visant à améliorer la protection des titulaires de droits de propriété intellectuelle en aménageant les différents moyens leur permettant de solliciter et obtenir des mesures de nature à prévenir une atteinte imminente ou empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon. Cependant l'efficacité de ces mesures peut se trouver ébranlée dès lors qu'elles sont susceptibles d'être prononcées à l'encontre de l'auteur des agissements soumis à une procédure collective.

§2. LA PARALYSIE DES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES PAR LA RÈGLE DE LA PROCÉDURE COLLECTIVE

331. Le droit des procédures collectives se veut garant de l'organisation collective de la procédure et supprime à cet effet toute initiative individuelle de la part des créanciers. Cette suppression s'entend également de celle des titulaires de droits de propriété intellectuelle qui souhaitent obtenir des mesures provisoires spécifiques, leur permettant de prévenir des atteintes imminentes ou d'ordonner des mesures urgentes destinées à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon.

Le législateur a certes mis en place des instruments efficaces pour répondre de manière rapide aux agissements délictueux qui touchent aux droits de propriété intellectuelle, cependant ce dispositif est inopérant dès lors qu'il est question de le déployer à l'encontre

⁷⁷³ M. DONNIER, Voies d'exécution et procédures de distribution, Litec, 7^{ème} éd. 2003, n°, 105 ; P.-M. LE CORRE, La réforme du droit des entreprises en difficulté, commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009, Dalloz, 2009, spé. N° 236.2, p. 130

d'un présumé contrefacteur soumis à une procédure collective. En effet, l'auteur des actes argués de contrefaçon bénéficie du gel des actions résultant de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution, dont le fondement principal se trouve dans la volonté d'organiser collectivement la procédure collective⁷⁷⁴. Ainsi, certaines des mesures prévues par le dispositif de lutte contre la contrefaçon sont purement et simplement paralysées par la règle gouvernant la procédure collective.

Dans l'intérêt d'appréhender l'étendue de cet effet il convient d'examiner l'ensemble des mesures provisoires et conservatoires dans le cadre des procédures collectives. Ces mesures peuvent être destinées à empêcher ou stopper la contrefaçon (A) d'une part ou à assurer l'indemnisation (B) d'autre part, cette dichotomie sera adoptée pour examiner l'ensemble des mesures visées.

A. LES MESURES DESTINÉES À EMPÊCHER OU STOPPER LA CONTREFAÇON

332. Le principe de l'arrêt des poursuites individuelles s'impose à toutes les juridictions, y compris les actions en référé⁷⁷⁵ tendant au paiement de sommes d'argent qui sont arrêtées ou interrompues⁷⁷⁶. L'article L. 622-21 du Code de commerce édicte une règle ayant pour but de fixer la situation de chacun à la date du jugement d'ouverture. Il met ainsi le patrimoine du débiteur hors d'atteinte des actions de ses créanciers. Pour ces raisons, il est fait interdiction à ces derniers d'engager ou de poursuivre contre le débiteur des actions ou des voies d'exécution pour des causes antérieures au jugement d'ouverture. Le vaste éventail des mesures provisoires susceptibles d'être arrêtées comprend l'interdiction de la poursuite des actes argués de contrefaçon (I), d'une part et la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers des produits soupçonnés de porter atteinte aux droits (II) d'autre part.

I. L'interdiction de la poursuite des actes argués de contrefaçon.

333. Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut obtenir du président du tribunal des mesures d'interdiction provisoire de la poursuite des actes argués de

⁷⁷⁴ Y. GUYON, Droit des affaires, t. II, Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite : Economica, 7^{ème} éd. 2001, n° 1239 ; F. DERRIDA, P. GODE et J. P. SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises : Dalloz, 3^{ème} éd. 1991, avec la collaboration de A. HONORAT, n° 521

⁷⁷⁵ CA. Paris, 14 oct. 1987, D. 1988, somm.p.146, obs. A. HONORAT ; CA Paris, 24 avril 1998, IR p.141 ; Rev. proc. coll. 1999, 118, n° 3 obs. F. MACORIG-VENIER ; CA Paris, 19 nov.2004

⁷⁷⁶ Cass. com., 12 juil.2004, Bull. civ. IV, n° 263 ; Cass. com., 14 mars 1994, JCP E 1995, 603

contrefaçon⁷⁷⁷, ou la constitution de garanties par le présumé contrefacteur, cette seconde mesure destinée à assurer l'indemnisation sera traitée dans le second volet de cette étude. Naturellement, la question qui se pose est de savoir si cette mesure, en ce qu'elle vise seulement à interdire la poursuite de tels actes est compatible avec l'interdiction des poursuites individuelles édictée par le droit des procédures collectives.

La réponse invite à définir les actes susceptibles de constituer une contrefaçon. Ces actes peuvent notamment être constitués par la reproduction, représentation, adaptation ou diffusion d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, mais également par toute atteinte portée sciemment aux droits garantis par le Code de la propriété intellectuelle en matière de dessins et modèles, aux droits du propriétaire d'un brevet mais aussi la reproduction, l'usage et l'apposition d'une marque sans l'autorisation de son titulaire⁷⁷⁸. Elle ne se limite pas à ce qui correspond au sens ordinaire à la reproduction illicite et embrasse toutes sortes de représentations, adaptations et diffusions sans autorisation.

334. Cette mesure en ce qu'elle a seulement pour objectif l'interdiction de la poursuite d'actes argués de contrefaçon, n'est pas de nature à rentrer en conflit avec les dispositions protectrices de l'article L. 622-21 du Code de commerce. Cette compatibilité se justifie en ce qu'elle n'implique pas le paiement de sommes d'argent par l'auteur poursuivi. Par conséquent, elle peut être ordonnée à l'encontre de l'auteur des actes, combien même celui-ci serait soumis à une procédure collective. Elle n'évoque la notion de paiement d'une somme d'argent ni de manière directe ni indirecte, et n'est pas non plus de nature à rompre l'égalité entre les créanciers.

En revanche, la solution serait différente et la prohibition édictée par le droit des procédures collectives viendrait à régner sur la situation dès lors que le prononcé de cette mesure serait de nature à nuire, ou porter une atteinte sérieuse à la poursuite de l'exploitation en compromettant les chances de sauvetage de la procédure.

II. La saisie ou la remise entre les mains d'un tiers des produits soupçonnés de porter atteinte aux droits

335. Le juge peut ordonner la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers des produits soupçonnés de porter atteinte aux droits conférés par le titre, pour empêcher leur

⁷⁷⁷ Mesures notamment prévues par les articles L. 615-3 et L. 716-6 du CPI

⁷⁷⁸ P.TAFFOREAU, Droit de la propriété intellectuelle, 2^{ème} éd., 2011, spé. n° 221, 429 et 472

introduction ou leur circulation dans les circuits commerciaux⁷⁷⁹. Cette disposition va au-delà de la saisie réelle d'un grand nombre de produits marqués autorisée par l'ancien article L. 716-6 du Code de la propriété intellectuelle⁷⁸⁰. Cette mesure n'a pas un but probatoire, elle est destinée à empêcher leur introduction dans un circuit commercial ainsi que leur circulation⁷⁸¹. La saisie rend alors les biens indisponibles, ces biens seront, en principe, détruits en cas de succès de l'action au fond. En outre, afin de faciliter la mise en œuvre de cette mesure, il a été introduit une disposition permettant la remise de ces objets à un tiers⁷⁸².

336. Cette mesure ordonnée à l'encontre du débiteur peut produire des conséquences dommageables pour son exploitation. Il en va notamment ainsi, lorsque les biens saisis constituent des produits susceptibles d'être vendus, sa mise en œuvre entraînera nécessairement un frein à la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté, que le droit des entreprises en difficulté tend à assurer. Par conséquent, il faut conclure à l'incompatibilité de cette mesure avec les règles gouvernant la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté. En effet, il question lors de cette période que l'entreprise continue à produire des biens ou des services pour subsister⁷⁸³. À cet égard, le débiteur bénéficie d'importantes faveurs légales destinées à faciliter la poursuite de l'activité au cours de la période d'observation. La mise en œuvre de cette mesure compromettrait l'efficacité de ce dispositif, il en résulte cette dernière n'aura aucun succès à l'encontre du débiteur qui bénéficie de « l'immunité » légale.

D'autres mesures sont vouées à l'échec dès lors qu'elles sont prononcées à l'encontre du débiteur.

B. LES MESURES DESTINÉES À ASSURER L'INDEMNISATION

337. Le juge peut ordonner outre les mesures évoquées précédemment, des mesures à caractère financier parmi lesquelles la constitution de garanties destinées à assurer

⁷⁷⁹ Article 615-3 relatif aux brevets ; article 716-6 relatif aux marques, le code de la propriété intellectuelle prévoit des dispositions semblables pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle dans leur partie respective. CA Paris, pôle 01 ch. 03, 25 juin 2013, n° 12/21775 : à propos d'une base de données

⁷⁸⁰ Le cadre du droit commun des saisies conservatoires des meubles corporels, régi par la loi du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992, offre un parallèle à cette mesure spécifique : Articles 74 à 76 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et 221 à 233 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992

⁷⁸¹ V. GUINCHARD et MOUSSA, Droit et pratique des voies d'exécution, Dalloz, 5^{ème} éd., 2007, chap. 622, p. 445 et s.

⁷⁸² JO Sénat, 19 sept. 2007, amendement n°5

⁷⁸³ PAILLUSSEAU parle de « continuation conservatoire de l'entreprise », Mél. Houin, 1985, p. 140

l'indemnisation (I), la saisie conservatoire des biens du prétendu contrefacteur(II), le versement d'une provision(III), l'astreinte (IV) et la retenue en douane (V)

I. La constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation

338. L'interdiction de la poursuite d'actes argués de contrefaçon peut être subordonnée à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du demandeur. Cette mesure classique trouve généralement application dans certaines hypothèses dans lesquelles il existe une incertitude sur la validité du titre sur la base duquel les poursuites sont engagées⁷⁸⁴. Dans de telles circonstances il peut sembler naturel de permettre au requérant de demander l'application d'une telle mesure. On sait en effet que, tant l'article L. 615-3 du Code de la propriété intellectuelle en matière de brevets, que l'article L. 716-6 en matière de marques, permettent aux juges, sans aller jusqu'à prononcer les mesures d'interdiction provisoires sollicitées, de subordonner la poursuite des actes argués de contrefaçon à la constitution de garanties destinées à assurer, le cas échéant, l'indemnisation du titulaire du droit.

La position de la jurisprudence est très claire à ce sujet⁷⁸⁵ : les demandeurs d'une telle garantie et les juges qui l'accordent doivent être capables de justifier cette mesure par le risque de non-paiement de l'indemnité en cas de condamnation.

⁷⁸⁴ BETEILLE, rapp. préc. p. 21

⁷⁸⁵ Cass. com., 22 fév. 2000, n° 97-22.386, RTD Com. 2000, p. 361, J. AZEMA, D. 2000, Cah. aff. Jurisp. P. 268, obs. POISSON

339. La constitution de garanties par le prétendu contrefacteur est une mesure tendant au paiement de somme d'argent. Or l'article L. 622-21 du Code de commerce prohibe expressément les actions revêtant cette nature. Cette interdiction trouve sa justification dans l'essence même de la règle qui entend assurer un régime protecteur du patrimoine du débiteur en le mettant hors d'atteinte. Par conséquent, le juge ne peut imposer au présumé contrefacteur en procédure collective la constitution d'une garantie pour le paiement des sommes auxquelles il serait éventuellement condamné. Face à cette paralysie, la victime se trouve contrainte d'opter pour des moyens d'action conciliables avec l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution ; notamment en faisant usage d'instruments n'évoquant pas la notion de paiement de somme d'argent.

II. La saisie conservatoire des biens du prétendu contrefacteur

340. Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle a la possibilité de demander s'il justifie de « circonstances de nature à compromettre le recouvrement de dommages et intérêts »⁷⁸⁶, la saisie conservatoire des biens mobiliers et immobiliers du prétendu auteur de l'atteinte aux droits, notamment le blocage de ses comptes bancaires et autres avoirs conformément au droit commun. Afin de déterminer les biens susceptibles de faire l'objet de la saisie, la juridiction peut en outre ordonner « la communication de documents bancaires, financiers comptables ou commerciaux ou l'accès aux informations pertinentes ». La lettre du texte est identique en droit de la propriété littéraire et artistique et en droit de la propriété industrielle.

La mise en œuvre de cette mesure est soumise à la condition de l'existence de « circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ». Ces circonstances se déduisent des craintes sérieuses sur la situation du débiteur, du silence ou de sa dissimulation. Il suffit que l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle soit vraisemblable ou qu'une telle atteinte soit imminente. Des dispositions spécifiques régissent la saisie conservatoire des meubles corporels, des sommes d'argent ou des droits incorporels⁷⁸⁷. Selon le droit commun, l'ensemble de ces saisies pouvant s'accompagner de mesures spécifiques de publicité.

⁷⁸⁶ Article L. 331-1-1 du CPI

⁷⁸⁷ Articles 74 à 76 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et 244 à 249 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992

341. En matière de propriété littéraire et artistique la loi de lutte contre la contrefaçon a ajouté en outre, deux alinéas à l'article L.332-1⁷⁸⁸, qui prévoient désormais « la saisie réelle des œuvres illicites ou des produits soupçonnés de porter atteinte à un droit d'auteur, ou leur remise entre les mains d'un tiers afin d'empêcher leur introduction ou leur circulation dans les circuits commerciaux », ainsi que « la constitution préalable de garanties par le saisissant ». Nous reviendrons plus précisément sur ces deux mesures dans la partie dédiée à la saisie-contrefaçon.

L'auteur d'une œuvre protégeable est recevable à agir sur le fondement du droit commun en se prévalant d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite. Il n'est pas prévu de procédure spécifique et l'auteur qui souhaite agir rapidement devra effectivement avoir recours au référé de droit commun. À cet effet, le juge des référés est amené à juger de l'originalité de l'œuvre dont le demandeur se prévaut, appréciation qui devrait normalement être réservée au juge du fond.

À la différence de la procédure de référé réservée à la propriété industrielle, les pouvoirs du président, en matière de propriété littéraire et artistique ne sont pas énumérés par le texte. Ainsi, l'auteur peut en principe se voir accorder toute mesure qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend et, à tout le moins, toutes mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent. En matière de droit d'auteur, les mesures provisoires relevaient déjà de la saisie contrefaçon, toujours plus large que dans les autres matières. À cet égard, il est important de souligner à titre liminaire, car nous y reviendrons dans l'étude consacrée à la saisie-contrefaçon, que dans le domaine de la propriété industrielle les mesures provisoires sont séparées de la procédure de saisie-contrefaçon, alors que ces deux séries de mesures se confondent traditionnellement en droit de la propriété littéraire et artistique.

342. Plusieurs remarques s'imposent à l'issue de l'examen de cette mesure. La première, relative à la distinction opérée par le droit de la propriété intellectuelle : nous remarquerons que le titulaire d'une marque ou d'un brevet, peut désormais obtenir en référé mais aussi sur requête de manière non contradictoire, une mesure d'interdiction de la poursuite des actes argués de contrefaçon, la possibilité d'agir sur requête n'est pas ouverte au titulaire d'un droit d'auteur. Il pourra certes faire pratiquer une saisie-contrefaçon réelle qui permettra d'appréhender un stock de produits contrefaisants mais il ne pourra pas sur requête,

⁷⁸⁸La nouvelle loi a ajouté au dispositif juridique existant en matière de propriété littéraire et artistique un nouvel article L. 331-1-1 du code de la propriété intellectuelle et deux alinéas à l'article L.332-1.

obtenir une mesure d'interdiction dont les effets sont bien plus larges puisque cette mesure ne se limite pas aux seuls produits contrefaisants saisis lors de la saisie contrefaçon. Pourquoi une telle différence de traitement alors que l'effet de surprise est un élément déterminant lorsqu'il s'agit de faire cesser et d'empêcher la reprise des agissements contrefacteurs ?

La seconde remarque est relative à la compatibilité de cette mesure avec la règle de la discipline collective. À ce propos, il nous faut rappeler que le principe énoncé par le droit des procédures collectives est clair : toute procédure permettant aux créanciers de saisir le patrimoine du débiteur mis en procédure collective devient impossible. Le texte vise les procédures d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles, il en va notamment ainsi de la saisie conservatoire des biens du prétendu auteur de l'atteinte aux droits⁷⁸⁹. La règle de l'arrêt des poursuites affecte toutes les mesures conservatoires ; l'arrêt des voies d'exécution anéantit la saisie conservatoire de biens meubles corporels⁷⁹⁰.

343. L'arrêt des voies d'exécution implique la mainlevée de toute saisie conservatoire de bien meubles corporels, lorsqu'à la date du jugement prononçant le redressement judiciaire du débiteur⁷⁹¹, les biens saisis n'ont pas encore été vendus, en l'occurrence, ici détruits. Si la saisie-conservatoire est exercée ou continuée au mépris de l'arrêt des poursuites, celle-ci est alors frappée de nullité⁷⁹² et il y a lieu d'en ordonner la mainlevée⁷⁹³. En revanche, la saisie-conservatoire faite avant le jugement d'ouverture, c'est-à-dire, signifiée au tiers avant le jugement d'ouverture, n'est pas affectée par l'ouverture de la procédure. Il est à préciser que ce n'est qu'après obtention d'un titre que la saisie conservatoire peut faire l'objet d'une conversion en saisie définitive.

Il faut en déduire par conséquent que cette mesure se trouve paralysée par la règle gouvernant la procédure, sa mise en œuvre s'avère manifestement impossible, et ce en principe durant toute la durée de la procédure collective. Il est antinomique eu égard aux principes gouvernant la procédure d'autoriser le blocage des comptes ou à la saisie conservatoire du présumé contrefacteur, qui éprouve déjà des difficultés, qu'il tente de

⁷⁸⁹ Cass. com., 15 oct. 2002, n° 99-17.954 : JurisData n° 2002-016041; Act. Proc. Coll. 2003, comm. 23, Cass. 2° civ. 14 sept. 2006, n° 05-16.584 : JurisData n°2006-03.4997 ; Act. Proc. Coll. 2006-17, n° 212 obs. J. VALLANSAN

⁷⁹⁰ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 619, p. 312

⁷⁹¹ Cass. com., 15 oct. 2002, n° 99-17.954: JurisData n°2002-016041; Act. proc. coll. 2003, comm.32

⁷⁹² CA Douai, 17 fév. 1858: DP 1859, 2, jurisp. P. 63 ; Cass. com., 24 oct. 1995, n°93-13.888: JurisData n° 1995-002670; JCP E 1995 pan. 1374

⁷⁹³ Cass. com., 2 fév. 1999, n°96-17.517: JurisData n°1999-000422; Act. Proc. Coll. 1999, comm.. 66 et obs. M. CADIOU. Cass. com., 31 mars 1998: Procédures 1998, comm.. 139, obs. R. PERROT et 144, obs. H.CROZE; Cass. 2e civ. 20 oct. 2005, n° 04-10.870: JurisData n°2005-030330; Bull. Civ. 2005 II, n°267, Act. Proc. Coll. 2005, comm.. 255, obs O. SALVAT. L

surmonter. Ceci reviendrait à compromettre toute chance de sauvetage de l'entreprise en difficulté, objectif fondamental du traitement judiciaire des entreprises en difficulté. En revanche, le volet relatif à la communication de documents, n'évoquant pas la notion de paiement de somme d'argent, peut être ordonné à l'encontre de l'entreprise débitrice sans pour autant se heurter à l'interdiction posée.

III. Le versement d'une provision

344. La juridiction peut enfin « accorder au demandeur une provision lorsque l'existence de son préjudice n'est pas sérieusement contestable ». L'absence de contestation sérieuse renvoie à l'idée selon laquelle le juge des référés ou des requêtes est juge de l'évidence et de l'incontestable. Le critère de l'octroi d'une provision réside dans l'incontestabilité manifeste, la certitude absolue de l'existence d'un préjudice conséquent aux actes de contrefaçon. Si une contestation s'élève, il appartient au juge d'apprécier le caractère sérieux ou non de cette contestation. On peut néanmoins s'interroger sur l'octroi de cette mesure par le juge des requêtes, dans le cadre de la procédure *ex parte*, qui n'implique pas un véritable débat.

345. La question se pose de savoir, si cette mesure peut être prononcée à l'encontre du débiteur durant la procédure collective. Cette mesure ayant pour effet de toucher au patrimoine du débiteur, habituellement hors d'atteinte durant cette période⁷⁹⁴, s'oppose à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles et voies d'exécution. Cette règle ayant vocation à s'appliquer durant toute la procédure, elle déborde le simple cadre de la période d'observation, pour s'appliquer après le plan de cession, jusqu'à la clôture de celui-ci⁷⁹⁵.

Le versement d'une provision constitue une demande directe en paiement d'une créance de somme d'argent, qui devrait à priori se heurter à l'interdiction de la règle⁷⁹⁶. En effet, l'interdiction véhiculée par cette règle vise toute action en paiement quelles que soient sa

⁷⁹⁴ Concernant les actions exercées devant le juge des référés, tendant à la condamnation provisionnelle, l'action doit être arrêtée : Cass. com., 12 juill. 1994 : Bull. civ. 1994, IV, n° 263 ; D. 1994, jurispr. p. 520 ; JCP E 1995, II, 640, note C.-H. GALLET et I, 417, n° 9, obs. Ph. PETEL. - Cass. com., 14 mars 1995 : RJDA 1995, n° 1039. ; CA Dijon, 13 sept. 1994 : JurisData n° 1994-050110. ; CA Orléans, 22 févr. 1995 : JurisData n° 1995-041682. ; CA Paris, 3 mars 1995 : JurisData n° 1995-020321. ; Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-18.049 : JurisData n° 2000-002223 ; Act. proc. coll. 2000, comm. 166.

⁷⁹⁵ P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, op.cit., n°621-03, p. 1571

⁷⁹⁶ CA Paris 14 oct. 1987, D.1988, somm. P. 146, obs. A.HONORAT; CA Versailles, 14° ch. 7 juin 1991, 727 ; CA Paris, 14° ch. B, 24 avr. 1998, D.1998 IR, p. 141 ; Rev. Proc. Coll. 1999, 118, n° 3 obs. F. MARCORIG-VENIER; CA Paris, 14e ch. B, 19 nov. 2004, RG n° 2004/4320

nature et la juridiction saisie. « Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice [...] tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ».

Le texte vise d'une part les actions en justice déjà entamées antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, alors qu'aucune décision passée en force de chose jugée n'a encore été rendue. En effet, seule une instance en cours devant le juge du fond est soumise aux dispositions de l'article L. 622-21⁷⁹⁷. Par conséquent, l'instance en référé et par requête qui tendent à obtenir une condamnation provisionnelle du prétendu contrefacteur ne sont pas concernées par les dispositions du présent article, elles sont définitivement arrêtées et doivent être soumises à la procédure normale de vérification des créances⁷⁹⁸. D'autre part, il en va de même de l'instance en référé qui tend à obtenir une condamnation provisionnelle, introduite durant la procédure, qui sera paralysé par la règle de l'arrêt des poursuites⁷⁹⁹ en ce qu'elle emporte l'obligation de payer une somme d'argent.

IV. L'astreinte

346. Toutes les mesures destinées à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon peuvent être ordonnées sous astreinte.

D'une manière générale, la procédure d'astreinte ne tend pas directement au paiement d'une somme d'argent, mais constitue un moyen de pression visant à l'exécution du contrat. À ce titre, il a d'abord été considéré qu'elle n'était pas soumise à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles⁸⁰⁰, le contraire ayant cependant également été jugé⁸⁰¹. Il en était de même de la liquidation de l'astreinte, qui était considérée comme une voie d'exécution, non soumise à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles⁸⁰². La jurisprudence a opéré un

⁷⁹⁷ Cass. com., 14 mars 2000, n° 96-21.222 : JurisData n° 2000-001166 ; Act. proc. coll. 2000-9, comm. 103

⁷⁹⁸ Cass. com., 12 juill. 1994, n° 91-20.843 : Bull. civ. 1994, IV, n° 263 ; D. 1994, jurispr. p. 520 ; D. 1995, somm. p. 28, obs. A. HONORAT ; RTD com. 1995, p. 482, obs. A. MARTIN-SERF ; Justices 1995, p. 241, obs. J. HÉRON ; JCP E 1995, II, 640, note C.-H. GALLET. ; Cass. com., 17 juill. 1997 : Dr. sociétés 1997, comm. 161, obs. Y. CHAPUT. ; CA Aix-en-Provence, 29 avr. 1998 : JurisData n° 1998-041395 ; Rev. proc. coll. 1999, p. 156, obs. M.-H. MONSERIE. ; CA Aix-en-Provence, 5 juin 1998 : JurisData n° 1998-041907 ; Rev. proc. coll. 1999, p. 156, obs. M.-H. M. - Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-18.049 : JurisData n° 2000-002223 ; Act. proc. coll. 2000, comm. 166. - Cass. com., 6 oct. 2009, n° 08-12.416 : JurisData n° 2009-049794 ; Act. proc. coll. 2009-17, comm. 258

⁷⁹⁹ Cass. com., 6 oct. 2009, n° 08-12.416 : JurisData n° 2009-049794 ; Act. proc. coll. 2009-17, comm. 258

⁸⁰⁰ Cass. com., 17 oct. 1989, Bull. civ. IV, n° 594 ; Cass. com., 12 juin 1991, Rev. Proc. Coll. 1992, 107, obs. B. DUREUIL ; Cass. com., 12 juin 1994, Bull. civ. IV n° 261 ; Cass. com., 28 mars 1995, Bull. civ. IV, n° 103, RD Com. 1996, p. 338, obs. A. MARTIN-SERF ; Rev. Proc. Coll. 1996, 70, n°2, obs. MARCORIG-VENIER

⁸⁰¹ CA Aix-en-Provence, 15^e ch. Jex, 16 fév. 2001, Act. Proc. Coll. 2002/3, n°33

⁸⁰² Cass. com., 2 oct. 2001, n°98-21.165, NP, RJDA 2002/2, n°180

revirement, la chambre commerciale de Cour de cassation juge désormais que l'action qui tend à la fixation d'une astreinte provisoire a pour but de contraindre à l'exécution d'une obligation de faire. Si la mesure provisoire assortie de l'astreinte est antérieure au jugement d'ouverture, elle est soumise à l'interruption des poursuites individuelles⁸⁰³. Il en va de même concernant, la liquidation de l'astreinte prononcée par une décision antérieure au jugement d'ouverture soumise elle aussi à l'arrêt des poursuites individuelles⁸⁰⁴, car l'astreinte fait naître une créance antérieure, dans la mesure où elle a pour fait générateur un jugement de condamnation antérieur au jugement d'ouverture. C'est tant l'instance en fixation de l'astreinte définitive que la liquidation de l'astreinte qui sont soumises au principe de l'arrêt des poursuites. Il en résulte que le juge de l'exécution saisi d'une demande de liquidation de l'astreinte accompagnant une mesure destinée à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par un titre ou empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon doit, au besoin d'office, relever la fin de non-recevoir tirée de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles⁸⁰⁵. En revanche, la Cour de cassation a jugé que le prononcé d'une astreinte après l'arrêt d'un plan de continuation, fondé pourtant sur l'inexécution d'un jugement de condamnation intervenu avant le jugement d'ouverture était possible, car le débiteur était redevenu maître de ses droits⁸⁰⁶.

Il appartient au titulaire du droit de propriété intellectuelle de veiller au respect de son monopole et de déceler les éventuels faits de contrefaçon. À ce titre le législateur assure au titulaire du droit pour déceler la contrefaçon et en mesurer son ampleur le concours des autorités publiques. L'étude qui va suivre ne relève pas à proprement parler des mesures provisoires et conservatoires susceptibles d'être demandées et ordonnées par une juridiction. Aussi, compte tenu de leur importance, leur examen s'imposait.

V. La retenue en douane

347. La possibilité de demander la retenue en douane des marchandises soupçonnées de constituer une contrefaçon a été introduite dans le droit français par la loi sur les marques du 4 janvier 1991; elle a été par la suite complétée par les lois du 5 février 1994

⁸⁰³ Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n°07-20571

⁸⁰⁴ Cass. com., 21 jan. 2003, 01-01.761 et n°01-01.816, D. 2003, AJ p.421, obs. A. LIENHARD ; Act. Proc. Coll. 2003/5, N° 55, note D. VOINOT ; JCP E 2003, chron. 760, p. 855, n° 15, obs. M. CABRILLAC ; RTD com. 2003, p.371, n°7, obs. A. MARTIN-SERF ; Rev. Proc. Coll. 2003, p. 145, n°3, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Rev. Proc. coll. 2004, p. 229, n°1, obs. F. MARCORIG-VENIER

⁸⁰⁵ Cass. com., 23 nov. 2004, n°02-12.178

⁸⁰⁶ Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n°07-19.644

et du 1^{er} août 2003. Ce mécanisme de la retenue en douane a été amélioré et modifié par un règlement communautaire, le règlement CE n° 1383/2003⁸⁰⁷ du 22 juillet 2003, et par la loi du 29 octobre 2007⁸⁰⁸ directement inspirée du droit communautaire⁸⁰⁹. Ces deux textes, ont depuis subi quelques remaniements, ayant récemment fait l'objet de réformes, le premier fut abrogé par le nouveau règlement UE n° 608/2013⁸¹⁰, le second fut renforcé et modifié par la loi du 11 mars 2014. En effet, les articles 6 à 15 de la loi nouvelle sont consacrés aux moyens d'action des douanes, qui est renforcée dans tous les domaines de la propriété intellectuelle⁸¹¹ et dans tous les régimes, la loi vise désormais : « importation, exportation, transbordement, rétention ».

348. Le principe de la retenue en douane consiste à permettre aux agents de l'administration des douanes, dans le cadre des contrôles qu'ils exercent sur les marchandises, agissant à la demande du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ou de leur propre chef d'immobiliser des marchandises argués ou suspectes de contrefaçon. Ainsi, dès que les services douaniers identifient des marchandises susceptibles de porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle, ils en informent le titulaire du droit. De vrais échanges s'instaurent entre le service des douanes et le demandeur qui doit confirmer la présomption de contrefaçon. Si celle-ci se confirme, l'autorité douanière prononce la mesure de retenue⁸¹². La procédure conduit à fournir au titulaire du droit, nonobstant le secret professionnel auquel est tenue l'administration des douanes, certaines informations sur la quantité et l'origine des marchandises, pour ainsi permettre ensuite au demandeur de se pourvoir au fond en contrefaçon.

349. Conformément aux dispositions nouvellement adoptées « l'administration des douanes peut sur demande écrite » du titulaire de d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, du

⁸⁰⁷ Règlement CE n° 1383/2003 du conseil du 22 juillet 2003, relatif à l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle, JOUE n° L 196, 2 août 2004, RTD com.2004. 289, obs. J.- Ch. GALLOUX

⁸⁰⁸ La loi dite de lutte contre la contrefaçon ne bouleverse pas le droit en vigueur; elle se contente d'y apporter certains aménagements inspirés du règlement.

⁸⁰⁹ Pour une étude du règlement nouvellement adopté, N. BINCTIN, Le nouveau règlement européen de défense des droits de la propriété intellectuelle par saisie douanière, prop. ind. n°1, janvier 2014, étude n°2

⁸¹⁰ Règlement UE n° 608/2013, 12 juin 2013, concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle et abrogeant le règlement CE n° 1383/2003: JOUE n° L181, 29 juin 2013

⁸¹¹ M. LAFFINEUR, « l'Europe et la contrefaçon : halte au pillage ! », rapport d'information n°2363, Ass. Nat., juin 2005 ; UNIFAB (rapport ministère de l'économie), « L'impact de la contrefaçon en France vu par les entreprises », avril 2010. En France, grâce au renforcement de la législation, les saisies en douane sont ainsi passées de 2 324 678 en 1998 et 4 933 543 en 2000 pour l'année 2008, 6,5 millions d'articles ont été saisis contre 3,5 en 2004 d'une valeur estimée à 467 millions d'euros :

⁸¹² J. AZEMA et J.C. GALLOUX, Droit de la propriété industrielle, *op. cit.* n°1738, p. 993

propriétaire d'un brevet, du propriétaire d'une marque ou du bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation assortie des justifications de son droit, « retenir dans le cadre de ses contrôles les marchandises que celui-ci prétend constituer une contrefaçon » ou « en l'absence d'une telle demande », retenir les marchandises susceptibles de porter atteinte au droit ». Cette retenue est immédiatement notifiée au demandeur, au détenteur et au procureur de la république. Lors de la notification, la nature et la quantité réelle ou estimée ainsi que les images des marchandises sont communiquées au titulaire du droit, ou à la personne habilitée à l'exploiter (pour l'invention brevetée) ou au bénéficiaire du droit exclusif d'exploitation (pour une marque). La notification dans le domaine des marques bénéficie d'une adjonction supplémentaire, en ce qu'elle porte outre les images de ces marchandises et des informations sur leur quantité, « leur origine, leur provenance et leur destination ».

Pendant le délai de toute retenue en douanes, qu'il s'agisse d'une retenue pratiquée d'office ou sur demande d'intervention, le titulaire du droit peut inspecter les marchandises retenues, et c'est là une innovation pour le droit d'auteur et le droit voisin⁸¹³. Lors du contrôle des marchandises, l'administration des douanes peut prélever des échantillons qui pourront être remis sur demande au titulaire du droit, aux fins d'analyse et en vue de faciliter les actions qu'il peut être amené à engager par la voie civile ou pénale.

350. En matière d'enquête douanière, la loi du 11 mars 2014, prévoit que les agents des douanes pourront désormais, procéder à la technique d'infiltration et de « coup d'achat » à l'ensemble des marchandises présumées contrefaisantes. Par ailleurs, la mise en œuvre des contrôles douaniers en matière d'accès aux locaux des opérateurs postaux et des entreprises de fret express est assouplie.

« Lorsque la retenue portant sur des marchandises soupçonnées de constituer une contrefaçon de droit d'auteur ou de droit voisin, de brevet ou de marque, est mise en œuvre après qu'une demande a été acceptée, les marchandises soupçonnées de porter atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, un brevet ou une marque peuvent être détruites sous le contrôle des agents des douanes dès lors que certaines conditions sont remplies ». Si le détenteur des marchandises n'a, dans un délai de dix jours, ni confirmé qu'il consent, ni informé l'administration des douanes qu'il s'oppose à la destruction, il est réputé avoir consenti à la destruction des marchandises. En revanche si ce dernier n'a pas donné son consentement à la destruction par écrit, l'administration des douanes en informe le demandeur

⁸¹³ Article 335-12 CPI (en ce qui concerne la propriété littéraire et artistique)

qui dans un délai de dix jours ouvrables⁸¹⁴, à partir de la notification de la retenue, doit justifier auprès de l'administration des douanes soit de mesures conservatoires décidées par la juridiction civile compétente, soit de s'être pourvu par la voie civile ou correctionnelle et avoir constitué des garanties destinées à l'indemnisation éventuelle du détenteur des marchandises, au cas où la contrefaçon ne serait ultérieurement pas reconnue. Si au delà du délai imparti à compter de la notification de la retenue des marchandises, le titulaire n'apporte pas au service des douanes, la preuve qu'il a accompli les formalités requises, la mainlevée de la retenue est accordée de plein droit⁸¹⁵.

351. Dans l'hypothèse où le présumé contrefacteur est soumis à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, nous avons pu observer que les mesures ayant un caractère conservatoire ou tendant à l'obtention de preuve, même si elles n'affichent pas clairement une nature financière ont une application très discutable durant la procédure collective. Ces mêmes observations sont valables pour la mise en œuvre de la retenue en douane à l'encontre du détenteur des marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle. En effet, alors même que cette mesure ne tend pas directement au paiement d'une somme d'argent, sa mise en œuvre à l'égard du débiteur paraît à bien des égards contestable, et notamment en ce qu'elle s'oppose à la préservation de ses capacités d'exploitation, la retenue des marchandises serait de nature à bouleverser la poursuite de son exploitation et compromettre sérieusement toute chance de sauvetage. Il s'en suit que la mise en œuvre de cette mesure nuisible à la poursuite de l'exploitation et par conséquent au déroulement de la procédure doit être paralysée par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles sans conteste.

352. Plusieurs observations s'imposent à l'issue de cette étude relative à la paralysie des mesures provisoires et conservatoires par les règles de la procédure collective. L'interdiction visée par l'article L. 622-21 du Code de commerce vise toutes les actions en paiement quelle que soit leur nature et la juridiction saisie. Les actions exercées en vue d'obtenir certaines mesures en matière de contrefaçon et notamment la condamnation provisionnelle du présumé contrefacteur, doivent ainsi être arrêtées⁸¹⁶. Cette interdiction a

⁸¹⁴ Le délai est de trois jours pour les denrées périssables

⁸¹⁵ P. VERON, Saisie-contrefaçon, 3^e éd. Dalloz, 2013-2014^o 424.33, p. 255

⁸¹⁶ Actions exercées devant le juge des référés sont arrêtées : Cass. com., 12 juillet 1994 : Bull. civ. 1994, IV n^o 263 ; JCP E 1995, II, 640, note C.H GALLET et I, 417, n^o 9 obs. Ph. PETEL; Cass. com., 23 mai 2000, n^o 97-18.049; JurisData n^o 2000-002223; Act. proc. coll. 2000, comm. 166.

vocation à s'appliquer aux deux procédures « en référé » et par voie de requête⁸¹⁷. Lorsqu'elle apprend que le débiteur est soumis à une procédure collective, la juridiction saisie doit normalement, à la demande du créancier ou d'office, constater l'existence de cette procédure, déclarer interrompue l'instance et renvoyer la cause à une audience ultérieure en vue de permettre au créancier, victime d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle de régulariser sa procédure et d'accomplir les diligences à sa charge⁸¹⁸.

Or, la procédure ne devient une voie d'exécution collective que si son objectif principal, le redressement, peut être atteint. De plus, durant la période d'observation il faut préserver les capacités de production, l'importance de ces actes au regard de l'activité justifie alors leur maintien.

La règle de l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution dictée tant par la nécessité de faire respecter le caractère collectif de la procédure que pour garantir un traitement égalitaire de tous les créanciers s'oppose sans aucune dérogation à l'application des mesures provisoires et conservatoires d'origine judiciaire et douanière de lutte contre la contrefaçon, ordonnées tant dans le domaine de la propriété industrielle que de la propriété littéraire et artistique. Ces mesures prohibées susceptibles d'aboutir à des situations que le droit des procédures collectives tente par tous moyens d'éviter et de combattre sont purement arrêtées ou interrompues. La violation de la règle de l'interdiction des poursuites individuelles et procédures d'exécution est sanctionnée par la caducité de la mesure. En principe, l'interruption des poursuites individuelles dure pendant toute la durée de la procédure. En outre, il faudra tenir compte de la règle de l'interdiction de reprendre l'exercice individuel de son droit de poursuite après clôture de la procédure qui relaiera, par principe, l'interruption. Si les actes argués de contrefaçon sont postérieurs à l'ouverture de la procédure, l'arrêt des poursuites qui ne concerne que les actions des créanciers antérieurs, ne peut pas être opposé au titulaire du droit de propriété intellectuelle. Il s'agit de créances nées après l'ouverture, qui ne sont en principe pas atteintes par la règle de l'arrêt des poursuites, cependant un doute quant à leur qualification de créances « nées régulièrement... », est à émettre !

En outre, l'ouverture de la procédure collective interdit également toute conversion en saisie attribution de la saisie conservatoire pratiquée antérieurement⁸¹⁹. En revanche, et de

⁸¹⁷ Ces deux procédures sont soumises au cadre procédural prévu pour le référé par les articles 484 à 492 du code de procédure civile, et pour les ordonnances sur requête par les articles 493 à 498 du même code.

⁸¹⁸ CA Paris, 18 sept. 1990, D.1990, IR., p. 221

⁸¹⁹ Cass. com., 19juil. 1994 :JCP E 1995, I, 513, n° 17, obs. CABRILLAC ; Rev. Proc. Coll. 1996, p. 344, obs. P. CANET ; Cass. com., 22 avril. 1997, n° 94-16. 979 : JurisData n° 1997-001702 ;JCP E 1997, II, 1013, note V.

façon très encadrée, le droit des difficultés des entreprises tolère certaines mesures préventives ayant essentiellement une finalité probatoire.

SECTION 2

LES MESURES PROBATOIRES SOUSTRAITES À L'ARRÊT DES POURSUITES INDIVIDUELLES

353. L'idée générale qui règne sur la matière est que la contrefaçon « peut être prouvée par tous moyens »⁸²⁰. La directive CE 2004/48 du 29 avril 2004 consacre une place particulièrement importante aux dispositifs probatoires⁸²¹ : « *La preuve est un élément capital pour l'établissement de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle* »⁸²². Elle instaure un mécanisme efficace en matière de conservations des preuves inspiré du modèle français : La saisie-contrefaçon. La transposition de la directive par la loi du 29 octobre 2007 a été l'occasion d'harmoniser notre droit sur ce point. La volonté du législateur a été de réaliser une unification des différents droits de propriété intellectuelle, qui n'a malheureusement pas été étendue en droit d'auteur conservant ainsi sa spécificité. La nouvelle réforme introduite par la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon a pallié l'échec de l'unification en calquant la saisie-contrefaçon en matière de propriété littéraire et artistique sur celle prévue en droit de la propriété industrielle. Néanmoins, nous observerons lors de cette étude que malgré cet alignement, ce domaine conserve quelques singularités.

La procédure de saisie-contrefaçon est une procédure judiciaire unilatérale spécifique à la propriété intellectuelle et dont l'objectif principal est de permettre à la victime d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, ou à celui qui identifie une menace d'atteinte à son droit, d'obtenir des preuves de la contrefaçon et de son étendue. Accessoirement, la

GRELLIERE et I, 681, n° 16, obs. M.CABRILLAC ; D. affaires 1997, p. 673 ; F. VACCARO, Le sort de la saisie conservatoire de créance dans le cadre de la procédure collective ; Cass. com., 15 oct. 2002, n° 99-17.954 : JurisData n° 2002-016041

⁸²⁰ Solution jurisprudentielle consacrée depuis fort longtemps : en droit d'auteur : TGI Seine, réf. 20 oct. 1962, RTD Com. 1963, 323, obs. DESBOIS, ; en matière de dessins et modèles : CA Paris, 13déc. 1995, PIBD 1996,II 129 ; en droit des marques : CA Paris 3 mars 2004, JCP E 2004.974, n°3 ; le code de la propriété intellectuelle contient cette facilité de preuve dans toutes les dispositions relative à son établissement : en matière de brevets, l'article L. 615-5 du code de la propriété intellectuelle prévoyait déjà « la possibilité de faire la preuve par tous moyens de la contrefaçon », l'article L. 716-7 relatif aux marques.

⁸²¹ Notamment par une section intitulée « preuves » prévoyant un mécanisme inspiré du modèle français de la saisie-contrefaçon et une autre relative au « droit d'information » instaurant des mesures probatoires au cours de procès portant sur l'ampleur et l'origine de la contrefaçon, inspiré du modèle allemand et néerlandais.

⁸²² Selon le considérant 20 de la directive CE 2004/48 du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, transposée par la loi de lutte contre la contrefaçon

saisie-contrefaçon peut donner lieu à une mesure de saisie réelle des objets contrefaisants ainsi que des matériaux et instruments ayant servi à les fabriquer.

Il s'agit d'une procédure⁸²³ d'une grande efficacité dont la fonction principale est probatoire⁸²⁴, parfois également conservatoire, ordonnée sur requête non contradictoire par le président du tribunal de grande instance⁸²⁵ avant le procès au fond. Il peut s'agir d'une mesure exceptionnellement contraignante, analogue à une perquisition pour le débiteur saisi. En raison de ce caractère, elle est soigneusement réglementée par la loi que la jurisprudence interprète avec rigueur⁸²⁶. Dès l'ouverture d'une procédure collective et durant toute sa durée, le débiteur bénéficiera des dispositions d'ordre public relatives à l'arrêt des poursuites individuelles, dont le domaine est circonscrit en considération de son fondement. La mise en œuvre de cette mesure se heurte à la règle de la procédure, néanmoins l'examen attentif de son application durant la procédure nous conduira à observer que les mesures qu'elle comporte peuvent subir deux sorts différents en effet nous envisagerons en premier lieu les mesures totalement soustraites aux règles du droit des procédures collectives (§1) que nous distinguerons des mesures qui le sont que partiellement (§2).

§1. LES MESURES TOTALEMENT SOUSTRAITES

354. Le nom de « *saisie-contrefaçon* » est trompeur car il ne s'agit pas d'une mesure comme les autres. C'est la raison pour laquelle les textes modernes ne l'emploient plus, mais utilisent la périphrase, moins évocatrice mais plus exacte, de « *description détaillée avec ou sans saisie réelle* ». Il s'agit d'une mesure probatoire spécifique au domaine de la propriété intellectuelle⁸²⁷. Cette mesure, en ce qu'elle tend essentiellement à l'obtention de preuves est totalement soustraite à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles. Néanmoins, il nous faut examiner pour s'en convaincre et s'en assurer : les conditions relatives à la saisie-contrefaçon (A) et analyser postérieurement le déroulement de la saisie-contrefaçon durant la procédure collective (B).

⁸²³ P. VERON, exposé général sur « la saisie-contrefaçon », 3^{ème} éd. Dalloz, 2013/2014, n° 0.12, p. 3 et s.

⁸²⁴ CA Aix-en-Provence, 10 déc. 1998: JCP E 1999, p.1223, la saisie-contrefaçon n'a pas de caractère conservatoire, Cass. com., 29 jan.2008, n° 07-14.709, Revue Lamy droit des affaires 2008, n° 25-03-2008.

⁸²⁵ Cette compétence résulte expressément de l'article L. 332-1 du code de la propriété intellectuelle en propriété littéraire et artistique, et de la compétence *ratio materiae* pour les autres droits. Sur le juge de la contrefaçon, voire article sur la réparation du préjudice, Lamy n° 1165, p. 69.

⁸²⁶ P. VERON, saisie-contrefaçon, *op. cit.* n° 0.11, p. 3

⁸²⁷ *Loc. cit.*

A. LES CONDITIONS DE LA SAISIE-CONTREFAÇON

355. La loi du 29 octobre 2007 reprend le dispositif de saisie-contrefaçon en procédant néanmoins à quelques améliorations au regard du mécanisme initial. Elle étend la saisie-contrefaçon à d'autres droits⁸²⁸ qui ne la connaissaient pas et procède à une harmonisation de la procédure entre les différents droits. Les divergences existantes sous l'empire de la loi ancienne⁸²⁹, dues notamment aux évolutions historiques ne se justifient plus. La saisie-contrefaçon en matière de propriété industrielle obéit à des règles sensiblement communes qu'il s'agisse de brevets d'invention, de marques, de dessins et modèles. Les procédures probatoires et au fond ayant été harmonisées, la possibilité de solliciter une saisie-contrefaçon est désormais ouverte à toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon. Néanmoins, cette expression présuppose l'existence d'un titre ou d'une demande de titre sur la base duquel il est permis d'agir en contrefaçon. Cela induit qu'il nous faut déterminer le demandeur de la saisie contrefaçon (I) et préciser la requête aux fins de saisie-contrefaçon (II).

I. Le demandeur de la saisie-contrefaçon

356. L'uniformisation opérée par la loi de lutte contre la contrefaçon s'étend à tous les droits de propriété industrielle : La contrefaçon peut être prouvée par tous les moyens. À cet effet, la loi prévoit que « toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon est en droit de faire procéder en tout lieu et par tous huissiers, assistés d'experts désignés par le demandeur, en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par la juridiction civile compétente, soit à la description détaillée [...], soit à la saisie réelle [...] »⁸³⁰. Outre bien évidemment, la capacité d'ester en justice, le droit d'agir en contrefaçon et donc de solliciter une saisie-contrefaçon, étant fixé par la loi et ne pouvant se transmettre sans la prérogative juridique dont il assure l'action. Selon les formules consacrées pour les différents droits par le Code de la propriété intellectuelle, l'action civile en contrefaçon est engagée par le propriétaire du droit de propriété intellectuelle, cependant cette prérogative est accordée à d'autres personnes ayant qualité pour requérir une telle action et notamment une saisie-contrefaçon. La

⁸²⁸ Extension aux produits semi-conducteurs (article L. 622-7 CPI, aux bases de données (article 343-1 CPI) et aux indications géographiques (article L. 722-4 CPI)

⁸²⁹ Pour une vue d'ensemble du droit antérieur : MARCELIN, La saisie contrefaçon, cédat 2001 ; I. ROMET La saisie-contrefaçon, unité et diversité, in VERON, saisie contrefaçon, Dalloz 2ème éd., 2005, p.224

⁸³⁰ Art. L. 332-1 ; L.521-4, L. 615-5, L.623-27, L. 716-7, L. 722-4 du CPI

possibilité pour le copropriétaire (1), le licencié exclusif (2), voire le licencié non-exclusif (3) et/ou le cessionnaire (4) d'un droit intellectuelle est à envisager.

1. Le copropriétaire

357. En matière de brevet et de certificat d'obtention végétale, il existe un régime de copropriété légale, supplétif, auquel il peut être dérogé par un règlement de copropriété⁸³¹. Dans le silence du contrat, l'article L 613-29 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « chacun des copropriétaires peut agir en contrefaçon à son seul profit. Le copropriétaire qui agit en contrefaçon doit notifier l'assignation délivrée aux autres copropriétaires ; il est sursis à statuer sur l'action tant qu'il n'est pas justifié de cette notification ». Dès lors, le copropriétaire d'un brevet ou d'un certificat d'obtention végétale est bien fondé à agir en saisie-contrefaçon, sauf stipulation contraire du règlement de copropriété⁸³².

En matière de droit des marques, il est admis qu'une marque puisse être déposée et enregistrée au nom de plusieurs personnes. Il s'agit alors d'une copropriété au sens commun et non au sens juridique du terme, puisque le Code de la propriété intellectuelle n'instaure aucun véritable régime de copropriété des marques. Juridiquement, les titulaires de la marque se trouvent alors sous le régime de l'indivision. En conséquence, il semble logique d'apprécier le droit d'agir en contrefaçon, et donc de demander préalablement une saisie-contrefaçon, selon les principes des articles 815-2 et 815-3 du Code civil sur l'indivision.

Pour les autres droits de propriété industrielle, il n'existe pas de texte spécial. Il convient, à défaut de règlement de copropriété⁸³³, d'appliquer le droit commun de l'indivision selon les dispositions du Code civil⁸³⁴. La question de savoir si une procédure de saisie-contrefaçon est un acte de conservation des biens ou d'administration que tout copropriétaire peut diligenter n'a pas encore été tranchée en doctrine ni d'ailleurs en jurisprudence⁸³⁵.

2. Le licencié exclusif ou bénéficiaire d'une licence obligatoire ou d'office

358. Le licencié exclusif, ou bénéficiaire d'une licence obligatoire, peut agir en saisie contrefaçon, sauf clause contraire du contrat de licence⁸³⁶. Dans tous les cas, la licence

⁸³¹ Article L.613-29 à 32 et L.623-24 CPI.

⁸³² LE STANC, L'acte de contrefaçon de brevet d'invention, Litec 1977, Préf. MOUSSERON, p. 64 et s.

⁸³³ Selon l'article 815-1 du Code civil

⁸³⁴ Articles 815-2 1^{er} alinéa et 815-3 dernier alinéa du Code civil

⁸³⁵ CHAVANNE & BURST, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 5^{ème} éd. ; § 11.483 in *Saisie-Contrefaçon*, 2^{ème} éd., 2005, Dalloz, Pierre Véron

⁸³⁶ Article L.521-2, L.615-2, L623-25, L.716-5 CPI, 22 du Règlement CE n°40/94 et 32.3 du Règlement CE n°40/94, et 104-1 du Règlement CE n°2100/94

doit préalablement à la présentation de la requête, être inscrite au Registre compétent, pour être opposable aux tiers, et donc au contrefacteur présumé et au saisi⁸³⁷ de surcroît soumis à une procédure collective.

À défaut, le licencié est irrecevable à requérir une saisie, pour défaut de qualité à agir⁸³⁸, et l'ordonnance doit être rétractée. L'inscription ultérieure de la licence n'est pas susceptible de régulariser l'irrecevabilité affectant la requête initiale, car cette régularisation ne peut intervenir après que le juge ait statué, c'est-à-dire après que l'ordonnance de saisie ait été rendue⁸³⁹.

3. Le licencié non-exclusif

359. Le licencié simple n'a pas la qualité pour agir en contrefaçon et donc a fortiori n'est pas habilité à requérir une saisie, par application a contrario de l'article L. 716-5⁸⁴⁰. En revanche, la jurisprudence a précisé que la présence du licencié aux côtés du propriétaire de la marque n'affecte pas la validité de la saisie-contrefaçon, comme le prévoit indirectement l'article L. 716-5 qui dispose la faculté générale du licencié à intervenir à l'instance en contrefaçon, sauf pour les marque et dessin et modèle communautaires⁸⁴¹. Le licencié non exclusif peut seulement intervenir à l'instance en contrefaçon en cours afin d'obtenir réparation de son propre préjudice⁸⁴².

En matière de brevets, il a été jugé que le licencié-non exclusif n'a pas qualité pour demander l'autorisation et faire pratiquer une saisie-contrefaçon même aux côtés du titulaire du brevet⁸⁴³. Il semble que le licencié non exclusif resterait irrecevable à requérir une saisie-contrefaçon même si le breveté l'y autorisait expressément. En revanche, la question peut se poser de savoir si le licencié simple de brevet ou de marque pourrait se faire autoriser contractuellement à agir en contrefaçon et donc, corrélativement à requérir une saisie. La question ne semble pas avoir de réponse jurisprudentielle tranchée. Mais le droit européen semble l'accorder ; c'est en substance ce qu'il ressort de la lecture des dispositions de l'article 27 du Règlement CE n°40/94, aux termes duquel le licencié non exclusif sera également en

⁸³⁷ Articles L513-3, L613-9 L622-7, L623-24 et L714-7 CPI.

⁸³⁸ En application de l'article 122 NCPC

⁸³⁹ En application de l'article 126 NCPC Cass. Com., 31 octobre 2006, Bulletin 2006, IV, n° 206, p. 226; TGI Paris, 3e ch. 3e sect., 15 avril 2005, *P.I.B.D.*, n° 816, III, 563; C.A. Paris, 4e ch. Sect. A, 29 mai 2002, *P.I.B.D.*, n° 752, III, 499, *Ronis c. Systec*.

droit d'agir sous la double réserve que le contrat le prévoit expressément et que le propriétaire en soit préalablement avisé.

4. Le cessionnaire

360. Si le requérant n'est pas le propriétaire initial du titre, outre sa qualité à agir, le demandeur devra apporter un certain nombre d'éléments probatoires. En effet, il est entendu que son droit de propriété ou son droit de licence doit être inscrit au Registre compétent, exactement comme pour le licencié exclusif. La jurisprudence dominante⁸⁴⁴ considère que si une inscription accomplie en cours d'instance permet, d'écarter a posteriori l'irrecevabilité à agir, elle ne permet pas de valider rétroactivement une saisie-contrefaçon commise antérieurement.

La question se pose toutefois de savoir s'il est possible d'obtenir l'autorisation de réaliser une saisie-contrefaçon alors que le brevet est expiré au jour de la requête. Confronté à cette situation le Tribunal de grande instance de Paris, le 6 juillet 2006⁸⁴⁵, a répondu par la négative alors que la Cour d'appel de Paris, dans la même affaire le 3 mars 2010⁸⁴⁶, et dans une autre affaire le 19 novembre 2009⁸⁴⁷, a répondu par l'affirmative, cette décision ayant été finalement cassée par la Cour de cassation par un arrêt du 14 décembre 2010. La chambre commerciale a décidé qu'il n'était pas possible de requérir l'autorisation de procéder à une saisie-contrefaçon sur le fondement d'un brevet ou titre assimilé expiré. Cette solution discutable et regrettable est généralisable à tout autre titre de propriété intellectuelle⁸⁴⁸.

⁸⁴⁰ Contra §11.482 in *Saisie-Contrefaçon*, 2ème éd., 2005, Dalloz, P. VERON : « *il n'est pas exclu que ce droit, appartenant au propriétaire de la marque puisse être délégué contractuellement au licencié* ».

⁸⁴¹ Article 22 du Règlement CE n°40/94 et 32.3 du Règlement CE n°40/94. Les travaux sur la future Cour des Brevets de l'Union Européenne (Draft Agreement on the European Union Patent Court – Working Document n° 11270/08 PI 32 COUR 32 of the Presidency of the EU Council – June 30, 2008), prévoient que le licencié exclusif sera en droit d'agir sous la seule réserve de justifier en avoir préalablement avisé le propriétaire, sauf stipulation contraire du contrat, et selon l'article 27(3), le licencié non exclusif sera également en droit d'agir sous la double réserve que le contrat le prévoit expressément et que le propriétaire en soit préalablement avisé. En matière de certificats d'obtentions végétales communautaires, certains commentateurs interprètent l'article 104-1 du règlement CE 2100/94 comme limitant le droit d'action au seul licencié exclusif et bénéficiaire d'une licence obligatoire, mais ceci ne ressort pas expressément des textes.

⁸⁴² TGI Paris 12 fév. 2006, RG n°2008/09753, PIBD 2010 n°909 III, 339

⁸⁴³ TGI Strasbourg, 7 fév. 1989, PIBD 1989, n° 460, III, 406

⁸⁴⁴ C.A. Paris, 29 mai 2006, *P.I.B.D.*, 1996, n° 618, III, 481 ; C.A. Paris, 29 mai 2002, *P.I.B.D.*, n° 752, III, 499 ; TGI Paris, 3e ch 3e sec, 4 juin 2008, R.G. n° 07/00545 ; Cass. Com. 31 octobre 2006, Bulletin 2006, IV, n° 206, p. 226.

⁸⁴⁵ TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 6 juil. 2006, PIBD 2006, n°839,III,692

⁸⁴⁶ CA Paris, pôle 5, ch.1, 3 mars 2010, RG n°07/14488

⁸⁴⁷ CA Paris, pôle 1, ch.2, 18 nov. 2009, RG n°09/10280, prop. indus. 2010 comm. N° 57, note SCHAFFNER et VIRET

⁸⁴⁸ Cass. com., 14 déc. 2010, n°09-72.946, Bull.civ. IV, n°196, prop.indust. 2011, comm. 22, note RAYNARD

II. La requête aux fins de saisie-contrefaçon

361. Les textes règlementaires donnent compétence matérielle aux présidents des tribunaux de grande instance⁸⁴⁹, le magistrat territorialement compétent pour recevoir la demande par voie de requête est celui dans le ressort duquel les opérations de saisie-contrefaçon doivent être effectuées⁸⁵⁰, ce qui est une solution classique⁸⁵¹. La loi du 29 octobre 2007 a introduit le principe de spécialisation du contentieux en matière de propriété intellectuelle, qui n'existait auparavant que pour les brevets et COV, et dans une moindre mesure pour les marques, puis, près de deux ans après l'entrée en vigueur de la loi, les décrets du 9 octobre 2009 viennent modifier respectivement le Code de la propriété intellectuelle et le Code de l'organisation judiciaire⁸⁵². La spécialisation juridictionnelle ayant été en outre précisée par la nouvelle loi du 11 mars 2014.

362. Cette requête est sollicitée sans que le présumé contrefacteur même soumis à une procédure collective n'en soit averti, car le principal intérêt de cette mesure probatoire réside bien évidemment dans l'effet de surprise. En effet, l'ordonnance sur requête ne présente pas de caractère contradictoire, cette caractéristique se justifie notamment, lorsque tout retard est susceptible de causer un préjudice irréparable au titulaire du droit ou lorsqu'il existe un risque démontrable de destruction des éléments de preuve. Ce particularisme est indispensable car la saisie-contrefaçon ne peut prospérer que si celui chez qui elle est pratiquée n'est pas prévenu, à défaut de quoi les preuves de la contrefaçon disparaîtraient. Toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon peut solliciter une saisie-contrefaçon. La directive du 29 avril 2004 prévoit une exigence supplémentaire qui consiste à imposer au requérant de présenter « des éléments de preuve raisonnablement accessibles pour étayer ses allégations selon lesquelles il a été porté atteinte à son droit de propriété intellectuelle ou qu'une telle atteinte est imminente ». L'imminence a un caractère objectif, car elle résulte de la nature de l'affaire, son appréciation s'accompagne de la nécessité d'en prévenir la réalisation, même si dans l'hypothèse d'une procédure collective toutes les mesures ne pourront pas être prises à l'encontre du prétendu contrefacteur. Cependant, la loi de

⁸⁴⁹ R. 521-2. R. 615-2 R. 623-51 R. 716-2 et R. 722-2 CPI.

⁸⁵⁰ A peine de nullité : TGI Paris 14 juin 2000, RDPI 2001, n° 119, p. 19

⁸⁵¹ CA. Paris, 4eB, 30 juin 2006, R.G. n° 04.18890, *Fournier c. Ethypharm*.

⁸⁵² Les décrets du 9 octobre 2009 n° 2009-1904 et 2009-1905 apportent les modifications suivantes : En matière de brevets, de certificats d'utilité, de certificats complémentaires de protection et de topographies de produits semi-conducteurs, seul le Tribunal de Grande Instance de Paris est compétent en première instance (art. D. 211-6 du COJ). En appel, la Cour d'appel de Paris a compétence exclusive.

transposition ne l'a pas repris, ce qui semble logique étant donné que cette mesure a précisément pour objet de rapporter cette preuve.

La requête aux fins de saisie-contrefaçon doit être motivée⁸⁵³. Cette motivation doit en principe, être relativement brève et se limiter à la mention des atteintes arguées de contrefaçon. L'autorisation de cette mesure n'est pas subordonnée à la production d'une preuve de la contrefaçon. Le requérant n'est en principe pas tenu d'établir, par un commencement de preuve, l'existence de la contrefaçon qu'il allègue puisque l'objectif de la saisie-contrefaçon est précisément d'apporter cette preuve.

B. DÉROULEMENT DES OPÉRATIONS DE SAISIE-CONTREFAÇON DURANT LA PROCÉDURE COLLECTIVE

363. Le tribunal précise si la saisie-description s'accompagne ou non d'une saisie réelle. Ni la loi, ni le code de la propriété intellectuelle ne définissent la saisie description pas plus que la saisie réelle mais la distinction est connue de longue date par la jurisprudence et la doctrine. La saisie était généralement considérée par la doctrine et la jurisprudence⁸⁵⁴ comme un droit, ne pouvant être refusé par les juridictions. Néanmoins, il faut s'assurer, alors même qu'il ne s'agit que d'un moyen de preuve, que cette opération n'est pas de nature à nuire à la préservation des capacités de production du débiteur ou de manière plus générale à son patrimoine qui est hors d'atteinte des poursuites pour des causes antérieures. Selon Roubier « la saisie réelle assure la conservation des objets incriminés par la justice » alors que la saisie descriptive se traduit « par la libre disposition des objets incriminés »⁸⁵⁵.

Pour chacune des procédures⁸⁵⁶ il faudra se poser les mêmes questions, à savoir si la mesure n'est pas de nature à compromettre la santé financière du saisi, déjà fragilisée qui devrait par conséquent être arrêtée.

La saisie-contrefaçon permet au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de faire pratiquer par un officier public des investigations, comprenant en général la description détaillée de la contrefaçon alléguée (I) et la saisie réelle des objets argués de contrefaçon (II).

⁸⁵³ Article 494 du code de procédure civile

⁸⁵⁴ CA. Douai, 4 février 2002, *P.I.B.D.*, n° 741, III, 206 : « en effet, la saisie-contrefaçon est une mesure à visée uniquement probatoire et donc le requérant n'a pas à donner de justificatif quelconque à sa requête, n'a pas à apporter de commencement de preuve de l'existence de la contrefaçon alléguée ».

⁸⁵⁵ J. SCHMIDT SZALEWSKI et J. L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^e éd. p. 87

⁸⁵⁶ Sur la distinction entre saisie réelle et saisie-description et leur contenu, AZEMA et J.C GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 2006, n°668, p. 405

I. La description détaillée

364. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de lutte contre la contrefaçon, les différents articles en matière de propriété industrielle dans leur rédaction commune, indiquent que le président du tribunal de grande instance peut ordonner « la description détaillée, avec ou sans prélèvement d'échantillons » des produits, objets, procédés ou services prétendus contrefaisants « ainsi que de tout document s'y rapportant ». La description est réalisée par un huissier territorialement assisté d'un expert choisi par le requérant. La mesure de description a une finalité essentiellement probatoire, et comprend également le prélèvement d'échantillons, qu'il ne s'agit pas de confondre avec la saisie du stock de produits argués de contrefaçon, qui serait une mesure conservatoire. La saisie descriptive n'est pas de nature à immobiliser les objets décrits : elle ne les rend pas inaliénables ou inutilisables même momentanément ; elle se borne à préciser la nature, le caractère et les éléments de l'objet incriminé⁸⁵⁷.

365. Quant aux documents saisis, leur simple photocopie est assimilée à une saisie descriptive mais leur enlèvement physique s'assimile à une saisie réelle même pendant le temps nécessaire à leur photocopie car l'enlèvement temporaire engendre une gêne justifiant une qualification juridique plus protectrice. En outre, « Le Président peut autoriser l'huissier à procéder à toute constatation utile en vue d'établir l'origine, la consistance et l'étendue de la contrefaçon »⁸⁵⁸. La jurisprudence s'était inspirée de cette disposition pour admettre la possibilité pour l'huissier de rechercher des informations comptables du saisi⁸⁵⁹.

Il faut déduire de cette analyse relative à la saisie description que la description détaillée avec ou sans prélèvement d'échantillons ordonnée par le juge à l'encontre du débiteur a une finalité purement probatoire. Elle est compatible avec l'esprit et les dispositions du Code de commerce relatives au traitement judiciaire des difficultés des entreprises. Par conséquent, il en découle qu'elle ne sera pas paralysée par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution.

II. La saisie réelle

366. Les textes français prévoient désormais pour tous les titres de propriété intellectuelle, la possibilité de solliciter du Président du tribunal, l'octroi d'une mesure de

⁸⁵⁷ J. AZEMA et J.C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n°1776, p. 1033

⁸⁵⁸ Les nouveaux textes applicables depuis le décret du 27 juin 2008 sont les articles R. 521-2. R. 615-2 R. 623-51 R. 716-2 et R. 722-2 CPI.

⁸⁵⁹ TGI Paris, 3^e ch., 30 juin 1994, PIBD 1994, n°576, III,527

saisie réelle portant sur les produits, objets, procédés ou services contrefaisants, sur les documents s'y rapportant, ainsi que sur les matériels et les instruments utilisés pour produire et/ou distribuer ces biens⁸⁶⁰.

La saisie réelle « des produits prétendus contrefaisants ainsi que de tous documents s'y rapportant ». La saisie réelle consiste en une appréhension matérielle par l'huissier d'objets argués de contrefaçon. La chose saisie est soustraite au moins jusqu'à l'issue de la procédure à l'autorité de son propriétaire⁸⁶¹. Cette appréhension matérielle ne peut porter que sur un nombre limité d'objets car la saisie-contrefaçon n'a jamais qu'une finalité probatoire, comme l'atteste la lettre par exemple de l'article L.615-5 « la juridiction peut ordonner aux mêmes fins probatoires ». Cette finalité probatoire de la saisie réelle devrait ainsi en pratique lui interdire de porter sur tout un stock car la saisie réelle d'un grand nombre d'objets identiques n'apporte pas du point de vue de la preuve de la contrefaçon davantage de preuve que la saisie d'un seul objet, et ne se justifie donc pas. Ainsi, lorsque la saisie réelle est autorisée, elle doit se limiter à la seule mise sous main de justice, des seuls échantillons nécessaires à la preuve de la contrefaçon. Elle ne saurait dès lors être étendue à un stock et constituer une mesure de confiscation prématurée qui ne pourra intervenir qu'au terme de la procédure et être ordonnée par le jugement condamnant le contrefacteur⁸⁶². Cette mesure n'est donc pas concernée par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles et des procédures d'exécution et de distribution. L'on observe habituellement, en pratique, que le seul prélèvement d'échantillons dans une saisie réelle suffisait en général au bonheur du requérant. Cette mesure peut par conséquent remplir pleinement son rôle probatoire, ne portant que sur l'établissement d'une atteinte par le débiteur à certains droits de propriété intellectuelle.

367. Cette mesure, notamment en ce qu'elle peut porter sur des « matériels et instruments utilisés pour produire et distribuer les produits » est certes intéressante pour le saisissant mais en revanche peut s'avérer contraignante pour le saisi qui se trouve de surcroît soumis à une procédure collective.

Aujourd'hui, la finalité de cette mesure, comme l'indique d'ailleurs la loi du 29 octobre 2007 est elle aussi probatoire : « La juridiction peut ordonner aux mêmes fins probatoires, la saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour fabriquer ou distribuer les produits ». C'est donc toujours au regard de cette finalité que s'apprécie la légitimité et la

⁸⁶⁰ Articles L.521-4, L.615-5, L.622-7, L.623-27-1, L.716-7 et L.722-4 CPI

⁸⁶¹ J. SCHMIDT SZALEWSKI et J. L. PIERRE, Droit de la propriété industrielle, op.cit. p. 87

⁸⁶² Cass.com., 4 jan. 1985, n° 83-14.048, Ann. Propr. Ind. 1985, p. 237, note P.MATHELY

proportionnalité de la saisie réalisée. Ainsi, aux termes des dispositions de cette même loi, c'est seulement dans un but probatoire, que l'huissier pourra saisir réellement les matériels et instruments utilisés pour produire ou distribuer les objets prétendus contrefaisants. La saisie se limitera aux matériels directement et spécifiquement liés aux actes de contrefaçon.

368. Malgré le caractère partiellement conservatoire qu'elle peut revêtir, la mesure visée ne sera pas paralysée par le jeu de l'arrêt des poursuites individuelles et voies d'exécution prévu par le droit des procédures collectives. En effet, celle-ci tend uniquement à rassembler des éléments de preuves, car il ne s'agit pas ici de saisir l'ensemble de ce matériel mais, lorsque cela est possible, un exemplaire. En effet, le but n'est pas ici d'empêcher la continuation des actes prétendument contrefaisants, ce n'est pas là le rôle de cette mesure, mais d'apporter la preuve de la matérialité et de l'importance de la production contrefaisante.

369. Quant à la saisie de documents se rapportant à la contrefaçon, celle-ci vise principalement les documents comptables, mais il peut également s'agir de notes, notices, publications, brochures, catalogues, plan, fiches de fabrication, dossiers administratifs d'autorisation ou d'homologation etc., mais encore de documents commerciaux. Ces documents peuvent attester la preuve de l'origine et de l'étendue de la contrefaçon alléguée. Ces documents peuvent être photocopiés auquel cas il s'agira d'une saisie descriptive ou réellement saisis.

370. En outre en complément de la saisie contrefaçon ou indépendamment de celle-ci la juridiction saisie d'une action civile en contrefaçon peut si la demande lui est faite, « ordonner, au besoin sous astreinte afin de déterminer l'origine et les réseaux de distribution des produits ou procédés contrefaisants qui portent atteinte aux droits du demandeur, la production de tous documents ou informations détenus par le défendeur ou par toute personne qui a été trouvée en possession de produits contrefaisants ou qui fournit des services ou a été signalée comme intervenant dans la production, la fabrication ou la distribution de ces produits ou la fourniture de ces services ». Ces textes rédigés en termes identiques, ou presque⁸⁶³, posent le principe de ce qu'il est convenu de désigner sous le nom de « droit d'information »⁸⁶⁴ permettant au titulaire de droits de propriété intellectuelle contrefaits d'obtenir certains renseignements sur les conditions de distribution par le contrefacteur, de

⁸⁶³ Un très léger aménagement rédactionnel concernant la contrefaçon de brevet prévu à l'article L. 615-5-2 CPI

⁸⁶⁴ Et non du droit « à l'information » comme il est parfois désigné par erreur, cette expression étant réservée au droit de la communication dans l'accès à l'information destinée au public.

connaître la consistance et l'étendue de la contrefaçon afin de mieux apprécier la masse contrefaisante et lutter contre les réseaux de diffusion⁸⁶⁵. À l'évidence, elle vise à lutter contre la piraterie et les réseaux organisés de contrefaçon, mais elle reste néanmoins d'application générale.

371. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014, la nouvelle rédaction de ces articles modifiés identiquement⁸⁶⁶ s'enrichit d'une précision concernant la demande pouvant désormais être formée « au fond ou en référé », en outre les deux occurrences du mot « contrefaisant » sont remplacés par les mots « argués de contrefaçon ». Cette dernière précision est la bienvenue. En effet, antérieurement, à la réforme un doute planait sur le point de savoir si cette demande pouvait être formulée avant que le juge du fond se soit prononcé sur l'existence de la contrefaçon. Une formation du Tribunal de grande instance de Paris avait jugé qu'il ne pouvait être fait droit à la demande d'information, qu'une fois jugée la réalité de la contrefaçon⁸⁶⁷. Un auteur ayant pu affirmer à ce propos que cette interprétation fondée sur une lecture exégétique du texte n'était guère conforme à son esprit et à celui de la directive dont il est issu⁸⁶⁸. En effet, les hésitations qu'il pouvait subsister quant à la différence de terminologie employée dans les différents textes faisant référence aux « produits contrefaisants » pour le droit d'information, « objets prétendus contrefaisants » relatifs à la saisie-contrefaçon et les dispositions relatives aux mesures provisoires visant les « actes argués de contrefaçon », n'ont plus lieu d'exister depuis la clarification apportée par la nouvelle réforme énonçant clairement que la demande d'information peut être demandée au fond ou en référé désignant des produits, procédés ou marchandises argués de contrefaçon, donc avant même que la contrefaçon ne soit établi.

372. L'examen de la saisie-contrefaçon à travers les études successives de la description détaillée de la saisie réelle et du droit d'information, nous ont permis de constater que ces mesures ne présentent pas de caractère attentatoire au statut protecteur réservé au débiteur saisi par le droit des entreprises en difficulté. Les mesures ordonnées, ayant en commun une finalité probatoire, ne sont de nature ni à aggraver la situation financière du

⁸⁶⁵ N. BINCTIN, droit de la propriété intellectuelle, *op. cit.*, n° 1257 et s., p. 876

⁸⁶⁶ L'article 3 de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 apporte dans le chapitre III « Clarification de la procédure du droit à l'information » des modifications concernant l'ensemble des droits de propriété intellectuelle : L.331-1-2, L. 521-5, L.615-5-2, L. 623-27-2, L. 716-7-1 et L. 722-5 du CPI

⁸⁶⁷ TGI Paris, 21 mars 2008, PIBD 2008.III.383 ; TGI Paris, 3 avr. 2009, PIBD 2009. III.1282 ; TGI Paris 18 sept. 2009, PIBD 2009. III. 1560 ; TGI Paris, 3^e ch. 4^e Sect., 29 oct. 2009, PIBD 2010 III.98

⁸⁶⁸ J. AZEMA et J. C. GALLOUX, Droit de la propriété industrielle, *op. cit.* n° 1753, p. 1008

débiteur ni à rompre l'égalité entre les créanciers, ni même à constituer un obstacle à l'organisation collective de la procédure.

La saisie-contrefaçon est la mesure probatoire de référence pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle permettant d'assurer la collecte des preuves de la contrefaçon pour l'ensemble des droits de la propriété intellectuelle. Cependant en droit d'auteur, elle conserve malgré l'harmonisation amorcée par la loi n°2014-315 du 11 mars 2014 sa spécificité car elle demeure aussi une mesure d'interdiction provisoire.

§2.LES MESURES PARTIELLEMENT SOUSTRAITES

373. La saisie-contrefaçon en droit d'auteur se distingue historiquement du régime appliqué aux autres droits de propriété intellectuelle. En droit d'auteur une législation ancienne aménage la procédure spéciale dite de saisie-contrefaçon pour la sauvegarde du droit de reproduction⁸⁶⁹. Cette procédure trouve son origine dans l'article 3 de la loi des 19 et 24 juillet 1793⁸⁷⁰ qui prévoyait déjà que « les officiers de paix seront tenus de faire confisquer à la réquisition et au profit des auteurs, compositeurs, peintres et dessinateurs et autres, leurs héritiers ou cessionnaires, tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées, sans la permission formelle pas écrit des auteurs ». La confiscation prévue par ce texte n'a jamais imposé, en pratique, la saisie de tous les objets argués de contrefaçon. Le plus souvent, quelques échantillons étaient saisis pour apporter la preuve des actes reprochés. En raison d'une incertitude sur la détermination des « officiers de paix », la loi du 25 prairial an III substitua aux officiers de paix les commissaires de police ou à défaut les juges de paix⁸⁷¹. Le texte ainsi modifié se trouve ultérieurement au premier alinéa de l'article 66 de la loi du 11 mars 1957, et on le retrouve littéralement à l'article L. 332-1 du Code de la propriété intellectuelle. Depuis, le législateur a été contraint d'apporter quelques modifications au dispositif existant dans l'objectif de le rendre conforme aux exigences communautaires⁸⁷², la procédure a été relativement modifiée par la loi du 29 octobre 2007 et son décret d'application

⁸⁶⁹ DESBOIS, Le droit d'auteur en France, Dalloz 3^{ème} éd. 1978, n° 714

⁸⁷⁰ Loi des 19 et 24 juillet 1793 relative aux droits de propriété des auteurs, d'écrivains en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et dessinateurs

⁸⁷¹ La loi précisa que « les fonctions attribuées aux officiers de paix par l'article 3 de la loi du 19 juillet 1793, seront à l'avenir exercées par les commissaires de police, et par les juges de paix dans les lieux où il n'y a pas de commissaire de police ».

⁸⁷² L'article 2.2 de la directive autorise ce traitement différencié des droits intellectuels malgré la recherche d'une harmonisation de leur défense : « sans préjudice des dispositions particulières concernant le respect des droits et les exceptions prévues par le législateur communautaire dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur ».

du 27 juin 2008, néanmoins il ressortait déjà de la lettre du texte le souhait du législateur de conserver à la saisie-contrefaçon en droit d'auteur sa spécificité⁸⁷³. La loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon a réformé à son tour la saisie-contrefaçon en droit de la propriété littéraire et artistique, en unifiant tous les articles du Code de la propriété intellectuelle qui énoncent la possibilité d'obtenir la description détaillée avec ou sans prélèvement d'échantillons ou la saisie réelle des objets contrefaisants, des documents, matériels et instruments. Cette nouvelle rédaction, désormais calquée sur celle prévue en droit de la propriété industrielle est la bienvenue, attribuant à la saisie-contrefaçon de manière claire, un caractère probatoire, ordonnée sur requête en référé. Néanmoins, cet enthousiasme doit être atténué, dans la mesure où la nouvelle rédaction a laissé subsister une liste limitative de mesures qui marquent le caractère d'interdiction provisoire de la saisie-contrefaçon.

Des intérêts divergents entrent alors en conflit dès lors qu'une saisie-contrefaçon en droit d'auteur est ordonnée à l'encontre de l'auteur des actes litigieux, soumis à une procédure collective. L'une des principales difficultés tient à parvenir à la conciliation de ces intérêts antagonistes : permettre aux titulaires de droits d'auteur d'obtenir des mesures destinées à prouver et faire cesser des agissements constitutifs de contrefaçon à l'encontre du débiteur soumis à une procédure collective et bénéficiant à ce titre des règles « d'immunité » de l'arrêt des poursuites individuelles.

Aussi, tout l'enjeu de cette étude sera-t-il de déceler l'éventuelle compatibilité entre les mesures propres à la saisie-contrefaçon en droit d'auteur et les principes gouvernant la règle de l'arrêt des poursuites individuelles. L'analyse du dispositif spécial de la saisie-contrefaçon en droit d'auteur (A) va révéler son inadaptation aux règles de la procédure collective (B).

⁸⁷³ GAUTIER, propriété littéraire et artistique, PUF 6^{ème} éd., 2007, p.888, n° 802

A. LE DISPOSITIF SPÉCIAL DE LA SAISIE CONTREFAÇON EN DROIT D'AUTEUR

374. Les personnes habilitées à faire procéder à une saisie-contrefaçon sont les mêmes que celles qui sont habilitées à ester en justice pour défendre les droits des auteurs. La nouvelle rédaction de l'article L.332-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « tout auteur d'une œuvre protégée par le livre Ier de la présente partie, ses ayants droit ou ses ayants cause peuvent agir en contrefaçon ».

Deux sortes d'autorités étaient, antérieurement à la nouvelle réforme habilitées à ordonner l'adoption de mesures provisoires rapides et efficaces, depuis l'entrée en vigueur du 11 mars 2014, la saisie-contrefaçon en droit d'auteur est pratiquée par un huissier de justice, après ordonnance de référé rendue sur requête du titulaire des droits qui pourra ordonner deux catégories de mesures. Les unes marquées d'un caractère probatoire (I) alors que les autres sont marquées d'un caractère d'interdiction provisoire (II).

I. Mesures marquées d'un caractère probatoire

375. L'ordonnance de référé rendue sur requête du titulaire des droits d'auteur pourra procéder à la description détaillée ou la saisie réelle des œuvres et documents (1) et/ou à celle des matériels et instruments(2).

1. La description détaillée ou la saisie réelle des œuvres et documents

376. L'article L. 332-1 dans sa nouvelle rédaction dispose que ces personnes sont en droit de faire procéder par tous huissiers, le cas échéant assistés par des experts désignés par le demandeur, sur ordonnance rendue sur requête par la juridiction civile compétente, soit à la description détaillée, avec ou sans prélèvement d'échantillons, soit à la saisie réelle des œuvres prétendument contrefaisantes ainsi que de tout document s'y rapportant. L'ordonnance peut autoriser la saisie réelle de tout document se rapportant aux œuvres prétendument contrefaisantes en l'absence de ces dernières.

Cette formule générale, partagée par tous les articles du Code de la propriété intellectuelle, relatifs à la saisie-contrefaçon, nous conduit à vérifier (comme cela a été fait en matière de propriété industrielle) la compatibilité de la mesure prononcée à l'encontre d'un débiteur avec les règles gouvernant la procédure collective. Cependant notre réflexion, va au delà de cette formule et s'attache à une analyse plus approfondie de la lettre du texte. En effet, une distinction notable existe entre la formulation propre aux droits de la propriété industrielle et

celle nouvellement rédigée en droit d'auteur ; on notera dans cette dernière la disparition des termes « *aux mêmes fins probatoires* », qui signalent la seule fin probatoire de la saisie-contrefaçon, il faut certainement déduire de cette formulation le souhait du législateur de maintenir à la matière sa spécificité. En effet, si le législateur souhaitait attribuer à cette mesure un caractère exclusivement probatoire, ne lui était-il pas loisible de le mentionner à l'identique des dispositions relative au droit de la propriété industrielle.

377. En outre peut être ordonnée la description ou la saisie de tout document s'y rapportant. Antérieurement à la loi du 29 octobre 2007, l'article L. 332-1 du Code de la propriété intellectuelle ne prévoyait pas explicitement la possibilité de saisir les documents comptables relatifs à la contrefaçon. Une jurisprudence minoritaire en avait déduit que le commissaire ou l'huissier outrepassait ses pouvoirs en procédant à la saisie des éléments comptables. Le débat était alors clos depuis la loi du 29 octobre 2007 qui avait modifié cet article en prévoyant que le juge pouvait ordonner la saisie de tout document se rapportant à la saisie-contrefaçon. Il faut préciser à ce propos que la saisie de documents doit être limitée à ceux qui sont nécessaires à l'établissement de la contrefaçon.

La juridiction peut en outre ordonner la description détaillée ou la saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour produire ou distribuer illicitement les œuvres.

2. La description ou la saisie réelle des matériels et instruments

378. Il peut en outre, ordonner la description ou la saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour produire ou distribuer illicitement les œuvres. L'adjonction de « la description détaillée » est une innovation de la loi du 11 mars 2014. Sous le régime de l'ancienne rédaction, seule la saisie réelle des matériels et instruments pouvait être prononcée, ce qui avait pour conséquence d'exclure le caractère exclusivement probatoire lui préférant un caractère plus contraignant. Cette nouvelle précision marque la volonté du législateur de promouvoir la description détaillée qui prêle moins à conséquence et peut parfois amplement suffire à remplir la finalité probatoire de la saisie-contrefaçon en matière de droit d'auteur.

379. Ces dispositions ainsi présentées, laissent subsister un doute quant à la finalité probatoire de la saisie. En effet la saisie-contrefaçon en propriété industrielle n'a qu'un but probatoire alors qu'en propriété littéraire et artistique elle présente en outre un

caractère coercitif⁸⁷⁴. La saisie réelle évoquée ici a-t-elle la même finalité que celle relative aux droits de propriété industrielle, à savoir probatoire ou revêt-t-elle un caractère d'avantage coercitif ? Ni les travaux préparatoires de la loi de lutte contre la contrefaçon ni la jurisprudence n'apportaient de précisions à ce sujet : le législateur ayant souhaité s'aligner sur les droits de propriété industrielle⁸⁷⁵.

Désormais, la réponse à cette interrogation doit être recherchée dans la rédaction de cette nouvelle disposition qui prévoit la description détaillée des œuvres illicites et des matériels et instruments utilisés pour produire ou distribuer illicitement les œuvres et de tout document s'y rapportant.

Cette nouvelle précision démontre le vœu du législateur de faire de cette mesure une mesure à caractère probatoire. Cette qualification influe sur son sort dès lors qu'elle vise à s'appliquer à l'encontre du prétendu contrefacteur soumis à une procédure. Il convient d'admettre par conséquent, que cette mesure en ce qu'elle tend à constituer des éléments de preuve des atteintes aux droits exclusifs détenus par le titulaire de droits d'auteur ne sera pas affectée par la règle de l'arrêt des poursuites. De plus, comme en matière de saisie-contrefaçon en droit de la propriété industrielle, en pratique, seuls quelques exemplaires des produits allégués de contrefaçon sont saisis ce qui conforte davantage une qualification probatoire.

À l'instar des mesures examinées, le législateur a maintenu dans la nouvelle rédaction des mesures plus contraignantes susceptibles d'être ordonnées par le président du tribunal de grande instance.

II. Mesures marquées d'un caractère d'interdiction provisoire

380. Le tribunal de grande instance dispose dans le cadre de la saisie-contrefaçon en cette matière, de larges pouvoirs ayant une finalité d'interdiction provisoire. Nous avons choisi de les présenter sous la dichotomie suivante : les saisies (1) et les suspensions (2).

1. Les saisies

381. L'article L. 332-1, conformément à sa nouvelle rédaction dispose que la juridiction peut ordonner « La saisie des exemplaires constituant une reproduction illicite

⁸⁷⁴ GAUTIER, Propriété littéraire et artistique, PUF, 6^{ème} éd. 2007, p. 888, n° 802

⁸⁷⁵ BÉTEILLE, rapport au sénat, Les propos du sénateur Béteille sont d'autant plus importants que c'est au cours de la première lecture au sénat que le texte sur la saisie-contrefaçon a fait l'objet des améliorations les plus importantes par rapport au projet de loi.

d'une œuvre de l'esprit protégée par le livre Ier de la présente partie ou de tout exemplaire, produit, appareil, dispositif, composant ou moyen portant atteinte aux mesures techniques et aux informations ». Ainsi que « La saisie, quels que soient le jour et l'heure, des exemplaires constituant une reproduction illicite de l'œuvre, déjà fabriqués ou en cours de fabrication, ou des exemplaires, produits, appareils, dispositifs, composants ou moyens, fabriqués ou en cours de fabrication, portant atteinte aux mesures techniques et aux informations mentionnées respectivement aux articles L. 331-5 et L. 331-11, des recettes réalisées, ainsi que des exemplaires illicitement utilisés».

Les saisies mentionnées à l'article L. 332-1, dès lors qu'elles ne se voient pas attribuer un caractère exclusivement probatoire, peuvent porter sur tout un stock et avoir un impact équivalent à une mesure provisoire. Il s'agit là d'une différence notable avec le droit de la propriété industrielle où la saisie-contrefaçon n'a qu'une finalité exclusivement probatoire. Ordonnée à l'encontre du débiteur à une procédure collective, ces mesures seraient arrêtées et interdites. Sauf, lorsque la mesure a produit son effet définitif avant l'ouverture de la procédure. ; Il ne s'agit pas, alors d'une procédure en cours, le titulaire des droits d'auteur ne peut plus en poursuivre l'exécution, et elle devient caduque

382. Le tribunal peut en outre ordonner la saisie des recettes provenant de toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit, effectuée en violation des droits de l'auteur ou provenant d'une atteinte aux mesures techniques et aux informations mentionnées respectivement aux articles L. 331-5 et L. 331-11. La rédaction de cette mesure reste inchangée dans les nouvelles dispositions de la loi nouvellement adoptée. Cette mesure contraignante peut s'avérer extrêmement attentatoire pour le débiteur en procédure collective. La saisie de recettes, même provenant de la contrefaçon s'oppose au caractère collectif et égalitaire de la procédure et par conséquent à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles. Si ce principe tend à éviter que le paiement ne soit « le prix à la course »⁸⁷⁶, il est impossible de permettre à certains créanciers d'obtenir paiement au détriment des autres, cette règle a évidemment vocation à s'appliquer à l'ensemble des créanciers y compris ceux victimes des atteintes alléguées.

Néanmoins il convient de nuancer quelque peu les conséquences de cette pratique. En effet, cette possibilité s'avère assez théorique eu égard au risque important de condamnation du saisissant si la contrefaçon n'est pas reconnue ultérieurement.

⁸⁷⁶ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°785

383. Le tribunal de grande instance peut encore ordonner la saisie réelle des œuvres illicites ou produits soupçonnés de porter atteinte à un droit d'auteur ou leur remise entre les mains d'un tiers afin d'empêcher leur introduction ou leur circulation dans les circuits commerciaux.

Il s'agit ici d'une saisie réelle assortie d'une alternative offerte au requérant : la remise des objets saisis entre les mains d'un tiers. La loi dite de lutte contre la contrefaçon, dans un souci de compatibilité avec les procédures dans le domaine de la propriété industrielle permet désormais au magistrat d'ordonner en outre, la constitution préalable de garanties par le saisissant. Cette disposition offre ainsi, une mesure efficace à la victime, qui ne peut cependant prospérer durant la procédure collective du présumé contrefacteur. En effet, celle-ci constitue une procédure permettant au créancier, requérant de la saisie-contrefaçon, d'appréhender le patrimoine du débiteur mis en procédure collective, cette mesure ne peut par conséquent prospérer à l'encontre du débiteur conformément à l'article L.622-21 II du Code de commerce. Le législateur vise tant l'arrêt que l'interdiction de la saisie réelle. Il faut en conséquence décider que les saisies entamées ne peuvent plus être poursuivies. Elles sont arrêtées. Il faut aussi comprendre que les saisies nouvelles ne peuvent plus être entreprises puisqu'elles sont interdites.

384. Dans l'hypothèse où il s'agit d'une entreprise individuelle, tous les créanciers du débiteur sont soumis à l'arrêt des poursuites et non pas uniquement les créanciers dits de l'entreprise⁸⁷⁷. Cela signifie que lorsqu'un entrepreneur personne physique a une activité littéraire et artistique ou même créative distincte de son activité professionnelle, la nature de la créance exclusivement personnelle ne permettra pas de la faire échapper au principe de l'arrêt des poursuites⁸⁷⁸. En effet, nous avons eu l'occasion de l'expliquer antérieurement, l'avènement de la notion d'entreprise dans la loi du 25 janvier 1985 n'a pas remis en cause l'unité du patrimoine⁸⁷⁹.

La création de l'EIRL par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 va sans doute conduire à revoir ce principe. En effet, lorsque la procédure vise le patrimoine affecté d'un EIRL, pour les biens communs dont l'affectation est opposable à ces créanciers, d'où l'intérêt de leur notifier l'affectation : ceux là, n'ont pas de droit de poursuite du tout sur ces biens. En effet, les

⁸⁷⁷ Cass. com. 27 nov., 1991, n°90-11.122 : JurisData n° 1991-003011 ; Bull. Civ. 1991, IV, n° 360 ; JCP N 1992, II, 163 ; JCP E 1992, I, 136, Obs. Ph. PETEL ; RJDA 1992, n° 193 ; D. 1992, jurispr. P. 81, note F. DERRIDA ; LPA, 1^{er} juil. 1992, p. 22, note F. DERRIDA

⁸⁷⁸ Cass. com., 25 nov. 2008, n° 07-17.900 : JurisData n° 2008-046027 ; Act. Proc. Coll. 2009-2, comm. 33.

⁸⁷⁹ M. THIBERGE, l'entreprise saisie par le droit des entreprises en difficulté, thèse Caen juin 2010

créanciers ne sont soumis à la discipline collective que de façon distributive, en raisonnant au regard du patrimoine concerné par la procédure collective. La solution résulte expressément de l'article L.680-3 et de l'ordonnance du 9 décembre 2010, selon lesquels « les dispositions du livre VI du code de commerce qui intéressent les droits ou obligations des créanciers du débiteur EIRL s'appliquent, sauf dispositions contraires, dans la limite du seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté ou, si l'activité est exercée sans affectation de patrimoine, du seul patrimoine non affecté ». Seul le créancier détenant une créance pouvant être rattachée au patrimoine en rapport avec l'activité en difficulté est soumis à la procédure collective. Le créancier détenant une créance sur le débiteur, qui se rattache au patrimoine non affecté, n'est pas concerné par la procédure collective ouverte contre ce même débiteur, si elle l'est au titre de son EIRL. Ce critère permet de déterminer les créanciers soumis à la règle de l'interdiction ou l'interruption des poursuites individuelles et voies d'exécution. Néanmoins, il est nécessaire de prendre cette affirmation avec précaution, notamment en ce que cette matière est encore délicate et controversée.

2. Les mesures de suspension

385. En matière de mesures de suspension, la loi du 11 mars 2014 reprend une solution antérieure en modifiant la terminologie. En effet, la nouvelle rédaction de l'article L332-1 dispose que la juridiction civile compétente peut également ordonner « la suspension ou la prorogation des représentations ou des exécutions publiques en cours ou déjà annoncées » ainsi que « La suspension de toute fabrication en cours tendant à la reproduction illicite d'une œuvre ou à la réalisation d'une atteinte aux mesures techniques et aux informations mentionnées respectivement aux articles L. 331-5 et L. 331-11 ».

386. La poursuite de l'activité de l'entreprise est un élément essentiel de la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, mais également souvent nécessaire en cas de liquidation judiciaire. Les conséquences de cette mesure peuvent se révéler plus ou moins fatales, paralysant la poursuite de l'activité et compromettant de manière irréversible ses chances de sauvetage, par conséquent il semble dès lors logique que cette mesure soit paralysée par la règle ayant vocation à régir la procédure en limitant les initiatives individuelles de cette nature.

387. La liste des mesures ainsi énumérées par l'article L.332- réformé par la loi renforçant la lutte contre la contrefaçon, comprend d'une part des mesures formulées d'une manière générale, qui énoncent qu'il est possible d'obtenir la description détaillée avec ou sans prélèvement d'échantillons ou la saisie réelle d'objets contrefaisants, des matériels et instruments. Cette nouvelle rédaction confirme qu'il est possible d'obtenir une saisie-contrefaçon « probatoire » ; mais se trouve d'autre part, la liste limitative des mesures qui se trouvaient déjà dans cet article antérieurement à la nouvelle législation et qui marquent toujours le caractère d'interdiction provisoire. Nous avons relevé en outre la disparition des termes « aux mêmes fins probatoires » qui signalaient la seule fin probatoire de la saisie-contrefaçon. Face à ce constat, force est d'en déduire la volonté du législateur de réserver à la saisie-contrefaçon en droit d'auteur un caractère coercitif qui s'allie difficilement avec les dispositions des règles régissant la procédure collective du présumé contrefacteur, démontrant par conséquent l'inadaptation du dispositif en droit d'auteur aux règles de la procédure collective.

B. L'INADAPTATION DU DISPOSITIF EN DROIT D'AUTEUR AUX RÈGLES DE LA PROCÉDURE COLLECTIVE

388. La saisie en droit d'auteur, conserve malgré la nouvelle réforme une double nature, probatoire et conservatoire c'est-à-dire qu'elle a pour objectif non seulement d'établir la contrefaçon mais également d'en faire cesser ou limiter la consommation. La saisie-contrefaçon en droit de la propriété littéraire et artistique n'est par conséquent, pas exclusivement une mesure probatoire. Il n'y a, à priori aucune hésitation à admettre la conciliation du premier alinéa de l'article L. 332-1 avec le principe de l'arrêt des poursuites lorsque le titulaire du droit se borne à faire procéder à la description détaillée des objets prétendus contrefaits. Si le juge a autorisé la saisie réelle, celle-ci a également un caractère strictement probatoire dans la mesure où la pratique nous démontre que la saisie se limite à la mise sous main de justice des seuls échantillons nécessaires à l'établissement de la preuve de la contrefaçon⁸⁸⁰.

Cependant, le régime de la saisie-contrefaçon en droit d'auteur se montre plus rigoureux dès lorsqu'il permet en outre la saisie réelle du stock. Le principe édicté par l'article L. 622-21 du Code de commerce est pourtant clair, toute procédure permettant aux créanciers de saisir le patrimoine du débiteur mis en procédure collective devient impossible. Il doit en demeurer ainsi pour la saisie réelle portant sur le stock en matière de droit d'auteur.

389. En effet, la règle de l'arrêt des poursuites et des procédures d'exécution et de distribution est d'ordre public, applicable d'office⁸⁸¹. Elle procède de plein droit de l'autorité du jugement d'ouverture⁸⁸², elle constitue alors une fin de non-recevoir devant être soulevée d'office par le juge saisi d'une mesure en contradiction avec les principes dont se veut garant le droit des procédures collectives⁸⁸³. La violation de la règle de l'interdiction des procédures d'exécution est sanctionnée par la caducité de la mesure.

En outre depuis la réforme de 2007, la liste très précise et très détaillée des mesures de l'article L.332-1 dont la rédaction n'a été que quelque peu modifiée par la loi du 11 mars 2014, présente un saisissant contraste avec les formules plus générales, refondues et harmonisées par la loi du 29 octobre 2007, employées dans les différents articles régissant la saisie-contrefaçon en matière de propriété industrielle. Ce qui semble regrettable notamment

⁸⁸⁰ A cet égard, une ordonnance rendue par le président du Tribunal de grande instance de Lyon rappelle que l'usage de payer la valeur des objets saisis ne s'impose pas au juge qui garde toute faculté de décider que la requérante devra ou non en supporter le coût. (TGI Lyon, 29 août 1994, PIBD 1994, III, p. 5)

⁸⁸¹ Cass. 3^e Civ., 7 déc. 1976, n° 75-13.356 : Bull. Civ. 1976, III, n° 446

⁸⁸² Cass. Com. 27 avr. 1993, n°91-12.731 : RJDA 1993, n° 835

⁸⁸³ Cass. Com. 12 jan. 2010, n° 08-19.645 : Juris-Data n°2010-051097; Act. Proc. Coll. 2010-4, comm. 60

au regard de l'application de ces mesures durant la procédure collective de l'auteur des agissements contrefaisants.

Les nouveaux textes applicables à la procédure de saisie-contrefaçon⁸⁸⁴ sont quasiment identiques pour les différents droits de propriété industrielle concernés⁸⁸⁵. En revanche malgré les remaniements subis, la procédure de saisie-contrefaçon en matière de propriété littéraire et artistique⁸⁸⁶ reste sensiblement différente de celle désormais en vigueur en matière de propriété industrielle, ce que l'on peut regretter, compte tenu de la règle de l'unité de l'art⁸⁸⁷. Le législateur a fait preuve de volonté d'unification des régimes applicables à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, néanmoins il est à regretter que l'unification n'ait pas été intégrale. Une liste de mesures au caractère coercitif marqué ayant encore vocation à s'appliquer en droit d'auteur, justifiant la paralysie infligée par la règle protectrice du débiteur. Parvenus, au terme de cette étude, il semble important de souligner que le traitement judiciaire des défaillances des entreprises permet la mise en œuvre des opérations de saisie-contrefaçon en droit d'auteur et en droit de la propriété industrielle en ce qu'elles ne revêtent qu'un caractère probatoire. En revanche cette possibilité ne s'étend pas aux mesures ayant un caractère d'interdiction provisoire prohibées par les règles protectrices dont bénéficie le débiteur et garanties par le droit des défaillances des entreprises.

390. Conclusion sur les mesures provisoires, conservatoires et probatoires à l'épreuve de l'arrêt des poursuites individuelles : Le droit de la propriété intellectuelle se fixe des objectifs clairs tendant à assurer aux titulaires de droits de propriété intellectuelle une meilleure attractivité du système judiciaire qui se veut plus protecteur de leurs intérêts. Le dispositif législatif de lutte contre la contrefaçon, amorcé par la loi de 2007 et renforcé par la réforme de 2014 améliore la protection des titulaires des droits en aménageant les différents moyens pour eux de déceler la contrefaçon et d'en rapporter la preuve. Ces finalités avouées ne se concilient pas de manière évidente avec la règle relative au « gel du droit des créanciers » prévue par le droit de la défaillance des entreprises. Le traitement judiciaire des

⁸⁸⁴ Articles L.521-4, L.615-5, L.622-7, L.623-27-1, L.716-7 et L.722-4 du CP I

⁸⁸⁵ Dessins et modèles, brevets, produits semi-conducteurs, certificats d'obtention végétale, marques et indications géographiques

⁸⁸⁶ Art. L.332-1 à L.332-4

⁸⁸⁷ Le principe de cumul de protection est reconnu notamment à l'article 96 du règlement n° 6/2002 du 12 décembre 2001 sur les dessins et modèles communautaires qui permet de cumuler à la fois la protection par droit d'auteur et par dessin et modèle enregistré.

difficultés des entreprises évince par la mise en œuvre de son corps de règles le dispositif particulier prévu par le droit de la propriété intellectuelle. Il est toutefois à regretter que sa finalité première, le sauvetage de l'entreprise défaillante ne laisse que très peu de place à la mise en œuvre des instruments, pourtant efficaces destinés à prévenir et réprimer les atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

Alors que les mesures de conservation de preuves sont globalement soustraites à la règle⁸⁸⁸, il est patent de constater que les mesures provisoires et conservatoires sont paralysées par l'arrêt des poursuites individuelles. La nouvelle rédaction donnée par la loi du 11 mars 2014 à l'article L. 332-1 relatif à saisie-contrefaçon en matière de propriété littéraire et artistique est désormais calquée sur celle prévue en droit de la propriété industrielle, ce qui permet à cette mesure d'être soustraite à l'arrêt des poursuites individuelles et voies d'exécution. Néanmoins, l'on peut noter que le nouveau texte est décevant à certains égards, notamment en ce qu'il a laissé subsister quelques mesures qui marquent encore clairement le caractère d'interdiction provisoire de la saisie contrefaçon en droit de la propriété littéraire et artistique. En définitive, à l'issue de cette étude consacrée aux mesures provisoires, conservatoires et probatoires à l'épreuve de l'arrêt des poursuites individuelle, il aurait été souhaitable voire recommandé, compte tenu de l'importance prise par les propriétés intellectuelles, que le droit des procédures collectives tout en maintenant sa réglementation relative aux poursuites individuelles permette par des dispositions dérogatoires la prise en compte de ces actifs essentiels. L'élaboration d'une disposition particulière, permettant de manière tout à fait exceptionnelle et sous certaines réserves de concilier les intérêts de l'entreprise en difficulté avec ceux du titulaire de droits de propriété intellectuelle, en lui donnant la possibilité de mettre en œuvre des moyens visant à déceler la contrefaçon, d'en rapporter la preuve et enfin d'en interdire la poursuite.

⁸⁸⁸ Il s'agit pour l'essentiel des opérations de saisie contrefaçon soustraites à la règle, exception faite de celles afférentes au droit d'auteur.

« À côté de la justice répressive, dont l'exercice est réservé aux juridictions pénales, existe la justice restitutive, qui tend à rendre à chacun son droit, et la justice réparatrice, qui tend à réparer les dommages causés ».

(P. Roubier, Le droit de la propriété industrielle)

CHAPITRE 2

L'ACTION EN CONTREFAÇON À L'ÉPREUVE DE L'ARRÊT DES POURSUITES INDIVIDUELLES

391. La contrefaçon désigne différentes formes d'atteintes à un droit patrimonial de propriété intellectuelle. Plus précisément, il s'agit d'atteintes au droit exclusif conféré par la loi de reproduire, d'utiliser, de mettre en œuvre, de fabriquer, etc., un produit ou un procédé, un signe distinctif, une œuvre de l'esprit, ou une création d'un droit voisin du droit d'auteur⁸⁸⁹. Mais encore « toute utilisation non autorisée d'un bien intellectuel approprié »⁸⁹⁰. La contrefaçon a de multiples conséquences néfastes qui constituent autant de raisons de chercher à la combattre. Les premiers intérêts touchés par la contrefaçon sont ceux des détenteurs de droits de propriété intellectuelle, qu'il s'agisse des titulaires originaires de monopoles intellectuels, de leurs cessionnaires voire de certains licenciés. La loi accompagne la création de droits de propriété intellectuelle de la création d'une action spéciale pour les défendre : l'action en contrefaçon. Cette action spéciale, sanctionnant l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle est dans la plupart des cas un délit pénal⁸⁹¹, et dans tous les cas un délit civil. Le régime de la contrefaçon revêt une originalité en ce qu'il permet au propriétaire d'un droit de propriété intellectuelle illégalement utilisé d'opter soit pour la voie civile soit pour la voie pénale pour faire cesser le comportement fautif et obtenir réparation de son préjudice. L'action intentée au civil a une nature « indemnitaire » et un caractère patrimonial marqué qui prend difficilement place au sein de la procédure collective⁸⁹². L'action intentée au pénal pourrait pour sa part nuire au bon déroulement de la procédure collective et entraver la dynamique de sauvetage de l'entreprise en difficulté.

Les procédures collectives, ont pour effet de créer une cause autonome d'interruption de l'instance, sans qu'il soit fait distinction suivant que l'entreprise est en cessation de

⁸⁸⁹ Pour une définition de la contrefaçon : P. VERON, saisie- contrefaçon, *op. cit.*, n° 0-15 p. 3

⁸⁹⁰ N. BINCTIN, Droit de la propriété intellectuelle, *op. cit.*, n°1206, p. 847

⁸⁹¹ Puisqu'en matière de topographie de semi-conducteurs la contrefaçon n'est pas pénalement sanctionnée (art. 622-1 et s. CPI)

⁸⁹² F. GANAY-VALETTE, *Le droit commun de l'action en justice à l'épreuve du nouveau droit économique des entreprises en difficulté*, thèse Aix en Provence, 2010, p. 370 n° 519

paiements ou non⁸⁹³. Il s'agit d'une règle classique ayant pour effet d'interdire aux créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure, le droit d'agir en justice contre son débiteur⁸⁹⁴. Cette discipline procédurale répond d'une finalité curative incontestable.

Les actions en justice font l'objet d'une réglementation qui encadre leur exercice de manière restrictive par rapport au droit commun. Ainsi la suppression pure et simple de certaines actions individuelles, comme la limitation d'autres initiatives personnelles s'avère indispensable, compte tenu de la pluralité des acteurs susceptibles de recourir devant le tribunal, et de la nécessité de protéger l'entreprise défaillante d'un contentieux qui peut s'avérer fatal à sa sauvegarde. Cette volonté légale de sélectionner certaines prétentions litigieuses n'est pas discrétionnaire, elle répond à un objectif proportionné : le sauvetage de l'entreprise. Le droit de la défaillance des entreprises doit parvenir à trouver un équilibre délicat entre l'exercice légitime de l'action en contrefaçon exercée par ses titulaires et le règlement efficace et rapide des difficultés dans l'intérêt de l'entreprise. Tout l'enjeu de notre étude réside précisément dans cette recherche d'équilibre qui consistera à confronter les intérêts antagonistes qui s'interposent lors de ces situations conflictuelles. Aussi nous nous efforcerons à l'occasion de ce diagnostic, de déceler et présenter des solutions protectrices des droits de propriété intellectuelle ayant vocation à s'appliquer dans le cadre des procédures collectives. Dans l'objectif d'appréhender davantage ce phénomène général de restriction de l'action en contrefaçon, nous avons fait choix d'examiner ce face à face entre la règle de l'arrêt des poursuites et l'action en contrefaçon, en présentant nos développements selon la dichotomie que présente le régime de l'action, à savoir : l'exercice de l'action en contrefaçon par la voie civile et par la voie pénale. Nous analyserons l'influence exercée par la règle régissant la procédure collective sur chacune de ces deux procédures, qui se traduit d'une part par la restriction légale de l'action au civil (Section 1) et d'autre part par le maintien délicat de l'action au pénal (section 2).

⁸⁹³ P.M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2011, p. 1469, n°621.09 ; cet avantage est d'autant plus précieux que le débiteur n'est pas encore en état de cessation de paiement, ce qui est le cas dans la procédure de sauvegarde. « L'expression même de placement sous sauvegarde renvoie immédiatement à l'arrêt des poursuites individuelles qu'elle induit » : PEROCHON et BONHOMME, *op.cit.* 6^{ème} éd. n°185-Adde, LEGUEVAQUES, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives ; flux et reflux », *Gaz. Pal.* 27-29 jan. 2002, *doctr.* p. 18

⁸⁹⁴ J. VALLANSAN, *JCL com.*, fasc. 2355, [situation des créanciers- arrêt des poursuites individuelles], éd. 2007, n°3

SECTION 1

LA RESTRICTION LÉGALE DE L'ACTION AU CIVIL

392. L'action en contrefaçon ayant pour objet de sanctionner l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, a en réalité une nature ambivalente. Cette action, tend tout d'abord à obtenir la cessation d'un comportement contrefacteur, et la réparation du préjudice causé par celui-ci. En cela, l'action civile en contrefaçon n'est qu'une action en responsabilité civile classique, ce qui est d'ailleurs rappelé par le Code de la propriété intellectuelle qui prévoit que « toute atteinte portée aux droits du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur »⁸⁹⁵. Le fait de contrefaçon en ce qu'il consiste en l'atteinte à un droit, apparaît comme une simple faute délictuelle⁸⁹⁶, sanctionnée par l'interdiction de poursuivre la contrefaçon ainsi que par la réparation du préjudice subi⁸⁹⁷.

Seulement, l'objet de l'action en contrefaçon ne peut être réduit à la réparation d'un préjudice et la cessation d'un comportement fautif. Selon Roubier⁸⁹⁸, on peut distinguer entre les sanctions « réparatrices » et « restitutives » de la contrefaçon. Ce postulat donne lieu au cumul des deux catégories, et induit que l'action en contrefaçon est en outre attachée à un droit réel, en ce qu'elle vise à protéger un droit subjectif de propriété intellectuelle. De ce point de vue, l'action en contrefaçon a pour objet et pour finalité, la restitution d'un droit subjectif et surtout du monopole qui y est attaché, en conséquence elle s'apparente à une véritable action en revendication.

Ce double aspect de l'action en contrefaçon conduit à nous interroger, sur la portée de l'interdiction imposée par les règles restrictives de sauvetage de l'entreprise défaillante. En effet, s'il est constant que le droit des entreprises en difficulté a pour effet de réduire le droit d'action du créancier contre son débiteur, la mise en place d'une procédure applicable à

⁸⁹⁵ Pour le certificat d'obtention végétale : art. L. 623-26 CPI; pour la marque : art. L. 716-1 CPI ; pour les brevets : art. L. 615-1 CPI ; Pour les droits d'auteurs : art. L. 335-7 CPI, prévoyant que l'indemnité sera réglée par voies ordinaires

⁸⁹⁶ J-C. GALLOUX, Droit de la propriété industrielle, 2^{ème} éd., Dalloz 2003, p.209, ° 519 : Pour Monsieur GALLOUX, « le code de la propriété intellectuelle ne comporte pas de dispositions spécifiques à cet égard, c'est [...]le droit commun qui s'applique ; Dans le même sens : A. LUCAS, Propriété littéraire et artistique, 3^{ème} éd. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2004, p. 114

⁸⁹⁷ J.FOYER et M. VIVANT, Le droit des brevets, PUF 1991, p. 349 : « l'interdiction de continuer le comportement illicite, est un effet naturel de la condamnation du contrefacteur et de ses actes, peut être expressément prononcée »; P.Y. GAUTIER, Propriété littéraire et artistique, 5^{ème} éd. PUF, 2004, p. 829, n° 437-1 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La distinction de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence, RTD com. 1994.455

⁸⁹⁸ P. ROUBIER, le droit de la propriété industrielle, tome 1, Sirey, n° 100, p. 456.

l'entreprise ne peut s'opposer à la protection des créanciers en leur qualité de victimes d'actes de contrefaçon. Il nous appartient, dès lors de nous poser la question de savoir si l'action en contrefaçon devant les juridictions civiles est-t-elle systématiquement tenue en échec par le droit des entreprises en difficulté ?

Afin de résoudre cette interrogation, nous allons explorer successivement les deux aspects que revêt l'action en contrefaçon et parviendrons nous peut-être à l'issue de cet examen à poser une solution idoine pour résoudre la situation conflictuelle qui oppose la victime d'actes de contrefaçon au débiteur qui doit répondre de ses agissements illicites. Le domaine de l'action appartenant au titulaire du droit de propriété intellectuelle est considérablement étroit, le droit des procédures collectives imposant la limitation des sanctions réparatrices (§1). Face à cette forte volonté de paralysie, la victime d'actes de contrefaçon préférera les sanctions restitutives limitant l'impact de la règle (§2).

§1. LA LIMITATION DES SANCTIONS RÉPARATRICES

393. Toute procédure collective a nécessairement des incidences patrimoniales puisque son ouverture procède du constat de difficultés financières ou économiques. Il est de l'essence même des procédures collectives d'interdire aux créanciers d'agir en justice contre le débiteur. L'action mise en œuvre tend à condamner la contrefaçon constatée, à ce titre elle a deux vocations : faire cesser le trouble constitué par le fait litigieux et réparer le préjudice subi. Seulement, la restriction légale de l'action en contrefaçon, s'oppose en premier lieu aux demandes en paiement dont l'exercice, ne peut que remettre en cause le fragile équilibre de l'entreprise en difficulté. Le droit des procédures collectives faisant preuve d'une volonté de traitement plus efficace des difficultés des entreprises, évince le droit à réparation en matière de contrefaçon, nous examinerons à ce titre les sanctions réparatrices prohibées (A) que nous nous proposons d'analyser à la lumière de la nouvelle réforme et nous soutiendrons cette analyse par l'apport des justifications de la prohibition (B).

A. LES SANCTIONS RÉPARATRICES PROHIBÉES

Initialement, l'objet de la sanction est avant tout de réparer le dommage subi, notamment en mettant en place un régime d'indemnisation sous la forme de l'allocation de dommages et intérêts. Cependant, il est aussi nécessaire que des mesures permettent d'empêcher que la contrefaçon persiste et se renouvelle. La directive 2004/48 et sa loi de transposition du 29 octobre 2007 ont œuvré en ce sens. La paralysie des initiatives individuelles fondées sur le

paiement, atteint l'action en contrefaçon ayant vocation à permettre à la victime d'obtenir des réparations en nature (I) et des réparations pécuniaires du préjudice causé (II).

I. Les réparations en nature

394. L'action en contrefaçon appartient au titulaire du droit de propriété intellectuelle, toutefois en cas de cession ou concession exclusive, ce droit est étendu à ces bénéficiaires qui doivent néanmoins satisfaire certaines conditions d'opposabilité relatives à leur droit. Le premier objectif de cette action est rempli par des mesures d'interdiction et de destruction. En effet, sous l'intitulé « mesures correctives » la directive vise un certain nombre de mesures ayant pour finalité d'empêcher que la contrefaçon perdure ou se renouvelle et pour objet les stocks de marchandises contrefaisantes ainsi que les matériaux et instruments ayant servi à leur fabrication. La loi transpose de façon littérale cette disposition dans le Code de la propriété intellectuelle avec une terminologie uniforme à l'ensemble de la propriété intellectuelle⁸⁹⁹. À ce titre, le juge peut ordonner à la demande de la partie lésée, que les objets réalisés ou fabriqués portant atteinte aux droits intellectuels soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ceux-ci, détruits confisqués au profit de la partie lésée⁹⁰⁰. Cette mesure pouvant en outre viser les matériaux et instruments ayant principalement servi à leur fabrication. Par ailleurs, la loi apporte une précision, concernant le rappel des stocks, qu'il est dès lors possible d'opérer en quelques mains qu'ils se trouvent. Le tribunal a naturellement la possibilité d'assortir sa condamnation en cessation des actes de contrefaçon d'une astreinte.

395. Le tribunal a enfin la possibilité d'ordonner toute mesure appropriée de publicité du jugement, aux frais de la personne condamnée, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits dans les journaux ou services de communication en ligne. Ces mesures permettent à la fois de compléter la réparation due au titulaire du droit et d'avertir les clients éventuels de la contrefaçon. Elles sont attrayantes en ce qu'elles remplissent plusieurs fonctions en rendant publique l'information relative au contrefacteur et au titulaire du droit, elles signalent tout à la fois le comportement illicite d'un acteur économique, et la mobilisation du propriétaire d'un droit intellectuel à défendre son droit⁹⁰¹.

⁸⁹⁹ J. AZEMA et J.C. GALLOUX, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.* n°1825, p. 1072

⁹⁰⁰ Généralement sous contrôle d'huissier : TGI Paris, 3^e ch.3^e sect. 10 déc. 2010, PIBD 2010 n° 938 III. 265

⁹⁰¹ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1275, p. 886

L'ensemble de ces mesures ayant un caractère contraignant au regard de l'auteur de l'atteinte envers lequel ces mesures sont prononcées.

396. L'ensemble de ces mesures ne font pas directement appel à la notion de paiement de sommes d'argent, néanmoins elles constituent de graves restrictions à la poursuite de l'exploitation en ce qu'elles touchent directement au patrimoine du débiteur qui doit demeurer hors d'atteinte elles contribuent en outre à fragiliser davantage sa situation voire à compromettre toute chance de sauvetage.

Outre les mesures d'interdiction et destruction le tribunal peut accorder des mesures indemnitaires.

II. Les réparations pécuniaires

397. La contrefaçon a des conséquences financières lourdes pour ceux qui en sont victimes ; lorsqu'elle est sanctionnée judiciairement, l'octroi de dommages et intérêts peut venir en compensation du préjudice causé.

Les actions en paiement, entrent de manière indiscutable dans le cadre de l'interdiction posée par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles. Suite à une controverse, sur le point de savoir si la demande d'établissement d'un principe de responsabilité, échappait ou non à la règle de la suspension des poursuites⁹⁰², la Cour de cassation a clairement fait la distinction entre la reconnaissance du principe d'une créance de dommages et intérêts, laquelle échappe à l'arrêt des poursuites⁹⁰³ et la mise en œuvre du droit reconnu à la victime qui elle, est affectée par la règle, dans la mesure où la demande aboutit à la fixation d'un montant de dommages-intérêts⁹⁰⁴. Eu égard à ce constat, nous pouvons nous rallier à la position de la jurisprudence⁹⁰⁵, en affirmant que les actions en contrefaçon ne sont pas soumises à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles, si elles ne tendent qu'à l'établissement de l'acte litigieux, autrement dit si elle ne se bornent qu'à faire reconnaître le principe de

⁹⁰² Pour la suspension : A. HONORAT, obs. in D. 1974, jurispr. p. 475 et D. 1982, inf. rap. p. 514. c/ R. HOUIN, obs. in RTD com. 1968, p. 154, n° 42 in fine. TOUJAS et ARGENSON, La réforme de la faillite. Le nouveau régime du règlement judiciaire et de la liquidation des biens : JCP G 1968, II, 2179, spéc. n° 78

⁹⁰³ Action tendant à faire déclarer abusive la résiliation du contrat : Cass. com., 4 nov. 1980 : Bull. civ. 1980, IV, n° 361. ; Action tendant à faire établir une responsabilité : Cass. 3° civ., 21 avr. 1982 : D. 1982, inf. rap. p. 514, obs. A. HONORAT.

⁹⁰⁴ Cass. com., 3 juin 1986 : D. 1986, inf. rap. p. 417, obs. A. HONORAT

⁹⁰⁵ Action tendant à faire déclarer le défendeur coupable de contrefaçon et de concurrence déloyale : CA Paris, 10 juin 1981 : JurisData n° 1981-022810 ; Gaz. Pal. 1981, 2, somm. p. 204

responsabilité⁹⁰⁶. En revanche, l'action tendant au paiement de dommages et intérêts pour des faits allégués de contrefaçon tombent sous le coup de l'arrêt des poursuites individuelles⁹⁰⁷.

398. Avant l'adoption de la loi de transposition du 29 octobre 2007, la doctrine estimait que les dispositions du droit de la propriété industrielle, qui comportaient déjà cette formule, avaient pour effet de renvoyer aux articles 1382 et suivants du Code civil⁹⁰⁸.

Cette interprétation ne paraît plus pertinente aujourd'hui, car les conditions d'indemnisation prévues par le texte de 2007 modifiées par la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, dérogent aux modes d'évaluation des dommages et intérêts ayant normalement cours en droit commun. De sorte, que la « responsabilité civile » visée, n'est plus exactement celle qui résulte du Code civil, mais bien une responsabilité propre aux atteintes aux droits intellectuels. En toute hypothèse, la contrefaçon engage « la responsabilité civile de son auteur », y compris en droit de la propriété littéraire et artistique même si, par oubli sans doute, la réforme de 2007 n'en dit mot.

L'étude suivante a vocation à s'intéresser aux réparations pécuniaires prohibées par l'arrêt des poursuites individuelles. Elle se propose, de présenter de manière méthodique l'un des apports majeurs en matière d'indemnisation issu de la réforme de 2007, à la lumière des nouvelles dispositions visant l'amélioration des dédommagements civils⁹⁰⁹ issues de la loi du 11 mars 2014.

L'unité dans l'évaluation des dommages et intérêt est acquise depuis la loi du 29 octobre 2007⁹¹⁰. Deux approches sont proposées pour déterminer la réparation pécuniaire due par le contrefacteur. La prohibition s'entend de l'indemnisation classique (1), mais s'étend également à indemnisation forfaitaire (2).

⁹⁰⁶ CA Versailles, 12^e ch., 2^e sect. 29 avr. 2004, RG n° 02/05086

⁹⁰⁷ Cass. com., 21 juil. 1987, n° 85-18. 253, Bull. civ. IV, n° 203; Rev. proc. Coll. 1987/4, p. 37, obs. M-J. CAMPANA

⁹⁰⁸ T. AZZI, Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs, RTD civ. 2007. 227, n° 23 et les réf.

⁹⁰⁹ Chapitre II, dispositions relatives à l'amélioration des dédommagements civils, art. 2 de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014

⁹¹⁰ Les nouveaux articles L. 331-1-3 en propriété littéraire et artistique, L. 521-7 en matière de dessins ou modèles, L. 615-7 en matière brevets, L. 622-7 en matière produits semi-conducteurs, L. 623-28 en matière obtentions végétales, L. 716-14 en matière marques et L. 722-6 en matière d'indications géographiques CPI.

1. L'indemnisation classique

399. Initialement seuls, le titulaire originaire ou le cessionnaire d'un monopole disposaient naturellement du droit d'ester en justice, désormais, ce privilège est également reconnu aux licenciés exclusifs⁹¹¹. La première méthode fixée par la réforme de 2007 dispose pour l'ensemble des biens intellectuels que : « pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subie par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte ».

Cette première branche de l'option, permet au juge d'évaluer les dommages-intérêts de façon circonstanciée, en tenant compte d'un certain nombre de paramètres énoncés par la loi. La jurisprudence est constante sur ce point dans la mesure où elle précise que : « L'action devant la juridiction civile n'a pas pour objet de sanctionner un comportement, mais de réparer tout le préjudice et seulement le préjudice qui est une suite immédiate et directe des fautes commises »⁹¹².

400. Les textes invitent en outre le juge, à prendre en considération le préjudice moral que l'atteinte a causé au « titulaire du droit », ce qui signifie que le détenteur du droit privatif, ne peut souffrir d'un préjudice moral⁹¹³. Nombreuses peuvent être les violations du droit moral. À titre illustratif il peut s'agir d'une atteinte à la réputation, mais également d'une adaptation qui trahit l'esprit d'une œuvre, ou encore de la violation du droit de divulgation.

⁹¹¹ Trois conditions sont ainsi prévues : tout d'abord, ce droit n'est attribué qu'aux licenciés exclusifs ; ensuite, il n'existe qu'à condition que le contrat de licence n'en dispose pas autrement ; enfin, il ne peut être exercé qu'après une mise en demeure infructueuse du titulaire des droits ou, en matière de phonogrammes et de vidéogrammes, après notification au producteur. : En matière de brevets : article L. 615-2 CPI, marques article : L. 716-5 CPI, dessins ou modèles : article L. 521-2 CPI produits semi-conducteurs : article L. 622-7 CPI et de droits appartenant aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes Art. L. 331-1, nouveau, CPI. Cette disposition vise le licencié investi du droit « appartenant » au producteur. La formule a un sens incertain : soit on considère qu'elle désigne uniquement le droit voisin du producteur ; soit on estime qu'elle inclut aussi les droits qui lui sont cédés par les auteurs et les artistes-interprètes (V. not. en matière de vidéogrammes les art. L. 132-24, L. 212-4 et L. 215-1 CPI). En faveur de la première interprétation, on indiquera que l'art. L. 331-1 renvoie « aux dispositions du livre II » de la première partie du code de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire aux dispositions relatives aux droits voisins, et que les travaux préparatoires ne se réfèrent qu'à ces derniers (L. Bétaille, *op. cit.*, p. 62). Mais, en faveur de la seconde, on jugera très artificiel de procéder à une ventilation entre les différents droits, dès lors qu'ils sont entre les mains de la même personne et ont pratiquement trait au même objet.

⁹¹² CA Paris, 4^e ch., 12 octobre 1992, Gaz. Pal., Rec. 1993, somm. p. 357

⁹¹³ Sauf à estimer que la formule employée permet au licencié de percevoir des dommages-intérêts tenant compte du préjudice moral subi par le titulaire des droits.... Au vrai, la directive est plus ambiguë encore, dans la mesure où son article 13.1 indique que « la partie lésée » peut obtenir le versement des dommages-intérêts au profit du « titulaire du droit ». A supposer qu'il faille opérer une distinction, cela signifierait que le licencié qui agit en justice ne peut pas percevoir lui-même l'indemnité décidée par le juge !

L'expression de « conséquences économiques négatives » désigne, un paramètre classique qui recouvre en réalité deux éléments, que retenait déjà la jurisprudence par application des règles du droit commun de la responsabilité civile. La prise en compte des conséquences économiques négatives, permet de compenser le manque à gagner et la perte subie. Au-delà, la loi introduit un autre paramètre novateur.

401. Apport de la nouvelle loi renforçant la lutte contre la contrefaçon - Mais la nouvelle rédaction, va encore plus loin. La nouvelle terminologie, uniforme pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle est rédigée comme suit : « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement [...] les conséquences économiques négatives, le préjudice moral, les bénéfices réalisés [...] »⁹¹⁴. En effet, la nouvelle rédaction offerte par la loi renforçant la lutte contre la contrefaçon s'enrichit de l'adjonction de l'adverbe « distinctement » qui marque fortement la volonté faite par le législateur de prendre en considération chacun de ces éléments de façon autonome, de sorte qu'à la globalisation antérieure est substituée une réelle individualisation des éléments à prendre en compte dans la fixation de l'indemnisation.

402. En visant expressément les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au droit, le législateur de 2007, fait œuvre beaucoup plus novatrice. On s'éloigne alors du principe général gouvernant la responsabilité civile, selon lequel l'indemnisation doit être calquée sur le préjudice. En effet, en droit commun de la responsabilité, les profits réalisés par l'auteur du délit, n'influent pas sur le montant de l'indemnité, dans la mesure où la règle de réparation intégrale postule de compenser tout le préjudice, mais rien que le préjudice. Or, dorénavant, ce principe traditionnel n'est plus de mise en droit de la propriété intellectuelle. Les travaux préparatoires de la loi confirment cette orientation puisqu'ils évoquent l'introduction d'un « régime de responsabilité *sui generis* adapté aux spécificités de la propriété intellectuelle »⁹¹⁵.

403. La nouvelle rédaction de ces dispositions apporte une autre précision majeure dans la fixation des dommages et intérêts puisque la disposition relative aux « bénéfices réalisés par le contrefacteur » est augmentée par une fondamentale précision : « y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retiré de la contrefaçon ». Le texte s'appuie sur un rapport d'information de février 2011, dans lequel

⁹¹⁴ L'art.2 de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014, modifie les articles L. 331-1-3, L.521-7, L. 615-7, L. 623-28, L. 716-14, et L. 722-6 du code de la propriété intellectuelle.

⁹¹⁵ L.BETEILLE, *op. cit.* p. 30

Richard Yung et Laurent Bétaille « avaient mis en évidence la nécessité, d'une part, d'apporter certaines précisions ou clarifications souhaitées par les professionnels et, d'autre part, d'améliorer encore la protection de la propriété intellectuelle en France ».

Cette nouvelle rédaction marque clairement la volonté du législateur d'améliorer les dédommagements des victimes de contrefaçon en invitant le juge à prendre en considération des éléments nouveaux qui tiennent compte de l'évolution grandissante de la contrefaçon de sorte à élargir les facteurs qui visent à l'aiguiller dans son appréciation. En ce sens, il est vrai que la prise en compte des bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de la contrefaçon peut conduire à une sanction lourde et dissuasive, à l'image d'une vraie peine⁹¹⁶.

Reste qu'une autre approche, plus innovante encore, est envisageable. Elle consiste à voir dans la disposition nouvelle la consécration de dommages-intérêts punitifs⁹¹⁷.

2. L'indemnisation forfaitaire

404. L'indemnisation forfaitaire ou indemnité contractuelle par équivalent constitue une exception à la règle de réparation classique qui conserve, néanmoins sa nature de dommages et intérêts et revêt par ailleurs, un caractère forfaitaire⁹¹⁸.

À la demande de la partie lésée le juge peut également allouer à titre de dommages-intérêts « une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droit qui aurait été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte »⁹¹⁹.

⁹¹⁶ Toutefois, la doctrine fait parfois une distinction entre les dommages-intérêts qui, comme ici, sont calculés en fonction des bénéfices réalisés par l'auteur du délit et les véritables dommages-intérêts punitifs qui, eux, dépendent de la gravité de la faute, ce qui n'est pas strictement équivalent (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2005, 8e éd., n° 900). En ce sens, le système prévu dans la proposition de directive, lequel consistait à octroyer dans certains cas une indemnité du double du montant des redevances qui auraient été dues si le contrevenant avait obtenu l'autorisation, se rapprochait plus d'une peine privée. Or, ce système a finalement été abandonné, et le procédé ici analysé s'avère plus feutré. C'est sans doute pour ces raisons que le considérant n° 26 de la directive indique que le but de celle-ci n'est pas « d'introduire une obligation de prévoir des dommages-intérêts punitifs » et que les rapporteurs du projet de loi ont aussi repoussé cette qualification (L. BÉTEILLE, *op. et loc. cit.* ; P. GOSSELIN, *op. cit.*)

⁹¹⁷ C. CARON, *op. cit.*, n° 13

⁹¹⁸ Cette nouvelle règle de réparation est énoncée par la directive n° 2004-48 du 29 avril 2004. Toutefois, elle est d'inspiration française, car la solution existait dans notre droit depuis soixante ans, elle avait été théorisée par Henri DESBOIS. Sa doctrine se trouve sous les premières décisions ayant appliqué cette technique ; *Le droit d'auteur en France*, 3 éd., Dalloz, n° 783. La cour de cassation l'applique régulièrement, V. par ex. Cass. civ., 1^{ère}, 30 mars 2004, Bull. civ. I, n° 105

⁹¹⁹ S'agissant de la propriété littéraire et artistique, l'art. L. 331-1-3 utilise l'expression « auteur de l'atteinte aux droits » plutôt que le mot « contrefacteur », pour les raisons mentionnées *supra*, n° 27. S'agissant des indications

405. Apport de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014.- La nouvelle rédaction de cette disposition modifie substantiellement cette indemnisation puisque désormais il est précisé que « cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée. ». En effet, l'Assemblée nationale a modifié les modalités de l'indemnisation forfaitaire et apporté des précisions rédactionnelles, sans remettre en cause la position du Sénat visant à écarter tout risque de dommages et intérêts punitifs⁹²⁰. L'article 2 de la loi vise à améliorer le montant des dommages et intérêts auxquels peuvent prétendre les titulaires de droits de propriété intellectuelle victimes de contrefaçon. Ce texte avait été modifié⁹²¹ pour supprimer le risque de voir apparaître des dommages et intérêts punitifs, contraires à la tradition juridique française.

En outre, la commission des lois de l'Assemblée nationale est revenue sur le fait que l'indemnisation forfaitaire en matière de dommages et intérêts puisse être au moins égale au montant des redevances qui auraient normalement été dues, ce qui est l'état actuel du droit et ce que le Sénat avait conservé, en prévoyant que cette indemnisation forfaitaire devait par principe être supérieure. Elle a ajouté que cette indemnisation forfaitaire n'interdisait pas une indemnisation spécifique du préjudice moral, sans pour autant l'imposer⁹²².

Ainsi modifié, cet article ne soulève pas de réelle difficulté au regard d'éviter tout risque de dommages et intérêts punitifs, mais il faut néanmoins noter que cette méthode est nettement détachée de l'allocation de dommages-intérêts, normalement mesurés au préjudice souffert par la victime. Elle s'inscrit dans le nouveau courant du droit de la responsabilité civile, dit « normatif ». Il s'agit de dépasser la fonction indemnitaire, et allouer plus à la victime, que le dommage qu'elle a subi⁹²³. Plusieurs fondements lui sont reconnus dont : le gain manqué, le quasi-contrat, la peine privée et le paiement par équivalent.

géographiques, l'art. L. 722-6 remplace les termes « contrefacteur » et « titulaire des droits » par les expressions « auteur de l'atteinte à une indication géographique » et « partie lésée », pour les raisons évoquées *supra*, note 86. Directive n° 2004/48/CE, 29 avr. 2004, relative au respect des droits de la propriété intellectuelle, consid. 26

⁹²⁰ Travaux préparatoires : Sénat : proposition de loi n° 2014-315, modifié par l'Assemblée nationale, n° 335 ; Rapport J. M. CLÉMENT, au nom de la commission des lois, n° 1720

⁹²¹ Modification en première lecture par le Sénat

⁹²² Rapport M. DELEBARRE, au nom de la commission des lois, n° 382 du 19 février 2014 ; discussion et adoption le 26 février 2014

⁹²³ P. Y. GAUTIER, *Fonction normative de la responsabilité : Le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent*. D. 2008, p. 727

Le gain manqué évoque le fait que le contrat aurait dû être conclu, et ne l'a pas été par la faute du contrefacteur. L'indemnité devra ainsi couvrir son *lucrum cessans*, autrement dit le profit perdu. En utilisant le bien incorporel d'autrui sans rémunération en contrepartie, le défendeur a fait une économie substantielle, celle du prix qu'il aurait dû régler en contrepartie de l'autorisation du titulaire du droit. Par ailleurs, l'indemnité ainsi octroyée consiste en des dommages-intérêts, qui outre la compensation du dommage comportent une fraction intangible, punisse celui qui s'est livré à l'acte défendu⁹²⁴. Enfin, les dommages-intérêts alloués à la victime ont ici une fonction de paiement par équivalent. Autrement dit, l'allocation des redevances contractuelles, auxquelles le propriétaire du bien incorporel avait droit et dont il a été privé par le comportement illicite du défendeur⁹²⁵.

406. La nouvelle rédaction de la loi cherche à améliorer le montant des dommages et intérêts auxquels peuvent prétendre les titulaires de droits de propriété intellectuelle victimes de contrefaçon. Ces dispositions ont adapté le droit existant en la matière sans pour autant le bouleverser. La nouvelle rédaction se veut davantage précise en énonçant directement les trois chefs de préjudice à indemniser, tout en conservant la possibilité d'une indemnisation forfaitaire. Ces trois chefs de préjudice sont les conséquences économiques négatives pour la partie lésée, le préjudice moral ainsi que les bénéfices réalisés par le contrefacteur. Elle ajoute que tout ou partie des recettes tirées de la contrefaçon peut être confisquée au profit de la partie lésée si le juge estime que le montant des dommages et intérêts découlant des trois chefs de préjudice ne permet pas de réparer l'intégralité du préjudice⁹²⁶. Néanmoins, nous sommes contraints de constater que ces mesures réparatrices, de par leur nature indemnitaire et leur fondement sur la notion de « paiement de somme d'argent » s'opposent expressément aux règles du traitement judiciaire des entreprises en difficulté. Aussi, il nous faut examiner les règles propres au droit des procédures collectives justifiant cette paralysie.

B. LES JUSTIFICATIONS DE LA PROHIBITION

407. L'ouverture d'une procédure collective a pour premier effet d'interrompre les poursuites individuelles des créanciers contre leur débiteur. Le principe de l'arrêt des

⁹²⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2001, n° 4 s. ; G. HENRY, *L'évaluation en droit d'auteur*, IRPI-Litec, 2008, n° 161

⁹²⁵ L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *D* 1994, chron. 15-16

poursuites individuelles représentant le dispositif pilote du droit des entreprises en difficulté (I) implique des contraintes imposées aux victimes d'actes de contrefaçon (II).

I. Principe de l'arrêt des poursuites : dispositif pilote du droit des entreprises en difficulté

408. La portée du caractère collectif de l'ouverture d'une procédure collective et la vocation économique de la période d'observation deviennent de véritables obstacles procéduraux quant à l'introduction voire à l'aboutissement des actions en paiement⁹²⁷ telle que l'action en contrefaçon tendant notamment à obtenir la réparation du préjudice causé par un fait de contrefaçon. Cette règle permet à « la période d'observation de jouer son rôle de poumon artificiel »⁹²⁸. Elle représente un avantage majeur pour le débiteur, de l'ouverture d'une procédure collective⁹²⁹. La règle contribue aussi à la recherche d'un plan, de ce fait et durant cette période favorable au rétablissement économique, le débiteur devra mettre tous les moyens en œuvre pour parvenir à l'établissement d'un plan.

409. Corrélativement, il est logique de réduire le champ des poursuites contre le débiteur, bien au-delà de la période d'observation. En effet, cette règle d'ordre public est effective dès le jugement d'ouverture et se prolonge durant toute la durée de la procédure collective.

Cette situation trouve sa source principale dans le principe de l'absence de reprise des poursuites après la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. En effet, si la procédure de liquidation est clôturée pour insuffisance d'actif, les créanciers ne recouvrent pas leur droit de poursuite. Il en va également ainsi, du titulaire des droits de propriété intellectuelle ayant poursuivi le débiteur en contrefaçon. Cette disposition s'apparente à une véritable extinction de la créance elle s'impose dès lors au titulaire des droits de propriété intellectuelle, faisant obstacle à son droit de poursuite individuelle en tant que victime d'actes de contrefaçon.

Exceptionnellement, ce dernier peut recouvrer son droit de poursuite à l'issue de la procédure de liquidation judiciaire, il peut si sa créance a été admise, obtenir un titre

⁹²⁶ Rapport M. DELEBARRE n° 133 du 13 novembre 2013, fait au nom de la commission des lois

⁹²⁷ F. GANAY VALETTE, *Le droit commun de l'action en justice à l'épreuve du nouveau droit économique des entreprises en difficulté*, thèse Aix en Provence, 2010, p. 165 n° 243

⁹²⁸ JCP com. J. VALLANSAN, fasc. 2355 [situation des créanciers- arrêt des poursuites individuelles], éd. 2007 n° 3

⁹²⁹ A. JACQUEMONT, *Procédures collectives*, 5^{ème} éd. Litec 2007, n° 379

exécutoire par ordonnance du président du tribunal, ou si les créances n'ont pas été vérifiées, le mettre en œuvre dans les conditions de droit commun⁹³⁰. Seul est donc paralysé le droit de poursuite à l'encontre du débiteur.

La règle de l'arrêt des poursuites individuelles présente un caractère d'ordre public, elle peut donc être relevée d'office⁹³¹. L'action en contrefaçon entamée, doit être terminée ! Ceci signifie que l'instance en cours est interrompue jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de la créance, ces actions sont reprises de plein droit mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant, autrement dit l'interruption de l'action en contrefaçon (1), ne dure que jusqu'à la reprise de l'action en contrefaçon aux fins de fixation de la créance (2).

1. L'interruption de l'action en contrefaçon

410. Les actions en contrefaçon ne sont pas soumises à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles⁹³² si elles ne tendent qu'à l'établissement des actes litigieux, c'est-à-dire qu'à faire reconnaître le principe de responsabilité⁹³³, en revanche l'action tendant au paiement de dommages et intérêts pour des faits allégués de contrefaçon tombe sous le coup de l'arrêt des poursuites individuelles⁹³⁴. La règle s'applique en premier lieu aux actions par lesquelles le créancier tente d'obtenir directement paiement d'une somme d'argent à l'image de l'action en contrefaçon. L'article L. 622-22 du Code de commerce⁹³⁵ vise les actions en justice exercées contre le débiteur qui ont été déjà déclenchées antérieurement à l'ouverture de la procédure, alors qu'aucune décision passée en force de chose jugée n'a encore été rendue. Si l'instance n'a pas encore été déclenchée, c'est le principe de l'arrêt des poursuites qui s'applique. Autrement dit l'arrêt des poursuites individuelles interdit l'introduction d'une nouvelle action en contrefaçon. Pour les actions déjà introduites avant le jugement d'ouverture, il s'agit de l'interruption des poursuites individuelles.

L'interruption d'instance en contrefaçon ne dure que jusqu'à la déclaration de sa créance par le créancier victime d'actes argués de contrefaçon. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de

⁹³⁰ Art. L. 643-11, V du code de commerce

⁹³¹ CA Paris, 1^{ère} ch., 30 juin 1981,

⁹³² CA Versailles, 29 avr. 2004, *op. cit.*

⁹³³ P. M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.*, n° 621.41, p. 1580

⁹³⁴ CA Paris, 4^e ch. B, 13 mai 2005, RG n°2003/12092

⁹³⁵ Article L 622-22 du code de commerce : "*Sous réserve des dispositions de l'article L. 625-3, les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Elles sont alors reprises de plein droit, le mandataire judiciaire et, le cas échéant, l'administrateur ou le commissaire à l'exécution du plan nommé en application de l'article L. 622-25 dûment appelé, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant*".

sauvegarde, le débiteur doit, dès l'ouverture de la procédure collective, informer les organes des instances en cours auxquelles il est partie⁹³⁶. Ainsi, dans la situation optimale, le créancier, à son tour informé de la procédure collective de son adversaire, déclare sa créance et doit ensuite prendre l'initiative de la reprise d'instance en produisant à la juridiction saisie une copie de sa déclaration et en mettant en cause le mandataire judiciaire ainsi que, le cas échéant, l'administrateur lorsqu'il a pour mission d'assister le débiteur, ou le commissaire à l'exécution du plan⁹³⁷. Cette reprise a alors lieu de plein droit, le juge initialement saisi devant vérifier la régularité de la déclaration de créance⁹³⁸.

2. La reprise de l'action en contrefaçon aux fins de fixation de la créance

411. La juridiction initialement saisie reste donc compétente pour statuer sur la créance, tant pour en constater l'existence que pour en fixer le montant. Cependant, elle ne peut condamner le débiteur à payer son créancier en application des mesures réparatrices prévues par le contentieux de la contrefaçon⁹³⁹, et ceci, alors même que le demandeur avait expressément sollicité une condamnation⁹⁴⁰. Elle doit se contenter de constater la créance et d'en fixer le montant, et ceci dans la stricte limite du montant déclaré⁹⁴¹. La créance ainsi constatée reviendra dans le giron de la procédure collective. La décision de la juridiction après reprise, une fois passée en force de chose jugée sera, à la demande de l'intéressé, portée sur l'état des créances par le greffier du tribunal devant lequel se déroule la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire⁹⁴². Il a été jugé que le créancier n'est soumis à aucun délai pour faire inscrire sur l'état des créances le jugement rendu après reprise de l'instance en cours⁹⁴³. Ainsi, la juridiction de droit commun se voit-elle attribuer une compétence qui devrait normalement revenir au juge-commissaire, tout en statuant conformément aux règles procédurales du droit commun. Par conséquent, les voies de recours susceptibles d'être utilisées contre cette décision sont celles du droit commun et non celles du livre VI du Code de commerce. Ainsi le titulaire des droits de propriété intellectuelle ne peut agir en justice pour obtenir paiement de sa créance de dommages et intérêts compensant son préjudice né

⁹³⁶ Art. L. 622-6, al. 2 du Code com.

⁹³⁷ Art. R. 622-20 Code com.

⁹³⁸ Cass. com., 3 nov. 2009, n° 08-20490 : JurisData n° 2009-050158 ; Act. proc. coll. 2009-20, n° 301

⁹³⁹ Cass. com., 11 mai 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 182. - Cass. com., 8 mars 1994 : Bull. civ. 1994, IV, n° 98

⁹⁴⁰ Cass. com., 4 avr. 2006 : JurisData n° 2006-033067 ; Act. proc. coll. 2006-9, n° 99, obs. J. VALLANSAN ; RD bancaire et fin. 2006, comm. 109, obs. F.-X. Lucas

⁹⁴¹ Cass. com., 24 avr. 2007, n° 05-17.452 : JurisData n° 2007-038574 ; Act. proc. coll. 2007-11, comm. 125

⁹⁴² Art. R. 622-20, al. 2. Du Code com.

⁹⁴³ Cass. com., 21 févr. 2006, n° 04-20.135 : JurisData n° 2006-032303 ; Act. proc. coll. 2006, n° 58, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; Rev. proc. coll. 2006-3, p. 273, n° 6, obs. O. Staes

d'actes de contrefaçon. Il doit substituer à cette action une déclaration de créance au passif. La déclaration de créance, qui prend alors le relais de l'introduction de l'action en contrefaçon, est le corolaire direct de l'arrêt des poursuites individuelles.

412. Une importante interrogation doit être précisée : qu'en est-il des actes de contrefaçon postérieurs à l'ouverture de la procédure. Il est semble-t-il nécessaire d'envisager l'hypothèse dans laquelle les actes de contrefaçon seraient postérieurs à l'ouverture de la procédure. Les titulaires de droits de propriété intellectuelle sont-ils recevables à poursuivre le débiteur pour des actes de contrefaçon postérieurs à l'ouverture de la procédure ?

Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde, seuls les créanciers antérieurs étaient soumis à l'arrêt des poursuites individuelles. Cette règle constituant un sacrifice important pour les créanciers, traduisant d'une manière notable la distance qui séparait les créanciers antérieurs des créanciers postérieurs. La loi de sauvegarde des entreprises a entendu rétablir ce déséquilibre et préserver davantage la situation du débiteur. Elle a étendu le domaine de l'arrêt ou de l'interruption des poursuites aux créances postérieures qui ne bénéficient pas du traitement préférentiel. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la lettre du texte qui indique que la règle de l'arrêt ou de l'interruption des poursuites concerne toutes les créances non visées par l'article L. 622-17 du Code de commerce. Il s'agit d'une part des créances postérieures nées irrégulièrement et, d'autre part des créances postérieures nées irrégulièrement mais qui ne sont pas éligibles au traitement préférentiel, parce qu'elles ne correspondent pas aux critères téléologiques d'attribution du traitement préférentiel⁹⁴⁴. Certains auteurs voient dans cette formule, non un renvoi aux critères téléologiques mais un renvoi au respect des règles de répartition des pouvoirs entre le débiteur et les organes de la procédure⁹⁴⁵. Selon Monsieur le Professeur Pollaud-Dulian, il y a lieu de distinguer deux situations. La première hypothèse couvre la situation dans laquelle la créance résulte d'un délit ou un quasi délit commis par le liquidateur dans l'accomplissement de sa mission, pouvant fort bien bénéficier de l'article L. 622-17, notamment dans le cas où le dommage interviendrait dans le cadre d'une activité autorisée. En effet selon une partie de la doctrine, il faut admettre « pour les créances délictuelles ou quasi-délictuelles, que la régularité résulte du seul fait que la faute ou le dommage est survenu à l'occasion d'une activité autorisée »⁹⁴⁶. En revanche, dans la seconde hypothèse, il y a lieu d'admettre qu'une créance de répartition

⁹⁴⁴ P. M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* n° 621-10, p. 1572

⁹⁴⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, *op. cit.* n° 1796, p. 1059

⁹⁴⁶ Y. GUYON, *Droit des affaires*, T 2, 6 éd. Economica, 1997, n°1250

pour une contrefaçon commise par le débiteur entièrement dessaisi, est une créance née irrégulièrement. Ce critère de régularité fondé sur les pouvoirs des organes de la procédure est aujourd'hui concurrencé par le critère téléologique⁹⁴⁷ fondé sur la finalité ou l'utilité de l'acte dont résulte la créance. Les articles L.622-17 I et L.641-13 visent les créances nées régulièrement pour les besoins de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. Selon certains auteurs, peu important l'utilité effective d'une créance délictuelle, telle que celle résultant d'un acte de contrefaçon, car elle ne remplit pas ce critère⁹⁴⁸. Cet avis s'oppose à un autre courant qui propose une interprétation plus stricte : il faut que la créance naisse d'une faute inhérente à l'activité poursuivie après le jugement d'ouverture, soit que la faute constitue un moyen de l'activité, soit qu'elle constitue l'objet⁹⁴⁹. Ce qui correspond bien à l'acte de contrefaçon. Cette position aura notre faveur, en effet, nous considérons que la créance résultant d'un acte de contrefaçon peut parfaitement constituer une créance née régulièrement pour les besoins de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, néanmoins cela implique qu'il faille rechercher l'utilité effective de cette créance. Si l'on admet cette théorie, cela implique que la créance née d'un acte de contrefaçon en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur ou pour les besoins de la procédure, est une créance postérieure. En outre, toujours selon cette même théorie, si la créance nait d'une faute constitutive de contrefaçon liée à l'activité poursuivie, il pourra alors s'agir d'une créance postérieure éligible au traitement préférentiel non soumise à l'arrêt des poursuites individuelles. Ce qui signifie que les victimes d'actes de contrefaçon pourront alors poursuivre le débiteur. Cependant, il faut émettre beaucoup de réserves à cette théorie. En effet dans la pratique cette hypothèse ne sera que rarement voire jamais admise, la justification de cette exclusion réside dans la volonté de préservation du débiteur.

Apport de l'ordonnance du 12 mars 2014-. L'article L. 641-13, I alinéa 1^{er} énonçant les critères téléologiques du traitement préférentiel pendant le maintien de l'activité en liquidation s'enrichit d'un nouveau critère. En effet, l'ordonnance réformant le droit des entreprises ajoute à ce texte le critère de l'exécution d'un contrat décidée par le liquidateur. Ce nouveau critère pourrait à nouveau alimenter les discussions autour de la créance née d'actes de contrefaçon. En effet, le bénéficiaire d'un droit d'exploitation peut se livrer à toutes

⁹⁴⁷ Résultant de l'article L. 622-17

⁹⁴⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 603 : « les créances délictuelles, en principe, ne seront plus privilégiées car elles ne sont pas nées pour les « besoins » de la procédure. »

⁹⁴⁹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd. LGDJ 2009, n°314

sortes d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle appartenant à des tiers durant le maintien de l'activité en liquidation judiciaire.

Observons à présent l'influence exercée par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles sur les délais de prescription en matière de contrefaçon.

413. Il nous faut à présent déterminer l'incidence sur le cours des délais de l'action en contrefaçon arrêtée. L'interdiction des actions en justice a pour corolaire l'interruption des délais impartis à peine de déchéance ou de résolution. Cette interruption a pour effet d'effacer le délai déjà écoulé ; si le délai recommence à courir, ce sera pour sa durée entière, en l'occurrence l'action civile en contrefaçon se prescrit depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 2014 en cinq ans contre trois auparavant.

Notre propos n'est pas de reprendre en profondeur ce principe classique du droit des entreprises en difficulté mais de synthétiser la méthode générée dans l'application de ce principe aux actions en contrefaçon constituant par conséquent de véritables contraintes imposées aux victimes des actes litigieux.

II. Les contraintes imposées aux victimes d'actes de contrefaçon

414. À l'heure moderne du « droit au juge » qui suppose, dans un État de droit, la faculté reconnue à toute personne d'agir en justice pour faire valoir ses droits, il est certain que le caractère impérieux de quelques dispositions vienne aujourd'hui montrer la contradiction entre le libre accès à la justice⁹⁵⁰. Ici aussi « aucun droit, fût-il un droit de l'homme n'est absolu »⁹⁵¹.

D'une manière classique, les créanciers se soumettent aux règles de la procédure collective dépossédés d'un bon nombre de prérogatives individuelles attachées à leurs créances : règle de l'interdiction de paiement⁹⁵², interdiction des inscriptions⁹⁵³, arrêt du cours

⁹⁵⁰ DELMOTTE, accès au juge dans les procédures collectives, LPA 28 nov. 2008, p. 50

⁹⁵¹ Cass. com., 3 fév. 2009, rev. proc. coll. 2009, comm. n° 47 obs. Ch. LEBEL : La cour de cassation rappelait que cette suspension automatique des poursuites, d'une durée indéterminée, porte atteinte, dans leur substance même, aux droits de créanciers, privés de tous recours, tandis que le débiteur dispose de recours suspensifs devant les juridictions administratives. Dès lors les dispositions qui organisent cette suspension méconnaissent les exigences de l'article 6§1 de la CEDH qui permet à un état de limiter le droit d'accès à un tribunal dans un but légitime à la double condition que la substance même de ce droit n'en soit pas atteinte et que si tel est le cas, les moyens employés soient disproportionnés à ce but. Il est donc permis à un juge d'écarter la suspension automatique des poursuites chaque fois que le respect de l'article 6§1 précité le requiert.

⁹⁵² Art. L. 622-7 Code com.

⁹⁵³ Art. L.622-30 Code com.

des intérêts⁹⁵⁴, arrêt des voies d'exécutions⁹⁵⁵, interruption ou interdictions des actions en justice. Ce « gel des droits des créanciers »⁹⁵⁶ constitue un sacrifice important pour les créanciers et traduit de la manière la plus notable l'atteinte portée aux victimes d'actes de contrefaçon auxquels s'est livré le débiteur.

415. Fondée sur la volonté législative de soumettre l'ensemble des créanciers aux mêmes règles. Cette règle classique dans les procédures de règlement du passif permet d'assurer un traitement égalitaire des créanciers, dans toutes les phases de la procédure collective⁹⁵⁷. Cette volonté d'organiser collectivement la procédure collective⁹⁵⁸, ne peut être rendue possible qu'en supprimant les initiatives individuelles qui se traduiraient par le « prix de la course ». Cette règle traditionnelle du droit des entreprises en difficulté était autrefois fondée sur la thèse du dessaisissement du débiteur⁹⁵⁹ et de la constitution de créanciers en masse, découle désormais du caractère collectif et égalitaire de la procédure⁹⁶⁰. Une doctrine va encore plus loin en démontrant que la règle de l'arrêt des poursuites individuelles maintient entre autre la pertinence du caractère collectif de la procédure en dépit de la disparition de la masse des créanciers⁹⁶¹, il semble en effet évident que la paralysie de certaines actions favorise une discipline commune et renforce l'unité des créanciers concernés par ce sacrifice. Il est effectivement question de l'existence de l'intérêt collectif et non individuel qui est mis en évidence dans l'application de cette mesure justifiant donc la mise à l'écart des actions individuelles.

416. Au-delà du caractère collectif de cette qualité procédurale particulière au droit des entreprises en difficulté, cette règle démontre l'avantage de l'évitement de certaines actions en justice telle que l'action en contrefaçon au sein de la procédure collective. Laisser ces actions prospérer, compromettrait définitivement les chances de sauvetage et le succès de l'élaboration d'un plan. Continuer à reconnaître des droits aurait pour conséquence d'amoindrir le patrimoine et mettrait d'avantages en péril l'entreprise en difficulté. Cette forme d'inaction procédurale recherchée par le législateur n'existe pas dans l'unique objectif de promouvoir une forme d'égalité formelle des créanciers dans le prix de la course et d'éviter qu'ils ne s'arrachent l'actif dans le désordre. Le principe de l'arrêt des poursuites a aussi pour avantage de procurer un temps de répit utile au débiteur. Il s'agit par conséquent d'un élément

⁹⁵⁴ Art. L. 622-28 Code com.

⁹⁵⁵ Art. L. 622-21 Code com.

⁹⁵⁶ C. SAINT ALARY HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Monchrestien 7^{ème} éd. , p. 400, n° 620

déterminant pour la réussite des objectifs économiques recherchés dans l'ouverture d'une procédure collective.

Le droit des procédures collectives, nous venons de l'observer, évince les règles prévues en matière d'indemnisation de victimes de contrefaçon, qui préféreraient à celles-ci des mesures ayant vocation à prospérer, ayant pour conséquence directe de limiter l'impact de la règle de l'arrêt des poursuites.

§2. MESURE LIMITANT L'IMPACT DE LA RÈGLE

417. Les difficultés de mise en œuvre des sanctions réparatrices de la contrefaçon, nous ont conduits à rechercher des solutions en vue de satisfaire les victimes d'actes de contrefaçon commis par le débiteur; cette recherche nous a conduits à nous intéresser de plus près à la nature de cette action spécifique. En effet, l'action en contrefaçon ne peut être réduite à la réparation d'un préjudice et à la cessation d'un comportement fautif; l'action en contrefaçon est attachée à un droit réel, un droit de propriété fut-elle immatérielle. L'on a pu lire sous la plume d'un auteur que « L'action en contrefaçon n'est à bien réfléchir qu'une action en « rei vindicato », une action destinée à faire cesser l'empiétement indu, une action dont l'objet n'est autre que la défense de la propriété et qui est, dans le champ des propriétés intellectuelles, de l'ordre du pétitoire. La teinte, évidente et véritable, d'action en responsabilité et donc réparatrice qui est la sienne ne change rien à cela. »⁹⁶². Cette distinction, à laquelle nous nous sommes attachés différencie la fonction restitutive de l'action en contrefaçon, obtenue par l'interdiction de poursuivre les actes délictueux, et sa fonction réparatrice, obtenue par l'octroi de dommages et intérêts en réparation du dommage subi. De ce point de vue, l'action en contrefaçon peut apparaître comme une action de type « rei

⁹⁵⁷ F.PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8^{ème} éd. LGDJ 2009, n° 229; J.L VALLENS, *L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours*, RTD com. 1991, p. 529

⁹⁵⁸ J. VALLENS, *Lamy Droit commercial*, 2007, n° 3121; B.SOINNE, *Traité théorique et pratique des procédures collectives Litec*, éd. 1995, n° 1039

⁹⁵⁹ Selon une première doctrine la règle de la suspension des actions découlait du dessaisissement du débiteur en raison de son impossibilité à se défendre. Thèse confirmée par la jurisprudence (Paris, 8 mai 1948, D. 1948, 429), puis de part le principe du dessaisissement à contenu variable, la nécessité de suspendre les actions individuelles va perdre de son intérêt lorsque le débiteur sera peu ou pas dessaisi la suspension est alors injustifiée. Cette thèse sera ultérieurement écartée. LYON-CAEN, Renaud et amiaud, *Traité de droit commercial*, T. VII, n° 251; PERCEROUX et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, T. II, n° 749

⁹⁶⁰ B.SOINNE, *Traité théorique et pratique des procédures collectives Litec*, éd. 1995, n° 1039

⁹⁶¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le caractère collectif des procédures collectives », *Rev. Jurisp. Com.* p. 299

⁹⁶² J. FOYER, M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p.330

vindicatoire », une action tendant à assurer la défense d'une propriété intellectuelle (A) et à en restaurer l'intégrité (B).

A. DÉFENSE D'UNE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

418. La fonction réparatrice de l'action en contrefaçon, peut être obtenue par l'allocation de dommages intérêts, seulement celle-ci ne trouve pas application durant la procédure collective du contrefacteur⁹⁶³. Pour une partie de la doctrine, l'action en contrefaçon s'apparente à une action en revendication⁹⁶⁴. Selon Roubier, il conviendrait de considérer que l'action en contrefaçon devrait être rapprochée de l'action en revendication en ce qu'elle permet la restitution du monopole auquel il a été porté atteinte en permettant l'interdiction pour l'avenir, de la contrefaçon.

Il a pu être retenu à son égard que « cette action est l'essence des droits de propriété intellectuelle que l'on dit généralement constituer des droits réels ; elle en est le prolongement sur le terrain contentieux pour assurer leur défense contre toute atteinte ; elle constitue donc l'exercice d'une prérogative à eux attachée »⁹⁶⁵.

Lors de l'examen de la proposition de la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon nouvellement, il a pu être lu dans le rapport que « la lutte contre la faute lucrative permettait la restitution au titulaire du droit auquel il était porté atteinte »⁹⁶⁶. Dans le même sens, un auteur considère qu'« en tant qu'elle assure la sanction des droits du breveté, elle lui permet de faire cesser les troubles de jouissance qui affectent sa propriété, l'action en contrefaçon apparaît aussi comme une action rei vindicatio »⁹⁶⁷.

Tous les droits de propriété intellectuelle, ou presque ont en commun l'action spécifique en contrefaçon qui remplit la fonction « rei vindicatoire »⁹⁶⁸, si l'on considère que le droit de propriété intellectuelle participe de la nature du droit de propriété, alors il convient d'en déduire que l'action en contrefaçon s'apparente à l'action en revendication⁹⁶⁹.

Cette action a pour substance la défense d'un droit subjectif de propriété intellectuelle et la restitution du monopole accordé par ce droit. Considérer que cette action spéciale revêt un

⁹⁶³ A. SAINT-MARTIN, Les spécificités de l'action en contrefaçon au regard du droit commun, *in* Propriété intellectuelle et droit commun, ERCIM, éd. PUAM, 2007, spéc. P. 70

⁹⁶⁴ J. PASSA, Contrefaçon et concurrence déloyale, Litec, IRPI 1997, p. 52 n° 85

⁹⁶⁵ J. PASSA, *ibid.*

⁹⁶⁶ Rapport DELEBARRE n° 382 du 19 février 2014, Exposé général du projet de loi renforçant la lutte contre la contrefaçon

⁹⁶⁷ M. VIVANT, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, éd. 2004, Lamy 2004, n° 102

⁹⁶⁸ F. POLLAUD-DULIAN, La propriété industrielle, *op. cit.* n° 50, p. 26

⁹⁶⁹ J. PASSA, Contrefaçon et concurrence déloyale, Litec, IRPI 1997, p. 52 n° 85

aspect revendicatoire⁹⁷⁰ revient à admettre qu'elle puisse se révéler, contre toute attente, favorable à la victime d'actes de contrefaçon agissant à l'encontre du débiteur, bénéficiant de la protection prioritaire de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles.

Admettre que l'action en contrefaçon puisse avoir pour objet la reconnaissance du droit de propriété du propriétaire implique par définition la restitution de son droit.

B. RESTAURATION DE L'INTÉGRITÉ DE LA PROPRIÉTÉ

419. L'action en contrefaçon peut ainsi être exercée par le propriétaire et tendre à obtenir la restitution du monopole dont il a été privé⁹⁷¹, en interdisant au tiers contrefacteur de jouir du droit en cause, il semble bien qu'elle soit semblable à une action en revendication. Considérer une fonction restitutive, consistant « à rendre au titulaire du droit son exclusivité », revient alors à considérer que l'action en contrefaçon doit être rapprochée d'une action en revendication, et être susceptible d'être soustraite à l'arrêt des poursuites individuelles qui vise à protéger le débiteur contre lequel les mesures sont ordonnées. Si le droit des procédures collectives reconnaît la revendication des biens incorporels et par conséquent des droits de propriété intellectuelle, c'est certainement en vue de leur restitution, puisque la reconnaissance du droit de revendiquer dans ce cadre réalise un compromis entre les intérêts des propriétaires et de la procédure, compromis tout entier tourné vers la restitution⁹⁷².

En matière de propriété intellectuelle, cette restitution sera obtenue par la cessation du comportement contrefacteur, ce qui ne présente pas de difficulté spécifique. Cette action permet de rendre au « titulaire du droit son exclusivité »⁹⁷³. En effet, le titulaire du droit de propriété intellectuelle s'est vu privé de son monopole et l'interdiction qui sera faite au débiteur de poursuivre les actes contrefaisants le rétablit dans son monopole.

L'application pratique du caractère revendicatoire de l'action en contrefaçon pourrait se révéler très opportun lorsqu'il s'agira de condamner le débiteur contrefacteur au paiement d'une somme d'argent.

⁹⁷⁰ Cette fonction consiste à réclamer une chose qui nous appartient, qui nous revient légitimement et dont nous sommes privés

⁹⁷¹ Ce qui est parfaitement clair en matière de marque : article L.713-1 CPI : « l'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur sa marque »

⁹⁷² M. LAROCHE, Revendication et propriété du droit des procédures collectives au droit des biens, Defrénois, collection des thèses 2007, n° 83

⁹⁷³ P. ROUBIER, Le droit de la propriété industrielle, T I sirey, 1952, p. 456, n°100

420. On peut en outre affirmer que l'action en contrefaçon doit être considérée comme une action en responsabilité civile délictuelle classique ou comme une action en revendication, la cessation permettra de restituer au titulaire du droit de propriété intellectuelle auquel il a été porté atteinte, son monopole. Pour aller plus loin, selon Monsieur le Professeur Vivant « même lorsqu'il est dit par la loi qu'un acte de contrefaçon n'engage pas la responsabilité civile de son auteur, il resterait possible de condamner celui-ci au versement d'une somme d'argent, puisqu'un tel paiement ne serait pas alors identifié à une réparation »⁹⁷⁴. Ainsi par exemple, en matière de brevets, l'article L. 615-1 dispose que « l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou la détention en vue de l'utilisation ou la mise dans le commerce d'un produit contrefait lorsque ces faits sont commis par une autre personne que le fabricant du produit contrefait, n'engagent la responsabilité de leur auteur que si les faits ont été commis en connaissance de cause ». Dans cette hypothèse si la responsabilité du contrefacteur n'est pas engagée, il n'en sera pas moins condamné à cesser les actes délictueux. En effet, « le jugement qui constate l'acte matériel de contrefaçon met nécessairement son auteur en connaissance de cause ; le juge peut forcément lui ordonner une mesure d'interdiction »⁹⁷⁵.

421. Reconnaître à l'action en contrefaçon un caractère revendicatoire permettrait de contourner la difficulté posée par l'interdiction des poursuites individuelles particulièrement par l'interdiction des actions en paiement d'une somme d'argent afin que ce caractère soit effectif. Encore faudrait il que la jurisprudence prenne davantage en considération cette particularité de l'action en contrefaçon. C'est peut être dans cette voie qu'elle s'engage lorsqu'elle considère, pourtant contre l'avis de la doctrine majoritaire⁹⁷⁶, qu'en matière de droit d'auteur « la contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés »⁹⁷⁷.

L'opportunité que révèle la distinction prend toute sa signification au moment où le

⁹⁷⁴ M.VIVANT, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, éd. 2004, Lamy, 2004, n° 122

⁹⁷⁵ J.PASSA, Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle : Plaidoyer pour une clarification, Prop. intell. Jan. 2004, p. 10, n° 22

⁹⁷⁶ J. PASSA, Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plaidoyer pour une clarification, Prop. intell., jan 2004, n° 10, p. 513 ;P.SIRENELLI, Action civile, indifférence de la bonne foi, note à propos de Cass.civ.1^e, 29 mai 2001, :Prop. intell. oct. 2001, n° 1, p. 71; P.Y. GAUTIER, L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil en contrefaçon, Prop. intell. avril 2002, n° 3 p. 28

⁹⁷⁷ Cass. civ. 1^e, 29 mai 2001, : Prop. intell. Oct. 2001, note P. SIRINELLI; D. 2001, n° 1, p. 71, obs. Critique P.SIRINELLI

caractère indemnitaire de l'action en contrefaçon se trouve paralysé et complètement écarté par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles. Le caractère revendicatif permet la restitution du monopole et peut ainsi prospérer, alors que le caractère indemnitaire répare le préjudice résultant de l'atteinte au monopole, doit nécessairement être écarté. Il faut ainsi reconnaître qu'il existe une réelle distinction entre les deux aspects de l'action en contrefaçon qui profite au titulaire des droits de propriété intellectuelle agissant contre le débiteur.

SECTION 2

LE MAINTIEN DÉLICAT DE L'ACTION AU PÉNAL

422. Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, peuvent au choix de la victime se poursuivre devant les juridictions civiles ou répressives, pour faire cesser l'usage et obtenir réparation. Un droit pénal spécial s'est développé et s'est amplifié depuis une décennie autour de la propriété intellectuelle, le législateur édictant des incriminations, des procédures et des sanctions ajustées aux singularités des droits de propriété intellectuelle⁹⁷⁸. Roubier considérait, que la sanction pénale était l'objet même de l'action en contrefaçon⁹⁷⁹, mais il faut cependant admettre que l'action pénale est très marginalement utilisée pour sanctionner la contrefaçon alors qu'elle apporte des réponses idoines à ce phénomène croissant⁹⁸⁰. Cependant, il faut prendre ici toutes les précautions d'usage possibles, car le sort réservé à l'action au pénal peut être lourd de sens sur les possibilités de redressement du débiteur lui-même. Dans cette hypothèse, l'exercice de l'action peut porter atteinte aux possibilités de sauvetage de l'entreprise frappant le patrimoine du débiteur ainsi que sa personne et sa réputation. De même, la confrontation du droit des procédures collectives et du droit pénal de la propriété intellectuelle crée ici une opposition délicate : il s'agit en effet, d'accorder aux victimes de contrefaçon un droit à réparation élargi, tout en sauvegardant le principe d'égalité, qui régit les relations des créanciers au sein de la spécificité procédurale du droit des entreprises en difficulté. Cette action ne doit pas constituer un moyen de contourner l'égalité de traitement qui doit en principe être instauré entre les créanciers. L'action pénale en contrefaçon risquant fortement de constituer une entrave à la mise en œuvre des objectifs de la procédure collective se heurtera à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles. La

⁹⁷⁸ N. BINCTIN, Droit de la propriété intellectuelle, *op. cit.*, n° 1294, p. 898

⁹⁷⁹ P. ROUBIER, Le droit de la propriété industrielle, T I sirey, 1952, p. 110, n°70 *La facette pénale de l'action en contrefaçon permettait de la distinguer de l'action en concurrence déloyale, la première étant essentiellement dans son principe une action pénale alors que la seconde étant au contraire une action essentiellement privée*

⁹⁸⁰ N. BINCTIN, contrefaçon de brevet, JCP pénal des aff. Fasc 10, spéc. §n° 5

répression pénale de la contrefaçon n'offre pas plus de possibilités de succès durant la procédure collective que la voie civile, l'arrêt des poursuites individuelles s'opposant à toute initiative individuelle tendant au paiement d'une somme d'argent. Les dispositions spécifiques qui concourent à assurer au débiteur une protection spécifique, évincent le droit de la répression pénale. Ce dernier est voué à l'échec durant la procédure collective de l'auteur des actes incriminés.

Délimitation du sujet : Notre propos n'étant pas d'établir une distinction entre la contrefaçon sur le terrain civil et la contrefaçon sur le terrain pénal, ni même d'en présenter les règles ayant vocation à s'opposer de manière identique aux réparations pécuniaires. Nous nous proposons de dépasser cette dichotomie et percer les possibilités offertes par l'action pénale de se constituer partie civile. L'étude de l'action civile exercée devant les juridictions répressives présente un intérêt significatif au regard de notre sujet. L'articulation de l'action civile dans le cadre procédural du traitement judiciaire des difficultés des entreprises offre un champ d'exploration particulièrement intéressant. En effet, si l'action civile individuelle n'est pas systématiquement exclue, son exercice par le propriétaire du droit illégalement utilisé, se heurte aux contraintes imposées par le droit qui règne sur la procédure collective. En revanche, le débiteur obtient, dans la loi de sauvegarde le plein exercice de l'action civile. Le droit des procédures collectives limite habituellement l'exercice des initiatives individuelles tant du débiteur que de ces créanciers. En matière d'action civile ces restrictions sont moindres dans un cas que dans l'autre, essentiellement car au regard des objectifs de la procédure collective l'action civile du titulaire des droits de propriété intellectuelle (§1) présente un risque que ne présente pas l'action civile du débiteur (§2).

§1. L'ACTION CIVILE DU TITULAIRE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

423. Le traitement judiciaire de l'entreprise en difficulté, ne peut s'opposer à la protection des créanciers en leur qualité de victimes de faits de contrefaçon. Ils doivent pouvoir décider de se constituer partie civile suite à la commission d'une infraction commise par le débiteur. En effet, il semblerait que si l'on autorise le créancier à agir à titre individuel dès lors que le droit des procédures collectives le permet, c'est à la condition qu'il puisse exercer sans limite l'action civile et être réparé de son préjudice comme toute autre victime :

« à action individuelle, profit individuel »⁹⁸¹. Le choix des victimes de la voie pénale dans la lutte contre la contrefaçon présente un caractère résiduel qui implique que l'action en contrefaçon vise essentiellement la cessation de l'atteinte au droit et l'indemnisation des atteintes réalisées⁹⁸². Cependant le souci de vindicte des victimes, peut être d'autant plus important que la possibilité de réparation pécuniaire est aléatoire lorsque les actes de contrefaçon sont imputables au débiteur. L'action civile est certes l'action en réparation de l'infraction⁹⁸³, ouverte au titulaire de droits de propriété intellectuelle illégalement utilisés, néanmoins celle-ci ne saurait se cantonner exclusivement à l'indemnisation. Il faut reconnaître à cette action deux aspects, en effet, l'action civile constitue à la fois une action réparatrice soumise à l'arrêt des poursuites individuelles (A) et une action répressive admise par l'arrêt des poursuites (B).

A. UNE ACTION RÉPARATRICE SOUMISE À L'ARRÊT DES POURSUITES

424. Les différentes atteintes portées aux droits de propriété intellectuelle constituent des délits correctionnels. Le Code de la propriété intellectuelle incrimine ainsi les atteintes portées sciemment aux droits d'un auteur, d'un dessin ou modèle, d'un brevet, d'un certificat d'obtention végétale ou d'une marque⁹⁸⁴. L'ensemble de ces infractions implique la preuve d'un élément intentionnel caractérisé par l'adverbe « sciemment »⁹⁸⁵. La preuve de l'élément matériel, peut être rapportée au moyen de procès verbaux des officiers ou agents de la police judiciaire, mais également par des agents assermentés. Cependant, il est admis en règle générale, qu'elle puisse être rapportée par tous moyens

Quant à l'élément intentionnel, il est présumé. Les juges considèrent que la matérialité de l'infraction implique qu'elle ait été commise sciemment. Il appartient au contrefacteur, d'administrer la preuve contraire de sa bonne foi. Au civil, le simple fait de porter atteinte au droit du propriétaire par exemple, constitue une faute engageant la responsabilité de son auteur.

Est compétent en matière pénale, le Tribunal correctionnel du domicile ou du lieu de

⁹⁸¹ A. MARTIN-SERF, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », in Mélanges A. HONORAT, éd. FRISON-ROCHE, 2000, p. 157

⁹⁸² J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, *op. cit.*, p. 349 ; N. MARTIN, *Concurrence déloyale et contrefaçon*, in *propriété intellectuelle et droit commun*, ERCIM, PUAM, 2007

⁹⁸³ Art. 2 du code de procédure pénale

⁹⁸⁴ Respectivement dans l'ordre de citation : articles L.335-2, L.521-10 ; L. 615-14, L. 623-32, L. 716-9 et L. 716-10. Toutefois en matière de marque, le seul délit de substitution de produit est intentionnel et l'exigence de mauvaise foi n'est pas requise de façon générale.

⁹⁸⁵ Toutefois, en matière de marque, le seul délit de substitution de produit est intentionnel et l'existence de mauvaise foi n'est pas requise de façon générale.

résidence du prévenu, ou du lieu où ont été commis les faits de contrefaçon⁹⁸⁶. Toute victime d'un acte de contrefaçon peut porter plainte auprès d'un officier de police judiciaire, ou auprès du procureur de la république du lieu de l'infraction ou du domicile de l'auteur de l'acte incriminé. La victime peut choisir de déposer plainte avec constitution de partie civile ce qui lui permet de déclencher les poursuites pénales.

425. Durant les dernières années, le dispositif répressif de lutte contre la contrefaçon a été progressivement renforcé par le législateur français⁹⁸⁷, la sanction pénale ayant été largement uniformisée et alourdie. À titre informatif nous pouvons jouter que la répression pénale de la contrefaçon se compose de peines principales et complémentaires: La sanction de droit commun pour le délit de contrefaçon est de 3 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Si le délit est commis en bande organisée, la peine est de 5 ans d'emprisonnement et de 500 000 euros d'amende. En cas de récidive ou si le contrefacteur était lié par un contrat avec l'auteur ou le titulaire des droits de propriété intellectuelle, la peine est portée au double. En outre, la loi du 29 octobre 2007 a mis en place d'autres sanctions. Il s'agit tout d'abord, selon la directive de 2004 de « mesures correctives ». Elles permettent au tribunal d'ordonner que les produits contrefaisants, ainsi que les matériaux et les instruments ayant servi à leur création soient rappelés des circuits commerciaux, écartés de ces derniers, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée. Sont par ailleurs envisagées des mesures de publicité qui, permettent au tribunal d'ordonner la publication intégrale ou partielle du jugement de condamnation dans les journaux ou sur internet. Le tribunal peut également prononcer la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction. Ces diverses sanctions sont supportées financièrement par le contrefacteur. En réalité, ainsi qu'il a été justement remarqué, elles sont pour la plupart utilisées depuis longtemps par les magistrats français, mais la nouvelle loi a le mérite de leur donner une assise textuelle solide.

⁹⁸⁶ W. BOURDON, Le droit pénal est-il un instrument efficace face à la criminalisation croissante de la contrefaçon ?, D.2008, p. 729

⁹⁸⁷ Deux lois importantes sont notamment intervenues : La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite « Perben II », portant adoption de la justice aux évolutions de la criminalité et la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 DADVSI relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société d'information, dont les dispositions figurent dans le code de la propriété intellectuelle. Les atteintes aux droits d'auteur et aux droits voisins sont réprimées par les articles L.335-1 à L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle. Les atteintes aux autres droits sont sanctionnées pénalement, pour les bases de données, par les articles L. 343-1 à L. 343-3, pour les dessins et modèles par les articles L. 521-2 à L. 521-6, pour les brevets, par les articles L. 615-12 à L. 615-16, pour les obtentions végétales, par les articles L. 623-32 à L. 623-35, et pour les marques L. 716-9 à L. 716-14 du même code. La loi du 29 octobre 2007, n'apporte que peu de modifications, l'article 2 de la loi n°2011-267 du 14 mars 2011, JO 15 mars 2011 modifie le régime des délits en matière de contrefaçon de dessins et modèles de brevets de marques, en prévoyant leur commission en bande organisée ou sur un réseau de communication publique en ligne.

Enfin, la réforme ajoute, concernant les seuls droits de la propriété littéraire et artistique, que la juridiction peut ordonner la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par la contrefaçon, afin qu'elles soient remises à la partie lésée ou à ses ayants droit. Dans la pratique, la grande majorité des peines prononcées consistent en une amende et des peines d'emprisonnement avec sursis, assortie de la confiscation des produits contrefaisants. L'ensemble de ces mesures, sans qu'il soit nécessaire de développer davantage sont formellement paralysées par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles, dès lors qu'une telle action est susceptible de viser le débiteur bénéficiaire des règles protectrices de son statut. Il est compréhensible que le droit des procédures collectives cherche à mettre en échec les solutions en principe applicables devant la juridiction répressive. Il est pourtant nécessaire de trouver un équilibre en luttant contre l'impunité de contrefacteurs tout en évitant la multiplication d'initiatives individuelles. L'adoption de la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises a permis au législateur d'apporter quelques modifications au domaine de l'exercice de l'action civile dirigée contre le débiteur. Ces remarques invitent à préciser la recevabilité de l'action civile dans le cadre de la procédure (I) et examiner par ailleurs le délai de déclaration de la créance (II) spécialement consacré à la partie civile.

I. La recevabilité de l'action civile dans le cadre de la procédure

426. L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit, ou une contravention, appartient devant la juridiction répressive, à tous ceux qui ont personnellement souffert des conséquences directes de l'infraction⁹⁸⁸. Il en va notamment ainsi pour les victimes d'actes de contrefaçon. Indissociable de la procédure pénale et du droit des victimes, l'action civile est l'action en réparation du dommage causé par un fait infractionnel⁹⁸⁹. Le délit de contrefaçon trouve son terrain d'application dans les infractions dites de droit commun, pour lesquelles aucune dérogation ne paraît devoir venir troubler l'application de l'article 2 du Code de procédure pénale. Malgré la dimension collective du droit des entreprises en difficulté, il ne peut être fait abstraction, des cas où les titulaires des droits de propriété intellectuelle souhaitent exercer l'action civile à titre individuel⁹⁹⁰. La recevabilité de l'action

⁹⁸⁸ Art. 2 du code de procédure pénale

⁹⁸⁹ Art. 2, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale : «L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction».

⁹⁹⁰ L. MARTELLO, « L'action civile dans les procédures collectives », LPA 28 nov. 2008, n° 239, p.15 Il ne sera donc pas fait mention des actions dirigées contre les tiers complices qui pourront prospérer normalement, en raison d'une absence totale de lien avec la procédure collective en cours

civile reste acquise, dès lors qu'il est question d'infractions qui ne sont pas spécifiques au droit des entreprises en difficulté, et qu'aucune disposition n'envisage de solutions dérogatoires quant à l'exercice des poursuites. Cependant, l'action civile au pénal intentée contre le débiteur doit être exercée dans le strict cadre de la discipline collective.

Il est admis en jurisprudence qu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la personne poursuivie, la constitution de partie civile demeure recevable, en ce qu'elle tend à ce que soit fixé le montant du préjudice découlant des infractions poursuivies, et pour lequel le créancier doit déclarer la créance au passif. Si la recevabilité de l'action civile semble aujourd'hui acquise, il faut relever que cela n'a pas toujours été le cas.

427. Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises, l'action civile de la victime d'une infraction commise par le débiteur en procédure collective était irrecevable⁹⁹¹, elle demeurait admise dès lors qu'elle ne tendait qu'à la constatation de la responsabilité civile du prévenu, et non à la condamnation au paiement d'une somme d'argent de celui-ci⁹⁹². Pourtant, en principe, les conditions de recevabilité de l'action civile de la victime sont indépendantes de l'exercice effectif ou des possibilités d'exercice de la demande de réparation⁹⁹³. Dès le XIXe siècle, la jurisprudence a instauré à propos de la situation des créanciers dans les procédures collectives une dissociation entre les deux aspects de la constitution de partie civile. Cette solution a encore été admise sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 qui considérait que, les créanciers étaient admis à se constituer partie civile sans demander d'indemnisation, à la seule fin de corroborer l'action publique⁹⁹⁴. Autrement dit leur

⁹⁹¹ Cass. ch. mixte, 29 avr.1977, D. 1977, 449, note A. HONORAT ; RTD Com. 1978, p. 628, obs. E. Le GALL ; Cass. crim., 31 jan. 1996, D. affaires 1996.558

⁹⁹² Cass. crim., 14 nov. 1977: bull. Crim.1977, n° 348; Cass. crim. 20 mars 2001: JurisData n°2001-009254 ; Act. Proc. Coll. 2001-10 comm. 121, « faute d'avoir déclaré leurs créances, antérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective, les ayants-droit des victimes et l'organisme social ne sont recevables ni à faire constater que la société en liquidation judiciaire est civilement responsable de son dirigeant, ni à agir contre les assureurs de la société. En se prononçant ainsi, alors que l'action des parties civiles et de l'organisme social a pour seul objet la constatation de la responsabilité civile de la société, et non sa condamnation au paiement d'une somme d'argent, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée de ces textes. »

⁹⁹³ R. MERLE, La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage (consolidation, mise au point ou fluctuation ?), Mélanges VITU, Cujas, 1987, p. 397.

⁹⁹⁴ CEDH, gr. ch., 12 févr. 2004, *Perez c/ France*, D. 2004, Chron. p. 2943 par D. Roets. on peut se demander si elle peut encore réellement perdurer. En effet, elle tend à faire de la partie civile l'auxiliaire du parquet alors que, pour la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci n'a dans le procès pénal qu'un rôle accessoire, différent

constitution de partie civile demeurerait recevable dans le cadre de la discipline collective, dès lors qu'elle avait pour seul objet la constatation de la responsabilité civile du prévenu, et non sa condamnation au paiement d'une somme d'argent⁹⁹⁵.

428. La situation des victimes d'infractions pénales a été spécialement prise en compte dans la loi de sauvegarde. Désormais, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, la recevabilité de l'action civile ne contient plus cette limitation⁹⁹⁶. La loi de sauvegarde reprend le principe traditionnel, consistant en l'arrêt des poursuites individuelles, et en la déclaration des créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective, mais introduit un délai spécial pour la déclaration de leur créance.

II. Délai de déclaration protecteur de la partie civile

429. La loi de sauvegarde des entreprises introduit un dernier délai de déclaration de créance au profit de la victime d'une infraction, qui s'est constituée partie civile. Aux termes de l'article L. 622-24, alinéa 6 du Code de commerce, il est prévu que « Le délai de déclaration par une partie civile des créances nées d'une infraction pénale court à compter de la date de la décision définitive qui en fixe le montant, lorsque cette décision intervient après la publication du jugement d'ouverture »⁹⁹⁷. À ce titre, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que le défaut de déclaration de créances par les victimes d'une infraction commise à l'ouverture de la procédure collective de son auteur, ne saurait les priver de leur droit de se constituer partie civile, pour corroborer l'action publique⁹⁹⁸.

de celui conféré au ministère public, même s'il en est complémentaire et que, en cas d'action civile à des fins purement répressives, l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne atteint ses limites.

⁹⁹⁵ Cass. ch. mixte, 29 avr. 1977 : D. 1977, jurispr. P. 449, note A. HONORAT, RTD com. 1978, p. 624, obs. E. LE GALL

⁹⁹⁶ P.M LE CORRE, Droit et pratiques des procédures collectives, Dalloz éd. 2011, n°621-51 : Actions en paiement non arrêtées-particularisme du droit pénal

⁹⁹⁷ Pour une application jurisprudentielle de l'article L. 622-24 Cass. crim. 9 sept. 2009, n° 08-87.047

⁹⁹⁸ Cass. crim., 23 jan. 2008 n° 07-182.174, JCP E 2008, n° 36, 2062, n° 15, note M.CABRILLAC; Rev. proc. coll. 2008/3, p. 58, n° 136, note F.LEGRAND Selon l'article 2 du code de procédure pénale et les articles L. 621 -40 et L.621-43 du code de commerce, le défaut de déclaration de créance par les victimes d'infractions pénales, au passif de la liquidation judiciaire prononcée à l'égard de l'auteur d'une infraction, ayant son origine antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, interdit la condamnation de ce dernier au paiement d'une somme d'argent, la créance des victimes étant éteinte en application de l'article L.621-46 du code de commerce. Cependant, ce défaut de déclaration ne saurait les priver de leur droit de se constituer parties civiles pour corroborer l'action publique. En l'espèce, le prévenu a été, par une précédente décision définitive, déclaré coupable d'abus de confiance au préjudice d'une victime et d'escroquerie au préjudice d'une autre. Encourt la cassation la décision qui déclare les constitutions de parties civiles irrecevables, au motif que les victimes ne justifiaient pas avoir déclaré leur créance aux organes de la liquidation judiciaire prononcée, à titre personnel, à l'égard du prévenu.

La lettre de ce texte, implique qu'il pourrait s'agir de créances délictuelles nées d'actes de contrefaçon après le jugement d'ouverture. Néanmoins, l'on est amené à penser que bien qu'elles puissent constituer des créances postérieures, leur nature délictuelle les exclue en principe du traitement préférentiel car celles-ci ne sont pas liées aux besoins de la procédure ou de la période d'observation et ne constituent pas non plus la contrepartie d'une prestation fournie par le débiteur. En effet, les créances nées d'infractions pour contrefaçon n'appartiendront sans doute que rarement si ce n'est jamais à cette catégorie⁹⁹⁹. Ce constat nous conduit alors à déduire de la rédaction de ce texte, que le législateur a admis de manière implicite, que le fait générateur de la créance née d'une infraction pénale, puisse être situé à la date du jugement prononçant la condamnation. Certains auteurs, ont vu dans cette disposition la possibilité que ce délai particulier puisse même s'appliquer aux créances nées antérieurement au jugement d'ouverture¹⁰⁰⁰. En définitive, s'il est possible d'affirmer que l'action civile de la victime ne serait par conséquent pas entravée par l'arrêt des poursuites individuelles, il reste que le domaine de cette possibilité n'est pas clairement déterminé. Une question essentielle reste sans réponse, en effet le délai de déclaration a vocation à s'appliquer seulement aux actions déjà introduites lors du jugement d'ouverture ou a-t-il vocation à s'appliquer également aux actions commencées postérieurement ?

430. L'ensemble de ces divergentes observations traduisent la nécessité de déterminer avec précision la date de naissance de la créance afin de déduire le régime applicable à une telle action mais également à son produit. Il eut été préférable que le législateur distingue suivant que la condamnation soit intervenue, par décision définitive, avant ou après le jugement d'ouverture, cela aurait eu pour effet de limiter l'application du texte au second cas uniquement. Ce manque de précision de la loi, nous amène à distinguer deux situations envisageables. Soit la commission de l'infraction est considérée comme le fait générateur de la créance, auquel cas la date de naissance de celle-ci doit être réputée antérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective¹⁰⁰¹. Soit, il faut prendre en considération la date de la décision pénale statuant sur l'action civile, qui marque la naissance

⁹⁹⁹ P. PÉTEL, Le nouveau droit des entreprises en difficulté, JCP E 2005, p. 42, n° 83

¹⁰⁰⁰ F. PEROCHON et R. BONHOMME, Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, 8^{ème} éd. LGDJ 2009, n° 534 ; P. LE CANNU, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Refonte de l'ouvrage de M. JEANTIN, 7^e éd. » Précis », Dalloz, 2007 n° 498

¹⁰⁰¹ La jurisprudence semble préférer cette première hypothèse, v. en ce sens Cass. ch. mixte, 29 avril 1977, D. 1977, jur., p. 449, note A. HONORAT ; JCP G 1978. II. 18883, note Y. Chartier ; Cass. com., 28 avril 1997, D. 1997, inf. rap., p. 204 ; CA Paris, 21 septembre 1999, D. 1999, AJ, p. 33, obs. A. LIENHARD.

de la créance et dans ce cas, celle-ci sera réputée postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective¹⁰⁰².

431. Face à l'ensemble de ces lacunes, le législateur a souhaité apporter quelques éclaircissements à ce texte. Les précisions apportées par l'ordonnance de réforme du 18 décembre 2008 distinguent désormais plusieurs situations, celle dans laquelle la décision définitive de condamnation¹⁰⁰³ est intervenue antérieurement au jugement d'ouverture et celle dans laquelle cette même décision interviendrait postérieurement¹⁰⁰⁴. Dans le premier cas, le point de départ du délai de déclaration sera la publication du jugement d'ouverture au BODACC alors que dans le second cas le point de départ du délai de déclaration, sera variable. Si la décision est rendue avant la publication du jugement d'ouverture, celle-ci constitue alors le point de départ. Si en revanche, la décision de condamnation intervient après la publication du jugement d'ouverture, alors dans ce cas, le délai de déclaration de la créance aura cette décision définitive de condamnation comme point de départ.

La situation des victimes d'infraction pénales est ainsi spécialement consacrée par le législateur. Selon certains auteurs cet apport législatif semble consacrer la thèse suivant laquelle la créance de la partie civile a pour fait générateur non la condamnation mais le fait délictueux¹⁰⁰⁵.

Cette consécration législative selon laquelle le point du départ du délai de déclaration de la créance détenue par une partie civile est décalé, a pour conséquence d'allonger considérablement les délais de déclaration et implicitement les délais de répartition des actifs du débiteur. Cette solution est protectrice des intérêts de la partie, et par conséquent est profitable aux victimes d'actes de contrefaçon ayant exercé une action civile devant la juridiction répressive contre le débiteur auteur des actes délictueux. Néanmoins, malgré la généralité de la détermination plus large du préjudice, et de l'accès à la voie pénale, il n'en demeure pas moins que l'action civile des victimes d'actes de contrefaçon reste dépendante de l'arrêt des poursuites individuelles et donc de la déclaration des créances qui en découle.

L'action civile est certes l'action en réparation du dommage causé par un fait de contrefaçon, que le droit des procédures collectives classe dans la catégorie des actions

¹⁰⁰² L. MARTELLO, « L'action civile dans les procédures collectives », LPA 28 nov. 2008, n° 239, p.16

¹⁰⁰³ C'est-à-dire celle dans laquelle la décision définitive fixant le montant des dommages-intérêts alloués à la partie civile est intervenu avant jugement d'ouverture

¹⁰⁰⁴ C'est-à-dire celui dans lequel la décision définitive fixant le montant des dommages-intérêts alloués à la partie civile est intervenu après jugement d'ouverture

¹⁰⁰⁵ P.M. LE CORRE, *op. cit.* n° 665-38

tendant au paiement d'une somme d'argent, cependant elle ne saurait se résumer qu'à une question d'indemnisation, car l'action civile en contrefaçon revêt en outre un aspect vindicatif.

B. UNE ACTION RÉPRESSIVE ADMISE PAR L'ARRÊT DES POURSUITES

432. L'action civile en contrefaçon est l'action en réparation de l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Cependant, elle comprend également un aspect vindicatif qui permet à la victime d'exercer des attributions d'ordre pénal du déclenchement des poursuites, mais également au cours du procès. Ces prérogatives pénales ne sont pas accordées à la victime dans son seul intérêt car l'action civile favorise la recherche de la vérité et la répression des infractions. Exercée de façon inconsidérée, l'action civile pourrait constituer plus une gêne qu'un avantage, c'est pourquoi la possibilité de se constituer partie civile n'est pas ouverte à tous ceux qui ont subi des conséquences dommageables du comportement répréhensible. Elle est réservée aux seules « victimes pénales », c'est-à-dire à ceux qui ont personnellement souffert d'un dommage directement causé par l'infraction.

433. Le législateur a accordé très tôt de nombreuses prérogatives aux victimes¹⁰⁰⁶, conférant même à leur action un véritable aspect vindicatif¹⁰⁰⁷, permettant de forcer la mise en mouvement de l'action publique, dont l'opportunité est initialement dévolue au ministère public¹⁰⁰⁸. En effet, la constitution de partie civile revêtant une double finalité : à la fois

¹⁰⁰⁶ Les toutes dernières avancées en ce sens se traduisent, d'une part, par l'instauration du juge des victimes par le décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 (JO du 15 novembre 2007, p. 18712), lequel, depuis le mois de janvier 2008, a la charge de s'assurer du respect des droits des victimes au cours d'instances pénales (pour une présentation générale des fonctions de ce dernier, v. notamment C. LIENHARD, « Le juge délégué aux victimes », D. 2007, p. 3120. D'autre part, le législateur vient d'adopter la loi n° 2008-644 du 1^{er} juillet 2008 créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines : pour une présentation des principales dispositions du texte, v. notamment S. LAVRIC, « Droit des victimes et exécution des peines », D. 2008, act. lég., p. 1816

¹⁰⁰⁷ En effet, la Cour de cassation a depuis fort longtemps admis que l'action civile diligentée par la partie civile n'implique pas obligatoirement la demande de dommages et intérêts qui ne constitue en réalité qu'une simple faculté. V. en ce sens, Cass. crim., 30 août 1877, Bull. crim. n° 211 et 12 mars 1885, Bull. crim. n° 83. Pour un exemple plus contemporain : Cass. crim., 19 octobre 1982, Bull. crim. n° 222 par lequel la Cour précisait que «Le droit de se constituer partie civile ayant pour objet essentiellement la mise en mouvement de l'action publique en vue d'établir la culpabilité de l'auteur présumé d'une infraction ayant causé un préjudice au plaignant, ce droit constitue une prérogative attachée à la personne et peut tendre seulement à la défense de son honneur et de sa considération, indépendamment de toute réparation du dommage par voie de l'action civile».

¹⁰⁰⁸ Si dans sa fonction de représentant des intérêts de la société, le ministère public décide habituellement seul du sort réservé à l'action publique, les règles de procédure pénale offrent aux victimes la possibilité de mettre en mouvement une telle action par le biais de la citation directe et de la plainte avec constitution de partie civile. V. notamment S. GUINCHARD et J. BUISSON, Procédure pénale, Litec, 4^e éd., 2008, p. 773 et s., n° 1550 et s. ; v. thèses : O. STAES, « Procédures collectives et droit judiciaire privé », thèse dacty. Toulouse 1994 ;

réparatrice et répressive. Elle permet ainsi aux créanciers, de se constituer partie civile sans demander de réparation, dans l'unique dessein de corroborer l'action publique¹⁰⁰⁹.

434. La Cour de cassation a elle aussi admis depuis fort longtemps que l'action civile diligentée par la partie civile n'implique pas obligatoirement la demande de dommages et intérêts qui ne constitue en réalité qu'une simple faculté. La Cour précise à ce sujet que «Le droit de se constituer partie civile ayant pour objet essentiellement la mise en mouvement de l'action publique en vue d'établir la culpabilité de l'auteur présumé d'une infraction ayant causé un préjudice au plaignant, ce droit constitue une prérogative attachée à la personne et peut tendre seulement à la défense de son honneur et de sa considération, indépendamment de toute réparation du dommage par voie de l'action civile»¹⁰¹⁰.

Elle affirme ainsi clairement sa position en considérant d'une part, qu'un créancier puisse se constituer partie civile¹⁰¹¹ et d'autre part qu'il pouvait seulement exercer l'action vindicative, sans réclamer une quelconque indemnisation¹⁰¹². Ainsi, il semble nécessaire de reconnaître que l'action civile en contrefaçon est certes une action réparatrice mais constitue en outre une action répressive. En effet, la sanction pénale est mise à la disposition des particuliers ou de groupements qui demandent non seulement un dédommagement, mais une humiliation, une punition, une déchéance. La partie civile qui se prétend victime d'actes de contrefaçon agit « comme si » elle recherchait une réparation pécuniaire, mais le caractère pécuniaire n'est que secondaire : le véritable but est de punir celui qu'on poursuit. La sanction est essentielle, la réparation est apparente !

En définitive, en dépassant l'aspect théorique il est nécessaire de parvenir à démontrer que malgré le paradoxe, que semble renfermer la combinaison du droit des entreprises en difficulté, ayant une dimension collective, et la procédure pénale comportant des prérogatives au caractère strictement personnel, l'action civile au service d'intérêts particuliers parvient à se hisser une place dans le cadre de la procédure collective de l'auteur des actes de contrefaçon.

P.CAGNOLI, Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, Préf. De Th. Le BARS, LGDJ 2002, T.368

¹⁰⁰⁹ Cass. crim. 23 jan. 2008, n°07-82.174, NP, JCP E, 2008, chron. 2062, n° 15, obs. M. CABRILLAC

¹⁰¹⁰ V. en ce sens, Cass. crim., 30 août 1877, Bull. crim. n° 211 et 12 mars 1885, Bull. crim. n° 83. Pour un exemple plus contemporain, v. également Cass. crim., 19 octobre 1982, Bull. crim. n° 222

¹⁰¹¹ Cass. crim. 11 oct. 1993, Rev. sociétés 1994, p. 303, note B. BOULOC ; Rev. proc. coll. 1994, p. 282, obs. J.DEVEZA et C.MASCALA, la cour a admis que « l'exclusion des créanciers ne saurait priver un créancier de se constituer partie civile s'il invoque un préjudice personnel particulier, distinct du montant de la créance »

¹⁰¹² Cass. crim. 6 jan. 1992, Bull. Crim. 1992, n° 67 pourvoi n° 90-83097

Le droit des procédures collective limite fréquemment l'exercice des prérogatives individuelles tant des créancier que du débiteur lui-même. Nous observerons à ce sujet que la loi de sauvegarde des entreprises apporte une importante modification concernant l'action civile exercée par le débiteur.

§2. L'ACTION CIVILE DU DÉBITEUR

435. La contrefaçon peut dans certaines hypothèses être constituée par une atteinte aux droits de propriété intellectuelle appartenant au débiteur. Le débiteur, victime d'actes de contrefaçon n'est pas nécessairement privé de toutes ses prérogatives individuelles, puisque le droit des procédures collectives, lui reconnaît dans une certaine mesure l'exercice individuel de l'action civile. Cette action, n'étant plus limitée, comme cela l'était autrefois à la seule poursuite de l'action publique sans pouvoir solliciter une réparation ; néanmoins, son exercice implique que le débiteur ait la qualité requise pour agir (A), mais également qu'il soit investi des pouvoirs pour exercer l'action (B).

A. LA QUALITÉ DU DÉBITEUR POUR EXERCER L'ACTION CIVILE

436. L'identification de la personne susceptible d'engager une action en contrefaçon est un élément essentiel de la procédure. En droit, le terme « qualité » est polysémique, deux sens sont susceptibles de concerner l'action civile en contrefaçon du débiteur soumis à une procédure collective.

437. Au sens premier, la qualité du débiteur pour agir devant le Tribunal correctionnel implique l'existence d'une infraction constituée par l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle. L'action pénale en contrefaçon se coule dans le moule du droit commun de la procédure pénale, et implique que le débiteur puisse choisir de déposer plainte avec constitution de partie civile, ce qui lui permet de déclencher les poursuites pénales¹⁰¹³. L'action en contrefaçon appartient naturellement au propriétaire du droit intellectuelle, ainsi qu'au licencié lié par un contrat exclusif. Ce qui sous entend que si l'une de ces qualités est reconnue au débiteur, il sera alors recevable à agir pour faire cesser l'usage illégal de son droit et obtenir réparation du préjudice.

438. Par une décision intéressant tant le droit de la contrefaçon que le droit des procédures collectives à la lumière de la loi du 26 juillet 2005, la chambre criminelle eut à

¹⁰¹³ À la différence de plainte simple qui laisse toute la latitude au parquet

affirmer sa position en précisant qui peut se constituer partie civile¹⁰¹⁴. Dans cette affaire, les dirigeants d'une société, par la suite mise en liquidation judiciaire, avaient été mis en examen, notamment du chef de contrefaçon de marque. Le mandataire liquidateur de la société s'était alors constitué partie civile pour agir en contrefaçon de marque et arguait à l'appui de son action, d'un préjudice directement causé à la société par cette infraction. Selon lui, il était en droit de se constituer partie civile par voie d'intervention pour corroborer l'action publique dans la mesure où il existait bien un préjudice subi par la société en relation directe avec les infractions commises. Il prétend en outre à l'appui de son pourvoi, que si l'article L. 716-5 du Code de la propriété intellectuelle réserve aux seuls titulaires de la marque ou aux bénéficiaires de la marque, la possibilité d'engager l'action civile pour le délit de contrefaçon de marque afin d'obtenir réparation du préjudice, le mandataire liquidateur qui représente la société peut par conséquent se constituer partie civile pour faire établir l'existence des infractions commises par les anciens dirigeants de la société. Son argumentation n'est pas retenue par la chambre criminelle, qui rejette son pourvoi au motif qu'en matière de contrefaçon de marques, seul le propriétaire de la marque, ou le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peuvent exercer l'action civile. Le mandataire liquidateur, n'était pas lui-même propriétaire de la marque et donc n'était pas recevable à se constituer partie civile. Dans le présent arrêt, il aurait fallu que soit nommé un liquidateur amiable voire un mandataire *ad hoc* dans la mesure où la contrefaçon était reprochée au dirigeant lui-même. Cette solution n'est pas isolée, puisque dans une affaire similaire, elle avait déjà retenue l'irrecevabilité d'une personne à se constituer partie civile des chefs de contrefaçon de marque, dès lors que sa qualité de propriétaire n'était pas établie¹⁰¹⁵.

439. Toutefois dans l'hypothèse où, le débiteur est une personne morale, la qualité emporte une autre signification, qui tient au droit des entreprises en difficulté. En effet, une personne morale ne peut agir que par l'intermédiaire d'organes qui doivent avoir qualité pour la représenter, autrement dit être habilités à le faire. Jusqu'à l'adoption de l'Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014¹⁰¹⁶, lorsqu'une société était mise en liquidation judiciaire, en application de l'article 1844-7 7°, du Code civil, elle devait être dissoute par l'effet ce jugement. Cette solution avait pour effet d'entraîner de nombreuses difficultés allant jusqu'à

¹⁰¹⁴ Cass. crim., 31 jan. 2006, n° 05-83.050, RLDA, 2006, n° 3, obs. J. VASA

¹⁰¹⁵ Cass. crim., 19 fév. 2002, n° 01-81.962 pour déclarer une personne irrecevable en sa constitution de partie civile contre une personne non dénommée des chefs de contrefaçon de marque, la chambre criminelle avait retenu que sa qualité de propriétaire de ces marques n'était pas juridiquement établie

¹⁰¹⁶ Ordonnance n° 2014-326, 12 mars 2014, JO 2014

interdire à la société de relever appel de la décision la plaçant en liquidation judiciaire. En outre en cas de clôture pour extinction de passif, la dissolution subsistait et interdisait à la société dissoute de reprendre son activité alors même qu'elle avait payé tout son passif. Désormais la dissolution de la société interviendra au jour de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. La liquidation judiciaire n'emporte plus dissolution de la société. Le dirigeant social en fonction au jour de la liquidation judiciaire le demeure donc, cependant un mandataire ad hoc pourra être désigné en cas de nécessité. Dès lors les solutions selon lesquelles, la jurisprudence appliquait les dispositions de la loi de 1985 considérant que l'ancien représentant de la société perd cette qualité dès le jugement de liquidation¹⁰¹⁷, ne sont plus valables conformément à la nouvelle réforme. On peut dès lors considérer qu'il a la qualité pour agir au nom de la société sans qu'il faille faire appel à un liquidateur amiable ou un mandataire *ad hoc* comme prévu sous l'empire de l'ancienne législation. Désormais, les dirigeants de la personne morale mise en liquidation demeurent en fonction en dépit du prononcé de la liquidation, sauf décision contraire des statuts ou de l'assemblée générale¹⁰¹⁸.

La qualité du débiteur requise pour se constituer partie civile à l'action en contrefaçon devant les juridictions répressives ayant été précisée, il nous faut à présent définir si ses pouvoirs durant la procédure collective lui permettent de déclencher une telle action.

B. LE POUVOIR DU DÉBITEUR POUR EXERCER L'ACTION CIVILE

440. La loi précise désormais que « le débiteur accomplit les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur s'il en est désigné ». Cette précision, un peu équivoque pourrait donner une base légale à la théorie prétorienne des droits propres du débiteur qui échappent au dessaisissement¹⁰¹⁹.

En l'état du droit antérieur, le débiteur avait le pouvoir de se constituer partie civile que dans la stricte limite du seul déclenchement de l'action publique, sans pouvoir solliciter d'indemnisation¹⁰²⁰. Au fil des réformes des procédures collectives, les débiteurs, traditionnellement dessaisis, se sont vus écartés de façon moins systématique. Leurs pouvoirs subissent toujours certaines altérations, mais celles-ci sont désormais modulées en fonction de la situation. Dans la loi du 25 janvier 1985, les pouvoirs du débiteur en redressement

¹⁰¹⁷ Cass. com. 30 juin 2004, D. 2004, Jur. p. 2429, note F. Derrida,

¹⁰¹⁸ Art. 641-9 Code. com.

¹⁰¹⁹ M. H. MONSÉRIÉ bon, Le dessaisissement et l'avènement des droits propres, in La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme, RLDA, mars 2005, suppl., p. 53, spéc. p. 25

¹⁰²⁰ Cass. crim., 21 mars 2000, n° 99-85.566, RTDcom. 2000. 729, obs. VALLENS

judiciaire sont principalement limités par ceux que le tribunal accorde à l'administrateur. Celui-ci peut avoir essentiellement une mission de surveillance relative aux opérations de gestion, une mission d'assistance du débiteur dans tous les actes concernant la gestion, voire seulement certains d'entre eux ou d'assurer seul, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise¹⁰²¹. En revanche, en cas de liquidation judiciaire, le débiteur est en principe dessaisi de l'administration de ses biens et représenté par le liquidateur. Cependant par dérogation à la règle de dessaisissement, le débiteur peut seul se constituer partie civile, s'il est victime d'un crime ou d'un délit, et par voie de conséquent de faits de contrefaçon. Cette même possibilité est également reconnue par la jurisprudence communautaire¹⁰²². Dès lors que l'action est ouverte au débiteur, il faut immédiatement l'ouvrir au profit du liquidateur, qui le représente du fait du dessaisissement. La loi du 25 janvier 1985, reprenant une solution classique, a posé le principe selon lequel, en dépit du dessaisissement, « le débiteur peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime, s'il limite son action à la poursuite de l'action publique sans solliciter de réparation civile »¹⁰²³. C'est en revanche au liquidateur qu'il appartient de demander l'indemnisation qui profitera à la collectivité des créanciers.

441. Le législateur est intervenu par la loi du 26 juillet 2005 en apportant quelques modifications à la possibilité ouverte au débiteur de se constituer partie civile. Dans l'hypothèse d'un redressement judiciaire, elle supprime la possibilité pour le tribunal de confier à l'administrateur une simple mission de surveillance¹⁰²⁴. En outre, pour ce qui est de la procédure de sauvegarde, elle prévoit que l'administrateur peut être chargé d'une mission de surveillance ou d'assistance, mais n'a pas la possibilité d'administrer lui-même l'entreprise¹⁰²⁵. Dans cette hypothèse, le débiteur conserve la liberté d'agir, notamment en se constituant partie civile, sans que l'on ait à opérer de distinction entre l'aspect répressif et l'aspect indemnitaire de l'action civile.

442. Désormais, en vertu de l'article L. 641-9-I alinéa 2, la réserve selon laquelle le débiteur devait limiter son action à la poursuite de l'action publique sans solliciter de

¹⁰²¹ Art. 622-7 Code com.

¹⁰²² CEDH 3 déc. 2002, *Berger c/ France*, JCP 2003, I, 106, n° 6 et 8, note F. SUDRE ; Rev. sc. crim. 2003, p. 411, obs. F. MASSIAS. Sur la possibilité pour le débiteur de se constituer partie civile pour corroborer l'action publique

¹⁰²³ Ancien art. L. 622-9, abrogé par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2004

¹⁰²⁴ Art. L. 631-12 C. com.

¹⁰²⁵ Art. L. 622-1 C. com.

réparation civile est supprimée. Cette réserve est apparue « peu justifiée »¹⁰²⁶. Le débiteur, victime de faits de contrefaçon pourra désormais se constituer partie civile au procès en contrefaçon, mais pourra en outre demander une indemnisation. Cependant le texte garde le silence sur le sort des dommages et intérêts qui seront accordés, le produit de l'action échappe-t-il également au dessaisissement ? Tel devrait être le cas, si l'on estime que l'action échappe au dessaisissement, le produit de l'action devrait également lui échapper. Mais cette question donne lieu à des avis divergents. Le rapport établi au nom de la commission des lois du Sénat apporte un début de réponse, en effet il précise qu'« il s'agit de favoriser le débiteur victime d'une infraction pénale, en prévoyant dans cette hypothèse une exception au dessaisissement »¹⁰²⁷. La doctrine majoritaire semble être de l'avis contraire estimant qu'il faut détacher le droit d'action du produit de l'action, ce dernier étant collectif¹⁰²⁸. Cette solution est contestée dans son ensemble par ces auteurs qui considèrent qu'elle ne devrait s'appliquer que pour les infractions à caractère personnel très marqué. Nous nous rangerons à l'avis de ces auteurs, en affirmant qu'en pratique il n'y aura que très peu de chances pour que le débiteur ait la libre disposition du produit qui lui est alloué. Ces sommes, qui peuvent être importantes ne peuvent échapper à l'influence de la procédure collective.

La disposition introduite par la loi de sauvegarde marque clairement l'affirmation selon laquelle le débiteur, même dessaisi, peut se constituer partie civile et demander des dommages et intérêts.

443. Conclusion sur l'action en contrefaçon à l'épreuve de l'arrêt des poursuites individuelles. – Dans une matière où domine l'intérêt de l'entreprise, la notion est en rupture avec sa définition légale classique. Le législateur attache moins d'importance au sujet de droit individuel : le créancier et plus spécifiquement le titulaire de droits de propriété intellectuelle et ses intentions subjectives. Il neutralise la recevabilité de l'action en contrefaçon et en fait une technique au service de la finalité de sauvetage de l'entreprise.

Les restrictions légales de l'action au civil emportent incontestablement la limitation des sanctions réparatrices. En effet, malgré l'immense effort mis en œuvre par la loi du 11 mars 2014 pour améliorer sensiblement les dédommagements civils, les victimes d'actes de

¹⁰²⁶ Rapport X. de ROUX, n° 2095, p. 637

¹⁰²⁷ Rapport J. J. HYEST, *op. cit.* n° 335, p. 374

¹⁰²⁸ C. SOUWEINE, Action civile et procédures collectives après la loi du 26 juillet 2005, D. 2006, p. 501 ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, *op.cit.*, n°415 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.* n°1100 ; J. VALLANSAN, fasc. 2702, *op. cit.* n°41 ; P. LE CANNU, *op. cit.* n° 1135 ; P. M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* n° 572-33, p. 1328

contrefaçon ne pourront pour autant espérer bénéficier des avantages offerts. Leur action étant interrompue voire arrêtée par la règle de l'arrêt des poursuites et la reprise de celle-ci ne pourra tendre qu'à la fixation de la créance. Incontestablement, il faut conclure à l'inefficacité des mesures indemnitaires. Inefficacité certes, mais qui répond néanmoins d'une logique thérapeutique certaine, soit d'une volonté de traitement plus efficace des difficultés de l'entreprise. Corrélativement, il faut reconnaître à l'action en contrefaçon au civil a outre un caractère indemnitaire un caractère *rei vindicatoire*, non négligeable ayant pour effet de limiter l'impact de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles. Ce caractère permet à la victime d'exercer d'autres attributs de l'action tendant à assurer la défense de la propriété intellectuelle et à en assurer l'intégrité. Ce caractère offre la possibilité de la restitution du monopole, alors que le caractère indemnitaire, impossible à mettre en œuvre, répare le préjudice résultant de l'atteinte au monopole.

L'étude des rapports existants entre le droit des entreprises en difficulté et la procédure pénale, démontre de manière très claire que, malgré le caractère autonome du droit pénal, l'exercice de l'action civile dans le cadre d'une procédure collective demeure, sauf rares exceptions, soumis à la satisfaction des intérêts de la procédure affectant le débiteur en difficulté. En outre, la chambre criminelle, tout en rappelant que l'action civile en réparation du dommage causé par une infraction appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert des conséquences directes de l'infraction, revendique une application indifférenciée quant à la recevabilité de l'action pénale intentée par une victime concernée par l'ouverture d'une procédure collective ou non. De plus, la situation des victimes d'infractions pénales a été spécialement consacrée par le législateur dans l'ordonnance de 2008 qui prévoit désormais un délai spécial pour déclarer leur créance. Le point de départ du délai de déclaration de la créance détenue par une partie civile est désormais décalé, ce qui a l'avantage d'allonger considérablement les délais de déclaration et implicitement les délais de répartition des actifs du débiteur. Par ailleurs, il est nécessaire de reconnaître que l'action civile en contrefaçon est certes une action réparatrice soumise sans conteste à l'arrêt des poursuites individuelles, mais elle constitue en outre une action répressive, caractérisée par son aspect vindicatif, admise par la règle de la procédure. En outre, nous avons pu observer que le débiteur, victime d'actes de contrefaçon n'est pas nécessairement privé de toutes ses prérogatives individuelles, puisque le droit des procédures collectives, lui reconnaît dans une certaine mesure l'exercice individuel de l'action civile en contrefaçon, qui n'est plus limitée, comme cela l'était autrefois à la seule

poursuite de l'action publique sans pouvoir solliciter une réparation, son droit à indemnisation est désormais consacré par l'article L. 641-9-I alinéa 2 du code de commerce.

L'analyse des actions en contrefaçon sous leurs divers aspects a permis d'observer que la considération de la dimension collective ne semble pas nécessairement conduire à l'irrecevabilité d'actions en contrefaçon sur le terrain civil ou pénal. En effet s'il a pu être démontré que l'action en contrefaçon ne produira pas en cette période, malgré les objectifs que s'est fixée la nouvelle loi, les résultats attendus par le demandeur, il a néanmoins été observé que certains de ses aspects se conciliaient avec le droit spécial des procédures collectives. Alors s'il est incontestable que le titulaire de droits de propriété intellectuelle n'obtiendra pas entière satisfaction durant la procédure, il regagnera néanmoins son droit exclusif.

CONCLUSION TITRE PREMIER

444. Le gel des actions ou gel des « droits » constitue un sacrifice important pour les victimes d'actes de contrefaçon, créancières potentielles du débiteur. Les intérêts garantis par le droit de la propriété intellectuelle sont confrontés à ceux préservés par le droit des procédures collectives. En premier lieu il a été observé que la règle de l'arrêt des poursuites individuelles met à l'épreuve les mesures provisoires conservatoires et probatoires. Il ressort de ce face à face que les mesures de conservation de preuves sont globalement soustraites à la règle¹⁰²⁹, alors que les mesures provisoires et conservatoires sont paralysées par l'arrêt des poursuites individuelles, essentiellement parce que les premières ont un caractère exclusivement probatoire alors que les secondes revêtent un caractère plus contraignant ayant vocation à appréhender le patrimoine du débiteur. On aurait pu espérer que les modifications apportées par la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014, accueillies avec beaucoup d'enthousiasme, aient harmonisé intégralement la saisie-contrefaçon en matière de propriété littéraire et artistique. Or, il a pu être observé que cette procédure revêt malgré sa réformation un caractère coercitif qui se heurte à la règle de la procédure, le législateur ayant sans doute souhaité préserver au domaine sa spécificité. La règle de l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution dictée tant par la nécessité de faire respecter le caractère collectif de la procédure que pour garantir un traitement égalitaire de tous les créanciers s'oppose sans aucune dérogation à l'application de ces dernières.

En second lieu, la mise à l'épreuve de l'action en contrefaçon a révélé que son exercice tant devant la juridiction pénale que civile était soumis à la satisfaction des intérêts de la procédure affectant le débiteur en difficulté. La règle de l'arrêt des poursuites évince les sanctions réparatrices. Sont par conséquent prohibées tant les réparations en nature que les réparations pécuniaires auxquelles les victimes préféreront des mesures tendant à la restitution de leur monopole. Les dispositions en matière d'indemnisation des victimes sont écartées au profit des règles spéciales de la procédure qui servent les impératifs de la sauvegarde de l'entreprise. La démarche de protection prioritaire de l'entreprise poursuivie par le droit des procédures collectives, le conduit à adopter des solutions qui s'opposent à celles prévues par le droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, la prérogative individuelle protégée, par le droit de la propriété intellectuelle, trouve effectivement pour limite la priorité économique. Enfin, le

¹⁰²⁹ Il s'agit pour l'essentiel des opérations de saisie contrefaçon soustraites à la règle, exception faite de celles afférentes au droit d'auteur.

titulaire des droits ainsi que le débiteur, victime d'actes de contrefaçon se voient reconnaître dans une certaine mesure l'exercice individuel de l'action civile en contrefaçon. Mais l'un comme l'autre n'obtiendront pas entière satisfaction, durant la procédure voire même au-delà de celle-ci.

La confrontation du droit des procédures collectives et du droit de la propriété intellectuelle s'inscrit dans un contexte conflictuel en raison de leurs divergences de finalités. Il aurait été souhaitable, eu égard de l'importance prise par les droits de propriété intellectuelle, que le droit des procédures collectives tout en maintenant sa réglementation relative aux poursuites individuelles permette par des dispositions dérogatoires la prise en compte de ces actifs essentiels. Le vent de la réforme qui souffle actuellement sur le droit des entreprises en difficulté dont la dernière en date est l'ordonnance du 13 mars 2014¹⁰³⁰ aurait peut-être été l'occasion d'opérer, en la matière, des modifications substantielles en faveur d'un meilleur équilibre procédural que la justice se doit d'offrir à ses justiciables, mais force est d'observer que cette réforme modifiant de manière significative la loi de sauvegarde ne contient pas de telles dispositions.

¹⁰³⁰ Ordonnance n°2014-326 réformant le droit des procédures collectives, JO 14 mars 2014

TITRE SECOND

LES CONTRAINTES IMPOSÉES AUX TITULAIRES DE SÛRETÉS CONSTITUÉES SUR DES PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES

445. Tout en représentant une part importante de l'actif des entreprises les propriétés intellectuelles, n'ont été appréhendées par le droit des sûretés, que de manière occasionnelle et incomplète¹⁰³¹. La pratique ne s'est jamais dotée d'instruments de crédit efficaces et adaptés à ces droits intellectuels. Les reconnaître comme des garanties efficaces suppose qu'il soit conféré à la pratique des outils appropriés à leur singularité, et qui permettent d'éviter que le créancier ait à souffrir de la survenance d'événements susceptibles d'altérer sa situation. La grande réforme du droit des sûretés, réalisée par l'ordonnance du 23 mars 2006¹⁰³², ratifiée par la loi du 20 mars 2007, est-elle en mesure de conférer à ces droits un cadre suffisamment efficace qui favorise l'introduction des propriétés intellectuelles dans l'assiette des garanties, et procure au créancier la satisfaction espérée en cas de défaillance du débiteur ?

La constitution d'une garantie implique chez le créancier la croyance de son paiement ultérieur, en faisant entrer immédiatement sa sûreté dans une phase active, lui permettant d'obtenir un paiement prioritaire. Or, le droit des procédures collectives favorise la continuation de l'entreprise en sacrifiant à cet intérêt, celui des créanciers. L'ouverture d'une procédure collective fige en grande partie les droits des créanciers titulaires de garanties. Cette paralysie démontre, que le droit de la défaillance des entreprises n'est plus une voie d'exécution destinée à permettre le paiement des créanciers. Les créanciers, ne peuvent plus mettre en œuvre de manière individuelle, les prérogatives que leur confèrent habituellement les sûretés qu'ils détiennent en raison de la défaillance de leur débiteur. Cependant, nous observerons que le sacrifice des créanciers n'est pas général. Certains créanciers bénéficiant de garanties sur propriétés intellectuelles résistent mieux à la procédure collective en ce sens qu'elles produiront un effet normal grâce à certains aménagements prévus par le droit des

¹⁰³¹ N.MARTHIAL, Le droit des sûretés réelles sur propriété intellectuelle à l'aune de la réforme du droit des sûretés, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direct. De J.M.BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A.ROBIN, ERCIM, éd. PUAM 2007

¹⁰³² S. PIEDELIEVRE, Premier aperçu de l'ordonnance du 23 mars 2006, *Defrénois* 2006, art. 38 393 ; D. HOUTCIEF, Pleins feux sur l'ordonnance du 23 mars 2006, *LPA* 2006, 28 avril

entreprises en difficulté. Elles offrent, lors de leur réalisation, la sécurité à laquelle un créancier peut légitimement s'attendre, à savoir : la garantie de paiement.

Les relations entre le droit des sûretés sur propriétés intellectuelles et le droit des procédures collectives s'avèrent considérablement délicates. La confrontation entre ces droits aux finalités très opposées fait sentir un réel besoin d'approfondissement.

Il n'est pas question, cependant, de traiter, malgré leur grand intérêt, l'ensemble des problèmes soulevés par cette confrontation. L'analyse des interactions entre les sûretés sur propriétés intellectuelles et le droit des procédures collectives est proposé, dans ce titre, à la lumière d'exemples nécessairement limités, mais constituant les prémices d'une réflexion qui s'annonce abondante. C'est pourquoi le parti a été pris d'opérer une sélection parmi les nombreux sujets qui nous paraissaient les plus dignes d'intérêt au regard de notre thèse et de la pluridisciplinarité qu'elle implique. Afin de mesurer l'efficacité des sûretés constituées sur des propriétés intellectuelles, il semblait opportun de s'intéresser au sort du nantissement de propriétés intellectuelles, (chapitre 1), analyse qui sera complétée par l'étude relative à la propriété intellectuelle retenue à titre de garantie (chapitre 2), dans le cadre particulier des procédures collectives.

« Faute d'une théorie générale des propriétés incorporelles et en considération du fait qu'il s'agit de monopoles d'exploitation généralement temporaires, une reconnaissance législative s'impose à chaque fois. Ce n'est que lorsque cette reconnaissance intervient que la question de l'opportunité d'une sûreté assise sur le bien se pose ».

(J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, « Droit spécial des sûretés réelles »).

CHAPITRE 1

LE SORT DU NANTISSEMENT DE PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES

446. L'importance prise par les propriétés intellectuelles dans le patrimoine des entreprises en fait une source importante de crédit, d'autant que leur valeur¹⁰³³, parmi les éléments du patrimoine peut être considérable. L'intérêt de pouvoir constituer une sûreté sur ces propriétés est réel. En effet, le développement de l'immatériel dans l'économie implique d'adapter les sources de crédit traditionnellement offertes aux entreprises¹⁰³⁴. Économiquement, il est inopportun que cette valeur reste inféconde et ne puisse servir pour l'entreprise, de source de crédit. L'affectation de ces propriétés à des fins de garantie est en outre particulièrement intéressante si l'on considère que leur objet nécessite pour leur conception un financement important¹⁰³⁵. L'importance de l'exploitation de ces biens pour le maintien de leur utilité économique contraint, en effet, à les laisser actifs lorsqu'ils sont donnés en garantie. La constitution de la sûreté permet une mobilisation optimale de la valeur du bien à des fins de garantie, son titulaire pourra ainsi consentir un nantissement à plusieurs créanciers sur le même bien intellectuel, mais il pourra également nantir différentes parties de ce bien à leur profit. Ces nantissemments évitent alors une inactivité du bien qui, faute d'être exploité, risquerait d'épuiser sa valeur.

Alors que les biens intellectuels ouvrent des perspectives de financement considérables au regard de leur valeur, il n'a jamais été offert à la pratique, d'instruments de crédit efficaces et adaptés à ces droits intellectuels. Face à l'inefficacité des sûretés réelles

¹⁰³³V. notre thèse, l'évaluation des droits de propriétés intellectuelles dans le droit des procédures collectives, n° 270, p. 237

¹⁰³⁴N. MARTIAL, La conjugaison du droit des sûretés réelles au temps des propriétés intellectuelles, RLDI, 2005, n° 11

¹⁰³⁵L'étude de M. VIVANT permet d'aborder véritablement la question des sûretés sur propriétés intellectuelles, « *L'entreprise est souvent dépourvue de moyens pour obtenir du crédit grâce à ses seules propriétés intellectuelles* », M. VIVANT, L'immatériel en sûreté, MéL. CABRILLAC, Litec 1999, p. 405 n° 1

constituées sur droits intellectuels, le législateur s'est vu contraint d'entreprendre des travaux afin d'assurer l'efficacité des sûretés sur propriétés intellectuelles, particulièrement lorsque le constituant est soumis à une procédure collective¹⁰³⁶. « Si le droit des sûretés n'ignore pas et loin de là l'immatériel, les sûretés sur propriétés intellectuelles restent de faible importance dans la pratique, alors même que ces propriétés sont devenues, tant d'un point de vue microéconomique que macroéconomique comme dans le champ du droit une donnée majeure »¹⁰³⁷. Au fil du temps, le législateur a institué à leur égard, des nantissements spéciaux¹⁰³⁸, qui organisent l'affectation du bien en garantie, sans priver le constituant de la maîtrise de ses utilités. La récente réforme du droit des sûretés a clairement imposé la qualification de nantissement chaque fois que la sûreté a pour objet un bien incorporel, et donc une propriété intellectuelle¹⁰³⁹. Elle a spécifiquement introduit dans le Code civil « le nantissement de meubles incorporels ».

Il est regrettable que les réformes des sûretés et des procédures collectives, alors qu'elles touchent toutes les deux au crédit et à ses risques, n'aient pas été traitées simultanément¹⁰⁴⁰. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a rectifié plusieurs dispositions de la loi du 26 juillet 2005¹⁰⁴¹, rédigée antérieurement à la réforme des sûretés, pour tenir compte de la nouvelle définition du nantissement. Les deux ouvrages entrepris ont pourtant été dissociés, compartimentés¹⁰⁴², ce qui a donné lieu à des solutions qui ne sont pas toujours en

¹⁰³⁶Le projet de loi avait pour objectif « *d'améliorer au regard des règles fixant les modalités et délais de déclaration des créances (...) la situation des créanciers titulaires de sûretés publiées[...]* » www.Legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative.sauve_entreprise.htm.

¹⁰³⁷M. VIVANT, *L'immatériel en sûreté*, Mél. CABRILLAC, Litec 1999, p. 405 n° 1

¹⁰³⁸Les propriétés industrielles sont les premières concernées puisque le législateur a consacré dans le Code de la propriété intellectuelle un tel nantissement sur les brevets (art. L. 613-24), les certificats d'obtention végétale (art. L. 624-14), les topographies de produits semi-conducteurs (art. L. 622-7), les dessins et modèles (L. 512-15) et les marques (L. 714-1). Dans la propriété littéraire et artistique seuls les films cinématographiques (art. 31 Code ind. cin.) et les logiciels (art. L.132-34 CPI) sont expressément prévus.

¹⁰³⁹Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative au droit des sûretés réalise un progrès manifeste en prévoyant pour le nantissement des autres meubles corporels, qu'à défaut de dispositions spéciales, ils étaient soumis aux règles prévues pour le gage de meubles corporels : il s'agit des bases de données, œuvres de l'esprit ou certains signes distinctifs, (autres que la marques), nom commercial, enseigne, dénomination sociale, nom de domaine.

¹⁰⁴⁰D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., LGDJ 2013, n° 16, p.18 pour qui « une occasion unique vient d'être manquée de conférer une cohérence à l'ensemble du droit français du crédit ». ; D. LEGEAIS, *La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer*, in *Études offertes au doyen Ph. SIMLER*, Litec 2006, p. 367.

¹⁰⁴¹La loi de sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 26 juillet 2005 a modifié le droit des procédures collectives sans pour autant apporter toutes les améliorations affichées et attendues.

¹⁰⁴²Ph. PETEL, *La réforme collatérale : les incidences de la modification du droit des procédures collectives par la loi du 26 juillet 2005*, in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Éditions juridiques et techniques 2006, p. 31.

harmonie¹⁰⁴³. Cette absence de concertation a été souvent relevée et critiquée, le législateur n'a pas manqué de formuler sa volonté en consacrant le principe de primauté dans l'article 2287 du Code civil, aux termes duquel : « les dispositions de l'ordonnance ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire »¹⁰⁴⁴. Sous peine de réduire le droit des entreprises en difficulté à sa plus simple expression, voire à néant, l'affirmation de ce principe s'imposait¹⁰⁴⁵. Ce texte signifie que le droit des procédures collectives déroge au droit des sûretés, et surtout qu'en cas de contradiction entre les dispositions de la loi et celles de l'ordonnance, les premières doivent primer¹⁰⁴⁶, la Cour de cassation se veut d'ailleurs gardienne du principe ainsi consacré¹⁰⁴⁷. S'ajoutent à cela les retouches effectuées par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, ayant surtout impacté les sûretés réelles, et par l'ordonnance du 18 décembre 2008 venue gommer les imperfections, et qui n'ont fait qu'accentuer le clivage déjà existant¹⁰⁴⁸.

Le face à face qui oppose le nantissement et les procédures collectives reflète une perception conflictuelle de leur rapprochement. Le droit des sûretés a pour objectif d'assurer au créancier des garanties de paiement de sa créance, il a pu être affirmé à cet égard que « les sûretés ajoutent aux créances une facette miroitante, la sécurité »¹⁰⁴⁹, alors qu'à l'inverse, il a été souligné à propos des procédures collectives, qu'elles ont pour objectif premier d'assurer le sauvetage de l'entreprise et le maintien de l'emploi. L'apurement du passif, n'apparaît qu'en

¹⁰⁴³ A propos de solutions divergentes adoptées par la loi de sauvegarde des entreprises avec les dispositions de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : P. M. LE CORRE, *Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives*, JCP E 2007. I. 1185 ; Ph. SIMLER, La réforme du droit des sûretés, JCP 2006, éd. G, n° 13, 29 mars 2006, I, 124

¹⁰⁴⁴ J. P BRILL, L'incidence de la réforme des sûretés sur le droit des procédures collectives, colloque du 22 septembre 2006 sur l'application de la réforme du 22 juillet 2005, CDE <http://www-cde.u-strasbg.fr/CDE/colloques1.html>

¹⁰⁴⁵ La commission Grimaldi, qui a préparé l'avant-projet de réforme des sûretés, était hostile à cette hiérarchie et souhaitait un ordre de subordination inverse. Ses membres étaient d'avis que « sauf dérogation expresse, les dispositions du présent livre restent applicables au cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité », <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/reforme-du-droit-des-suretes-11940.html> et <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportgrimaldi.pdf> spéc. p. 12.

¹⁰⁴⁶ J.L VALLENS, Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés au droit des procédures collectives, R.L.D.A., juillet 2006, p. 75 et s.

¹⁰⁴⁷ Cass. com., 12 juil. 2005, n° 03-14809 ; Bull. Joly, 2006, p. 36, note LE CANNU : sur le fondement de l'article 2427 du code civil, la cour de cassation pourrait paralyser les effets conférés à telle ou telle sûreté par l'ordonnance, chaque fois que les dits effets n'ont pas été repris et consacrés expressément par le droit des procédures collectives.

¹⁰⁴⁸ M. FARGE et O. GOUT, L'impact du nouveau droit des entreprises en difficultés sur le droit des sûretés, RLDC, mars 2009, p. 25.

¹⁰⁴⁹ M.CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, Droit des sûretés, Manuel Litec 9^e éd. 2010

troisième objectif de la loi¹⁰⁵⁰. Il est nécessaire de parvenir à équilibrer les objectifs des procédures collectives avec l'efficacité des nantissements sur propriétés intellectuelles, ainsi que la protection de leurs titulaires.

C'est donc à l'aune du droit des procédures collectives que se mesurera l'efficacité du nantissement de propriétés intellectuelles, en recherchant les effets des procédures collectives sur l'existence du nantissement (section 1) mais aussi sur les droits des créanciers nantis (section 2).

SECTION 1

EFFETS DES PROCÉDURES COLLECTIVES SUR L'EXISTENCE DU NANTISSEMENT

447. Les effets que peut produire l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur, sur le sort des sûretés consenties par ce dernier, sont inquiétantes et ce, bien avant que la loi de 1985 ne soit introduite favorablement à l'entreprise et à son redressement¹⁰⁵¹. L'influence exercée par les règles gouvernant les procédures collectives sont indéniablement perturbatrices des effets que produisent en tant normal, les sûretés réelles. La valeur du nantissement de propriétés intellectuelles doit absolument pouvoir être préservée. Sa préservation se traduit par l'exigence de son inscription aux fins d'opposabilité, et passe dès lors qu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du constituant par des exigences propres aux règles de déclaration des créances gouvernant la procédure. Il est constant d'observer en outre, que l'efficacité d'une sûreté puisse aisément être contestée lorsque l'ouverture d'une procédure collective anéantit les espoirs du titulaire de celle-ci, d'obtenir un remboursement de sa créance¹⁰⁵². L'étude menée analysera en premier lieu les moyens qui contribuent à la préservation de la valeur du nantissement (§1) durant la procédure et s'attachera en second lieu à présenter les hypothèses susceptibles d'entraîner la remise en cause du nantissement (§2).

¹⁰⁵⁰ Propos de J.P GASTAUD, cités dans C. SAINT ALARY HOUIN, Rapport de synthèse de colloque, « Sûretés et procédures collectives : morceaux choisis », PA, 20 sept. 2000, n° 188, p. 40

¹⁰⁵¹ A.PIEDELIEVRE, *L'efficacité de la garantie hypothécaire*, Études J.FLOUR, Défrenois, 1979, p. 367.

¹⁰⁵² N. MARTHAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, thèse Montpellier 2007, PUAM, 2007, n° 579

§1. LA PRÉSERVATION DE LA VALEUR DU NANTISSEMENT

448. La période d'observation est singulièrement attentatoire aux droits des créanciers titulaires d'un nantissement consenti antérieurement, à l'ouverture de la procédure collective. Période « sacrificielle »¹⁰⁵³ pour les créanciers, véritable havre pour le débiteur¹⁰⁵⁴, la période d'observation est enfermée dans de strictes limites. Diverses dispositions tendent à assurer au débiteur, pendant la période d'observation, « une bulle de tranquillité »¹⁰⁵⁵. Durant les quelques mois consacrés à la recherche d'une solution, toute initiative des créanciers est paralysée. Le « gel du passif », principe traditionnel des procédures collectives sera précieux pour assurer le sauvetage de l'entreprise¹⁰⁵⁶, auquel s'ajoute celui de l'interdiction des inscriptions. L'inscription ou la date de la publicité permet de définir le rang des créanciers notamment lorsqu'un droit de propriété intellectuelle fait l'objet d'un ou de plusieurs nantisements successif qui sont par définition sans dépossession. Cependant, l'ouverture d'une procédure collective fige en grande partie les droits des créanciers nantis, le risque d'inefficacité provient des règles particulières afférentes à l'inscription aux fins d'opposabilité (A), et procède ensuite de l'exigence de déclaration aux fins de reconnaissance de la créance (B).

A. INSCRIPTION AUX FINS D'OPPOSABILITÉ

449. Le nantissement de propriété intellectuelle, est en règle générale une sûreté d'origine contractuelle conclue entre un créancier et son débiteur. Tous les nantisements de propriétés intellectuelles sont constitués sans dépossession, laissant au constituant la plénitude de ses prérogatives. Toutefois, une publicité légale est instaurée en remplacement. En outre le droit des entreprises en difficulté prévoit à l'article L. 622-30 du Code de commerce un principe d'interdiction des inscriptions des sûretés constituées sur les biens du débiteur à compter du jugement d'ouverture. En règle générale, on considère que l'inscription du nantissement est la condition nécessaire et suffisante d'opposabilité de la sûreté sans dépossession (I), cependant afin de simplifier la procédure et augmenter les chances de sauvetage de l'entreprise la prohibition des inscriptions (II) s'imposera.

¹⁰⁵³ P.M LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.*, n° 411.11, p. 610

¹⁰⁵⁴ F.PÉROCHON et R.BONHOMME, Entreprises en difficulté instruments de paiement et de crédit, *op. cit.*, n° 228, p. 184

¹⁰⁵⁵ F. PÉROCHON, Entreprises en difficulté, *op. cit.*, 9^e éd. 2012, n°544, p. 276

¹⁰⁵⁶ C. SAINT ALARY HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 5^e éd., n°655

I. L'inscription du nantissement ou la condition nécessaire et suffisante d'opposabilité

450. Lorsqu'il s'agit de propriétés intellectuelles dont la reconnaissance est subordonnée à une formalité de dépôt auprès d'un organisme public, et qui font déjà l'objet, pour l'ensemble des actes de disposition les concernant d'un système de publicité, la technique s'avère facile. En effet la publicité s'opère alors simplement sur le registre qui leur est spécialement consacré. Tel est le cas de la plupart des propriétés industrielles pour lesquelles la reconnaissance du droit nécessite un dépôt, il en va notamment ainsi des brevets, marques, dessins et modèles...etc.

En revanche, une difficulté survient pour les propriétés intellectuelles pour lesquels aucun dépôt n'est prévu, il en va notamment ainsi de certaines propriétés littéraires et artistiques¹⁰⁵⁷. C'est le cas de certains signes distinctifs tels que le nom commercial, l'enseigne, dénomination sociale, nom de domaine, dont la propriété résulte de l'usage sans être assujettie à une formalité de dépôt. Certains d'entre eux, comme la dénomination sociale et le nom commercial font certes l'objet d'une inscription sur le Registre du commerce et des sociétés, cependant cette mention ne conditionne nullement l'acquisition du droit lui-même et le législateur, de toute manière, n'a pas prévu d'y attacher la possibilité de constituer un nantissement spécial. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 leur a effectivement ouvert la possibilité de faire l'objet d'un nantissement hors des formules spéciales. Néanmoins, il a été très justement remarqué qu'il était essentiel, d'organiser une mesure équivalente de publicité pour rendre le nantissement opposable ; il a été suggéré qu'il pourrait être envisagé de notifier le nantissement aux principaux créanciers du constituant afin de le leur rendre opposable¹⁰⁵⁸. L'affectation de la valeur de ces propriétés intellectuelles à des fins de garantie oblige dès lors à recourir aux règles du droit commun. À l'instar des propriétés intellectuelles faisant l'objet d'un nantissement spécial, les modalités de cette publicité ont été précisées par le décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, qui prévoit notamment que l'inscription se fera à la requête du créancier sur un registre spécial tenu par le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant est immatriculé ou s'il n'est pas soumis à l'obligation d'immatriculation, dans le ressort duquel est situé son siège ou son domicile¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁷ Hormis les logiciels et les œuvres cinématographiques pour lesquels une publicité est prévue sur des registres spéciaux

¹⁰⁵⁸ N. BINCTIN, Droit de la propriété intellectuelle, *op. cit.*, n°1057, p. 742

¹⁰⁵⁹ Décret n°2006-1804 du 23 décembre 2006, JO 31 décembre 2006

451. Les propriétés intellectuelles peuvent être grevées isolément ou en tant qu'éléments d'un fonds de commerce nanti. La publicité légale constitue la clef de voûte du nantissement sur propriétés intellectuelles¹⁰⁶⁰. S'appuyant sur l'écrit, elle garantit à la sûreté de pouvoir déployer ses effets. C'est dans cet esprit que la sûreté est prescrite par chacun des textes instituant un nantissement spécial d'une propriété intellectuelle, et se réalise par une inscription sur un registre particulier, qui fixe le rang de la sûreté¹⁰⁶¹. Il est ainsi prévu, à défaut d'une dépossession inopérable au regard de l'assiette du nantissement, et en toute hypothèse inopportune, une publicité de la sûreté par inscription sur un registre spécial. Cela présente l'avantage de pouvoir nantir plusieurs fois le même bien intellectuel au profit de différents créanciers. Seulement, faute d'organisation d'un système de publicité général centralisant les inscriptions de nantissement, chaque type de monopole a son propre registre¹⁰⁶².

À la différence du nantissement du fonds de commerce¹⁰⁶³, aucune condition de délai n'est imposée par les textes pour l'inscription d'une sûreté sur une propriété intellectuelle. Il s'agit incontestablement de faire connaître aux tiers intéressés la situation juridique du bien nanti, là où l'on ne peut compter sur la dépossession. Aussi, il semble important de relever que le créancier n'en a pas moins intérêt à y procéder rapidement, ne serait-ce que parce que l'inscription détermine son rang. La publicité du nantissement de propriétés intellectuelles apparaît globalement comme une condition nécessaire et suffisante de l'opposabilité de la sûreté aux tiers¹⁰⁶⁴.

Durant la vie de la sûreté, l'inscription assure l'opposabilité du droit de préférence du créancier nanti, aux autres créanciers du débiteur. Elle conditionne en outre l'exercice de son

¹⁰⁶⁰ G. LOISEAU, Lamy droit des sûretés, Étude 242, propriété intellectuelles, spéc. Section 2 régime général du nantissement de propriétés intellectuelles; G. LOISEAU, Biens meubles par détermination de la loi, J. Cl. Civil, facs. 20

¹⁰⁶¹ D. LEGAIS, Sûretés et garanties du crédit, *op. cit.*, n° 437, p. 313

¹⁰⁶² la plupart des registres sont tenus par l'Institut national de la propriété industrielle : Registre national des brevets : articles L. 613-9, R. 613-53 et R. 613-55, Registre national des dépôts de topographies de produits semi-conducteurs qui est une section du Registre national des brevets : article R. 622-6 du code de la propriété intellectuelle Registre national des marques : article L. 714-7 du code de la propriété intellectuelle, Registre national des dessins et modèles : articles R. 512-13 et R. 512-15 du CPI et, enfin, Registre national des logiciels : articles L. 132-34 et R. 132-8 du CPI. Pour les certificats d'obtention végétale, l'inscription doit être effectuée sur le Registre national des certificats d'obtention végétale tenu par le Comité de protection des obtentions végétales articles L. 623-14 et R. 623-38 du CPI ; en ce qui concerne les films cinématographiques, elle s'opère sur un registre spécial au Centre national de la cinématographie : article 31 du code de l'industrie cinématographique. Enfin, pour les propriétés intellectuelles empruntant les règles du gage de meubles corporels, l'inscription est prévue sur un fichier spécial, tenu au greffe des tribunaux de commerce suivant des modalités qui ont été précisées par un décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006.

¹⁰⁶³ Le nantissement du fonds de commerce doit être inscrit dans les quinze jours

¹⁰⁶⁴ G. LOISEAU, Lamy droit des sûretés, *loc. cit.*, 242-43 : *Publicité de la sûreté*

droit de suite à l'encontre d'un éventuel acquéreur du bien. L'inscription a essentiellement pour effet de fixer le rang des différents créanciers bénéficiant d'un nantissement sur le même bien (la date du dépôt de l'acte à publier est en effet attributive du rang). Il en résulte qu'un créancier dont le titre est antérieur mais qui, pour une raison quelconque, n'a inscrit sa sûreté qu'après un créancier, second en date, se trouve primé par celui-ci.

Les effets de l'inscription se poursuivent en principe tant que la sûreté est maintenue sur le bien. Néanmoins, pour certaines propriétés intellectuelles, l'inscription a une durée de validité limitée¹⁰⁶⁵. Pour toutes les autres propriétés intellectuelles, l'inscription du nantissement n'est pas limitée dans le temps. Elle reste valable pendant toute la durée du monopole d'exploitation et n'épuise ses effets que lorsque celui-ci a lui-même cessé d'exister.

La formalité d'inscription peut néanmoins être source de difficultés de deux sortes. La première afférant à la dualité d'inscription du nantissement de fonds de commerce incluant des propriétés intellectuelles (1). La seconde, couvre l'hypothèse dans laquelle deux créanciers sont nantis sur les mêmes propriétés intellectuelles : un créancier nanti sur le fonds de commerce comprenant des propriétés intellectuelles et un créancier nanti seulement sur ces propriétés. Il résulte de cette situation une coexistence de deux nantissements des mêmes propriétés intellectuelles (2).

1. Dualité d'inscription du nantissement de fonds de commerce incluant des propriétés intellectuelles

452. Il peut être assez fréquent que des propriétés intellectuelles, en tant qu'éléments incorporels d'un fonds, soient prises dans le nantissement constitué sur celui-ci. Le nantissement de fonds de commerce doit faire l'objet d'un acte écrit, dûment enregistré, et inscrit dans un délai de 15 jours auprès du greffe du tribunal de commerce. Selon l'article L. 143-17 du Code de commerce, lorsque le nantissement du fonds comprend des brevets, des marques ou des dessins et modèles, il doit également faire l'objet d'une inscription sur les registres qui leur sont spécialement consacrés¹⁰⁶⁶.

En cas de procédure collective ouverte à l'égard du constituant, surgissent un certain nombre de difficultés relatives à la dualité d'inscription exigée en la matière. La question qui

¹⁰⁶⁵ C'est le cas du nantissement de logiciels ou de films cinématographiques

¹⁰⁶⁶ La même prescription devrait en principe être étendue pour les autres propriétés intellectuelles comprises dans le fonds, telles que l'enseigne le nom commercial pour lesquelles, les textes ne le prévoient pas expressément, mais qui empruntant aux règles prévues pour le gage de meubles corporels (art. 2355 Code civil), participent même en l'absence de désignation expresse dans l'acte constitutif de nantissement. Sur le nantissement du nom commercial : v. G. LOISEAU, Rép. com. n° 48

se pose est de savoir si en cas d'ouverture d'une procédure collective il est encore permis au créancier nanti de procéder à l'inscription de son nantissement de fonds de commerce auprès de l'INPI, lorsque l'inscription du nantissement au greffe du tribunal de commerce a été réalisée antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, malgré la prohibition faite par l'article L. 622.30 du Code de commerce¹⁰⁶⁷? Autrement-dit il s'agit de savoir si l'inscription complémentaire produit ses effets à sa date ou si elle rétroagit au jour de l'inscription au greffe. Cette interrogation est d'importance, car des solutions apportées à cette interrogation dépendra le rang d'une inscription.

Une partie de la doctrine¹⁰⁶⁸ estime, en raisonnant par analogie, que cette solution ayant déjà été posée et résolue par la jurisprudence pour les nantissements judiciaires¹⁰⁶⁹, devrait pouvoir être ici transposée. En effet, d'après ces auteurs, s'agissant d'une formalité complémentaire, on peut avancer l'idée selon laquelle, l'inscription doit rétroagir au jour de l'inscription principale du nantissement du fonds au greffe. Une telle dérogation revient à admettre que l'inscription complémentaire est rétroactive. Or, une telle rétroactivité ferait naître d'autres difficultés qui se manifesteront entre les créanciers nantis sur le fonds de commerce comprenant les mêmes propriétés intellectuelles que ceux nantis sur cette assiette.

2. Coexistence de deux nantissements des mêmes propriétés intellectuelles

453. Des difficultés sont susceptibles d'être détectées entre des créanciers nantis sur le fonds de commerce comprenant des propriétés intellectuelles et ceux bénéficiaires d'un privilège sur les seules propriétés intellectuelles. Ces difficultés présument, pour être solutionnées, que soit déterminée la date d'opposabilité du nantissement de fonds de commerce.

Cette interrogation est d'importance, car de sa solution dépendra d'une part le rang d'une inscription prise par un autre créancier pour une propriété intellectuelle comprise dans le fonds de commerce postérieurement à la publicité au greffe mais antérieurement à l'inscription à l'INPI. Et d'autre part, du sort d'une inscription complémentaire prise après

¹⁰⁶⁷ « Les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture. Il en va de même des actes et des décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels, à moins que ces actes n'aient acquis date certaine ou que ces décisions ne soient devenues exécutoires avant le jugement d'ouverture... »

¹⁰⁶⁸ P. SALVAGE-GEREST et C. SOUWEINE, Nantissement et saisie, J.-Cl. Brevet Fasc. 4770, n° 32 ; J. MESTRE M BILLIAU . ET E. PUTMAN , Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, 1996, n° 970, p. 412 ; C. LISANTI-KALCZYNSKI , Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, thèse Montpellier, Litec, 2001, n° 417, p. 325

¹⁰⁶⁹ Cass. com., 21 mai 1968, Bull.civ. IV, n° 163 ; RTD. Com. 1968, 129, obs. HOUIN ; cass. com., 17 nov. 1992, D. 1993, p. 96, note F. DERRIDA

l'ouverture d'une procédure collective lorsque le jugement d'ouverture est lui-même postérieur à la publicité du greffe.

L'exécution des deux inscriptions exigées sur les registres adéquats est indispensable pour que le privilège issu du nantissement de fonds de commerce, et de propriétés intellectuelles qu'il comprend, soit opposable aux tiers¹⁰⁷⁰. Néanmoins, laquelle de ces deux inscriptions confère-t-elle cette opposabilité aux tiers ? Autrement dit : La première publicité suffit-elle à rendre le nantissement opposable aux tiers pour l'ensemble des éléments du fonds ou l'inscription complémentaire est-elle indispensable ?

Deux textes du Code de commerce apportent des fondements en faveur de deux solutions :

- D'après les dispositions de l'article L. 142-3 al.2 du Code de commerce, l'opposabilité du nantissement à lieu le jour de la première inscription : « *le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce...* ». Une partie de la doctrine¹⁰⁷¹ considère que cette disposition signifie que l'opposabilité du privilège portant sur tous les éléments du fonds de commerce est réalisée par la première inscription, l'inscription à l'INPI n'est qu'une formalité complémentaire.
- Le second texte milite en faveur de l'opposabilité du nantissement à la date de la seconde inscription, mais uniquement pour le nantissement de fonds qui comprennent « *des brevets d'invention ou licences, des marques ou des dessins et modèles, doivent être inscrits à l'Institut National de la Propriété Industrielle, sur la production du certificat d'inscription délivré par le greffier du tribunal de commerce, dans la quinzaine qui suivra cette inscription, à peine de nullité [...]* »¹⁰⁷².

La lettre de l'article L. 143-17 du Code de commerce, en requérant une inscription complémentaire « à peine de nullité à l'égard des tiers » du nantissement en ce qu'il s'applique aux propriétés intellectuelles, semble bien exiger cette seconde formalité pour l'opposabilité aux tiers de l'inclusion de ces propriétés dans l'assiette du nantissement. Par conséquent, pour s'étendre à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle inclus dans le fonds, le nantissement doit impérativement respecter l'exigence de la double inscription.

La lecture du premier texte invite à considérer que le créancier titulaire d'un nantissement de l'ensemble des éléments d'un fonds, prime le créancier nanti sur une propriété intellectuelle

¹⁰⁷⁰ J. P. STENGER, Le gage des droits de propriété intellectuelle, rev. de la prop.ind., n° 61, p. 17

¹⁰⁷¹ SALVAGE-GEREST et C. SOUWEINE, Nantissement et saisie, J.-Cl. Brevet Fasc. 4770, n° 32

¹⁰⁷² Art. L. 143-17 C. com

particulière, dès lors qu'il a inscrit son nantissement au greffe, avant que ce dernier n'ait lui-même publié son nantissement spécial, peu importe que l'inscription complémentaire n'ait été effectuée qu'après, pourvu qu'elle l'ait été dans le délai de quinzaine. La lettre de ce texte implique par conséquent que l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur, entre l'inscription du nantissement au greffe et la réalisation de l'inscription complémentaire, est sans effet sur la validité de celle-ci. Si une telle analyse ne permet pas de procéder à la seconde inscription après le jugement ouvrant la procédure collective, elle permet cependant de régler les conflits entre créanciers de manière satisfaisante¹⁰⁷³.

Nous en déduisons par conséquent qu'à défaut de respecter la double inscription, il s'opère une réduction de l'assiette en ce qui concerne la ou les propriétés intellectuelles qui n'ont pas été utilement publiées. La majorité de la doctrine considère à cet égard que le nantissement reste donc opposable aux tiers mais amputé des propriétés intellectuelles pour lesquelles l'inscription complémentaire n'a pas été prise et ne peut plus au demeurant l'être passé le délai de quinzaine¹⁰⁷⁴.

454. À l'issue de cette étude, une remarque s'impose toutefois ; en effet, alors que les mêmes droits intellectuels peuvent faire l'objet simultanément de deux formes de garanties différentes, l'on est en mesure de se demander pourquoi la réforme du droit des sûretés n'a pas procédé à l'unification de leurs régimes. En effet, l'inadaptation des textes à la spécificité des biens en cause était à l'origine de l'échec du droit des sûretés sur propriétés intellectuelles. Ainsi, de nombreux espoirs se portaient sur la réforme du droit des sûretés de 2006 pour pallier les lacunes dont faisait preuve le cadre normatif des sûretés sur propriétés intellectuelles. Les objectifs assignés à l'ordonnance étaient estimables, cependant force est de constater que leur réalisation se révèle décevante. Il est également à regretter que la réforme du droit des sûretés n'ait pas été conduite en même temps que celle du droit des procédures collectives. L'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur influe incontestablement sur le sort des nantissements sur propriété intellectuelle.

Le risque d'ouverture d'une procédure collective doit en outre, être mesuré à l'égard du constituant, dans la mesure où le jugement d'ouverture arrête le cours des inscriptions.

¹⁰⁷³ N.MARTHIAL, Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles, *th. cit.* n°137, p. 105

¹⁰⁷⁴ J. MESTRE, M. BILLIAU et E. PUTMAN, *Traité de droit civil, op. cit.*, n° 970, p. 412 ; C. LISANTI-KALCZYNSKI, Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, *th. cit.*, n° 423, p. 331 ; A. LEVY et A. SAYAG, *Lamy droit commercial*, 2006, n° 783, p. 378 ; J. P. STENGER, *Le gage des droits de propriété intellectuelle*, RDPI, 1995, n°61, p. 17

II. Prohibition des inscriptions

455. Un des éléments du dispositif assurant le gel du passif : l'arrêt du cours des inscriptions, est un dérivé de la traditionnelle inopposabilité à la masse des inscriptions. Ce principe interdit l'inscription, après le jugement d'ouverture du nantissement constitué antérieurement sur les biens intellectuels appartenant au débiteur. Il s'agit d'une interdiction de principe (1) assortie de quelques exceptions (2), susceptibles de profiter créancier nanti sur fonds de commerce comprenant des biens intellectuels.

1. Interdiction de principe des inscriptions après le jugement d'ouverture

456. Le fondement de la règle de l'interdiction des inscriptions à partir du jugement d'ouverture doit être recherché dans la volonté de « geler le patrimoine du débiteur ». La règle, telle qu'issue de la rédaction que lui donne la loi de sauvegarde des entreprises et de l'ordonnance de réforme, est énoncée dans ces termes : « *Les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture* »¹⁰⁷⁵, elle contribue à assurer de manière efficace au respect de la règle de l'égalité des créanciers¹⁰⁷⁶, en empêchant un créancier chirographaire de devenir, après jugement d'ouverture, un créancier privilégié. Ainsi l'égalité des créancier ne peut plus être rompue à partir du moment où l'actif du débiteur est bloqué.

457. Le domaine de la prohibition est particulièrement étendu. Cette dernière concerne toutes les sûretés réelles mobilières ou immobilières, conventionnelles judiciaires ou légales dès lors qu'une publicité est exigée. Ainsi, sont frappées d'inefficacité : les sûretés nées antérieurement et non encore inscrites au jour du jugement d'ouverture, en revanche, l'interdiction ne s'oppose pas à l'inscription née postérieurement pour les besoins de l'exploitation, ni même l'inscription définitive postérieurement au jugement d'une inscription prise à titre provisoire avant ce jugement.

458. Le principe de la prohibition des inscriptions postérieurement au jugement d'ouverture implique que la sûreté ne puisse produire ses effets dans la procédure, qu'à condition d'avoir été publiée la veille du jugement au plus tard.

¹⁰⁷⁵ Art. L. 622-30 C. com

¹⁰⁷⁶ C.SAINT ALARY HOUIN et F. MARCORIG-VENIER, J. Cl. Com.,[Redressement et liquidation judiciaires-situation des créanciers-interdiction des inscriptions], n°6

Les inscriptions postérieures sont en principe frappées de nullité, quoique cette sanction soit discutable. En effet, une partie de la doctrine préfère retenir la nullité de l'inscription et d'en déduire qu'elle profite à tous les créanciers, sans que les organes de la procédure ne puisse y renoncer¹⁰⁷⁷. À cette thèse s'affronte celle des juges du fond qui considèrent que l'inscription postérieure est inopposable à la procédure¹⁰⁷⁸. Cette solution est celle retenue par la Cour de cassation¹⁰⁷⁹, qui énonce que l'inscription de sûreté effectuée après le jugement d'ouverture est inopposable à la procédure collective.

2. Inscriptions exceptionnellement autorisées

459. La prohibition frappe d'inefficacité toutes les sûretés soumises à la publicité juridique nées antérieurement et non inscrites, à l'exception de celles qui préservent l'efficacité des sûretés concernées.

L'article L. 622-30 prévoit ainsi un certain nombre de dérogations à l'interdiction de principe. Nous n'examinerons pas l'ensemble de ces exceptions mais présenterons celles qui revêtent un intérêt certain au regard de notre sujet. Il convient en effet, de souligner que l'alinéa 3 de cet article opère une dérogation en faveur du vendeur de fonds de commerce lui permettant d'inscrire son privilège par dérogations aux dispositions précédentes. On pourrait alors se demander, à juste titre, si cette disposition ne pouvait être transposée et appliquée au nantissement du fonds de commerce, et par extension, au nantissement de fonds de commerce comprenant des propriétés intellectuelles. La jurisprudence a apporté une solution considérant que « le nantissement d'un fonds de commerce ne peut plus être inscrit postérieurement au jugement d'ouverture, sauf s'il s'agit de l'inscription complémentaire se substituant à une inscription provisoire prise antérieurement et hors période suspecte »¹⁰⁸⁰. Il convient dès lors de s'en tenir à la position de la Cour de cassation en considérant que l'inscription du nantissement d'un fonds de commerce comprenant des biens intellectuels est admise en ce qu'elle consiste en l'inscription complémentaire qui vient en remplacement de l'inscription provisoire.

¹⁰⁷⁷ F. MARCORIG-VENIER, Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises, Thèse Toulouse, 1992, n°154

¹⁰⁷⁸ CA Colmar, ch. civ. 1^e et 2^e sect. , 16 mars 1998, Rev. proc. Coll. 2001, p. 249, n°5, obs. F. MARCORIG-VENIER ; T. Com. Paris, 2 avril 1998, Rev. Proc. coll. 2000, 15, n° 12 obs. F. MARCORIG-VENIER

¹⁰⁷⁹ Cass. com., 7 nov.2006, n°05-11.551

¹⁰⁸⁰ Cass. com., 9 mai 1995, n° 93-10989

Nous venons de l'observer, le formalisme relatif à l'inscription du nantissement de propriétés intellectuelles et à l'interdiction des inscriptions postérieurement au jugement d'ouverture se veut exigeant dans un domaine comme dans l'autre. Ces exigences ont vocation à garantir l'opposabilité du droit du créancier nanti d'une part et préserver le débiteur d'autre part. Le créancier ne trouve finalement dans la publicité de la sûreté qu'une relative sécurité. L'inscription a surtout pour effet dans l'immédiat de fixer le rang du créancier nanti qui doit se soumettre aux règles spécifiques relatives à la déclaration des créances.

B. LA DÉCLARATION AUX FINS DE RECONNAISSANCE DE LA CRÉANCE

460. L'une des finalités de la procédure collective est l'apurement du passif, il implique la nécessité d'en fixer le montant et donc de recenser les créances existantes contre le débiteur et déterminer leur nature. La déclaration de créances est l'acte procédural par lequel le créancier antérieur et le créancier postérieur non éligible au traitement préférentiel, manifestent leur volonté d'obtenir dans le cadre de la procédure collective, paiement de ce qui leur est dû par le débiteur. Antérieurement à la réforme introduite par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 la déclaration de créance équivalait à une demande en justice, désormais elle doit être considérée comme un acte conservatoire auquel on va faire produire des effets classiquement attachés à une demande en justice¹⁰⁸¹. Le créancier nanti à l'instar de tout autre créancier antérieur, doit déclarer sa créance en vertu de l'article L.622-24 du Code de commerce.

461. La disposition relative à la déclaration des créances en visant expressément « les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié », fait bien de la publication de la sûreté ou du contrat, la condition de la protection des créanciers. Cette disposition appelle à deux remarques dont l'opportunité au regard de notre sujet doit être soulignée. La première concerne la situation du créancier titulaire d'un contrat publié, alors que la seconde s'attache au créancier titulaire d'un nantissement.

C'est là une nouveauté de la loi de sauvegarde des entreprises qui vise plus largement les créanciers « *liés au débiteur par un contrat publié* ». Ainsi peuvent notamment, être englobés en matière de propriété industrielle les contrats portant sur les brevets et les marques qui doivent être publiés en vertu respectivement des articles L. 613-9 et R. 714-4 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁰⁸¹ P. M. LE CORRE, Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté, D. 2014, p. 733, Ce qui d'après cet auteur impose alors de toute évidence la précision

Antérieurement à la loi de sauvegarde, le créancier titulaire d'un nantissement de propriétés intellectuelles bénéficiait des faveurs accordées aux titulaires de sûretés spéciales publiées. Il devait être personnellement averti de l'ouverture de la procédure collective à l'encontre de son débiteur, en l'absence de quoi, la forclusion ne pouvait lui être opposée¹⁰⁸². Il lui appartenait de procéder à la déclaration de sa créance à compter de cette notification.

462. Désormais, la loi de sauvegarde et l'ordonnance de réforme de 2008 ont simplifié le régime de protection de ces créanciers, le rendant davantage efficace. En effet, qu'ils soient titulaires d'un nantissement ou liés au débiteur par un contrat publié, le délai de déclaration court à compter de la notification de l'avertissement¹⁰⁸³, ce qui signifie qu'aucune sanction n'est encourue tant que l'avis n'a pas été reçu. Il reste néanmoins à souligner que pour bénéficier de l'avertissement, il faut que la sûreté ait été inscrite avant le jugement d'ouverture¹⁰⁸⁴. À cet égard, l'alinéa 2 de l'article L. 622-24 tel qu'il ressort de la rédaction que lui en donne l'ordonnance du 12 mars 2014, conserve une solution existante selon laquelle la déclaration est effectuée par le créancier ou par tout autre préposé ou mandataire de son choix. L'ordonnance complète le texte en indiquant que « le créancier peut ratifier la déclaration faite en son nom jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la créance ». Cette solution répond à une situation qui faisait naître de nombreux contentieux paraît donc particulièrement opportune. L'alinéa 3 nouvellement rédigé dispose que « lorsque le débiteur a porté une créance à la connaissance du mandataire judiciaire, il est présumé avoir agi pour le compte du créancier tant que celui-ci n'a pas adressé la déclaration prévue au premier alinéa ». Si le créancier nanti ne procède pas personnellement à la déclaration, la créance sera alors considérée comme valablement déclarée pour son compte par le débiteur.

En outre, le créancier doit conformément à l'article L.622-25 alinéa 1^{er} préciser « la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie ». Toutes les sûretés assortissant la créance devraient être précisées y compris l'éventuel nantissement constitué sur propriétés intellectuelles.

Le créancier titulaire d'un nantissement ou d'un contrat publié, non averti d'avoir à déclarer sa créance, doit présenter une requête en inopposabilité de forclusion, cela a pour effet de constater que le créancier est encore dans les délais pour déclarer sa créance.

¹⁰⁸² P. CROCQ, Sûretés et procédures collectives : ce qu'il faudra retenir de l'année 2004, RLDC, 2005, supp. n° 13, 554 spé. p. 21

¹⁰⁸³ C'est-à-dire avertissement par lettre recommandée avec AR

¹⁰⁸⁴ CA. Paris 3^e ch. B. 20 juin 2003, RG n° 2002/ 11518

463. L'article L. 622-26 dispose qu'à défaut de déclaration, « les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes » du plan de sauvegarde ou de redressement. Cela signifie que la créance non déclarée devient inopposable, ce qui a pour effet de compromettre incontestablement l'efficacité des sûretés réelles qui la garantissent, puisqu'elle empêche leur réalisation au cours de la procédure, et par conséquent, le paiement par préférence. Les nantissements de propriété intellectuelle risquent ainsi d'être purement et simplement perdus chaque fois que la procédure collective produit un effet de purge¹⁰⁸⁵. Cependant, la nouvelle sanction paraît moins attentatoire aux intérêts des créanciers que les précédentes, car la créance n'étant pas éteinte, les poursuites pouvant reprendre après la clôture de la procédure. Néanmoins, il faut se rendre à l'évidence : si l'absence de déclaration n'est plus sanctionnée par son extinction, les chances de poursuites et d'obtenir paiement postérieurement à la procédure sont quasi-nulles !

464. L'inscription du nantissement permet de définir le rang des créanciers, notamment, lorsqu'un droit de propriété intellectuelle fait l'objet d'un ou de plusieurs nantissements successifs. Cependant, nous avons pu observer que l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant fige en grande partie les droits des créanciers nantis, le risque d'inefficacité provient des règles particulières afférentes à l'inscription aux fins d'opposabilité, mais ce risque doit en outre, être mesuré à l'égard du constituant, dans la mesure où le jugement d'ouverture arrête le cours des inscriptions et impose par ailleurs aux créanciers de soumettre à la déclaration aux fins de reconnaissance de leur créance.

En dernier lieu, la procédure collective a pour effet de remettre en cause les droits des créanciers nantis dès lors que leur débiteur se trouve en situation de cessation de paiements.

§2. LA REMISE EN CAUSE DU NANTISSEMENT

465. Antérieurement à l'ouverture d'une procédure collective, période qui s'étend de la date de cessation des paiements au jugement d'ouverture de la procédure, le créancier titulaire d'une sûreté subit divers bouleversements, ou tout le moins, voit sa situation changée. La période suspecte se « plie à l'objectif général de traitement des entreprises en difficulté »¹⁰⁸⁶, et les nullités qui l'accompagnent traduisent l'idée selon laquelle « s'il peut

¹⁰⁸⁵ M. BOURASSIN, V. BREMOND et M. N. JOBARD – BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey 2^e éd., 2010, n° 2494, p. 663

¹⁰⁸⁶ F. VICKEL, *L'acte suspect ou la théorie générale des nullités à l'épreuve du droit des procédures collectives*, thèse Paris II, 1999

être permis à un créancier de se prémunir contre une insolvabilité éventuelle, il est inadmissible qu'il puisse se prémunir contre une insolvabilité déjà acquise »¹⁰⁸⁷, cet interdit est une constante des législations sur la faillite. Le créancier titulaire d'un nantissement de propriété intellectuelle risque de voir ses chances d'être payer s'amoinrir considérablement, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant.

Le rôle perturbateur des procédures collectives s'étend à la période suspecte, qui impose une fois de plus des contraintes importantes aux créanciers qui encourent l'extinction du nantissement antérieurement constitué (A), à moins que le nantissement de propriété intellectuelle soit exclu du champ des nullités (B).

A. NULLITÉ DU NANTISSEMENT ANTÉRIEUREMENT CONSTITUÉ

466. En vertu de l'article L. 632-1 du Code de commerce « sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, [...], tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour des dettes antérieurement contractées ». Cette disposition prescrit la nullité de divers actes intervenus entre la date de cessation de paiements et celle du jugement d'ouverture de la procédure. En cas de redressement ou de liquidation judiciaire le tribunal a le pouvoir de faire remonter la date de cessation de paiement à une date antérieure de douze mois à celle du jugement d'ouverture. Les droits des créanciers nantis sont ainsi susceptibles d'être paralysés, dès lors que l'entreprise constituante est en état de cessation de paiements au moment de la naissance de la sûreté.

Il reste à préciser le fondement de la nullité (I) et définir la preuve de la date de constitution de la sûreté (II).

I. Fondement de la nullité

467. Dans les législations antérieures à la loi du 25 janvier 1985, les nullités de la période suspecte étaient destinées à faire primer le principe d'égalité des créanciers antérieurs et à sanctionner les fraudes commises. Aujourd'hui, il faut ajouter que l'objectif primordial de cette période s'explique par le fait que le produit des actions en nullité profite directement au débiteur contrairement à ce qu'il était prévu auparavant. Conformément à une règle classique, l'article L. 632-1, I, 6° annule certaines constitutions de sûretés sur des biens appartenant au débiteur au cours de la période suspecte pour garantir une dette antérieure. En effet, s'il est normal de consentir une sûreté afin d'obtenir un crédit, il semble anormal et même suspect, de

¹⁰⁸⁷ M. CABRILLAC et ALLI., *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 443, n°595

la part du débiteur en cessation de paiements, d'accorder ultérieurement la sûreté, alors que le créancier n'est plus en principe, en position de force¹⁰⁸⁸.

Aux termes de l'article L.632-4, l'action en nullité peut être exercée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan et le ministère public, ce qui exclut le débiteur lui-même et ses créanciers. Elle est par ailleurs, circonscrite dans son délai, puisqu'elle ne peut plus être exercée après que la créance garantie par la sûreté litigieuse ait été admise. Le texte vise la constitution même de la sûreté, il s'entend de la réunion de ses conditions de validité, en effet la nullité est à exclure dès lors que la constitution est achevée avant la cessation des paiements, même si son inscription requise non *ad valiatem* mais à des fins d'opposabilité, a lieu après. Il en résulte qu'afin de déterminer si le nantissement est annulable, il est tenu compte de la date à laquelle sa constitution est achevée.

II. Preuve de la date de constitution du nantissement

468. Sont nulles de plein droit, sans que le juge ne puisse exercer un quelconque pouvoir d'appréciation, les sûretés réelles, nées pendant la période suspecte en garantie d'une créance antérieure qui se trouve explicitement visée par l'article L. 632-1-1 I, 6°, 7°, 9°, 10° du Code de commerce. Il s'agit pour l'essentiel de sûretés attribuant un droit de préférence. Pour chaque sûreté, il est indispensable, dans un premier lieu, d'identifier quelle est la forme essentielle pour sa constitution, puisque c'est la date de cette dernière qui conditionne sa validité.

La preuve de la date prend toute son importance pour déterminer si la constitution est intervenue durant la période suspecte. En effet, il est impératif de vérifier la date de la créance garantie, puisque la nullité de droit n'est encourue que dans l'hypothèse de la sûreté constituée en période suspecte, et couvrant une dette antérieurement contractée. Les créanciers peuvent tirer avantage de cette distinction depuis que la réforme du droit des sûretés a admis qu'un gage ou une hypothèque puisse garantir une créance future. Cependant, si les sûretés garantissant des créances futures peuvent échapper à la nullité de droit, elles tombent néanmoins sous le coup de la nullité facultative de l'article L. 632-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce. Le juge saisi d'une telle demande dispose d'un pouvoir discrétionnaire de prononcer ou non la nullité.

Il demeure en outre, certaines hypothèses dans lesquelles la validité de l'acte dépend

¹⁰⁸⁸ F. PÉROCHON, Entreprises en difficulté, 9^e éd., *op. cit.*, n° 1310, p. 700

d'une formalité qui lui donne date certaine. Il en allait ainsi, avant que soit consacré le nantissement relatif aux propriétés intellectuelles, de la constitution d'un gage sur meuble incorporel qui doit être enregistré, puis signifié au débiteur de la chose gagée, à moins que son acceptation ne se fasse par un acte authentique¹⁰⁸⁹.

B. LE NANTISSEMENT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EXCLU DU CHAMP DES NULLITÉS

469. Si le risque d'ouverture d'une procédure collective doit fortement être pris en considération par le créancier, dans la mesure où le jugement d'ouverture arrête le cours des inscriptions, il n'en demeure pas moins que l'inscription effectuée lors de la période suspecte sera valable puisqu'elle ne réalise pas elle-même la constitution de la sûreté relative aux propriétés intellectuelles, au sens de l'article L. 632-1 précité¹⁰⁹⁰. En effet, nous avons relevé précédemment qu'il y a lieu d'exclure la nullité lorsque la constitution est achevée avant la cessation de paiements, mais que l'inscription aux fins d'opposabilité intervient après.

La possibilité de faire inscrire de manière anticipée la sûreté sur propriété intellectuelle peut ainsi faire échec aux dispositions relatives aux sûretés consenties durant la période suspecte, susceptibles d'être annulées. En effet, le créancier a la faculté d'inscrire son nantissement futur ou existant avant que les conditions nécessaires à sa constitution soient réunies. Lorsque la constitution intervient au cours de la période suspecte, le créancier n'a pas à craindre la nullité de son acte, car la validité du nantissement rétroagit au jour de son inscription.

470. L'objet du nantissement doit évidemment exister, mais ce n'est pas dire qu'il ne peut être futur. La question a certes pu, antérieurement à la réforme du droit des sûretés, être discutée sur la possibilité de constituer un nantissement sur une chose future, s'agissant en particulier d'un droit intellectuel¹⁰⁹¹. Néanmoins, depuis la réforme des sûretés, il est désormais admis, que les toutes les propriétés intellectuelles puissent constituer l'assiette d'un nantissement, cette assiette s'entend d'un bien ou un ensemble de biens « présents ou futurs »¹⁰⁹². La constitution d'une sûreté sur le bien à venir est alors un moyen privilégié pour

¹⁰⁸⁹ Cass. com., 28 jan. 1997, n° 94-20.554, Bull. Civ. IV, n° 35; D. 1998, 140, note JOBARD-BACHELIER; Rev. proc. coll. 1998, 203, n° 1 obs. B. LEMISTRE

¹⁰⁹⁰ C. LISANTI-KALCZYNSKI, Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, thèse Montpellier, Litec 2001, n° 415, p. 322

¹⁰⁹¹ M.CABRILLAC et C.MOULY, Droit des sûretés, *op.cit.*, n° 778, p. 583. J.MESTRE, Le gage des choses futures, D. 1982, chr., p. 144, n° 14

¹⁰⁹² Article 2355 du code civil : « *Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs...* »

obtenir du crédit, en affectant le monopole futur en garantie du financement qu'il nécessite. Cette solution est en outre opportune en ce que les biens intellectuels requièrent fréquemment un investissement important pour leur réalisation.

471. Qu'en est-il des créations industrielles ? Il est en principe, admis d'anticiper la délivrance du titre et de nantir la demande elle-même¹⁰⁹³, du moins dès qu'elle est publiée.¹⁰⁹⁴ Puisque, avant, aucune inscription n'est possible. Une telle faculté est également reconnue à la demande d'enregistrement d'une marque¹⁰⁹⁵. Elle pourrait par ailleurs être étendue, dans le silence des textes, à la demande de certificat d'obtention végétale, puisqu'il existe même à son égard deux registres distincts : l'un pour les demandes et l'autre pour les certificats¹⁰⁹⁶. Il n'en reste pas moins que la constitution d'un tel nantissement avant la délivrance du titre peut se révéler favorable pour le créancier en vue d'une prise de rang immédiate.

472. S'agissant de créations relevant du droit d'auteur, non assujetties à une formalité de dépôt, l'hypothèse d'un nantissement de bien futur, à tout le moins, en cours de réalisation, prend une toute autre dimension. En effet, le risque de procéder à un tel acte si l'auteur est le constituant, serait de se heurter à la prohibition prévue à l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle interdisant la cession globale des œuvres futures, un tel acte porteur d'une éventuelle cession emporte que le nantissement pourrait avoir un tel effet à terme¹⁰⁹⁷.

La validité du nantissement des droits d'exploitation présents et à venir d'un film, est expressément autorisée par le Code du cinéma et de l'image animée¹⁰⁹⁸. Les œuvres cinématographiques ou audiovisuelles doivent être inscrites au registre public du cinéma et de l'audiovisuel. L'inscription purement formelle assure l'opposabilité à l'égard des tiers. La sûreté peut avoir pour assiette soit les droits d'auteurs et droits voisins attachés à l'œuvre, soit le droit de propriété du support, soit encore les délégations et cessions, en pleine propriété ou à titre de garantie, tout ou partie des recettes présentes ou à venir attachées à l'œuvre cinématographique ou audiovisuelle, ce sont ces droits qui ont le plus de valeur¹⁰⁹⁹. Les mêmes dispositions s'appliquent à toutes les garanties constituées au profit de ceux qui le

¹⁰⁹³ Article R. 612-38 du CPI

¹⁰⁹⁴ Article R.613-53 du CPI

¹⁰⁹⁵ Article R.712-21 du CPI

¹⁰⁹⁶ Article R. 623-38 du CPI

¹⁰⁹⁷ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1057, p. 743

¹⁰⁹⁸ Ordonnance 2009-901 du 24 juillet 2009 relative à la partie législative du code du cinéma et de l'image animée, JORF n° 0170, 25 juillet 2009, Texte n° 39

¹⁰⁹⁹ D. LEGAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, n° 525, p. 268

financent, quelle que soit l'assiette. Ce nantissement s'inscrit dans la catégorie des gages sans dépossession le privilège s'établit du seul fait de son inscription. Ce régime autorise sa constitution avant même la réalisation du film¹¹⁰⁰. Il est seulement impératif que le film soit déjà identifié par le dépôt du titre au registre public du cinéma et de l'audiovisuel tenu par le Centre national de la cinématographie.

473. Cette opportunité de nantir une production à venir est bien évidemment particulièrement avantageuse en ce domaine, où les besoins financiers considérables des producteurs les conduisent à faire appel au crédit. Le rang des créanciers est alors déterminé d'après la date d'inscription de leur nantissement, indépendamment de la date d'achèvement de l'œuvre cinématographique ou audiovisuelle. L'article L. 124-2 du présent Code dispose que « sauf dispositions contraires portées au contrat et inscrites au registre public du cinéma et de l'audiovisuel ou au registre des options, le bénéficiaire d'un des droits [...] dûment inscrit, et sur production de l'état, encaisse seul et directement nonobstant toute opposition autre que celle fondée sur un privilège légal, à concurrence de ses droits et suivant l'ordre de son inscription, le montant des produits de l'œuvre cinématographique ou audiovisuelle, de quelque nature qu'ils soient, et ce, sans qu'il soit besoin de signification aux débiteurs cédés qui seront valablement libérés entre ses mains. »¹¹⁰¹ L'effet de la sûreté est majeur, car le créancier nanti bénéficie d'un paiement direct. Cet avantage s'ajoute au droit acquis par le nantissement et offre à cette sûreté une « teinte particulière »¹¹⁰².

474. Un tel nantissement est-il encore envisageable s'agissant d'un logiciel en cours de réalisation ? Assimilés à des œuvres de l'esprit, les logiciels font l'objet d'une réservation du seul fait de la création. Aucune formalité de dépôt n'est requise. C'est la raison pour laquelle, lorsqu'il a été envisagé de pouvoir constituer une sûreté sur ces biens, un système particulier de publicité a été organisé. Le contrat doit être passé par écrit, à peine de nullité, le nantissement doit être inscrit sur un registre spécial tenu par l'INPI, et surtout il est exigé que cette inscription indique précisément l'assiette de la sûreté et notamment les codes sources et documents de fonctionnement¹¹⁰³. La demande d'inscription doit parallèlement indiquer le

¹¹⁰⁰ LYON-CAEN G. et LAVIGNE P., *Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé*, LGDJ, 1957, n° 561, p. 117

¹¹⁰¹ Article L. 124-2 du Code du cinéma et de l'image animée

¹¹⁰² N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1069, p. 747

¹¹⁰³ Article L. 132-34 CPI et R. 132-8-2° exigeant « l'indication des éléments de propriété intellectuelle de nature à permettre l'identification du logiciel, tel que le nom, la marque, la désignation du code-source, des documents

montant de la créance exprimée dans l'acte de nantissement, son exigibilité, les conditions relatives aux intérêts ainsi que les frais accessoires. La loi n'a pas explicitement envisagé le nantissement du logiciel en cours de réalisation mais la doctrine est majoritairement favorable¹¹⁰⁴. Lors des travaux parlementaires relatifs à la réforme du droit des sûretés, la constitution du nantissement était présentée comme un moyen avantageux pour financer l'investissement nécessaire à la réalisation des logiciels. Le rapporteur de l'Assemblée Nationale l'exprimait dans ces termes « le droit d'exploitation d'un logiciel peut faire l'objet d'un nantissement inscrit sur un registre spécial. Cette sûreté devrait bénéficier en premier lieu aux organismes intervenant dans le financement d'entreprises du secteur de l'informatique ayant pour activité principale le développement de logiciels »¹¹⁰⁵. Or, l'exigence d'une identification précise du logiciel lors de l'inscription du nantissement, démontre clairement le souhait du législateur de contrarier le nantissement d'un logiciel futur. Il faut en déduire, d'une part que le nantissement d'un logiciel en cours de développement pourrait être envisageable si et seulement si le constituant complète progressivement l'inscription faite à l'INPI. Et d'autre part, que le logiciel à l'état d'un simple projet ne peut faire l'objet d'une inscription, alors même que c'est à ce moment que le financement est nécessaire à sa réalisation et qu'une prise de garantie sur le bien futur serait nécessaire. L'importance du financement pour concevoir et développer de nouveaux programmes informatiques achève, sous l'angle pratique, de convaincre de l'intérêt d'une sûreté dès la phase d'élaboration, mais il reste que celle-ci devra être expressément envisagée.

475. L'inscription anticipée du nantissement, nous venons de l'examiner, est opportune, eu égard à la particularité de l'assiette. Cette opportunité permettrait au débiteur d'être financé et au créancier de prendre rang au jour de l'inscription anticipée. Une telle inscription réalisée de manière anticipée permet de ne pas attendre que les conditions nécessaires à la constitution soient toutes réunies pour assurer au créancier un privilège intéressant¹¹⁰⁶.

Cette rétroactivité de la validité du nantissement au jour de l'inscription, lorsque celle-ci est réalisée antérieurement à la constitution, et préalablement à la date de cessation des

de fonctionnement et des mises à jour, ainsi que toute autre caractéristique du logiciel et, le cas échéant, les références d'un dépôt »

¹¹⁰⁴ D. DELAVAL, Le contrat de nantissement du droit d'exploitation des logiciels, *Gaz. Pal.* 1994, 2, doct., p. 1176 ; H. CROZE, Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels, *JCP E* 1996, I, n° 546, spéc. n° 8

¹¹⁰⁵ Rapport BIGNON, *JO rapp. AN*, n° 72, p. 12

¹¹⁰⁶ N. MARTHAL, *Droit des sûretés réelles sur propriété intellectuelle*, *th. cit.*, n°523, p. 341

paiements, devra permettre d'exclure le nantissement du champ des nullités de la période suspecte.

Les procédures collectives sont indéniablement perturbatrices des effets que produisent en tant normal, les sûretés réelles. Il a pu être démontré dans cette étude que la préservation de la valeur du nantissement de propriétés intellectuelles obéissait certes aux règles spécifiques relatives à l'inscription aux fins d'opposabilité mais le traitement judiciaire des entreprises en difficulté contraint le créancier nanti de se soumettre aux règles spécifiques de déclaration aux fins de reconnaissance de la créance. Il a pu en outre être observé que l'efficacité d'un nantissement de propriété intellectuelle était susceptible d'être remis en cause dès lors qu'il a été constitué antérieurement à l'ouverture de la procédure collective. En effet, la nullité du nantissement antérieurement constitué a pour effet d'anéantir les espoirs du titulaire de celui-ci, d'obtenir un remboursement de sa créance, néanmoins il a pu être constaté qu'il est des hypothèses dans lesquelles le nantissement de propriétés intellectuelles était exclu du champ des nullités, ce qui a l'avantage de profiter au créancier nanti.

Nous nous proposons de compléter cette étude en procédant à l'analyse des conséquences que produisent les procédures collectives sur les droits des créanciers nantis.

SECTION 2

EFFETS DES PROCÉDURES COLLECTIVES SUR LES DROITS DES CRÉANCIERS NANTIS

476. Les dispositions ayant vocation à régir les procédures collectives produisent d'importants effets sur les droits des créanciers titulaires d'un nantissement de propriétés intellectuelles. La prééminence des créanciers de la procédure finit d'atteindre l'efficacité des sûretés antérieures et là encore, le créancier nanti ne pourra bénéficier davantage de privilèges ; nous verrons que sa situation est identique à celle des autres créanciers titulaires de sûretés spéciales. Néanmoins, certains aménagements sont envisageables afin d'atténuer les désagréments qui leur sont imposés par la procédure.

La procédure collective ouverte à l'encontre du constituant produit des effets de deux ordres qui se traduisent par la soumission des créanciers nantis à l'interdiction des paiements (§1) ainsi que par la limitation de l'exercice de leurs droits (§2).

§1.LA SOUMISSION DES CRÉANCIERS NANTIS À L'INTERDICTION DES PAIEMENTS

477. La période d'observation est particulièrement attentatoire aux droits des créanciers garantis. La réalisation d'un nantissement en cas de procédure collective, spécialement en ce qui concerne une dette antérieure, diffère fortement de sa réalisation en période normale. En droit commun, l'insolvabilité avérée du débiteur conduit le créancier à faire entrer immédiatement sa sûreté dans une phase active, lui permettant d'obtenir un paiement prioritaire. En revanche, tout autre est la situation en cas d'ouverture d'une procédure collective, en cette hypothèse, le créancier risque de voir son droit au paiement limité à l'issue de la procédure. La règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures produit un impact direct sur les droits des créanciers nantis. L'analyse faisant état de cette situation révélera que, malgré la puissance et l'étendue du principe, subsistent de rares exceptions ayant néanmoins le mérite d'être applicables aux nantissements de propriétés intellectuelles. Le premier volet de l'étude se consacrera à l'interdiction des paiements des dettes antérieures qui admet la faculté de remboursement anticipé (A), alors que le second volet révélera à l'instar de cette prohibition, les paiements autorisés (B).

A. L'INTERDICTION DES PAIEMENTS DES DETTES ANTÉRIEURES ET FACULTÉ DE REMBOURSEMENT ANTICIPÉ

478. L'ouverture d'une procédure collective entraîne l'interdiction des paiements des créances antérieures, interdiction indispensable dans une procédure collective fondée sur la cessation des paiements en accord avec le principe d'égalité entre créanciers¹¹⁰⁷. Le principe général est posé avec force par l'article L. 622-7¹¹⁰⁸ du Code de commerce qui énonce que « le jugement ouvrant la procédure emporte de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture ».

479. Ce principe interdit d'obtenir un paiement individuel alors que la collectivité des créanciers n'est pas payée. Le fondement de la règle est double, il s'agit d'assurer un traitement égalitaire entre les créanciers, qui, par principe, doivent être payés dans le cadre des distributions collectives, et assurer efficacement la poursuite de l'activité pour permettre le redressement de l'entreprise, en prohibant les actes susceptibles de compromettre un tel objectif¹¹⁰⁹. Ce principe ayant pour objectif affiché de préserver les actifs de l'entreprise, interdit le paiement de la dette du bénéficiaire d'un nantissement de propriétés intellectuelles, lorsque celle-ci est antérieure au jugement d'ouverture de la procédure. Cependant, il faut admettre qu'accorder à un créancier nanti la possibilité d'obtenir un remboursement anticipé, avant l'échéance de la sûreté, permettrait de remédier aux principaux risques attachés à la dépréciation des propriétés intellectuelles nanties, qui peut être rapide. Ainsi, seuls sont prohibés par cette règle, les paiements effectués par le débiteur. Il n'y a toutefois pas

¹¹⁰⁷ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., *op. cit.*, n° 548, p. 277

¹¹⁰⁸ Article L. 622-7 dispose « Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires.

De même, il emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4^e de l'article 2286 du code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L.626-6

Il fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissaire.

II.-Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger.

Le juge-commissaire peut aussi l'autoriser à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité. Ce paiement peut en outre être autorisé pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité et que le paiement à intervenir est d'un montant inférieur à la valeur vénale du bien objet du contrat... »

¹¹⁰⁹ RIPERT et ROBLOT par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, T.II17e éd. LGDJ 2004, n° 3038

d'obstacle de principe au paiement effectué par un tiers. Cette possibilité justifie l'examen du mécanisme de la délégation susceptible d'ouvrir une possibilité de paiement dans le cadre de la discipline collective.

480. Le législateur, en mettant en place le nantissement sur films cinématographiques avait tenu compte des besoins de la pratique, en admettant une forme de remboursement anticipé par la délégation de recettes. Accorder au créancier la possibilité d'obtenir un remboursement anticipé au moyen de ces revenus d'exploitation de propriétés intellectuelles grevées, constitue un gage d'efficacité de la sûreté. Bien souvent, la délégation de recettes est consentie distinctement, indépendamment de tout nantissement. Le bénéficiaire de la délégation de recettes se voit attribuer deux prérogatives. Il peut d'une part, obtenir du Centre national de la cinématographie tous renseignements relatifs aux recettes et produits relevant de l'exploitation des œuvres cinématographiques et audiovisuelles sur lesquelles il a ses droits, et d'autre part, il encaisse seul et directement, nonobstant toute opposition autre que celle fondée sur un privilège, à concurrence de ses droits et suivant l'ordre de son inscription, le montant des produits de l'œuvre, de quelque nature qu'ils soient et ce, sans qu'il soit besoin de signification aux débiteurs cédés qui se libéreront valablement entre ses mains. Le créancier jouit ainsi d'un droit de préférence renforcé par la délégation de recettes¹¹¹⁰.

481. La question qui se pose est de savoir si cette faculté de remboursement anticipé peut être exercée au cours de la période d'observation ou si, au contraire, ce paiement est figé par le principe général d'interdiction des paiements ?

Ce mécanisme constitue le paiement d'une créance antérieure à l'ouverture de la procédure collective. Il semblerait eu égard aux objectifs voués par le droit des entreprises en difficulté et notamment compte tenu du principe de l'interdiction des paiements, que ce dispositif soit paralysé. Néanmoins, il convient de souligner que la règle de l'interdiction des paiements ne concerne que les paiements effectués exclusivement par le débiteur. A contrario, il faut en déduire que sont valables les paiements effectués par des tiers. La règle de l'égalité des créanciers n'est pas affectée si le paiement émane d'un tiers, et il n'y aura pas non plus lieu de rechercher si la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture.

¹¹¹⁰ Cass. com., 23 oct. 2012, Dr. et patr. Février 2013, p. 2, obs. Ph. DUPICHOT

482. La jurisprudence admet la licéité de paiements de dettes nées antérieurement au jugement d'ouverture, effectués par un tiers en vertu d'une délégation¹¹¹¹. Il serait opportun de raisonner par analogie et d'étendre ces solutions dans le but de renforcer les droits des créanciers nantis.

La délégation a pour conséquence de faire naître un nouveau lien contractuel sans que l'ancien disparaisse pour autant, en cas de délégation imparfaite. Le critère dégagé par la jurisprudence pour admettre l'application du principe gouverné par l'article L. 622-7, réside visiblement dans la personne effectuant le paiement¹¹¹². Il a été admis, en matière de nantissement d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles, que le créancier ayant préalablement déclaré sa créance, pouvait exercer la délégation de recettes, en dépit de la suspension des poursuites et de l'interdiction de paiement des dettes antérieures¹¹¹³. En raisonnant par analogie avec ces solutions admises par le droit des procédures collectives, et en conformité avec les principes qui les gouvernent, il nous paraît opportun d'admettre la licéité du paiement effectué par les tiers exploitant des droits de propriétés intellectuelles. Le paiement par délégation devient alors pleinement efficace.

Nous venons de voir et démontrer que seuls les paiements réalisés par le débiteur étaient interdits, à contrario lorsqu'ils sont effectués par une autre personne, ils demeurent valables. Ainsi, le créancier nanti sur des propriétés intellectuelles doit se voir reconnaître la faculté de remboursement anticipé auprès de tiers exploitants les propriétés intellectuelles grevées. Cette possibilité reconnue au créancier nanti est un moyen efficace pour intégrer les revenus d'exploitation des propriétés intellectuelles assurant ainsi au créancier une grande sécurité de remboursement malgré l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur. Certaines exceptions à l'interdiction de payer les créances antérieures sont toutefois envisageables.

¹¹¹¹ Cass. com., 21 nov. 1995, RJDA 1996, n° 554: solution posée à propos du paiement effectué par l'épouse du débiteur déléguée par celui-ci dans les remboursements d'un prêt ;cass.com. 4 juil. 2000, Rev. proc. coll. 2002. 91 obs. C. LEBEL ; Cass. com., 26 nov. 2002, RD banc.fin. 2003, n° 77, obs. F.-X. LUCAS: il a été admis le paiement effectué par le locataire dans le cadre d'une délégation de loyers consentie par le bailleur emprunteur à son prêteur ; Cass. com., 30 mars 2005, D.2005, somm., p. 2015, obs. F.-X. LUCAS ; act. proc. coll. 2005/8, n° 98, note C. REGNAUT-MOUTIER

¹¹¹² Cass. com., 24 avril 2007, n°06-10.944, « si la créance du délégant sur le délégué subsiste, malgré l'exécution de la délégation, ni le délégant ni ses créanciers ne peuvent avant la défaillance du délégué envers le délégataire, exiger le paiement. Ainsi, l'ouverture de la procédure collective à l'encontre du délégant ne peut avoir pour effet de priver le délégataire de son droit exclusif, dès son acceptation, à un paiement immédiat par le délégué, sans concours avec les autres créanciers du délégant ».

¹¹¹³ TGI Paris, 20 jan. 1977, RJ Com. 1977, p. 155

B. LES PAIEMENTS AUTORISÉS

483. L'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur impose inévitablement un certain nombre de contraintes aux titulaires de sûretés, cependant certains mécanismes permettent par leur mise en œuvre le paiement des créanciers. Les créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales telles que le nantissement constitué sur une propriété intellectuelle inclus dans le plan de cession, bénéficient d'une règle de faveur lorsque leur sûreté garantit un crédit octroyé au débiteur pour le financement du bien. Le premier mécanisme, fait appel à la notion de transfert de la charge de sûreté (I) mais également de transfert du nantissement consenti pour le financement d'une création ou du développement des propriétés intellectuelles grevées et cédée dans un plan. Le second constitue pour sa part une formule intéressante pour le débiteur qui consiste en une substitution de garantie (II).

I. Transfert de la charge de la sûreté

484. De nombreux sacrifices sont imposés aux créanciers titulaires d'un nantissement de propriétés intellectuelles au nom de la survie de l'entreprise, néanmoins certaines dispositions dont ils peuvent se prévaloir pour espérer être payés, ont été mises en place. Lorsque le tribunal arrête un plan de cession totale ou partielle, le cessionnaire continue en principe de supporter automatiquement la charge des sûretés. L'article L.642-12 du Code de commerce¹¹¹⁴ régit la cession d'un bien grevé d'une sûreté.

Afin de bénéficier de cette technique protectrice de transfert des sûretés, plusieurs conditions doivent être réunies. Il faudra d'abord que la sûreté soit régulièrement inscrite. Il faudra ensuite que la sûreté vienne garantir le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés. Cela signifie que la

¹¹¹⁴ « Lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une quote-part du prix est affectée par le tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence ».

Le paiement du prix de cession fait obstacle à l'exercice à l'encontre du cessionnaire des droits des créanciers inscrits sur ces biens.

Jusqu'au paiement complet du prix qui emporte purge des inscriptions grevant les biens compris dans la cession, les créanciers bénéficiant d'un droit de suite ne peuvent l'exercer qu'en cas d'aliénation du bien cédé par le cessionnaire.

Toutefois, la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire. Celui-ci est alors tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de la propriété ou, en cas de location-gérance, de la jouissance du bien sur lequel porte la garantie. Il peut être dérogé aux dispositions du présent alinéa par accord entre le cessionnaire et les créanciers titulaires des sûretés.

Les dispositions du présent article n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur des biens compris dans la cession ».

sûreté doit être inscrite sur un bien du débiteur pour un crédit qui lui a été consenti. En effet, le transfert de la charge de la sûreté, ne joue que si la créance qu'il garantit est un crédit destiné au financement du bien.

Cette disposition a fait l'objet de nombreuses critiques, tenant notamment à son caractère confus, et reprochant en outre à ce dispositif d'empêcher l'adoption de plans de cession, et donc le redressement de l'entreprise¹¹¹⁵, car ce mécanisme peut avoir tendance à effrayer les repreneurs et à les écarter du plan de cession¹¹¹⁶. Il a pu à ce titre, être très justement souligné par Monsieur le Professeur Le Corre que ce mécanisme était comparable dans son esprit à la cession judiciaire de contrats, telle qu'elle résulte du Code de commerce. Dans les deux cas il s'agit de faire prendre en charge un passif par le cessionnaire.

485. Le transfert de la charge de sûreté ainsi concernée est en réalité une cession de dette, étant entendu que le repreneur est tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec lui, et qui restent dues à compter du transfert de la propriété. La solution ressort des termes de l'article L. 642-12 alinéa 4 du Code de commerce. La cession du bien est conçue globalement, avec sa charge passive. La charge future de la dette garantie est automatiquement transférée au cessionnaire. Il appartient à ce dernier d'acquitter, outre le prix de la cession, le montant des échéances futures de remboursement du crédit consenti au débiteur¹¹¹⁷.

486. En outre, il n'est pas indiqué que le financement doit permettre uniquement l'acquisition du bien, il convient alors en application du principe *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, d'en déduire qu'il s'agit du financement qui permet l'acquisition du bien autant que son amélioration ou son entretien¹¹¹⁸. Ainsi le créancier bénéficiaire d'un nantissement de propriétés intellectuelles, peut bénéficier du transfert de la charge de sa sûreté au cessionnaire du bien, lorsque sa garantie est la contrepartie d'un crédit ayant permis la création, ou le développement de la propriété intellectuelle grevée. Il s'agira par conséquent du transfert du nantissement consenti pour le financement d'une création ou du développement des propriétés intellectuelles grevées et cédées dans un plan. En effet, il peut

¹¹¹⁵ L. C. HENRY et D. FABIANI, « l'article 93 de la loi du 25 janvier 1985 », LPA sept. 2000, n° 188, p. 22 et s. sp. P. 26 n° 21

¹¹¹⁶ P. M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.*, n° 542-41, p. 1203

¹¹¹⁷ F. PÉROCHON, Entreprises en difficulté, *op. cit.*, n°1209, p. 629

¹¹¹⁸ L. C. HENRY et D. FABIANI, « l'article 93 de la loi du 25 janvier 1985 », *loc. cit.* ; P. LE CANNU, Droit commercial, entreprises en difficulté, refonte de l'ouvrage de M. JEANTIN, 7^e éd. précis Dalloz, 2006, n° 1077 ; Y. GUYON, Droit des affaires, t. II, Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite, 8^e éd. Economica 2001 n° 1289

être fréquente de recourir à un financement pour le développement ou la création d'une propriété intellectuelle. Lorsque la cession d'une invention brevetée ou d'un logiciel, originairement créé par le débiteur se réalise grâce au financement du créancier nanti. Il peut sembler légitime d'admettre que ce dernier, ayant pris les risques de la création, puisse aspirer aux mêmes droits que les créanciers garantis ayant financé l'acquisition d'un quelconque bien grevé. Dans une telle hypothèse, le crédit permettra l'apparition du bien dans le patrimoine du débiteur. Il serait opportun de reconnaître le transfert de sa sûreté à la charge du cessionnaire du créancier nanti qui a permis de financer des recherches. Ces recherches pouvant aboutir à une invention brevetée, ou la création, le développement ou la conception de l'objet du droit de propriété intellectuelle cédé. Ceux-ci échappent par conséquent au concours dans la limite des sommes reçues par le cessionnaire. Le paiement imposé au repreneur avantage donc le titulaire du nantissement transféré¹¹¹⁹ mais augmente en retour le coût d'acquisition de l'entreprise. L'application du mécanisme prévu par le Code de commerce, améliore le sort du créancier qui a la chance d'en bénéficier.

II. La substitution de garantie

487. La substitution de garantie est envisagée tant en période d'observation qu'en cas d'adoption d'un plan de continuation, dans le cadre d'une procédure de redressement ou de sauvegarde d'une entreprise. Ce dispositif n'existe que dans l'hypothèse d'une vente de biens grevés de sûretés. Ce mécanisme se révèle intéressant pour le débiteur dans la mesure où le produit issu de la vente des biens grevés est affecté à la poursuite de l'activité au lieu d'être d'abord consigné, puis distribué aux créanciers inscrits sur le bien vendu. Il constitue ainsi une source de financement pour l'entreprise débitrice, alors que le mécanisme de la consignation n'autorise en principe, le débiteur qu'à appréhender le solde du prix qui excède les droits. Du côté des créanciers inscrits, la solution, est par principe, neutre, puisqu'ils n'ont pas vocation à recevoir des fonds durant la période d'observation. Néanmoins la loi du 10 juin 1994, a ouvert la possibilité aux créanciers inscrits d'obtenir un paiement provisionnel, en période d'observation.

Ainsi, un créancier qui consent un financement permettant des recherches aboutissant à une invention brevetée, voire au financement d'un film, se fait consentir un nantissement sur la

¹¹¹⁹ Avantage d'autant plus remarquable qu'il se cumule avec l'affectation, pour l'exercice de leur droit de préférence, de la quote-part du prix de cession

propriété intellectuelle. En cas de vente du bien, il sera possible grâce à ce mécanisme de contourner le principe de la consignation par une substitution de garanties.

La substitution de garantie régie par l'article L. 626-22 du Code de commerce, est subordonnée à la fourniture d'une garantie équivalente à la garantie substituée. Pour ce faire, les parties devront se rapprocher pour convenir de la substitution de garantie. Si la substitution est décidée dans le jugement arrêtant le plan de continuation ou de cession, le créancier n'est pas partie au plan, il est uniquement partie à la substitution de garantie. L'unique condition de fond tient donc à l'équivalence de la garantie. En période d'observation la substitution de garantie permet au créancier d'être payé conformément aux règles classiques applicables à l'issue de la procédure.

488. Conformément aux dispositions de l'article L. 626-22, si un plan de continuation est arrêté, le créancier percevra les dividendes du plan dans les conditions classiques et enfin, en cas de plan de cession, il y aura application des dispositions relatives à la fixation d'une quote-part du prix de cession pour l'exercice des droits de préférence. Les créanciers qui étaient titulaires de ces sûretés seront payés sur le prix, après le paiement du superprivilège ; ils échappent ainsi aux délais fixés par le plan. Pour autant, le législateur a contrebalancé l'avantage qu'il avait ainsi octroyé à certains créanciers. Ils reçoivent les dividendes qui leur sont dus en application du plan de continuation, réduits en fonction du paiement anticipé, suivant l'ordre de préférence existant entre eux. Ce paiement anticipé a, en quelque sorte, un prix pour eux qui consiste dans une nouvelle réduction de leurs créances¹¹²⁰. Même si la nouvelle garantie n'a pas été consentie à l'occasion du financement ayant permis l'acquisition de la propriété intellectuelle grevée, ou son apparition dans le patrimoine du débiteur, la garantie nouvelle prend strictement la place de la garantie ancienne, de sorte que les règles applicables à cette dernière nous semblent devoir s'appliquer à la garantie nouvelle.

Il paraît légitime de maintenir ce mécanisme au profit de créanciers nantis sur des propriétés intellectuelles, une telle différence de traitement entre créanciers est injustifiée, et serait de nature à rompre l'égalité que le droit des procédures collectives veut préserver. En outre, notons que depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, est maintenant visé le gage à côté du nantissement, ce qui était certes indispensable en raison de la réforme du droit des sûretés, distinguant entre le gage de meubles corporels et le nantissement de meubles

¹¹²⁰ PIEDELIEVRE, L'efficacité de la garantie hypothécaire, Études J. FLOUR, Defrénois, 1979, p. 367

incorporels. Cet ajout est favorable car il évite implicitement une discrimination entre les créanciers nantis sur des biens intellectuels et les autres créanciers titulaires de sûretés.

Or, l'efficacité du nantissement et la singularité de ce mécanisme implique une égalité de traitement entre les créanciers, qui ne peut ici leur être assurée. L'ouverture d'une procédure à l'égard du constituant produit encore des effets limitatifs sur l'exercice des droits des créanciers nantis.

§2. LA LIMITATION DE L'EXERCICE DES DROITS DES CRÉANCIERS NANTIS

489. Le nantissement de propriété intellectuelle, constitué par définition sans dépossession, confère au créancier certaines prérogatives, parmi lesquelles un droit de préférence et un droit de suite. Pendant la période d'observation, une partie des créanciers bénéficiaires de sûretés réelles voient leurs prérogatives paralysées, ils se trouvent contraints à l'attente, dans l'espoir qu'ils puissent enfin mettre en œuvre leurs garanties à la fin de cette période.

Pour autant, il est patent de constater que les créanciers nantis voient, leurs intérêts sacrifiés et leur privilège primé par les privilèges d'autres créanciers, dès lors que le constituant est soumis à une procédure collective. Le droit des entreprises en difficulté est particulièrement attentatoire de leur droit en ce qu'il bouleverse sensiblement le classement des créanciers nantis(A) qui leur était pourtant assuré par le droit commun, et en ce qu'il impose des contraintes limitant notablement le libre exercice de leurs prérogatives en portant notamment atteinte aux droits de préférence et de suite (B).

A. LE CLASSEMENT DES CRÉANCIERS NANTIS

490. Le créancier ayant inscrit son nantissement de propriété intellectuelle bénéficie en principe d'un droit de préférence qui lui permet de faire vendre le bien à l'échéance pour se faire payer sur son prix, par privilège et préférence aux autres créanciers. Hors période de difficultés avérées¹¹²¹, ce privilège l'emporte sur les privilèges généraux¹¹²², tel que le privilège général des salariés¹¹²³. La survenance d'une procédure collective bouleverse considérablement ce classement retenu par le droit commun, notamment en fonction des

¹¹²¹ Autrement dit dès lors que le constituant se trouve soumis à une procédure collective.

¹¹²² Article 2332-1 du Code civil

¹¹²³ T. civ. Seine, 23 févr. 1957, JCP G 1957, II, n° 9921, note BECQUE E., RTD com. 1957, p. 995, obs. HEMARD J., s'agissant du privilège du créancier nanti sur un film ; rapprocher CA Paris, 2 mars 1953, JCP G 1953, IV, p. 95

décisions de la procédure, ayant pour effet direct de placer les créanciers nantis en concours avec les autres créanciers de la procédure. Il est alors nécessaire d'étudier distinctement les préférences relatives aux procédures de sauvegarde et de redressement (I) et les préférences propres à la liquidation judiciaire (II).

I. Les préférences relatives aux procédures de sauvegarde et redressement

491. Lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, le privilège du créancier est primé par d'autres privilèges. En effet, trois privilèges généraux occupent les premières places du classement de droit de préférence.

- ❖ Le super privilège des salariés : les salariés de l'entreprise débitrice bénéficient d'une priorité de paiement fondée sur le caractère alimentaire de leur créance.
- ❖ Les créances garanties par le privilège des frais de justice : L'ordonnance du 18 décembre 2008 a modifié la rédaction de l'article L. 622-17 II du Code en visant désormais « le privilège des frais de justice nés régulièrement après l'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ». Désormais ce classement très avantageux est subordonné à deux conditions. D'une part, il importe que les frais de justice postérieurs soient engagés pour les besoins du déroulement de la procédure, et d'autre part que ces frais soient nés postérieurement au jugement d'ouverture, alors qu'antérieurement à la réforme, il devait s'agir de frais de justice antérieurs à l'ouverture de la procédure.
- ❖ La loi du 26 juillet 2005 a créé le privilège de la conciliation. En ce cas les crédits accordés dans un accord de conciliation vont primer ceux consentis durant la période d'observation, alors que sous l'empire de la législation antérieure, il s'agissait de créances antérieures.

492. Concernant les créances postérieures privilégiées, deux règles de classement les concernent. Suivant l'expression empruntée à Messieurs Cabrillac et Mouly¹¹²⁴, il existe un classement externe et interne des créanciers postérieurs par rapport aux autres créanciers ou aux créanciers postérieurs privilégiés.

Selon le classement externe, le privilège de la procédure, contrairement à ce qui était prévu sous l'empire de la législation antérieure à la législation actuelle, sont primés par les trois privilèges généraux cités précédemment. Le Code de commerce classe les créances

¹¹²⁴ M. et S. CABRILLAC, C. MOULY, P. PETEL, Droit des sûretés, *op.cit.*, n° 893

postérieures privilégiées en rang¹¹²⁵. Parmi lesquelles figurent hiérarchiquement : les créances de salaire, les créances résultant de prêts consentis à l'entreprise par un établissement de crédit, suivies éventuellement des créances salariales avancées par l'AGS et enfin, les créances postérieures éligibles au traitement préférentiel.

Les créanciers nantis doivent également subir la concurrence des créanciers impayés de la période d'observation et de la période de conciliation. Ces créances sont en effet payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou de sûretés, à l'exception des créances salariales. Ces créanciers doivent également subir le concours de créanciers *new money*, qui bénéficient du privilège de l'article L. 611-11 du Code de commerce, ayant fait un apport financier dans le cadre de la procédure de conciliation, qui n'ont pas été payés. Ces derniers sont encore primés par le titulaire d'un autre privilège spécial, tel que le privilège du conservateur¹¹²⁶, voire en cas de conflit avec le vendeur du bien intellectuel qui s'en est réservé la propriété, car en ce cas c'est ce dernier qui l'emporte. Enfin, dans l'hypothèse de créanciers bénéficiant d'un nantissement sur le même bien, leur rang sera fonction de la date d'inscription de la sûreté. Cependant, le nantissement produit des effets en cas de vente du bien intellectuel grevé. Les créanciers nantis sont alors payés sur le prix, après paiement des créances garanties par le superprivilège.

II. Les préférences propres à la liquidation judiciaire

493. En cas de prononcé d'une liquidation judiciaire, les créanciers nantis peuvent se trouver en concours avec des créanciers de la période d'observation restés impayés. Selon les articles L. 643-2 à L. 643-8 du Code de commerce, toutes les créances à termes deviennent exigibles, et les deniers issus de la réalisation d'actif doivent être répartis dans le respect des droits accordés aux créanciers. Les créanciers postérieurs sont primés par d'autres créanciers identiquement au classement institué en redressement judiciaire étudié antérieurement. Cependant, l'ordre de paiement des créanciers n'est plus le même que celui prévu dans l'hypothèse d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire¹¹²⁷. Il a pu être souligné en doctrine, que la liquidation judiciaire présente deux règles originales intéressant les créanciers titulaires de sûretés réelles. Les créanciers rétenteurs, d'une part et les créanciers munis de sûretés spéciales mobilières ou immobilières, d'autre part¹¹²⁸. Ces deux catégories ne

¹¹²⁵ Articles L.622-17 III et L. 641-13III

¹¹²⁶ Cette hypothèse est envisageable dans le nantissement de film cinématographique

semblent pas intéresser de manière directe la sûreté que nous nous proposons d'étudier, c'est la raison pour laquelle nous ne les aborderons pas dans cette étude ici présente.

En toute hypothèse, le créancier nanti peut être primé par le titulaire d'un autre privilège spécial, tel que le privilège du conservateur prévu dans le nantissement de films cinématographiques. En revanche, s'il s'agit de créanciers bénéficiant d'un nantissement sur la même propriété intellectuelle, leur rang sera fonction de la date d'inscription de la sûreté¹¹²⁹.

494. Dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire, le créancier nanti a tout intérêt à demander l'attribution en propriété du bien incorporel, désormais prévue dans le nouvel article L. 642-20-1 du Code de commerce¹¹³⁰. L'article L.642-20 prévoit que « le créancier gagiste, même s'il n'est pas encore admis, peut demander au juge commissaire, avant la réalisation, l'attribution judiciaire » du bien nanti. Faut-il entendre par cette disposition que la faculté d'attribution est strictement réservée au seul « créancier gagiste »¹¹³¹ ? Cet article paraît désigner expressément le créancier gagiste. Est-il possible d'admettre que le créancier nanti sur propriétés intellectuelles puisse retrouver sa faculté d'attribution du bien en paiement, suspendue jusqu'alors, dès le prononcé de la liquidation judiciaire ?

Classiquement l'attribution judiciaire du gage est une prérogative reconnue au seul créancier gagiste par l'article 2347 du Code civil, qui dispose que « le créancier ne peut à défaut de paiement, disposer du gage, sauf à lui faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par l'expert,

¹¹²⁷ Article L.641-13 C. com.

¹¹²⁸ M. CABRILLAC, C.MOULY, Droit des sûretés, *op. cit.*, n° 1075, p. 804 et s.

¹¹²⁹ V. section précédente : A. Règles spécifiques relatives à l'inscription des nantissements, spéc. :I. l'inscription du nantissement ou la condition nécessaire et suffisante d'opposition de la sûreté sans dépossession

¹¹³⁰ Originellement ce mécanisme était prévu à l'article L.642-25 tel qu'issu de la loi du 26 juillet 2005. Article qui a toutefois été formellement abrogé par l'ordonnance du 18 décembre 2008, mais dont les dispositions se retrouvent le nouvel article L. 642-20-1 du code de commerce rédigé dans ces termes : « *A défaut de retrait du gage ou de la chose légitimement retenue dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article L. 641-3, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à la réalisation. Le liquidateur notifie l'autorisation au créancier quinze jours avant la réalisation.*

Le créancier gagiste, même s'il n'est pas encore admis, peut demander au juge-commissaire, avant la réalisation, l'attribution judiciaire. Si la créance est rejetée en tout ou en partie, il restitue au liquidateur le bien ou sa valeur, sous réserve du montant admis de sa créance.

En cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix. L'inscription éventuellement prise pour la conservation du gage est radiée à la diligence du liquidateur. »

¹¹³¹ V. N. MARTHAL, Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles, thèse cit., n°592, p. 394, L'auteur propose un raisonnement par analogie avec les autres alinéas du texte pour une application au créancier hypothécaire sur propriétés intellectuelles

ou qu'il sera vendu aux enchères ». L'ordonnance de réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 n'a apporté aucune modification de fond au mécanisme de l'attribution judiciaire, qui s'applique désormais à tous les gages et à tous les nantissements de biens incorporels, sauf exclusion expresse par un texte spécial¹¹³².

495. L'attribution judiciaire est un droit préférentiel réservé aux seuls créanciers gagistes ou nantis, ce qui suppose que le créancier ait déclaré sa créance avec indication du nantissement¹¹³³. Ce bénéfice est en revanche exclu pour le créancier nanti sur fonds de commerce¹¹³⁴.

Une telle analyse a l'avantage d'admettre l'exercice de la faculté d'attribution judiciaire aux créanciers bénéficiaires d'un nantissement de propriété intellectuelle. Le principal intérêt pratique de l'attribution judiciaire est de permettre au créancier nanti d'éviter la loi du concours avec les autres créanciers. Il a pu être affirmé à cet égard que, par définition, un privilège est un droit préférentiel qui s'exerce lors de la distribution d'un prix et qui consiste à le percevoir par priorité sur d'autres créanciers. Or, il a été très justement souligné que l'attribution judiciaire ne porte pas sur le prix mais sur la chose elle-même, en effet, il ne faut pas voir dans cette prérogative un mécanisme de distribution d'un prix¹¹³⁵. En réalité la technique de l'attribution judiciaire permet au créancier nanti sur des biens intellectuels d'être mis hors concours, sa situation se révèle être indépendante de l'existence du droit de préférence.

Lorsque la décision d'attribution judiciaire a été rendue trois hypothèses se présentent :

La première hypothèse est celle dans laquelle, la valeur attribuée à la propriété intellectuelle nantie est inférieure au montant de la créance du créancier nanti. Dans ce cas, il concourt avec les autres créanciers dans une répartition chirographaire, pour le solde chirographaire de sa créance conformément au nouvel article L. 643-6 du Code de commerce. La seconde hypothèse est celle dans laquelle, la valeur reconnue à la propriété intellectuelle nantie est supérieure à la créance, dans ce cas il appartient au créancier nanti de reverser l'excédent au liquidateur.

¹¹³² P. -M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action 2010/2011, 583-81

¹¹³³ Cass. com., 1^{er} fév, 2000, n° 97-17.772, NPT, RJDA 2005/5, n° 562

¹¹³⁴ La solution résulte de l'article 8 de la loi du 17 mars 1909

¹¹³⁵ P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* n° 583-83, p. 1428

Enfin, en dernier lieu, la créance peut être rejetée totalement ou partiellement, voire n'être admise que de manière chirographaire. Le créancier, devra en ce cas restituer au liquidateur le bien nanti.

En définitive, malgré les précautions prises par le créancier ayant préalablement inscrit son nantissement de propriété intellectuelle, la survenance d'une procédure collective à l'égard du constituant bouleverse considérablement ses prévisions et évince le classement originellement assuré par le droit commun. Le créancier nanti est ainsi soumis à la loi du concours qui aura vocation à le reclasser à l'instar des règles du droit commun qui lui permettent de vendre le bien intellectuel à l'échéance pour se faire payer sur son prix, par privilège et préférence aux autres créanciers. Seulement, il ne s'agit pas ici des seules limitations portées à l'exercice de leurs droits, puisque le droit de préférence et droit de suite subissent également des restrictions.

B. LES ATTEINTES PORTÉES AUX DROITS DE PRÉFÉRENCE ET DE SUITE

496. Le droit de préférence et le droit de suite subissent en général de profonds bouleversements en fonction notamment des solutions adoptées par le tribunal. Cependant, nous observerons que l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur a pour effet de malmener davantage l'un que l'autre.

Cette observation induit un examen attentif de l'exercice du droit de préférence dans les diverses procédures (I), qui sera complété par l'étude relative à l'exercice du droit de suite (II).

I. L'exercice du droit de préférence dans les diverses procédures

497. Le créancier ayant inscrit son nantissement sur une propriété intellectuelle bénéficie d'un droit de préférence qui lui permet de faire vendre le bien à l'échéance pour se faire payer sur son prix. Cependant, l'exercice du droit de préférence peut se voir complètement paralysé ou partiellement renaître par l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur. Cet effet variable doit néanmoins être vérifié durant la période d'observation (1), lors la sauvegarde ou le redressement judiciaire (2), voire d'un plan de cession (3) ou dans le cadre de la liquidation (4).

1. Lors la période d'observation

498. La période d'observation est caractérisée par la poursuite de l'activité de l'entreprise. Il est donc inconcevable de vendre des actifs de l'entreprise au nom du

désintéressement des créanciers. En outre, les créanciers nantis ne peuvent pas généralement poursuivre leur droit de préférence postérieurement à l'ouverture d'une procédure collective de leur débiteur.

Néanmoins, la paralysie du droit de préférence doit se concilier avec la survie de la sûreté, particulièrement lorsque le bien nanti est vendu dans le cadre des ventes d'actifs isolés¹¹³⁶, destinées à assurer à l'entreprise la poursuite de son exploitation. Lorsque les biens vendus sont grevés d'un nantissement, la conciliation se réalise par l'article L. 622-8 du Code qui prévoit expressément que la quote-part du prix des créances garanties doit être versée à la caisse des dépôts et consignation. Cette consignation rend bien évidemment ces sommes indisponibles et insaisissables. Par conséquent, il s'ensuit que les créanciers nantis ne peuvent espérer être payés et ne pourront exercer leur droit de préférence sur la quote-part qu'à l'expiration de la période d'observation conformément à l'ordre des privilèges. Néanmoins, il convient de nuancer cette paralysie. En effet, l'alinéa 2 de l'article L. 622-8 prévoit dans le but d'améliorer la situation des créanciers titulaires d'un droit de préférence de leur accorder un paiement provisionnel sur le bien vendu, de tout ou partie de leur créance.

2. Lors de la sauvegarde ou du redressement judiciaire

499. Dans le cadre de ces procédures, le bien grevé d'un nantissement peut être vendu et son prix est alors affecté au désintéressement des créanciers bénéficiaires de ces sûretés spéciales¹¹³⁷. La quote-part du prix de vente sera versée à la caisse des dépôts et de consignation, en attendant la fin de la procédure de purge et que soit déterminé l'ordre de paiement des créanciers. Toutefois, les créanciers bénéficiaires d'un nantissement de propriété intellectuelle subissent le concours des autres créanciers.

3. Lors du plan de cession

500. En cas de cession de l'entreprise, l'exercice du droit de préférence peut partiellement renaître. Qu'elle soit ordonnée dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, la cession peut comprendre des biens grevés d'un nantissement de propriété intellectuelle. Les droits des créanciers nantis sont protégés de deux manières. D'une part, ils peuvent être payés sur le prix de la cession en fonction de leur rang¹¹³⁸, et

¹¹³⁶ Conformément à l'article L. 622-7 II du code de commerce

¹¹³⁷ Mécanisme prévu à l'article L. 626-22 du code de commerce

¹¹³⁸ L'article L. 642-12 alinéa 1^{er} prévoit « qu'une quote-part du prix est affectée par le tribunal à chacun de ces biens vendus, pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence »

d'autre part, ils peuvent exercer leur droit de suite contre l'ayant-cause du repreneur, qui aurait revendu le bien grevé sans en avoir intégralement payé le prix.

Dans l'hypothèse d'une continuation de l'entreprise, au cas assez peu probable ou des droits de propriété intellectuelle feraient l'objet d'une cession isolée, le créancier nanti n'a aucun privilège exclusif sur le prix de vente, et peut être payé sur celui-ci après le paiement des créances garanties par le superprivilège des créances salariales.

4. Le cadre de la liquidation judiciaire

501. Durant les trois mois qui suivent le jugement de liquidation, bien que celui-ci rende exigibles les créances antérieures, l'initiative de la réalisation de l'actif de l'entreprise débitrice appartient exclusivement au liquidateur. Si celui-ci n'entreprend aucune vente pendant cette période, les créanciers titulaires de sûretés spéciales retrouvent leur droit de poursuite individuelle¹¹³⁹. Le liquidateur distribue, en fonction de la hiérarchie des droits de préférence le produit des ventes. Cependant, le créancier nanti aura intérêt dans le cadre de cette procédure à demander l'attribution en propriété du bien intellectuel conformément au texte de l'article L. 642-25 de Code de commerce qui lui en offre cette possibilité.

II. L'exercice du droit de suite

502. En principe, le droit de suite doit pouvoir être exercé par le créancier nanti lorsque la propriété intellectuelle affectée en garantie est cédée à un tiers. Le droit de suite offre ainsi au créancier la possibilité de saisir la propriété intellectuelle entre les mains du tiers pour la faire vendre, et être payé par préférence sur sa valeur. En réalité, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur est moins attentatoire que le droit de préférence. En effet, si le bien grevé est vendu pendant la période d'observation ou durant l'exécution du plan de sauvegarde, le créancier doit pouvoir exercer son droit de suite contre le tiers acquéreur, sauf si une formalité de purge a été faite. Le principe de l'arrêt des poursuites, ne peut s'y opposer puisque l'action n'est pas dirigée contre le constituant¹¹⁴⁰. Néanmoins, il est requis que la créance soit exigible puisque l'ouverture de la procédure collective n'entraîne pas une exigibilité immédiate de celle-ci.

En cas de cession de l'entreprise, le droit de suite disparaît complètement, à tout le moins lorsque le prix de cession a été intégralement payé par le cessionnaire. A défaut, il ne

¹¹³⁹ Article L.643-2 du Code com.

¹¹⁴⁰ V. C. LISANTI-KALCZYNSKI, *th. cit.*, n° 560, p. 421

pourrait s'exercer qu'en cas d'aliénation du bien cédé par le cessionnaire, à l'encontre du sous-acquéreur¹¹⁴¹

Enfin, dans le cas d'une cession isolée du bien intellectuel grevé lors de la liquidation, la vente n'a pas pour effet de purger le droit de suite si elle est effectuée de gré à gré. Au contraire, la vente sur adjudication aux enchères publiques emporte en principe purge des inscriptions hypothécaires¹¹⁴². Bien que la loi ne vise que les immeubles, le droit de suite devrait également être maintenu aux nantissements.

À l'issue de cette étude, il est patent d'affirmer que l'ouverture de la procédure collective à l'égard du constituant malmène les droits des créanciers nantis.

503. Conclusion sur le sort du nantissement de propriétés intellectuelles dans le cadre des procédures collectives.- L'étude relative aux effets des procédures collectives sur l'existence des nantissements a révélé que l'ouverture de la procédure à l'égard du constituant gèle en grande partie les droits des créanciers nantis, le risque d'inefficacité de leur sûreté provient des règles particulières afférentes à l'inscription aux fins d'opposabilité, mais ce risque se mesure en outre à l'égard du constituant, car le jugement d'ouverture arrête le cours des inscriptions et impose par ailleurs aux créanciers de soumettre à la déclaration aux fins de reconnaissance de leur créance. À ce titre, il convient de souligner, que dans une telle hypothèse le rang des créanciers sera déterminé en fonction de leur inscription, sous réserve des privilèges légaux et prioritaires. La procédure collective a en outre, pour effet de remettre en cause les droits des créanciers nantis dès lors que leur débiteur se trouve en situation de cessation de paiements, cela a pour effet de fragiliser voire compromettre leur sûreté, qu'ils s'étaient pourtant ménagée pour prévenir un risque inhérent au constituant. Cependant, il a pu être souligné que cette remise en cause n'était pas systématique puisque dans certaines hypothèses le nantissement de propriétés intellectuelles échappe au champ des nullités. Il est pourtant essentiel, pour assurer au nantissement de propriétés intellectuelles une totale efficacité, que la réglementation applicable permette aux créanciers d'obtenir un paiement rapide et sûr, en leur conférant une situation plus rassurante face à un débiteur soumis à une procédure collective. Il a d'ailleurs pu être soutenu à ce propos que « C'est là une vérité bien

¹¹⁴¹ Article L.642-12 du Code com.

¹¹⁴² Article L.642-18 du Code com.

évidente, que toute valeur d'une sûreté réside dans la protection qu'elle offre au créancier, que c'est à ce résultat que tend toute son organisation »¹¹⁴³.

Or, outre les effets relatifs à l'existence du nantissement, les procédures collectives produisent encore des effets attentatoires sur les droits des créanciers nantis. Toutefois, il a été observé qu'à l'instar de la règle de l'interdiction des paiements, certains mécanismes échappent à l'emprise de la règle. L'efficacité des mécanismes de la substitution de garantie et du transfert de la charge de la sûreté, a pu être soulignée. La possibilité reconnue au créancier nanti par la faculté de remboursement anticipé et notamment par la délégation de recette, se révèle efficace pour intégrer les revenus d'exploitation des propriétés intellectuelles assurant ainsi au créancier une grande sécurité de remboursement malgré l'ouverture de la procédure collective, il est à regretter que ces mécanismes ne soient pas étendus aux autres droits de propriété intellectuelle. Cependant, il faut reconnaître que ces mécanismes ne visent que des situations particulières et ne sont pas aptes à constituer pour autant des garanties suffisantes de paiement, il faut par conséquent en déduire que leur efficacité est vaine. Il convient de trouver une alternative appropriée à la particularité de l'ensemble des propriétés intellectuelles. Des réponses existent pourtant en droit positif. En effet, en observant le régime relatif au nantissement cinématographique on pourrait légitimement se demander, pourquoi ne pas s'en inspirer pour l'appliquer aux autres propriétés intellectuelles. En effet, cette sûreté intégralement adaptée à la particularité de son assiette permet de profiter de la valeur du bien, lorsque celle-ci est la plus importante à travers son système de délégation de recettes.

En dernier lieu, il est évident que l'ouverture d'une procédure collective malmène davantage le droit de préférence et de suite du créancier nanti. Il serait pourtant nécessaire, de leur reconnaître la plénitude de ces droits, dans la mesure où la raison d'être du nantissement est de se prémunir contre la défaillance du débiteur. Toutefois, nous avons pu observer que la faculté d'attribution judiciaire du monopole a l'avantage de le faire échapper au concours des autres créanciers.

En définitive, le bilan dressé à l'issue de cette démontre que le droit des sûretés réelles n'offre aucun moyen efficace de faire des propriétés intellectuelles des garanties attractives. L'absence de dépossession faisant obstacle au droit de rétention du créancier, qui lui aurait pourtant procurée une assurance avantageuse Malgré la réforme du droit des sûretés, il est permis de se poser la question de savoir si cette reformation d'envergure change

¹¹⁴³ M. CABRILLAC, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, Sirey, 1954, p. 14

significativement la situation des sûretés ayant pour assiette un droit de propriété intellectuelle. En effet, la consécration du nantissement comme garantie propre aux biens incorporels aurait pu laisser penser que le législateur avait pris en considération leur particularité et qu'il souhaitait leur élaborer un droit commun, celle-ci aurait pu, en outre, être l'occasion de procéder à l'uniformisation des régimes relatifs aux nantissements sur propriétés intellectuelles. On peut dès lors légitimement s'interroger sur l'aboutissement des objectifs fixés par le texte. Force est de constater que la réforme a sur ce point manqué d'audace.

On peut en conclure qu'il est regrettable, alors que la réforme du droit des entreprises en difficulté ne soit intervenue que quelques mois avant celle du droit des sûretés, qu'aucune coordination n'ait été entreprise entre les deux projets. Au terme de notre étude nous avons finalement pu observer, que les droits intellectuels sont mal nantis.

« Étant donnée la place que prend aujourd'hui l'immatériel dans notre société, place qui ne peut aller que crescendo tant les biens intellectuels sont au cœur des échanges économiques, le risque pour le cédant d'un bien intellectuel de se retrouver face à la défaillance de son contractant est loin d'être négligeable ».

(S. Roose-Grenier, « La réserve de propriété un mécanisme pour l'immatériel »).

CHAPITRE 2

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE RÉSERVÉE À TITRE DE GARANTIE

504. Assigner à la propriété la fonction de garantir le paiement d'une créance est une démarche simple et naturelle¹¹⁴⁴. La réserve de propriété est une sûreté réelle qui « suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'à complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie »¹¹⁴⁵, il s'agit d'une technique juridique ancienne¹¹⁴⁶, qui de nos jours se situe à l'intersection de plusieurs disciplines. Cette garantie de paiement a pour objectif de rassurer celui qui l'emploie de ne pas perdre sa propre prestation, et d'être ainsi garanti contre les risques de défaillance de son partenaire. Le maintien du droit de propriété dans le patrimoine du vendeur constitue un moyen efficace pour garantir le paiement du prix.

Nous observerons que le besoin de garantie, auquel répond la réserve de propriété, se révèle particulièrement intéressant en cas de procédure collective de l'acheteur. La sécurité du vendeur impayé s'en trouve renforcée, puisque la réserve de propriété fonde efficacement son droit, en lui permettant de revendiquer la chose vendue, en qualité de propriétaire.

L'étude consacrée à la propriété intellectuelle réservée à titre de garantie a pour objet de vérifier l'efficacité d'un mécanisme de garantie de paiement du prix, tel qu'appliqué à ces biens singuliers dans le cadre de la discipline collective. L'appréciation de l'efficacité de la réserve de propriété, conçue comme une garantie de paiement du prix, implique de déterminer les moyens juridiques tendant à en assurer le respect, et leur contribution au paiement de la créance.

¹¹⁴⁴ M. CABRILLAC, C. MOULY et Alli., *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 577 p. 427

¹¹⁴⁵ Article 2367 du Code civil

¹¹⁴⁶ J. MESTRE, *De l'ancien sur la clause de réserve de propriété : éléments de réflexion tirés de la jurisprudence d'ancien régime*, *RJ. Com.* 1982, 205

Il convient par conséquent de s'assurer de la licéité de la clause de réserve de propriété sur biens intellectuels (section 1), avant d'en envisager sa réalisation (section 2), dans le cadre des procédures collectives.

SECTION 1

LA LICÉITÉ DE LA CLAUSE DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ SUR BIENS INTELLECTUELS

505. Il est admis depuis longtemps que la propriété puisse remplir une fonction de garantie. La réserve de propriété est une garantie que se ménage le vendeur en stipulant que le transfert de propriété n'aura pas lieu immédiatement, mais sera différé jusqu'au complet paiement du prix, et ceci alors même que le débiteur est entré en possession du bien. Cette clause parfaitement licite, a pour finalité de protéger l'aliénateur contre la défaillance de son cocontractant, en évitant qu'il ne soit dépossédé avant d'avoir reçu la contrepartie qui lui est due.

Située au cœur d'un régime de revendication des biens meubles, propre à la défaillance des entreprises, il est vrai que la réserve de propriété joue un rôle essentiel puisqu'elle permet à celui qui s'en prévaut d'échapper aux rigueurs des procédures en raison notamment de son opposabilité à la procédure et aux autres créanciers.

La clause de réserve de propriété s'est ainsi vue reconnaître une efficacité importante et bien supérieure à celle des sûretés réelles traditionnelles. De ce fait, son emploi est devenu extrêmement fréquent dans les contrats de vente, et la doctrine a envisagé son application à d'autres meubles qu'à des marchandises. La clause peut ainsi grever des droits de propriété intellectuelle ayant bénéficié de l'accroissement de l'assiette de la sûreté (§1). Cette garantie tient en outre son efficacité de ce qu'elle bénéficie en droit des procédures collectives d'une faveur législative et jurisprudentielle certaine, ce constat implique que soit alors examinée la résistance de la clause face à la procédure collective (§2).

§1. ACCROISSEMENT DE L'ASSIETTE DE LA SÛRETÉ

506. La reconnaissance de la pleine efficacité de la clause de réserve de propriété s'est faite progressivement. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 en parachevant sa consécration l'a d'ailleurs expressément reconnue. Le législateur et la jurisprudence de ces

dernières années se sont conjugués pour confirmer ce sacre en renforçant considérablement l'efficacité de cette propriété sûreté¹¹⁴⁷.

La réserve de propriété est une technique juridique dont le mécanisme repose sur l'utilisation de la propriété à titre de garantie. La lettre du texte qui régit la définition appelle à deux remarques¹¹⁴⁸. Tout d'abord l'utilisation de la propriété à titre de garantie est-elle exclusivement conçue pour les biens corporels, ou bien est-il admis que l'assiette de la garantie puisse être constituée par des biens incorporels et notamment des droits de propriété intellectuelle ? La seconde interrogation tient à la nature même du contrat, en effet l'article L. 624-16 visant « le prix » et « l'acheteur » paraît la limiter aux seuls contrats de vente. On est légitimement amené à se demander si la clause peut indifféremment assortir un contrat de vente ou un autre contrat, et particulièrement un contrat afférant à un droit de propriété intellectuelle ?

Clarifier ces interrogations, invite à rechercher en premier lieu si les biens intellectuels peuvent être objets de la clause (A), et déterminer en second lieu la validité de la clause stipulée dans un contrat relatif aux biens intellectuels (B).

A. LES BIENS INTELLECTUELS, OBJETS DE LA CLAUSE

507. Dans sa conception de garantie, la réserve de propriété touche le plus souvent un bien meuble corporel. D'ailleurs, sous l'empire de la législation antérieure propre aux procédures collectives, la revendication fondée sur la réserve de propriété se limitait qu'aux seules « marchandises ». En effet, le Code de commerce de 1807 ne prévoyait pas la revendication des choses incorporelles, ne réservant cette action qu'aux seuls propriétaires de marchandises. Les textes postérieurs n'ont apporté aucune précision supplémentaire sur ce point, conservant au contraire la terminologie d'origine. Cependant, la jurisprudence a très vite refusé de se laisser enfermer dans cette conception étroite, de sorte qu'elle a autorisé que la clause grève un bien incorporel. Dès 1967, la jurisprudence a saisi l'opportunité que lui offrait la loi¹¹⁴⁹ d'une extension du domaine de la clause, au-delà des meubles corporels. En effet, une première brèche ayant été posée sous l'empire de la législation du 13 juillet 1967, et

¹¹⁴⁷ P. CROCQ, Dix ans après : L'évolution récente des propriétés garanties, in Mélanges M.GAUBERT, *Economica*, 2004, 347

¹¹⁴⁸ Art. 2367 du Code civil énonce que : « la réserve de propriété suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie »

¹¹⁴⁹ La loi du 13 juillet 1967 faisait référence aux biens mobiliers, mais malgré ce le législateur limitait les hypothèses légales de revendications aux marchandises.

lors des travaux préparatoires de la loi de 1985, la proposition de remplacer le terme « marchandises » par celui de « biens » fut largement débattue.

508. La jurisprudence prenant conscience de la distorsion existante dans les textes, apprécie largement la notion de « marchandises » et étend progressivement le domaine à l'ensemble des biens corporels appartenant à autrui, qui se trouvent entre les mains du débiteur, à l'ouverture de la procédure. Après avoir affirmé la revendication des biens mobiliers incorporels au sujet d'un fonds de commerce, la jurisprudence a maintenu la solution pour d'autres types de biens incorporels. À l'occasion d'un arrêt rendu par la Cour de cassation à propos du délai dans lequel l'action en revendication est enfermée, la chambre commerciale a apporté une précision d'une grande importance, et très attendue en la matière : « l'obligation de revendiquer dans le délai de 3 mois, imposée par l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 à celui qui doit faire reconnaître son droit de propriété contre une personne soumise à une procédure de redressement judiciaire, n'est pas limité aux meubles corporels »¹¹⁵⁰. Cette réponse devrait mettre fin à toute polémique, à la fois quant à la nature et quant au domaine de la revendication dans le cadre des procédures collectives. À cet égard, la Cour de cassation confirme la nature particulière de l'action en revendication dans le redressement judiciaire, estimant qu'il s'agit bien d'une discipline imposée au propriétaire de meuble, « qui doit faire reconnaître son droit de propriété » dans la procédure collective ouverte contre le détenteur du bien, discipline qui se distingue de l'action en revendication de droit commun, souvent analysée comme une action en restitution¹¹⁵¹. Ensuite, pour ce qui est de la soumission des biens incorporels à l'obligation de revendication, la réponse de la Cour est dépourvue d'ambiguïté : il est clair selon elle que l'obligation de revendication des procédures collectives peut concerner des biens incorporels et par voie de conséquent des propriétés intellectuelles. Il n'y a pas lieu non plus, selon elle d'exclure une demande en revendication de brevets d'invention dans la procédure du co-inventeur¹¹⁵² ou encore celle de

¹¹⁵⁰ Cass. com. 21 nov. 1995, JCP E 1996. I.554, obs. M. CABRILLAC, D. 1996. 211, note C. REGNAUT-MOUTIER, D. 1996, somm. 214, obs. F. PEROCHON

¹¹⁵¹ CA. Caen, 16 sept. 1993, D. 1994.192, note C. RENAUT-MOUTIER, V. T. com. Falaise, 21 juill. 1992, Rev. proc. coll. 1993, p. 552, obs. SOINNE ; JCP E1993, IV, n° 1126. Cette finalité particulière de l'action en revendication dans le redressement judiciaire était déjà annoncée dans les arrêts du 15 octobre 1991 puis clairement affirmée dans un arrêt du 20 octobre 1992 elle a été confirmée par la réforme intervenue en 1994, puisque désormais le décret distingue juridiquement la restitution de la revendication

¹¹⁵² Cass. com., 22 oct. 1996, JCP E 1996. I. 623, n° 6, obs. M. CABRILLAC, D. Affaires 1996. 1324 Des brevets d'invention, non compris dans le plan de cession partielle, ayant été vendus par le commissaire à l'exécution du plan, c'est à bon droit que la cour d'appel a déclaré que le co inventeur qui n'avait exercé son action en revendication du droit de propriété industrielle que 19 mois après l'ouverture de la procédure collective, était forclos et a rejeté sa demande.

logiciel¹¹⁵³. Elle a pu affirmer à ce propos qu'il importe peu que le meuble revendiqué ne soit pas un meuble corporel. La Cour de cassation reconnaît ainsi la plénitude de leur propriété, affirmant expressément la revendication de biens meubles incorporels et étendant cette solution à des propriétés intellectuelles cédées sous réserve de propriété telles que des dessins et modèles¹¹⁵⁴.

509. Progressivement, les choses incorporelles étaient devenues un objet courant du commerce économique, et l'ancien droit de la faillite ne pouvait continuer à les ignorer. Il fallut alors attendre la loi n° 94-475 du 10 juin 1994, pour que la substitution entre les deux vocables se fasse de manière expresse. Ainsi, en changeant au terme « marchandise » celui de « bien », la loi du 10 juin 1994 a confirmé cette extension jurisprudentielle.

La loi de 1994 est directement à l'origine des textes actuels (L. 624-9 et suivants), légèrement amendés par la loi de sauvegarde aux fins d'harmonisation avec l'ordonnance du 23 mars 2006, celle-ci a pour l'essentiel intégré les solutions dégagées par le droit des procédures collectives. L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 mai 2009 n'ont procédé qu'à des menues retouches, qui clarifient utilement certains points et renforcent la sécurité juridique¹¹⁵⁵. L'article L. 624-16 du Code de commerce, issu de l'ordonnance relative au droit des sûretés, vise « les biens » vendus sous réserve de propriété, sans référence à leur nature corporelle ou incorporelle, cette consécration paraît entériner la possibilité de stipuler une telle clause en faveur d'un bien intellectuel. La réserve de propriété qui constitue sans conteste une garantie efficace du vendeur, ne saurait exclure de son champ d'application les propriétés intellectuelles. L'évolution du droit français, relativement au bien sur lequel peut porter la clause, témoigne d'un élargissement significatif de l'assiette de cette sûreté qui profite inéluctablement aux droits de la propriété intellectuelle.

La volonté de la jurisprudence d'étendre le domaine de la clause de réserve de propriété touche également la nature même du contrat dans lequel elle est incluse.

¹¹⁵³ CA Versailles, 13^e ch., 30 juin 1994, D.1994, IR 216 ; G. JENSELME, « Clause de réserve de propriété et logiciel », LPA 14 sept. 1994, p. 98

¹¹⁵⁴ A propos de dessins et modèles : Cass. com., 8 oct. 2003, n°00-21.540 ; A propos d'un brevet d'invention : Cass. com., 22 oct. 1996, RPC 1997, p. 320, n° 25, obs. B. SOINNE

¹¹⁵⁵ F. PÉROCHON, Entreprises en difficulté, *op. cit.*, n°1413, p.771

B. VALIDITÉ DE LA CLAUSE STIPULÉE DANS UN CONTRAT RELATIF AUX BIENS INTELLECTUELS

510. La cession avec réserve de propriété investit inéluctablement le cessionnaire des utilités du bien cédé, celle-ci se révèle parfaitement compatible avec le caractère « actif » des propriétés intellectuelles dont la valeur est préservée par leur exploitation. L'acquéreur peut ainsi exploiter le logiciel ou l'invention voire utiliser la marque, etc. assurant un maintien en activité du bien en cause. Cependant, la question qui se pose est de savoir si la clause de réserve de propriété peut être stipulée dans un contrat différent de la vente ?

Cette interrogation a néanmoins fait l'objet de débats en droit commercial. La cause de ce débat réside dans la lettre de l'article L. 624-16 du Code de commerce, qui dispose dans son alinéa 2 : « Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété ». Cette question ne doit pas être confondue avec celle qui consiste à déterminer le champ d'application de la revendication des biens meubles dans les procédures collectives, à laquelle nous répondrons dans un développement ultérieur.

511. Dans un premier temps, la Cour de cassation n'a admis la validité de clause insérée dans le contrat d'entreprise que de manière implicite¹¹⁵⁶. Ce faisant, elle semblait prendre parti, dans la querelle sur le domaine d'application de la clause de réserve de propriété, en faveur de la conception extensive du support d'une telle clause, incluant notamment la vente de fournitures dans un contrat d'entreprise, alors que dans une conception étroite, une clause de réserve de propriété ne peut être opposée à une procédure collective que si elle résulte d'un contrat de vente *stricto sensu*...¹¹⁵⁷.

Puis, dans un second temps, réaffirmant le principe déjà posé implicitement elle consacre, en s'affranchissant de la lettre de l'article L. 621-122 du Code de commerce (devenu L. 624-16), le principe selon lequel tout contrat peut contenir une clause de réserve de propriété, non seulement un contrat de vente, mais tout contrat « quelle que soit sa nature

¹¹⁵⁶ Validité implicite sur la validité de la clause de réserve de propriété stipulée dans un contrat d'entreprise: Cass. com., 2 mars 1999, bull. civ. IV, n° 50, D. 2000, somm. 69, obs. D. MAINGY, RTD civ. 1999. 442, obs. P. CROCQ ; RTD Com, 1999, n°761, A. MARTIN SERF Dans cet arrêt la chambre commerciale s'était bornée, à propos d'une clause aux termes de laquelle l'entrepreneur demeurait « propriétaire de l'ouvrage jusqu'à parfait paiement de sa créance née du présent marché », à reprendre la constatation faite par les juges du fond de l'impossibilité de revendiquer les biens litigieux qui avaient été incorporés à l'immeuble

¹¹⁵⁷ Validité expresse de la clause de réserve de propriété dans le contrat d'entreprise :Cass. com. 29 mai 2001, n° 98-21.126, inédit, RTD civ. 2001, p.930, obs. P. CROCQ ; validité implicite de la clause de réserve de propriété :Cass. com., 2 mars 1999, bull. civ. IV, n° 50, D. 2000, somm. 69, obs. D. MAINGY, RTD civ. 1999. 442, obs. P. CROCQ.

juridique ». La Haute juridiction affirme que l'action en revendication peut être exercée quelle que soit la nature juridique du contrat dans lequel la clause de réserve de propriété figure et cela, en dépit du fait que les objets de cette clause, en l'espèce des livres réalisés par un imprimeur, faisaient aussi l'objet d'un droit de propriété intellectuelle¹¹⁵⁸. La solution posée, profitant clairement aux propriétés intellectuelles, ne peut être qu'approuvée.

512. Ce principe a une double portée : d'une part, la clause est opposable à la procédure ; d'autre part, ceci découlant largement de cela, elle est régie par les articles L. 624-9 et suivants du Code relatifs aux droits des vendeurs de meubles, notamment par l'article L. 621-122 (devenu L. 624-16) au visa duquel la décision a été rendue dispose que « peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature, au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété ». La référence légale aux « biens vendus » peut être interprétée comme le signe que le législateur voulait cantonner le mécanisme contractuel de la propriété réservée aux ventes. Contrats dans lesquels elle est devenue au demeurant systématique. Mais justement, l'intérêt juridique et économique d'une telle clause, et tout particulièrement dans un contexte de procédure collective, l'a fait répandre dans d'autres contrats translatifs de propriété de certains meubles. La position adoptée par la Haute juridiction a été renforcée par le législateur qui ne distingue pas dans l'article 2367 du Code civil, issu de la réforme des sûretés, les contrats aptes à accueillir cette clause. En concédant à cette clause un domaine étendu, cette dernière est désormais susceptible d'être

¹¹⁵⁸ Cass. com., 19 nov. 2003, Bull. civ. IV, n° 162, D. 2004, AJ 3049, obs. A. LIENHARD, D. 2004. 801, note A. LUCAS et F.-X. LUCAS, JCP E 2004. 783, n° 11, obs. M. CABRILLAC, Act. proc. coll. 2004/2, n° 20, note C. ALLEAUME, LPA n° 36, 19 févr. 2004, p. 9, note H. LÉCUYER, RD banc. et fin. 2004/2, n° 70, p. 99, obs. D. LEGEAIS, RTD com. 2004. 363, n° 7, obs. B. BOULOC, RTD com. 2004. 599, obs. A. MARTIN-SERF, Rev. proc. coll. 2004. 379, obs. M.-H. MONSERIE-BON; Ph. CROCQ, Réserve de propriété panorama 2004, RTD civ. 2004, p. 757 JCP 2004.I.113, n° 1, obs. C. Caron Elle affirme clairement que « l'action en revendication des biens dont la propriété est réservée en application d'une clause contractuelle peut être exercée quelle que soit la nature juridique du contrat dans lequel elle figure » Il avait trait à une société qui avait confectionné des ouvrages et s'en était réservé la propriété jusqu'au complet paiement du prix. La société acheteuse des ouvrages étant en faillite, le fabricant avait fait opérer une saisie conservatoire puis revendiquait les ouvrages. Sa demande était rejetée, car il était imprimeur et n'avait aucun droit de propriété sur les ouvrages. La Cour d'appel a préféré utiliser un autre raisonnement, l'imprimeur ne vend pas les livres, et de ce fait ne peut revendiquer les marchandises. Sur ce point, la Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon. La réserve de propriété peut être insérée dans tout contrat, quelle que soit sa nature juridique. Avant la loi du 12 mai 1980 ayant consacré l'opposabilité des clauses de réserve de propriété, le droit français admettait déjà certaines revendications. Mais, il demeure que la lettre de la loi vise les marchandises « vendues », ce qui ne paraissait pas être vraiment le cas. Par ailleurs, les juges du fond avaient écarté la revendication parce qu'il s'agissait d'ouvrages littéraires dont les auteurs ont des droits exclusifs de propriété incorporels, et des attributs d'ordre patrimonial. Mais la Haute Juridiction a justement rappelé que pour certains biens il y a à la fois des droits incorporels et des droits sur les objets matériels. Il est certain qu'un livre a un aspect matériel et est objet de propriété (art. 2279 c. civ.), ce qui n'exclut pas des droits de propriété intellectuelle protégés par la contrefaçon. La Cour de renvoi aura à tirer les conséquences des principes rappelés par la Cour de cassation.

inscrite dans tout contrat produisant un effet translatif et non seulement dans une vente, même si celle-ci reste certainement son terrain d'élection naturel¹¹⁵⁹.

Ainsi, la clause de réserve de propriété peut elle assortir tout type de contrat ayant même pour objet un droit de propriété intellectuelle. Il y a là, incontestablement, une extension prétorienne du domaine qui bénéficie aux droits de propriété intellectuelle. La jurisprudence en matière de procédures collectives accepte ces nouveaux biens que sont les droits de propriété intellectuelle, la généralité des textes emportant la recevabilité de l'action, quelle que soit la nature du bien. Toutefois, reste à vérifier la résistance de la clause face à la procédure collective de l'acquéreur des biens intellectuels.

§2. LA RÉSISTANCE DE LA CLAUSE FACE À LA PROCÉDURE COLLECTIVE

513. Le besoin de garantie auquel répond la clause de réserve de propriété se manifeste surtout en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'acheteur. À l'origine, le jeu de la réserve de propriété n'a été réglementé que dans le cadre des procédures collectives, ce qui a concentré l'attention sur les règles spécifiques auxquelles il est soumis¹¹⁶⁰, alors même qu'elle peut trouver à s'appliquer en dehors de cette période de difficultés.

Le droit de la défaillance des entreprises a tenté de consolider les droits des vendeurs bénéficiaires de la clause de réserve de propriété, en diminuant les obstacles issus du droit commun, auxquels ils se heurtaient habituellement. Ce renforcement s'effectue en leur permettant d'agir de façon beaucoup plus efficace et simple que ne leur permet le droit commun, afin d'accroître les chances de paiement au moment où la réserve de propriété s'avère la plus utile. Ce strict cadre réglementaire a vocation à s'appliquer sans équivoque aux propriétés intellectuelles réservées à titre de garantie.

Nous observerons dans cette étude, que « l'énergie de la réserve de propriété est particulièrement profitable en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acheteur »¹¹⁶¹. Aussi convient il d'apprécier la résistance de la clause face à la procédure

¹¹⁵⁹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.N. JOBARD-BACHELIER, Droit des sûretés, *op. cit.* n° 1233, p. 330 F. DERRIDA, à propos de la réserve de propriété dans les ventes immobilières à crédit, *Deffrénois*, 1989, 1089 ; C. SAINT ALARY HOUIN, Réflexion sur le transfert différé de la propriété immobilière, *Mélanges REYNAUD* ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.* n° 276

¹¹⁶⁰ M. CABRILLAC, C. MOULY, Droit des sûretés, *op. cit.*, n° 831 p. 626

¹¹⁶¹ G.LOISEAU, Lamy droit des sûretés, n° 242-23 ; G. MARRAUD des GROTTEs, De l'efficacité d'une clause de réserve de propriété, *Revue Lamy droit civil* 2004.

collective au niveau de son opposabilité à la procédure (A) d'une part, et de la singularité de la clause dans le cadre de la procédure (B), d'autre part.

A. L'OPPOSABILITÉ DE LA CLAUSE À LA PROCÉDURE

514. Il y'a une décennie, certains auteurs ont pu apercevoir dans ce dispositif visant à subordonner le transfert de propriété au paiement du prix une ruse visant à éviter les dangers que la faillite recèle pour le vendeur impayé¹¹⁶². La question s'était alors posée de savoir si le vendeur, en sa qualité de titulaire d'un bien grevé, ne pouvait pas revendiquer le bien sans avoir à se soumettre aux contraintes de la procédure. La jurisprudence, sans remettre en cause la validité de la clause, ôta tout espoir aux créanciers, car le juge la déclara inopposable à la procédure¹¹⁶³. Cela est particulièrement dû au fait que les articles 1583 et 1138 du Code civil, lesquels lient le transfert de propriété à la conclusion de la vente, n'ont pas de caractère impératif¹¹⁶⁴. Cependant, son opposabilité aux tiers, n'a pas toujours été reconnue par le droit des procédures collectives. Ainsi, dans un premier temps, la clause était déclarée inopposable aux créanciers de la « faillite », au motif qu'à défaut d'être publiée, ceux-ci devaient pouvoir s'en tenir à la solvabilité apparente du débiteur. Mais une volonté législative d'aligner le droit français sur ses voisins européens, soutenue par des considérations économiques, qui entendaient transférer la charge de la sûreté à l'acquéreur, et le contraindre à payer plus vite, devaient avoir raison de cette solution. Ainsi, à l'imitation notamment du droit allemand, l'efficacité de la clause fut admise dans une loi n° 80-335 du 12 mai 1980 dite « Dubanchet », qui a rendu opposable à la masse des créanciers la clause, par une disposition insérée dans la loi relative à la faillite du 13 juillet 1967. Cette solution a été suivie par les réformes successives du droit des procédures collectives, qui ont eu tendance à assouplir les conditions d'opposabilité et de mise en œuvre de la clause, ce qui a fortement contribué à son développement.

Lorsqu'elle est valablement formée, la réserve de propriété doit encore être opposable¹¹⁶⁵, autrement dit elle doit être apte à « faire sentir ses effets à l'égard des tiers ». La capacité à produire des effets est la condition préalable à l'efficacité de la réserve de propriété : en effet, « La clause de réserve de propriété est toujours valable, elle n'est opposable à la “faillite“ de

¹¹⁶² Ph. THÉRY, Sûreté et publicité foncière, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd. 1998, n° 328

¹¹⁶³ Cass. req. 17 juil. 1895, DP 1896, 1, p. 57, note E. THALLER ; Cass. com., 28 mars 1934 et 22 oct 1934, DP 1934, 1, p. 151, note J. VANDAMME

¹¹⁶⁴ F.PEROCHON, La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, Litec 1988, n° 20 p. 25

¹¹⁶⁵G. CORNU - Association Henri Capitant [sous la dir. de], Vocabulaire juridique, 8^e éd., 2007, coll. Quadriges, PUF, V^o Opposabilité

l'acheteur mis en possession de la chose que si elle a été stipulée par écrit, au plus tard lors de la livraison. Elle n'est efficace que si la chose a conservé sa nature »¹¹⁶⁶.

515. L'opposabilité de la clause de réserve de propriété est ainsi subordonnée à un certain nombre de conditions. En effet, il résulte des termes de l'article L. 624-16 alinéa 2 ainsi que de l'article 2368 issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 que la réserve de propriété doit avoir été convenue par écrit. L'accord des parties sur la réserve de propriété n'est efficace, au regard du droit des procédures collectives, que s'il a donné lieu en temps utile à l'établissement d'un écrit¹¹⁶⁷, à défaut le vendeur bien que propriétaire, ne pourra revendiquer le bien. Cette exigence a pour fonction de protéger les tiers, non en leur révélant la clause, puisque celle-ci n'est pas publiée, mais en évitant que des contractants n'invoquent, en fraude de leurs droits, un accord verbal de transfert différé de propriété. Le but étant d'éviter les fraudes que les parties pourraient commettre à l'égard des autres créanciers. Cette opposabilité repose par conséquent sur l'existence d'un écrit, en revanche, la publicité de la réserve de propriété n'est pas une condition de son opposabilité.

A. LA SINGULARITÉ DE LA CLAUSE DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE

516. Il nous faut, afin de mieux appréhender la singularité du mécanisme, déterminer en premier lieu la nature de la réserve de propriété bénéficiant aux biens intellectuels. De cette qualification découlent certaines conséquences ayant par définition vocation à s'appliquer aux propriétés intellectuelles réservées. La nature juridique de la clause de réserve de propriété, terrain d'élection des controverses théoriques, n'a pas toujours été évidente. Antérieurement à la réforme du droit des sûretés, la doctrine s'est penchée sur la nature de garantie ou de sûreté de la réserve de propriété. Pour un courant de la doctrine, il s'agit d'une sûreté car elle en présenterait les principaux caractères¹¹⁶⁸. Selon ces auteurs, la clause de réserve de propriété, créée par les parties, produit l'effet caractéristique d'affecter le bien au paiement préférentiel du créancier et « peut être sans artifice considérée comme une

¹¹⁶⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, Les contrats spéciaux, 3^e éd., 2007, Defrénois, n° 252, note 13

¹¹⁶⁷ L'article L. 624-16 al. 2 dispose que la clause « doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard au moment de la livraison ».

¹¹⁶⁸ Ch. LAMOURET, Le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété peut-il revendiquer sans avoir déclaré sa créance à la procédure collective de l'acheteur ?, D. aff. 1996, p. 609

sûreté réelle¹¹⁶⁹ ». Cette position est contrée par la doctrine dominante, pour laquelle la réserve de propriété constitue davantage une garantie qu'une sûreté¹¹⁷⁰.

La Cour de cassation avait pourtant levé toute ambiguïté sur la nature de la clause, en consacrant expressément la qualification de sûreté¹¹⁷¹. L'ordonnance du 23 mars 2006 a mis fin à la controverse, désormais cette solution est entérinée dans le Code civil, en énonçant d'une part à l'article 2329 que « les sûretés sur les meubles sont : 4° la propriété retenue à titre de garantie » et d'autre part à l'article 2367 que « la propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement », ce qui constitue la définition même d'une sûreté.

L'analyse de la clause de réserve en une sûreté bénéficiaire inéluctablement aux propriétés intellectuelles retenues à titre de garantie. L'admission du postulat, selon lequel la réserve de propriété fait apparaître la nature d'une véritable sûreté, appelle à quelques remarques.

517. D'une part, se pose la question de savoir si la clause convenue durant la période suspecte tombe sous le coup des nullités des articles L. 632-1 et L. 632-1 du Code de commerce. S'agissant de la nullité obligatoire de l'article L. 632-1 du Code de commerce, il ne fait aucun doute que la dette de prix est antérieure à la clause ajoutée à la vente déjà conclue. Madame le Professeur Pérochon propose de distinguer suivant que l'accord intervient avant que le transfert de propriété ait pu se produire ou que la clause est convenue après que le transfert de propriété a eu lieu¹¹⁷². Dans cette même logique selon Monsieur le Professeur Le Corre, la clause de réserve de propriété, qui n'aurait pas été consentie au moment de la vente, mais qui aurait été consentie plus tard au moment de la livraison, ne saurait être remise en cause¹¹⁷³, le contraire ayant cependant été soutenu¹¹⁷⁴. Si l'on reconnaît à la réserve de propriété la qualification de sûreté on peut douter de la validité d'une clause acceptée en période suspecte. En sens inverse on peut observer que la réserve de propriété n'est ni une hypothèque ni un nantissement ni un gage, seuls visés par la loi. La jurisprudence

¹¹⁶⁹ F. DERRIDA, La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives, D. 1980 chron. p. 293

¹¹⁷⁰ P. CROCQ, La réserve de propriété, JCP n° spécial 18 mai 2006, n°6 ; C. GINESTET, La qualification de sûretés, Defrénois, 1999, art 36927, p. 80

¹¹⁷¹ La cour de cassation est intervenue par deux arrêts : Cass. com., 9 mai 1995, RTDciv. 1996, p. 441, obs. P. CROCQ ; Cass. com., 23 jan. 2001, D. 2001, act. jurispr. 702, obs. A. LIENHARD ; RD banc. et fin. 2001, 161, obs. D. LEGEAIS ; RTD civ. 2001, 399, obs. P.CROCQ

¹¹⁷² F. PÉROCHON, La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, op. cit., n°4101

¹¹⁷³ P. M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit. n°823.51, p. 2191

¹¹⁷⁴ BRETZNER, La clause de réserve de propriété et les nullités de la période suspecte, Rev. proc. coll. 1991, p. 337

avait à une époque décidé d'annuler toutes les sûretés réelles conventionnelles et autres mécanismes à effet de garantie, omettant au passage que le texte est un texte d'exception, elle a heureusement changé sa position¹¹⁷⁵ en refusant par exemple d'annuler une cession dailly intervenue en période suspecte¹¹⁷⁶. Il a pu en outre, être observé, à cet égard que la restitution des biens même si elle est assimilée à une dation en paiement¹¹⁷⁷, constitue un mode de paiement classiquement admis dans les relations d'affaires¹¹⁷⁸, et échappe donc aux nullités de la période suspecte. Ainsi si l'on se tient à la lettre du texte, l'on serait amené à considérer que la réserve de propriété, bien que qualifiée de sûreté, échappera au domaine de l'interdiction de la constitution de sûreté en garantie d'une dette antérieure¹¹⁷⁹. L'interrogation demeure néanmoins controversée, force est de constater que ces menaces à l'égard de la clause de réserve de propriété paraissent vaines et que la jurisprudence ne semble pas attacher une importance à la date de conclusion de la clause pourvu qu'elle ne soit pas postérieure à la livraison. Il reste la stipulation d'une clause de réserve de propriété après perfectionnement de la vente, laquelle n'échappera pas nécessairement aux nullités facultatives¹¹⁸⁰, dans le domaine desquelles pourrait éventuellement tomber la réserve de propriété¹¹⁸¹.

518. D'autre part, conformément au principe général dégagé par la jurisprudence, seules les sûretés réelles figurant dans le patrimoine du débiteur doivent être mentionnées dans la déclaration des créances, qui trouve normalement, ici pleine application¹¹⁸². Le droit des procédures collectives oblige à avertir les créanciers titulaires de contrats publiés et à déclarer leur créance. C'est à ce titre que le réservataire bénéficie de l'avertissement

¹¹⁷⁵ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1311, p. 701

¹¹⁷⁶ Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-10.361, Bull. civ. IV, n° 151

¹¹⁷⁷ CA Amiens, 17 oct. 2005, RG 04/01 891, refusant cette assimilation tant au plan des nullités obligatoires que des nullités facultatives de la période suspecte: « la revendication du vendeur pouvant s'exercer aussi bien sur la marchandise elle-même que sur son prix de vente, la restitution par l'acquéreur de marchandises non payées ou la restitution de leur prix de vente, en application d'une clause de réserve de propriété amiablement [sic] mise en œuvre par le vendeur et l'acquéreur avant le jugement d'ouverture d'une procédure collective, s'analyse comme l'exercice par le propriétaire de son droit de propriété, non comme un mode de paiement du prix prohibé » tant au plan des nullités obligatoires que des nullités facultatives de la période suspecte

¹¹⁷⁸ Article L. 632-1, I, 4° du code de commerce

¹¹⁷⁹ Article L. 632-1, I, 6° du code de commerce dispose que « Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées »

¹¹⁸⁰ Article L. 632-2 du code de commerce

¹¹⁸¹ En ce sens GUYON, *Droit des affaires*, t. II, *Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite*, *op. cit.*, n° 1328

¹¹⁸² Cass. civ., 3^e, 24 juin 1998, n°97-17.108, Bull. civ. VI, n° 137 ;JCP 1999, I, chron. 103, n°9, obs. M. CABRILLAC

obligatoire d'avoir à déclarer sa créance. La clause de réserve de propriété devrait *a priori* être mentionnée dans la déclaration de créance.

Cependant, bien que cela apparaisse contestable eu égard à la qualité de sûreté reconnue à la réserve de propriété, il n'est pas nécessaire qu'il déclare sa créance pour imposer à la procédure de reconnaître l'efficacité de la clause¹¹⁸³. En effet, en l'absence de dispositions légales contraires, le titulaire des droits de propriété intellectuelle n'est pas tenu de déclarer sa créance à la procédure collective du débiteur pour se prévaloir de sa réserve de propriété. Si l'action en revendication n'est pas soumise à la déclaration de créance¹¹⁸⁴, parce qu'elle constitue avant tout un attribut du droit de propriété et accessoirement seulement un mode d'extinction de la créance, elle est toutefois soumise à bien d'autres exigences tenant notamment à sa réalisation.

519. L'examen de la clause de réserve de propriété a permis d'apercevoir que l'accroissement de l'assiette de la garantie consacrée par la jurisprudence et entérinée par le législateur bénéficie aux biens intellectuels. Une clause de réserve de propriété peut en théorie grever un bien intellectuel et être introduite dans les contrats afférant à de telles propriétés. En outre, la nature juridique de la clause de réserve de propriété est désormais dépourvue d'équivoque, puisqu'elle est désormais considérée comme une véritable sûreté. La propriété intellectuelle réservée à titre de garantie constitue par conséquent une véritable sûreté.

Toutefois, l'intérêt de l'opposabilité de cette propriété intellectuelle-sûreté réside bien évidemment dans la réalisation de la réserve de propriété, c'est-à-dire dans l'exercice du droit reconnu au propriétaire dans le cadre de la discipline collective.

SECTION 2

LA RÉALISATION DE LA CLAUSE DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ SUR BIENS INTELLECTUELS

520. Face à la défaillance de son débiteur, le titulaire des biens intellectuels réalise normalement sa sûreté par une revendication qui porte sur le bien grevé lui-même. La doctrine classique et une jurisprudence constante s'opposaient traditionnellement à la revendication

¹¹⁸³ Cass. com., 20 oct. 1992, n° 90-18.867, D. 1993, somm. p. 288, obs. F. PEROCHON; Rev. proc. coll. 1993, p. 573, obs. B. SOINNE; Cass. com., 9 jan. 1996, n° 93-12.667, JCP G 1996, I, 3935, n° 19, obs. M. CABRILLAC, RTD civ. 1996 p. 436, p. 436 obs. P. CROCQ; D. 1996, jur. p. 184, F. DERRIDA; RTD Com. 1997, p. 331 obs. A. MARTIN SERF; JCP G 1996, I, 3942, n° 4, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE; à propos de cet arrêt : E. CHARLERY, L'efficacité de la réserve de propriété en cas de redressement judiciaire de l'acquéreur, JCP G 1997, I, 4013

¹¹⁸⁴ Cass. com., 20 oct. 1992, D. 1993, somm. 228, obs. F. PEROCHON

des biens incorporels, se fondant notamment, sur le principe consacré par le Code civil selon lequel « en fait de meuble la possession vaut titre », qui assure la sécurité des possesseurs, et, par là-même des transactions¹¹⁸⁵. Raisonement suivant lequel les biens incorporels ne pouvant faire l'objet de possession, ne sauraient être restituables. Ces inconvénients ont justifié la création par le droit des procédures collectives d'un nouveau cas de revendication assorti d'un régime qui lui est propre.

Ainsi en l'absence de versement d'une somme d'argent, le créancier demeuré propriétaire, pourra être désintéressé au cours de la procédure par le jeu du droit de propriété. Au regard d'autres sûretés réelles, l'avantage procuré par la réserve de propriété tient à ce qu'elle confère à son titulaire un droit exclusif sur le bien vendu¹¹⁸⁶. Ainsi, le bénéficiaire de la clause n'a pas à craindre les autres créanciers de son débiteur avec lesquels il n'entre même pas en concours. Cet exclusivisme, qui est la particularité inhérente de la clause de réserve de propriété, marque toute sa puissance lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'égard du débiteur du prix. Une telle caractéristique offre au bénéficiaire une force de position remarquable par rapport aux autres titulaires de sûretés réelles, dont les droits sont sévèrement bouleversés par l'ouverture d'une procédure collective¹¹⁸⁷.

À l'égard de la procédure collective, le réservataire de droits de propriétés intellectuelles ne se positionne pas comme un créancier ordinaire ou même privilégié : il fait valoir son statut protecteur de propriétaire. La mise en œuvre de la clause permet ainsi au réservataire de faire valoir la sauvegarde des biens intellectuels (§1), laquelle passe par une dérogation aux principes fondamentaux des procédures collectives (§2).

§1. LA SAUVEGARDE DES BIENS INTELLECTUELS

521. Pour apprécier l'efficacité de la clause de réserve de propriété qui grève des biens intellectuels, encore faut-il disposer de moyens juridiques qui tendent à en assurer efficacement le respect. Le créancier propriétaire du bien intellectuel détenu par le débiteur au moment du jugement d'ouverture peut en obtenir la restitution, soit en exerçant une action en revendication, soit même sans avoir à faire reconnaître son droit de propriété si le contrat portant sur le dit bien intellectuel a fait l'objet d'une publicité obligatoire avant le jugement d'ouverture. Déterminer l'efficacité de la réserve de propriété, conçue dans l'objectif de

¹¹⁸⁵ G. CORNU, Droit civil, Introduction, les personnes, les biens Montchrestien, 9^e éd. 1999, n° 1628, p. 816

¹¹⁸⁶ F. PÉROCHON, La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ?, cah. dr. entr. 2009, fasc. 4 p. 29

¹¹⁸⁷ P. CROCQ, L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité, Mél. MOLY, Litec, 1998, t. II, p. 317 ; P. CROCQ, Propriété et garantie, Préf. M. GOBERT, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1995, 248

garantir un paiement, impose de démontrer que l'action en revendication mise à la disposition du vendeur des biens intellectuels est, en raison de certaines conditions d'exercice, avantageuse pour ce dernier en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'acheteur. Adaptée à la spécificité des exigences propres à la procédure collective, le dispositif de la revendication aura pour objectif la reconnaissance du droit de propriété¹¹⁸⁸. La sauvegarde des biens intellectuels est assurée dans le cadre des procédures collectives par la revendication de ces biens (A), mais également par leur restitution, nécessairement juridique (B).

A. LA REVENDICATION DES BIENS INTELLECTUELS

522. Lorsque la procédure collective avait pour objectif le règlement des créanciers, l'ensemble de l'actif du débiteur devait être liquidé pour servir l'objectif de désintéressement égalitaire de tous les créanciers. Le propriétaire, à l'identique des autres cocontractants de l'entreprise défaillante, devait abandonner son droit au profit collectif. Sous cet angle, la revendication semble être en contradiction avec la préservation du droit de propriété et les finalités de la procédure collective (I) mais à bien observer on découvre qu'un équilibre s'établit entre les deux (II).

I. Contradiction entre la préservation du droit de propriété et les finalités de la procédure collective

523. La clause de réserve de propriété est destinée à permettre au vendeur de revendiquer la chose vendue en l'absence de paiement du prix par l'acheteur. En cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'acheteur, elle a l'avantage de lui conférer plus de droit qu'il n'en aurait eu en dehors de ce contexte de crise¹¹⁸⁹. La mise en œuvre de la propriété permet au propriétaire de reprendre son bien de la collectivisation réalisée. A contrario, il serait privé des attributs attachés à son droit exclusif.

En outre, la clause de réserve de propriété permet indirectement à l'entreprise en difficulté de bénéficier d'une source de crédit importante. Aussi, plus la revendication est efficace plus l'entreprise abandonne des chances de redressement. C'est la raison pour laquelle, les droits des propriétaires ont toujours été perçus comme un obstacle à l'existence des procédures

¹¹⁸⁸ F. TERRE et P.SIMLER, Droit civil, Les biens, précis Dalloz, 5^e éd., 1998, n° 506, p. 355. L'action en revendication est l'action « qu'exerce le propriétaire contre le tiers qui détient indument son bien et refuse de le restituer en contestant son droit. Elle tend à la reconnaissance du droit de propriété et a pour but la restitution de la possession du bien ».

¹¹⁸⁹ M.J CAMPANA, Variations sur la clause de réserve de propriété, in Mélanges en l'honneur de FARJAT, p. 57

collectives. Le respect du droit de propriété se trouve donc en contradiction avec les objectifs du droit des procédures collectives. Cette contrariété résulte du fait que la réalisation de la propriété a pour effet la reprise des biens laissés entre les mains du débiteur, antérieurement à l'ouverture de la procédure collective.

Le droit des entreprises en difficulté, de son côté, se fonde sur une discipline rigoureuse, imposée à l'ensemble des acteurs liés contractuellement au débiteur, dans l'unique dessein que le report de leur droit en garantisse le paiement ultérieur¹¹⁹⁰. Inéluctablement, la mise en œuvre du droit de propriété est perturbatrice de l'ensemble des objectifs fixés par le droit des procédures collectives. Néanmoins, la confrontation de ces intérêts peut déboucher sur un équilibre

II. L'équilibre entre le droit de propriété et les procédures collectives

524. La difficulté est de parvenir à trouver l'équilibre entre les impératifs de la procédure collective et le respect des droits du propriétaire. Ce dernier doit faire valoir la primauté de son droit, et prouver qu'il est le seul à pouvoir prétendre bénéficier du bien sur lequel porte son droit.

525. Il apparaissait dans un premier temps, que l'action en revendication susceptible de compromettre la sauvegarde ou le redressement de l'entreprise, s'opposait directement aux impératifs de la procédure, en privant celle-ci d'un bien indispensable à la poursuite de son activité. Il eut été plus conforme aux objectifs du droit de la défaillance des entreprises de l'exclure. Au contraire, le traitement judiciaire des entreprises en difficulté n'affecte pas le droit de revendication. La loi de 1985 tout en reconnaissant l'opposabilité du titre de propriété comme garantie, avait strictement encadré la revendication. L'objectif du législateur, dans les réformes successives, ne sera plus de redresser le plus grand nombre d'entreprises en difficulté, mais de sauver les entreprises jugées viables. De plus ces réformes ont eu tendance à assouplir les conditions de mise en œuvre de la clause, ce qui a fortement favorisé son développement. Dans cet esprit, les innovations qui assurent une plus grande protection du vendeur avec réserve de propriété, sont tout à fait justifiables et peuvent même dans certains cas faciliter le sauvetage de l'entreprise, mais ce, uniquement si elle a une véritable chance de

¹¹⁹⁰ M. LAROCHE, Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, coll. de Thèses doctorat et notariat, Defrénois 2007, n°85, p. 57

redressement¹¹⁹¹. La mise en œuvre de l'action en revendication, dans le cadre des procédures collectives, a justifié la mise en place d'un régime particulier afin de respecter la finalité de celles-ci. En adaptant l'action qui met en œuvre la propriété, le droit des procédures collectives non seulement garantit le respect du droit de la propriété en son sein, mais encore soumet l'action à ses intérêts. Par dérogation au droit commun, le droit spécial des procédures collectives impose au bénéficiaire de la clause de réserve de propriété d'agir en revendication dans le délai de trois mois suivant l'ouverture de la procédure¹¹⁹², faisant ainsi de son exercice une nécessité pour le propriétaire qui souhaite préserver un droit intégral¹¹⁹³. La revendication des biens intellectuels dans le cadre de la procédure collective se traduit par une reconnaissance de la propriété des biens intellectuels par le droit spécial (1) qui induit le respect de ces biens (2).

1. Reconnaissance de la propriété des biens intellectuels par le droit spécial

526. Au delà du risque potentiel qu'elle représente pour la procédure collective, l'action en revendication est reconnue par le droit spécial. Le droit des procédures collectives a en effet donné un essor singulier à la réserve de propriété, en lui assurant une pleine efficacité durant la procédure collective de l'acheteur, et en permettant au vendeur propriétaire de tirer les avantages reconnus à une sûreté réelle. Autrement dit, le titulaire de droits de propriété intellectuelle pourra réaliser la clause afin d'obtenir un paiement rapide et complet. Mais surtout la clause lui permettra d'obtenir un paiement préférentiel. Ce mécanisme ayant vocation à s'appliquer aux biens corporels et incorporels sans distinction, bénéficie naturellement aux droits de propriété intellectuelle retenus à titre de garantie. Il s'agit là d'une règle commune à toutes les procédures collectives qui se justifie par la qualité de propriétaire du revendiquant dont le droit est opposable à tous¹¹⁹⁴, peu important que ce dernier soit corporel ou qu'il s'agisse d'une propriété intellectuelle.

En outre, la protection du créancier bénéficiaire de la clause est encore renforcée car il lui est possible de revendiquer le prix ou la partie du prix due au débiteur par un sous-acquéreur. En effet, n'ayant plus le bien entre les mains, le vendeur bénéficiaire de la clause risque de se

¹¹⁹¹ P. GALLE-ROUSSEL, Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, thèse dact., ss. la direct° de A. MARTIN-SERF, 1997 univ. Bourgogne, p. 403.

¹¹⁹² Par dérogation importante aux droits des biens et aux termes de l'article L. 624-9 du code de commerce, la revendication doit intervenir dans un délai de trois mois suivant l'ouverture de la procédure collective

¹¹⁹³ M.LAROCHE, Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, coll. de Thèses doctorat et notariat, Defrénois 2007, n° 82, p. 55

¹¹⁹⁴ M. JEANTIN et P. LE CANNU, Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, op.cit. n° 920, p. 611

heurter aux droits de tiers détenteurs ou possesseurs. En cas de conflit avec un tiers acquéreur, le créancier propriétaire ne peut demander la restitution du bien, mais l'article 2372 du Code civil protège néanmoins ses intérêts en admettant que « le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ». Cette revendication est fondée sur le mécanisme de la subrogation réelle. En ce cas, la réserve de propriété se trouve en effet reportée sur la créance du prix de revente conformément à l'article 2372 du Code civil¹¹⁹⁵. « Les dispositions de l'article L. 624-16 du Code de commerce répondent à un motif d'intérêt général et n'ont ni pour objet, ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ou d'en dénaturer la portée »¹¹⁹⁶. Il en va naturellement ainsi de la propriété de biens intellectuels. Aujourd'hui le respect du droit de la propriété, et notamment de la propriété intellectuelle, s'impose au droit spécial¹¹⁹⁷. La chambre commerciale de la Cour de cassation eut à répondre à la question de savoir si l'article L. 624-9 du Code de commerce, relatif à la revendication, porte une atteinte au droit de propriété constitutive d'une violation de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789¹¹⁹⁸. Par principe, la procédure collective ne produit pas d'effet sur la situation des propriétaires. La réponse formulée par la Cour est claire : « les restrictions aux conditions d'exercice du droit de propriété qui peuvent résulter de ce texte répondent à un motif d'intérêt général et n'ont ni pour objet ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ou d'en dénaturer la portée ».

Certaines hypothèses ou mécanismes comme la réserve de propriété permettant la revendication d'un bien commandent que la procédure collective ne produise pas d'effet sur la situation des propriétaires. La portée de ce principe a un intérêt tout particulier dès lors qu'il est question de la revendication d'un droit de propriété intellectuelle dans le cadre d'une procédure collective puisque le respect du droit de la propriété garanti par l'article 17 de la

¹¹⁹⁵ F. PÉROCHON, La revendication du prix de revente, D. aff. 1996, p. 1402 ; P. CROCQ, La revente après l'ouverture d'une procédure collective de l'objet d'une réserve de propriété, Mélanges AEBDF France, T. III, Banque 2001, p. 109 ; Cass. com., 18 jan 2011, D. 2011, AJ, 368

¹¹⁹⁶ Cass. QPC, 15 mars 2011, D. 2011. Act. 815, obs. LIENAHRD ; Rev. Sociétés 2011, obs. ROUSSEL-GALLE ; Par principe, la procédure collective ne produit pas d'effet sur la situation des propriétaires et le respect du droit de propriété, ce respect est commandé par l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, qui prévoit que « la propriété est un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Ce principe figure parmi ceux auxquels la constitution du 4 octobre 1958 se réfère dans son préambule.

¹¹⁹⁷ le droit des procédures collectives ne peut déroger aux normes supérieures que sont la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'homme et du Citoyen, toutes deux attachées à la défense du droit fondamental de propriété.

¹¹⁹⁸ Cass. QPC, 15 mars 2011, n° 10-40.073, D. 2011. Act. 815, obs. A. LIENAHRD

DDHC a vocation à s'appliquer aux propriétés intellectuelles. Par conséquent la procédure collective ne devrait pas produire d'effet sur la situation des titulaires des droits de propriété intellectuelle.

2. Le respect des biens intellectuels

527. L'intérêt juridique et économique d'une telle clause, et tout particulièrement dans le cadre d'une procédure collective, profite aux droits de propriété intellectuelle qui bénéficient du mécanisme sans distinction.

Les droits de propriété intellectuelle constituent sans conteste une part non négligeable de l'actif du débiteur. Aussi, est il nécessaire que l'administrateur soit informé de ce dont l'entreprise débitrice est réellement propriétaire. Le besoin de rapidité relatif à la procédure collective, et très souvent l'absence de détournement du droit de propriété intellectuelle par l'entreprise débitrice, justifient que soit exercée une action en revendication de droit commun, c'est-à-dire qu'il soit procédé à la seule démonstration de l'existence du droit de propriété intellectuelle. Le droit de propriété intellectuelle, dont est titulaire le revendiquant est opposable à tous, ce qui lui confère une force supérieure à celle d'un simple droit de créance¹¹⁹⁹. Par conséquent, il faut en déduire que la procédure collective ne produit pas d'effet sur la situation des propriétaires de droits intellectuels et le respect de leur droit, ce respect est en outre commandé par l'article 17 de la DDHC du 26 août 1789¹²⁰⁰. La mise en œuvre de la propriété permet au propriétaire revendiquant d'extraire son bien de la collectivisation réalisée. À l'inverse si le bien demeure à la procédure, il sera forcément privé des attributs attachés à son droit.

Sur cet aspect, le respect du droit de propriété est en contradiction avec les préoccupations de la procédure collective.

528. En outre, la présente étude nous conduit à nous poser la question suivante : les droits de propriété intellectuelle peuvent-ils bénéficier de la dispense de revendication prévue par l'article L. 624-10 du Code de commerce, qui dispose que « le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété, lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité » ? À première vue rien ne s'y oppose puisque la dispense vaut pour

¹¹⁹⁹ P.M. LE CORRE, Droit réel, droit personnel et procédures collectives, LPA, 19 mai 1999, n° 99, p.4

¹²⁰⁰ Le conseil constitutionnel a reconnu aux droits de propriété intellectuelle le bénéfice de la protection constitutionnelle de la propriété telle qu'elle résulte de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

les contrats en vertu desquels un bien mobilier a été confié au débiteur, dès lors qu'il fait l'objet d'une publicité. Or, la singularité des droits de propriété intellectuelle a pour conséquence que leur exploitation, voire leur constitution, dépend généralement de mesures spécifiques de publicité. En effet, la plupart des contrats relatifs à des propriétés intellectuelles sont obligatoirement publiés aux fins d'opposabilité. Il en va notamment ainsi de la transmission de brevet qui doit être publié au registre national des brevets¹²⁰¹, ainsi que de certains contrats tels que les contrats de licence de brevet ou de marque¹²⁰². La publicité obligatoire est ici suffisante. Les propriétaires de droits de propriété intellectuelle devraient donc, dans leur majorité, pouvoir être dispensés de revendication.

Néanmoins, si l'on s'accorde à affirmer que le droit des procédures collectives reconnaît la revendication des biens incorporels, c'est incontestablement en vue de leur restitution, puisque la reconnaissance du droit de revendiquer dans ce cadre réalise un compromis, entre les intérêts des propriétaires et de la procédure tournée vers la restitution.

B. LA RESTITUTION JURIDIQUE DES BIENS INTELLECTUELS

529. Si la revendication des droits de propriété intellectuelle est admise, et leur restitution envisagée, celle-ci ne peut être que juridique. La restitution juridique des choses incorporelles, et notamment de propriétés intellectuelles, apparaît comme l'expression la plus dépouillée de la revendication. Indépendamment de la reprise matérielle d'un bien, la revendication par le propriétaire d'un droit de propriété intellectuelle l'autorise à exclure de son bien le tiers indésirable, et par là, à retrouver la pleine propriété sur son bien en exerçant seul les pouvoirs que lui reconnaît ce titre. La revendication des biens incorporels apparaît alors comme l'action de protection du droit de propriété, la mise en œuvre est son essence. Ainsi la restitution d'un brevet, d'une marque ou d'un dessin et modèle, pour ne prendre que ces exemples, permettra au bénéficiaire du droit de s'en prévaloir et de le protéger contre une exploitation induue. Aussi, cette restitution juridique se manifeste essentiellement par l'obligation faite au détenteur d'interrompre toute utilisation du bien.

530. La singularité de la matière implique que cette restitution juridique pourrait, dans de rares cas, se doubler de la restitution matérielle du support du bien. Cependant, le plus fréquemment, si le support matériel existe, il est généralement devenu la propriété de l'ancien

¹²⁰¹ En vertu de l'article L. 613-19 du CPI

¹²⁰² Articles L. 613-9 et L. 714-7 du CPI

détenteur ou a fait l'objet de copies. Cette hypothèse peut ainsi se poser en droit d'auteur, où elle donne lieu à une difficulté liée à la distinction entre l'œuvre et son support.

531. Cependant la restitution juridique soulève certains problèmes en matière de droit d'auteur, notamment pour ce qui est de la distinction entre l'œuvre et son support. Il est intéressant d'observer que la chambre commerciale considère à propos d'œuvres matérielles que l'imprimeur d'ouvrages peut les revendiquer, en se prévalant d'une clause de réserve de propriété, dès lors que « l'existence de droits incorporels sur les ouvrages n'exclut pas l'existence d'un droit de propriété sur les objets matériels »¹²⁰³.

Plus spécialement, dans cette affaire qui opposait un imprimeur à une maison d'édition en liquidation judiciaire, les juges du fond avaient pu considérer que le droit de propriété intellectuelle des auteurs sur leur œuvre, propriété exclusive de ces derniers, opposable à tous, et consacrée par l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, s'opposait à la revendication de l'imprimeur, en tant qu'il serait indissociable du support matériel des ouvrages. Moyen, qui vient s'échouer sur la règle qu'édicte, presque tout de suite après, l'article L. 111-3 du même Code, selon laquelle « la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel ». Ce lien prétendument indissociable entre la propriété intellectuelle et le support matériel résulte en réalité d'une lecture inappropriée des deux articles du Code de la propriété intellectuelle, qui ont pour effet d'établir clairement la distinction entre l'œuvre et son support. La Haute juridiction affirme que l'action en revendication peut être recevable, en dépit du fait que les objets de cette clause, en l'espèce des livres réalisés par un imprimeur, faisaient aussi l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, ici le droit de l'auteur de ces ouvrages.

Une remarque intéressante mérite ici d'être soulignée, en effet, lorsque la réserve de propriété porte sur des livres, et est stipulée dans un contrat liant un imprimeur à un éditeur, cela implique en pratique, que la condition de l'individualisation des biens ne risque pas, là, de se poser. Aussi, dans ce cas de figure, et contrairement à ce qu'il se passe souvent quand sont visés des matériaux ou fournitures destinées à être incorporés à un immeuble, la revendication pourra effectivement prospérer.

¹²⁰³ Cass. com., 19 nov. 2003, Bull. civ. IV, n° 162; D. 2003, p. 3049, obs. A. LIENHARD ; Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles en date du 30 juin 1994 avait déjà jugé de la sorte à propos de logiciels et progiciels CA Versailles, 13^e ch., 30 juin 1994, D.1994, IR 216 ; G. JENSELME, « Clause de réserve de propriété et logiciel », LPA 14 sept. 1994, p. 98

En définitive, l'effet pratique de la clause de réserve de propriété est limité, en raison de la nature singulière des choses incorporelles, dont la restitution ne peut se traduire que par une reprise juridique. Elle demeure cependant utile par l'exclusion des tiers du bénéfice du droit de propriété intellectuelle. La réalisation de la clause qui permet ainsi au titulaire des droits de faire valoir la sauvegarde de ses biens intellectuels implique une dérogation aux principes fondamentaux des procédures collectives.

§2. DÉROGATION AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX DES PROCÉDURES COLLECTIVES

532. Le droit des procédures collectives a donné un essor prodigieux à la réserve de propriété en lui assurant une pleine efficacité dans la procédure collective¹²⁰⁴. Permettant au titulaire du bien intellectuel de revendiquer la chose vendue en l'absence de paiement du prix par l'acheteur, la réserve de propriété lui procure les avantages que l'on attend idéalement d'une sûreté réelle, c'est-à-dire qu'il peut la mettre en œuvre afin d'obtenir un paiement aussi rapide que possible et aussi complet que le permet la valeur du bien affecté à la garantie de sa créance¹²⁰⁵. Sa seule raison d'être est d'assurer le paiement préférentiel de la créance du prix, sous la forme particulière d'un paiement en nature.

La restitution commandée par le caractère absolu et exclusif du droit de propriété, emporte extinction de la créance du propriétaire du bien intellectuel à hauteur de la valeur de ce droit ainsi repris. La considération selon laquelle la restitution des biens intellectuels vaut paiement, implique alors qu'il s'agit d'un « paiement indirect », considération qui interfère avec les conditions classiques de la revendication. La restitution du bien intellectuel à son propriétaire fait ainsi dérogation au principe de l'interdiction des paiements (A) et par la même au principe d'égalité entre créanciers (B).

A. DÉROGATION À L'INTERDICTION DES PAIEMENTS

Les propriétaires de biens intellectuels peuvent être désintéressés au cours de la procédure collective par le jeu du droit de propriété. Plusieurs textes accréditent l'analyse selon laquelle la restitution des biens revendiqués vaut paiement. En effet, lorsque la revendication entraîne la restitution effective du bien vendu avec clause de réserve de propriété, la jurisprudence

¹²⁰⁴ E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, *op. cit.*, n° 249, p. 231

¹²⁰⁵ F. PÉROCHON, *Le vendeur de meubles, propriétaire*, in *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Montchrestien, 1998, p. 86

l'assimile à une forme d'exécution de la vente qui aboutit au paiement du vendeur à concurrence de la valeur du bien : « La créance du vendeur qui a revendiqué dans la procédure collective les marchandises vendues avec clause de réserve de propriété et retrouvé le droit d'en disposer, est éteinte à concurrence de la valeur des marchandises reprises ; si cette valeur excède le solde du prix resté dû lors de l'exercice de l'action, le vendeur doit restituer à l'acheteur la somme reçue en excédent »¹²⁰⁶. Parce qu'il recouvre la libre disposition du bien repris, le titulaire des droits de propriété intellectuelle est payé « en nature », à due concurrence c'est-à-dire à hauteur de la valeur de reprise du bien qui s'impute sur le solde du prix¹²⁰⁷. La restitution est toujours suivie de comptes entre les parties, conformément à la nature de sûreté réelle de la réserve de propriété, contenu désormais dans les dispositions du Code civil, à l'article 2371, alinéa 2. La restitution peut avoir lieu dans la limite du montant de la créance du vendeur, tant qu'elle n'est pas intégralement éteinte. A contrario la revendication est impossible si le prix des biens affectés de la clause est payé immédiatement.

533. Dans la mesure où la restitution du bien à son propriétaire fait exception à la règle de l'interdiction des paiements et par la même au principe d'égalité entre les créanciers et qu'elle est en outre risquée de compromettre la sauvegarde et le redressement de l'entreprise en privant celle-ci d'un bien indispensable à la poursuite de son activité, les articles L. 624-9 et L. 624-18 en encadrent strictement les conditions et effets. En effet, l'exercice par le vendeur réservataire de son droit de reprise du bien pourra bien s'avérer préjudiciable à l'entreprise débitrice, aussi est-il autorisé à l'acheteur ou à l'administrateur judiciaire à payer au vendeur les sommes qui lui restent dues. Le paiement immédiat du vendeur du bien intellectuel, demeuré propriétaire, peut être justifié, soit par la nécessité d'une reprise du droit pour poursuivre l'exploitation de l'entreprise, soit par le fait qu'il permet de régler une créance devenue inférieure à la valeur du bien. Notamment, dans l'hypothèse où la propriété intellectuelle ainsi réservée est indispensable à la poursuite de l'exploitation de l'entreprise débitrice, voire même si l'exploitation est l'objet de son activité. Dans les deux cas ce paiement, certes dérogeant aux principes gouvernant les procédures collectives, contribue au redressement du débiteur. En effet, le paiement immédiat du bénéficiaire de la clause profite aussi bien au débiteur qui bénéficie de la conservation du bien grevé nécessaire à la poursuite

¹²⁰⁶ Cass. com., 5 mars 1996, RTD civ. 1996. 443 obs. P. CROCQ ; D. 1996 ; somm. 222, obs. F ; PÉROCHON

¹²⁰⁷ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1443, p. 786

de l'activité de l'entreprise, qu'au créancier, lequel reçoit sans délai le paiement intégrale du prix et échappe ainsi à l'instar des autres créanciers aux contraintes imposées par un plan.

B. DÉROGATION AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE CRÉANCIERS

534. Dans la procédure de sauvegarde, de redressement, ou de liquidation judiciaire, il appartient au juge commissaire d'autoriser par ordonnance le débiteur à payer immédiatement le prix du bien vendu, sous clause de réserve de propriété. Le paiement du prix intervenant après le jugement d'ouverture est assimilé à celui d'une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture¹²⁰⁸. La solution est reproduite à l'article L. 624-16 qui énonce que « dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement ». Ce texte dans son alinéa 4 *in fine* l'« assimile » expressément à celui des créances mentionnées au I de l'article L. 622-17 du Code de commerce, relatif aux créances postérieures privilégiées. Il s'agit d'une fiction légale qui consiste à assimiler la créance à une créance postérieure. Le vendeur est alors titulaire d'une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture, l'assimilation de la créance à une créance postérieure, emporte que le contrat de vente avec réserve de propriété n'est pas un contrat en cours, c'est du reste la position de la Cour de cassation. Le propriétaire du bien intellectuel bénéficie ainsi du traitement préférentiel réservé à certaines créances postérieures. Quoiqu'il en soit, qu'il s'agisse de la règle du paiement à l'échéance, ou, à défaut, du paiement par privilège, le traitement préférentiel réservé au créancier postérieur sera intégralement accordé au vendeur sous clause de réserve de propriété qui a accordé au débiteur des délais de paiements. Le rang 2 dans le classement figurant aux articles L. 622-17 III et L. 641-13 sera *a priori* reconnu au réservataire.

Ainsi, lorsqu'elle est invoquée à l'encontre d'un acheteur en redressement ou liquidation judiciaire, la clause de réserve de propriété relative à un bien intellectuel, produit l'effet caractéristique d'affecter ce droit au paiement préférentiel du créancier, et peut être sans artifice considérée comme une sûreté réelle.

535. Il reste à préciser que le bien intellectuel, objet de la réserve de propriété ne peut en principe entrer dans l'assiette de sûretés au profit d'autres créanciers du débiteur¹²⁰⁹. Identiquement à cela, l'on pourrait affirmer qu'un créancier ne pourra constituer un gage sur

¹²⁰⁸ Solution reproduite à l'article L. 624-16 al. 4 du code de commerce dans ces termes « le paiement du prix est assimilé à celui des créances mentionnées au I de l'article L. 622-17 »

¹²⁰⁹ Cass. com., 15 mars 1994, 91-14. 375

ce droit dont le débiteur n'est pas encore propriétaire. En cas de conflit avec un créancier gagiste mis en possession du bien, la Cour de cassation faisait traditionnellement prévaloir les droits de celui-ci sur ceux du vendeur avec clause de réserve de propriété impayé¹²¹⁰. Cependant, l'article 2335 du Code civil, en ce qu'il prohibe le gage de la chose d'autrui, pourrait remettre en cause cette jurisprudence et restaurer, par conséquent l'efficacité de la réserve de propriété ; à ce titre, le propriétaire des biens intellectuels peut demander la nullité du gage¹²¹¹. Remarquons à cet égard que si le Code civil pose expressément la règle selon laquelle « le gage de la chose d'autrui est nul »¹²¹², l'interprétation de cet article soulève néanmoins des difficultés discutées en doctrine¹²¹³.

Nous remarquerons, compte tenu de ce qui précède qu'en réalité, dès la conclusion de contrats, certains créanciers jouissent de garanties plus ou moins efficaces, inhérentes aux relations contractuelles normales. À l'égard de la procédure collective, le réservataire de droits de propriétés intellectuelles ne se positionne pas comme un créancier ordinaire ou même privilégié : il fait valoir son statut protecteur de propriétaire. Mais cet avantage procuré à un cocontractant par rapport à un autre, fût-il propriétaire d'un bien intellectuel détenu par l'entreprise, conduit inévitablement à rompre le principe d'égalité entre les créanciers. En définitive, il faut admettre que la clause qui grève le bien intellectuel permet au propriétaire, de se soustraire au caractère égalitaire de la procédure. Le mécanisme de la clause de réserve de propriété, véritable sûreté réelle sur le bien intellectuel déroge à l'interdiction des paiements des créances antérieures et bénéficie du traitement préférentiel.

536. Conclusion sur la propriété intellectuelle retenue à titre de garantie. – L'accroissement de l'assiette de la clause de réserve de propriété a permis la revendication de choses incorporelles et par là même celle des propriétés intellectuelles dans le cadre des procédures collectives. Reconnaître la revendication de droits intellectuels en droit des procédures collectives suppose d'admettre leur propriété. L'efficacité de cette sûreté est ainsi maintenue en cas de procédure collective, conférant à son titulaire une meilleure situation que celle qu'il aurait connu en application des règles du droit commun. L'article L. 624-16 du Code de commerce paraît entériner la possibilité de stipuler une clause de réserve de propriété lors de la vente d'un droit de propriété intellectuelle. Il est, dès lors, important de souligner,

¹²¹⁰ Cass. com., 28 nov. 1989, Bull. civ. IV, n° 300 ; Cass. com., 26 sept. 2006, JCP 2006, I. 195, Ph.

DELEBECQUE

¹²¹¹ Article 527-3 du Code de commerce

¹²¹² Article 2335 du Code civil

¹²¹³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.N. JOBAR-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 1657

que la cession avec réserve de propriété investissant le cessionnaire des utilités du bien cédé, est parfaitement compatible avec le caractère « actif » des propriétés intellectuelles dont la valeur est préservée par leur exploitation. En outre, la clause de réserve de propriété s'avèrera particulièrement protectrice du créancier demeuré propriétaire de droits intellectuels, dans la mesure où aucun autre créancier ne peut exercer de droit sur le bien revendiqué. C'est dans cette *absence de concours*¹²¹⁴ que réside, pour l'essentiel, l'efficacité de la propriété retenue à titre de garantie. La réalisation de la clause dans le cadre de la procédure collective permet la sauvegarde des biens intellectuels grevés qui se traduit par une dérogation aux principes fondamentaux ayant vocation à régir la procédure collective.

Enfin, la revendication suivie de la restitution du bien intellectuel à son propriétaire emporte la reconnaissance du droit de propriété sur ces biens faisant exception à la règle de l'interdiction des paiements et, par là même au principe d'égalité entre créanciers. Il convient de reconnaître que la clause de réserve de propriété sur droits de propriétés intellectuelles est « l'une des meilleures garanties du vendeur, »¹²¹⁵ titulaire des droits.

¹²¹⁴M. BOURASSIN, V. BREMOND, M. N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.* n° 1235, p. 332

¹²¹⁵D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, n°741, p. 455

CONCLUSION DU TITRE SECOND

537. Le législateur et la doctrine se sont toujours désintéressés de la recherche de solutions idoines, propres à intégrer les droits intellectuels dans la sphère du crédit¹²¹⁶. Dénués d'encadrement, les mécanismes proposés n'offrent pas aux créanciers désireux de souscrire de telles sûretés, la sécurité recherchée par une garantie financière. Pourtant les propriétés intellectuelles peuvent constituer de véritables sûretés.

Il est d'une nécessité absolue d'envisager les propriétés intellectuelles comme des instruments de crédits. En effet, les titulaires de propriétés intellectuelles doivent pouvoir valoriser financièrement ces actifs incorporels en les constituant en sûretés. Cette valorisation financière suppose que l'on admette les propriétés intellectuelles dans l'assiette de garanties. L'application aux propriétés intellectuelles de certaines formes de garanties aura ainsi pour effet de conférer aux créanciers une situation d'exclusivité en leur assurant une primauté réellement efficace lorsque s'ouvre, en particulier, une procédure collective à l'égard du débiteur. L'étude relative au sort du nantissement de propriétés intellectuelles a révélé que l'ouverture de la procédure à l'égard du constituant gèle en grande partie les droits des créanciers nantis, le jugement d'ouverture arrête le cours des inscriptions et leur impose par ailleurs de soumettre aux règles de la discipline collective, lesquels ne sont pas à l'abri d'une remise en cause de leurs droits.

De nombreux effets attentatoires des droits des créanciers nantis ont ainsi pu être diagnostiqués, malmenés par l'ouverture de la procédure de leur débiteur.

La réforme du droit des sûretés institue des dispositions spéciales, ainsi que des sûretés qui sont maintenues dans d'autres Codes ; cette absence d'unité n'a pas réalisé l'organisation attendue du droit des sûretés portant sur les propriétés intellectuelles. Ce constat d'échec nous invite à observer que l'accomplissement des objectifs ne fut pas à la hauteur des espérances. Le législateur n'a visiblement pas souhaité intégrer singulièrement les propriétés intellectuelles dans le droit des sûretés, ce qui est fortement regrettable. Il a ainsi manqué l'occasion d'offrir à la pratique un droit réellement adapté et pleinement efficace.

Suite à l'immense ascension, commencée en 1980, avec la consécration de l'opposabilité de la réserve de propriété à la procédure collective, et son accession au rang de

¹²¹⁶ V. à cet égard certains propos doctrinaux : « on ne se préoccupera donc pas spécialement des marques, des certificats d'obtention végétales et des dessins et modèles car il n'existe aucune réglementation spécifique si ce n'est l'exigence d'une publicité », J. MESTRE, E. PUTMAN, M.BILLIAU, Traité de droit civil, t.2: Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, 1996, n° 1003, p. 447

sûreté réelle au sein du Code civil, nous pouvons affirmer que la réserve de propriété a été rattrapée par le droit des sûretés. Il nous est désormais possible d'en déduire, que cette consécration profite inéluctablement aux propriétés intellectuelles comprises dans l'assiette de cette garantie. Cette efficacité maintenue en cas de procédure collective, obéit néanmoins à des conditions particulières, ayant vocation à s'appliquer exclusivement dans ce contexte.

Nous préconisons la nécessité de consacrer un droit spécial pour la mise en garantie de propriétés intellectuelles qui tienne compte de leur singularité. Eu égard à l'importance prise par les propriétés intellectuelles dans notre économie, il serait inconcevable de ne pas les considérer comme des instruments de crédit. En effet, le développement des créations immatérielles implique d'adapter les sources de crédit traditionnellement offertes aux entreprises. Il est impératif d'encadrer le droit des sûretés sur propriétés intellectuelles, afin d'offrir au créancier une situation plus favorable en cas de procédure collective du débiteur. Reste à nuancer quelque peu ce constat, en notant que la construction est loin d'être achevée, et que tous les espoirs sont permis dans un domaine aussi prometteur où il reste encore à faire. Le cheminement de ces raisonnements successifs nous conduit à établir un bilan en demi-teinte sur le sort des sûretés constituées sur des propriétés intellectuelles dans le cadre des procédures collectives.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

538. Nous avons choisi d'exposer dans la présente étude, certaines des relations existantes entre divers mécanismes juridiques relevant du droit de la propriété intellectuelle, à la lumière des procédures collectives, notamment sous son aspect contraignant à l'égard des tiers. Ces analyses ont pu révéler que nonobstant leur importante part au sein de l'actif des entreprises, les propriétés intellectuelles n'étaient pas prises en compte par les règles imposées aux tiers dans le traitement judiciaire des difficultés des entreprises.

En premier lieu, cette démonstration s'est vérifiée dans la confrontation du contentieux de la contrefaçon aux procédures collectives. En effet, il a pu être observé lors de ce face à face que, malgré l'arsenal législatif existant en matière de lutte contre la contrefaçon, les victimes des actes argués de contrefaçon n'avaient que très peu de chance de voir leur action prospérer à l'encontre de l'auteur des agissements contrefaisants.

Le traitement judiciaire des difficultés des entreprises met à l'épreuve les mesures provisoires et conservatoires ainsi que l'action en contrefaçon. Il a été observé de manière générale que les objectifs fixés par le domaine de la lutte contre la contrefaçon ne se concilient pas de manière satisfaisante avec la règle relative au « gel du droits des créanciers ». En effet, alors que les mesures de conservation de preuves sont soustraites à la règle¹²¹⁷, il est patent de constater que les mesures provisoires et conservatoires sont paralysées par l'arrêt des poursuites individuelles.

Il est regrettable de constater que la nouvelle rédaction donnée par la loi du 11 mars 2014, enrichie et renforcée laisse subsister un certain nombre de mesures marquées d'un caractère coercitif certain en droit de la propriété littéraire et artistique, paralysés par la discipline collective.

La mise à l'épreuve de l'action en contrefaçon a révélé que son exercice tant devant la juridiction pénale que civile était soumis à la satisfaction des intérêts de la procédure. La règle de l'arrêt des poursuites évince les sanctions réparatrices. En effet, les dispositions en matière d'indemnisation des victimes sont écartées au profit des règles spéciales de la procédure qui servent les impératifs de sauvegarde. Les victimes d'actes argués de contrefaçon devront se contenter durant la procédure collective du contrefacteur des seules mesures tendant à la restitution de leur monopole. Il est à regretter que sa finalité première, le sauvetage de

¹²¹⁷ Il s'agit pour l'essentiel des opérations de saisie-contrefaçon soustraites à la règle, exception faite de celles afférentes au droit d'auteur.

l'entreprise défaillante écarte la mise en œuvre d'instruments destinés à prévenir et réprimer les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Le gel des actions ou gel des droits constitue en définitive un sacrifice important pour les victimes d'actes de contrefaçon. La prérogative individuelle protégée, par le droit de la propriété intellectuelle, trouve effectivement pour limite la priorité économique. Ce premier constat est un constat d'échec de l'emploi du dispositif de prévention et de lutte contre la contrefaçon durant une procédure collective. Outre les contraintes imposées aux titulaires de droits de propriété intellectuelle dans le contentieux de la contrefaçon, cette mise à l'épreuve du dispositif de lutte contre la contrefaçon, se solde par une éviction du droit de la propriété intellectuelle par le droit des procédures collectives.

En second lieu, l'étude consacrée aux sûretés, a révélé les contraintes imposées aux titulaires de sûretés constituées sur des propriétés intellectuelles. En matière de nantissement, il a pu être observé que le droit des sûretés réelles n'offre aucun moyen efficace de faire des propriétés intellectuelles des garanties attractives. L'absence de dépossession faisant obstacle au droit de rétention du créancier, qui lui aurait pourtant procurée une assurance avantageuse. Aussi, nous avons observé qu'il était urgent d'envisager son adaptation aux propriétés intellectuelles, ainsi que de solutionner définitivement les difficultés que rencontrent ces garanties dans le cadre des procédures collectives. Au terme de notre étude, nous sommes parvenus à la conclusion que les droits de propriété intellectuelle sont mal nantis.

Par ailleurs, dans cette même étude, nous avons pu découvrir l'intérêt et démontrer l'efficacité reconnue de la clause de réserve de propriété, particulièrement protectrice du propriétaire de biens intellectuels, et parfaitement compatible avec le caractère « actif » de ces biens dont la valeur est préservée par leur exploitation.

Il semble aujourd'hui que le législateur ne peut continuer à ignorer les intérêts personnels des titulaires de droits de propriété intellectuelle ou des titulaires de sûretés constituées sur ces biens, mais se doit au contraire de les reconnaître, tout du moins de les concilier, afin de rendre cohérente la poursuite des objectifs inhérents à toute ouverture d'une procédure collective.

On remarquera en outre que les intérêts de ces tiers ne sont pas toujours fondamentalement opposés à celui de l'entreprise en difficulté et se rejoignent même parfois sur le fond. Ils peuvent en effet générer un équilibre nécessaire entre la réussite de tout traitement de la

défaillance, et la préservation des intérêts des titulaires de droits de propriété intellectuelle, sans distinction faite de leur statut : qu'ils soient tiers, créanciers chirographaires ou munis d'une sûreté.

Dès lors, si l'on considère les créanciers comme des apporteurs de capitaux, l'on doit admettre que c'est principalement grâce à eux que l'entreprise peut, si les circonstances le permettent, poursuivre son activité. C'est pourquoi le législateur doit impérativement intégrer ces données dans une réforme, dans laquelle il prendra préalablement en compte les modifications que viennent de connaître le droit des biens et le droit des sûretés. Après seulement, pourra être envisagée une nouvelle législation des procédures mettant en œuvre des solutions adaptées aux particularités des droits de propriété intellectuelle, répondant aux objectifs d'efficacité et de sécurité dignes de ces droits si singuliers.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Parvenu au terme de cette étude, il convient désormais de porter son regard vers l'arrière. L'analyse des interactions entre le droit des entreprises en difficulté et le droit des propriétés intellectuelles, a permis de démêler l'enchevêtrement issu des querelles de frontières entre ces deux droits. Il apparaît d'une manière générale, un droit des entreprises en difficulté « complexe », notamment en raison de la diversité et de la multiplicité des finalités que la politique économique se fixe, et plus particulièrement de la pluralité des intérêts qu'elle s'efforce de concilier. On y voit se confronter des intérêts divergeant, qui reflètent les difficultés liées au chevauchement entre les mécanismes juridiques propres aux droits de propriété intellectuelle, et ceux relatifs au droit des procédures collectives.

Afin de rendre compte le plus fidèlement de la réalité des interférences entre ces deux branches du droit, ont été explorés les différents dispositifs du droit des procédures collectives auxquels ont été confrontés les droits de propriété intellectuelle. Cette méthode, logique et rigoureuse, nous a permis de composer un tableau qui révèle l'apparence générale des interactions entre les droits de propriété intellectuelle et le droit des procédures collectives, dont les finalités reposent sur la conciliation des propriétés intellectuelles aux moyens de sauvegarde, lesquels se confrontent aux contraintes imposées aux créanciers.

Les moyens de sauvetage de l'entreprise impliquent la continuation des contrats, dont une conception élargie du domaine permet de l'étendre aux contrats sur propriétés intellectuelles. Le mécanisme de sauvegarde de l'environnement contractuel se montre adapté à la continuation des contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle, neutralisant l'*intuitu personae* qui les innerve et favorisant leur pérennité. La cession de l'entreprise assure la pérennité de l'activité économique cédée. Les biens protégés par des droits de propriété intellectuelle, véritables actifs stratégiques, sont globalement préservés par le traitement judiciaire des difficultés des entreprises. Néanmoins, d'importants obstacles ont pu être diagnostiqués dans l'évaluation de ces biens intellectuels. L'imperfection des règles de comptabilisation suscitant des difficultés dans leur connaissance et leur détermination, démontre l'urgente nécessité d'acquérir une méthode adaptée. Cependant, une conciliation des droits de propriété intellectuelle avec les moyens de sauvetage de l'entreprise semble s'établir à l'issue de l'examen des mécanismes de la continuation des contrats et de la cession de l'entreprise.

Mais, l'affirmation des impératifs de sauvegarde de l'entreprise, qui animent la plupart des dispositions du droit des procédures collectives, se traduit par d'importantes contraintes imposées aux créanciers, victimes de faits allégués de contrefaçon ou bénéficiaires de sûretés constituées sur des propriétés intellectuelles. Les contraintes imposées dans le cadre du contentieux de la contrefaçon visent au premier chef le dispositif de prévention et de lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

La mise en œuvre de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles constitue un sacrifice important pour les victimes d'actes de contrefaçon. Nous aurions pu espérer que les modifications portées par la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014, accueillies avec beaucoup d'enthousiasme, aient harmonisé intégralement la saisie-contrefaçon en matière de propriété littéraire et artistique. Or, il a pu être observé que cette procédure revêt malgré sa réformation un caractère coercitif qui se heurte à la règle de la procédure, le législateur ayant sans doute préservé au domaine sa spécificité. La règle de l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution dictée par la nécessité tant de faire respecter le caractère collectif de la procédure que pour garantir un traitement égalitaire de tous les créanciers s'oppose sans aucun dérogation à l'application de ces dernières. Il aurait été souhaitable, eu égard à l'importance prise par les droits de propriété intellectuelle, que le droit de procédures collectives tout en maintenant sa réglementation relative aux poursuites individuelles permette par des dispositions dérogatoire la prise en compte de ces actifs essentiels. Le vent de la réforme qui souffle actuellement sur le droit des entreprises en difficulté dont la dernière en date est l'ordonnance du 12 mars 2014¹²¹⁸ aurait peut-être été l'occasion d'opérer, en la matière, des modifications substantielles en faveur d'un meilleur équilibre procédurale que la justice se doit d'offrir à ses justiciables. Mais force est d'observer que cette réforme modifiant de manière significative la loi de sauvegarde ne contient pas de telles dispositions.

Par ailleurs, les contraintes imposées aux titulaires de sûretés constituées sur propriétés intellectuelles sont perceptibles tant en matière de nantissement que de réserve de propriété. Il est patent de constater que la procédure collective ébranle la pérennité des nantissements, et affecte le sort des créanciers nantis. En définitive, le bilan dressé à l'issue de cette étude démontre que le droit des sûretés réelles n'offre aucun moyen efficace de faire des propriétés intellectuelles des garanties attractives. En outre, l'absence de dépossession fait obstacle au droit de rétention du créancier qui lui aurait pourtant procuré une assurance avantageuse.

¹²¹⁸ Ordonnance n° 2014-326 réformant le droit des procédures collectives, JO 14 mars 2014

On peut dès lors légitimement s'interroger sur l'aboutissement des objectifs fixés par le texte. Force est de constater que la réforme, a sur ce point manqué d'audace.

Au terme de notre étude, nous avons finalement pu observer, que les droits intellectuels sont mal nantis.

La propriété intellectuelle réservée à titre de garantie, amorcée par la jurisprudence, s'avère efficace et suscite un certain intérêt dans le cadre de la procédure.

Il convient en effet de ne pas perdre de vue que tout le droit des entreprises en difficulté, comme son nom l'indique, a été conçu au bénéfice d'entreprises, dont on va « martyriser » les créanciers au nom de l'idée désormais communément admise que les égards dus à leur créance doivent céder devant la cause d'intérêt général qu'est le sauvetage des entreprises, le maintien de l'activité qu'elles déploient, et la préservation de l'emploi. Le socle de cette législation est donc l'entreprise dont la protection constitue la justification de tout le corpus de règles dont le débiteur revendique le bénéfice. Sans entreprises, ces règles perdent toute légitimité et ne sont plus qu'un instrument de contrainte des créanciers, illégitime puisque non finalisé. On ne voit pas en effet pourquoi il y aurait lieu de porter atteinte à la force obligatoire des contrats, à la plénitude du droit de propriété et aux créances s'il n'y a pas à la clé le sauvetage d'une entreprise qui le justifie¹²¹⁹.

Envisagés sous cet aspect, il est vrai que si les droits de propriétés intellectuelles pris « dans la tourmente des procédures collectives¹²²⁰ », semblent globalement s'adapter au traitement judiciaire des difficultés des entreprises, ils n'en sortent pas pour autant indemnes.

Nonobstant l'importante part qu'elles sont susceptibles de représenter dans l'actif des entreprises, les propriétés intellectuelles sont ignorées par la législation relative aux entreprises en difficulté. Pourtant, la préservation des intérêts qui y sont attachés ne sont pas toujours fondamentalement opposés à celui de l'entreprise en difficulté et se rejoignent même parfois sur le fond. Il peut être généré un équilibre nécessaire entre la réussite de tout traitement de la défaillance et la préservation des intérêts qui leur sont attachés. « L'enjeu de toute législation économique est d'équilibrer les intérêts particuliers à l'œuvre. Le pouvoir législatif ne doit pas se laisser instrumentaliser par des intérêts particuliers, il ne doit pas en

¹²¹⁹ P.M. LE CORRE et F. X LUCAS, Droit des entreprises en difficulté, D. 2011, p. 2069.

¹²²⁰ F.POLLAUD-DULIAN, Les droits intellectuels dans la tourmente des procédures collectives, *op. cit.* p ; 365

principe se détourner de l'intérêt général. Du point de vue de la logistique, le droit des entreprises en difficulté est à la fois très ambitieux et très décevant »¹²²¹.

L'opposition entre les deux sphères : droits de propriété intellectuelle et droit des procédures collectives démontre que même dans cette combinaison les objectifs du législateur ne sont jamais pleinement atteints, et aucun intérêt n'est jamais parfaitement préservé¹²²².

Il est question d'une matière dynamique au centre de nombreux enjeux. Le socle de sa législation est l'entreprise, dont la protection constitue la justification de tout le corps de règle qui bénéficie au débiteur. Le législateur attache ainsi, moins d'importance au sujet de droit individuel et à ses intentions subjectives. De sorte que les titulaires de droits de propriété intellectuelle et de sûretés qui en sont grevés auront du mal à faire valoir leurs intérêts. Pourtant si l'on doit se résoudre à considérer que l'ouverture d'une procédure collective ne doit pas être perpétuellement vécue comme une sanction, mais comme une chance de sauvegarde qui profite au débiteur, mais aussi étroitement à ses partenaires et davantage encore, le législateur ne peut continuer à ignorer ces intérêts personnels solidement liés au sort de l'entreprise en difficulté.

L'intérêt général, social, politique ou d'ordre économique qui l'emporte sur les intérêts privés, peut parfaitement se concilier avec eux et les rejoindre sur un même objectif dans le traitement des difficultés des entreprises.

*« La bonne réforme législative si elle se produit un jour en France, sera celle qui saura dépasser l'apparent clivage du droit spécial et du droit commun et retrouver le niveau d'abstraction, de synthèse, qui est ordinairement celui de la science juridique »*¹²²³.

Il convient d'introduire un peu de souplesse dans le droit des entreprises en difficulté. Le législateur doit impérativement considérer la valeur et les perspectives élevées que recèlent les propriétés intellectuelles, il importe peu qu'elles soient détenues par l'entreprise défaillante, elle-même, ou un tiers. Il doit obligatoirement intégrer ces données dans une réforme, qui prendra préalablement en compte certains facteurs. Il devra notamment considérer le développement des propriétés intellectuelles dans l'économie, la récente adoption du renforcement du dispositif de lutte contre les atteintes qui leur sont portées, ainsi

¹²²¹ A.MARTIN-SERF, L'évolution législative et les conflits, GP, 26 juin 2008, n° 178, p. 9

¹²²² Cf. M.-A. Frison-Roche, Le législateur des procédures collectives et ses échecs, Mélanges A. Honorat, éd. Frison-Roche, 2000, p. 109

¹²²³ L. D'AVOUT, « De l'utilité résiduelle du droit commun en matière de transfert d'actions et autres titres financiers », sous Cass. com., 5 mai 2009, D. 2010, 123

que les récentes modifications du droit des biens et des sûretés les concernant. Après seulement pourra être envisagée une nouvelle législation des procédures mettant en œuvre des solutions adaptées aux particularités des droits de propriété intellectuelle, leur offrant des solutions pour les préserver et les valoriser, tant pendant la « tempête »¹²²⁴ qu'à son terme.

¹²²⁴ F. POLLAUD- DULLIAN, Les droits intellectuels dans la tourmente des procédures collectives, *op. cit.* p. 366

BIBLIOGRAPHIE

1. OUVRAGES JURIDIQUES GÉNÉRAUX, TRAITÉS,

MANUELS, PRÉCIS ET DICTIONNAIRES

ALLANT (D.) & RIALS (S.)

- *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, PUF, 2003

ARNAUD (A. J.)

- *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993

ARNIAUD (A.) & RENAULT (L.)

- *Traité de droit commercial*, Librairie générale, 5^o éd., 1963

AUBERT (J.-L.) & FLOUR (J.)

- *Les obligations, l'acte juridique*, Armand Colin, 6^o éd., 1994

AUBRY (C.) & RAU (C.)

- *Droit civil*, Marchal et Billard, 5^o éd., 1902

AUROUX (S.)

- *Les notions philosophiques*, dictionnaire, t. 1, éd. Presses universitaires de France

AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.) & MALAURIE (P.)

- *Droit civil, Tome VI, « Les obligations »*, CUJAS, 9^o éd. 1998
- *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 3^o éd., 2007

AZEMA (J.)

- *Propriété industrielle*, Lamy Droit commercial, éd. annuelle
- *Le droit français de la concurrence*, PUF, 1989

AZEMA (J.) & GALLOUX (J.-C.)

- *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 7^o éd. 2012

BAUDART (A.) & DE BOUCHONY (A.)

- *La contrefaçon*, PUF, Que sais-je ?, 2006

BEHAR-TOUCHAIS (M.) & VIRASSAMY (G.)

- *Traité des contrats, Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999

BENSOUSSAN (A.)

- *Informatique, Télécoms, Internet*, Éd. Francis Lefebvre, 4° éd., 2008

BILLIAU (M.), MESTRE (J.) & PUTMAN (E.)

- *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996

BINCTIN (N.)

- *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2° éd., 2012

BONHOMME (R.) & PEROCHON (F.)

- *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8° éd., 2009

BONNET (G.)

- *Avant propos, Code de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2010

BOURASSIN (M.), BREMOND (V.) & JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)

- *Droit des sûretés*, Sirey, 2° éd., 2010

BREESE (P.) & KAISER (A.)

- *L'évaluation des droits de propriété industrielle*, Gualino, 2004

BRUGUIERE (J.-M.)

- *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2è éd., 2011 ;

BRUGUIERE (J.-M.), MALLET-POUJOL (N.) & ROBIN (A.)

- *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007

BUISSON (J.) & GUINCHARD (S.)

- *Procédure pénale*, Litec, 4° éd., 2008

BURST (J.-J.) & CHAVANNE (A.)

- *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 5° éd., 1998

CABRILLAC (M.)

- *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, Sirey, 1954

CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) & PETEL (P.)

- *Droit des sûretés*, Litec, 9° éd., 2010

CAPITANT (H.), COLIN (A.), JULLIOT de la MORANDIERE (L.)

- *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, 11° éd., 1947

CARBONNIER (J.)

- *Droit civil, Les biens*, PUF, 19° éd., 2000

CARON (C.)

- *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006

CASALONGA (A.)

- *Traité technique et pratique des brevets d'invention*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949

CASTALDO (A.) & LEVY (J.-P.)

- *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002

CHABAS (F.) & MAZEAUD (H.)

- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6° éd., T. III, Paris Monchrestien, 1983

CHARTIER (Y.)

- *Droit des affaires, Entreprises en difficulté*, Thémis, 1989

COLLART-DUTILLEUL (F.) & DELEBECQUE (P.)

- *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9^o éd., 2011

CONTAMINE-RAYNAUD (M.) & RIVES-LANGE (J.-L.)

- *Droit bancaire*, Dalloz, 1995

COQUELET (M.-L.)

- *Entreprises en difficulté Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 3^o éd., 2009

CORNU (G.)

- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 9^o éd., 1999
- *Vocabulaire juridique*, Quadriga PUF, 8^o éd., 2007

CROCQ (P.)

- *Propriété et garantie*, Préf. M. GOBERT, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1995

CROCQ (P.) & PICOT (Y.)

- *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Éditions juridiques et techniques, 2006

DERRIDA (F.), GODE (P.) & SORTAIS (J.-P.)

- *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, Dalloz, 3^o éd., 1991

DESBOIS (H.)

- *Le droit d'auteur en France*, Dalloz 3^o éd., 1978

DESSERTAUX (M.) & PERCEROU (J.)

- *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, Rousseau, 2^o édition, 1935

DONNIER (M.)

- *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 7^o éd., 2003

DUMONT-LEFRAND (M.-P.)

- *Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires - situation du débiteur*, Juris-Cl. Procédures collectives, fasc. 2325

ENDREO (G.) & VIANDIET (A.)

- *Redressement et liquidation judiciaires*, Litec, 1986

FABRE-MAGNAN (M.), GHESTIN & (J.) GOUBEAUX (G.)

- *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^o éd., 1994

FOYER (J.) & VIVANT (M.)

- *Le droit des brevets*, PUF, Coll. Thémis droit, 1991

FRANÇON (A.)

- *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, 1996-1997

GALLLOUX (J.-C.)

- *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2^o éd., 2003

GAUMONT-PRAT (H.)

- *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 3^e éd., 2013

GAUTIER (P.-Y.)

- *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^o éd., 2012

GHESTIN (J.)

- *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2012
- *La formation du contrat, t.1, le contrat -le consentement*, LGDJ, 2013

GRANIER (T.), JEANTIN (M.) & LE CANNU (P.)

- *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, Dalloz, 7^eéd., 2005

GUINCHARD (S.) & MOUSSA (T.)

- *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz action, 2013-2014

GUYON (Y.)

- *Droit des affaires, Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite*, Economica, 9^e éd., 2003

HILAIRE (J.)

- *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986

HOUIN (R.)

- *Permanence de l'entreprise à travers la faillite*, annexe au rapport de l'Inspection Générale des Finances : Bibliothèque de droit commercial, tome 20, Sirey, 1970

JACQUEMONT (A.)

- *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 6^e éd., 2010
- *Procédures collectives*, Litec, 5^e éd., 2007

JANIN (P.) & MERCADAL (B.)

- *Les contrats de coopération inter-entreprises*, éd. F. Lefebvre, 1974

JEANTIN (M.) & LE CANNU (P.)

- *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, Dalloz, 2006
- *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7^e éd., 2004

JOURDAIN (P.) & VINEY (G.)

- *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, sous la direction de Jacques Ghestin*, 3^e éd, LGDJ, 2006

KHOLER (J.)

- *Immaterialgüterrechte : ForschungenausdemPatentrecht*, Mannheim, 1888

LALANDE (A.)

- *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quardige PUF, 1992

LAMPRE (C.)

- *La conspiration des étiquettes*, éd. Ferret 1993

LAVIGNE (P.) & LYON-CAEN (G)

- *Traité théorique et pratique de droit du cinéma français et comparé*, LGDJ, 1957

LE CANNU (P.)

- *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, Refonte de l'ouvrage de M. JEANTIN, Précis Dalloz, 7^e éd., 2007

LE CORRE (P.-M.)

- *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2013
- *La réforme du droit des entreprises en difficulté, commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009*, Dalloz, 2009

LE CORRE (P.-M.) & LE CORRE-BROLY (E.)

- *Droit des entreprises en difficulté*, Sirey, 2^e éd., 2006

LEGEAIS (D.)

- *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9^e éd., 2012

LEQUETTE (Y.), SIMLER (P.) & TERRE (F.)

- *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 8^e éd., 2005

LIENHARD (A.)

- *Code des procédures collectives*, Dalloz, 11^e éd., 2013
- *Procédures collectives*, Delmas, 3^e éd., 2009

LUCAS (A.)

- *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 3^e éd., 2004

LUCAS (A.), LUCAS (H.-J.) & LUCAS-SCHLOETTER (A)

- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Lexis Nexis, 4° éd., 2012

LYON-CAEN (C.) & RENAULT (L)

- *Traité de droit commercial*, 5° éd. Paris, LGDJ, 1986

MARCELIN (Y.)

- *La saisie contrefaçon*, Cédat, 2001

MARTY (G.) & REYNAUD (P.)

- *Traité de droit civil, Les obligations*, Sirey, 2° éd., 1989

MARINO (L.)

- *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, Thémis droit, 2013 ;
- *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Les mémentos, 8è éd., 2013

MATHELY (P.)

- *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Broché, 1992

MONERIE (C.) et TAFFOREAU (P.) (avec la coll A. Benfedda)

- *Droit de la propriété intellectuelle*, 3è éd., 2012

MOUSSERON (J.-M.)

- *Traité des brevets*, Litec, 1984

NUSS (P.)

- *Marque et franchise*, La documentation organique, 1982

PALLAUD-DULLIAN (F.)

- *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999
- *La propriété industrielle, Economica*, 2011
- *Le droit d'auteur, Economica*, 2004

PASSA (J.)

- *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2° éd., 2009
- *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 2, Brevets, LGDJ, 2013

PÉROCHON (F.)

- *Entreprises en difficulté*, 9° éd., LGDJ, 2012

PETEL (P.)

- *Procédures collectives (cours)*, Dalloz, 7° éd. 2011

PIERRAT (E.)

- *Le droit d'auteur et l'édition, Cercle de la librairie*, 3° éd., 2005

PIERRE (J.-L.) & SCHMIDT (J.)

- *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4° éd., 2007
- *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Mémento, 7è éd., 2009

POUILLET (E.)

- *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Marchal et Billard, 1906

RIFKIN (J.)

- *L'âge de l'accès, la nouvelle culture du capitalisme*, La découverte poche, 2000

RIPERT (G.) & ROBLOT (R.)

- *Traité de droit commercial*, LGDJ, 18° éd., 2004

ROUBIER (P.)

- *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t.1, 1952
- *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t.2 (partie spéciale), 1954

SAINT-ALARY-HOUIN (C.)

- *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 6° éd., 2009

SILEM (A.)

- *Lexique d'économie*, Dalloz, 12° éd., 2012

SIMLER (P.) & TERRE (F.)

- *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, 8° éd., 2010

SOINNE (B.)

- *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, Litec, 2° éd., 1995

SZRAMKIEWICZ (R.)

- *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1989

TAFFOREAU (P.)

- *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino Editeur, 2° éd., 2011

THÉRY (P.)

- *Sûreté et publicité foncière*, PUF, coll. Droit fondamental, 2° éd. 1998, n° 328

TORRE-SCHAUB (M.)

- *La place de l'analyse économique dans le droit américain du copyright , La propriété intellectuelle, une "propriété de marché" » in Droit et économie de la propriété intellectuelle*, sous la direction de M.-A FRISON ROCHE et A.ABELLO, LGDJ, 2005

VERON (P.)

- *Saisie-Contrefaçon*, Dalloz, 9° éd., 2013

VIDA (A.)

- *Les contrats de licence en droit socialiste*, Litec, 1978

VIVANT (M.)

- *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz 2003

VIVANT (M.) & BRUGUIÈRE (J. M.)

- *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2° éd. 2012

VOINOT (D.)

- *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2007

2. OUVRAGES JURIDIQUES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

AYNES (L.)

- *L'autonomie de la cession de contrat en droit privé français*, ss. La direction de Ph. MALAURIE, Thèse Paris II

BARNU (F.)

- *La vraie nature de l'innovation, Pourquoi remet elle en cause les fondements de l'entreprise*, éd. Lavoisier Tec et doc 2010

BINCTIN (N.)

- *Le capital intellectuel*, Thèse, Litec, Biblio. Dr. Ent.2007

BORGA (N.)

- *l'ordre public et les sûretés conventionnelles, contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, Dalloz, 2009

BRONZO (N.)

- *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'harmattan, 2007

BURST (J.-J.)

- *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Thèse, Litec, coll. CEIPI, 1970

CAGNOLI (P.)

- *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, Préf. de Th. Le BARS, LGDJ, 2002

DURAND (P.)

La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Etudes de droit privé, LGDJ 1960

CHVIKA (E.)

- *Droit privé et procédures collectives*, thèse Paris II ss. la direction de B.BEIGNIER, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, Préf. T. BONNEAU, 2003

CONTAMINE-RAYNAUD (M.)

- *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse dact., Paris II, 1974

FABIANI (D.)

- *La cession judiciaire des contrats*, Thèse, éd. CRAJEFE, Nice, préf. F. DERRIDA, 1988

FABRE-BLANCHET (J.)

- *L'immobilisation des créations immatérielles*, Thèse, Montpellier I, 1999

FORTIER (V.)

- *Le prix proportionnel*, Thèse, Montpellier, 1986

GANAY-VALETTE (F.)

- *Le droit commun de l'action en justice à l'épreuve du nouveau droit économique des entreprises en difficulté*, thèse dact., sous la direction de J. MESTRE, Aix en Provence, 2010

HENAFF (J.-L.)

- *La continuation des contrats dans la faillite*, Thèse, Metz, 1983

ILARDI (A.)

- *Propriété intellectuelle- Principes et dimension internationale*, L'Harmattan, 2005

JEANTIN (M.)

- *L'évolution de la cession d'entreprise*, Toulouse 2 avril 1992. Ann. Univ. Sc. Soc. 1992

JOUFFIN (E.)

- *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, Thèse Paris, 1997, LGDJ

KRAJESKI (D.)

- *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Defrénois, Doctorat et notariat, Coll. des thèses 2001

LAROCHE (M.)

- *Revendication et propriété, du droit des procédures collectives au droit des biens*,

LE STANC (C.)

- *L'acte de contrefaçon de brevet d'invention*, Litec, Préf. M. MOUSSERON, 1997

LESTRADE (O.)

- *L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevets*, Thèse, Montpellier, 1974

LISANTI-KALCZYNSKI (C.)

- *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Thèse Montpellier, Litec, 2001

-

MARCORIG-VENIER (F.)

- *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, Thèse, Toulouse, 1992

MARTHIAL (N.)

- *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, Thèse, Montpellier, PUAM, 2007

MATHELY (P.)

- *Le droit français des signes distinctifs*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1984

MAURY (C.)

- *Les contrats de concession et de franchisage dans le redressement et la liquidation judiciaires*, Thèse, Toulouse, sous la direction de M.-H. MONSERIE-BON, 2005

MELEDO-BRIAND (D.)

- *Nature du droit des entreprises en difficulté et système de droit*, thèse dactyl., Rennes 1992

MONSERIE (M.-H.)

- *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, Litec, 1994

MOREL (J.)

- *De la licence d'exploitation en matière de brevet d'exploitation*, Thèse, Lyon, 1926

NAJJAR (I.)

- *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse, Paris, LGDJ, Préface P. RAYNAUD. 1967

OLIVIER (E.)

- *La distinction de l'homme et de l'entreprise dans la loi du 13 juillet 1967*, Thèse, Paris, 1972

PÉROCHON (F.)

- *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Litec, 1988

PRIÉTO (C.)

- *La société contractante*, thèse, Aix-Marseille, 1994, PUAM

PUTMAN (E.)

- *La formation des créances*, Thèse, Aix, 1987

ROOSE-GRENIER (S.)

- *La réserve de propriété: un mécanisme pour l'immatériel*, Thèse (dactyl.), Montpellier, 2008

ROUSSEL-GALLE (P.)

- *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, Thèse, Dijon, sous la direction de A. MARTIN-SERF, 1997

SALVAGE-GEREST (P.) & SOUWEINE (C.)

- *Nantissement et saisie*, Juris-Cl. Brevet Fasc. n° 4770

STAES (O.)

- *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, Thèse, Toulouse, 1994

TARDIEU-GUIGUES (E.)

- *Le contrat de licence de marque*, Thèse, Montpellier, 1991

THIBERGE (M.)

- *La cession d'entreprise*, Thèse, Caen, 1986

VALLEUR (P.)

- *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1938

VICKEL (F.)

- *L'acte suspect ou la théorie générale des nullités à l'épreuve du droit des procédures collectives*, Thèse, Paris II, 1999

3. ÉTUDES ET MÉLANGES

ANDRÉ (M.-E.)

- « L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels », in *Mélanges Michel Cabrillac*, 1999, Litec, p. 23

AUBERT (F.)

- « Les finalités des procédures collectives », in *Perspectives du droit économique*, dialogues avec M. JEANTIN, Dalloz1999, p. 307 s. spéc. p. 308

N. BINCTIN

- « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *Droits de propriété intellectuelle- Liber amicorum* G. BONET, Litec 2010, coll. IRPI, t. 36, p. 52

BROUSSEAU (E.)

- « L'économiste, le juriste et le contrat in Le contrat au début du XXI^{ème} siècle », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 153

BRUNET (A.)

- « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Etudes dédiées à René ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 471

BURST (J.-J.)

- « Droits de propriété industrielle et franchise », in *Mélanges offerts à Albert*

CHAVANNE, Litec, 1990, p. 203

CAMPANA (M.-J.)

- « Variations sur la clause de réserve de propriété », in *Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 57

CATALA (P.)

- « Au-delà du droit d'auteur », in *Ecrits en hommage à Jean FOYER*, PUF 1997, p. 215

CROCQ (P.)

- « Dix ans après : L'évolution récente des propriétés garanties », in *Mélanges Michelle GAUBERT*, Economica, 2004, p. 347
- « La revente après l'ouverture d'une procédure collective de l'objet d'une réserve de propriété », *Mélanges AEBDF France*, T. III, Banque 2001, p. 109

DERRIDA (F.)

- « Intérêt collectif et intérêts individuels des créanciers dans les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires » in *Etudes offertes à Barthélémy MERCADAL*, LGDJ, 2002, p. 147

GALLOUX (J.C.)

- « Qu'est-ce que la propriété la propriété intellectuelle ? », in *Droit de la propriété intellectuelle- Liber amicorum*, G. BONET, Litec 2010, coll. IRPI, t. 36, p. 199

HOUIN (R.)

- « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber amicorum offert au Baron FREDERICQ*, 1965, p. 609

LEGEAIS (D.)

- « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Litec, 2006, p. 367

MARTIN-SERF (A.)

- « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », in *Mélanges en l'honneur d'Adrienne HONORAT*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 157

MERLE (R.)

- « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage (consolidation, mise au point ou fluctuation ?) » in *Mélanges VITU*, Cujas, 1987, p. 397.

MOUSSERON (J.-M.)

- « Valeur, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277

PÉROCHON (F.)

- « Le « bénéfice » sélectif de la procédure collective », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, 1998, p. 401

PAILLUSSEAU (J.)

- « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Etudes offertes à*

Roger HOUIN, Sirey, 1985, p. 109

ROUBIER (P.)

- « Unité de synthèse des droits de propriété industrielle », in *Mélanges Marcel PLAISANT*, Sirey, 1960, p. 161

VIVANT (M.)

- « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur de André FRANCON*, Dalloz, 1995, p. 415

ZENATI (F.)

- « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », in *L'évolution contemporaine du droit des biens* 3^e journée René Savatier, 1991, pp. 13 et s.

4. ARTICLES ET CHRONIQUES

ANCEL (P.)

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p.772

ARGENSON (J.) & TOUJAS (G.)

- « La réforme de la faillite. Le nouveau régime du règlement judiciaire et de la liquidation des biens », *JCP G*, 1968, II, 2179, spéc. n° 78

ARIGO (P.) & BLIN (D.)

- « L'accès aux codes sources », *Gaz. Pal.*, 23 juil. 2009, n° 204, P. 37

AZZI (T.)

- « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.*, 2007, 227, n° 23
- « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon ; présentation générale », *D.*, 2008, n° 11, p. 700

BADINTER (R.)

- « *Les ambitions du législateur* », *RTD Com.*, numéro spécial, 1986, numéro spécial, t. 1, p.6

BARON (F.)

- « La date de naissance des créances à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD com.*, 2001, p.1

BEHAR-TOUCHAIS (M.)

- « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive, *LPA*, 9 nov. 2004

BEZANT (M.) & BROWN (K.)

- « The valuation of copyright » *Copyright world*, May 1997, p.17

BIGOT (P.)

- « Quelle valeur pour les actifs immatériels tels que les logiciels ? », *Gaz. Pal.*, 19 juillet 2007, n° 200, p.15

BILLIAU (M.)

- « Cession de contrat ou délégation de contrat », in « Etude du régime juridique de la prétendue cession conventionnelle de contrat », *JCP*, 1994, I, 3758

BINCTIN (N.)

- « Le rôle des usages dans l'évaluation des biens intellectuels », *cah. de droit de l'entreprise* n°4, juillet 2008, 36
- « Les insuffisances du traitement comptable des biens intellectuels », *Dr. Sociétés*, 2011, p.599
- « Quel avenir pour le capital intellectuel », *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} déc. 2009, n° thématique, p.1180
- « Le nouveau règlement européen de défense des droits de la propriété intellectuelle par saisie douanière », *Prop. Ind.*, n°1, janvier 2014, étude n°2
- « Contrefaçon de brevet », *JCP pénal des aff.*, Fasc 10

BOCCARA (B.)

- « Régime locatif des franchisés, renouvellement des concepts sur le fonds de commerce : la fin d'une controverse », *AJDI*, 2002, p.502

BOURDON (W.)

- « Le droit pénal est-il un instrument efficace face à la criminalisation croissante de la contrefaçon ? », *D.*, 2008, p. 729

BREESE (P.) & KAISER (A.)

- « L'évaluation financière des actifs immatériels technologiques », *Prop. Intell.* n° 4, juil. 2002, p.16

BRETZNER (J.D.)

- La clause de réserve de propriété et les nullités de la période suspecte, *Rev. proc. coll.* 1991, p. 337

BRUGUIÈRE (J. M.) & DUMONT (F.)

- « La question prioritaire de constitutionalité dans le droit de la propriété intellectuelle », *CCE* 2010, Étude 10, n°11 et s.

BRUNETTI-PONS (C.)

- « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD Com.*, 2000, p.783

BURST (J.-J.)

- « La portée de la clause de non-garantie dans les contrats de cession de brevet d'invention en cas d'annulation du brevet », *D.* 1976, chron. 115

CABRILLAC (M.)

- « Le banquier peut-il être contraint de réaliser au profit d'une entreprise en règlement judiciaire la totalité d'une ouverture de crédit en compte-courant ? » : *JCP E* 1986, I, 15579

CALENDINI (J.-M.)

- « La détermination des contrats cédés en application de l'article 86 », *REJ com.*, N° spécial, Nov. 1992, p.110
- « Le redressement judiciaire et la continuation d'une ouverture de crédit » : *LPA*, 1987, n° 33, p.4

CAMPANA (M.-J.)

- « Les effets de la poursuite des contrats en cours », in « Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire », *Rev. jurisp. Com.*, N° spécial Nov. 1992, p 55-57, sp. N°6

CARON (Ch.)

- « Droit de la propriété intellectuelle », chron. *JCP G*, n°30, Juil. 2007
- « Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur », *Prop. intell.*, avr. 2003, n° 7, p. 127 et p. 135
- « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I 162 p. 1623
- « Contribution à l'étude du droit d'auteur économique : les cessions de droit peuvent être implicites ! », *CCE.*, janvier 2003, p. 23

CHAMPAUD (C.)

- « Contribution à la définition du droit économique », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1967, p.1001

CHAPUT (Y.)

- « La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises » : *JCP E*, 1994, I, 381

CHARLERY (E.)

- « L'efficacité de la réserve de propriété en cas de redressement judiciaire de l'acquéreur », *JCP G*, 1997, I, 4013

CHARLES (H.) & DERRIDA (F.)

- « Les contrats administratifs dans les procédures collectives », *D.*, 1977, chron. II

COUTURIER (G.)

- « Le plan de cession, instrument de restructuration », *Bull. Joly*, 2008, 142

CROCQ (P.)

- « Sûretés et procédures collectives : ce qu'il faudra retenir de l'année 2004 », *RLDC*, supp. N° 13, 2005, 554 spé., p.21
- « Réserve de propriété panorama 2004 », *RTD civ.*, 2004, p. 757
- « La réserve de propriété », *JCP*, n° spécial, 18 mai 2006, n°6

CROZE (H.)

- « Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels », *JCP E*, 1996, n° 546, spéc. N°8

CRUVELIER (E.)

- « Comptabilité », *Rép. com.*, Jan. 2010, n° 173

DABIN (J.)

- « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1939, p. 413

D'AVOUT (L.)

- « De l'utilité résiduelle du droit commun en matière de transfert d'actions et autres titres financiers », *D.*, 2010, 123

DEBERDT (D.), LEMOINE (J.-S.) & PIERRE (P.)

- « Un marché émergent pour la propriété industrielle », *Journ. Sp. Sociétés*, juin 2008, n°55, p.25

DELAVAL (D.)

- « Le contrat de nantissement du droit d'exploitation des logiciels », *Gaz. Pal.*, 1994, 2, p.1176

DELEAU (J.)

- « Contrefaçon : consolidation de l'arsenal législatif », *D. actualité*, 13 mars 2014

DELEBECQUE (P.)

- « Le régime des contrats cédés en application de l'article 86 », *RJ com.*, N° spécial 1992, p.134
- « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *JCP éd. N.*, 1986,

DELMOTTE (P.)

- « L'accès au juge dans les procédures collectives », *LPA*, 28 nov. 2008

DERRIDA (F.)

- « La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire », *LPA*, 5 nov. 1993
- « La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives », *JCP ed. N.*, 1986, I, p.185
- « A propos de la réserve de propriété dans les ventes immobilières à crédit », *Defrénois*, 1989, 1089

DESURVIRE (D.)

- « Banqueroute et faillite, de l'Antiquité à la France contemporaine », *LPA*, 30 août 1991, p.12

FABIANI (D.) & HENRY (L.-C.)

- « L'article 93 de la loi du 25 janvier 1985 », *LPA*, sept. 2000, n° 188, p.22 et s.

FARGE (M.) & GOUT (O.)

- « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficultés sur le droit des sûretés », *RLDC*, mars 2009, p.25

FERNAY (R.)

- « Droit d'auteur, salaire et droit de grève », *RIDA*, oct. 1963, p.31

FRANCON (A.)

- « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.*, 1976, chron. P.55

FRISON-ROCHE (M.-A.)

- « Le caractère collectif des procédures collectives », *Rev. Jurisp. Com.* 1996, p. 299

FROEHLICH (P.)

- « L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde », *D.*, 2005, chron. 2879

FUSTEC (A.)

- « Valorisation de l'entreprise et limites des normes IFRS », *Analyse financière*, n° 25, déc. 2007

GALLOUX (J.-C.)

- « Mesures probatoires, provisoires et conservatoires », *D.*, 2008, p. 711
- « Premier bilan de l'application de la loi du 27 octobre 2007 dite de lutte contre la contrefaçon », *Prop. Intell.*, Oct. 2009, p. 342

GAUTIER (P.-Y.)

- « Fonction normative de la responsabilité », *D.*, 2008, p.727
- « Le cédant malgré lui : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles », *D. affaires*, n°6, 1995, p.123
- « L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil en contrefaçon », *Prop. Intell.*, avril 2002, n° 3, p.28

GINESTET (C.)

- « La qualification de sûretés », *Deffrénois*, 1999, art. 36927, p. 80

GRIMALDI (M.) & REYNIS (B.)

- « Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel », *Deffrénois*, 1987, art. 33947, p.587

GRUA (F.)

- « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p.70

GUYETANT (C.), PEROCHON (F.) & VITANI (V.)

- « La valorisation des actifs, entreprises en difficulté », *Petites affiches*, 22 avril 2010, n° 80, p.22

HAEHL (J.-P.)

- « La réforme mesurée du droit des sanctions », *LPA*, 8 juil. 1996, n°7

HASLER (T.)

- « Contrat de publicité –preuve selon le code de la propriété intellectuelle », *Rép. Com.*, oct. 2008

HOUTCIEFF (D.)

- « Chronique d'une jurisprudence réservée: la vente mobilière suspendant le transfert le transfert de propriété au paiement intégral du prix n'est pas un contrat en cours », *Revue des contrats*, 1 oct. 2004
- « Pleins feux sur l'ordonnance du 2 mars 2006 », *LPA*, 2006, 28 avril

IZORCHE (M.-L.)

- « Information et cession des contrats », *D.* 1996, chron. 347

JEANTIN (M.)

- *Redressement et liquidation judiciaires - Généralités*, *Juris. Cl. Procédures collectives*, fasc. 2150

JENSELME (G.)

- « Clause de réserve de propriété et logiciel », *LPA*, 14 sept. 1994, p.98

JOLIET (R.)

- « La licence de marque et le droit européen de la concurrence », RTD eur., 1984. 1

KENDÉRIAN (F.)

- Que reste-t-il du caractère automatique de la clause résolutoire ? Florilège de décisions, RTD com. 2009, p. 81
- « Le bail commercial dans les entreprises en difficulté », GP chron., 9 jan. 2010 p. 14, n° 9

LAMOURET (C.)

- « Le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété peut-il revendiquer sans avoir déclaré sa créance à la procédure collective de l'acheteur ? », *D. aff.*, 1996, p. 609

LANCRENON (T.)

- « Probatio probata, non probanda ou le rôle primordial de la preuve en droit d'auteur », LPA, 17 mai 2005, n° 97, p.10

LAVRIC (S.)

- « Droit des victimes et exécution des peines », D., 2008, p.1816

LE CORRE –BROLY (E.)

- « Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours », D., 2009, p.12

LE CORRE (P.-M.)

- « Droit réel, droit personnel et procédures collectives », LPA, 19 mai 1999, n° 99, p.4
- « Les difficultés pratiques de réalisation des actifs en liquidation judiciaire », Lamy dr. des affaires, suppl. mars 2005, p.61, n° 8
- « Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives », JCP E 2007, I, 1185
- « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », D. 2014, p. 733

LE NABASQUE (H.)

- « La cession de l'entreprise en redressement judiciaire », JCPE, 1990, éd. E, II, 15770, p. 325

Le TOURNEAU (P.)

- « Contrat ''Intuitu Personae'' », J-Cl. Contrats distribution, fasc. 200
- « Le franchisage », JCP éd. CI 1980. II, n° 13362

LEGUEVAQUES (C.)

- « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives ; flux et reflux », *Gaz. Pal.*, 27-29 jan. 2002, doct. P.18

LEMISTRE (B.) & J.L MERCIER(J.-L.)

- « Le nouveau régime de la continuation des contrats » : *LPA*, 14 sept. 1994, p.55

LIENHARD (A.)

- « Réforme du droit des entreprises en difficulté: Présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 » : *D.*, 2009
- « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D. actualité*, 17 mars 2014

LIENHARD (C.)

- « Le juge délégué aux victimes », *D.*, 2007, p.3120

LUCAS (F.-X.)

- « L'ouverture de la procédure collective », Colloque du CRAJEFE, Nice 27 mars 2004, *LPA*, 10 juin 2004, p.4, n° 16

LOISEAU (G.)

- *Biens meubles par détermination de la loi*, J. Cl. Civil, fasc. n°20
- *Lamy droit des sûretés, propriété intellectuelle*, Etude n° 242

MALAURIE (P.)

- « La cession de contrat », *Deffrénois*, 1976, p.1009

MALAUURIE-VIGNAL (M.)

- « Intuitu personae et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution, à propos des entraves à la liberté de choix du cocontractant dans les contrats carte de distribution » *JCP E*, 1998, p.260

MARCORIG-VENIER (F.) & SAINT ALARY HOUIN (C.)

- *Redressement et liquidation judiciaires-situation des créanciers-interdiction des inscriptions*, *Juris- Cl. Commercial*, fasc. n°6
- « La rupture des contrats », *LPA*, 2000, n° 178, p. 2

MARIANI-RIELA (M.-C.)

- « Le devenir des mesures de protection du patrimoine individuel en cas de procédures collectives », *Rev. Lamy dr. des aff.* juin 2010, p.57

MARRAUD des GROTTES (G.)

- *De l'efficacité d'une clause de réserve de propriété*, *Revue Lamy droit civil* 2004

MARTELLO (L.)

- « L'action civile dans les procédures collectives », *LPA*, 28 nov. 2008, n° 239, p.15

MARTIAL (N.)

- « La conjugaison du droit des sûretés réelles au temps des propriétés intellectuelles », *RLDI*, 2005, n°11

MARTIN (D.)

- « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », *JCP*, 1986, éd. N., I, p.183
- « Le redressement judiciaire et la relation de compte-courant : *RJ com.*, 1985, p.281

MARTIN (J.-P.)

- « Les cessions et licences de brevets d'invention sont elles opposables avant leur publication ? », *RDPI*, 1998, n° 87, p.15

MARTIN (R.)

- « Loi économique et règle de droit », *D.*, 1990, chron. 259

MARTIN – SERF (A.)

- « Le contrat en cours avant l'option de l'administrateur », in « Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire », *Rev. Jurisprudence commerciale*, 1992, n° spéc., p.8
- « L'évolution législative et les conflits », *Gaz. Pal.*, 26 juin 2008, n° 178, p.9

MERMILLOD (L.)

- « La licence des marques », *RTD com.*, 1955, 519

MESTRE (J.)

- « Le gage des choses futures », *D.*, 1982, chr., p.144, n° 14

MESTRE (J.) & MESTRE (J.-L.)

- « De l'ancien sur la clause de réserve de propriété : éléments de réflexion tirés de la jurisprudence d'ancien régime », *RJ. Com.*, 1982, 205

MONSERIE-BON (M.-H.)

- « Les ventes dans le plan de cession », *RLDA*, supp. Mai 2003, p.10
- « Le dessaisissement et l'avènement des droits propres, in « La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! » Entre bilan et réforme », *RLDA*, mars 2005, suppl., p. 53, spéc. p. 25

MONTERAN (T.)

- « L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats », *Gaz. Pal.*, 30 sept. 2003, n° 273, p.2

MONTREDON (J.-M.)

- « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », *JCP*, 1988, II, 15156

MULLER (M.)

- « Brevets et marques actifs stratégiques », *Laboratoire redéploiement Industriel et Innovation*, n° 54, mai 2002

NELSON (P.)

- « Information and consumer Behaviour », *Journal of political Economy*, vol. 78, 1970

PASSA (J.)

- « Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle : Plaidoyer pour une clarification », *Rev. Prop. Intell.*, Jan. 2004, p.10, n° 22

PIERRE (J. L.)

- Inventions brevetées, inventions non brevetées et logiciels : TVA, enregistrements, ISF, taxe professionnelle, *Jurisqueur Brevets*, fas. 4970, 2009

PAILLUSSEAU (J.)

- « Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques) », *RTD Com.*, 198, p.9
- « *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit* », *D.*, 1997, chron., p.97

PELETIER (S.)

- « Les industries culturelles : une exception économique ? », in « culture, Etat et marché, cahiers français », *La documentation française*, n° 312, jan-fév. 2003

PERNAUD (P.)

- « Le sort du contrat de franchise au jour du prononcé du jugement d'ouverture du redressement judiciaire du franchiseur ou du franchisé », *JCP E*, 1985, n°6, p. 9 et s., spéc. P.11

PÉROCHON (F.)

- « La revendication du prix de revente », *D. aff.* 1996, p. 1402
- « La revendication favorisée (loi n° 94-475 du 10 juin 1994) », *D.*, 1994, pp. 251-254.
- « Revendications, Les dernières évolutions jurisprudentielles et leur

- philosophie », *Rev. proc. coll.*, 2002, p.122
- « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *Gaz. Pal.*, 7 sept. 2005, p.57, n° 33
- « La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009? », *Cah. dr. entr.* 2009, fasc. 4

PETEL (P.)

- *Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005. -Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, J. Cl. Comm., fasc. 2151
- « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JCP E*, 2005, 109, n°10
- « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II commentaire de l'ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP E*, 2009, I, p.110
- « Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté », *LPA*, 18 mai 1992, n° 60, p.24
- « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP E*, n° 23, juin 2013
-

PIEDELIEVRE (S.)

- « Premier aperçu de l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Deffrénois*, 2006, art. 38 393

POLLAUD-DULIAN (F.)

- « A propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.*, 2001, p.491
- « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP*, 1998, I, 138, p.969

RABAGNY (A.)

- « Le transfert et la preuve de la propriété : aperçu historique », *LPA*, 2002, n° 233, p.4

REYNARD (J.)

- « Droit des brevets et du savoir-faire industriel », *D.* 2011, p. 329

ROSSIGNOL (J.-L.)

- « La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels », *LPA*, 16 juillet 2001, n° 140, pp. 4-14

ROUBIER (P.)

- « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD com.*, 1935, p.288

ROUSSEL-GALLE (P.)

- « Actualité jurisprudentielle », *Rev. Proc. Coll.* n°4, oct. 2008, n° 22
- « Contrats en cours », *Rev. Proc. Coll.*, Sept. 2005, dossier n°3
- « Les «nouveaux» régimes des contrats en cours et du bail », *Rev. Proc. Coll.*, n° 1 jan. 2009 dossier n°7
- « Notion de contrat en cours », *Rev. Proc. Coll.*, Sept. 2004, dossier n° 1

SAINT ALARY HOUIN (C.)

- « Du document d'orientation préparatoire à la réflexion sur un avant projet de loi », *Lamy droit commercial*, mai 1999, n° 111, p.1
- « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », *Dr. et patr.*, n° 133, janvier 2005
- « Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise », *Rev. Proc. Coll.* 1991, p.130
- « Rapport de synthèse du colloque portant sur les sûretés et les procédures collectives : morceaux choisis », *LPA*, 20 septembre 2000, pp. 40-47, n°188.

SAINTOURENS (B.)

- « Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.*, 2009, dossier 4, n° 5

SAVATIER (R.)

- « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.*1958.331

SCHMIDT (D.)

- « Le financement de l'entreprise pendant la période d'observation », *RJ com.*, 1987, n° spécial, p.21

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.)

- « La distinction de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence », *RTD com.*, 1994, 455

SIMLER (P.)

- « La réforme du droit des sûretés », *JCP éd. G*, 2006, n° 13, 29 mars 2006, I, 124

SOINNE (B.)

- « La continuation du compte-courant après jugement d'ouverture », *Gaz. Pal.*, 1988, I, doct. P. 128

SORTAIS (J.-P.)

- « Les attraits de la liquidation cession », *LPA*, 14 juin 2007, p.31

SOUSI-ROUBI (B.)

- « La situation du banquier ayant consenti un découvert avant l'ouverture d'un redressement judiciaire », *Gaz. Pal.*, 1986, 2, doct. P. 515
- « Pour l'application de l'article 37 », *Gaz. Pal.*, 1988, 1 doct. P.101

SOUWEINE (C.)

- « Action civile et procédures collectives après la loi du 26 juillet 2005 », *D.* 2006, p. 501

STENGER (J.-P.)

- « Le gage des droits de propriété intellectuelle », *RDPI*, 1995, n°61, p. 17

TEBOUL (G.)

- « Le sort des contrats pendant les procédures collectives: quels choix opérer? », *Gaz.Pal.*, 2004

TOUBOL (F.)

- « Logiciel et faillite », *JCP E*, 1987, II, 15032, n°14

TOURNIER (J.-L.)

- « Le prix du droit d'auteur », *RIDA*, avr. 1983

VALLANSAN (J.)

- *Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Continuation des contrats en cours*, *Juris-Cl. Procédures collectives*, fasc. 2335

VALLENS (J.-L.)

- « L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours », *RTD com.*, 1991, p.529
- « Les « effets pervers » de la loi de sauvegarde des entreprises », *RTD Com.*, 2007, n° 604

- « Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés au droit des procédures collectives », *R.L.D.A.*, juil. 2006, p. 75 et s.
- « Les « effets pervers » de la loi de sauvegarde des entreprises », *RTD Com.* 2007 n° 604

VASSEUR (M.)

- « Maintien des ouvertures de crédit bancaire en dépit du jugement de redressement judiciaire ? », *Banque*, 1986, p.630

VAUVILLE (F.)

- « Brèves observations sur le passif de l'auto-entrepreneur », *Rev. proc. Coll.*, 2010

VICKERY (G.)

- « Identifier et mesurer l'immatériel pour mieux le gérer », *RF gestion*, 2000, n° 130, 101 et s.

VIVANT (M.)

- « L'informatique dans la théorie générale du contrat », *D.*, 1994, p.17
- « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP* 2000, I, 191

ZENATI (F.)

- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Com* 1993, p.305

ZUIN (M.)

- « La transmission judiciaire des contrats dans les procédures collectives : premières décisions de justice », *Gaz. Pal*, 12-14 mars 1989, p.2

5. JURISPRUDENCE

ALLAEYS (P.)

- Obs. sous **Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006**, *D.*, 2007, AJ 316

ALLEAUME (C.)

- Note sous **Cass. com. 19 nov. 2003**, *Act. proc. coll.*, n° 2, 2004, p.9

ARGENSON (A.) & CABRILLAC (M.)

- Obs. sous **Cass. com. 18 nov. 1980**, *JCP éd. Cl.*, 198. 9780, n° 18

ARIGO (P.) & BLIN (D.)

- Note sous **Civ. 2° 8 jan. 2009**, *Gaz. Pal.*, 23 juillet 2009, n° 204, p.37

AUQUE (F.) & BOCCARA (B.)

- Note sous **Cass. 3° civ. 27 mars 2002**, *JCP*, 2002, II, 10112

AZEMA (J.)

- Obs. sous **TGI Paris, 7 mars 1974**, *RTD com.* 1974, p.268
- Note sous **Cass. com. 22 fév. 2000**, *RTD Com.*, 2000, p.361

BECOURT (D.)

- Obs. sous **Versailles, 4 avril 1996**, *JCP G*, 1996 II, 22741

BECQUE (E.)

- Note sous **T. civ. Seine, 23 févr. 1957**, *JCP G*, 1957, II, n° 9921

BIHR (P.)

- Note sous **CA Versailles, 17 mars 1989**, *RTD com.*, 1990, 478, n° 1

BINCTIN (N.)

- Note sous **Civ. 1^{re}, 22 mars 2012**, n° 11-10.132, *Rev. sociétés*, 2012, p. 496

BLATTER (J.-P.)

- Obs. sous **Cass. 3° civ. 27 mars 2002**, *AJDI*, 2002, p.376

BOULOC (B.)

- Note sous **Cass. crim. 25 nov. 1975**, *Rev. Sociétés*, 1976, p.655
- Note sous **Cass. crim. 11 oct. 1993**, *Rev. Sociétés*, 1994, p.303
- Obs. sous **Cass. com. 19 nov. 2003**, *RTD com.*, 2004, 363, n°7

BRAULT (J.-P.)

- Note sous **Cass. com. 2 fév. 1993**, *Gaz. Pal.*, 1993, II, n° 570

BRAULT (P.-H.) & PEREIRA-OSOU (P.)

- Obs. sous **Cass. 3^e civ. 27 mars 2002**, *Loyers et copr.*, 2002, n° 148

BRUGUIERE (J.-M.), MALLET-POUJOL (N.) & M. VIVANT (M.)

- Obs. sous **CA Nancy, 19 sept. 2000**, *JCP E*, 2001, n° 9, p.845

BUHAGIAR (T.)

- Note sous **Paris civ. 7 mars 1974**, *Gaz. Pal.*, 1974, 1.390

BURST (J.-J.)

- Note sous **CA Versailles, 9 déc. 1987**, *Cah. dr. entr.*, 1988/2, p.40

CABRILLAC (M.)

- Note sous **CA Limoges, 13 août 1986**, *JCP E*, 1986, II, 20693
- Obs. sous **Versailles 23 juin 1988**, *JCP E*, 1989, II, 15591
- Obs. sous **Douai, 8 mars 1990**, *JCP E*, 1990, II, 15829, n° 9
- Obs. sous **Cass. com. 19 juil. 1994**, *JCP E*, 1995, I, 513, n° 17
- Obs. sous **Cass. com. 21 nov. 1995**, *JCP E*, 1996, I, 554
- Obs. sous **Cass. com. 9 jan. 1996**, *JCP G*, 1996, I, 3935, n° 19
- Obs. sous **Cass. com. 22 oct. 1996**, *JCP G*, 1996, II, 20693
- Obs. sous **Cass. com. 22 avril 1997**, *JCP E*, 1998, I, 681, n° 16
- Obs. sous **Cass. civ. 3^e, 24 juin 1998**, *Bull. civ.*, VI, n° 137
- Obs. sous **Cass. Com. 8 déc. 1998**, *JCP E*, 1998
- Obs. sous **Cass. com. 21 jan. 2003**, *JCP E*, 2003, chron. 760, p. 855, n° 15
- Obs. sous **Cass. com. 19 nov. 2003**, *JCP E*, 2004, 783, n° 11
- Note sous **Cass. crim 23 jan. 2008**, *JCP E*, 2008, n° 36, 2062, n° 15
- Obs. sous **Cass. com., 2 mars 2010** *JCP E* 2010, 1742, n°11

CABRILLAC (M.) & PETEL (P.)

- Obs. sous **Cass. com. 13 oct. 1998**, *JCP éd. G.*, 1999, I, 103, n° 18
- Obs. sous **Cass. com. 7 mars 2006**, *JCP E*, 2006, I, 185, n° 11

CABRILLAC (M.) & VIVANT (M.)

- Note sous **CA Amiens, 10 juillet 1986**, *JCP E*, 1987

CADIOU (M.)

- Comm. sous **Cass. com. 2 fév. 1999**, *Act. Proc. Coll.*, 1999, 66

CALENDINI (J.-M.) & CAMPANA (M.-J.)

- Obs. sous **Cass. com., 2 mars 1993**, *RD bancaire et bourse*, 1994, p.133
- Obs. sous **Cass. com. 14 déc. 1993**, *RD bancaire et bourse*, 1994, p.133

CAMPANA (M.-J.)

- Obs. sous **Cass. com. 21 juil. 1987**, *Rev. proc. Coll.*, 1987/4, p.37

CANET (P.)

- Obs. sous **Cass. com. 19 juil. 1994**, *Rev. Proc. Coll.*, 1996, p.344

CASTETS-RENARD (C.)

- Obs. sous **Conseil constitutionnel 27 juillet 2006**, décision n°2006-540, JO du 3 août 2006, p ; 11541, considérant n° 15, *D.*, 2006, p. 2157

CERF-HOLLENDER (A.)

- Obs. sous **Cass. com. 11 juin 2008**, *Act. Proc. coll.*, 2008-16, comm. 257

CHAPUT (Y.)

- Note sous **Cass. com. 26 juin 1990**, *RTD com.*, 1991, p.659
- Obs. sous **Cass. com., 27 nov. 1991**, *Dr. Sociétés*, 1992, n° 180
- Obs. sous **Cass. com. 1 juil. 1997**, *Dr. Sociétés*, 1997
- Obs. sous **Cass. com. 17 juil. 1997**, *Dr. Sociétés*, 1997, comm. 161

CHARTIER (Y.)

- Note sous **Cass. ch. mixte, 29 avril 1977**, *JCP G*, 1978, II, 18883

CHAVANNE (A.)

- Obs. sous **Paris, 8 avril 1964**, *RTD com.*, 1965, p.396

CLARO (C.)

- Note sous **Cass. req. 29 janv. 1907**, *DP*, 1912, 1, 396

CLAVIER (J.-P)

- Note sous **Cass. com. 9 mars 2010**, *L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle*, 10 juin 2010, 09-10571

COLOMBET (C.)

- Obs. sous **Cass civ. 1^e, 1^{er} mars 1988**, *bull. civ.*, 1998, I, n° 60 somm. 50
- Obs. sous **CA Paris, 20 déc. 1989**, *D.*, 1994, somm. P.189
- Obs. sous **CA Paris, 11 juin 1997**, *D.*, 1998, somm. 1993

CROCQ (P.)

- Obs. sous **Cass. com. 9 jan. 1996**, *RTD civ.*, 1996, p. 436
- Obs. sous **Cass. com. 2 mars 1999** *RTD civ.*, 1999, p. 442
- Obs. sous **Cass. com. 23 janv. 2001** *RTD civ.*, 2001
- Obs. sous **Cass. com. 29 mai 2001**, *RTD civ.*, 2001, p.442

CROZE (H.)

- Obs. sous **Cass com. 31 mars 1998**, *Procedures*, 1998, comm. 144

DE BELOT (P.)

- Note sous **TGI Paris 18^e ch. 1^{er} sect. 24 novembre 1992**, *Gaz. Pal.*, 1994, 1, p.203
- Note sous **TGI Evry 8^e ch. 9 décembre 1993**, *Gaz. Pal.*, 1994, 1 p.207

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)

- Obs. sous **Cass. com. 8 déc. 1987**, *RD bancaire et bourse*, 1988, III, p.495

DELEBECQUE(Ph.)

- Obs. sous **Cass. com.**, 26 sept. 2006, *JCP* 2006, I. 195,

DELEBECQUE (P.) & SIMPLET (P.)

- Obs. sous **Cass. com. 9 jan. 1996**, *JCP G*, 1996, I, 3942, n° 4

DELPECH (X.)

- Obs. sous **Cass. com. 11 juil. 2006**, *D.*, 2006, AJ 2788

DERRIDA (F.)

- Obs. sous **Aix-en-Provence, 15 avril 1977**, *D.*, 1977
- Note sous **Cass. com. 3 févr. 1981**, *D.*, 1981.377
- Obs. sous **Cass. com. 23 juin 1981**, *D.*, 1982, IR 2
- Note sous **CA Limoges, 13 août 1986**, *D.*, 1987, 44
- Note sous **Cass. com. 8 déc. 1987**, *D.*, 1988, jur., p.52
- Note sous **Cass. com. 3 avril 1990**, *D.*, 1991, p.1
- Note sous **Cass. com. 22 mai 1990**, *D.*, 1990, 415
- Note sous **Cass. com. 12 juin 1990**, *D.*, 1990.450
- Obs. sous **Cass. soc. 7 nov. 1990**, *D.*, 1990, Somm. Comm. p. 254
- Note sous **Cass. com. 27 nov. 1991**, *D.*, 1992, p.81
- Note sous **Cass. com. 17 nov. 1992**, *D.*, 1993, p.96
- Note sous **Cass. com. 2 mars 1993**, *LPA*, 5 nov. 1993
- Obs. sous **Cass. com. 9 jan. 1996**, *D.*, 1996, jur., p.184
- Obs. sous **Cass. com. 22 oct. 1996**, *D.*, 1997, somm. 3
- Obs. sous **Cass. com. 22 avril 1997**, *D.*, 1998, somm. 11 et 100
- Obs. sous **Cass. com. 16 juin 1998**, *D.*, 1999, somm. 1
- Note sous **Cass. com. 30 juin 2004**, *D.*, 2004, p. 2429

DERRIDA (F.) & SORTAIS (J.-P)

- Note sous **Cass. com. 31 mars 1978**, *D.*, 1978, p.646

DESBOIS (H.)

- Obs. sous **TGI Seine, 20 oct. 1962**, *RTD Com.*, 1963, 323

DÉVÉSA (P.)

- Note sous **Cass. com. 2 mars 1993**, *D.*, 1993, jurispr. p. 573

DEVEZA (J.) & MASCALA (C.)

- Obs. sous **Cass. crim. 11 oct. 1993**, *Rev. Proc. Coll.*, 1994, p.282

DUPICHOT (P.)

- Obs. sous **Cass. com. 23 oct. 2012**, *Dr. et patr.*, fév. 2013, p. 2

DUREUIL (B.)

- Obs. sous **Cass. com. 12 juin 1991**, *Rev. Proc. Coll.*, 1992, 107

EDELMAN (B.)

- Note sous **Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1993**, *D.*, 1994, n° 8, p.90

FABIANI (D.)

- Note sous **CA Colmar, 13 juin 1990**, *D.*, 1991, p.97

FAGES (B.) & MESTRE (J.)

- Obs. sous **Cass. civ. 1^{re}, 16 oct. 2001**, *RTD civ.*, 2002.97

FORGERON (J.-F.)

- Note sous **CA Lyon, 28 novembre 1991**, *Gaz. Pal.*, 1992, 1, p.275

FRANCON (A.)

- Obs. sous **Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993**, *RTD com.*, 1994, n° 160, p.210
- Obs. sous **Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1999**, *RTD com.*, 2000, p.364

FREMOND (P.)

- Note sous **CA Paris, ch. Corr. 23 nov.1982**, *Gaz. Pal.*, 1984

GABADOU (H.)

- Obs. sous **CA Paris, 15 sept. 1995**, *Gaz. Pal.*, 1996, 2 somm. 329

GALLET (C.-H.)

- Note sous **Cass. com. 12 juillet 1994**, *JCP E*, 1995, II, 640

GAUTIER (P.-Y.)

- Note sous **Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993**, *D.*, 1994, 166
- Note sous **CA Paris, 4e ch., 1er mars 1996**, *RIDA*, 4/1996, p.261

GRELLIERE (V.)

- Note sous **Cass. com. 22 avril 1997**, *JCP E*, 1997, II, 1013

HEMARD (J.)

- Obs. sous **T. civ. Seine, 23 févr. 1957**, *RTD com.*, 1957, p.995

HENRY (L.-C.)

- Note sous **Cass. com. 22 mai 2007**, *Gaz. Proc. Coll.*, 2007/4, p.40

HERON (J.)

- Obs. sous **Cass. com. 12 juillet 1994**, *Justices*, 1995, p.241

HONORAT (A.)

- Note sous **Cass. crim. 25 nov. 1975**, *D.*, 1976, p.225
- Note sous **Cass. Ch. Mixte, 29 avr. 1977**, *D.*, 1977, p.449
- Obs. sous **Cass. 3e civ., 21 avr. 1982**, *D.*, 1982, p.514
- Obs. sous **Cass. com. 3 juin 1986**, *D.*, 1986, inf. rap., p.417
- Obs. sous **CA Paris 14 oct. 1987**, *D.*, 1988, somm., p.146
- Obs. sous **Cass. com. 22 juin 1993**, *D.*, 1993 somm., p.366
- Obs. sous **Cass. com. 5 oct. 1993**, *D.*, 1994, somm., p.81
- Obs. sous **Cass. com. 12 juil. 1994**, *D.*, 1995, somm., p.28
- Obs. sous **Cass. com. 25 mars 1997**, *D.*, 1997, somm., p.311
- Obs. Sous **Cass. com. 13 oct. 1998**, *D.*, 1999, p.294

HOUIN (R.)

- Note sous **Cass. com. 17 janvier 1956**, *D.*, 1956, p. 265
- Obs. sous **Cass. com. 21 mai 1968**, *RTD Com.*, 1968, 129

JAMIN (C.)

- Obs. sous **CA Paris, 15 déc. 1992**, *JCP G*, 1994, II, 22205

JEANTIN (M.)

- Note sous **Cass. com. 8 déc. 1987**, *JCP G*, 1988, II, 20927

JOBARD-BACHELIER (M.-N.)

- Note sous **Cass. com. 28 jan. 1997**, *D.*, 1998, 140

KENFACK (H.)

- Obs. sous **Cass. 3^e civ. 27 mars 2002**, *D.*, 2002, 2400

KEREVER (A.)

- Obs. sous **CA Paris, 12 fév. 2003**, *Rev. Internationale du droit d'auteur*, juillet 2003, p.307

LE CANNU (P.)

- Note sous **Cass. com. 22 oct. 1996**, *Bull. Joly*, 1996, n° 7, p.467
- Obs. sous **Cass. com. 25 mars 1997**, *Defrénois*, 1998, 36745, p.248
- Note sous **Cass. com. 12 juil. 2005**, *Bull. Joly*, 2006, p.36

LE CORRE (P.-M.)

- Note sous **Cass. com. 9 avril 1991**, *JCP E*, 1992, I, 300

LE GALL (E.)

- Obs. sous **Cass. Ch. Mixte, 29 avr. 1977**, *D.*, 1977, p.624

LEBEL (C.)

- Obs. sous **Cass. com. 4 juil. 2000**, *Rev. Proc. Coll.*, 2002, comm. N° 91
- Obs. sous **Cass. com. 28 mai 2002**, *Rev. Proc. Coll.*, 2003, comm. N°15
- Obs. sous **Cass. com. 3 fév. 2009**, *Rev. Proc. Coll.*, 2009, comm. N° 47
- Obs. sous **Cons. Const. 11 fév. 2011**, déc° n° 2010-101, *Gaz. Pal.* 1^{er} et 2 avr. 2011, n° 91 et 92, p. 11

LECUYER (H.)

- Note sous **Cass. com. 19 nov. 2003**, *LPA*, n° 36, 19 févr. 2004, p.9

LEGEAIS (D.)

- Obs. sous **Cass. com. 23 janvier 2001**, *RD Banc. et Fin.*, 2001, 161
- Note sous **Ch. mixte, 22 nov. 2002**, *JCP E*, 2003, 398
- Obs. sous **Cass. com. 19 nov. 2003**, *RD Banc. Et Fin.*, 2004/2, n° 70, p.99

LEGRAND (F.)

- Note sous **Cass. crim. 23 jan. 2008**, *Rev. Proc. Coll.*, 2008/3, n° 136, p.58

LEMISTRE (B.)

- Obs. sous **Cass. com. 28 jan. 1997**, *Rev. proc. Coll.*, 1998, 203, n° 1

LEVENEUR (L.)

- Note sous **Cass. com.**, **11 juill. 2006**, CCE 2006, n° 248

LIÉNHARD (A.)

- Obs. sous **Cass. com.**, **28 avril 1997**, *D.*, 1997, AJ, p.33
- Obs. sous **Cass. com. 13 oct. 1998**, *D. Affaires*, 1998, 816
- Obs. sous **Cass. com. 23 janvier 2001**, *D.*, 2001, act. Jurispr. 702
- Obs. sous **Cass. com. 27 nov. 2001**, *D.*, 2002, AJ, p.401
- Obs. sous **Cass. com. 28 mai 2002**, *D.*, 2002, AJ, p.2125
- Obs. sous **Cass. com. 15 oct. 2002**, *D.*, 2002 AJ, p.2942
- Obs. sous **Cass. com. 21 jan. 2003**, *D.*, 2003, AJ, p.421
- Obs. sous **Cass. com. 18 mars 2003**, *D.*, 2003, p.972
- Obs. sous **Cass. com. 19 nov. 2003**, *D.*, 2003, AJ, p.3049
- Obs. sous **Cass. com. 11 fév. 2004**, *D.*, 2004, AJ, p.565
- Obs. sous **Cass. com. 5 mai 2004**, *D.*, 2004.1525 et s.
- Obs. sous **Cass. com. 19 mai 2004**, *D.*, 2004, p.1668
- Obs. sous **Cass. com. 7 mars 2006**, *D.*, 2006, AJ, p.859
- Obs. sous **Cass. com. 7 nov. 2006**, *D.*, 2006, p.2846
- Obs. sous **Cass. com. 18 sept. 2007**, *D.*, 2007, n° 06-13824, 2393
- Obs. sous **Cass. com. 30 sept. 2008**, *D.*, 2008, AJ, p. 2501
- Note sous **Cass. com.**, **2 mars 2010** *D.* 2010, n° 649
- Obs. sous **Cass. com. 19 oct. 2010**, *D.*, 2010
- Note sous **Cass. com. 1^{er} fév. 2011**, *D.*, 2011, n° 10-11577
- Obs. sous **Cass. QPC, 15 mars 2011**, *D.*, 2011, Act. 815

LUCAS (A.)

- Obs. sous **Cass. 1^{re} civ.**, **5 juil. 2006**, *Propriété Intellectuelle*, 2006, PI, 2006.451

LUCAS (A.) & LUCAS (F.-X.)

- Note sous **Cass. com. 19 nov. 2003**, *D.*, 2004.801

LUCAS (F.-X.)

- Obs. sous **Cass. com. 26 nov. 2002**, *RD bancaire et fin.*, 2003, n°77
- Obs. sous **Cass. com. 5 mai 2004**, *D.*, 2004, Somm. 2144
- Obs. sous **Cass. com. 30 mars 2005**, *D.*, 2005, comm. P. 2015
- Obs. sous **Cass. com. 7 mars 2006**, *D.*, 2006, pann. 2255
- Obs. sous **Cass. com. 4 avr. 2006**, *RD bancaire et fin.*, 2006, comm. 109
- Obs. sous **Cass. Com. 10 nov. 2009**, *L'essentiel Dr. des entr.*, 2010

MAINGY (D.)

- Obs. sous **Cass. com. 2 mars 1999**, *D.*, 2000, somm. 69

MARCORIG-VENIER (F.)

- Obs. sous **Cass. com. 28 mars 1995**, *Rev. Proc. Coll.*, 1996, p.70, n° 2
- Obs. sous **Cass. com. 9 mai 1995**, *D.*, 1997.55
- Obs. sous **T. com. Paris, 2 avril 1998**, *Rev. Proc. coll.*, 2000, p.15, n° 12
- Obs. sous **CA Paris, 24 avril 1998**, *Rev. Proc. Coll.*, 1999, p.118, n° 3
- Obs. sous **Cass. com.**, **23 jan. 2001**, RPC. 2001.247,
- Obs. sous **Cass. com. 21 jan. 2003**, *Rev. Proc. coll.*, 2004, p. 229, n° 1

MAROT (Y.)

- Note sous **Orléans, 14 septembre 2000**, *D.*, 2001, jur. P. 1017

MARTIN-SERF (A.)

- Note sous **Versailles, 23 juin 1988**, *RTD com.*, 1998, p.151
- Obs. sous **Cass. com. 27 nov. 1991**, *RTD Com.*, 1992, p.684
- Note sous **CA Paris, 15 déc. 1992**, *RJ com.*, avril 1993, p.151
- Obs. sous **Cass. com. 12 juillet 1994**, *RTD com.*, 1995, p.482
- Obs. sous **Cass. com. 28 mars 1995**, *RTD Com.*, 1996, p.338
- Obs. sous **Cass. com. 9 jan. 1996**, *RTD Com.*, 1997, p.331
- Obs. sous **Cass. com. 13 oct. 1998**, *RTD Com.*, 1999, p.979
- Obs. sous **Cass. com.**, **23 jan. 2001**, *RTD com.* 2002.540
- Obs. sous **Cass. com. 21 jan. 2003**, *RTD com.*, 2003, p.371, n° 7
- Obs. sous **Cass. com. 18 mars 2003**, *RTD. Com.*, 2004, p.152, n° 1
- Obs. sous **Cass. com. 19 nov. 2003**, *RTD com.* 2004. 599

MATHELY (P.)

- Note sous **Cass. com. 4 jan. 1985**, *Ann. Propr. Ind.*, 1985, p.237

MESTRE (J.)

- Obs. sous **Cass. com. 7 jan. 1992**, *RTD civ.*, 1992, p.762, n° 7

MONSERIÉ-BON (M.-H.)

- Obs. sous **CA Aix-en-Provence, 29 avr. 1998**, *Rev. proc. coll.*, 1999, p.156
- Obs. sous **Cass. com. 27 nov. 2001**, *Dr. et patrimoine*, avr. 2002, 99
- Obs. sous **Cass. com. 19 nov. 2003**, *Rev. proc. coll.*, 2004, 379
- Obs. sous **Cass. Com. 7 mars 2006**, *Act. Proc. Coll.*, 2006, n° 93

MOUSSERON (J.-M.) & SCHMIDT (J.)

- Obs. sous **CA Paris, 2 juill. 1981**, *D.*, 1984, inf. rap. P.212
- Obs. sous **Cass. com. 11 mars 1986**, *D.*, 1987, somm. 134

MOUIAL-BASSILANA (E.)

- Obs. sous **Cass. civ., 3^e, 6 oct. 2010**, *LEDEN* déc. 2010, p. 2,

PASSA (J.)

- Note sous **CA Versailles, 7 mars 2002**, *RJDA*, juil. 2002

PÉROCHON (F.)

- Obs. sous **Cass. com. 20 oct. 1992**, *D.*, 1993, somm. P.288
- Obs. sous **Cass. com. 21 nov. 1995**, *D.*, 1996, somm., p.214
- Obs. sous **Cass. com. 5 mai 2004**, *Act. Proc. Coll.*, 2004

PERROT (R.)

- Obs. sous **Cass com. 31 mars 1998**, *Procedures*, 1998, comm. 139

PETEL (P.)

- Obs. sous **Cass. com. 27 nov. 1991**, *JCP E*, 1992, I, 136
- Note sous **Cass. com. 3 mars 1992**, *JCP E*, 1992, I, p.192, n° 2
- Obs. sous **CA Paris, 15 déc. 1992**, *JCP E*, 1993, I, 275, n° 6
- Note sous **Cass. com. 12 juillet 1994**, *JCP E*, 1995, I, 417, n° 9
- Obs. sous **Cass. com. 11 oct. 1994**, *JCP G*, 1995, I, 3815, n° 15
- Note sous **Cass. com. 28 mai 1996**, *JCP E*, 1996, 584, n° 13
- Obs. sous **Cass. com. 16 juin 1998**, *JCP E*, 1998, 2064, n° 5
- Obs. sous **Cass. com. 19 mai 2004**, *JCP E*, 2004, p.1292

PINIOT (P.)

- Concl. Sous **Cass. com. 16 juin 1998**, *RJDA*, 1998, p.684

PLAISANT (R.)

- Note sous **CA Paris, 8 avr. 1964**, *JCP G*, 1964, II, 13876
- Note sous **Cass. com. 20 fév. 1973**, *JCP G*, 1976, II, 18219
- Note sous **Paris civ. 7 mars 1974**, *JCP*, 1976, II, 18219
- Note sous **Paris 9 juin 1977**, *JCP*, 1980, II, 19430
- Note sous **Cass. com. 23 avr. 1985**, *JCP*, 1986,
- Note sous **Cass. com. 6 juin 1985**, *JCP*, 1986

PLANIOL (M.)

- Note sous **CA Orléans, 13 juillet 1892**, *DP*, 1893, 1893.2.329

RAYNARD (J.)

- Note sous **Cass. com. 28 janv. 2003**, *Rev. Propr. Ind.*, mai 2003, n° 36, p.19
- Note sous **Cass. com. 7 fév. 2006**, *Rev. Prop. Ind.*, n° 5, mai 2006
- Note sous **Cass. com. 14 déc. 2010**, *Rev. Prop. Ind.*, 2011, comm. 22
- Note sous **Ass. Plén., 17 fév. 2012**, *JCP G* 2012, 444,

REGNAUD-MOUTIER (C.)

- Note sous **CA Caen, 16 sept. 1993**, *D.*, 1994.192
- Note sous **Cass. com. 21 nov. 1995**, *D.*, 1996, n° 554
- Obs. sous **CA Paris, 14^e ch. 27 mai 1998**, *Act. Proc. Coll.*, 1998, comm. 105
- Obs. sous **Cass. com. 18 mars 2003**, *Act. Proc. Coll.*, 8/2003, n° 96
- Obs. sous **Cass. com. 19 mai 2004**, *Act. Proc. Coll.*, 2004, n° 146
- Note sous **Cass. com. 30 mars 2005**, *Act. Proc. Coll.*, 2005/8, n° 98
- Obs. sous **Cass. com. 21 févr. 2006**, *Act. proc. coll.*, 2006, n° 58

ROSSI (P.)

- Note sous **Cass. com. 13 oct. 1998**, *JCPE*, 1998, 1060

ROUSSEL GALLE (P.)

- Obs. sous **Cass. com. 1^{er} févr. 2000**, *Rev. proc. coll.*, 2003, p.18
- Obs. sous **Cass. com. 15 oct. 2002**, *Rev. Proc. coll.*, 2003, p.20
- Obs. sous **Cass. com. 18 mars 2003**, *Rev. Proc. Coll.* 2003, p.234, n° 1

- Obs. sous **Besançon, 4 mars 2004**, *Rev. proc. coll.*, 2004, 65
- Obs. sous **Cass. com. 19 mai 2004**, *Rev. Proc. Coll.*, 2004, n° 227
- Obs. sous **Cass. com. 7 déc. 2004**, *Act. Proc. Coll.*, 2005, p.41, n° 2
- Obs. sous **Cass. com.**, **2 mars 2010**, *RPC* 2010-2 comm. 61, p. 53
- Obs. sous **Cass. QPC, 15 mars 2011**, *Rev. Sociétés*, 2011

SAINT-ALARY-HOUIN (C.)

- Obs. sous **Cass. com. 8 juin 1999**, *RTD Com.*, 1999.962
- Obs. sous **Cass. com. 21 jan. 2003**, *Rev. Proc. Coll.*, 2003, p. 145, n° 3

SALVAT (O.)

- Obs. sous **Cass. 2e civ. 20 oct. 2005**, *Bull. Civ.*, 2005, 255

SCHAFFNER(M.) VIRET (R.)

- Note sous CA Paris, pôle 1, ch.2, 18 nov. 2009, RG n°09/10280, prop. indus. 2010 comm. N° 57

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.)

- Note sous **CA Montpellier, ch. Corr., 4 nov, 2004**, *Rev. Prop. Ind.*, juillet 2004, 68

SIRINELLI (P.)

- Note sous **Cass. civ. 1^e, 29 mai 2001**, *Prop. Intell.*, Oct. 2001, n° 1, p.71

SOINNE (B.)

- Obs. sous **T. Com. Marseille, 7 sept. 1987**, *Rev. Proc. Coll.*, 1988, 73, n° 7
- Note sous **CA Poitiers, 20 avril 1988**, *Rev. Proc. Coll.*, 1989, p.528, n° 27
- Obs. sous **CA Versailles 13^{ème} ch. 23 juin 1988**, *Rev. Proc. Coll.*, 1998, p.190
- Obs. sous **Cass. com. 20 oct. 1992**, *Rev. proc. coll.*, 1993, p.573
- Obs. sous **CA Caen, 16 sept. 1993**, *Rev. proc. coll.*, 1993, p. 552
- Obs. sous **CA Versailles, 30 juin 1994**, *Rev. proc. coll.*, 1995, p. 191
- Obs. Sous **Cass. com. 22 oct. 1996**, *RPC*, 1997, p.320, n° 25
- Obs. sous **Cass. com. 22 avril 1997**, *RPC*, 1998. 396

STAES (O.)

- Obs. sous **Cass. com. 21 févr. 2006**, *Rev. proc. coll.*, 2006, p.273, n° 6

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

- Note sous **Cass. com., 11 juill. 2006**, CCE 2007, n° 82

THALLER (E.)

- Note sous **Cass. req. 17 juil. 1895**, *DP*, 1896, 1, p. 57

VALLANSAN (J.)

- Note sous **Cass. com. 25 mars 1997**, *Bull. Joly Sociétés*, 1997, p.589
- Obs. sous **Cass. com. 15 oct. 2002**, *Act. Proc. Coll.*, 2006-17, n° 212
- Obs. Sous **Cass. com. 4 avr. 2006**, *Act. proc. coll.*, 2006-9, n° 99

VALLENS (J. L.)

- Obs. sous **Cass. crim., 21 mars 2000**, n° 99-85.566, *RTDcom.* 2000. 729

VANDAMME (J.)

- Note sous **Cass. com. 28 mars 1934**, *DP*, 1934, 1, p. 151
- Note sous **Cass. Com. 22 oct. 1934**, *DP*, 1934, 1, p. 151

VASA (J.)

- Obs. sous **Cass. crim. 31 jan. 2006**, *RLDA*, 2006

VASSEUR (A.)

- Note sous **TGI Avesnes-sur-Helpe 2 fév. 1961**, *D.*, 1961, n° 188, p.276

VIDAL (D.)

- Note sous **Cass. com. 2 mars 1993**, *Rev. Huissiers*, 1993, 866

VIVANT (M.)

- Obs. sous **CJCE, 31 oct. 1974** aff. 16/74, « centrafarm et A. de peiper c/ Winthrop, GAPI, n° 1

VOINOT (D.)

- Note sous **Cass. com. 21 janvier 2003**, *Act. Proc. Coll.*, 2003/5, n° 55

6. RAPPORTS

CLÉMENT (J. M.)

- *Rapport au nom de la commission des lois, n° 1720: sur proposition de loi n° 2014-315 renforçant la lutte contre la contrefaçon*

DELEBARRE (M.)

- *Rapport au nom de la commission des lois, n° 382 du 19 février 2014 ; discussion et adoption le 26 février 2014*

DELEBARRE (M.)

- *Rapport, fait au nom de la commission des lois n° 133, sur Proposition de loi tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon, du 13 novembre 2013*

DE ROUX (X.)

- *Rapport Assemblée nationale n° 2095, sur le projet de loi n° 1596 de sauvegarde des entreprises, 11 février 2005*

GOSSELIN (P.)

- *Rapport Assemblée Nationale, n° 178, sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon, 26 septembre 2007*

GOUZES (G.)

- *Rapport Assemblée nationale, n° 1872 sur le projet de Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, 8 décembre 1983*

LAFFINEUR (M.)

- « L'Europe et la contrefaçon : halte au pillage ! » in *Rapport d'information Assemblée Nationale n°2363, juin 2005*

THYRAUD (J.)

- *Rapport Sénat, n° 332 sur le projet de Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, 23 mai 1984*

LIPPOLDT (D.) et all.

- *Actifs intellectuels et créations de valeur, rapport de synthèse 2008, organisation de coopération et de développement économique*

JOUYET (J.-P.) & LEVY (M.)

- « L'économie de l'immatériel - La croissance de demain », Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel, nov. 2006, La Documentation Française, 2007

7. ACTES DE COLLOQUE

BEHAR-TOUCHAIS (M.)

- « La date de, naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », Colloque de Paris V, 25 mars 2004, LPA 9 nov. 2004

CAMPANA (M.J.)

- « Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire », Colloque, Association droit et commerce, 13 et 14 juin, Deauville, n° sp. RJC, 1992

CORBEL (P.)

- *L'évaluation d'un droit de la propriété intellectuelle dans ses dimensions multi facettes*, présentation à l'occasion de la conférence « propriété intellectuelle : Les entretiens de Paris 2006 », 18 et 19 mai 2006

LAUDE (A.)

- La non-continuation des contrats dans les procédures collectives, in La cessation des relations contractuelles d'affaires, colloque Aix-en-Provence, 30 et 31 mai 1996, PUAM, 1997, p. 109

LEBRUN (J.-L.)

- « L'évaluation des droits incorporels », in colloque IRPI, La fiscalité de la propriété industrielle, Litec coll. Droit des affaires, 22 mars 1989

PÉROCHON (F.)

- « Le vendeur de meubles propriétaire », in « La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté », colloque Toulouse sur la situation des créanciers après 10 ans d'application de la loi du 25 janvier 1985, Montchrestien, 1998, p. 86

8. SITES

BENGHOZI (J.) & PARIS (T.)

- « Inciter, protéger, rémunérer... quels droits pour les auteurs ? », *Commissariat général du plan*, 1997, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics>

GHAFELE (R.)

- « Comptabiliser la propriété intellectuelle, Département de la propriété intellectuelle et du développement économique. », *OMPI*, <http://www.wipo.int/sme/fr/documents>

BASSALER (N.), JOLLY(C.), C. MILLIAT(M.)

- « Évaluation et valorisation financière de la propriété intellectuelle : nouveaux enjeux, nouveaux mécanismes », Centre d'analyse stratégique, note de veille, oct. 2008, n°111 www.strategie.gouv.fr/system/files/noteveille111.pdf

LALLEMENT (R.)

- « Évaluation et valorisation financière de la propriété intellectuelle : nouveaux enjeux, nouveaux mécanismes », Note de veille centre d'analyse stratégique, oct. 2008, sur <http://www.strategie.gouv.fr/Les-notes-d-analyses>

LIPPOLDT (D.)

- OCDE, « actifs intellectuels et création de valeur », rapport de synthèse 2008 www.ocde.org/dataocde/53/18/36701585.pdf

WOODWARD (C.)

- « Valuation of intellectual property, Building and enforcing intellectual property value », 2002, [http://www.wipo.int/freepublications/en/archive.jsp?cat=intellectual property](http://www.wipo.int/freepublications/en/archive.jsp?cat=intellectual%20property)

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe, et non aux numéros de page

A

acte de gestion courante, 49,50,51
actifs intellectuels, 138,298,306
action en contrefaçon 393 et s.
-au civil 394
-du débiteur 346 et s.
-au pénal 423
-interruption 412
-postérieur au jo 413
approche dynamique
-valeur en continuité, 301 et s.
architecte 201,213
assistance technique, 76,112, 125
astreinte 345

C

caducité
-du contrat : 113
-du titre : 116,120, 184, 185, 267
cession de contrats 238, 246, 251
- de franchise, 262 et s.
- de licence de brevet, 265 et s.
- intuitu personae, 250
-obstacle, 256 et s.
cession de l'entreprise, 209 et s.
cession des biens intellectuels, 211 et s.
-domaine : 212
-régime :215
cession droit d'auteur : 222 et s.
-exigence écrit, 235
classement des créanciers 492
-préférence en sauvegarde et redressement 493
-préférences en liquidation 495
clause de réserve de propriété 509
-objet 510
-opposabilité 516
-réalisation durant la pc 522
clause résolutoire, 141 et s.
comptabilité des biens intellectuels, 291
contrat de fourniture de biens et de services, 239
contrat d'édition et production audiovisuelle
-résiliation, 198
contrat édition 163
-publication 166
exception d'inexécution, 146 et s.
expiration du brevet, 119

-édition littéraire 168
-édition musicale 170
-paiement 172
-inexécution obligation 174
contrats à exécution instantanée, 93 et s.
contrats à exécution successive, 91 et s.
contrats d'édition et de production audiovisuelle, 163 et s.

D

Déclaration créance
logiciel, 95
-CRP 95
-engagement contractuel 115, 125, 134, 146
-défaillance de l'éditeur 236
-contrefaçon 430
-créancier nanti 461
débiteur
- actions personnelles, 58 et s.
droits personnels, 56
pouvoirs propres, 52 et s.
débiteur éligible, 28
-titulaire d'une marque 37
-personne physique 29
-inventeur 30
-salarié 34
-auteur 40
-architecte 43
-personne morale 45
-entreprise d'édition ou de production 46
-entreprise multimédia 47
délégation de recette 481
défaillance de l'éditeur du logiciel, 124
description détaillée 364 et s.
droit exclusif
- violation, 59
droit d'information 370
droit moral
violation, 60
droit de préférence 499
droit de suite 504

E

évaluation
-cessation d'activité, 304
-contexte, 274 et s.
-définition, 273
-poursuite activité, 296 et s.

G

Garanties

-indemnisation contrefaçon 337

I

Indemnisation contrefaçon 400

-forfaitaire 405

indemnités de résiliation, 203

inscription nantissement 350

-anticipée 476

-fonds de commerce 353

-coexistence deux nantissements 454

-prohibition 456

interdiction des paiements

-créanciers nantis 478

-remboursement anticipé 479

-restitution des biens intellectuels 535

intuitu firmæ, 75 et s.

intuitu rei, 75

L

licence

-garantie des vices cachés, 129

-garantie d'éviction, 130

licence de brevet, 67, 104, et s.122

licence de marque, 66, 10è et s., 122

M

mesures d'interdiction 331 et s.

mesures probatoires 352 et s.

mesures provisoires 317 et s.

-personnes concernées 321

N

Nantissement de propriété intellectuelle 448

-inscription 450

-futur 471

-logiciel 475

-nullité 467

-preuve constitution 469

évaluation entreprise, 271

P

perfectionnements, 125 et s., 154

provision 334

R

redevances,

-restitution 160

-paiement au comptant 162

-prix 172

-créance 205

réparation contrefaçon 394

-en nature 395

-pécuniaire 398

retenue en douane 346 et s.

Revendication de biens intellectuels 524 et s.

-reconnaissance droit de propriété 528

-restitution des biens intellectuels 532

S

saisie conservatoire 339

saisie-contrefaçon 354 et s.

-requête 360

-en droit d'auteur 374

saisie de produits : 334

saisie réelle 366

savoir-faire, 67,264, 290,

-délivrance 125

substitution de garantie 489

T

titulaire des droits, 227

-preuve 231

-identification, 190

transfert de la charge de la sûreté 485 et s.

V

valeur en continuité, 297 et s.

valeur liquidative, 305 et s.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	9
PREMIERE PARTIE	33
LA CONCILIATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AVEC LES MOYENS DE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE.....	33
TITRE PREMIER	37
LA CONTINUATION DES CONTRATS RELATIFS AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	37
CHAPITRE 1.....	41
L'APPLICATION DE LA RÈGLE « DE LA CONTINUATION DES CONTRATS EN COURS » AUX CONTRATS SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	41
SECTION 1	42
LES TITULAIRES DE DROITS CONCERNÉS ET LEURS POUVOIRS	42
§1. LE DÉBITEUR ÉLIGIBLE	43
A. LE DÉBITEUR ÉLIGIBLE : PERSONNE PHYSIQUE.....	44
I. L'inventeur	45
II. L'inventeur salarié ou fonctionnaire	47
III. Le titulaire d'une marque	49
IV. Les créateurs protégés par le droit d'auteur.....	51
1. Les auteurs.....	51
2. Les architectes en difficulté.....	52
B. LE DÉBITEUR ÉLIGIBLE : PERSONNE MORALE.....	53
1. Entreprises d'édition ou de production.....	54
2. Entreprises multimédia.....	55
§2. LES POUVOIRS DU DÉBITEUR ÉLIGIBLE	56
A. ACTES DE GESTION COURANTE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 56	
B. POUVOIRS PROPRES DU DÉBITEUR.....	58

I. Débiteur, personne physique disposant des droits de propriété intellectuelle distincts de l'activité professionnelle	59
II. Droits personnels attachés au débiteur, personne physique ou morale	62
1. Droits propres et extrapatrimoniaux du débiteur.....	62
2. Actions personnelles liées à l'existence d'un droit de propriété intellectuelle.....	63
a) Violation d'un droit exclusif	64
b) Violation d'un droit moral.....	64
SECTION 2	65
LES CONTRATS CONCERNÉS	65
§1. LA GÉNÉRALITÉ DE LA RÈGLE: APPLICATION AUX CONTRATS NÉCESSAIRES	65
A. LE DROIT COMMUN DE LA CONTINUATION APPLICABLE AUX CONTRATS SUR PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE	67
I. Le principe de la continuation des contrats <i>intuitus personae</i>	67
1. Les contrats sur propriétés industrielles : contrats <i>intuitus personae</i>	68
a. La licence de marque.....	68
b. La licence de brevet.....	69
2. Principe applicable aux contrats sur propriété industrielle.....	71
a. La controverse	71
b. La solution de la controverse.....	72
c. Les arguments favorables à la continuation des contrats sur droits de propriété intellectuelle	73
II. Effet de la continuation des contrats sur l' <i>intuitus personae</i>	75
1. Entreprise en difficulté : concédant.....	76
2. Entreprise en difficulté : concessionnaire.....	79
B. LE DROIT SPÉCIAL DE LA CONTINUATION DE CERTAINS CONTRATS SUR LE DROIT D'AUTEUR	81
§2. LA LIMITATION DE LA RÈGLE : APPLICATION AUX « CONTRATS EN COURS » .	86
A. L'APPLICATION DE LA NOTION AUX CONTRATS SUR DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	87
B. LES DIFFICULTÉS LIÉES AUX CONTRATS SUR PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	90

I.	Contrats à exécution successive	90
II.	Contrats à exécution instantanée	92
1.	Promesse unilatérale de cession de marque.....	92
2.	Vente d'une machine équipée de logiciel avec clause de réserve de propriété	94
CHAPITRE 2		97
LES EFFETS DE LA CONTINUATION DES CONTRATS SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE		97
SECTION 1		98
LES CONTRATS CONTINUÉS		98
§1. LA CONTINUATION DES CONTRATS SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DE L'ENTREPRISE SOUMISE À LA PROCÉDURE COLLECTIVE .		100
A.	LA JUSTIFICATION DE LA CONTINUATION.....	101
I.	Motifs tenant aux objectifs de la procédure	101
II.	Motifs tenant à la singularité des droits, objets des contrats en cause.....	103
1.	En matière de brevet.....	104
2.	En matière de marque.....	105
3.	En matière de droit d'auteur	106
B.	LES EFFETS SUR LA POURSUITE DU CONTRAT	107
I.	Respect des engagements contractuels.....	107
1.	Paralysie de l'exception d'inexécution.....	108
2.	Paralysie de la résolution judiciaire.....	109
a.	Manquement à l'obligation de garantie.....	110
b.	Manquement à l'obligation de délivrance	111
c.	Manquement à l'obligation du maintien du titre en vigueur	111
d.	Caducité du titre de propriété intellectuelle.....	114
II.	Exécution du contrat d'exploitation aux conditions normales	116
1.	L'exécution de la licence de brevet et de marque	117
a.	L'exécution des obligations contractuelles	117
b.	L'obligation de délivrance.....	118
		501

c.	L'obligation de garantie	120
□	L'obligation d'entretien ou garantie d'éviction du fait personnel du concédant.....	121
d.	L'inexécution de la licence.....	123
2.	L'exécution des contrats en droit d'auteur : le cas du logiciel	124
§.2 LA CONTINUATION DES CONTRATS SUR LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLES DES TIERS		128
A.	PROTECTION DU CONTRAT SUR PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES	129
I.	Protection du contrat de licence contre la survenance de la procédure	130
□	Neutralisation des clauses résolutoires de plein droit.....	130
II.	Protection du contrat d'exploitation de droit de propriété intellectuelle contre son inexécution	131
1.	Neutralisation de l'exception d'inexécution.....	133
2.	Neutralisation de la résolution pour défaut d'exécution.....	134
a.	La résiliation en matière de concession de marque	135
b.	La résiliation en matière de contrats d'édition et production	136
B.	L'EXÉCUTION DU CONTRAT.....	137
I.	Le contrat de licence de droits de propriété industrielle.....	138
1.	L'obligation d'exploitation.....	138
a.	En matière de brevets	139
b.	Qu'en est-il de l'obligation d'exploiter les perfectionnements ?	140
c.	En matière de marque.....	141
2.	L'obligation de paiement des redevances.....	142
3.	L'inexécution d'une des obligations	147
II.	Le contrat d'édition	149
1.	Publication.....	150
a.	L'édition littéraire.....	151
b.	L'édition musicale.....	152
2.	Le paiement du prix.....	154
3.	L'inexécution d'une des obligations	155
		502

SECTION 2	157
LES CONTRATS NON CONTINUÉS.....	157
§1. LES CONTRATS ACHEVÉS	158
A. CONTRATS SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EXÉCUTÉS OU RÉSILIÉS ANTÉRIEUREMENT	158
B. LA DISPARITION DU TITRE DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, OBJET DU CONTRAT	160
§2. LES CONTRATS EN COURS NON CONTINUÉS	161
A. LA RUPTURE DU CONTRAT SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ..	162
I. La renonciation au contrat sur droits de propriété intellectuelle	162
1. En période d'observation.....	163
2. Au cours d'une liquidation judiciaire	168
II. La disparition du contrat sur droit d'auteur	169
B. LE RÉGIME DE LA RÉSILIATION	173
I. Les indemnités de résiliation	173
II. Créances générées par les redevances	175
TITRE SECOND	181
LA CESSION DE L'ENTREPRISE À UN TIERS SUSCEPTIBLE D'EN ASSURER LA PÉRENNITÉ	181
CHAPITRE 1	183
LA CESSION DE L'ENTREPRISE TITULAIRE DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	183
SECTION 1	184
LA CESSION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	184
§1. LA CESSION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE APPARTENANT À L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE	185
A. LE DOMAINE DE LA CESSION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE....	185
B. LE RÉGIME DE LA CESSION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	187
I. Règles du droit de la propriété intellectuelle s'opposant à la cession	187
II. Règles du droit des procédures collectives encadrant la cession.....	191
	503

A.	L'IDENTIFICATION DU TITULAIRE DES DROITS.....	193
B.	L'ÉTABLISSEMENT DE LA PREUVE DES DROITS.....	196
I.	Les moyens de preuve en droit d'auteur.....	200
II.	Règles spécifiques relatives aux contrats en droit d'auteur.....	201
1.	La délimitation du périmètre de la cession.....	201
2.	L'exigence d'un écrit.....	203
	SECTION 2.....	207
	LA CESSION DES CONTRATS AYANT POUR OBJET UN DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	207
	§1. LES CONTRATS CONCERNÉS	207
A.	LES CONTRATS DE FOURNITURE DE BIENS OU DE SERVICES.....	209
I.	Le contenu de cette notion.....	209
II.	Application du critère aux contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle	210
B.	LES CONTRATS PORTANT SUR DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE NÉCESSAIRES À LA POURSUITE DE L'ACTIVITÉ	213
	§2. LA COMPATIBILITÉ DE LA CESSION AVEC LES CONTRATS RELATIFS À UN DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	217
A.	LES CONTRATS TRANSMISSIBLES NONOBTANT L' <i>INTUITUS PERSONAE</i>	217
I.	Les difficultés attachées à la cession des contrats <i>intuitu personae</i>	218
II.	La nécessité du contrat pour la poursuite de l'activité : unique condition à sa cession	219
B.	L' <i>INTUITUS PERSONAE</i> INHÉRENT AUX CONTRATS SUR DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : OBSTACLE A LEUR TRANSMISSION	222
I.	Cas où l'entreprise cédée exploite des droits de propriété intellectuelle appartenant à un tiers 222	
II.	Cas où l'entreprise cédée est titulaire des droits de propriété intellectuelle.....	225
1.	La cession du contrat de franchise.....	225
2.	La cession du contrat de licence de brevet	227
	CHAPITRE 2	233
	L'ÉVALUATION LORS DE LA RÉALISATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	233

SECTION 1	234
LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'ÉVALUATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	234
§1. DIFFICULTÉS CONTEXTUELLES	235
A. LE CONTEXTE DE L'ÉVALUATION.....	236
B. ENTREPRISE, OBJET DE L'ÉVALUATION	238
§2. DIFFICULTÉS TENANT À L'IDENTIFICATION DES ACTIFS INTELLECTUELS VALORISABLES.....	241
A. IDENTIFICATION D'UN ACTIF UNIQUE CONSTITUANT L'ACTIVITÉ PRINCIPALE 241	
B. IDENTIFICATION DE PLUSIEURS ACTIFS VALORISABLES	243
I. Les actifs développés par l'entreprise débitrice	245
II. Les actifs acquis par l'entreprise débitrice	248
SECTION 2.....	251
L'ÉVALUATION PROCÈDE DE LA CONTINUITÉ DE L'ACTIVITÉ.....	251
§1. LA POURSUITE DE L'ACTIVITÉ	252
A. L'ÉVALUATION PAR L'APPROCHE DE LA VALEUR EN CONTINUITÉ.....	252
B. LA FRAGILITÉ INHÉRENTE AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.	255
§2. LA CESSATION D'ACTIVITÉ	258
A. ÉVALUATION PAR L'APPROCHE DE LA VALEUR LIQUIDATIVE	258
B. UNE APPROCHE INADAPTÉE AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	260
SECONDE PARTIE.....	267
LA CONFRONTATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AUX CONTRAINTES IMPOSÉES AUX CRÉANCIERS	267
TITRE PREMIER.....	269
LES CONTRAINTES IMPOSÉES AUX TITULAIRES DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE CONTENTIEUX DE LA CONTREFAÇON.....	269
CHAPITRE 1.....	271
LES MESURES PROVISOIRES, CONSERVATOIRES ET PROBATOIRES À L'ÉPREUVE DE L'ARRÊT DES POURSUITES INDIVIDUELLES	271

SECTION 1	272
LES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES PARALYSÉES PAR L'ARRÊT DES POURSUITES INDIVIDUELLES	272
§1.LA CONFRONTATION DES MEURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES À LA RÈGLE DE LA PROCÉDURE COLLECTIVE	273
A. LES CONDITIONS D'OBTENTION DES MESURES.....	273
I. Personnes concernées par les mesures provisoires et conservatoires.....	275
1. Personnes ayant qualité à solliciter l'octroi des mesures	276
2. Auteur des atteintes soumis à une procédure collective	276
II. Les modalités procédurales d'octroi des mesures provisoires et conservatoires.....	278
B. LES RESTRICTIONS LÉGALES COMMANDÉES PAR LE DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES	280
§2. LA PARALYSIE DES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES PAR LA RÈGLE DE LA PROCÉDURE COLLECTIVE	281
A. LES MESURES DESTINÉES À EMPÊCHER OU STOPPER LA CONTREFAÇON	282
I. L'interdiction de la poursuite des actes argués de contrefaçon.	282
II. La saisie ou la remise entre les mains d'un tiers des produits soupçonnés de porter atteinte aux droits	283
B. LES MESURES DESTINÉES À ASSURER L'INDEMNISATION.....	284
I. La constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation	285
II. La saisie conservatoire des biens du prétendu contrefacteur.....	286
III. Le versement d'une provision	289
IV. L'astreinte.....	290
V. La retenue en douane.....	291
SECTION 2	296
LES MESURES PROBATOIRES SOUSTRAITES À L'ARRÊT DES POURSUITES INDIVIDUELLES.....	296
§1. LES MESURES TOTALEMENT SOUSTRAITES	297
A. LES CONDITIONS DE LA SAISIE-CONTREFAÇON.....	298
I. Le demandeur de la saisie-contrefaçon	298

1. Le copropriétaire	299
2. Le licencié exclusif ou bénéficiaire d'une licence obligatoire ou d'office.....	299
3. Le licencié non-exclusif	300
4. Le cessionnaire.....	301
II. La requête aux fins de saisie-contrefaçon	302
B. DÉROULEMENT DES OPÉRATIONS DE SAISIE-CONTREFAÇON DURANT LA PROCÉDURE COLLECTIVE.....	303
I. La description détaillée	304
II. La saisie réelle.....	304
§2.LES MESURES PARTIELLEMENT SOUSTRAITES	308
A. LE DISPOSITIF SPÉCIAL DE LA SAISIE CONTREFAÇON EN DROIT D'AUTEUR	310
I. Mesures marquées d'un caractère probatoire	310
1. La description détaillée ou la saisie réelle des œuvres et documents.....	310
2. La description ou la saisie réelle des matériels et instruments	311
II. Mesures marquées d'un caractère d'interdiction provisoire.....	312
1. Les saisies.....	312
2. Les mesures de suspension.....	316
B. L'INADAPTATION DU DISPOSITIF EN DROIT D'AUTEUR AUX RÈGLES DE LA PROCÉDURE COLLECTIVE.....	316
CHAPITRE 2.....	321
L'ACTION EN CONTREFAÇON À L'ÉPREUVE DE L'ARRÊT DES POURSUITES INDIVIDUELLES	321
SECTION 1	323
LA RESTRICTION LÉGALE DE L'ACTION AU CIVIL.....	323
§1. LA LIMITATION DES SANCTIONS RÉPARATRICES	324
A. LES SANCTIONS RÉPARATRICES PROHIBÉES	324
I. Les réparations en nature.....	325
II. Les réparations pécuniaires	326
1. L'indemnisation classique.....	328

2. L'indemnisation forfaitaire.....	330
B. LES JUSTIFICATIONS DE LA PROHIBITION	332
I. Principe de l'arrêt des poursuites : dispositif pilote du droit des entreprises en difficulté..	333
1. L'interruption de l'action en contrefaçon.....	334
2. La reprise de l'action en contrefaçon aux fins de fixation de la créance.....	335
II. Les contraintes imposées aux victimes d'actes de contrefaçon.....	338
§2. MESURE LIMITANT L'IMPACT DE LA RÈGLE	340
A. DÉFENSE D'UNE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	341
B. RESTAURATION DE L'INTÉGRITÉ DE LA PROPRIÉTÉ.....	342
SECTION 2	344
LE MAINTIEN DÉLICAT DE L'ACTION AU PÉNAL.....	344
§1. L'ACTION CIVILE DU TITULAIRE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	345
A. UNE ACTION RÉPARATRICE SOUMISE À L'ARRÊT DES POURSUITES.....	346
I. La recevabilité de l'action civile dans le cadre de la procédure	348
II. Délai de déclaration protecteur de la partie civile	350
B. UNE ACTION RÉPRESSIVE ADMISE PAR L'ARRÊT DES POURSUITES.....	353
§2. L'ACTION CIVILE DU DÉBITEUR.....	355
A. LA QUALITÉ DU DÉBITEUR POUR EXERCER L'ACTION CIVILE	355
B. LE POUVOIR DU DÉBITEUR POUR EXERCER L'ACTION CIVILE	357
TITRE SECOND.....	365
LES CONTRAINTES IMPOSÉES AUX TITULAIRES DE SÛRETÉS CONSTITUÉES SUR DES PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES.....	365
CHAPITRE 1.....	367
LE SORT DU NANTISSEMENT DE PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES	367
SECTION 1	370
EFFETS DES PROCÉDURES COLLECTIVES SUR L'EXISTENCE DU NANTISSEMENT	370
§1. LA PRÉSERVATION DE LA VALEUR DU NANTISSEMENT.....	371

A.	INSCRIPTION AUX FINS D’OPPOSABILITÉ.....	371
I.	L’inscription du nantissement ou la condition nécessaire et suffisante d’opposabilité.....	372
1.	Dualité d’inscription du nantissement de fonds de commerce incluant des propriétés intellectuelles.....	374
2.	Coexistence de deux nantissements des mêmes propriétés intellectuelles.....	375
II.	Prohibition des inscriptions	378
1.	Interdiction de principe des inscriptions après le jugement d’ouverture.....	378
2.	Inscriptions exceptionnellement autorisées.....	379
B.	LA DÉCLARATION AUX FINS DE RECONNAISSANCE DE LA CRÉANCE.....	380
§2.	LA REMISE EN CAUSE DU NANTISSEMENT	382
A.	NULLITÉ DU NANTISSEMENT ANTÉRIEUREMENT CONSTITUÉ	383
I.	Fondement de la nullité.....	383
II.	Preuve de la date de constitution du nantissement	384
B.	LE NANTISSEMENT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EXCLU DU CHAMP DES NULLITÉS.....	385
	SECTION 2.....	390
	EFFETS DES PROCÉDURES COLLECTIVES SUR LES DROITS DES CRÉANCIERS NANTIS	390
§1.	LA SOUMISSION DES CRÉANCIERS NANTIS À L’INTERDICTION DES PAIEMENTS	390
A.	L’INTERDICTION DES PAIEMENTS DES DETTES ANTÉRIEURES ET FACULTÉ DE REMBOURSEMENT ANTICIPÉ	391
B.	LES PAIEMENTS AUTORISÉS	394
I.	Transfert de la charge de la sûreté.....	394
II.	La substitution de garantie	396
§2.	LA LIMITATION DE L’EXERCICE DES DROITS DES CRÉANCIERS NANTIS.....	398
A.	LE CLASSEMENT DES CRÉANCIERS NANTIS	398
I.	Les préférences relatives aux procédures de sauvegarde et redressement	399
II.	Les préférences propres à la liquidation judiciaire.....	400
B.	LES ATTEINTES PORTÉES AUX DROITS DE PRÉFÉRENCE ET DE SUITE	403
		509

I.	L'exercice du droit de préférence dans les diverses procédures.....	403
1.	Lors la période d'observation.....	403
2.	Lors de la sauvegarde ou du redressement judiciaire.....	404
3.	Lors du plan de cession.....	404
4.	Le cadre de la liquidation judiciaire.....	405
II.	L'exercice du droit de suite.....	405
	Chapitre 2.....	409
	LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE RÉSERVÉE À TITRE DE GARANTIE.....	409
	SECTION 1.....	410
	LA LICÉITÉ DE LA CLAUSE DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ SUR BIENS INTELLECTUELS.....	410
	§1. ACCROISSEMENT DE L'ASSIETTE DE LA SÛRETÉ.....	410
A.	LES BIENS INTELLECTUELS, OBJETS DE LA CLAUSE.....	411
B.	VALIDITÉ DE LA CLAUSE STIPULÉE DANS UN CONTRAT RELATIF AUX BIENS INTELLECTUELS.....	414
	§2. LA RÉSISTANCE DE LA CLAUSE FACE À LA PROCÉDURE COLLECTIVE.....	416
A.	L'OPPOSABILITÉ DE LA CLAUSE À LA PROCÉDURE.....	417
A.	LA SINGULARITÉ DE LA CLAUSE DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE.....	418
	SECTION 2.....	421
	LA RÉALISATION DE LA CLAUSE DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ SUR BIENS INTELLECTUELS.....	421
	§1. LA SAUVEGARDE DES BIENS INTELLECTUELS.....	422
A.	LA REVENDICATION DES BIENS INTELLECTUELS.....	423
I.	Contradiction entre la préservation du droit de propriété et les finalités de la procédure collective.....	423
II.	L'équilibre entre le droit de propriété et les procédures collectives.....	424
1.	Reconnaissance de la propriété des biens intellectuels par le droit spécial.....	425
2.	Le respect des biens intellectuels.....	427
B.	LA RESTITUTION JURIDIQUE DES BIENS INTELLECTUELS.....	428

§2. DÉROGATION AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX DES PROCÉDURES COLLECTIVES	430
A. DÉROGATION À L'INTERDICTION DES PAIEMENTS	430
B. DÉROGATION AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE CRÉANCIERS.....	432
BIBLIOGRAPHIE	447