



HAL
open science

Les propriétés intellectuelles saisies par le droit des affaires

Iony Randrianirina

► **To cite this version:**

Iony Randrianirina. Les propriétés intellectuelles saisies par le droit des affaires. Christine Lebel; Paola Nabet; Philippe Roussel Galle; Vincent Thomas. L'effervescence du droit des affaires au XXI^e siècle : mélanges en l'honneur du Professeur Arlette Martin-Serf, Bruylant, pp.779-791, 2022, 978-2-8027-7098-5. hal-03691711

HAL Id: hal-03691711

<https://hal.science/hal-03691711v1>

Submitted on 21 Sep 2023

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

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

Copyright

Les propriétés intellectuelles saisies par le droit des affaires

Iony Randrianirina

Maître de conférences à l'Université Grenoble Alpes
Membre du Centre de recherches juridiques (CRJ) – UR 1965
Membre associé de l'UR Confluence Sciences & Humanités – UR 1598

L'archipel des propriétés intellectuelles¹ constitue assurément le nouvel eldorado des entreprises du XXI^e siècle, loin devant les crypto-actifs. Pour preuve, entre 1975 et 2005, la part des actifs immatériels dans la valorisation des actifs des 500 plus grandes entreprises nord-américaines est passée de 16,8 % à 80 %². Ce chiffre n'a cessé d'augmenter puisqu'à l'heure actuelle, la part des droits de propriété intellectuelle dans les sociétés cotées se situe entre 75 % et 90 % de la totalité des actifs³. Dans cette proportion, les actifs intellectuels comprennent aussi bien les droits de propriété industrielle que les droits de propriété littéraire et artistique. Par ailleurs, à en croire la répartition des parts de marché, la course est au monopole : Monsanto à elle seule a breveté plus de 80 % des inventions transgéniques actuellement utilisées dans le monde⁴.

Les actifs immatériels des entreprises comprennent les droits de propriété intellectuelle (droits d'auteur, brevets, marques, dessins et modèles), mais aussi, plus largement, les droits périphériques que les CUERPIstes ont recensés sous le vocable de « para-propriété intellectuelle »⁵ : les droits des organisateurs sportifs en sont un exemple.

Il est difficile d'évaluer un actif immatériel de façon exacte. La valeur d'un tel bien est tributaire de son usage lui-même, mais aussi de son non-usage, en témoignent les différentes stratégies d'utilisation des brevets : brevets bloquants, brevets-signes, *patent trolling*, *patent thickets*⁶. D'aucuns ont tenté – non sans succès – de comparer le coût d'une acquisition interne (créations et innovations par les salariés et celles sous-traitées) et celui d'une acquisition externe (comprenant notamment les opérations sur capital) des actifs immatériels. Il s'avère alors que si le premier est naturellement bien moindre que le second, il comporte néanmoins le plus de risques : seuls 10 % des projets de recherche et développement connaissent le succès attendu, alors que les actifs immatériels acquis en externe ont fait leurs preuves sur le marché, ce qui garantit au cessionnaire un retour sur investissement satisfaisant⁷.

C'est pour minimiser de tels risques que des entreprises titulaires de brevets similaires et dépendants décident de les exploiter en commun au sein d'une structure commune leur accordant des licences croisées⁸, au moyen d'une mutualisation ou d'un pool de brevets⁹. Dans le domaine des vaccins par exemple, comme celui contre le SARS-CoV-2, les demandes de brevets peuvent être déposées pour protéger la séquence du virus, l'antigène, la composition du vaccin, son ou ses indications thérapeutiques et son procédé de fabrication. Des brevets supplémentaires peuvent par ailleurs être demandés sur les innovations incrémentales ou adaptatives telles que sa forme galénique, la combinaison avec d'autres composants médicinaux ou des adjuvants, la posologie utilisée, le mode d'administration ou le dispositif

¹ L'image est signée Michel VIVANT : J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Puf, 1991, p. 9 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd., Dalloz, 2019, p. 48, n° 27.

² B. REMICHE, « La propriété intellectuelle : outil de développement ou arme de domination ? », in *Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Dalloz / LexisNexis, 2020, p. 913.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, p. 916.

⁵ Cf. colloque sur « La para-propriété intellectuelle » organisé par les membres du CUERPI (CRJ) à Grenoble le 24 septembre 2021.

⁶ B. REMICHE, « La propriété intellectuelle : outil de développement ou arme de domination ? », *op. cit.*, p. 924.

⁷ Voir les résultats de recherche de N. BINCTIN sur le sujet : « Stratégie juridique de constitution d'un portefeuille de biens intellectuels », in *Les nouveaux usages du brevet d'invention*, tome 2, *Réflexions théoriques et incidences pratiques*, PUAM, 2016, p. 44 et s.

⁸ A l'exemple des licences croisées accordées entre Samsung et Google (Android).

⁹ J. CAYRON, « L'intérêt actuel de la mutualisation des brevets », in *Les nouveaux usages du brevet d'invention*, tome 2, *Réflexions théoriques et incidences pratiques*, PUAM, 2016, p. 31 et s.

d'administration. Ces différents éléments peuvent être développés séparément par des entreprises pharmaceutiques distinctes, souvent concurrentes, en fonction de leurs sphères de spécialités. Des accords s'avèrent alors stratégiques pour assurer l'élaboration d'un vaccin : licences croisées ou contrats de transfert de technologie¹⁰. C'est ainsi que trois des vaccins mis sur le marché sont issus de collaborations entre Oxford et AstraZeneca, entre Moderna et NIAID et entre BioNTech, Fosun Pharma et Pfizer.

Si l'ubiquité est de l'essence des actifs intellectuels, enrichissant ainsi le catalogue des créations protégées, leur volatilité, en revanche, fait le bonheur ou le malheur des spécialistes du droit des affaires, selon que ces biens d'un autre genre soient appréhendés sur le terrain du droit des sociétés ou celui du droit des entreprises en difficulté, les deux matières devant pourtant être convoquées de pair lorsqu'il s'agit de saisir les propriétés intellectuelles comme des actifs immatériels. En effet, leur gestion se trouve complexifiée par l'influence inéluctable du droit de la concurrence sur le droit des sociétés et de celle du droit des sûretés sur le droit des entreprises en difficulté.

La gestion des propriétés intellectuelles implique donc de prévoir une stratégie à long terme, de leur exploitation en société (I) à leur sort en cas de dissolution (II).

I. L'exploitation commune des droits de propriété intellectuelle

Si l'entreprise titulaire des droits de propriété intellectuelle dispose d'un choix entre les céder (A) et les conserver (B), un mode d'exploitation intermédiaire existe à travers la titrisation de ces droits (C).

A. La cession comme mode d'exploitation

Le premier mode de cession en entreprise des droits de propriété intellectuelle consiste dans leur apport en société. A cet égard, il faut distinguer apport en propriété et apport en jouissance, seul le premier réalisant une cession. L'apporteur peut d'ailleurs céder sa quote-part de coindivisaire, l'article L. 613-29 e) disposant que les copropriétaires disposent alors d'un droit de préemption pendant un délai de trois mois à compter de la notification du projet de cession. Par ailleurs, certains apports présentent l'avantage d'intégrer d'autres actifs immatériels. Ainsi, l'apport d'une marque, qualifiée par la jurisprudence comme un élément essentiel du fonds de commerce, entraîne, dès lors que la marque est exploitée, apport de la clientèle et, par conséquent, apport du fonds de commerce¹¹. Le principal effet de l'apport en société est le transfert de propriété sur les actifs. On assiste donc à une perte des droits de propriété intellectuelle au profit du cédant qu'est la personne morale.

Dans les droits de *common law*, ces apports d'actifs immatériels se concluent dans le cadre de *joint ventures*. Les raisons d'une telle stratégie de gestion sont essentiellement économiques : un transfert de technologie, la pénétration d'un nouveau marché, une volonté de partager les risques de l'investissement, de perfectionner les méthodes de distribution, ou encore une réaction contre des actes de concurrence déloyale.

Si l'apport en société d'actifs immatériels présente des avantages indéniables, elle n'est pas non plus sans risques, notamment lorsque les associés personnes morales exercent des activités concurrentes et non complémentaires. Dans un tel cas, une restructuration affectant l'un d'entre eux peut entraîner sa dissolution au profit de l'autre. Pour preuve la disparition de la société Elf au profit de Total. Pareillement, L'Oréal a substitué progressivement la marque mondiale Maybelline à la marque moins connue Gemay en commençant d'abord par les associer (Gemay-Maybelline). Au contraire, lorsque les

¹⁰ A. LEMARCHAND, « Le vaccin contre le SARS-CoV-2 comme bien public mondial : compatibilité avec les droits de la propriété intellectuelle », *Propri. ind.* 2021, n° 4, p. 6 et s.

¹¹ Com. 24 mars 1980, Bull. civ. IV, n° 142, p. 111 ; *JCP* 1980, IV, 224.

activités des entreprises associées sont complémentaires, comme celles de Samsung et de Google, aucune phagocytose n'est à craindre.

Les projets de *joint venture* doivent également tenir compte des contraintes du droit de la concurrence, car les autorités, dans un souci d'une concurrence saine et loyale, n'hésitent pas à refuser leur feu vert à de telles opérations lorsqu'elles peuvent aboutir à un abus de position dominante ou à une entente anti-concurrentielle. Les autorités ont pu imposer aux entreprises concernées d'accorder des licences d'exploitation à des tiers¹², voire de céder des marques¹³.

Un autre mode d'exploitation en commun des actifs immatériels consiste dans la conservation, par le titulaire, de ses droits de propriété intellectuelle.

B. La conservation comme mode d'exploitation

L'apport peut ne porter que sur la jouissance des droits de propriété intellectuelle, le titulaire conservant ainsi ses prérogatives. C'est d'ailleurs le seul apport envisageable dans une société en participation, à moins de créer une copropriété entre les associés. L'apport en jouissance des actifs intellectuels s'apparente à une licence d'exploitation, à ceci près que le premier est consenti en contrepartie de droits sociaux alors que la seconde génère des redevances.

L'apport en industrie peut également constituer un mode d'exploitation en commun des actifs incorporels. Il porte sur un savoir-faire, des compétences ou talents particuliers. Mais alors, il ne s'agit pas de transférer des droits de propriété intellectuelle, le savoir-faire n'étant pas un bien, contrairement à l'invention brevetée. L'on ne saurait alors parler d'actif immatériel. Par ailleurs, l'apport en industrie n'est autorisé que dans certaines formes de sociétés, particulièrement les sociétés de personnes. Les sociétés de capitaux, quant à elles, ne peuvent en général recevoir aucun apport en industrie.

Dans les *joint ventures*, la question de la possibilité d'apport en industrie fait par une personne morale peut légitimement se poser. Aucune loi ne l'interdisant, les juges du fond ont pu admettre qu'une société puisse apporter en industrie¹⁴. Certains auteurs ont imaginé différents scénarii impliquant des apporteurs personnes morales : une société commerciale réalisant une prestation de service, une société regroupant des salariés sur le modèle des sociétés coopératives de main-d'œuvre, une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ou une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) s'interposant entre une personne physique et la société bénéficiaire de l'apport¹⁵. Ces situations appellent de toute évidence l'adoption de règles particulières dans les statuts.

Un dernier mode d'exploitation en commun des propriétés intellectuelles peut être trouvé dans le mécanisme de la titrisation.

C. La titrisation comme mode d'exploitation

Le choix de la titrisation, enfin, peut également constituer un moyen pertinent d'exploiter les actifs immatériels en commun. C'est un mécanisme qui permet à un titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de transférer des créances de redevances de licences d'exploitation à un titriseur, soit une société de placement qui prend en charge le financement de ces créances au moyen de l'émission de

¹² Aut. conc., 9 juill. 2012, déc. n° 12-D-15, Socopa Viandes Groupe Bigard, *Contrats, conc., consom.* 2013, chron. 1, n° 4, obs. D. BOSCO.

¹³ Cf. Lettre du ministre de l'Économie du 17 mai 2002, BOCC du 20 mai 2002, p. 243 : l'autorisation de l'absorption de Lustucru par Panzani était conditionnée par la cession partielle de la marque Lustucru.

¹⁴ Paris, 3 nov. 1998, *Bull. Joly* 1998. 359, note A. COURET (à propos d'une société civile professionnelle).

¹⁵ S. SCHILLER et P.-L. PERIN, « Les apports en industrie dans les SAS », *Revue des sociétés* 2009, p.59.

titres financiers (actions, parts ou obligations) notamment sur un marché financier ¹⁶. Un exemple est fourni par la société Royalty Pharma qui a titrisé, au bénéfice de l'Université de Yale, des brevets portant sur un médicament antiviral utilisé pour le traitement du VIH, le Zerit, une opération évaluée à 100 millions de dollars ¹⁷. Pour pallier les risques financiers liés à cette forme d'activité spéculative, cette dernière s'accompagne souvent d'un contrat d'assurance et de garanties financières.

Le mécanisme de la titrisation s'apparente beaucoup à la cession de créances professionnelles opérée au moyen d'un bordereau Dailly : par le premier, le titulaire de droits de propriété intellectuelle cède ses créances de redevances de licences d'exploitation aux fins d'obtenir un crédit. Dans les deux opérations, le débiteur ne se libère valablement qu'entre les mains du cessionnaire de la créance.

La gestion des droits de propriété intellectuelle ne pose pas le problème de leur évaluation seulement au moment de leur exploitation en commun, mais aussi et surtout en cas de dissolution de la société titulaire de ces actifs.

II. Le sort des droits de propriété intellectuelle en cas de dissolution

A la disparition de la société titulaire des actifs immatériels, il est souvent constaté une sous-évaluation de ces derniers, par essence volatiles par leur incorporelité. Quand ils ne sont pas évalués sur la base de critères pour le moins incertains (A), ils sont purement et simplement délaissés par ignorance de leur valeur par les non-initiés (B).

A. L'incertaine évaluation des droits de propriété intellectuelle

En cas de dissolution de la société titulaire des actifs incorporels, ces derniers subissent un sort qui dépend de leur affectation légale témoignant d'une évaluation très subjective : ils sont en théorie repris par les apporteurs (1), à condition qu'ils figurent toujours dans le patrimoine de l'entreprise, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas été cédés à des tiers (2) ou qu'ils n'ont pas servi à désintéresser les créanciers sociaux (3).

1. La reprise des droits de propriété intellectuelle par les apporteurs

Cette reprise des apports est dictée par l'article 1844-9, alinéa 1^{er}, du Code civil : « Après paiement des dettes et remboursement du capital social, le partage de l'actif est effectué entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation aux bénéfices, sauf clause ou convention contraire ». Si la reprise est donc de droit, le contrat de société prévoit fréquemment des clauses garantissant le retour des droits de propriété intellectuelle dans le patrimoine de l'apporteur. De toute évidence, lorsque l'apport a été fait en jouissance, aucune reprise n'est opérée car les actifs immatériels n'ont jamais quitté le patrimoine de leur titulaire.

Une exception à cette règle concerne les droits d'auteur, pour lesquels est prévu un droit de préemption. Ainsi, aux termes de l'article L. 132-15, alinéa 5, du Code de la propriété intellectuelle, en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'éditeur, « le liquidateur ne peut procéder à la vente en solde des exemplaires fabriqués ni à leur réalisation dans les conditions prévues aux articles L. 622-17 et L. 622-18 du code de commerce (...) que quinze jours après avoir averti l'auteur de son intention, par lettre recommandée avec demande d'acquiescement de réception ». Le dernier alinéa dispose que « l'auteur possède, sur tout ou partie des exemplaires, un droit de préemption. A défaut d'accord, le prix de rachat sera fixé à dire d'expert ». Le législateur réserve le même sort aux productions audiovisuelles lorsqu'il

¹⁶ Cf. A. QUIQUEREZ, *La titrisation des actifs intellectuels*, thèse, Larcier, 2013 ; N. BINCTIN, « La titrisation des brevets », in *Les nouveaux usages du brevet d'invention entre innovation et abus*, PUAM, 2014, p. 119 et s.

¹⁷ *Ibid.*

énonce à l'article L. 132-30, alinéa 4, du même code : « L'auteur et les coauteurs possèdent un droit de préemption sur l'œuvre, sauf si l'un des coproducteurs se déclare acquéreur. A défaut d'accord, le prix d'achat est fixé à dire d'expert ».

Un problème se pose si un actif immatériel a fait l'objet d'un apport en copropriété par deux ou plusieurs associés : le droit de propriété intellectuelle ayant été acquis sur le modèle de l'indivision, comment chacun pourra-t-il continuer d'exploiter sa quote-part de coindivisaire ? La nécessité de se prémunir contre de telles difficultés marque ici tout l'intérêt de prévoir, dans les statuts de la société, le sort des biens incorporels en cas de dissolution : affectation à une *joint venture*, attribution à l'un seul des associés moyennant indemnisation par les autres ? C'est là un point à négocier en amont de la conclusion du contrat de société.

Pour rappel, le retour des droits intellectuels dans le patrimoine de l'apporteur ne peut s'opérer que s'ils existent toujours parmi les actifs de la société. Lorsque tel n'est pas le cas, ils auront été cédés à des tiers.

2. La cession des droits de propriété intellectuelle à des tiers

En cas de liquidation, la perspective d'une cession des actifs immatériels amène souvent à leur dévaluation, parfois volontaire voire voulue. Une telle dépréciation peut s'expliquer par la défiance de la clientèle à un stade avancé de la procédure collective. D'aucuns notent, à l'ouverture de cette dernière, le début d'un compte à rebours pour ces actifs, car « les valeurs immatérielles se dissolvent dans le temps et avec elles disparaît l'espoir de les appréhender au bénéfice des créanciers », le temps jouant ainsi contre les mandataires de justice¹⁸. C'est pourquoi les potentiels repreneurs préfèrent attendre la liquidation pour se positionner, profitant ainsi d'une occasion de réaliser une bonne affaire. Les spécialistes de la matière le regrettent, dénonçant là un « comportement de prédation économique » qui peut entraîner « un affaiblissement structurel de l'actif cible du fait de l'absence d'activité retirant alors tout intérêt à sa reprise »¹⁹.

A notre sens, les acteurs économiques ont pourtant tout intérêt à mieux valoriser les actifs immatériels, sachant que leur cession peut être une condition à la reprise d'une entreprise dans le cadre d'un plan de cession. C'est ainsi que le groupe algérien Cevital avait conditionné sa reprise de la société espagnole FagorBrandt à l'acquisition des marques détenues par cette dernière, pour le prix de 25 millions d'euros²⁰.

Dans les *joint ventures*, en prévention d'une rupture du pacte social, une solution couramment pratiquée consiste à donner à chacune des parties un droit prioritaire au rachat des apports et donc des actifs cédés à une filiale commune. Ainsi, dans un accord entre Elopak et Metal Box pour la mise au point d'un emballage nouveau, avec création d'une entreprise commune, il était prévu qu'aucune des parties ne puisse vendre ou céder sa part dans le capital de la *joint venture* sans l'autorisation de l'autre. Ces dispositions étaient renforcées par une clause stipulant que même si l'une des entreprises rachetait la part de l'autre dans la *joint venture* qui devenait ainsi une filiale à 100 % de l'acquéreur, ce dernier ne pouvait, durant une période de cinq ans, céder ses parts dans la filiale à un tiers sans les offrir préalablement aux mêmes conditions au vendeur originel²¹. Ces clauses de sortie sont mises en œuvre dans le but de préserver les droits de propriété intellectuelle contre une éventuelle appropriation par un tiers.

¹⁸ F.-X. LUCAS, « Rapport de synthèse », in *Informatique et procédures collectives*, Colloque organisé par les associations AFDIT et Droit et Commerce, 10 oct. 2003, Paris, 2004, Éd. Des Parques, p. 107.

¹⁹ E. ANDRE, « L'appréhension des actifs incorporels de l'entreprise en difficulté », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté* juill. 2020, n° 04, p. 42.

²⁰ N. BINCTIN, *Stratégie d'entreprise et propriété intellectuelle*, LGDJ, 2015, p. 55.

²¹ Déc. Comm. CE IV/32.009, 13 juill. 1990, Elopak/Metal Box-Odin, JOCE n° L 209, 8 août 1990.

Dans une procédure de liquidation judiciaire, les actifs restants réintègrent rarement le patrimoine de leurs apporteurs, car le plus souvent, ils sont affectés au remboursement des créanciers.

3. L'affectation des droits de propriété intellectuelle au remboursement des créanciers

Une telle affectation des actifs incorporels peut, ici encore, entraîner leur dévaluation, en particulier dans le cadre d'une vente aux enchères publiques au plus offrant. C'est ainsi qu'à la suite d'une liquidation judiciaire de Vogica en septembre 2011, le lot principal comportant les marques et noms de domaine fut adjugé pour 550 000 euros²². Les acquéreurs sont friands de ces prises de guerre, profitant ainsi de l'antériorité et de la notoriété des droits de propriété intellectuelle.

Pourtant, selon le professeur Nicolas Binctin, « la défaillance d'une société lui imposant de se soumettre au droit des entreprises en difficulté n'est pas synonyme de mauvaise qualité des actifs intellectuels de celle-ci. Les difficultés de trésorerie n'ont pas nécessairement un lien direct avec l'attractivité du portefeuille de biens intellectuels (...) »²³. L'auteur cite ainsi plusieurs cas dont le transfert de la marque Moulinex à l'occasion d'un plan de liquidation²⁴ ; la liquidation des actifs de la Cie Boussac Saint-Frères à l'initiative de Bernard Arnault, opération ayant donné lieu à la création du groupe LVMH ; l'adjudication, pour plus de 4 milliards de dollars, d'un portefeuille de brevets appartenant à la société canadienne Nortel, de l'ordre de 8 500 inventions touchant divers domaines des communications et des réseaux, notamment la 4G, la transmission des données, la fibre optique, le transport de la voix, Internet, la diffusion des services, les semi-conducteurs ; la cession, en décembre 2012, pour 525 millions de dollars, d'un portefeuille de 1 100 brevets liés à la photographie numérique (captation, stockage, traitement et analyse des images) et détenus par la société Kodak dans le cadre d'un plan de redressement.

Si certains actifs immatériels subissent bien souvent une réévaluation à la baisse dans les procédures de liquidation judiciaire, d'autres connaissent malheureusement un sort encore plus funeste puisqu'ils sont purement et simplement abandonnés.

B. Le regrettable abandon des droits de propriété intellectuelle

Le délaissement des actifs immatériels est souvent le fait de non-initiés qui n'ont pas conscience de la valeur de ces actifs, tant pour les nantir (1) que pour les revendre aux enchères (2).

1. Le difficile nantissement des droits de propriété intellectuelle

Les réticences au nantissement des actifs incorporels sont liées au calendrier de l'inscription : ce type de sûreté est en principe inscrit en amont de la création de l'entreprise, au moment où l'actif n'est pas encore exploité industriellement. Or, chacun sait que la valeur des droits de propriété intellectuelle n'augmentera qu'après le démarrage de l'exploitation industrielle. C'est ce qui explique le faible taux de convocation de ce type de sûreté. Les établissements de crédit acceptent rarement les droits de propriété intellectuelle comme objets de sûretés donnés en garantie de remboursements de prêts octroyés aux entreprises utilisant l'innovation technologique²⁵. Quand bien même les biens

²² P. BREESE, « Vente aux enchères : pour redynamiser », *La revue des marques*, n° 78, avr. 2012, p. 68.

²³ N. BINCTIN, « Stratégie juridique de constitution d'un portefeuille de biens intellectuels », *op. cit.*, p. 56.

²⁴ Avis n° 02-A-07 du 15 mai 2002 relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB, puis Avis n° 04-A-16 du Conseil de la concurrence en date du 28 juill. 2004 relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB.

²⁵ Lire J.-C. DUPUIS, C. LE BAS et S. LAWSON-DRACKLEY, « La financiarisation du brevet : les fonctions du brevet et le secteur financier », in *Les nouvelles fonctions du brevet. Approches économiques et managériales*, sous la dir. de P. CORBEL et C. LE BAS, Economica, p. 152.

intellectuels sont mobilisés dans le cadre d'un nantissement, c'est à une valeur fortement dégradée. C'est ainsi qu'en 2013, pour obtenir des prêts bancaires à hauteur de 1,615 milliards d'euros, octroyés par le Crédit Suisse et Goldman Sachs, Alcatel-Lucent a inscrit des sûretés sur son important portefeuille de brevets constitué d'environ 29 000 brevets, et dont la valeur indicative serait de 5 milliards d'euros ²⁶.

Il est regrettable de ne pas reconnaître dans le nantissement des actifs immatériels toute la quintessence d'un bon vin de garde. Il est vrai aussi que l'évaluation des droits sur une œuvre future n'est pas chose aisée, loin s'en faut, d'autant que se posera nécessairement *a posteriori* le problème de l'originalité conditionnant l'existence même des droits. Selon le type de création, les droits patrimoniaux peuvent pourtant être évalués. Ainsi en est-il des droits sur les logiciels, dont le coût de développement peut être ventilé comme suit : 10 % sont attribués à l'étude (définition du projet, analyse des besoins, établissement du cahier des charges...), 30 % sont affectés à la conception (analyse organique et analyse fonctionnelle), 30 % sont utilisés pour le développement et les tests et 30 % pour la commercialisation ²⁷. Le problème ne se pose pas concernant les droits de propriété industrielle, octroyés par la délivrance de titres. Notamment, l'article L. 613-8, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle prévoit la transmissibilité des « droits attachés à une demande de brevet », ce qui rend possible — voire intéressant — le nantissement d'une demande de brevet ²⁸.

Pourtant, la fiducie-sûreté portant sur des actifs immatériels présente des avantages non négligeables, et ce d'autant plus que l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme des sûretés a supprimé l'exigence d'évaluation des biens figurant dans l'assiette de la fiducie telle qu'elle l'était à peine de nullité aux articles 2372-2 et 2488-2 du Code civil. Les parties conservent néanmoins la faculté de procéder volontairement à une telle évaluation si elles le souhaitent mais son absence ne sera plus sanctionnée par la nullité du contrat. Seule désormais la créance garantie fait l'objet d'une évaluation obligatoire, cette précision étant d'une aide précieuse en cas de réalisation de la sûreté, ne serait-ce que pour reverser l'excédent si la vente conduit à un prix supérieur à la créance. Par ailleurs, les articles 2372-3 et 2488-3 du Code civil se voient ajoutés la précision suivante : « Si le fiduciaire ne trouve pas d'acquéreur au prix fixé par expert, il peut vendre le bien ou le droit au prix qu'il estime, sous sa responsabilité, correspondre à sa valeur ».

Si les actifs immatériels sont assez fréquemment délaissés par le droit des sûretés, leur revente aux enchères publiques contribue de façon exacerbée à leur dévalorisation.

2. La difficile revente aux enchères des droits de propriété intellectuelle

Lorsqu'une vente aux enchères publiques n'aboutit à aucune adjudication, on assiste alors à une perte des droits de propriété intellectuelle. Ainsi en fut-il à l'occasion de la liquidation judiciaire de la société Les Ateliers (anciennement Lejaby) ayant entraîné la mise aux enchères publiques de la marque éponyme à 40 000 euros, laquelle n'a finalement pas été adjugée ²⁹.

A en croire les spécialistes du droit des entreprises en difficulté, les situations dans lesquelles des marques ou des brevets se retrouvent sans maître, faute de cession ou à la suite d'une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif, ne sont pas rares ³⁰. Les redevances cessant d'être payées, les droits de propriété intellectuelle tombent alors dans le domaine public. Mais parfois, l'appel d'offres émis par le liquidateur judiciaire contient des informations incomplètes à raison d'une mauvaise gestion

²⁶ AN, commission des affaires économiques, 13 févr. 2013, compte rendu n° 51.

²⁷ A. COHEN, « À quel stade de développement du progiciel le financier doit-il intervenir ? » in *Le financement des logiciels*, Feduci-LGDJ, Paris, 1988, p. 11.

²⁸ En ce sens, C. SOUWEINE et A. FAVREAU, Nantissement et saisie de brevets, *JCl. Brevets*, fasc. n° 4770, n° 26 ; M. VIVANT, « L'immatériel en sûreté », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz, Litec, 1999, n° 6.2.

²⁹ M. PERNIN, « Le made in France aux enchères », *Le Monde*, 22 mai 2015.

³⁰ I. RENARD et E. LAVERRIERE, « Où vont les actifs incorporels quand les entreprises sont en difficulté ? », *Expertises* 2013, p. 297.

du dirigeant et d'une absence de participation active de sa part aux opérations de liquidation. Il n'est pas rare non plus que les actifs incorporels litigieux aient été développés au nom du dirigeant personne physique. C'est ainsi que souvent, le cahier des charges établi par le liquidateur judiciaire au moment de l'appel d'offres impose quasi systématiquement aux candidats une reprise de ces actifs en l'état. Il appartient alors à l'acquéreur de procéder préalablement aux vérifications nécessaires concernant la validité des titres ³¹.

Un problème particulier apparaît à l'occasion de la liquidation judiciaire d'une société de développement informatique : quid de la situation des licenciés en cas de perte du logiciel, les tribunaux refusant généralement de leur divulguer le code source ³² ? Pour prévenir les dommages causés aux licenciés, les praticiens conseillent d'insérer dans la licence d'exploitation une clause de séquestre consistant à confier le code source et l'environnement afférent à un séquestre technique — comme l'APP ou LOGITAS — qui garantit que le contenu séquestré permet de régénérer un exécutable du logiciel, en définissant les conditions dans lesquelles les éléments séquestrés pourront être mis à disposition du client licencié en cas de mise en redressement ou liquidation judiciaire de l'éditeur ³³.

Sans aucun doute, la question de l'estimation des propriétés intellectuelles à leur juste valeur, tant au moment de leur apport en société qu'au moment de la dissolution de la société, ne se pose pas dans les mêmes termes, les circonstances étant bien différentes. Cela tient probablement aux objectifs distincts poursuivis par le droit des sociétés et le droit des entreprises en difficulté. C'est la raison pour laquelle les recherches méritent un approfondissement sur le sujet.

³¹ *Ibid.*

³² Com. 10 mai 2000, n° 91-17.277.

³³ I. RENARD et E. LAVERRIERE, « Où vont les actifs incorporels quand les entreprises sont en difficulté ? », *op. cit.*