



Assemblée générale

Distr. limitée
27 août 2008
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail VI (Sûretés)
Quatorzième session
Vienne, 20-24 octobre 2008

Annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle (première partie)

Note du Secrétariat*

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-45	3
A. Historique	1-7	3
B. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle dans le Guide	8-11	5
C. Terminologie	12-21	6
D. Exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle ...	22-41	9
E. Principaux objectifs et principes fondamentaux	42-45	16
II. Champ d'application et autonomie des parties	46-67	18
A. Champ d'application large	46-64	18
B. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle	65-67	24
III. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle	68-102	25

* La présente note est soumise deux semaines après la date limite, fixée à 10 semaines avant le début de la session, en raison d'une charge de travail extrêmement lourde et de la nécessité d'achever les consultations et de modifier le texte en conséquence.



A. Concepts de constitution et d'opposabilité	69-70	25
B. Concept unitaire de sûreté réelle mobilière	71	25
C. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle	72-74	26
D. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée	75	27
E. Distinction entre un créancier garanti et un titulaire de droits en ce qui concerne la propriété intellectuelle	76-77	27
F. Types de droits de propriété intellectuelle pouvant faire l'objet d'une sûreté réelle mobilière	78-94	28
G. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future	95-98	32
H. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle	99-100	34
I. Financement d'acquisitions et accords de licence	101-102	34

I. Introduction

A. Historique

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 7, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, paragraphes 1 à 5, A/CN.9/WG.VI/WP.34, paragraphes 10 et 11, et A/63/17, paragraphe 326.*]

1. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission a examiné les travaux qu'elle pourrait entreprendre dans le domaine de la loi sur le financement garanti. Il a été noté que les droits de propriété intellectuelle (par exemple, droit d'auteur, brevet et marque) devenaient une source de crédit extrêmement importante et ne devraient pas être exclus d'une loi moderne sur les opérations garanties. Il a également été noté que les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties (le "projet de guide") s'appliquaient, en règle générale, aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec le droit de la propriété intellectuelle. Il a été noté en outre que, les aspects spécifiques du droit de la propriété intellectuelle n'ayant pas été pris en compte pour l'élaboration des recommandations, le projet de guide suggérait que les États adoptants envisagent d'apporter les modifications nécessaires aux recommandations pour traiter ces aspects¹.

2. Afin de donner davantage d'orientations aux États, il a été proposé que le Secrétariat prépare, en collaboration avec les organisations internationales spécialisées dans le droit du financement garanti et le droit de la propriété intellectuelle, en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), une note que la Commission examinerait à sa quarantième session en 2007 sur la portée éventuelle des travaux qu'elle pourrait entreprendre afin de compléter le projet de Guide. Il a été proposé en outre que, pour recueillir les avis des spécialistes et les suggestions des secteurs concernés, le Secrétariat organise des réunions de groupes d'experts et des colloques si nécessaire². À l'issue du débat, la Commission a prié le Secrétariat d'établir, en coopération avec les organisations concernées et en particulier l'OMPI, une note examinant le contenu des travaux qu'elle pourrait entreprendre dans l'avenir sur le financement garanti par la propriété intellectuelle. Elle a également prié le Secrétariat d'organiser un colloque sur cette forme de financement en veillant dans toute la mesure possible à ce que les organisations internationales concernées et des experts des différentes régions du monde y participent³.

3. Conformément à la décision de la Commission, le Secrétariat a organisé, en coopération avec l'OMPI, un colloque sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (Vienne, 18 et 19 janvier 2007) auquel ont participé des experts du droit du financement garanti du droit de la propriété intellectuelle, ainsi que des représentants de gouvernements et d'organisations gouvernementales et non gouvernementales nationales et internationales. Plusieurs propositions ont été faites à ce colloque quant aux modifications qui devraient être apportées au projet de

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17), par. 81 et 82.*

² *Ibid.*, par. 83.

³ *Ibid.*, par. 86.

guide pour traiter des questions propres au financement garanti par la propriété intellectuelle⁴.

4. À la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a examiné une note du Secrétariat intitulée “Travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle” (A/CN.9/632), qui tenait compte des conclusions du colloque. Afin de donner des orientations suffisantes aux États sur les modifications qu’ils devraient éventuellement apporter à leurs lois pour éviter des incohérences entre la loi sur le financement garanti et le droit de la propriété intellectuelle, elle a décidé de charger le Groupe de travail VI (Sûretés) d’établir une annexe au projet de guide consacrée aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle⁵.

5. À la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007), la Commission a finalisé et adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le “Guide”), étant entendu qu’une annexe traitant spécialement des sûretés réelles mobilières sur les droits de propriété intellectuelle serait élaborée par la suite⁶.

6. À sa treizième session (New York, 19-23 mai 2008), le Groupe de travail VI a examiné une note du Secrétariat intitulée “Sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle” (A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1). À cette session, il a prié le Secrétariat de préparer un projet d’annexe au Guide relative aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (l’“Annexe”) en tenant compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/649, par. 13). À cette même session, le Groupe de travail a estimé que, si la primauté du droit de la propriété intellectuelle devait être dûment reconnue, le cadre de référence pour l’Annexe devrait être le Guide et non la loi nationale sur les opérations garanties (voir A/CN.9/649, par. 14). N’étant pas parvenu à un accord sur le point de savoir si certaines questions relatives à l’incidence de l’insolvabilité sur une sûreté grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/649, par. 98 à 102) étaient suffisamment liées à la loi sur les opérations garanties pour justifier leur traitement dans l’Annexe, le Groupe de travail a décidé d’y revenir à une prochaine réunion et de recommander que le Groupe de travail V (Droit de l’insolvabilité) soit prié d’examiner ces questions (voir A/CN.9/649, par. 103).

7. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait bien avancé. Elle a également noté la discussion et la décision ci-dessus du Groupe de travail VI en ce qui concerne certains aspects liés à l’insolvabilité et a décidé qu’il faudrait en informer le Groupe de travail V et l’inviter à exprimer un avis préliminaire à sa prochaine session. Il a aussi été décidé que, dans l’éventualité où des questions en suspens devraient être examinées par les deux groupes de travail à la fois après cette session, le Secrétariat pourrait organiser, après consultation des présidents des deux groupes, une discussion conjointe à propos de l’incidence de l’insolvabilité sur une

⁴ Voir <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html>.

⁵ *Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17 (Part I)), par. 156, 157 et 162.

⁶ *Ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17 (Part II)), par. 99 et 100.

sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle lorsque les deux groupes se réuniraient successivement au printemps de 2009⁷.

B. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle dans le Guide

8. Sauf exceptions limitées, les recommandations du Guide s'appliquent aux sûretés réelles mobilières grevant tous les types de biens meubles, y compris la propriété intellectuelle (voir recommandations 2 et 4 à 7). Elles ne s'appliquent toutefois pas à cette dernière dans la mesure où elles sont incompatibles avec une loi nationale ou un accord international concernant la propriété intellectuelle (voir recommandation 4 b)). La recommandation 4 b) pose le principe fondamental qui régit la relation, dans le Guide, entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle qui traite par exemple des brevets, des marques ou du droit d'auteur. Le terme "propriété intellectuelle" est défini de sorte que le Guide soit compatible avec les lois et les traités relatifs à la propriété intellectuelle (voir par. 12 ci-dessous). Le terme "loi concernant la propriété intellectuelle" englobe à la fois le droit législatif et la jurisprudence. Il s'agit d'une notion plus large que celle de "droit de la propriété intellectuelle" mais plus étroite que celle de droit commun des contrats ou des biens⁸. En conséquence, la recommandation 4 b) aura une portée plus étroite ou plus large selon la façon dont un État définit le contenu de la propriété intellectuelle conformément à ses obligations internationales découlant des traités régissant celle-ci (par exemple, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, généralement appelés "Accord sur les ADPIC").

9. La recommandation 4 b) vise à éviter qu'un État adoptant les recommandations du Guide ne modifie involontairement les règles fondamentales du droit de la propriété intellectuelle. Le Guide ne s'intéressant pas aux questions d'existence, de validité et de contenu des droits de propriété intellectuelle du constituant (voir section II.A.4 ci-dessous), les risques de conflit entre les régimes sur ces questions sont limités. Pour ce qui est des questions de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle, il est possible toutefois que, dans certains États, les deux régimes prévoient des règles différentes. Dans ce cas, la recommandation 4 b) préserve la primauté de la règle portant spécifiquement sur la propriété intellectuelle. Il convient de noter néanmoins que les règles du droit de la propriété intellectuelle dans certains États portent uniquement sur des formes d'opérations garanties qui ne sont pas l'apanage du droit de la propriété intellectuelle et qui ne pourront plus être utilisées une fois que ces États adopteront les recommandations du Guide (par exemple, nantissements, hypothèques et transferts ou fiducies à des fins de garantie dont peut faire l'objet la propriété intellectuelle). C'est pourquoi les États qui adopteront le Guide souhaiteront peut-être aussi revoir leurs lois concernant la propriété intellectuelle afin d'assurer une plus grande cohérence entre les deux régimes – loi sur les opérations garanties et droit de la propriété

⁷ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17)*, par. 326.

⁸ En dépit de la différence entre les termes "loi concernant la propriété intellectuelle" et "droit de la propriété intellectuelle", pour plus de commodité, ces deux termes sont employés indifféremment dans la présente Annexe.

intellectuelle – en tenant compte en particulier de l’approche intégrée et fonctionnelle recommandée dans le Guide, sans modifier les principes et les objectifs fondamentaux de ces lois.

10. L’Annexe vise à fournir aux États des conseils sur un tel système cohérent. Faisant fond sur le commentaire et les recommandations du Guide, elle examine comment les principes de ce dernier s’appliquent lorsque le bien grevé est un droit de propriété intellectuelle et, si nécessaire, formule des commentaires et recommandations supplémentaires. De même que les commentaires et recommandations portant sur d’autres biens particuliers, ceux qui concernent spécifiquement la propriété intellectuelle modifient ou complètent les recommandations et les commentaires généraux du Guide. En conséquence, sauf dispositions contraires de la loi concernant la propriété intellectuelle et sous réserve de tous commentaires et recommandations particuliers formulés dans l’Annexe, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle peut être constituée, rendue opposable, prioritaire et réalisée conformément aux recommandations générales du Guide.

11. Si l’Annexe n’a pas vocation à formuler des recommandations visant à amener un État à modifier sa loi concernant la propriété intellectuelle, comme cela est indiqué plus haut, elle n’en risque pas moins d’avoir un impact sur cette loi. L’Annexe examine cet impact et avance parfois des propositions modestes que les États adoptants pourraient examiner (en employant l’expression “les États pourraient” ou “les États souhaiteront peut-être envisager”, et non “les États devraient”). Ces propositions partent du principe qu’en adoptant une loi sur les opérations garanties du type recommandé par le Guide, les États ont fait le choix de moderniser leur loi sur les opérations garanties. Elles ont donc pour but d’indiquer dans quels cas cette modernisation pourrait amener les États à examiner la meilleure manière d’assurer la cohérence entre leur régime des opérations garanties et leur régime de la propriété intellectuelle.

C. Terminologie

[Note à l’intention du Groupe de travail: Pour les paragraphes 12 à 21, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, paragraphes 39 à 60, et A/CN.9/649, paragraphes 104 à 107.]

12. Ainsi qu’il a déjà été indiqué, le Guide emploie le terme “propriété intellectuelle” (Introduction, Section E). Le commentaire explique que la définition du terme dans le Guide est conçue de sorte que ce dernier soit conforme aux lois et traités régissant la propriété intellectuelle tout en respectant le droit du législateur d’un État adoptant ses recommandations d’aligner la définition sur son propre droit (loi nationale et traités). Aussi le Guide considère-t-il comme “propriété intellectuelle” aux fins de ses propres dispositions tout ce que l’État adoptant considère comme étant de la propriété intellectuelle.

13. De même, ainsi qu’il a été mentionné, le commentaire explique que les termes “loi” et “droit” employés dans le Guide désignent aussi bien le droit législatif que le droit non législatif. Il explique en outre que l’expression “loi concernant la propriété intellectuelle” (voir recommandation 4 b)) a une portée plus vaste que le terme “droit de propriété intellectuelle” (traitant par exemple des brevets, des marques ou

du droit d'auteur) mais plus étroite que la notion de droit commun des contrats ou des biens.

14. Si le Guide s'en remet au droit de chaque État adoptant pour la définition des termes désignant les types particuliers de propriété intellectuelle (par exemple le brevet, la marque ou le droit d'auteur) ou d'opération (par exemple un transfert ou une licence de propriété intellectuelle), il emploie sa propre terminologie pour les questions relevant de la loi sur les opérations garanties. C'est ainsi qu'il parle de "sûretés réelles mobilières" pour désigner tous les types de droits garantissant une obligation, quelle que soit leur dénomination. En conséquence, le terme "sûreté réelle mobilière" désignerait aussi le droit d'une personne bénéficiant d'un transfert effectué à titre de garantie.

15. Le Guide emploie aussi le terme "licence" et, dans le contexte de la propriété intellectuelle, établit une distinction, d'une part, entre l'accord de licence et la licence (à savoir l'autorisation d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence) et, d'autre part, entre la licence exclusive et la licence non exclusive. Cependant, le soin de définir ces termes exactement est laissé au droit de la propriété intellectuelle, au droit des contrats ou à tout autre droit applicable (par exemple, la Recommandation commune concernant les licences de marques, adoptée par l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle et l'Assemblée générale de l'OMPI (2000)⁹ et le Traité de Singapour sur le droit des marques (2006))¹⁰. Le Guide n'a aucune incidence en particulier sur les limites ou les clauses de l'accord de licence faisant référence à la description de la propriété intellectuelle concernée, aux utilisations autorisées ou restreintes, à la région géographique d'utilisation et à la durée de cette utilisation. Par exemple, une licence exclusive pour exploiter les "droits de projection en salle" du film A dans le pays X pour une durée de "dix ans à partir du 1^{er} janvier 2008" diffère d'une licence exclusive autorisant l'exploitation des "droits vidéo" sur le film A dans le pays Y pour une période de "dix ans à partir du 1^{er} janvier 2008". Le Guide n'a aucune influence non plus sur la manière dont le droit de la propriété intellectuelle qualifie les droits découlant d'un accord de licence (par exemple, dans certains systèmes, un accord de licence exclusive crée des droits réels voire équivaut à un transfert de divers droits exclusifs découlant de la propriété intellectuelle). Dans le Guide, le terme "sûreté réelle mobilière" n'est pas employé pour désigner une licence exclusive ou non exclusive. En fait, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle, ou tout autre bien meuble, est souvent définie par référence au droit du créancier garanti d'obtenir, en cas de défaillance du constituant, le paiement ou une autre forme d'exécution de l'obligation garantie sur la valeur économique de la propriété intellectuelle (à savoir, droit d'exploitation, droit d'accorder des licences et droit à des redevances découlant des deux droits précédents).

16. En outre, le Guide emploie divers termes pour désigner le type particulier de propriété intellectuelle susceptible d'être affecté en garantie d'un crédit (à savoir, les prérogatives qui sont conférées au titulaire des droits, au donneur de licence et au preneur de licence) sans modifier la nature, le contenu ou les conséquences juridiques de ces termes aux fins du droit de la propriété intellectuelle, du droit des contrats ou du droit des biens.

⁹ http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/fr/development_iplaw/pdf/pub835.pdf.

¹⁰ http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/singapore/singapore_treaty.html.

17. Le terme “créance” désigne, dans le Guide, le droit au paiement d’une obligation monétaire et, aux fins du Guide, englobe par conséquent le droit du donneur de licence d’obtenir paiement des redevances. Le terme “cession” est employé, dans le Guide, pour les créances de manière à désigner les transferts purs et simples, les transferts à titre de garantie (considérés dans le Guide comme des sûretés) et les opérations constitutives d’une sûreté réelle mobilière sur une créance. Afin de ne pas donner l’impression que les recommandations du Guide relatives aux cessions de créances s’appliquent également aux “cessions” de propriété intellectuelle, le terme “transfert” (et non “cession”) est employé dans l’Annexe pour désigner le transfert des droits de propriété intellectuelle du titulaire.

18. Dans une opération garantie portant sur la propriété intellectuelle, le titulaire des droits de propriété intellectuelle peut grever ceux-ci. Dans ce cas, le terme “constituant” employé dans le Guide désigne ce titulaire. Il se peut cependant que le bien grevé soit un droit moindre, par exemple l’autorisation du preneur de licence d’utiliser la propriété intellectuelle conformément aux clauses de l’accord de licence, y compris le droit de conclure des accords de sous-licence et d’obtenir paiement de redevances au titre de ces sous-licences (à condition que le droit applicable et les clauses de l’accord de licence les considèrent comme transférables). Dans ce cas, le terme “constituant” désigne “le preneur de licence”. Enfin, comme dans toute opération garantie portant sur d’autres types de biens meubles, le terme “constituant” peut désigner un tiers qui crée une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle afin de garantir l’obligation due par le débiteur au créancier garanti.

19. Dans la loi sur les opérations garanties, le concept de “réclamant concurrent” est employé pour désigner des parties, autres que le créancier garanti dans une convention constitutive de sûreté, qui peuvent revendiquer un droit sur les biens grevés ou sur le produit de leur disposition. Ainsi, le Guide emploie le terme “réclamant concurrent” (par exemple un autre créancier garanti ou le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence d’un bien grevé) au sens de réclamant qui entre en concurrence avec un créancier garanti. Dans le droit de la propriété intellectuelle, la notion de “réclamant concurrent” n’existe pas et les “conflits de priorité” renvoient généralement à des conflits entre bénéficiaires de transferts, preneurs de licence et auteurs d’atteintes aux droits de propriété intellectuelle, même s’il n’y a pas de conflit avec un créancier garanti. La loi sur les opérations garanties n’intervient pas dans le règlement de conflits qui n’impliquent pas de créancier garanti.

20. Le Guide reconnaît qu’une convention constitutive de sûreté crée un droit réel limité (une sûreté réelle mobilière) sur un bien grevé (à condition, bien entendu, que le constituant ait le droit de créer une telle sûreté sur le bien en question) et n’équivaut pas à un transfert de la propriété. De ce fait, le terme “créancier garanti” (qui comprend le bénéficiaire d’un transfert à titre de garantie) ne désigne pas, dans le Guide, le bénéficiaire d’un transfert ou le propriétaire. Autrement dit, un créancier garanti qui acquiert une sûreté réelle mobilière conformément aux dispositions du Guide n’est pas présumé acquérir ce faisant la propriété. En effet, les créanciers garantis ne souhaitent généralement pas assumer les obligations et les coûts liés à la propriété et le Guide ne les y oblige pas. Il en découle, par exemple, que même après la constitution d’une sûreté réelle mobilière, le propriétaire du bien grevé peut exercer tous ses droits en qualité de propriétaire (sous réserve, bien

entendu, des limites qu'il ait pu convenir avec le créancier garanti). Ainsi, lorsque le créancier garanti dispose du bien grevé en réalisation de sa sûreté après la défaillance, il ne devient pas pour autant propriétaire. Il ne fait qu'exercer en l'occurrence les droits du propriétaire avec le consentement que ce dernier a donné lors de la constitution de la sûreté. En cas de défaillance, ce n'est qu'après avoir proposé d'acquérir les droits de propriété du constituant sur le bien grevé à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie (en l'absence d'objection de la part du débiteur et des autres créanciers du débiteur) ou qu'après avoir acquis les droits de propriété du constituant en achetant le bien dans une vente publique, que le créancier garanti peut devenir propriétaire.

21. Cette qualification de la convention constitutive de sûreté ainsi que des droits du créancier garanti vaut également lorsque le bien grevé est un bien de propriété intellectuelle. Le Guide n'a cependant aucune incidence sur les différentes qualifications prévues par le droit de la propriété intellectuelle lorsque celles-ci ont trait à des questions relevant de ce droit. Dans le droit de la propriété intellectuelle, il se peut qu'une convention constitutive de sûreté soit qualifiée de transfert des droits de propriété intellectuelle du titulaire et que le créancier garanti jouisse des droits d'un titulaire (par exemple le droit de traiter avec les autorités publiques, d'octroyer une licence ou de poursuivre les auteurs d'atteintes). Rien dans la loi sur les opérations garanties n'empêche donc, par exemple, un créancier de convenir avec un titulaire de droits d'assumer la qualité de ce dernier, à condition que l'accord ne vise pas à garantir l'exécution d'une obligation. Si l'accord garantit ou vise à garantir l'exécution d'une obligation et si le droit de la propriété intellectuelle autorise un créancier garanti à assumer la qualité de titulaire des droits, le terme "créancier garanti" peut désigner le titulaire des droits dans la mesure prévue par le droit de la propriété intellectuelle, et les droits du créancier garanti sur la propriété intellectuelle grevée seront déterminés conformément à la loi sur les opérations garanties et au droit de la propriété intellectuelle, comme prévu dans le Guide.

D. Exemples de pratiques de financement garanti par la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: Pour les paragraphes 22 à 41, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, paragraphes 8 à 21, et A/CN.9/649, paragraphe 108.]

22. Afin de mettre en perspective l'analyse réalisée dans l'Annexe, la présente section expose un certain nombre d'exemples types d'opérations garanties dans lesquelles des droits de propriété intellectuelle sont grevés.

23. Il serait utile de diviser les opérations garanties portant sur des droits de propriété intellectuelle en trois grandes catégories. La première comprend des opérations dans lesquelles les droits de propriété intellectuelle eux-mêmes sont affectés en garantie d'un crédit. Dans ce type d'opération, le fournisseur du crédit se voit consentir une sûreté réelle mobilière sur des brevets, des marques, le droit d'auteur ou d'autres droits de propriété intellectuelle de l'emprunteur. Les exemples 1 à 5 illustrent cette catégorie d'opération. Ainsi, dans l'exemple 1, une société pharmaceutique souhaite obtenir un crédit garanti par son portefeuille de brevets et de demandes de brevet. Dans l'exemple 2, un fabricant de photocopieuses souhaite utiliser sa marque, ses brevets et ses secrets d'affaires pour garantir un

prêt. Dans l'exemple 3, l'emprunteur est un éditeur de bandes dessinées qui autorise des fabricants de vêtements à utiliser sous licence l'image des personnages de sa bande dessinée sur des tee-shirts et d'autres vêtements et qui propose d'affecter en garantie les flux de redevances qu'il compte tirer des accords de licence. Dans l'exemple 4, un producteur grève ses droits sur un film. Enfin, dans l'exemple 5, un prêt est octroyé à un concepteur de logiciels dont les produits contiennent des logiciels que des tiers l'autorisent à utiliser sous licence. S'il est vrai que les cinq exemples diffèrent considérablement de par la nature des activités considérées et les types de droits de propriété intellectuelle concernés, ils ont une caractéristique commune. Dans chacun d'entre eux, le bien affecté en garantie du crédit n'est autre que le droit de propriété intellectuelle de l'emprunteur, soit en tant que titulaire du droit soit en tant que preneur d'une licence octroyée par des tiers.

24. La deuxième catégorie d'opérations concerne les cas où des biens autres que des droits de propriété intellectuelle, tels que des stocks ou du matériel, sont affectés en garantie d'un crédit, mais où la valeur de ces biens est dans une certaine mesure fondée sur les droits de propriété intellectuelle qui s'y rattachent. Les exemples de 6 à 9 illustrent ce type d'opération. Dans l'exemple 6, l'emprunteur est un fabricant de vêtements et les biens devant être grevés sont les stocks du constituant, à savoir des vêtements de mode qui portent des marques de grande valeur que le fabricant exploite sous licence obtenue auprès des tiers propriétaires des marques. Dans l'exemple 7, le constituant est un distributeur (et non le fabricant) des stocks décrits dans l'exemple 6. Dans l'exemple 8, une librairie souhaite affecter en garantie d'un crédit ses stocks de livres protégés par le droit d'auteur, protection dont bénéficient des tiers auteurs et éditeurs. Enfin, dans l'exemple 9, le constituant fabrique du matériel qui utilise des technologies brevetées pour lesquelles il a obtenu une licence auprès du propriétaire du brevet.

25. La troisième catégorie concerne les opérations de financement qui combinent des éléments des deux premières catégories. L'exemple 10 en est une illustration. Il s'agit d'un crédit octroyé à un fabricant, garanti par un "nantissement global d'entreprise", portant sur pratiquement tous ses biens, y compris ses droits de propriété intellectuelle.

26. Chacune de ces catégories d'opérations non seulement utilise différents types (ou combinaisons) de biens grevés mais pose également différents problèmes juridiques à un prêteur potentiel ou autre fournisseur de crédit.

Catégorie 1

Exemple 1 (portefeuille de brevets et de demandes de brevet)

27. La Société A, entreprise pharmaceutique qui développe constamment de nouveaux médicaments, cherche à obtenir de la Banque A une ligne de crédit permanent garantie en partie par son portefeuille de brevets et de demandes de brevet actuels et futurs de médicaments. La Société A donne à la Banque A une liste de tous ses brevets et demandes de brevet existants, en indiquant leurs propriétaires, une estimation de leur valeur et les redevances à percevoir. La Banque A détermine quels brevets, demandes de brevet et redevances à percevoir entreront dans "l'assiette du prêt" (autrement dit, les brevets et les demandes de brevet auxquels la Banque convient d'attribuer une valeur pour le prêt) et pour quelle valeur. Parallèlement, la Banque demande à un expert indépendant en propriété

intellectuelle d'évaluer les brevets et les demandes de brevet. La Banque obtient ensuite une sûreté réelle mobilière sur le portefeuille de brevets et de demandes de brevet et inscrit un avis concernant sa sûreté dans les registres de brevets nationaux appropriés (à supposer que la loi applicable prévoit l'inscription des sûretés réelles mobilières sur le registre des brevets). Lorsque la Société A obtient un nouveau brevet, elle en indique les propriétaires, la valeur estimative et les redevances escomptées à la Banque A, qui inclura ce brevet dans l'assiette du prêt. La Banque évalue les informations, détermine le montant du crédit supplémentaire qu'elle va octroyer sur la base de ce nouveau brevet, et modifie l'assiette en conséquence. Elle procède alors auprès des offices des brevets aux inscriptions appropriées concernant sa sûreté sur le nouveau brevet.

Exemple 2 (marque, brevets et secrets d'affaires d'un fabricant)

28. La Société B, célèbre fabricant de photocopieuses, souhaite réaliser auprès de la Banque B un emprunt garanti en partie par sa marque, ses brevets utilisés en rapport avec les photocopieuses et les secrets d'affaires utilisés dans le processus de fabrication (dont l'ensemble a été évalué à 100 millions d'euros par un expert indépendant). L'activité de la Société consiste à vendre ses photocopieuses et à mettre sa marque et ses brevets sous licence afin de générer un flux de trésorerie qui servira en partie à rembourser le prêt. Elle fournit à la Banque B une liste de tous les pays dans lesquels la marque et les brevets sont enregistrés ou utilisés, ainsi qu'une liste de toutes les personnes autorisées à exploiter la marque et les brevets sous licence. La Banque inscrit sa sûreté réelle mobilière dans les registres nationaux de marques et de brevets appropriés (à supposer que la loi applicable prévoit l'inscription des sûretés réelles mobilières sur ces registres).

Exemple 3 (financement garanti par des redevances)

29. La Société C, éditeur de bandes dessinées, accorde sous licence le droit d'utiliser ses personnages, protégés par le droit d'auteur, à un grand nombre de fabricants de vêtements, de jouets, de logiciels interactifs et d'accessoires. Aux termes de l'accord de licence standard, les preneurs de licence sont tenus de rendre compte de leurs chiffres d'affaires et de payer des redevances sur ce chiffre d'affaires tous les trimestres. La Société C souhaite emprunter à la Banque C une somme garantie par les flux prévus de redevances dues au titre de ces accords de licence. Elle communique à la Banque C une liste des licences, avec indication du profil de solvabilité de leurs titulaires et de la situation de chaque accord de licence. La Banque C demande alors à la Société C d'obtenir un "certificat d'estoppel" de chaque preneur de licence permettant de vérifier l'existence de la licence, l'absence de défaillance et le montant dû et de confirmer l'engagement pris par le preneur de la licence de payer les redevances futures à la Banque C jusqu'à nouvel ordre.

Exemple 4 (financement d'un film)

30. La Société D, entreprise cinématographique, souhaite produire un film. Elle crée une société distincte chargée de la production et de recruter les scénaristes, les producteurs, les réalisateurs et les acteurs. La société de production obtient de la Banque D un prêt garanti par le droit d'auteur, les contrats de services et toutes les recettes qui proviendront de l'exploitation du film. Elle conclut ensuite des accords de licence avec des distributeurs de multiples pays qui s'engagent à payer une

“avance” sur redevances une fois le film achevé et livré. Pour chaque licence, la Société de production D, la Banque D et le distributeur/preneur de licence concluent un accord “de reconnaissance et de cession” en vertu duquel le preneur reconnaît la sûreté réelle mobilière préexistante de la Banque D et la cession des redevances à la Banque D, tandis que la Banque s’engage, si elle doit réaliser sa sûreté sur la licence, à ne pas mettre fin à cette dernière aussi longtemps que le preneur continue à verser les redevances dues et se conforme à tous autres égards à l’accord de licence.

Exemple 5 (financement de la création de logiciels)

31. La Société E conçoit des logiciels complexes utilisés dans différentes applications architecturales. Certains composants des logiciels sont créés par ses propres ingénieurs (composants que la société met sous licence auprès de ses clients). La Société incorpore également dans ses produits des composants qu’elle utilise sous licence obtenue auprès de tiers (et pour lesquels elle octroie ensuite des sous-licences à ses clients). Elle souhaite obtenir de la Banque E un prêt garanti par une sûreté réelle mobilière grevant l’ensemble de ses droits de propriété intellectuelle, à savoir: a) ses droits sur les composants qu’elle développe elle-même; b) ses droits en tant que preneur de licence de propriété intellectuelle; et c) l’ensemble des redevances qu’elle perçoit au titres des licences (et sous-licences) qu’elle octroie à ses clients sur ses programmes.

Catégorie 2

Exemple 6 (Stocks vêtements de marque appartenant à un fabricant)

32. La Société F, fabricant de jeans et autres vêtements de créateurs de mode, souhaite emprunter à la Banque F un certain montant garanti en partie par ses stocks d’articles finis. Nombre des articles fabriqués par la Société F portent des marques célèbres que la Société exploite en vertu d’accords de licence conclus avec des tiers l’autorisant à fabriquer et à vendre les articles en question. La Société F fournit à la Banque F les accords de licence attestant son droit d’utiliser les marques.

Exemple 7 (Stocks de vêtements de marque appartenant à un distributeur)

33. La Société G, qui est l’un des distributeurs de la Société F, souhaite emprunter à la Banque G une somme garantie en partie par ses stocks de jeans et autres vêtements de créateurs qu’elle achète à la Société F, et dont une bonne part porte des marques connues que la Société F exploite sous licence obtenue auprès de tiers. La Société G fournit à la Banque G les factures émises par la Société F prouvant qu’elle a acquis les jeans dans le cadre d’une vente autorisée, ou bien copie des accords conclus avec la Société F attestant que les jeans distribués par la Société G sont authentiques.

Exemple 8 (financement d’une librairie)

34. La Société H, une librairie, demande à la Banque H un prêt garanti par ses stocks de livres reliés et brochés. Les auteurs et éditeurs sont titulaires du droit d’auteur sur les livres en question. La Société H acquiert ses livres de deux façons. Premièrement, elle achète aux éditeurs. Deuxièmement, elle accepte depuis peu certains livres “en dépôt” en s’engageant à leur réserver un certain espace et à leur

faire de la publicité. La Société H ne paie les livres que lorsqu'ils sont vendus et a le droit de les restituer à l'expiration d'un délai de plusieurs mois s'ils restent invendus.

Exemple 9 (financement de la fabrication de matériel dans le cadre d'un accord de licence)

35. La Société I exploite un brevet en vertu d'un accord de licence qui lui donne le droit de fabriquer et de vendre du matériel auquel est incorporée la technologie couverte par le brevet. Elle souhaite obtenir pour ses activités un financement garanti par le matériel qu'elle fabrique et les créances nées de la vente du matériel à ses clients.

Catégorie 3

Exemple 10 (nantissement global d'entreprise)

36. La société J, fabricant et distributeur de cosmétiques, souhaite obtenir un crédit de 200 millions d'euros afin de disposer d'un fonds de roulement continu pour ses activités. La Banque J envisage d'octroyer ce crédit, à condition qu'il soit garanti par un "nantissement global d'entreprise", autrement dit une sûreté réelle mobilière sur la quasi-totalité des biens présents et futurs de la Société, y compris tous les droits de propriété intellectuelle présents et futurs dont elle est titulaire ou qu'elle exploite sous licence.

37. Chacun des exemples susmentionnés illustre comment les propriétaires ou les preneurs de licences de droits de propriété intellectuelle, ou encore les propriétaires de biens dont la valeur dépend de droits de propriété intellectuelle, peuvent utiliser ces biens pour garantir un crédit. Dans chaque cas, tout prêteur potentiel prudent s'attachera avec une diligence raisonnable à déterminer la nature et l'étendue des droits des titulaires et des preneurs de licences de propriété intellectuelle concernés et à évaluer dans quelle mesure le financement proposé risque ou non d'affecter ces droits. La possibilité de régler ces questions de manière satisfaisante, en obtenant, en cas de besoin, le consentement et autre accord des titulaires des droits de propriété intellectuelle, influera sur la volonté du prêteur d'accorder le crédit demandé et sur le coût de ce crédit.

38. Chaque exemple pose des problèmes juridiques différents au prêteur potentiel. Les exemples 1 à 5 (opérations où la sûreté réelle mobilière porte directement sur les droits de propriété intellectuelle) soulèvent les questions suivantes:

a) Existe-t-il une méthode efficace et simple de constituer une sûreté réelle mobilière sur les catégories de droits de propriété intellectuelle concernées et de la rendre opposable? La constitution d'une sûreté entraîne-t-elle des coûts, comme des frais pour les formalités notariales ou autres ou des frais d'enregistrement, susceptibles d'accroître le coût du crédit pour l'emprunteur? Ces coûts sont-ils justifiés en raison des avantages accrus que tire le prêteur grâce à la protection des droits de propriété intellectuelle qui constituent sa garantie, ce qui peut réduire le coût et relever le montant du crédit que le prêteur est disposé à accorder à l'emprunteur du fait de cette protection accrue? Le prêteur peut-il aisément et à peu de frais consulter le fichier du registre pour établir la priorité de sa sûreté grevant le droit de propriété intellectuelle avant d'accorder un crédit? La sûreté sera-t-elle opposable à un syndic de faillite du constituant?

b) Dans le cas de droits de propriété intellectuelle enregistrés dans plusieurs pays, le prêteur sera-t-il autorisé par la loi de chacun de ces pays à inscrire sa sûreté dans ces pays? Quels sont les avantages ou les inconvénients de ces inscriptions et quel en serait le coût?

c) La loi applicable dans tel ou tel pays interdit-elle la constitution d'une sûreté sur certaines catégories de droits de propriété intellectuelle visées dans les exemples?

d) La sûreté peut-elle être constituée de manière à couvrir non seulement les droits de propriété intellectuelle existants mais aussi les droits de propriété intellectuelle futurs que crée ou acquiert le constituant? Dans l'exemple 1, la sûreté accordée à la Banque A peut-elle être automatiquement étendue aux nouveaux brevets de médicaments obtenus par la Société A et aux nouvelles demandes de brevet déposées par celle-ci?

e) Lorsqu'il est proposé de grever les redevances provenant de licences ou de sous-licences (comme dans les exemples 3, 4 et 5), existe-t-il une procédure simple qui permette à l'emprunteur de constituer une sûreté sur les rentrées attendues au titre des licences ou sous-licences? Les clauses des licences ou sous-licences interdisent-elles au donneur de la licence ou de la sous-licence de consentir une sûreté réelle mobilière sur la licence ou la sous-licence ou limitent-elles cette possibilité? Dans l'affirmative, quel est l'effet d'une telle interdiction ou restriction dans la loi applicable (par exemple cette interdiction ou restriction est-elle reconnue ou considérée comme inopposable)?

f) Dans chacune des situations envisagées dans les exemples 1 à 5, existe-t-il un moyen efficace pour le prêteur de réaliser sa sûreté sur les droits de propriété intellectuelle en question si le constituant ne s'acquitte pas de ses obligations en vertu de l'accord de financement?

39. Les exemples 6 à 9 soulèvent des questions quelque peu différentes pour le prêteur:

a) Si, dans l'exemple 6, la Banque F souhaite réaliser la sûreté constituée sur les articles de marque, serait-elle tenue d'obtenir le consentement des donneurs de licence de ces marques ou de leur payer des redevances ou encore de s'acquitter d'autres obligations de la Société F en vertu des accords de licence? La Banque F a-t-elle le droit de disposer des articles de marque sans le consentement des propriétaires des marques? Ces questions obligeront bien entendu le prêteur à examiner les dispositions des accords de licence en question;

b) Qu'advierait-il si, alors que le financement octroyé à la Société F n'a pas encore été remboursé, l'un des donneurs de licence de marque devient insolvable? L'administrateur de l'insolvabilité du donneur de licence pourrait-il mettre fin à la licence accordée à la Société F? Si, d'un autre côté, le donneur de la licence n'est pas insolvable mais est néanmoins défaillant à l'égard de son propre prêteur et si celui-ci transfère la marque à un tiers dans le cadre de la réalisation de sa sûreté réelle mobilière, ce transfert aurait-il pour effet de mettre fin à la licence accordée à la Société F? Le résultat dépendrait-il de la question de savoir si la licence accordée à la Société F l'a été avant ou après la constitution de la sûreté en faveur du prêteur du donneur de licence? Quel serait l'effet de la résiliation de la licence sur la possibilité pour la Banque F, en cas de défaillance de la Société F, de

disposer des biens existants fabriqués sous licence pendant que l'accord de licence était en vigueur?

c) En cas d'insolvabilité de la Société F, pourrait-elle néanmoins continuer à exploiter les licences si elle est soumise à une procédure de redressement conformément à la loi sur l'insolvabilité applicable ou, au minimum, aurait-elle le droit, en vertu des accords de licence, d'achever les travaux en cours? Dans quelles circonstances, le cas échéant, la Société F serait-elle autorisée par la loi sur l'insolvabilité applicable à céder les licences à un tiers dans le cadre de la vente de l'entreprise à un repreneur, avec l'approbation du tribunal de l'insolvabilité?

d) Les accords de licence conclus par la Société F restreignent-ils la possibilité pour celle-ci de divulguer des informations confidentielles à la Banque F pour que celle-ci puisse déterminer la valeur que les marques présentent comme garantie? Autrement dit, la Banque F a-t-elle le droit d'obtenir des informations confidentielles appartenant au donneur de licence alors que celles-ci ne doivent pas être divulguées? La Banque F peut-elle alors utiliser sans restriction ces informations confidentielles?

e) Dans les exemples 7 et 8, les banques se trouvent confrontées aux mêmes questions de diligence raisonnable que la banque dans l'exemple 6. Les réponses dans l'exemple 7 sont-elles différentes du fait que la Société G est un distributeur et non le fabricant des biens en question? Les réponses dans l'exemple 8 sont-elles différentes parce que le droit de propriété intellectuelle en question est le droit d'auteur et non une marque? Le fait que certains livres sont vendus (et peuvent entraîner un épuisement des droits, voir par. 93 ci-dessous et A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 81 à 84), tandis que d'autres se trouvent en dépôt a-t-il des conséquences différentes?

f) Les réponses à l'exemple 9 sont-elles différentes parce que les droits de propriété intellectuelle en question sont des brevets et non des marques?

40. Enfin, l'exemple 10 concerne une situation de plus en plus fréquente où le crédit est garanti par un nantissement global d'entreprise. Ce mécanisme de sûreté efficace et économique, qui permet de constituer une sûreté réelle mobilière sur la totalité ou la quasi-totalité des biens actuels et futurs du constituant, est reconnu dans un nombre croissant d'États (sous réserve, dans certains États, d'exceptions pour les créanciers chirographaires et d'autres limitations) (pour un examen plus détaillé du nantissement global d'entreprise, voir section II, A, 7 d), par. 64 à 70 du Guide). En règle générale, les droits de propriété intellectuelle du constituant entrent dans l'assiette large du nantissement global d'entreprise. Conformément à l'approche suivie dans l'ensemble de la présente annexe, la sûreté est toutefois soumise aux dispositions et exigences particulières du droit de la propriété intellectuelle concernant la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation des sûretés réelles mobilières. Le nantissement global d'entreprise peut néanmoins présenter une valeur considérable pour le créancier garanti. Ainsi, en cas de procédure d'insolvabilité ouverte contre le constituant, la sûreté prise sur la propriété intellectuelle dans le cadre du nantissement global de l'entreprise peut tout à fait être opposable à l'administrateur de l'insolvabilité. De même, si l'entreprise du constituant est vendue dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, une telle sûreté peut permettre au créancier de prétendre avec succès à un plus grand

pourcentage du produit de la vente, en particulier lorsque le prix de la vente est fondé dans une large mesure sur la propriété intellectuelle du constituant¹¹.

41. Une question pratique qui se pose pour les 10 exemples est de savoir comment l'emprunteur peut obtenir une évaluation exacte de ses droits de propriété intellectuelle, qui lui permettra ainsi de maximiser le montant du crédit qui lui sera octroyé sur la base de ces droits. La loi sur les opérations garanties ne peut répondre à cette question. Cependant, dans la mesure où elle a une incidence sur l'affectation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit, certaines difficultés liées à l'évaluation de la propriété intellectuelle doivent être comprises et traitées. Par exemple, bien que l'évaluation doive tenir compte de la valeur de la propriété intellectuelle elle-même et des flux de trésorerie escomptés, il n'existe aucune formule universellement acceptée à cette fin. Du fait de l'importance grandissante de la propriété intellectuelle en tant que garantie de crédits, prêteurs et emprunteurs peuvent généralement, dans certains États, demander conseil à des experts indépendants en propriété intellectuelle.

E. Principaux objectifs et principes fondamentaux

[Note à l'intention du Groupe de travail: Pour les paragraphes 42 à 45, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, paragraphes 61 à 75, et A/CN.9/649, paragraphes 88 à 97.]

42. Le Guide a pour objectif général de promouvoir le crédit garanti. Il examine plusieurs objectifs supplémentaires, comme la prévisibilité et la transparence (voir Introduction, Section C, 2, du Guide), qui concourent à la réalisation de cet objectif général. Il énonce également plusieurs principes fondamentaux sur lesquels il s'appuie. Ces principes sont notamment les suivants: le champ d'application large des lois sur les opérations garanties, l'approche intégrée et fonctionnelle des opérations garanties (approche dans laquelle toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté, quelle que soit leur dénomination, sont considérées comme des mécanismes de sûreté) et la possibilité de constituer une sûreté réelle mobilière sur des biens futurs (voir Introduction, section C, 3 du Guide).

43. Ces objectifs principaux et ces principes fondamentaux sont tout aussi valables pour les opérations garanties utilisant la propriété intellectuelle. Ainsi, le Guide a pour objectif général, en ce qui concerne la propriété intellectuelle, de promouvoir le crédit garanti en faveur des entreprises titulaires de droits de propriété intellectuelle ou autorisées à exploiter de tels droits, en leur permettant d'utiliser ceux-ci comme biens grevés, tout en protégeant les droits légitimes des titulaires, des donneurs de licence et des preneurs de licence de propriété intellectuelle. De même, tous les objectifs et principes mentionnés ci-dessus s'appliquent aux opérations garanties dans lesquelles le bien grevé est un droit de propriété intellectuelle ou comprend un droit de propriété intellectuelle. Par exemple, le Guide vise à:

¹¹ Il se peut que certaines de ces questions soient traitées dans la législation régissant des droits de propriété intellectuelle particuliers. L'article 19, par exemple, du Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire dispose que la marque communautaire peut, indépendamment de l'entreprise, être donnée en gage ou faire l'objet d'un autre droit réel et que, sur requête d'une des parties, ces droits sont inscrits au registre des marques communautaires.

- a) Permettre aux personnes ayant des droits sur la propriété intellectuelle d'utiliser cette dernière pour garantir un crédit (voir Principal objectif 1, alinéa a));
- b) Permettre aux personnes ayant des droits sur la propriété intellectuelle d'utiliser la valeur totale de leurs biens pour obtenir des crédits (voir Principal objectif 1, alinéa b));
- c) Permettre aux personnes ayant des droits sur la propriété intellectuelle de constituer une sûreté réelle mobilière sur ces droits de manière simple et efficace (voir Principal objectif 1, alinéa c));
- d) Laisser aux parties à des opérations garanties concernant la propriété intellectuelle le maximum de latitude pour négocier les conditions de leur convention constitutive de sûreté (voir Principal objectif 1, alinéa i));
- e) Permettre aux parties intéressées de déterminer l'existence de sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle de manière claire et prévisible (voir Principal objectif 1, alinéa f));
- f) Permettre aux créanciers garantis de déterminer la priorité de leur sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle de manière claire et prévisible (voir Principal objectif 1, alinéa g)); et
- g) Faciliter la réalisation efficace des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (voir Principal objectif 1, alinéa h)).

44. Le droit de la propriété intellectuelle a pour but général d'encourager la création et la diffusion d'idées nouvelles ou de découvertes. À cette fin, il accorde certaines prérogatives exclusives aux titulaires de droits. Afin d'assurer la réalisation des principaux objectifs de la loi sur les opérations garanties sans compromettre les objectifs du droit de la propriété intellectuelle et de fournir ainsi des mécanismes pour financer l'activité créative et la diffusion des fruits de cette activité, le Guide énonce un principe général qui régit la relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. Ce principe figure dans la recommandation 4 b) (voir section II, A, 4 ci-dessous). Il suffit ici de noter que le régime exposé dans le Guide ne vise en aucune façon à définir le contenu des droits de propriété intellectuelle, à décrire l'étendue des droits qu'un titulaire, un donneur de licence ou un preneur de licence peut exercer ni à interdire à un titulaire de droits de protéger la valeur de ces derniers en empêchant l'utilisation non autorisée de la propriété intellectuelle. À cet égard, l'objectif principal, à savoir promouvoir le crédit garanti en ce qui concerne la propriété intellectuelle, devrait être atteint de façon à ne pas compromettre les objectifs fixés par le droit de la propriété intellectuelle, qui sont d'empêcher une utilisation non autorisée de la propriété intellectuelle ou de protéger la valeur de cette dernière et donc d'encourager l'innovation et la créativité.

45. Il faudrait également interpréter cet objectif principal dans le contexte de la propriété intellectuelle comme désignant la nécessité d'éviter toute diminution de la valeur de la propriété intellectuelle et son abandon involontaire (ainsi, le défaut d'exploitation sérieuse d'une marque, le fait de ne pas l'utiliser sur tous les biens ou services, ou l'absence de contrôle de la qualité adéquat peut se traduire par une perte de la valeur voire un abandon de la propriété intellectuelle). De plus, dans le cas de biens ou de services associés à des marques, la loi sur les opérations garanties devrait éviter toute confusion chez les consommateurs quant à l'origine

des biens ou des services (par exemple, lorsqu'un créancier garanti remplace le nom et l'adresse du fabricant sur les biens pour y indiquer son nom et son adresse ou lorsqu'il conserve la marque et vend les biens dans un pays où la marque appartient à une autre personne). Enfin, la loi sur les opérations garanties ne devait pas permettre que la constitution d'une sûreté sur les droits d'un preneur de licence découlant d'une licence personnelle emporte transfert desdits droits sans l'accord du titulaire des droits.

II. Champ d'application et autonomie des parties

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 46 et 47, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 82 à 108, et A/CN.9/649, par. 81 à 87.]

A. Champ d'application large

46. Le Guide s'applique aux sûretés réelles mobilières créées ou acquises par une personne morale ou physique sur tous les types de biens meubles, y compris la propriété intellectuelle, afin de garantir tous types d'obligations, ainsi qu'à toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté, quelle que soit la manière dont elles sont dénommées par les parties ou qualifiées par la loi antérieure (voir recommandations 2 et 8). L'Annexe a un champ d'application tout aussi large en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.

1. Biens grevés visés

47. C'est au droit de la propriété intellectuelle qu'il revient de caractériser les types de propriété intellectuelle et de déterminer si chacun de ces types est susceptible d'être transféré (et donc d'être grevé). Le Guide et l'Annexe partent cependant du principe général qu'une sûreté réelle mobilière peut être constituée sur un brevet, une marque et le droit patrimonial d'un auteur (mais non sur le droit moral, si le droit de la propriété intellectuelle ne le permet pas). Ils partent également du principe que peuvent être grevés diverses prérogatives exclusives d'un titulaire de droits, mais aussi les droits d'un donneur de licence ou les droits d'un preneur de licence. Un tempérament important est cependant apporté au champ d'application du Guide et de l'Annexe qui vient d'être décrit. En vertu des règles générales du droit des biens, il faut que le droit devant être grevé soit susceptible d'être transféré conformément au droit commun des biens et de la propriété intellectuelle.

2. Opérations visées

48. Comme il a été indiqué, le Guide s'applique à toutes les opérations ayant fonction de sûreté, indépendamment de la façon dont elles sont désignées par les parties ou par le droit de la propriété intellectuelle. En d'autres termes, que le droit de la propriété intellectuelle considère le transfert d'un droit de propriété intellectuelle à un créancier à des fins de garantie comme un transfert conditionnel voire comme un transfert "pur et simple", le Guide considère que cette opération donne seulement naissance à une sûreté réelle mobilière et il s'y applique en conséquence.

3. Transferts purs et simples de propriété intellectuelle

49. Le Guide s'applique au transfert pur et simple (en d'autres termes le transfert pur et simple de la propriété) de créances (recommandation 3). Du fait qu'il considère les redevances dues par le preneur de la licence de propriété intellectuelle comme des créances, il s'applique au transfert pur et simple du droit de percevoir ces redevances. Si les transferts purs et simples de créances sont inclus dans le champ d'application du Guide, c'est parce qu'ils sont habituellement considérés comme des opérations de financement et qu'il est souvent difficile, dans la pratique, de les distinguer de prêts adossés à ces créances.

50. Le Guide s'applique également aux transferts de tous biens meubles à titre de garantie, qu'il considère comme des sûretés (voir recommandation 2 d)). Il ne s'applique toutefois pas au transfert pur et simple d'autres biens meubles, y compris la propriété intellectuelle, sauf en cas de conflit de priorité entre le bénéficiaire du transfert pur et simple et un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur le bien concerné. Cette exclusion s'explique par le fait que ce type de transfert est suffisamment régi par d'autres lois, y compris le droit de la propriété intellectuelle, et que, dans le cas de certains types de propriété intellectuelle, il est soumis à inscription sur un registre spécialisé.

4. Limitation du champ d'application

51. Le Guide part du principe que, pour faciliter l'accès à un financement adossé à la propriété intellectuelle, les États adoptant ses recommandations prévoient des règles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans leur régime moderne des opérations garanties. Le Guide reconnaît toutefois qu'il faut aussi, ce faisant, respecter les principes et l'infrastructure des lois concernant la propriété intellectuelle de l'État adoptant (voir recommandation 4 b)).

52. Les différents chapitres de la présente Annexe traitent en détail des points de recoupement potentiels entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. Aux fins de cet examen plus détaillé des conséquences de la recommandation 4 b), il est utile à ce stade de distinguer: a) les questions qui relèvent manifestement du droit de la propriété intellectuelle et dans lesquelles le Guide n'intervient aucunement; et b) les questions sur lesquelles les règles énoncées dans le Guide peuvent être supplantées ou complétées par une règle de la loi concernant la propriété intellectuelle qui régit la même question mais d'une manière différente.

a) Distinction entre les droits de propriété intellectuelle et les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

53. Le Guide traite uniquement des questions juridiques qui relèvent exclusivement de la loi sur les opérations garanties, et non des questions relatives à la nature et aux attributs juridiques du bien objet de la sûreté réelle mobilière. Ces dernières questions sont l'apanage des règles du droit des biens applicables en l'espèce (les créances constituant la seule exception partielle dans la mesure où le Guide s'applique aussi aux transferts purs et simples de créances).

54. Dans le cadre d'un financement garanti par la propriété intellectuelle, il en découle que le Guide ne traite pas, ni n'entend traiter, les questions concernant l'existence, la validité et le contenu de la propriété intellectuelle du constituant. Ces

questions sont tranchées exclusivement par le droit de la propriété intellectuelle applicable. Il va de soi que le créancier garanti devra prêter attention à ces règles afin d'évaluer l'existence et la qualité des biens grevés, chose qui vaudrait cependant pour tout autre bien. On trouvera ci-après une liste illustrative des questions traitées par le droit de la propriété intellectuelle concernant cette évaluation:

Droits d'auteur:

- a) Détermination de la personne ayant qualité d'auteur ou de coauteur;
- b) Durée de la protection du droit d'auteur;
- c) Limites et exceptions à la protection;
- d) Nature de la protection (expression matérialisée par l'œuvre, et non idée sous-jacente, et distinction entre les deux);
- e) Portée et transférabilité du droit moral;
- f) Relations entre les bénéficiaires du transfert du droit de l'auteur d'une œuvre préexistante et les titulaires du droit d'auteur sur une œuvre dérivée;
- g) Attribution de la propriété originelle en cas d'œuvre sur commande et d'œuvre créée par un salarié dans le cadre de son emploi.

Brevets:

- a) Détermination de la personne ayant qualité d'inventeur ou de coinventeur;
- b) Conséquences juridiques de l'enregistrement (par exemple validité) d'un brevet et lieu d'enregistrement;
- c) Portée et durée de la protection;
- d) Motifs de contestation de la validité (évidence ou absence de nouveauté);
- e) Question de savoir si une publication antérieure entraîne la non-brevetabilité;
- f) Question de savoir si la protection est accordée au premier inscrit ou à la première personne ayant conçu l'invention ou l'ayant mise en application.

Marques:

- a) Détermination du premier utilisateur ou du titulaire des droits sur la marque;
- b) Question de savoir si la protection est octroyée au premier utilisateur de la marque ou à la première personne ayant inscrit la marque;
- c) Question de savoir si l'utilisation antérieure est une condition préalable à l'inscription sur le registre des marques ou si le droit est obtenu par l'inscription initiale puis maintenu du fait de l'utilisation ultérieure;
- d) Fondement de la protection du droit (caractère distinctif);

e) Motifs de déchéance de la protection (le titulaire du droit ne fait pas en sorte que la marque reste associée aux biens du propriétaire mis sur le marché) par exemple lorsque:

i) Le titulaire concède une licence sans contrôler directement ou indirectement la qualité ou la nature des biens ou services désignés par la marque (“licence nue”); et

ii) La marque est modifiée au point que son apparence ne correspond plus à la marque enregistrée;

f) Question de savoir si la marque peut être transférée avec ou sans le fonds de commerce.

b) Domaines de recoupement potentiel entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle

55. Les questions qui viennent d’être abordées n’exigent pas qu’il soit donné préséance au droit de la propriété intellectuelle car le Guide n’a aucunement vocation à les traiter. En d’autres termes, il ne s’agit pas de questions pour lesquelles le principe posé à la recommandation 4 b) s’applique. Le problème de la préséance se pose lorsque la loi de l’État adoptant concernant la propriété intellectuelle prévoit une règle sur une question qui entre dans le champ d’application du Guide, à savoir une question qui a trait à la constitution, à l’opposabilité, à la priorité ou à la réalisation d’une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ou à la loi applicable à cette sûreté.

56. Il est impossible d’indiquer dans l’abstrait la portée et les conséquences précises d’une telle préséance, étant donné que la mesure dans laquelle des règles spécifiques sur la propriété intellectuelle ont été établies varie considérablement d’un État à l’autre, voire au sein d’un même État, selon la catégorie de propriété intellectuelle envisagée. Les exemples ci-après illustrent cependant certaines situations types.

Exemple 1

57. Certains États, où la constitution d’une sûreté réelle mobilière se fait par transfert de la propriété du bien grevé, n’admettent pas la création d’une sûreté sur une marque, par crainte que le transfert de la propriété au créancier garanti ne compromette le contrôle de la qualité exigé de la part du titulaire de la marque. Si les États en question adoptaient les recommandations du Guide, cette interdiction n’aurait plus raison d’être, car, selon la conception que le Guide se fait de la sûreté réelle mobilière, le constituant reste propriétaire des biens grevés. Toutefois, l’adoption des recommandations du Guide ne supprimerait pas automatiquement l’interdiction. L’exigence de préséance signifie qu’il serait nécessaire de modifier la législation sur la propriété intellectuelle concernée.

Exemple 2

58. Dans quelques États, le droit de la propriété intellectuelle exige l’inscription sur un registre spécialisé de la propriété intellectuelle pour la constitution ou l’opposabilité soit d’un transfert pur et simple uniquement, soit à la fois d’un transfert pur et simple et d’une sûreté réelle mobilière portant sur la catégorie de

propriété intellectuelle soumise à inscription sur ce registre. Compte tenu du principe de préséance accordée au droit de la propriété intellectuelle dans la recommandation 4 b), l'adoption des recommandations du Guide n'aurait aucune incidence sur l'application de cette règle et l'inscription au registre spécialisé continuera d'être exigée. Toutefois, cette préséance risque de compromettre l'objectif du Guide, qui est de faciliter les opérations garanties. À la différence du registre général des sûretés recommandé dans le Guide, il est souvent impossible d'inscrire, dans les registres de la propriété intellectuelle existants, un avis de sûreté au nom de constituant ou d'y procéder à une inscription concernant la propriété intellectuelle future. En fait, les sûretés réelles mobilières ne peuvent être inscrites que pour la propriété intellectuelle existante et de nouveaux avis doivent être enregistrés pour qu'une sûreté couvre chaque nouvelle propriété intellectuelle qui sera acquise par le constituant dans l'avenir.

Exemple 3

59. Dans certains États, le droit de la propriété intellectuelle prévoit l'inscription dans leurs registres de la propriété intellectuelle aussi bien pour les transferts purs et simples que pour les sûretés réelles mobilières, mais cette inscription n'est pas impérative au sens de "condition préalable absolue" à la constitution ou à l'opposabilité. Cependant, l'inscription a des conséquences en matière de priorité, car une opération non inscrite peut se voir primée par une opération inscrite. Dans ces États, la recommandation 4 b) permettrait de préserver cette règle du droit de la propriété intellectuelle. Il est donc probable qu'un créancier garanti désireux d'obtenir une protection optimale doit enregistrer sa sûreté à la fois au registre général des sûretés et au registre de la propriété intellectuelle. En effet: a) la loi sur les opérations garanties exige l'inscription au registre général des sûretés pour assurer l'opposabilité; et b) l'inscription au registre de la propriété intellectuelle sera nécessaire pour protéger le créancier garanti contre le risque de voir sa sûreté primée en raison de l'inscription d'un transfert pur et simple concurrent ou d'une sûreté réelle mobilière concurrente au registre de la propriété intellectuelle conformément aux règles du droit de la propriété intellectuelle régissant la priorité.

60. Dans certains États, l'inscription des transferts et des sûretés réelles mobilières au registre de la propriété intellectuelle protège contre un transfert ou une sûreté antérieur non inscrit uniquement si la personne qui a inscrit son droit a acquis ce dernier sans avoir connaissance du droit non enregistré (par exemple s'il s'agit d'un acquéreur de bonne foi). Dans les États où cette règle constitue une disposition du droit de la propriété intellectuelle auquel le Guide donne préséance conformément à la recommandation 4 b) (et non une règle générale de la loi sur les opérations garanties qui existe dans l'ensemble du système juridique de l'État), l'adoption des recommandations du Guide soulèvera une autre question, à savoir si l'inscription d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle, au registre général des sûretés, est présumée informer un créancier garanti ultérieur qui inscrit sa sûreté au registre de la propriété intellectuelle. Si tel est le cas, dans les États dont la loi prévoit cette règle de l'acquéreur de bonne foi, un créancier garanti ayant inscrit sa sûreté au registre général des sûretés n'aurait pas à l'inscrire également au registre de la propriété intellectuelle afin de l'emporter sur les créanciers garantis et les bénéficiaires de transferts ultérieurs.

Exemple 4

61. Le droit de la propriété intellectuelle de certains États prévoit l'inscription, sur leurs registres de la propriété intellectuelle, des transferts de propriété intellectuelle, mais non des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. Dans ces cas, l'inscription a des conséquences en termes de priorité uniquement entre les bénéficiaires de transferts mais non entre le bénéficiaire d'un transfert et un créancier garanti. Dans les États qui suivent cette approche, un créancier garanti devra s'assurer que tous les transferts de propriété intellectuelle en faveur de son constituant soient dûment inscrits au registre de la propriété intellectuelle afin d'éviter le risque que les droits de propriété de ce dernier soient primés par un transfert ultérieur inscrit. Autrement, toutefois, les droits du créancier garanti seront déterminés par le régime des opérations garanties. De même, le créancier garanti devra s'assurer que tout transfert à titre de garantie réalisé en sa faveur par le constituant soit dûment inscrit au registre de la propriété intellectuelle afin d'éviter le risque qu'un transfert ultérieur du constituant ne l'emporte sur ce transfert à titre de garantie.

Exemple 5

62. Dans le droit de la propriété intellectuelle de certains États, l'inscription des transferts et des sûretés réelles mobilières au registre de la propriété intellectuelle est strictement facultative et ne vise qu'à faciliter l'identification de l'actuel titulaire des droits. Le défaut d'inscription n'invalide pas l'opération ni n'affecte sa priorité (mais pourrait créer des présomptions). Dans les États qui adoptent cette approche, la situation est pour l'essentiel la même que s'il n'existait aucun registre spécialisé, ce qui est souvent le cas pour le droit d'auteur. Lorsque ces questions sont traitées dans le droit de la propriété intellectuelle, le Guide ne s'applique pas. En revanche, lorsque ces questions relèvent du droit commun des biens, aucun problème de préséance ne se pose, puisque les règles antérieures au Guide ne découlent pas de la loi concernant la propriété intellectuelle mais du droit des biens en général. En conséquence, l'adoption du Guide permettra de remplacer les règles existantes notamment sur la constitution, l'opposabilité et la priorité pour les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Il est entendu que les règles antérieures sur ces questions continueront de s'appliquer aux transferts purs et simples de propriété intellectuelle, puisque le Guide ne régit que les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Le créancier garanti devra par conséquent vérifier la qualité de tout transfert pur et simple de propriété intellectuelle réalisé en faveur de son constituant. Cette gestion du risque n'est cependant en rien différente de celle qui s'impose pour tout autre type de bien grevé, pour lequel n'existe aucun registre spécialisé.

Exemple 6

63. La question de savoir qui est titulaire des droits de propriété intellectuelle dans une succession de transferts relève du droit de la propriété intellectuelle. En revanche, la question de savoir si un transfert doit être qualifié de transfert pur et simple ou de transfert à titre de garantie est régie par le droit des biens et par la loi sur les opérations garanties.

Exemple 7

64. Là encore, le droit de la propriété intellectuelle peut prévoir des règles spécialisées régissant les modalités de saisie et de vente, par un créancier, de la propriété intellectuelle en exécution d'un jugement prononcé contre le titulaire des droits. Dans ce cas, c'est le droit de la propriété intellectuelle qui s'applique et non les règles de réalisation prévues dans le Guide. En l'absence, toutefois, de dispositions particulières sur la question dans le droit de la propriété intellectuelle et si l'exécution des jugements est régie par le Code de procédure civile ou par une loi sur l'exécution, le régime prévu dans le Guide pour la réalisation des sûretés réelles mobilières l'emporterait sur les règles nationales générales régissant l'exécution forcée des obligations et des jugements. De même, en l'absence de dispositions spécifiques sur la réalisation extrajudiciaire dans le droit de la propriété intellectuelle, le régime prévu dans le Guide pour la réalisation extrajudiciaire des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle s'appliquerait (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, chapitre sur la réalisation).

B. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

65. Le Guide consacre d'une manière générale le principe de l'autonomie des parties. Il prévoit cependant un certain nombre d'exceptions (voir recommandations 10, 111 et 112). Ce principe s'applique également aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans la mesure où le droit de la propriété intellectuelle ne limite pas l'autonomie des parties (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 62 et 63). Il est à noter que les recommandations 111 à 113 s'appliquent uniquement aux biens meubles corporels du fait qu'elles font référence à la possession des biens grevés et que par définition il est impossible de "posséder" des biens meubles incorporels.

66. Une illustration particulière du principe de l'autonomie des parties dans une opération garantie portant sur la propriété intellectuelle serait la suivante: le constituant et le créancier garanti peuvent convenir que le second pourra acquérir certaines prérogatives du titulaire des droits découlant du droit de la propriété intellectuelle et donc être autorisé à procéder à des inscriptions, ou à renouveler des inscriptions, de même qu'à poursuivre les auteurs d'atteintes. Cette convention pourrait prendre la forme d'une clause spéciale dans la convention constitutive de sûreté ou d'un accord séparé entre le constituant et le créancier garanti, car la simple obtention d'une sûreté ne confère pas à ce dernier la qualité de titulaire des droits (sauf si le droit de la propriété intellectuelle qualifie les droits du créancier garanti découlant du Guide de prérogatives du titulaire des droits ou autorise le titulaire et le créancier garanti à s'accorder sur le fait que ce dernier sera le titulaire des droits).

67. On notera que les dommages-intérêts perçus en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle entreraient dans la définition de "produit" ("tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés"), auquel s'étendrait la sûreté portant sur la propriété intellectuelle initialement grevée. Toutefois, le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes (par opposition au droit de recevoir paiement des dommages-intérêts en réparation de ces atteintes) est une autre question. Il ne s'agirait pas d'un

produit car il ne correspondrait pas à “tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés”, formule qui apporte une précision à la liste indicative (non exhaustive) figurant dans la définition (“y compris ... et les créances nées d’un vice, de l’endommagement ou de la perte d’un bien grevé”).

III. Constitution d’une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

[Note à l’intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 68 à 102, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 112 à 133, et A/CN.9/649, par. 16 à 28.]

68. Les remarques et recommandations générales du Guide relatives à la constitution d’une sûreté réelle mobilière s’appliquent aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (voir recommandations 13 à 19). Elles sont néanmoins complétées par les remarques spéciales qui suivent.

A. Concepts de constitution et d’opposabilité

69. Pour tous les types de bien grevé (y compris la propriété intellectuelle), le Guide établit une distinction entre la constitution d’une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) et son opposabilité (efficacité à l’égard des tiers), prévoyant pour chacune des règles différentes. Dans de nombreux États, le droit de la propriété intellectuelle ne fait pas toujours cette distinction (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 1 à 3).

70. Si la loi concernant la propriété intellectuelle dans un État traite la question sans établir de distinction entre la constitution et l’opposabilité d’une sûreté grevant la propriété intellectuelle, les recommandations du Guide énonçant les conditions à remplir pour constituer une sûreté et la rendre opposable ne s’appliquent pas dans la mesure où elles sont incompatibles avec cette loi. Cette question est donc régie par les règles du droit de la propriété intellectuelle qui s’appliquent en l’espèce. Si, en revanche, la loi concernant la propriété intellectuelle n’aborde pas la question, les recommandations du Guide s’y appliquent. Les États qui adopteront les recommandations du Guide souhaiteront peut-être envisager de revoir leurs lois concernant la propriété intellectuelle afin de déterminer si les différents concepts et règles relatifs aux questions de constitution et d’opposabilité des sûretés grevant la propriété intellectuelle concourent à la réalisation d’objectifs particuliers du droit de la propriété intellectuelle (plutôt que d’autres branches de droit, comme le droit des biens, le droit des contrats ou la loi sur les opérations garanties) et s’ils devraient être conservés ou harmonisés avec les concepts et les règles correspondants de la loi recommandée dans le Guide.

B. Concept unitaire de sûreté réelle mobilière

71. La loi concernant la propriété intellectuelle peut autoriser la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle, en se référant à différents concepts – transfert pur et simple ou conditionnel de la propriété intellectuelle, hypothèque, nantissement, fiducie – ou à des termes similaires. Le Guide emploie le

terme “sûreté réelle mobilière” pour désigner toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté. Il adopte ce que l’on appelle une “approche unitaire” des opérations garanties. Bien que le Guide envisage, à titre d’exception, la possibilité pour les États qui suivent l’approche non unitaire dans le contexte limité du financement d’acquisitions de conserver des opérations appelées “réserve de propriété” ou “crédit-bail”, cette exception ne vaut que pour les biens meubles corporels et ne s’appliquerait donc pas à la propriété intellectuelle. Les États adoptant les recommandations du Guide souhaiteront peut-être revoir leur loi concernant la propriété intellectuelle afin: a) de remplacer tous les termes employés pour désigner le droit d’un créancier garanti par “sûreté réelle mobilière”; ou b) de prévoir que, indépendamment du terme employé, les droits remplissant les fonctions d’une sûreté recevront le même traitement, qui ne sera pas incompatible avec celui prévu dans le Guide pour les sûretés réelles mobilières.

C. Conditions requises pour la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

72. Le Guide exige une convention écrite pour la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel. Il exige aussi que le constituant ait des droits sur le bien devant être grevé ou ait le pouvoir de le grever. La convention doit exprimer la volonté des parties de constituer une sûreté réelle mobilière, identifier le créancier garanti et le constituant et décrire l’obligation garantie ainsi que les biens grevés (voir recommandations 13 à 15). Comme il a été indiqué plus haut, aucune formalité supplémentaire n’est exigée pour constituer une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel. Les formalités supplémentaires (par exemple l’inscription d’un avis au registre général des sûretés) visent à assurer l’opposabilité d’une sûreté.

73. Toutefois, dans de nombreux États, le droit de la propriété intellectuelle soumet la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle à différentes conditions. Ainsi, l’inscription d’une sûreté grevant la propriété intellectuelle (par exemple un transfert à titre de garantie, une hypothèque ou un nantissement portant sur la propriété intellectuelle) peut être exigée pour que la sûreté soit constituée. La loi concernant la propriété intellectuelle exige parfois en outre que la propriété intellectuelle devant être grevée soit décrite précisément dans la convention constitutive de sûreté. Ainsi, il se peut qu’une description jugée suffisante dans le Guide (par exemple une description du type “l’ensemble de la propriété intellectuelle”) ne le soit pas au regard du droit de la propriété intellectuelle. Tout dépend des dispositions particulières du régime de la propriété intellectuelle applicable. De même, étant donné que les registres de la propriété intellectuelle indexent les documents enregistrés par droit de propriété intellectuelle, et non par le nom ou autre élément identifiant le constituant, un document qui se limite à mentionner “l’ensemble de la propriété intellectuelle du constituant” ne serait pas suffisant aux fins d’inscription sur ce registre. Il serait en fait nécessaire de désigner chaque droit de propriété intellectuelle dans la convention constitutive de sûreté et dans tous documents enregistrés.

74. Dans tous ces cas, conformément au principe énoncé dans la recommandation 4 b), la loi recommandée dans le Guide ne s’appliquerait que dans la mesure où elle n’est pas incompatible avec la loi concernant la propriété

intellectuelle. Les États adoptant le Guide souhaiteront peut-être, bien entendu, envisager de revoir leurs lois concernant la propriété intellectuelle afin de déterminer si les différents concepts et conditions relatifs à la constitution de sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle concourent à la réalisation d'objectifs particuliers du droit de la propriété intellectuelle et s'ils devraient être conservés ou être harmonisés avec les concepts et les règles correspondants prévus dans la loi recommandée par le Guide.

D. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée

75. Comme on l'a vu plus haut, un constituant doit avoir des droits sur le bien qu'il souhaite grever ou avoir le pouvoir de le grever (voir recommandation 13). Ce principe de la loi sur les opérations garanties s'applique également à la propriété intellectuelle. De plus, le droit commun des biens ne permet au constituant de grever ses biens que s'ils sont transférables. Ce principe s'applique lui aussi aux opérations garanties portant sur la propriété intellectuelle. En conséquence, un titulaire de droits ne peut grever ces derniers que s'ils sont transférables conformément au droit de la propriété intellectuelle. En particulier, le titulaire d'une licence de propriété intellectuelle pourra grever sa licence uniquement si celle-ci est transférable conformément au droit de la propriété intellectuelle et aux clauses de l'accord de licence.

E. Distinction entre un créancier garanti et un titulaire de droits en ce qui concerne la propriété intellectuelle

76. La question de savoir qui est titulaire des droits et si les parties peuvent la régler elles-mêmes relève du droit de la propriété intellectuelle. Quoiqu'il en soit, aux fins de la loi sur les opérations garanties recommandée dans le Guide, la personne titulaire des droits grevés le reste malgré la constitution d'une sûreté réelle mobilière et le créancier garanti ne devient pas titulaire des droits au seul motif qu'il a acquis une telle sûreté (sauf si le droit de la propriété intellectuelle assimile les droits acquis par un créancier garanti conformément au Guide aux prérogatives d'un titulaire de droits ou s'il permet simplement au titulaire des droits et au créancier garanti de convenir que le second deviendra le titulaire).

77. Dans le Guide, le créancier garanti peut devenir titulaire des droits si, après défaillance, il acquiert la propriété intellectuelle grevée à titre d'exécution de l'obligation garantie, ce qu'il ne peut faire qu'avec le consentement du constituant et de ses autres créanciers (voir recommandations 156 et 157) ou s'il acquiert la propriété intellectuelle grevée lors d'une vente publique (voir recommandations 141 et 148). Les créanciers garantis, il est vrai, souhaitent savoir comment leurs droits et leurs obligations seront qualifiés dans le droit de la propriété intellectuelle, mais cette qualification ne déterminera pas la manière dont leurs droits seront qualifiés par la loi sur les opérations garanties. Elle ne déterminera pas non plus la façon dont ces droits seront exercés dans le cadre de la loi sur les opérations garanties (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, chapitre sur la réalisation).

F. Types de droits sur la propriété intellectuelle pouvant faire l'objet d'une sûreté réelle mobilière

78. Le Guide permet la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur les droits du titulaire ou sur les droits qu'un accord de licence confère au donneur ou au preneur de la licence. Une sûreté réelle mobilière peut également être créée sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec un bien meuble corporel (par exemple des montres de créateur ou des vêtements de marque). La propriété intellectuelle doit être transférable conformément au droit de la propriété intellectuelle et être mentionnée dans la convention constitutive de sûreté.

1. Droits du titulaire

79. Le Guide s'applique aux opérations garanties dans lesquelles le titulaire greève ses droits. Ainsi, une sûreté réelle mobilière efficace et réalisable peut être constituée à condition que ces droits soient transférables conformément à la loi concernant la propriété intellectuelle. Il s'agit des droits suivants: le droit d'empêcher l'utilisation non autorisée de la propriété intellectuelle et de poursuivre les auteurs d'atteintes, le droit d'inscrire la propriété intellectuelle et le droit d'autoriser autrui à utiliser la propriété intellectuelle.

80. En règle générale, la prérogative essentielle du titulaire des droits est la possibilité d'empêcher tout usage non autorisé et de poursuivre toute violation de la propriété intellectuelle. Si le droit de la propriété intellectuelle considère que cette prérogative est transférable, elle peut alors être grevée d'une sûreté réelle mobilière à laquelle le Guide s'appliquera. Si la prérogative est inaliénable conformément au droit de la propriété intellectuelle, elle ne peut faire l'objet d'une sûreté, étant donné que le Guide ne prévaut pas sur les dispositions légales interdisant le transfert de biens, à l'exception de certaines interdictions concernant les créances futures et les cessions globales de créances (voir recommandation 18).

81. En ce qui concerne le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes, il est à noter que, si au moment de la constitution de la sûreté une violation a été commise, le titulaire des droits en a poursuivi les auteurs et ces derniers ont versé des dommages-intérêts, alors le montant versé avant la constitution de la sûreté ne fera pas partie de la propriété intellectuelle grevée et le créancier garanti ne pourra y prétendre en cas de défaillance en tant que bien initialement grevé. En revanche, si les dommages-intérêts sont versés après la constitution de la sûreté (pour une atteinte survenue avant ou après cette constitution), le créancier garanti peut y prétendre en tant que produit du bien initialement grevé. Si les dommages-intérêts n'ont pas été payés, la créance pourrait faire partie de la propriété intellectuelle initialement grevée et, en cas de défaillance, le créancier garanti pourrait y prétendre. Si l'action est pendante au moment de la constitution de la sûreté, le créancier garanti devrait être en mesure de donner à l'acquéreur de la propriété intellectuelle, en cas de défaillance, le droit de poursuivre l'action (si le droit de la propriété intellectuelle le permet).

82. Les mêmes considérations valent pour ce qui est de savoir si le droit d'inscrire la propriété intellectuelle ou de renouveler une inscription peut être transféré et donc faire partie de la propriété intellectuelle grevée. C'est à la loi concernant la propriété intellectuelle qu'il revient de déterminer si le droit d'inscription ou de

renouvellement des inscriptions est une prérogative inaliénable du titulaire. La description du bien grevé dans la convention constitutive de sûreté détermine quant à elle si ce droit fait partie de la propriété intellectuelle grevée.

2. Droits du donneur de licence

83. Comme il a été mentionné plus haut, un accord de licence ne constitue pas une opération garantie et n'emporte pas création d'une sûreté réelle mobilière. Le Guide permet toutefois la constitution d'une sûreté sur les droits d'un donneur de licence. Si ce dernier est le titulaire des droits, il peut créer une sûreté sur ces derniers comme indiqué plus haut. Il peut en outre constituer une sûreté sur son droit de réclamer des redevances et, éventuellement, sur d'autres droits contractuels de valeur, par exemple le droit d'obliger le preneur de licence à faire de la publicité pour la propriété intellectuelle mise sous licence ou le produit pour lequel la propriété intellectuelle est utilisée, ou le droit d'obliger le preneur à commercialiser la propriété intellectuelle mise sous licence uniquement d'une certaine manière. Si le donneur de licence n'est pas le titulaire des droits (mais un preneur de licence qui octroie une sous-licence), il peut constituer une sûreté sur son droit de réclamer des redevances ou sur d'autres droits contractuels de valeur.

84. Le Guide, suivant en cela l'approche adoptée dans la plupart des systèmes juridiques et dans la Convention des Nations Unies sur la cession, considère le droit de recevoir paiement de redevances comme une créance, autrement dit comme un bien distinct de la propriété intellectuelle dont il découle, de la même manière que les loyers sont des biens distincts du meuble ou de l'immeuble dont ils découlent. C'est pourquoi la discussion et les recommandations générales sur les créances, telles que modifiées par la discussion et les recommandations spéciales sur la question, s'appliquent au droit de recevoir paiement des redevances. Il s'ensuit que, dans le Guide, les interdictions légales dont font l'objet la cession de créances futures, la cession de fractions de créances ou les cessions globales de créances sont sans effet (voir recommandation 23). D'autres interdictions ou limitations légales restent cependant applicables (voir recommandation 18). Il est entendu que ce traitement serait soumis aux lois concernant la propriété intellectuelle – en particulier aux règles comptables internationales déterminant comment ou quand des redevances sont acquises (par exemple, Norme comptable internationale 38 (IAS 38) du Conseil international des normes comptables) – qui peuvent soit étendre soit restreindre la possibilité qu'ont les parties de déroger à toute interdiction légale. Ces règles prévoient que les redevances qui ne sont pas acquises conformément aux règles comptables applicables au moment où elles sont cédées sont soumises à un traitement comptable particulier. Ainsi, les parties à un accord de licence et à une convention constitutive d'une sûreté réelle mobilière sur le droit du donneur de licence de recevoir ces redevances devraient tenir en compte dans leurs opérations.

85. Selon le Guide, si un accord de licence (ou de sous-licence), donnant lieu à paiement de redevances, contient une clause qui limite la possibilité pour le donneur de la licence (ou de la sous-licence) de céder les redevances à un tiers ("cessionnaire"), la cession des redevances par le donneur de la licence (ou de la sous-licence) produit néanmoins effet et le preneur de la licence (ou de la sous-licence) ne peut mettre fin à l'accord de licence (ou de sous-licence) du seul fait de la cession des redevances (voir recommandation 24). Le Guide prévoit cependant que, sauf disposition contraire de la loi sur les opérations garanties recommandée, la

cession n'a pas d'incidences sur les droits du preneur de la licence (en tant que débiteur des créances cédées) (voir recommandation 117 a)). En particulier, le preneur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent de l'accord de licence ou de tout autre accord faisant partie de la même opération (voir recommandation 120 a)). Le Guide n'a pas d'incidences non plus sur la responsabilité qu'une autre loi peut imputer au donneur de la licence pour violation de la convention d'incessibilité (voir recommandation 24).

86. Il importe de noter que la recommandation 24 s'applique uniquement aux créances et non aux droits de propriété intellectuelle. Elle ne s'applique donc pas à un accord conclu entre le donneur et le preneur de la licence interdisant à ce dernier d'octroyer des sous-licences.

87. Il importe également de noter que cette recommandation s'applique uniquement à une convention entre le créancier et le débiteur de la créance interdisant la cession de la créance. Elle ne s'applique pas à une convention entre le créancier et le débiteur de la créance interdisant à ce dernier de céder les créances qu'il pourrait avoir sur des tiers. Aussi la recommandation 24 ne s'applique-t-elle pas à un accord entre le donneur et le preneur de la licence aux termes duquel ce dernier ne cédera pas son droit de recevoir paiement des redevances dues au titre de sous-licences octroyées à des tiers. Un tel accord peut être conclu par exemple lorsque le donneur et le preneur de la licence conviennent que le second utilisera les redevances dues au titre des sous-licences pour développer la propriété intellectuelle mise sous licence. Le Guide n'a par conséquent aucune incidence sur le droit du donneur de la licence de négocier l'accord de licence avec le preneur afin de déterminer qui pourra utiliser la propriété intellectuelle ou les redevances versées par le preneur de la licence et les preneurs des sous-licences.

88. La recommandation 24 ne s'applique pas non plus à une convention entre le donneur et le preneur de la licence autorisant le premier à mettre fin à l'accord de licence si le preneur viole son engagement de ne pas céder les redevances que lui doivent les preneurs des sous-licences. À cet égard, il conviendrait de noter que le droit conféré au donneur de la licence de mettre fin à l'accord de licence en cas de manquement de la part du preneur à son engagement incite fortement les preneurs des sous-licences à faire en sorte que le donneur soit payé. La recommandation ne porte pas atteinte au droit du donneur de la licence: a) de convenir avec le preneur qu'une partie des redevances dues à ce dernier (servant au paiement des redevances dues au donneur) par les preneurs des sous-licences seront versées sur un compte au nom du donneur; ou b) d'obtenir une sûreté réelle mobilière sur les redevances futures que les preneurs des sous-licences verseront au preneur de la licence, d'inscrire un avis la concernant au registre général des sûretés et d'obtenir ainsi la priorité sur les autres créanciers du preneur de la licence (sous réserve des règles du Guide sur l'opposabilité et la priorité des sûretés réelles mobilières).

89. On notera enfin que les dispositions du Guide relatives aux limitations à la cession de créances ne s'appliquent qu'aux limites contractuelles (et non législatives). De nombreux pays disposent d'une législation "de protection des auteurs" ou législation similaire qui considère une partie des revenus tirés de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle comme une "rémunération équitable" devant être versée aux auteurs, à d'autres ayants droit ou à leurs sociétés de gestion collective. Ces législations qualifient généralement ces droits à paiement

de non cessibles. Les recommandations du Guide concernant les limites à la cession de créances ne s'appliquent pas à ces limites ni à d'autres limites législatives (voir également par. 99 et 100 ci-après).

3. "Droits"¹² du preneur de licence

90. Le preneur de licence est autorisé à utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence conformément aux clauses de l'accord de licence. Il a le droit en outre, si l'accord de licence l'autorise à octroyer des sous-licences et si les accords de sous-licence prévoient le paiement de redevances, de demander paiement de ces redevances aux preneurs des sous-licences. Dans certains États, le droit de la propriété intellectuelle n'autorise pas le preneur de licence à constituer une sûreté réelle mobilière sur son autorisation d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence ni sur son droit à recevoir paiement des redevances dues au titre des sous-licences sans l'accord du donneur de la licence (cette règle peut admettre une exception lorsque le preneur de la licence vend son entreprise à un repreneur en vue de la poursuite de l'activité). En effet, il importe que le donneur de la licence contrôle la propriété intellectuelle mise sous licence en déterminant qui pourra l'utiliser. Si tel n'était pas le cas, la confidentialité et la valeur des informations associées au droit de propriété intellectuelle pourraient être compromises. Si la licence peut être cédée et que le preneur la cède effectivement, le cessionnaire prendra la licence sous réserve des conditions de l'accord de licence. Le Guide n'a aucune incidence sur ces pratiques en matière de concession de licences.

4. Droits sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec un bien meuble corporel

91. La propriété intellectuelle peut être utilisée en rapport avec un bien meuble corporel. Par exemple, un bien meuble corporel peut être fabriqué selon un procédé breveté ou grâce à l'exercice de droits protégés par un brevet; des jeans peuvent porter une marque ou des voitures peuvent contenir une puce qui renferme une copie d'un logiciel protégé; ou encore un CD peut contenir un logiciel, ou une pompe à chaleur contenir un produit breveté.

92. Lorsque la propriété intellectuelle est utilisée en rapport avec un bien meuble corporel, on se trouve face à deux catégories de biens: d'une part, la propriété intellectuelle et, de l'autre, le bien meuble corporel. Il s'agit de deux biens distincts. Le droit de la propriété intellectuelle autorise le titulaire des droits à contrôler de nombreuses utilisations dont le bien meuble corporel fait l'objet mais pas toutes. Par exemple, il lui confère le droit d'empêcher toute reproduction non autorisée d'un livre mais non d'empêcher une librairie agréée ayant acheté le livre de le vendre ou un acheteur final de prendre des notes dans la marge lors de la lecture. Ainsi, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ne s'étend pas au bien meuble corporel auquel se rattache cette propriété intellectuelle et une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel ne s'étend pas à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien, sauf si la convention constitutive de

¹² Le terme générique "droits du preneur de licence" désigne l'autorisation qui lui est donnée d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence et, éventuellement, d'octroyer d'autres licences ainsi que le droit de recevoir paiement des redevances dues par les preneurs des sous-licences. Il ne renvoie pas à la question de la nature juridique de la licence ou de son contenu, qui relève du droit de la propriété intellectuelle.

sûreté le permet expressément ou tacitement. En d'autres termes, l'assiette de la sûreté réelle mobilière dépend de la description du bien grevé dans la convention constitutive. On peut se demander à cet égard si la description devrait être précise (par exemple "tous mes stocks ainsi que tous les droits de propriété intellectuelle et autres droits qui s'y rattachent") ou si une description générale ("tous mes stocks") suffirait. Il semblerait qu'une description générale soit conforme aux principes du Guide et aux attentes raisonnables des parties, sachant qu'il s'agit de biens séparés. Les principes fondamentaux du droit de la propriété intellectuelle devraient néanmoins être respectés. Si la loi concernant la propriété intellectuelle exige une description précise de la propriété intellectuelle grevée, les États adoptants souhaiteront peut-être revoir cette loi afin de déterminer, par exemple, si l'exigence d'une description précise devrait s'appliquer à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec des biens meubles corporels.

93. Comme il a déjà été indiqué, une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel ne s'étend pas à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien mais porte sur le bien lui-même, y compris les caractéristiques du bien qui utilisent la propriété intellectuelle (par exemple, la sûreté s'applique à un téléviseur en tant que téléviseur en état de fonctionnement). La sûreté sur ce bien ne donne donc pas au créancier garanti le droit de fabriquer d'autres biens utilisant la propriété intellectuelle. En cas de défaillance, cependant, le créancier garanti pourrait exercer les voies de droit qui sont reconnues par la loi sur les opérations garanties, à condition que cet exercice ne porte pas atteinte aux prérogatives reconnues par le droit de la propriété intellectuelle. Il se peut que, dans le droit de la propriété intellectuelle applicable, le concept d'"épuisement" (ou des concepts analogues) s'applique à la réalisation de la sûreté réelle mobilière (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 81 à 84).

94. La recommandation suivante pourrait résumer les remarques formulées ci-dessus:

"La loi devrait prévoir que, sauf clause contraire dans la convention constitutive de sûreté, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ne s'étend pas aux biens meubles corporels en rapport avec lesquels elle est utilisée, et une sûreté réelle mobilière grevant ce type de biens ne s'étend pas à la propriété intellectuelle. Rien dans la présente recommandation n'empêche toutefois le créancier garanti titulaire d'une sûreté sur la propriété intellectuelle d'utiliser les biens meubles corporels dans les limites autorisées par le droit de la propriété intellectuelle, ni n'empêche un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les biens meubles corporels d'utiliser ces derniers dans les limites autorisées par le droit de propriété intellectuelle."

G. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future

95. Le Guide prévoit que les constituants peuvent consentir des sûretés réelles mobilières sur des biens futurs, à savoir des biens qu'ils créent ou qu'ils acquièrent après la constitution de la sûreté (voir recommandation 17). Cette recommandation s'applique en principe à la propriété intellectuelle. De ce fait, selon le Guide, une sûreté pourrait être créée sur la propriété intellectuelle future (en ce qui concerne les

limitations législatives, voir recommandation 18 et par. 96 à 99 ci-dessous). En effet, il est utile du point de vue commercial de permettre qu'une sûreté réelle mobilière porte sur des droits de propriété intellectuelle futurs. De nombreuses lois concernant la propriété intellectuelle suivent la même approche: elles autorisent les titulaires de droits à obtenir un financement utile à l'élaboration de créations nouvelles, à condition bien entendu que leur valeur puisse être raisonnablement estimée à l'avance. Par exemple, il est possible dans certains États de créer une sûreté réelle mobilière sur une demande de brevet avant même l'octroi du brevet. De même, on finance fréquemment la production de films ou la conception de logiciels à venir.

96. Toutefois, le droit de la propriété intellectuelle peut parfois limiter la possibilité de transférer différents types de propriété intellectuelle future à des fins spécifiques. Par exemple, dans certains cas, le transfert de droits sur de nouveaux médias ou de nouvelles utilisations technologiques inconnus au moment du transfert sera sans effet compte tenu de la nécessité de protéger les auteurs. Dans d'autres, le transfert de droits futurs peut être soumis à un droit légal d'annulation après une certaine période. Dans d'autres encore, la notion de "propriété intellectuelle future" peut englober des droits inscriptibles créés mais non encore inscrits. Les interdictions légales peuvent également prendre la forme d'une obligation de décrire précisément la propriété intellectuelle. Elles peuvent également découler du principe *nemo dat*, conformément auquel un créancier prenant une sûreté réelle mobilière n'obtient pas des droits supérieurs à ceux du constituant. En particulier, si le constituant est un preneur de licence, il ne peut donner que le droit que lui concède le donneur de licence.

97. D'autres limites à l'utilisation de la propriété intellectuelle future en tant que bien affecté en garantie d'un crédit peuvent découler de la signification qui est donnée aux concepts de "perfectionnement" ou d'"adaptation" par le droit de la propriété intellectuelle. Le créancier garanti devrait comprendre comment ces concepts sont interprétés dans le droit de la propriété intellectuelle et comment ils peuvent affecter le concept de "propriété", qui est essentiel dans la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle. Cet aspect est particulièrement important dans le cas des logiciels, par exemple. Ainsi, la sûreté d'un prêteur sur une version du logiciel qui existe au moment du financement ne peut s'étendre aux modifications apportées à cette version par la suite si, d'après le droit de la propriété intellectuelle, de telles modifications sont considérées comme des nouveautés (adaptations) pour lesquelles un nouveau transfert est requis. Il en va de même si les logiciels incorporent des brevets pouvant faire l'objet de "perfectionnements". Comme pour les autres interdictions légales, le Guide ne prévaut pas sur ces dispositions légales (voir recommandation 18).

98. Si la loi concernant la propriété intellectuelle limite la possibilité de transférer la propriété intellectuelle future, le Guide ne s'applique pas à la question. Autrement, le Guide s'applique et permet la création d'une sûreté réelle mobilière sur des biens futurs (voir recommandation 17). Lorsque le droit de la propriété intellectuelle limite la transférabilité de la propriété intellectuelle future, il le fait généralement pour protéger le titulaire des droits. Là encore, les États adoptant le Guide souhaiteront peut-être revoir leur droit de la propriété intellectuelle afin de déterminer si les avantages découlant de telles limitations l'emportent sur les avantages découlant de l'affectation de tels biens en garantie d'un crédit.

H. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle

99. Certaines règles du droit de la propriété intellectuelle peuvent limiter la possibilité de créer une sûreté réelle mobilière efficace sur certains types de propriété intellectuelle. Dans de nombreux États, seul peut être transféré le droit patrimonial de l'auteur; le droit moral n'est pas susceptible de transfert. La législation de nombreux États prévoit aussi que le droit de l'auteur à une rémunération équitable n'est pas transférable, du moins pas avant que celui-ci ait effectivement reçu paiement. De nombreux États encore prévoient que les marques ne sont pas transférables si ce n'est avec le fonds de commerce auxquelles elles se rattachent. Le Guide respecte toutes ces règles sur la transférabilité de la propriété intellectuelle (voir recommandation 18).

100. Les seules limites à la transférabilité de certains biens sur lesquelles le Guide pourrait avoir une incidence sont les limites légales à la transférabilité des créances futures et à la cession globale de créances, de fractions de créances ou de droits indivis sur des créances, ainsi que les limites contractuelles à la cession de créances nées de la vente ou de la mise sous licence de droits de propriété intellectuelle (voir recommandations 23 à 25). Le Guide peut également avoir une incidence sur les limites contractuelles, mais uniquement lorsqu'il s'agit de créances (et non de propriété intellectuelle) et seulement dans certains contextes, à savoir dans le cadre d'une convention conclue entre le créancier et le débiteur de la créance (voir par. 84 à 86 ci-dessus).

I. Financement d'acquisitions et accords de licence

101. Le Guide prévoit que les mécanismes de financement d'acquisition de biens meubles corporels (à savoir les ventes avec réserve de propriété, les crédits-bails et les opérations de prêts visant à financer le prix d'achat) devraient être traités comme des opérations garanties. Il prévoit deux approches pour ce type d'opération (une approche unitaire et une approche non unitaire), entre lesquelles les États peuvent choisir pour mettre en œuvre ce traitement (voir recommandations 9 et 187 à 202).

102. Un accord de licence pourrait être considéré comme présentant certaines des caractéristiques propres à une opération garantie car il permet: a) au preneur d'obtenir du donneur un financement dans la mesure où les redevances sont dues sous forme de paiements futurs échelonnés; b) au donneur d'autoriser le preneur à utiliser les droits de propriété intellectuelle conformément aux conditions fixées dans l'accord de licence; et c) au donneur de rester propriétaire des droits de propriété intellectuelle. Toutefois, l'accord de licence n'est pas une opération garantie. Dans l'accord de licence, le donneur reste propriétaire et ne devient pas créancier garanti. Le preneur ne devient pas propriétaire et n'acquiert pas non plus automatiquement le droit de constituer une sûreté réelle mobilière sur la licence ou de concéder une sous-licence à un tiers, si la licence et le droit de la propriété intellectuelle ne l'y autorisent pas. Le Guide ne s'applique donc pas à un accord de licence, bien qu'il aborde la question de savoir si la licence est prise libre d'une sûreté ou non (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, chapitre sur la priorité).