

Plan de cession et propriété intellectuelle : les biens intellectuels dans la tourmente des procédures collectives

Kévin Sagnier*

1. Introduction	231
2. Les biens intellectuels	234
2.1 Conditions	235
2.1.1 Cessibilité.	235
2.1.2 Propriété	238
2.1.3 Nécessité	239
2.2 Régime	241
2.2.1 Réalisation de la cession.	241
2.2.2 Obstacles à la cession	243

© Kévin Sagnier, 2016.

* Kévin Sagnier est élève-avocat et étudiant à HEC Paris. Diplômé en droit de la propriété intellectuelle – Magistère en droit des technologies de l’information et de la communication et propriété intellectuelle, Faculté de droit de l’Université de Poitiers, France.

[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2.3	Le sort des biens non compris dans le plan	246
2.3.1	Le droit des procédures collectives : solution partielle à un problème entier	246
2.3.2	Plans de cession partiels et maintien de l'activité	246
2.3.3	Plan de cession et liquidation	248
2.4	Le droit de la propriété intellectuelle : la lumière dans l'ombre	248
2.4.1	Les biens appropriables	250
2.4.2	Les biens inappropriables	250
3.	Les contrats	252
3.1	Conditions	252
3.1.1	Les caractères du contrat	252
3.1.1.1	Un contrat continué	253
3.1.1.2	Un contrat non légalement cédé	255
3.1.2	Le domaine	256
3.1.2.1	La cession judiciaire des contrats	257
3.1.2.2	<i>L'intuitu personæ</i> , faux-obstacle à la cession	260
3.2	Régime	261
3.2.1	La cession des contrats compris dans le plan.	261
3.2.1.1	La cession des contrats selon l'article L 642-7 du <i>Code de commerce</i>	262
3.2.1.2	La spécificité du crédit-bail	263

3.2.2	Le contrat portant sur un bien intellectuel non cédé	264
3.2.2.1	Le contexte	264
3.2.2.2	Les remèdes envisageables	264
4.	Conclusion	265

1. Introduction

« Choisir, c'était renoncer pour toujours, pour jamais, à tout le reste et la quantité nombreuse de ce reste demeurerait préférable à n'importe quelle unité »¹. André Gide, par ces mots, nous invite à prendre conscience de la difficulté du choix. Un choix, par définition, conduit à opérer un jugement de valeur pour déterminer ce que nous voulons et nier le reste des propositions qui peuvent nous être faites. Une négation normalement irrévocable. Si le plan de cession d'actifs semble bien loin des œuvres de cet auteur français, il n'empêche que nombre d'enseignements peuvent être tirés de cette citation. Notamment, lorsque, pour une entreprise en difficulté, le choix de la racheter est envisagé, mieux vaut ne pas se tromper, au risque de devoir renoncer à des actifs clés, et ce, à jamais.

Bien qu'elles se soient multipliées ces dernières années, les situations d'insolvabilité ont toujours été la réalité de l'activité économique. Signe de mauvaise gestion ou de restructuration, les interrogations se multiplient lorsque l'insolvabilité se manifeste et que, pour des raisons économiques, il faut en accepter les conséquences juridiques. Cette réalité se quantifie notamment par le nombre de procédures collectives ouvertes les années passées. Si 18000 redressements ont été ouverts en 2014, les liquidations judiciaires représentaient plus du double avec 42091 procédures ouvertes ! Pour autant, l'on peut constater depuis l'année précédente un recul de 2 à 3 % de ces jugements².

Une procédure collective correspond au traitement judiciaire des difficultés pouvant être rencontrées par une entreprise. Il est d'usage de distinguer trois types de procédures. La première est celle de sauvegarde qui concerne les sociétés qui, sans être en état de ces-

-
1. André Gide, *Les nourritures terrestres*, coll Folio n° 117 (Paris, Gallimard, 1972 (1942)) à la p 66.
 2. Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, Note relative à l'évolution et à la structure financière *des procédures collectives ouvertes en 2014*, Lettre observatoire, 13 mars 2015, en ligne : <<http://www.cnajmj.fr/upload/Lettre/26-la-lettre-observatoire-lettre-de-mars-2015.pdf>>.

sation des paiements, vont faire appel au juge afin de permettre le maintien de leur activité. Ensuite, on trouve les procédures dont l'*actionnement* est soumis à la reconnaissance préalable d'un état de cessation des paiements : le redressement et la liquidation judiciaire. Le redressement judiciaire est une procédure devant permettre l'adoption d'un plan de redressement, voire d'un plan de cession. Depuis 2005, la liquidation judiciaire, quant à elle, est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale, ou séparée, de ses biens.

Lorsqu'elle est globale, la cession s'effectuera sous forme de plan. Le plan de cession peut être défini comme une modalité de réalisation de l'actif consistant à transmettre la propriété d'une entreprise en totalité ou partiellement. D'après l'article L 642-1 du *Code de commerce*, la cession de l'entreprise vise trois objectifs qui doivent être appréhendés à travers une certaine hiérarchie. D'abord, elle a pour but de maintenir des activités susceptibles d'exploitation autonome. Il est ici fait référence au plan de cession partiel. Dans ce cas, la cession porte sur une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités. Les autres objectifs visés par le texte concernent le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Ces objectifs sont teintés d'un esprit visant à favoriser l'intérêt général. En effet, le maintien de l'emploi est une donnée sociale qui constitue le but de nombreuses dispositions. Également, l'intérêt général ressort de la nécessité d'apurer le passif. Relégué au dernier plan, cet objectif n'est que trop peu réalisé en raison des grandes difficultés souvent rencontrées par les entreprises. En toute logique, un plan de cession peut survenir uniquement lors d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Pour traiter des deux hypothèses nous nous référons en majeure partie aux règles communes applicables qui trouvent leur source dans celles en vigueur pour le plan de cession lors d'une liquidation judiciaire.

Le plan de cession d'actifs sera étudié en rapport avec les biens intellectuels dont l'entreprise peut être propriétaire. Les biens intellectuels, pris comme éléments du patrimoine de l'entreprise, peuvent faire l'objet d'une cession par plan³. L'expression « biens intellectuels » recouvre ici un sous-ensemble des biens que l'on nomme « immatériels ». Il s'agit des biens de nature particulière pouvant faire l'objet d'une appropriation par un titulaire qui bénéficiera ainsi d'un monopole dans leur exploitation. La valeur d'une entreprise

3. Nicolas Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2^e éd, coll Lextenso (Paris, LGDJ, 2012) aux para 5 et s [Binctin].

s'exprime souvent à travers ces biens, ces actifs qui peuvent concerner une cession par plan de l'entreprise en difficulté.

L'étude du plan de cession d'actifs peut paraître, à première vue, surprenante dans une revue de propriété intellectuelle. Pourtant, nombreuses sont les entreprises ayant été sous le joug d'une procédure collective alors qu'elles disposaient de biens intellectuels. Son issue, qu'elle se manifeste par la liquidation ou par une cession, oblige les débiteurs, et par eux les praticiens, à s'interroger sur les règles applicables et les possibilités de gérer au mieux ces actifs. L'actualité se fait parfois l'écho de ces liquidations ou cessions, notamment au Canada avec l'entreprise d'édition « La Courte Échelle ». L'éditeur, alors en difficulté, devait faire l'objet d'une cession qui, à l'époque, a ému ses nombreux auteurs qui s'interrogeaient sur le sort de leurs droits⁴.

Évoquer les procédures collectives en propriété intellectuelle impose également de prendre acte du paysage économique des entreprises. Il est de plus en plus acquis que les biens intellectuels peuvent constituer la richesse, éventuellement unique, d'une entreprise. Ceci ressort notamment de certaines cessions d'entreprises en difficulté, lesquelles s'effectuant à des montants presque identiques à la valeur du portefeuille de marques⁵. Que ce soit par le biais de contrats ou par l'exercice d'un droit de propriété, les biens intellectuels peuvent être déterminants dans l'activité des entreprises. Ces biens présentent une spécificité qui force à s'interroger sur l'application des règles, également spéciales, applicables aux entreprises en difficulté. L'imbrication constante de ces deux branches particulières du droit constitue le fil rouge des développements. Cependant, notwithstanding les zones d'ombre, le législateur n'est pas totalement étranger à cette relation. Le *Code de la propriété intellectuelle* prévoit, en effet, des dispositions applicables à certains biens intellectuels en cas de survenance de difficultés.

Plus récemment, et inspirées de phénomènes américains, les procédures collectives deviennent un moyen de construire, voire de développer une stratégie de propriété intellectuelle. Le plan de cession peut notamment être étudié à la lumière des *patent pools*, ces sociétés faisant acquisition de portefeuilles de brevets et organisant

4. Ici Radio-Canada.ca, *Faillite à la Courte Échelle*, 10 octobre 2014, en ligne : <http://m.radio-canada.ca/nouvelles/arts_et_spectacles/2014/10/10/009-editions-courte-echelle-faillite.shtml>.

5. Trib Com Nanterre, 24 mars 2009, n° 2009L00345.

la concession de licences sur ceux-ci. Selon Nicolas Binctin, ces *pools* assureraient un nouveau marché aux biens intellectuels acquis. Il est possible que par le plan de cession des portefeuilles entiers puissent être cédés à ces sociétés d'un genre nouveau.

Méthodologiquement, une telle étude peut paraître vouée à l'obsolescence tant le droit des entreprises en difficulté fait l'objet de multiples réformes. En effet, en recherche constante d'un équilibre entre les intérêts, le législateur durant ces dernières décennies, avec plus ou moins de succès, adapte ce droit. La dernière réforme date d'une ordonnance du 12 mars 2014 qui est principalement consacrée à la prévention des difficultés des entreprises, mais où le plan de cession n'est pas concerné. Ce dernier est principalement régi par la *Loi de sauvegarde des entreprises* de 2005. Le droit français sera exclusivement mobilisé en ce qu'il comprend autant les règles posées par le législateur que celles posées par la jurisprudence plus ou moins active sur la question. Cette étude tend, enfin et surtout, à évoquer les problématiques opérationnelles rencontrées par des professionnels devant traiter du sort des biens intellectuels dans un plan de cession d'actifs.

L'objet de cette étude est donc de présenter les enjeux auxquels les biens intellectuels sont confrontés lors d'une cession, par plan, de l'entreprise. Le cheminement sera didactique et débutera par l'analyse du traitement réservé aux biens intellectuels dont l'entreprise est propriétaire, avant de traiter des enjeux en matière contractuelle.

2. Les biens intellectuels

Les biens intellectuels revêtent, pour certaines entreprises, une importance telle qu'il est central pour le débiteur, le candidat et le tribunal de les identifier. L'opération d'identification peut s'avérer délicate surtout lorsqu'elle est prévue, ou même obligatoire, car elle peut permettre aux organes de la procédure, comme aux candidats, de connaître la composition de l'actif de l'entreprise. Cette identification sert en réalité l'objectif de cession puisqu'elle ne sera permise que dans la mesure où ces biens intellectuels identifiés répondent d'abord aux conditions posées par le droit des procédures collectives.

2.1 Conditions

Le candidat qui souhaite prospérer dans sa démarche de reprise doit prendre conscience des exigences auxquelles les biens intellectuels qu'il envisage d'acquérir seront soumis. Ainsi, il peut déterminer le périmètre des biens dont il pourra se faire repreneur.

Le plan de cession se caractérise par son caractère global, forfaitaire et aléatoire. De nature judiciaire, le droit commun des obligations, comme celui de la vente, ne lui est pas applicable. Le cessionnaire se verra privé de garanties telle que l'éviction et devra, par conséquent, s'enquérir de toutes informations lui permettant d'éviter un risque.

Avant la *Loi de sauvegarde des entreprises*, la lettre de l'article L 621-82 alinéa 2 du *Code de commerce* disposait que le jugement arrêtant le plan de cession déterminait l'étendue des biens cédés⁶. Également, il était exigé des biens qu'ils remplissent un certain nombre de conditions qui, bien que ne figurant plus dans la loi, sont néanmoins d'actualité⁷. Les biens compris dans le plan arrêté, ayant pour base l'offre de reprise, doivent d'abord être cessibles. Ils doivent également appartenir au débiteur et non à un tiers et, enfin, être nécessaires au maintien de l'activité.

2.1.1 Cessibilité

Par principe, les biens intellectuels, en ce qu'ils sont dans le commerce juridique, peuvent faire l'objet d'une cession. Or, quand ce n'est pas la loi qui le décide, des stipulations contractuelles, ou une décision de justice, peuvent organiser leur inaliénabilité. Le caractère exceptionnel de la vente à venir doit être mentionné. La cession par plan n'est pas libre, elle est même forcée en ce qu'elle est décidée par le tribunal qui arrête le plan. La problématique est donc de savoir si le caractère extraordinaire de la cession par plan pourrait faire obstacle à une inaliénabilité.

Concernant l'inaliénabilité judiciaire, elle peut prendre sa source dans un plan de cession dont le débiteur aurait bénéficié auparavant. En effet, mis à part l'inaliénabilité légale à laquelle le repreneur est soumis jusqu'au paiement complet du prix, une inalié-

6. *Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*.

7. Pierre-Michel Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives 2013-2014*, 7^e éd, coll Dalloz Action (Paris, Dalloz, 2013) au para 532.51 [Le Corre].

nabilité judiciaire facultative existe⁸. Destinée à pallier les risques de fraude et de revente immédiate, le législateur offre au tribunal la possibilité de déclarer, lors de l'arrêté du plan, certains biens inaliénables pour une durée qu'il détermine en toute liberté. L'ordonnance de 2008 ajoute que l'inaliénabilité ne peut être levée qu'avec l'autorisation du tribunal⁹. Il est important pour le candidat de s'enquérir de l'éventuelle inaliénabilité des biens intellectuels qui l'intéressent. Pour cela, il pourra consulter les registres publics sur lesquels sont mentionnés les biens déclarés inaliénables¹⁰. Cependant, il est possible que des biens puissent échapper à cette inaliénabilité car désignés par l'ancien cessionnaire, actuel débiteur, comme déterminants lors de son offre. À titre d'exemple, une telle inaliénabilité pourrait porter sur un portefeuille de biens intellectuels en raison de son importance pour l'activité, ou sur un fonds de commerce dont un signe distinctif, comme le nom commercial, peut être une composante. De plus, dans la logique du droit des procédures collectives, le tribunal de la seconde cession peut invoquer l'intérêt supérieur de redressement de l'entreprise pour contredire l'inaliénabilité décidée par le juge de la première cession. *Le Code de commerce* offre la possibilité au tribunal de lever l'inaliénabilité sur la base de l'article L 642-40.

Quant à l'inaliénabilité légale, elle peut concerner certains biens intellectuels dont l'entreprise serait propriétaire. Prenons l'exemple de l'œuvre collective qui, d'après l'article L 113-5 du *Code de la propriété intellectuelle*, « est la propriété de la personne morale ou physique sous le nom de laquelle elle est divulguée ». L'alinéa 2 ajoute que cette personne est investie des droits de l'auteur. La loi prévoit la possibilité pour une personne morale, telle qu'une société, d'être titulaire des prérogatives d'auteur. La doctrine s'est longtemps interrogée afin de savoir si la personne morale pouvait jouir d'un droit moral sur l'œuvre collective. Si tel est le cas, pouvait-elle le transmettre dans le cadre d'un plan de cession ?

La Cour de cassation a répondu en 2012 par l'affirmative à cette première question en jugeant que « la personne physique ou morale à l'initiative d'une œuvre collective est investie des droits de l'auteur

8. Selon l'article L 642-9 du *Code de commerce*, le cessionnaire ne peut disposer librement jusqu'au paiement complet du prix de cession.

9. Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, art 114 – art L 642-10, *Code de commerce*.

10. Cette inscription est exigée par la lettre de l'article L 642-12 du *Code de commerce* afin d'assurer la publicité de la mesure d'inaliénabilité.

sur cette œuvre et, notamment, des prérogatives du droit moral »¹¹. Ainsi, la Cour reconnaît à la personne morale, investie d'un droit sur l'œuvre collective, un droit moral dont elle peut jouir sur la base de celui reconnu originellement à l'auteur personne physique. Arnaud Latil a d'ailleurs considéré que la Cour, par cet arrêt, contribue à l'essor d'un « droit d'auteur économique » en permettant à la personne morale une meilleure gestion de ses œuvres par la réunion entre ses mains des prérogatives patrimoniales et morales¹².

Pour autant, peut-elle céder son droit moral qui lui est désormais reconnu ? Contrairement aux droits patrimoniaux, les droits moraux sont qualifiés par la loi d'indisponibles et ne peuvent donc faire l'objet d'une quelconque aliénation¹³. En effet, s'il est reconnu à la personne morale les mêmes prérogatives que l'auteur personne physique, il est logique qu'*a fortiori* les droits moraux ne puissent être cédés. Comme le souligne et le déplore Nicolas Binctin, l'arrêt entend appliquer le régime du droit moral sans distinguer la personne à qui il est reconnu¹⁴. Selon lui, cette solution ferme la possibilité d'une meilleure gestion des droits de propriété intellectuelle pour des entreprises désireuses de transmettre l'ensemble des attributs du droit par contrat¹⁵. Cette inaliénabilité en matière d'œuvre collective n'est pas sans appeler quelques remarques. Accorder le droit moral à une entreprise emporte application de son inaliénabilité, élément de son régime. Forte de ce droit moral, on pourrait envisager qu'une entreprise faisant l'objet d'un plan de cession partiel refuse de divulguer une œuvre ; elle ne serait ainsi pas contrainte de céder son droit de divulgation, car inaliénable. L'entreprise pourrait, en théorie, entraver le bon déroulement du plan. Pour autant, cette hypothèse demeure peu probable, voire inexistante, dans la mesure où il est dans l'intérêt de l'entreprise que de voir son actif réalisé afin que le passif soit apuré et qu'elle soit donc libérée de toutes charges.

En revanche, en cas de cession totale de l'entreprise, liquidation et dissolution sonnante le glas de la personne morale, le transfert du droit moral est possible.

Pour autant, cette incessibilité du droit moral est à préciser. N'est incessible que le droit en lui-même, c'est pourquoi le support de

11. Cass civ 1^{re}, 22 mars 2012, n° 11-10132.

12. Arnaud Latil, « Droits moraux et œuvres collectives : une clarification opportune », 2012 *D* 1246 au para 12.

13. Art L 121-1, *Code de la propriété intellectuelle*.

14. Binctin, *supra* note 3 au para 20.

15. *Ibid.*

l'œuvre peut faire l'objet d'une cession au même titre qu'un autre bien corporel. Enfin, l'inaliénabilité d'un bien intellectuel peut résulter d'une clause à un contrat. L'enjeu est de déterminer l'efficacité d'une clause d'inaliénabilité stipulée dans un contrat portant sur des biens intellectuels tels que les licences logicielles. L'inaliénabilité contractuelle étant plus encline à porter atteinte au moment de la cession, elle sera traitée lors des développements ultérieurs.

2.1.2 Propriété

Lors de l'élaboration de l'offre de reprise, il est important pour le candidat de déterminer quelle est la propriété du débiteur. De cette façon il s'assure d'abord une connaissance fine du patrimoine cible sur la base de laquelle il pourra proposer un prix qui lui semble approprié. Également, il évitera d'éventuels contentieux provenant de tiers qui verraient leur propriété spoliée. Ce n'est qu'au prix d'un inventaire détaillé et rigoureux que de telles situations peuvent être évitées. Si le législateur a prévu une telle procédure au stade de l'ouverture, le candidat à la reprise devra se montrer diligent et s'enquérir des informations nécessaires par des démarches dépassant la simple consultation du registre à l'Institut National de la Propriété Industrielle.

Positivement, le candidat doit s'assurer de connaître la réalité des biens intellectuels dont l'entreprise est propriétaire. Cette acquisition de propriété peut d'abord être originaire, c'est-à-dire naître directement dans son patrimoine en ne résultant d'aucun transfert. Simplement, cela signifie qu'auparavant le bien n'appartenait à aucun propriétaire. L'on parlera de propriété *ab initio* des biens intellectuels. L'acquisition peut également être dérivée, c'est-à-dire résulter d'un transfert de propriété d'un ayant cause au profit d'un auteur. Ainsi, l'ayant cause recueille une chose qui appartenait nécessairement à quelqu'un d'autre¹⁶. Si cette dichotomie classique renvoie globalement aux questions de titularité initiale et au contrat de cession, il ne faut pas négliger certaines formes issues de mécanismes de droit des sociétés. L'entreprise peut, par exemple, devenir titulaire dérivé de biens intellectuels à travers un apport en société, étant précisé que seul l'apport en propriété opérera un transfert entier, contrairement à l'apport en jouissance¹⁷.

16. Marie-Laure Mathieu-Izorche, *Droit civil – Les biens*, 3^e éd, coll Sirey Université (Paris, Sirey, 2013) au para 324.

17. Nicolas Binctin, *Le capital intellectuel* (Paris, LexisNexis, 2007).

Négativement, il est nécessaire pour le candidat de déterminer ce qui ne relève pas de la sphère de propriété de l'entreprise et, donc, de la cession. L'usage d'un bien intellectuel peut parfois donner l'apparence de propriété. Il revient au candidat de qualifier les usages de propriété intellectuelle afin de connaître la réalité des biens dont il pourra faire acquisition.

D'une part, l'entreprise peut réaliser un usage d'un bien intellectuel grâce à une licence concédée par un tiers. Ainsi, lors d'une cession, le bien objet du contrat de licence ne sera pas transmis car l'entreprise n'en est pas propriétaire. Tout au plus, le contrat sera transmis s'il répond aux conditions que nous évoquerons ultérieurement. D'autre part, le bien intellectuel peut faire l'objet d'un usage dont la propriété ne pourrait lui être transférée que plus tard, comme dans un crédit-bail. Par exemple, un logiciel peut être l'objet d'un tel contrat.

L'identification des biens intellectuels ne pourra donc se faire qu'au prix d'une véritable investigation en raison de leur absence de matérialité et afin d'éviter tout risque de dépréciation.

2.1.3 Nécessité

La démonstration du caractère nécessaire des biens à céder par plan sera, dans un premier temps, l'office du candidat. En présentant son offre, il doit être à même de justifier les biens qu'il estime nécessaires au maintien de l'activité. Pour autant, lors de l'arrêt du plan, ce sera le tribunal, dans un second temps, qui confirmera la nécessité de ces biens.

Cette exigence s'impose au candidat lorsqu'il détermine la ou les branches complètes et autonomes d'activités qu'il entend reprendre. Expression de la cession partielle de l'entreprise, il revient au candidat repreneur de la délimiter et, ensuite, au tribunal d'en contrôler sa consistance. D'après l'alinéa 2 de l'article L 642-1 du *Code de commerce*, cette cession devra alors porter sur « un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités ». Si l'exigence de division de l'activité est posée dans le texte, son application concrète peut s'avérer délicate. La notion de branche complète et autonome d'activité n'est d'ailleurs pas définie par la loi. Notion particulière, elle ne doit pas être confondue avec celle visée par la *Directive applicable aux fusions et autres opérations de restructuration*. Ici, l'entreprise à céder par plan n'est composée que d'actifs et non de son passif, elle

est débarrassée de son passé¹⁸. Certains auteurs en droit des procédures collectives ont tenté d'apporter une définition qui, si elle n'est pas légale, est plus appropriée. Selon Hervé Le Nabasque, la branche d'activité est « un ensemble homogène de biens, de connaissances et de techniques et de moyens de le faire fonctionner de manière autonome, sans recourir à des éléments extérieurs »¹⁹. Cette branche est composée, d'une part, d'actifs essentiels à la poursuite de l'activité et, d'autre part, des moyens qui permettent leur exploitation. Les actifs peuvent faire référence à de multiples biens tels que des biens intellectuels ou le fonds de commerce, mais également à des contrats comme des licences. Les moyens, quant à eux, font bien entendu référence au facteur travail. Il est logique de le retrouver dans la description de la branche qui sera cédée parce que le maintien de l'emploi est l'objectif primordial de la cession.

Pour une détermination concrète de la branche, la doctrine et la jurisprudence démontrent que sa qualification relève de l'appréciation des faits. La démarche est identique au plan de cession dans la mesure où le tribunal, dans son jugement, détermine si l'offre permet le maintien de l'activité d'une branche complète et autonome de l'entreprise.

Dans le cadre de la reprise, les candidats, comme le mandataire, doivent déceler la valeur de ces actifs. Il faut également veiller à la complémentarité que peuvent présenter certains biens intellectuels afin de ne pas en négliger. L'intérêt pour le candidat repreneur est de pouvoir formuler une offre détaillée, à même de l'aider dans la réalisation de son projet. Pour l'entreprise à céder, le but est de mettre en avant sa valeur afin que le prix de cession soit le plus élevé possible. L'enjeu réside dans la détermination du contenu de l'offre afin de n'oublier aucun bien qui serait nécessaire à son activité. À cette fin, il devra veiller particulièrement à la complémentarité que peuvent présenter certains actifs de propriété intellectuelle.

La complémentarité des actifs intellectuels peut être analysée sur deux plans. D'une part, il peut y avoir des droits coexistants sur des objets distincts avec une protection par le droit d'auteur simultanément à celle par brevet²⁰. D'autre part, il peut y avoir un cumul

18. Françoise Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd, coll Lextenso (Paris, LGDJ, 2012) au para 1163 [Pérochon].

19. Hervé Le Nabasque, « La cession d'entreprise en redressement judiciaire » (1990-05-10) 19 *La Semaine juridique Entreprise et Affaires*, chron 15770, au § 14.

20. Binctin, *supra* note 3 aux para 862 et s.

portant sur un même bien avec l'exemple classique des emballages pouvant être appréhendés à la fois comme œuvre de l'esprit, apparence d'un produit et signe distinctif. Les jeux vidéos peuvent en être une autre illustration. Selon l'arrêt *Cryo* rendu par la Cour de cassation en 2009, « un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature »²¹. D'après Tristan Azzi, il faut voir dans le jeu vidéo un « assemblage d'œuvres de nature différente, relevant de régimes différents »²². Les composantes d'un jeu peuvent être multiples : le droit d'auteur et certains droits voisins s'appliquant à sa bande son et aux interfaces graphiques, sans oublier le droit applicable aux œuvres audiovisuelles et aux interfaces textuelles. Le droit des bases de données peut également être mobilisé dans l'organisation des séquences de jeu. Et, enfin, le droit applicable aux logiciels pour les éléments informatiques de l'œuvre. Ainsi, le candidat devra prêter attention à l'ensemble de ces droits afin de n'en négliger aucun dans son offre de reprise.

2.2 Régime

Une offre ayant été retenue par le tribunal, le plan de cession est arrêté. Il est désormais nécessaire, à ce stade, d'envisager la mise en œuvre de la cession et les particularités que soulèvent les biens intellectuels, tout en identifiant les obstacles possibles.

2.2.1 Réalisation de la cession

Dans la mesure où le jugement arrêtant le plan n'emporte pas cession des biens, il est nécessaire de s'interroger sur le moment auquel elle intervient. Autrement dit, à partir de quand la propriété des biens est-elle cédée ? La Cour de cassation a jugé que, s'il n'en est autrement disposé dans le jugement, le transfert des biens et droits compris dans le plan s'opère à la date de passation des actes de cession²³. Le liquidateur est l'organe désigné pour passer ces actes

21. Cass civ 1^{re}, 25 juin 2009.

22. Tristan Azzi, « *Les créations multimédias (bases de données, jeux-vidéos, etc.)* », dans *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, coll Thèmes et commentaires, (Paris, Dalloz, 2011).

23. Affaire *Centre de gestion et de comptabilité agricole de l'Hérault*, Cour de cassation (Chambre commerciale, 26 janvier 1993), n° 91-40308, 1993 *D* 205, note Fernand Derrida [Derrida].

échappant, ainsi, aux parties. Il faut en déduire l'absence de marge de manœuvre du repreneur. Il lui sera, par exemple, impossible d'ajouter une condition suspensive post-jugement sur un bien intellectuel qu'il souhaitait reprendre. N'ayant pas été considéré comme nécessaire pour le maintien de l'activité, le candidat ne dispose d'aucun recours pour s'y opposer.

Dans le cadre de la réalisation des actes de cession, la spécificité des biens intellectuels ne doit pas être négligée. En effet, afin d'assurer son opposabilité aux tiers, la cession des biens, au dépôt constitutif de droits, doit être inscrite sur le registre tenu à l'Institut National de la Propriété Industrielle ou auprès des offices étrangers. Une telle exigence légale n'est pas formulée pour d'autres droits tels que le droit d'auteur, exception faite du cinéma. Le transfert de propriété s'effectuera à la signature des actes de cession, date qui devra être reportée au registre. Cependant, il peut arriver, sous condition de paiement du prix de cession, que la gestion de l'entreprise soit confiée au cessionnaire à compter du jugement arrêtant le plan. Dans ce cas, selon nous, la date de cession à retenir est celle du jugement dans la mesure où il aura un pouvoir de disposition effectif sur ces biens intellectuels.

Le paiement du prix de cession est le point de départ des possibilités pour que le cessionnaire puisse disposer des biens. Il est prévu à l'article L 642-9, alinéa premier, du *Code de commerce*, que les biens cédés, à l'exception des stocks, seront indisponibles avant le paiement du prix de cession. Ainsi, les biens intellectuels concernés ne peuvent être cédés, ni donnés en location ou affectés à titre de sûreté. Le cessionnaire se voit certes transférer la propriété du bien mais ne peut pas, par exemple, concéder de licences sur les biens intellectuels. Le contrat serait considéré comme nul dans la mesure où, n'ayant pas signé les actes de cession, il n'a pas qualité pour conclure un tel contrat. Le défaut d'inscription sur le registre ne sera pas reproché car celle-ci ne conditionne que l'opposabilité et non la validité de la cession.

S'il est acquis que les biens sont indisponibles avant le paiement du prix, sont-ils pour autant saisissables ? Une saisie-contrefaçon pourrait-elle avoir lieu sur les biens intellectuels considérés comme indisponibles ? La doctrine est divisée sur ce point. Nous visons uniquement les créanciers postérieurs ou les tiers, les créanciers antérieurs, eux, sont soumis au principe d'arrêt des poursuites

individuelles qui vise à fixer le passif au jour du jugement pour éviter son aggravation lors de la procédure²⁴.

Si Fernand Derrida considère que l'indisponibilité n'entraîne pas l'insaisissabilité, d'autres pensent le contraire²⁵. Selon cet autre courant doctrinal, les biens indisponibles doivent également être considérés comme insaisissables²⁶. Cette insaisissabilité-conséquence nous paraît également logique dans la mesure où la procédure collective répond à un régime extrêmement dérogatoire durant lequel les poursuites par les créanciers antérieurs sont arrêtées. Cette insaisissabilité devrait s'imposer également pour les autres ou futurs créanciers tant que la propriété des biens n'a pas été transférée. Reconnaître une telle saisissabilité serait contraire à l'esprit d'égalité entre les créanciers, et soustrairait des biens au repreneur qui attend leur transfert.

2.2.2 *Obstacles à la cession*

L'existence d'une clause d'inaliénabilité comme obstacle à la cession par plan est une question qui s'est posée en jurisprudence et qui anime la doctrine.

Au niveau national, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de s'exprimer dans un arrêt concernant une clause d'inaliénabilité qui aurait porté sur des biens inclus dans un plan de cession. La Cour considère que la cession du bien concerné « n'est pas une vente consentie par les propriétaires ». Dès lors, il ne peut être reproché au débiteur d'avoir « méconnu l'interdiction d'aliéner ses biens²⁷. Ainsi, une clause d'inaliénabilité insérée, par exemple, à un contrat de cession de bien intellectuel serait sans effet et ne remettrait en cause en aucun cas sa transmission par plan. Cette solution est partagée par Francine Macorig-Venier pour qui la clause d'inaliénabilité ne devrait pas empêcher le transfert de propriété de biens nécessaires à l'activité²⁸. D'autres auteurs justifient son inopérance dans le cadre d'un plan de cession par la hiérarchie des intérêts qui s'organise. Selon Jean-François Martin, lorsqu'elle

24. Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd, (Paris, LGDJ, 2013) au para 620 [Saint Alary-Houin].

25. Derrida, *supra* note 23 au para 470.

26. Michel Jeantin et Paul Le Cannu, *Droit commercial : entreprises en difficulté*, 7^e éd, Coll Précis Dalloz (Paris, Dalloz, 2006) au para 1065.

27. Cass com, 12 octobre 1999, n^o 99-22901.

28. Francine Macorig-Venier, « Clauses d'inaliénabilité et procédure collective », (2003), 60 *Revue Lamy droit des affaires*, étude n^o 3816 à la p 39.

s'inscrit dans un cadre liquidatif, cette cession n'est pas une vente mais vise à « perpétuer la vie d'une entreprise par sa transmission à des tiers »²⁹. L'auteure Françoise Pérochon justifie également cela par le fait que la cession n'a pas pour but le paiement du prix mais le redressement d'une entreprise³⁰.

À l'échelon communautaire, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de s'interroger sur la cessibilité d'une licence de logiciel dans un arrêt *UsedSoft*³¹. En l'espèce, la société Oracle offrait en téléchargement ses logiciels et accordait ainsi un certain nombre de licences aux entreprises. La société UsedSoft, quant à elle, s'était spécialisée dans la revente des licences, non ou partiellement utilisées, à des tiers. Face à ces ventes, Oracle a intenté une action contre la société UsedSoft en Allemagne pour atteinte à la distribution exclusive des licences. La question qui était posée à la Cour de justice était de savoir si le droit sur le logiciel pouvait s'épuiser par un téléchargement en ligne. Autrement dit, est-il possible que l'épuisement du droit découle de la vente d'un bien immatériel ?

La Cour répond par l'affirmative et applique ainsi une solution similaire à celle prévue pour les copies matérielles. Cet arrêt est d'un apport majeur car c'est bien la cessibilité de la licence qui était interrogée et qui tentait d'être empêchée par Oracle à travers une clause contractuelle. Dans sa décision, la Cour considère cette clause sans effet en vertu du principe d'épuisement qui, et c'est ici l'intérêt, peut résulter de la commercialisation d'un exemplaire immatériel.

Dans le cadre de notre plan de cession, une solution identique sera appliquée. En effet, la cession à des tiers de logiciels – ou plutôt de licences acquises en ligne – ne saurait être empêchée. La clause d'incessibilité est sans effet, conformément à la jurisprudence et à la doctrine évoquées précédemment.

Le droit de préemption est le second obstacle pouvant se poser lors de la réalisation de la cession. S'il est envisageable en droit commun de la vente, il reçoit un accueil rare, voire inexistant, lors d'une cession par plan. D'après l'article L 642-5 du *Code de commerce*, en cas de plan de cession, les droits de préemption institués par le *Code rural* ou le *Code de l'urbanisme* ne peuvent être exercés, ils sont neu-

29. Jean-Luc Vallens, Jean-François Martin et Alain Sayag, « Entreprises en difficulté », [2014] *Lamy droit commercial* 4264 [Martin].

30. Pérochon, *supra* note 18.

31. *CJUE*, 3 juillet 2012, aff C-128/11, *UsedSoft GmbH c Oracle International Corp*, 2012 *Communication Commerce électronique*, comm 106, note Christophe Caron.

tralisés. Une approche restrictive viendrait à considérer que seuls les droits visés par cet article sont écartés et que, par conséquent, tous les autres sont applicables.

Le *Code de la propriété intellectuelle*, en son article L 132-30, prévoit un droit de préemption en faveur des auteurs et coproducteurs. En l'absence de précision, la question de l'applicabilité de ce droit se pose d'autant plus que selon certains commentateurs de l'ordonnance de 2008, il serait en vigueur³².

Selon nous, maintenir le droit de préemption dans le cadre d'un plan de cession est à éviter tant il s'inscrit en opposition avec l'objectif du plan. Rappelons tout de même que les autres droits de préemption sont écartés par le *Code de commerce* afin de permettre au repreneur de ne pas être dépourvu d'éléments essentiels à son activité. Maintenir le droit de préemption conduirait à priver le repreneur de l'exploitation d'œuvres, source de maintien de l'activité et, donc, des emplois. Pour d'autres, accepter l'application de ce droit de préemption permettrait d'éviter la dépréciation des actifs qui tomberaient aux mains de « repreneurs peu scrupuleux »³³. Il est sûrement fait référence aux prix de cession généralement bas qui peuvent être fixés lors des plans. Or, nous pensons que la production, voire la distribution, que pourrait permettre un repreneur prend le pas sur cette dépréciation de l'actif, qui reste à prouver. Allons même plus loin en considérant qu'en ne retenant pas le droit de préemption de L 132-30, on évite une dépréciation des actifs qui est, selon nous, justifiée. En effet, une œuvre ou un catalogue écarté du plan par exercice du droit de préemption par l'auteur réduit les possibilités d'offre en matière d'actifs et d'emploi, et donc le prix de cession.

De plus, gardons à l'esprit que l'auteur qui estime que le repreneur ne respecte pas les termes du contrat peut tenter une action

32. Anne Sophie Texier et Éric Russo, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009 », [2009-03-02] *Petites affiches*, chron 43, aux pp 3 et s et plus particulièrement au para 31.

33. Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Commission spécialisée relative au sort des droits d'auteurs et des œuvres lors de la défaillance d'une entreprise de production audiovisuelle*, présidée par Valérie-Laure Benabou, 8 mars 2012, à la p 28, en ligne : <<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-proprietee-litteraire-et-artistique/Travaux-du-CSPLA/Commissions-specialisees/Commission-du-CSPLA-relative-au-sort-des-droits-d-auteurs-et-des-oeuvres-lors-de-la-defaillance-d-une-entreprise-de-production-audiovisuelle>> [Conseil supérieur].

contre ce dernier. Ainsi, l'œuvre est transmise, sous réserve que le repreneur respecte les obligations du cédant, comme en dispose la loi.

2.3 Le sort des biens non compris dans le plan

Si le jugement arrêtant le plan est censé définir clairement le périmètre de la cession, une question demeure : qu'advient-il des biens intellectuels non compris dans le plan de cession ? Les praticiens sont souvent confrontés à cette interrogation qui, pour l'heure, reste sans solution légale.

La situation qui pose, *a priori*, le moins de difficultés est celle d'une cession totale de l'entreprise. Avec un transfert global, les biens non compris ne résultent que d'oublis ou alors du renoncement, condamnable, du repreneur à l'égard de certains biens. La cession partielle, quant à elle, ouvre la question du sort des biens intellectuels qu'elle exclut. Si le droit des procédures collectives n'est que d'un apport partiel, le droit de la propriété intellectuelle pourra être éclairant.

2.3.1 Le droit des procédures collectives : solution partielle à problème entier

Deux cas de figure peuvent être résolus par le droit spécial de ces procédures visant la cession de branches complètes et autonomes d'activités.

2.3.2 Plans de cession partiels et maintien de l'activité

La première de ces situations est celle du plan de cession partiel arrêté en parallèle à un plan de continuation ou de redressement de l'entreprise. Le tribunal décide de retirer une branche à l'entreprise en difficulté afin de lui laisser une chance de se maintenir avec le reste de ses branches à travers un autre plan approprié. Ainsi, il y a un transfert de propriété d'un côté et le maintien d'un patrimoine, certes diminué, de l'autre. Le sort des biens intellectuels non compris dans le plan ne semble poser aucune difficulté. L'article L 621-85 du *Code de commerce* régit étroitement l'offre du candidat. Les prévisions d'activité, les sources de financement mais, surtout, les biens cédés doivent être mentionnés de manière précise. Cette précision est essentielle pour les biens intellectuels, surtout lorsqu'il s'agit d'un brevet, d'une marque ou d'un dessin ou modèle, où le numéro

d'enregistrement peut servir cette identification. Par cette délimitation stricte revendiquée par le législateur, ce sont les limites des engagements du repreneur qui sont posées. En effet, le tribunal, lors de l'arrêté du plan, ne saurait dépasser les éléments visés par l'offre et aggraver les charges du cessionnaire. Par conséquent, dans la mesure où seuls les biens visés sont cédés mais que le « reste » de l'entreprise subsiste, notamment par un plan de redressement, les biens intellectuels non transmis sont réputés demeurer dans son patrimoine.

La cession partielle de l'entreprise peut également se traduire par sa division entière en branches d'activités cédées à autant de repreneurs. Le mécanisme contractuel semble, selon nous, le plus pertinent pour pallier cet oubli. En effet, le bien en question n'a pas disparu à la suite d'une liquidation mais se situe dans le patrimoine d'un autre repreneur. L'oubli d'un ou plusieurs biens intellectuels peut, dans ce cas, s'expliquer par le manque de soin ou de précision avec lequel les branches complètes et autonomes d'activités ont été dessinées. Davantage, certains biens peuvent se trouver au carrefour de deux branches d'activités. Prenons l'exemple d'une société comme Apple. Si jamais celle-ci venait à être placée en redressement ou liquidation, plusieurs branches pourraient être cédées : ordinateur personnel, tablettes, téléphones, baladeurs... Si l'on retient ces deux dernières branches, des biens intellectuels pourraient leur être communs. Prenons le cas du logiciel de musique iTUNES, présent à la fois sur les appareils IPOD, IPHONE et IPAD. Les droits de propriété intellectuelle portant sur cette fonctionnalité sont exploités sur plusieurs produits de l'entreprise. Comment se réglerait leur utilisation si jamais ces droits étaient cédés exclusivement au cessionnaire d'une branche ? La licence est le mécanisme contractuel approprié ; il est envisageable que l'un des cessionnaires concède à un autre repreneur une licence lui permettant de fournir ce service sur ses produits.

Sinon, dans le cas où il s'agissait d'un simple oubli doublé d'une transmission à un tiers n'en ayant pas besoin, le bien intellectuel pourrait faire l'objet d'un contrat de cession entre les cessionnaires. Pour autant, il faut veiller à ce que ce bien ne soit pas frappé d'une inaliénabilité pouvant être décidée facultativement par le tribunal³⁴.

34. Art L 642-10, *Code de commerce*.

2.3.3 Plan de cession et liquidation

La situation la plus épineuse, et nourrissant de nombreuses interrogations, est celle du bien intellectuel qui n'est pas inscrit au plan de cession arrêté lors d'une procédure de liquidation judiciaire. Depuis la *Loi de sauvegarde des entreprises* de 2005, le *Code de commerce* avance une solution, à première vue, simple. Simple, tout d'abord, parce qu'elle est commune aux plans de cession intervenant en redressement comme en liquidation. Simple, également, car elle est donnée par le *Code de commerce* à la fin de l'alinéa 3 de l'article L 631-22 en ces termes, « les biens non compris dans le plan de cession sont alors cédés dans les conditions de la section 2 du chapitre II du livre IV ». Autrement dit, les biens non compris dans le plan seront cédés selon les dispositions applicables à la réalisation des biens isolés en liquidation judiciaire. Cette réalisation des actifs, décidée par le juge-commissaire, est individuelle et ne recouvre pas un caractère global comme le plan. Elle peut concerner autant les immeubles que les meubles de l'entreprise. Concernant les meubles, la vente peut être autorisée à travers des enchères publiques ou de gré à gré.

La cession de ces actifs restants a pour but d'augmenter les chances pour l'entreprise d'apurer son passif en désintéressant les créanciers. Si la disposition laisse entendre que tous ces actifs doivent être réalisés, Pierre-Michel Le Corre considère, quant à lui, que leur vente ne s'impose que dans le cas de l'apurement du passif³⁵. Autrement dit, et la Cour de cassation a pu le préciser, « lorsque le commissaire à l'exécution du plan a en mains de quoi désintéresser tous les créanciers, la réalisation de cet actif résiduel est inutile et même frustratoire »³⁶.

Dans notre situation, les biens non compris dans le plan sont donc réalisés d'après les règles applicables à la cession d'actifs isolés.

2.4 *Le droit de la propriété intellectuelle : la lumière dans l'ombre*

Les interrogations demeurent sur la période suivant la clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour extinction du passif ou insuffisance d'actif. La première situation de clôture correspond à la situation « heureuse et rare » selon laquelle plus aucun passif n'est exigible ou alors que le liquidateur dispose de sommes suffisantes

35. Le Corre, *supra* note 7 au para 532.52.

36. Cass com, 22 avril 1997, n° 94-19522, 1998, somm 11, obs Fernand Derrida.

pour désintéresser les créanciers³⁷. La seconde situation de clôture, la plus courante, est celle pour insuffisance d'actif. Ici, la « poursuite des opérations de liquidation judiciaire est rendue impossible en raison de l'insuffisance d'actif »³⁸. Selon l'expression populaire, « les caisses sont vides ». En effet, ce qui a pu être réalisé n'est pas suffisant pour désintéresser, parfois même partiellement, les créanciers. Par cette clôture, il est mis fin aux fonctions des organes de la procédure et s'éteint, sous conditions, le droit de poursuite des créanciers contre le débiteur.

Dans ce dernier cas de clôture, il faut comprendre qu'en principe, tant que demeurent des actifs réalisables, la procédure ne peut être clôturée. Le texte parle de véritable impossibilité à réaliser l'actif. À titre d'exemple, une difficulté passagère ou la perspective d'un faible prix de cession ne saurait fonder un cas de clôture pour insuffisance d'actif. Tant que la clôture n'est pas intervenue, le bien qui n'est pas compris dans le plan peut être cédé.

Si la lettre de la loi paraît poser les choses simplement, la réalité diffère. En effet, il n'est pas rare de constater, et les nombreux recours en témoignent, que la clôture a été prononcée alors que des actifs intellectuels n'ont pas été cédés. Partant, quel est leur sort ? Pour répondre à cette question, il faut déterminer si l'entreprise demeure à sa clôture. S'il s'avère qu'elle survit, celle-ci pourrait être rouverte. L'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de la société a entraîné sa dissolution, celle-ci n'a survécu que pour les besoins de la procédure, c'est-à-dire la réalisation de l'actif afin de tenter une extinction du passif. Au stade de la clôture pour insuffisance d'actif, il serait logique de considérer que la personne morale disparaît. Or, d'autres jugent qu'elle se maintient dans la mesure où il resterait des droits et obligations à caractère social à liquider³⁹. Pour la clôture pour extinction du passif, la loi ne prévoyant pas un moyen de revenir en arrière, il semble qu'il faut considérer que la dissolution de la société s'opère par le prononcé de sa liquidation.

L'interrogation qui persiste est celle du sort des biens intellectuels après clôture de la procédure pour insuffisance d'actif pour lesquels une réouverture n'a pas été sollicitée. Une société dissoute n'a

37. Expression empruntée à André Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd. (Paris, LexisNexis, 2013) ; art L 643-9, al 2, *Code de commerce*.

38. Art L 643-9 al 2, *Code de commerce*.

39. Le Corre, *supra* note 7 au para 592.41.

plus vocation à exister. Le *Code civil* érige le prononcé de la liquidation judiciaire comme l'une des causes possibles de sa dissolution. Par le plan de cession partiel, ses actifs ont été cédés, les autres ont été réalisés isolément et s'en est suivie la clôture pour insuffisance d'actif. Qu'advient-il des biens qui n'ont pas été cédés et se retrouvent donc, *a priori*, sans titulaire ? Pour y répondre, nous pouvons envisager deux types de biens intellectuels pour lesquels la réponse diffère. Nous opposerons les biens intellectuels pouvant être réappropriés à ceux qui ne peuvent l'être des suites de l'expiration ou de la perte du droit.

2.4.1 Les biens appropriables

Figurent parmi ces biens, les marques. La propriété conférée pour 10 ans, renouvelable à l'envi, peut rendre le droit perpétuel par le jeu des renouvellements successifs. Cependant, en l'absence de renouvellement, le signe redevient libre et peut être redéposé par un tiers.

Prenons la situation d'une entreprise cédée sans les droits sur certaines marques qui demeuraient à son patrimoine lors de la clôture pour insuffisance d'actifs. Dans la mesure où le titulaire a disparu, par l'effet de la dissolution, le signe redevient en principe libre et peut donc être utilisé à nouveau par un tiers. Une situation simple, voire simpliste, consisterait à considérer que le signe peut être utilisé librement, au choix pour celui qui en fait usage de le déposer ou non. Toutefois, dans la mesure où ce signe serait disponible après la cession totale de l'entreprise et la clôture de la procédure, une antériorité pourrait lui être opposée. Elle peut résulter notamment de la cession de la dénomination sociale intervenue lors du plan et qui, si similaire ou identique à la marque, pourrait être utilisée à titre de marque. Même plus, une marque a pu devenir notoire et, si elle ne figure pas clairement au patrimoine de l'entreprise, existe tout de même et peut constituer le fondement d'une action en contrefaçon initiée par le repreneur à l'encontre de l'utilisateur du bien intellectuel qu'est le signe.

2.4.2 Les biens inappropriables

À l'inverse, d'autres biens ne seront plus appropriables à la suite de la perte de ses droits par le titulaire. Le brevet en est un exemple. Le régime de ce bien intellectuel soumet le breveté à un certain nombre d'obligations dont le non-respect entraîne la perte du

droit. Tenu au paiement des annuités, un délai de grâce peut tout de même lui être accordé afin qu'il évite d'être déchu de ses droits. De plus, le breveté a pour obligation d'exploiter l'invention sous peine de se voir imposer une licence obligatoire, et non la déchéance⁴⁰. Le raisonnement est quasi-identique pour la marque où, faute d'usage sérieux par son titulaire, une action en déchéance peut rendre le signe à nouveau disponible.

Selon Emmanuel Laverrière, du fait du non-paiement des annuités résultant de la clôture de la procédure, la déchéance permettrait à quiconque d'utiliser cet actif librement et à titre gratuit⁴¹. Nous partageons cette position, qu'il faut tout de même préciser. En effet, la déchéance entraînant la perte des droits du titulaire sur le brevet, l'utilisation libre par les tiers serait alors possible. Une telle position peut être confortée par une jurisprudence sur l'action en contrefaçon suivant la déchéance des droits⁴². Du fait de la déchéance, il n'y a plus de titulaire de ce bien qu'est l'invention ; par conséquent, l'action en contrefaçon ne lui est plus reconnue. Dans cette espèce, une société, ancienne titulaire d'un brevet, déchue de ses droits en juillet 1995, engage une action en contrefaçon en 2006 à l'encontre d'une société reproduisant selon elle certaines des revendications. La Cour considère que la demanderesse est dépourvue d'intérêt à agir en contrefaçon pour des faits postérieurs à la publication de déchéance⁴³. L'affaire est également d'un grand intérêt dans la mesure où la société défenderesse n'avait pas déposé de brevet mais entendait faire un usage libre et gratuit de l'invention anciennement appropriée.

Cette solution va dans le bon sens. En effet, le breveté, en usant de la reconnaissance de ses droits sur la propriété de l'invention accordés par la loi, entendait appliquer l'ensemble de son régime qui comprenait notamment l'obligation de payer les annuités. Il est logique que le propriétaire, ne s'acquittant pas des charges de sa propriété, en soit dépourvu et que, par conséquent, le bien intellectuel puisse être utilisé librement. D'autant plus qu'une fois entrée dans l'état de l'art et de la technique, l'invention ne saurait faire l'objet

40. Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, 7^e éd, coll Précis (Paris, Dalloz, 2012) au para 1596.

41. Isabelle Renard et Emmanuel Laverrière, « Où vont les actifs quand les entreprises sont en difficulté ? », [septembre 2013] 383 *Expertises des systèmes d'information* 297, en ligne : <<http://www.racine.eu/publications/articles/575/Exp-383-article-Isabelle-Renardpdf.pdf>>.

42. CA Paris, 2 mars 2011, n° 09/12276.

43. Il en sera de même pour les faits antérieurs à la déchéance car prescrits.

d'un nouveau dépôt. L'usage du bien sera permis en ce qu'il se trouve désormais dans le domaine public, entendu comme « le régime de libre et gratuite exploitation qui devient applicable aux œuvres littéraires et artistiques, inventions brevetées, dessins et modèles, et marques, à l'expiration du délai pendant lequel leur auteur jouissait du droit exclusif de les exploiter »⁴⁴. À ce domaine appartiennent les biens qui n'ont pas été cédés et qui ne sont plus appropriables.

3. Les contrats

La délivrance d'une licence, la location d'un immeuble professionnel ou l'achat de fournitures sont autant d'exemples de contrats pouvant être nécessaires à l'activité d'une entreprise. Plus spécifiquement, l'entreprise peut exploiter des biens intellectuels par un mécanisme contractuel. Selon Philippe Roussel-Galle, une entreprise est « logée et nourrie » par ses contrats. L'expression n'est que peu exagérée, et les biens intellectuels n'y échappent pas. Bien que la concession, ou licence, reste l'instrument privilégié d'exploitation de ces biens, nous verrons que d'autres doivent être pris en compte.

3.1 Conditions

Les contrats constituant l'instrument privilégié de l'activité d'une entreprise, il est nécessaire d'évoquer les conditions auxquelles ils seront intégrés au plan de cession. En raison du droit d'option réservé à l'administrateur et des conditions de continuité suite à l'ouverture de la procédure, le champ des contrats de l'entreprise tend à se réduire jusqu'au dénouement de la procédure. C'est pourquoi nous traiterons des caractères que doivent remplir les contrats afin d'être cédés, puis du domaine de la cession judiciaire des contrats.

3.1.1 Les caractères du contrat

Afin de pouvoir être cédés judiciairement, les contrats doivent remplir un certain nombre de conditions. Chaque contrat envisagé doit être conclu par le débiteur, continué, non résilié, et, enfin, non légalement cédé.

44. Pour une étude complète du domaine public en la matière, voir Binctin, *supra* note 3 aux para 840 et s.

3.1.1.1 Un contrat continué

Durant la période d'observation, le principe applicable est celui de la poursuite des contrats en cours qui peut être exigée par l'administrateur ou le débiteur avec accord du mandataire. Cette poursuite relève de leur droit d'option qui, lorsque levée, leur permet d'imposer au cocontractant de fournir la prestation promise malgré l'inexécution du débiteur. Manifestement dérogeant au droit commun des contrats, cette solution vise notamment à protéger les créanciers⁴⁵. Concernant la liquidation judiciaire, l'article L 641-11-1 pose une solution applicable aux contrats en cours, que l'activité soit ou non poursuivie. Dans ce cas, c'est au liquidateur que revient la faculté d'exiger la poursuite des contrats en cours malgré le défaut d'exécution par le débiteur de ses engagements antérieurs⁴⁶.

Le *Code de propriété intellectuelle* ne s'intéresse qu'à deux types de contrats soumis aux procédures collectives, en lien avec le droit d'auteur, c'est-à-dire les contrats d'édition et de production audiovisuelle⁴⁷. Ils bénéficient d'un régime au croisement du droit commun des contrats en cours et de prérogatives spéciales.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, comme de redressement, n'entraîne pas la rupture du contrat d'édition. Cette disposition, semblable à celle applicable aux contrats en cours, s'avère protectrice des auteurs. La protection est accentuée par l'obligation faite à l'éditeur de respecter toutes ses obligations durant la période d'observation. Pour le producteur, ou plutôt son liquidateur, une obligation du même ordre est instituée à l'égard, notamment, des coauteurs.

D'après le *Code de commerce*, les contrats en cours seront résiliés en l'absence de réponse du titulaire du droit d'option mis en demeure. Or, nous nous interrogeons sur le sens de la disposition permettant à l'auteur la simple faculté de résilier son contrat, d'autant que les articles respectifs ne précisent en rien ses modalités d'exercice. D'après la jurisprudence, le « seul constat de l'existence d'une liquidation judiciaire » suffit à l'auteur pour exercer cette faculté de résiliation⁴⁸. Elle relève de la seule faculté de l'auteur et

45. Saint-Alary-Houin, *supra* note 24 au para 541.

46. Philippe Roussel-Galle, « Contrats et droit des entreprises en difficulté », dans *Entreprises en difficulté*, coll Droit 360° (Paris, LexisNexis, 2013) au para 711.

47. Art L 132-15 pour le contrat d'édition ; art L 132-30 pour le contrat de production audiovisuelle.

48. TGI Paris, 21 novembre 1997, JurisData n° 024636.

n'est soumise à aucune formalité⁴⁹. L'envoi d'un courrier de résiliation au mandataire liquidateur suffirait. Pour autant, nous doutons de la validité d'une telle solution. Tout d'abord, le juge parisien laisse penser que cette résiliation est de plein droit, c'est-à-dire s'effectuant directement lorsque l'auteur en aura fait la demande. Or, le texte n'évoque en rien cela. Pour Charles-Édouard Renault, la véritable résiliation de plein droit du contrat d'édition est par exemple celle prévue à l'article L 132-17 du *Code de la propriété intellectuelle*⁵⁰. Une autre position serait de considérer que la résiliation doit être demandée au juge. Le caractère judiciaire de la procédure collective amènerait plus logiquement à cette solution. La demande faite au juge nous semble la procédure la plus appropriée en ce qu'elle permet une information plus claire pour les candidats repreneurs.

L'information du candidat repreneur ne peut pas toujours être claire vis-à-vis de ce droit de résiliation tant son moment n'est pas précisé par la loi. Les enjeux sont différents selon que cette résiliation intervient entre le jugement d'ouverture et la cession ou après celle-ci. Dans le premier cas, la résiliation, surtout lorsqu'elle est demandée au juge, est portée à la connaissance du repreneur. Dans le second cas, la résiliation intervenant après la cession est possible en ce que ce droit est attaché au contrat qui, lui-même, est transféré au cessionnaire.

Cette incertitude sur le moment d'exercice de la résiliation est un inconvénient pour le repreneur, une situation d'insécurité juridique émerge sur ces contrats. De plus, il lui revient de déployer des coûts supplémentaires pour identifier tous les auteurs en présence, susceptibles de demander la résiliation du contrat⁵¹. La commission relative au sort des droits d'auteur préconise d'empêcher que la résiliation puisse intervenir après la cession. Cette clarification du délai irait dans le bon sens tant elle évite une question au repreneur alors qu'il a racheté une entreprise, avec un certain projet en tête. Pour autant, la commission précise que ceci ne sera possible qu'à travers une procédure d'information préalable parfaite des auteurs et co-auteurs afin qu'ils s'expriment sur leur contrat. Or, nous savons à quel point l'information ne peut être parfaite et ce, pour des raisons juridiques comme pratiques.

49. TGI Paris, 5 janvier 1996, (1996) 170 RIDA 304 ; TGI Paris, 5 juin 1991, (1992) 51 RIDA 330.

50. Charles-Édouard Renault, « Les conséquences de la liquidation judiciaire des sociétés de production audiovisuelle », [2003] *Gazette du Palais*, n° 133, à la p 17.

51. Conseil supérieur, *supra* note 33 à la p 28.

Concernant les effets d'une telle résiliation, elle devient opposable à la fois au repreneur de la société mais également aux bénéficiaires de licences d'exploitation sur l'œuvre⁵². La résiliation est une faculté personnelle de l'auteur. Or, les œuvres audiovisuelles sont bien souvent des œuvres de collaboration qui englobent le travail de différents auteurs. La résiliation n'entraîne la restitution entre les mains de l'auteur que des droits qu'il a personnellement cédés au producteur⁵³.

Bien qu'il soit continué, ce contrat peut être sous le coup d'une cession légale.

3.1.1.2 Un contrat non légalement cédé

D'autres contrats intéressant directement ou indirectement la propriété intellectuelle ne feront pas l'objet d'une cession judiciaire, décidée par le tribunal, mais d'une cession légale. Le tribunal, comme le repreneur, se verront imposer la cession de certains contrats en vertu de la loi. Nous évoquerons, d'une part, les cessions légales du *Code de la propriété intellectuelle* et, d'autre part, les contrats de travail.

Selon l'alinéa 3 de l'article L 132-15 du *Code de la propriété intellectuelle*, « En cas de cession de l'entreprise d'édition ordonnée en application des articles L. 621-83 et suivants du Code de commerce précité, l'acquéreur est tenu des obligations du cédant. » Cet article vise le plan de cession qui pourrait porter sur l'entreprise d'édition. L'article mentionné a été abrogé par la *Loi de sauvegarde des entreprises* de 2005 et remplacé par l'actuel article L 642-5. Ce mécanisme organise une véritable cession légale du contrat d'édition. Il n'y a alors nul besoin de prouver le caractère de nécessité au maintien de l'activité du contrat. La cession est légale et automatique au cessionnaire de l'entreprise⁵⁴. N'ayant pas été résilié par l'auteur, le cessionnaire devra respecter les stipulations du contrat telles qu'elles ont été élaborées entre l'auteur et l'entreprise cédée.

Dans le cadre de la cession d'une société d'édition, la cession légale du contrat de l'auteur lui assure une certaine sécurité en n'étant pas soumis au bon vouloir du candidat, ou du tribunal, lors-

52. TGI Versailles, 6 septembre 2001.

53. CA Paris, 1er mars 1996, (1996) 170 RIDA 261, note Pierre-Yves Gautier.

54. André Lucas, Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloetter, *Traité de propriété littéraire et artistique* (Paris, LexisNexis, 2012) au para 763.

que la branche d'activité, dont son contrat fait partie, est cédée. Tout de même, une telle sécurité est à nuancer lorsque l'on précise le domaine d'application de la cession légale. L'article L 132-15 concerne « l'entreprise d'édition ». Cela signifie que sont concernées par cette disposition uniquement les sociétés qui ont une activité éditoriale. Or, il existe des entreprises qui, sans avoir une activité éditoriale, concluent des contrats avec des auteurs. Dans ces circonstances, en cas de cession du contrat, ce n'est pas la cession légale qui s'appliquera, mais celle de l'article L 642-7. Il faudra réunir les conditions de cession en démontrant, notamment, le caractère nécessaire au maintien de l'activité du contrat. L'auteur verra son contrat soumis, comme les autres contrats, à une sélection. Le contrat de production audiovisuelle peut également faire l'objet d'une cession légale dans le cas où il n'aura pas été résilié et, là encore, « l'acquéreur sera tenu des obligations du cédant ».

La seconde cession légale évoquée est la plus courante, il s'agit de celle du contrat de travail. Le contrat de travail est un instrument incontournable pour l'organisation des ressources humaines nécessaires à l'activité de l'entreprise. Dans notre domaine, ce contrat peut concerner toutes sortes d'emplois. D'une part, les emplois que nous appellerons « producteurs de biens intellectuels » où l'on trouve notamment les inventeurs salariés, les auteurs salariés mais également les designers qui seront à l'origine de dessins ou de modèles. D'autre part, nous trouvons les métiers de « gestionnaires de droits de propriété intellectuelle » englobant le personnel qui sera dédié à la valorisation des droits tels qu'un service juridique spécialisé ou un gestionnaire de portefeuilles. La particularité du contrat de travail est qu'il n'est pas cédé judiciairement mais légalement. Cela signifie que, par le jeu de l'article L 1442-1 du *Code du travail*, les contrats de travail sont cédés automatiquement, indépendamment de toute décision de justice⁵⁵.

3.1.2 Le domaine

En vertu du droit d'option accordé aux organes de la procédure, des contrats peuvent avoir été maintenus ou résiliés. Ainsi, malgré l'inexécution du débiteur, certains cocontractants peuvent se voir imposer de fournir la prestation promise. Pour autant, certains contrats portant sur des biens intellectuels bénéficient d'un régime dérogatoire, à savoir les contrats d'édition et de production audiovisuelle. En effet, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire

55. Cass soc, 26 juin 1991, n° 90-46055, JCP E 1992, II 274 note Jean-Jacques Serret.

leur permet d'exiger la résiliation du contrat les liant au débiteur⁵⁶. Nous considérerons, pour les développements à venir, que, lors de l'élaboration de l'offre, ces contrats n'ont pas été résiliés.

Rappelons que dans le cadre d'un plan de cession, les contrats peuvent être cédés judiciairement, c'est-à-dire par décision du tribunal, ou par effet de la loi, la cession est alors légale. Ayant abordé les cessions légales, nous nous focaliserons sur la cession judiciaire dont le cadre, bien que fixé par la loi, a pu être contourné par certains titulaires de droits de propriété intellectuelle.

3.1.2.1 La cession judiciaire des contrats

D'après l'article L 642-7 du *Code de commerce*, le tribunal « détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fournitures de biens ou de services nécessaires au maintien de l'activité ». Le tribunal ne se livre à cette détermination qu'au moment de l'arrêté du plan, c'est-à-dire lorsqu'il est amené à retenir une ou des offres de reprise. Le candidat repreneur devra garder cette disposition à l'esprit lorsqu'il émettra son offre.

Les contrats ainsi déterminés font l'objet d'une cession judiciaire qui n'exige à aucun moment le consentement des cocontractants concernés⁵⁷. Le changement de cocontractant est imposé par le juge. Toutefois, l'alinéa premier de l'article L 642-7 prévoit que le tribunal détermine la liste des contrats cédés « au vu des observations des cocontractants du débiteur transmises par l'administrateur » ou par le liquidateur.

La cession des contrats n'est pas ordonnée d'office : elle entraîne des obligations à la charge du repreneur et doit être demandée par ce dernier. Il appartient, avant toute chose, à l'auteur de l'offre d'en formuler la demande et d'établir que le contrat qu'il entend reprendre répond aux conditions requises⁵⁸. Il ne saurait être imposé au repreneur un contrat qu'il ne voulait pas, comme l'a confirmé la Cour de Cassation en 2009⁵⁹.

L'entreprise en difficulté peut être partie à de multiples contrats : licence ou crédit-bail de biens intellectuels, mais également

56. Art L 132-15 et L 132-30, *Code de la propriété intellectuelle*.

57. TGI Versailles, 23 juin 1988, [1989] *Gazette du Palais* 1989, 1, somm, p 112 ; TGI Paris, 17 mars 2000, [2000] *D* 2000, p 249, obs Pascal Pisoni.

58. Martin, *supra* note 29.

59. Cass com, 15 décembre 2009, n° 08-21235.

contrat de fourniture ou de location de logiciels, fiducie ou sûreté en général. Bien que limitative, la liste des contrats de l'article L 642-7 est en réalité large et vise bon nombre de contrats portant sur des biens intellectuels. Le candidat désireux de reprendre des contrats d'une telle nature devra s'interroger, avant le juge, sur la qualification qui sera retenue afin d'envisager leur cession judiciaire.

L'article L 642-7 du *Code de commerce* vise spécifiquement les contrats de location et non de louage. Par ce choix terminologique, le législateur entend exclure le louage d'ouvrages et de services pour ne retenir que le louage de choses, meubles ou immeubles au sens de l'article 1709 du *Code civil*. Le louage de choses y est défini comme « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix qu'elle s'oblige de lui payer ». Le contrat de louage de biens intellectuels fait l'objet d'une pratique développée tel qu'à travers la licence.

Le contrat de licence est d'une importance capitale. Il s'entend comme le contrat par lequel le titulaire d'un bien intellectuel concède à un tiers, en tout ou partie, la jouissance du droit d'exploitation moyennant une redevance, tout en retenant la propriété du droit⁶⁰. Peut-il être considéré comme un contrat de location au sens de l'article L. 642-7 du *Code de commerce* ?

Comme le contrat de louage de choses, il est créateur d'obligations réciproques. La seule différence réside dans l'obligation qui est mise à la charge du licencié d'exploiter le droit qui lui est concédé. En effet, dans un contrat de louage classique, le locataire d'un bien a toute latitude pour l'utiliser ou non⁶¹. La doctrine reconnaît majoritairement à la licence le caractère de contrat de location de meuble incorporel. Cette qualification est évidente pour Paul Roubier, qui considère que dans le contrat de licence conférant au licencié le droit d'exploitation du brevet, « il n'y a rien de plus que dans le contrat de louage, où le preneur obtient aussi la jouissance de la chose par le moyen d'un droit, qui n'est qu'un droit de créance ». Cette position est partagée par Jean-Marc Mousseron lorsqu'il parle de location d'invention pour évoquer la licence de brevet⁶². La licence prend éga-

60. Définition inspirée de Frédéric Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, coll Corpus (Paris, Economica, 2010) au para 694.

61. Binctin, *supra* note 3 au para 975.

62. Joanna Schmidt-Szalewski et Jean-Marc Mousseron, *Brevets d'invention*, Répertoire de droit commercial (Paris, Dalloz, 2003) au para 575 (mise à jour de juin 2014).

lement la forme d'un contrat de louage de bien intellectuel pour Nicolas Binctin⁶³.

Le contrat de licence a également été qualifié de « contrat de louage de chose » par la jurisprudence⁶⁴. Récemment, la Cour d'appel de Paris a reconnu une telle qualification à des contrats de licence de logiciels et de maintenance⁶⁵. La concession, ou la licence, est un contrat de louage ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle.

La sous-licence fait, selon nous, également partie des contrats de location visés par le *Code de commerce*. La sous-licence pourrait être définie comme le contrat par lequel un licencié autorise un sous-licencié à utiliser le droit de propriété intellectuelle moyennant redevance dans le cadre du contrat de licence initialement conclu par le licencié. Le principe étant le même que pour la licence, son inclusion est envisageable.

L'article L 642-7, en visant également les contrats de fournitures de biens ou de services, englobe des contrats pluriels et disparates. Le contrat de fourniture réunit tous les contrats commerciaux et de distribution, ni plus, ni moins. En d'autres termes, le contrat de fourniture doit être compris comme celui exécuté au profit du débiteur plutôt que celui exécuté au profit de ses clients⁶⁶. Selon d'autres définitions, le contrat de fourniture régit par un contrat-cadre les relations commerciales entre un fournisseur et un distributeur ou utilisateur pendant une durée déterminée ou indéterminée. Ce contrat sera suivi par des contrats d'application pouvant être multiples : vente, location, etc. En principe à exécution successive, Corinne Saint-Alary-Houin considère que peuvent être cédés sous cet auspice des contrats qui ne sont pas à exécution instantanée mais dont les effets se poursuivent après la cession de l'entreprise⁶⁷. Au regard de la jurisprudence, une décision ancienne souvent citée a notamment qualifié le contrat de licence de brevet de contrat de fourniture de service au sens de l'article L 642-7⁶⁸.

D'autres auteurs, tel que Frédéric Pollaud-Dullian, ne conçoivent pas la place de la licence au sein des contrats visés à l'article

63. Binctin, *supra* note 3 au para 959.

64. Pour le brevet : CA Orléans, 13 juillet 1892, 1893 DP, 2, p 329 ; Trib Civ Seine, 20 octobre 1922, [1923] *Ann* 288.

65. CA Paris, 14 novembre 2013, n°13-17518, JurisData 2013-028521.

66. Le Corre, *supra* note 7 au para 542.53.

67. Saint-Alary-Houin, *supra* note 24 au para 712.

68. CA Colmar, 13 juin 1990, [1991] D 97, note Dominique Fabiani [Fabiani].

L 642-7 du *Code de commerce*. Selon l'auteur Pollaud-Dullian, « l'on peut douter » qu'un contrat de licence portant sur des droits de propriété intellectuelle soit qualifié de contrat de fourniture de biens ou de services, voire même de location⁶⁹. Même plus, il considère que les licences de droits de propriété intellectuelle devraient échapper à l'application de cet article, c'est-à-dire ne pas être cédées judiciairement au repreneur. Comme l'auteur Mathély, il s'accorde à qualifier la licence de contrat *sui generis*. L'assimilation au contrat de location serait insatisfaisante dans la mesure où un tel renvoi ne serait pas de nature à qualifier le contrat, mais servirait plutôt à pallier ses insuffisances⁷⁰.

3.1.2.2 *L'intuitu personæ*, faux-obstacle à la cession

La question du domaine de l'article L 642-7 pose également celle de la cession des contrats dits *intuitu personæ*. *L'intuitu personæ* est une expression latine signifiant « en considération de la personne ». Celle-ci est employée pour caractériser les opérations dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle, en raison de ses aptitudes particulières ou de la nature du service attendu d'elle⁷¹. Ce type de caractère peut se rencontrer en droit de la propriété intellectuelle à travers des contrats d'entreprise. Il est généralement reconnu un caractère *intuitu personæ* aux licences, dont l'importance peut avoir ou non des conséquences sur sa cession.

Depuis 1987, il est admis que le caractère *intuitu personæ* des contrats n'est pas un obstacle à sa continuation. Pour autant, la question peut véritablement se poser pour leur cession. Un contrat dont la conclusion s'est réalisée essentiellement en considération de chacun des cocontractants peut-il être cédé à un tiers, ici le repreneur ?

Il ressort de la jurisprudence une difficulté à invoquer le caractère *intuitu personæ* pour empêcher la cession d'un contrat dans le cadre d'un plan de cession. Pour autant, dans certains cas de figure, il peut s'agir d'un obstacle.

69. Frédéric Pollaud-Dulian, « Les droits intellectuels dans la tourmente des procédures collectives », dans *Mélanges Françon* (Paris, Dalloz, 1995) à la p 375 [Pollaud-Dulian].

70. *Ibid.*

71. Gérard Cornu, « *Intuitu personæ* », dans *Vocabulaire juridique*, 8^e éd, coll Quadrige (Paris, PUF, 2009) à la p 513.

Selon certains auteurs, il n'y aura une véritable impossibilité à céder le contrat conclu *intuitu personæ* que lorsque cette cession serait manifestement incompatible avec le maintien des éléments essentiels du contrat. Françoise Pérochon donne l'exemple de la cession de l'activité du franchiseur où, effectivement, il est difficilement envisageable que le repreneur puisse continuer à transmettre un savoir-faire original et originellement détenu par le débiteur⁷². C'est également lorsque la qualité de la prestation est en jeu que *l'intuitu personæ* constituera une barrière. L'exemple par excellence est bien entendu le cas du contrat de commande d'une œuvre.

Lorsque les prestations attendues par le cocontractant sont dépourvues d'*intuitu personæ*, logiquement, la cession du contrat est possible en ce qu'il ne subit aucune modification substantielle. Ainsi, un contrat de licence de brevet peut être cédé dans le cas où le plan de cession concerne le licencié, bénéficiaire de l'assistance technique, alors que le breveté se contente de recevoir des redevances. Ici, la cession du contrat n'entrave ni l'objet ni la cause du contrat et peut donc être cédé⁷³.

Selon nous, seule une approche éminemment restrictive pourrait permettre de reconnaître l'incessibilité du contrat conclu *intuitu personæ*. Les cas de figure restent très rares. L'exemple de la commande d'une œuvre est l'exemple phare. Le cessionnaire ne saurait fournir le même travail que celui qu'aurait fait le cédé par exemple.

3.2 Régime

L'étude de la cession des contrats d'exploitation de biens intellectuels invite également à s'interroger sur le sort des contrats non cédés.

3.2.1 La cession des contrats compris dans le plan

Par son jugement, le tribunal a arrêté les contrats qui sont cédés au repreneur. Il est désormais nécessaire d'évoquer le régime d'une telle cession, dont le contrat de crédit-bail se démarque sur certains aspects.

72. Pérochon, *supra* note 18 au para 1196.

73. Fabiani, *supra* note 68.

3.2.1.1 La cession des contrats selon l'article L 642-7 du *Code de commerce*

S'interroger sur le régime de la cession des contrats de biens intellectuels c'est d'abord s'interroger sur le moment de la cession. Par principe, que ce soit en redressement ou en liquidation, les contrats sont transférés à la date du jugement arrêtant le plan⁷⁴. En effet, il n'est pas possible pour le candidat, désormais cessionnaire, de revenir sur son engagement. En revanche, il est possible pour le tribunal, dans son jugement, de retarder la cession des contrats en la repoussant à la date de conclusion des actes de cession.

L'article L 642-7 prévoit également que la poursuite du contrat se fait aux conditions en vigueur au jour du jugement d'ouverture. Cette règle s'inscrit logiquement dans le caractère forcé de cette cession dans la mesure où le cocontractant ne peut s'y opposer. Si elle est prévue pour la cession judiciaire, la cession légale des contrats d'édition et de production en fait également état en envisageant non pas la cession des contrats mais celle de l'entreprise qui les inclut logiquement. L'acquéreur étant tenu des obligations du cédant, se pose la question de la renégociation. Par nature forcée, la cession judiciaire n'ouvre pas la porte à une renégociation du contrat. Pour autant, selon nous, reste envisageable la possibilité pour le cessionnaire d'entrer en contact avec le cocontractant cédé par la suite.

De plus, le repreneur, par cette cession, n'aura pas à répondre des inexécutions du cédant. En effet, dans la mesure où, par principe, il souhaite reprendre une entreprise sans son passif, celui-ci ne peut se voir imposer des charges qu'il ne voulait pas. Pour autant, rien ne l'empêche d'inclure dans son offre des dettes de l'entreprise cédée. Le tribunal, d'ailleurs, sera attentif à toute offre qui inclurait dans le prix de cession la reprise de certaines dettes.

La spécificité de certains biens intellectuels doit être prise en compte au moment de cette cession. En effet, les opérations effectuées sur certains biens intellectuels obligent l'inscription du contrat auprès de l'Institut National de la Propriété Industrielle, ou des offices étrangers, à travers un formulaire dédié. Ceci a pour but de retracer la chaîne de propriété du bien, mais surtout de rendre la cession opposable aux tiers.

74. Art L 642-7, *Code de commerce*.

3.2.1.2 La spécificité du crédit-bail

Le crédit-bail sur des biens intellectuels est également inclus dans la liste de l'article L 642-7 des contrats cessibles judiciairement. Le repreneur du contrat de crédit-bail, comme le locataire initial a pu l'être auparavant, est confronté à une triple option. Il peut d'abord décider de restituer le bien et mettre fin au contrat. Il est également concevable que le repreneur s'engage dans un nouveau crédit-bail. Enfin, le nouveau crédit-preneur peut choisir de lever l'option. Quitte à s'inscrire en contradiction avec l'esprit du droit des procédures collectives, on constate que le crédit-bailleur est avantage.

Il est systématique de rencontrer dans les crédits-bails une clause par laquelle le locataire ne pourra lever l'option d'achat qu'après avoir exécuté toutes les obligations d'achat. Le code soumet à la même obligation le cessionnaire du contrat de crédit-bail. En effet, afin de lever l'option, celui-ci est tenu de payer les sommes restant dues. Cela signifie que le cessionnaire devra payer les éventuels arriérés de paiement du débiteur, auxquels s'ajoutent les loyers et, enfin, la valeur résiduelle qui est en réalité le prix de la levée d'option d'achat. Ces sommes dues doivent être payées « dans la limite de la valeur du bien, fixée d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, par le tribunal à la date de la cession »⁷⁵. Cependant, il est possible pour le repreneur, lors de l'audience d'arrêté du plan de cession, de suggérer au tribunal la valeur du bien pour l'exercice de la levée d'option. Sinon, un expert peut intervenir afin de la déterminer. Or, il est acquis que la valeur des biens intellectuels, par nature difficile à préciser, peut être soumise à variation. Le moment de l'évaluation apparaît comme déterminant, puisqu'il peut favoriser ou non les parties. Dans le cadre du crédit-bail, la date retenue pour évaluer le bien sera celle de la cession des biens crédit-baillés, c'est-à-dire la date de levée d'option d'achat.

Pour le cessionnaire, l'application d'un tel régime est synonyme d'alourdissement des charges. En effet, il s'agit du cas particulier où le repreneur d'un bien intellectuel devra prendre en charge le passif, les loyers impayés, voire les pénalités du débiteur. Nous sommes face à un facteur de dissuasion supplémentaire pour des reprises toujours plus difficiles.

75. Art L 642-7, *Code de commerce*.

3.2.2 *Le contrat portant sur un bien intellectuel non cédé*

Comme pour les biens, la clôture de la liquidation judiciaire pose la question du sort des contrats non cédés. Ces difficultés identifiées, il faudra tenter d'envisager des remèdes, souvent, faute de mieux.

3.2.2.1 Le contexte

Il est envisageable qu'un bien intellectuel, objet d'une licence, soit transmis à un tiers sans son contrat. Or, se pose la question de la situation de ce bénéficiaire de licence, ou plutôt du contrat.

Le *Code de commerce* ne comporte aucune disposition permettant d'envisager le sort du contrat non cédé. En effet, nous sommes dans la situation où le contrat de licence n'a pas été considéré comme nécessaire au maintien de l'activité par le tribunal et donc non cédé judiciairement.

La doctrine est divisée : les auteurs Corinne Saint-Alary-Houin et Paul Le Cannu considèrent que le contrat non cédé, caduc, serait résilié. La résiliation serait, en effet, la sanction du défaut de condition de validité du contrat durant son exécution. En revanche, selon Pierre-Michel Le Corre, en l'absence de loi disposant que le contrat non cédé subit une résiliation, il faut le considérer en cours⁷⁶. Selon cette doctrine, le contrat demeurerait dans le patrimoine du débiteur jusqu'à la liquidation. Selon nous, l'éviction du contrat de la cession entraîne sa caducité. En effet, c'est véritablement l'objet du contrat qui est désormais approprié par un tiers auquel n'a pas été consentie la cession.

3.2.2.2 Les remèdes envisageables

Face à cette difficulté, il est légitime pour le bénéficiaire de la licence de chercher des remèdes. Le premier, financier, consiste à faire déclarer sa créance à la procédure pour rupture brutale du contrat. Cette action aurait peu de chances de prospérer dans la mesure où, n'ayant aucun privilège, il est soumis à la dure loi du concours. Le second, stratégique, serait de prévoir des clauses contractuelles pour aménager la situation. Emmanuel Laverrière évoque notamment la situation de l'utilisateur d'un logiciel de niche qui voit l'éditeur placé

76. Le Corre, *supra* note 7 au para 542.68.

en liquidation judiciaire. Refusant souvent de se débarrasser des codes sources, l'éditeur empêche alors le bénéficiaire de disposer notamment de l'assistance technique. Dans ce cas, deux situations peuvent être distinguées. Dans la première situation, une clause de séquestre peut avoir été prévue au contrat. Selon cette clause il sera possible, lors de la vente première du logiciel, d'organiser le dépôt du code source chez un séquestre technique comme l'Agence de Protection des Programmes. Ainsi, en cas de défaillance de l'éditeur, le bénéficiaire peut consulter les codes sources et reconstituer notamment un exécutable. Ce type de clause s'avère particulièrement efficace dans la mesure où son non-respect par le liquidateur judiciaire engage sa responsabilité. Dans un arrêt de Cour d'appel, un liquidateur a été condamné pour non-respect de la clause prévoyant la remise des codes en cas de défaillance⁷⁷. En l'absence de clause séquestre – et c'est là la seconde situation – il est envisageable pour l'utilisateur de ce logiciel de niche d'acheter les codes sources dans le cadre d'une cession par plan. Pour autant, ceci devra inclure le personnel qualifié des développeurs de ce même logiciel pour constituer une branche.

4. Conclusion

Les biens intellectuels, par leur nature, ne peuvent être traités comme des actifs comme les autres dans le cadre d'un plan de cession. Les règles spéciales portant sur ces biens amènent, dans certains cas, à déroger à cet autre droit spécial qu'est celui des procédures collectives. Si certaines situations de conflit de ces droits spéciaux sont anticipées, des zones d'ombre demeurent. En effet, le sort de certains contrats ou biens intellectuels n'est pas fixé par la loi et amène à des spéculations, source d'insécurité juridique. Il est à noter que la tendance générale du traitement des titulaires de biens intellectuels est favorable. Que ce soit à travers la liberté permise par la constitution des branches d'activités ou les résiliations accordées à certains auteurs, on constate des dérogations à un droit qui est, logiquement, défavorable aux créanciers.

Malgré ces discussions théoriques et pratiques, la réalité économique rattrape la majorité des entreprises. À la lecture des jugements, il est bien rare que pour ces biens, cession rime avec valorisation. Car, finalement, la cession d'une entreprise en difficulté est exclusivement gouvernée par le jeu de l'offre et de la demande.

77. CA Aix en Provence, 11 septembre 2007.

