

Les Cahiers de droit



Les sûretés et les biens immatériels en droit français : quelles sont les perspectives ?

Security and Immaterial Property in French Law : Current Prospects ?

¿Cuáles son las perspectivas de las garantías y de los bienes inmateriales en el derecho francés ?

Christophe Albiges

Volume 59, Number 2, June 2018

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1048584ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1048584ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Albiges, C. (2018). Les sûretés et les biens immatériels en droit français : quelles sont les perspectives ? *Les Cahiers de droit*, 59(2), 333–350.

<https://doi.org/10.7202/1048584ar>

Article abstract

A study or analysis of securities in connection with various types of immaterial property — such as debts, patents, trademarks or software — is a perilous exercise. It must take into account a wide range of regulatory instruments addressing the various ways in which the rules are implemented with respect to both the constitution and the realization of security. This opens up several different prospects, such as consolidation into a single form of security, the harmonization of rules, or the creation of a primary scheme that can then be extended using special rules.

Les sûretés et les biens immatériels en droit français : quelles sont les perspectives ?

Christophe ALBIGES*

Toute étude ou toute analyse des sûretés portant sur les divers biens immatériels—créances, brevets, marques, logiciels, par exemple—peut se révéler pour le moins délicate. La matière demeure caractérisée par une diversité de régimes applicables, qu'ils concernent les modalités de constitution ou de réalisation des sûretés susceptibles d'être mises en œuvre. Différentes perspectives sont dès lors envisageables, qu'il s'agisse du regroupement en une seule et unique sûreté, d'une harmonisation de ces régimes ou encore de l'élaboration d'un régime primaire, complété par des règles spéciales.

Security and Immaterial Property in French Law: Current Prospects?

A study or analysis of securities in connection with various types of immaterial property—such as debts, patents, trademarks or software—is a perilous exercise. It must take into account a wide range of regulatory instruments addressing the various ways in which the rules are implemented with respect to both the constitution and the realization of security. This opens up several different prospects, such as consolidation into a single form of security, the harmonization of rules, or the creation of a primary scheme that can then be extended using special rules.

* Professeur, Université de Montpellier.
Le contenu de ce texte est à jour en avril 2018.

¿Cuáles son las perspectivas de las garantías y de los bienes inmateriales en el derecho francés?

Cualquier estudio (o cualquier análisis) de las garantías que trata sobre los diferentes bienes inmateriales (como por ejemplo las deudas, las patentes, las marcas y los programas) podría resultar—a lo menos—delicado. El ámbito se caracteriza por poseer una diversidad de regímenes aplicables vinculados con los modos de constitución o de realización de las garantías susceptibles de ejecución. Por ende, se pueden considerar diversas perspectivas, independientemente de que se trate de un conjunto de garantías reagrupado bajo una sola y única de garantía, o que se refiera a una armonización de estos regímenes, o que sea más bien la concepción de un régimen principal que se complementa con reglas especiales.

	<i>Pages</i>
1 Les sûretés réelles sur biens immatériels, de lege lata.....	336
1.1 Un constat : une diversité de sûretés sur biens immatériels	336
1.2 Les conséquences : une diversité source de complexité.....	339
2 Les sûretés réelles sur biens immatériels, de lege ferenda	343
2.1 Les modifications envisageables.....	343
2.2 Les modifications à privilégier.....	346

S’interroger sur les relations entre les sûretés et les biens immatériels, et donc opter pour un « regard croisé », s’avère pour le moins ambitieux à plusieurs titres. D’une part, le droit français des sûretés est caractérisé par sa complexité qui se manifeste lorsqu’on souhaite déterminer les règles destinées à garantir le recouvrement d’une créance. D’autre part, les biens immatériels, que l’on oppose aux biens matériels, sont dominés par leur diversité, qu’ils prennent la forme de créances, de valeurs mobilières, de brevets, de droits d’auteur, de marques, de logiciels, de polices d’assurance vie, de comptes d’instruments financiers, de monnaie scripturale, de films cinématographiques ou encore de fonds de commerce, sans que cette liste soit exhaustive.

L'article 2075 du Code civil, dans sa version de 1804, prévoyait déjà qu'une sûreté, en l'occurrence qualifiée de gage, pouvait porter sur « [d]es meubles incorporels, tels que les créances mobilières¹ ». Le législateur, durant la seconde moitié du ^{xx}e siècle, a diversifié les hypothèses de recours à des nantissements spéciaux, constitutifs de sûretés avec ou sans dépossession du constituant, qui confèrent au créancier un droit de préférence et un droit de suite. En raison du caractère inadapté des différentes dispositions du Code civil, non modifiées pour l'essentiel depuis 1804, une importante réforme de la matière a été adoptée par la voie de l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*², destinée à rendre plus attractives les sûretés et à les moderniser. Alors que de tels objectifs supposaient la suppression de certaines sûretés dotées d'un régime spécifique, les auteurs de cette ordonnance ont choisi le maintien d'une pluralité de sûretés sur des biens immatériels.

La réforme a certes simplifié la matière, notamment en mettant un terme à la distinction, retenue en 1804, qui reposait sur la présence ou l'absence d'une dépossession et en optant pour une distinction liée à la nature du bien visé, que la sûreté réelle porte sur un bien mobilier corporel ou incorporel. En dépit de l'adoption d'une telle classification, destinée initialement à opérer une simplification du droit des sûretés, la matière est restée caractérisée par sa complexité inhérente à la grande diversité de biens immatériels soumis à une législation spéciale³. Plus récemment, un avant-projet de réforme du droit des sûretés, élaboré par un groupe de travail présidé par le professeur Michel Grimaldi, a été présenté par l'Association Henri Capitant⁴. L'objectif est en particulier d'opérer des modifications par rapport à la réforme du 23 mars 2006, certains concernant ponctuellement les sûretés sur les biens immatériels, sûretés qui demeurent toujours caractérisées par leur diversité.

À l'inverse, de nombreux pays ont privilégié, parfois récemment⁵, un système plus simple, mieux adapté aux exigences du monde des affaires en particulier, système qui pourrait constituer une source d'inspiration pour

1. Code civil, art. 2075.

2. *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, J.O. 24 mars 2006, p. 4475 (ci-après « Ordonnance du 23 mars 2006 »).

3. À propos de cette diversité, Philippe STOFFEL-MUNCK, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et patr.* 2012.56.

4. Voir, à ce sujet, Michel GRIMALDI, Denis MAZEAUD et Philippe DUPICHOT, « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », D. 2017.1717.

5. Cette approche comparatiste a été menée dans le contexte d'une étude plus globale : ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les garanties de financement*, Paris, L.G.D.J., 1998. Cf. Cécile LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Paris, Litec, 2001, n° 26, p. 27.

une évolution prochaine du droit français, tout en prenant en considération les spécificités de ce dernier. Les modifications apportées par l'Ordonnance du 23 mars 2006 se sont en effet révélées particulièrement décevantes, alors même que des propositions de réforme avaient antérieurement été formulées⁶. Or le droit étant, par essence, un domaine en perpétuelle évolution, quelles sont les perspectives de changement, de modification du droit français, à la lumière justement des options choisies par d'autres pays ? La présente étude porte plus précisément sur les sûretés, désormais qualifiées en droit français de nantissements, en tant qu'opérations destinées à mobiliser la valeur d'un bien immatériel — brevet, marque, fonds de commerce, par exemple —, en garantie d'une opération de crédit sollicitée par le titulaire du même bien immatériel.

Avant d'envisager de telles perspectives, il convient d'établir un état des lieux, une présentation de la situation actuelle des options retenues en matière de sûretés réelles sur biens immatériels. Au terme d'une approche *de lege lata* (« tel que le droit est ») (partie 1), une approche *de lege ferenda* (« tel que le droit doit être ») (partie 2) permettra d'exposer les perspectives d'évolution.

1 Les sûretés réelles sur biens immatériels, *de lege lata*

Les auteurs de la réforme en date du 23 mars 2006 ont privilégié une approche pluraliste des sûretés. Un tel constat, propre aux biens immatériels, doit être établi (1.1), avant d'en envisager les conséquences (1.2).

1.1 Un constat : une diversité de sûretés sur biens immatériels

Le droit français a opté pour une diversité de textes, diversité dont il convient de préciser les caractéristiques.

Le droit des sûretés réelles portant sur un bien immatériel illustre l'un des maux qui affectent la législation française contemporaine, au même titre que d'autres matières telles que la procédure pénale ou encore le droit des procédures collectives : l'accumulation constante de textes nouveaux, sans que soient abrogées les dispositions antérieures, contribue à l'inflation législative déplorée avec raison par la doctrine⁷. Les pouvoirs publics ont eu tendance à oublier le sage conseil prodigué par Portalis lors de la

6. Voir notamment C. LISANTI-KALCZYNSKI, préc., note 5, n° 55, p. 52.

7. Voir, pour une publication récente, Aurore BENADIBA, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels. Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, n° 3.

rédaction du Discours préliminaire sur le projet de Code civil, selon lequel il faut être «sobre de nouveauté en matière de législation⁸».

Les différentes sûretés, portant sur un bien précisément immatériel⁹, sont dès lors caractérisées par une grande diversité. Certaines sont codifiées au sein d'un code déterminé, qu'il s'agisse du Code civil, du Code de commerce, du Code monétaire et financier, du Code de la propriété intellectuelle ou encore du Code du cinéma et de l'image animée. De plus, au sein même de ces codes, deux procédés sont utilisés. Des textes intégrés dans une telle codification s'avèrent particulièrement complets et déterminent le régime juridique applicable de manière précise. Le nantissement de créance, réglementé au sein du Code civil, le nantissement d'un fonds de commerce, prévu dans le Code de commerce, ainsi que le nantissement des droits d'exploitation des logiciels, prévu par l'article L132-34, ainsi que les articles R132-8 et suivants du Code de la propriété intellectuelle¹⁰, disposent d'un régime juridique relativement précis.

À l'inverse, d'autres dispositions se limitent à prévoir uniquement certains domaines déterminés de la sûreté, sans que l'ensemble de la matière soit ainsi réglementé. En matière de marques par exemple, seuls deux textes du Code de la propriété intellectuelle prévoient le nantissement, qu'ils réglementent le principe même d'une telle sûreté et son formalisme à l'article L714-1, ainsi que la publicité réalisée sur le Registre national des marques conformément à l'article 714-7 du même Code. Un tel nantissement de marque est toutefois généralement obtenu avec le nantissement du fonds de commerce, à l'inverse rarement pris isolément¹¹. De même, en matière de nantissement portant sur un brevet, un texte spécifique, l'article L613-21 du Code de la propriété intellectuelle, régit plus précisément les modalités de réalisation de la sûreté. Selon les termes du texte, la saisie prend la forme d'un acte extrajudiciaire signifié au breveté, ainsi qu'à

8. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Aix-Marseille, 1992, p. 23.

9. Pour un constat similaire à propos de l'ensemble du droit des sûretés, victime d'une «pulvérisation», voir Dimitri HOUTCIEFF, «Le droit des sûretés hors le Code civil», *Petites Affiches* 2005.8, spéc. n° 21.

10. Cette sûreté a été instituée par la *Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la directive (C.E.E.) n° 91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle*, J.O. 11 mai 1994, p. 6863, et par le *Décret n° 96-103 du 2 févr. 1996 pris pour l'application de la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle*, J.O. 9 févr. 1996, p. 2122.

11. Sur la délicate articulation entre les différentes sûretés, cf. Christophe ALBIGES et Yves PICOD, «Nantissement», *Rép. com. Dalloz*, 2012, n°s 16 et suiv.

l'Institut national de la propriété industrielle, et ce, aux fins de publication. Elle rend inopposables au créancier saisissant des modifications ultérieures des droits attachés au brevet. Enfin, le recours à un nantissement d'assurance vie n'est réglementé que par une disposition, l'article L132-10 du Code des assurances, qui se limite à prévoir les modalités générales de mise en œuvre d'une telle sûreté qui se révèle toutefois importante pour les praticiens. Or, l'assurance vie s'avère un instrument d'épargne privilégié, doté parfois d'une valeur pécuniaire importante¹².

Il est désormais classique de déplorer cet éparpillement ou encore l'éclatement des dispositions en matière de sûretés réelles portant sur une diversité de biens incorporels. Une telle diversité nuit à la lisibilité de la matière, constat dénoncé par la doctrine dès 2006¹³, et tend par là même à limiter l'attractivité des sûretés, notion récemment étudiée par la doctrine lors d'un colloque¹⁴. À titre d'illustration, le choix de la diversité des sûretés est même « mené à son paroxysme¹⁵ », comme l'atteste la pluralité de codes qui réglementent les sûretés sur un bien incorporel. Ce constat s'impose également à la lumière de l'étude des caractéristiques des règles en vigueur.

Les sûretés sur biens incorporels sont ensuite soumises à une double caractéristique. En ce qui concerne tout d'abord leur origine, si les divers nantissements sur des biens immatériels sont principalement de nature conventionnelle, il n'en demeure pas moins possible de solliciter le recours à une telle sûreté d'origine non plus conventionnelle mais judiciaire. Lorsqu'un créancier souhaite être protégé, au moment où le recouvrement de sa créance paraît menacé, il a la possibilité de solliciter une telle sûreté portant plus précisément sur les « fonds de commerce, les actions, parts sociales et valeurs mobilières¹⁶ » de son débiteur, hypothèses fréquentes en pratique. De tels biens, objets de la sûreté, ne sont pas remis entre les mains du créancier. Ce dernier bénéficie, dès lors qu'il est titulaire d'une inscription définitive dans les délais requis, des mêmes droits que ceux qui ont été reconnus au titre d'une sûreté conventionnelle, notamment l'exercice du droit de suite dans l'hypothèse de la vente, par le débiteur, du bien affecté en garantie.

12. *Id.*, n° 26.

13. Cécile LISANTI, « Quelques remarques à propos des sûretés sur meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », D. 2006.2671 ; Gaël PIETTE, « Le nantissement de meubles incorporels », *Revue Lamy Droit des affaires* 2007.90.

14. Nicolas BORGA et Olivier GOUT (dir.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles. 10 ans après la réforme*, Paris, L.G.D.J., 2016.

15. Dominique LEGEAIS, « Le droit français, modèle ou anti-modèle ? », dans N. BORGA et O. GOUT (dir.), *préc.*, note 14, p. 27, à la page 32.

16. Tels sont les termes de l'article L531-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

Il convient ensuite de relever la diversité des modalités de recours à une sûreté sur biens incorporels. L'opposition entre les divers régimes résulte de l'éventuel dessaisissement ou non du constituant. Certaines sûretés sur des biens immatériels sont mises en œuvre avec une dépossession, tel le nantissement de créance, mais aussi — plus ponctuellement — le nantissement de parts de société civile ou commerciale ainsi que le nantissement d'une police d'assurance vie. Avant 2006, le recours au nantissement se justifiait pour écarter les inconvénients inhérents à la dépossession qui s'imposait au moment du recours à un gage. L'adoption d'un nantissement, en matière de fonds de commerce ou de brevet par exemple, était destinée à contourner cette exigence. Or la réforme n'a pas eu pour effet de simplifier la matière, bien au contraire, la diversité de textes imposant alors une diversité de régimes. Les recours à de telles opérations tendent à se développer en raison de la valeur parfois importante des contrats convenus.

À l'inverse, d'autres sûretés sont convenues et présupposent l'absence de dépossession du constituant. Elles sont dès lors qualifiées d'« hypothèques mobilières » par certains auteurs, en raison de la similitude de régime avec cette sûreté immobilière. Tel est le cas des nantissements de fonds de commerce, de films ou encore de logiciels. Leur point commun réside dans la faculté de les localiser, en raison de la publicité imposée par le législateur, mais aussi dans la nécessité de les exploiter, pour en garantir la pérennisation¹⁷. Quelle que soit la modalité retenue, une constante demeure. Le législateur a réglementé de manière hétérogène ces différentes opérations qui portent sur des richesses susceptibles d'être valorisées, sans chercher une cohérence entre les mécanismes juridiques institués¹⁸. Si l'Ordonnance du 23 mars 2006 a consacré en droit positif un droit commun des nantissements sur biens incorporels, celui-ci ne concerne plus précisément que le nantissement de créances, les autres sûretés étant soit dotées d'un régime spécifique, soit soumises aux règles relatives au gage par application du renvoi effectué par le Code civil. Tel est donc le constat qui pourrait être effectué concernant le droit en vigueur en matière de sûretés réelles sur biens immatériels, constat dont il convient d'en relever les conséquences.

1.2 Les conséquences : une diversité source de complexité

Les conséquences de cette diversité concernent notamment trois domaines : la délicate articulation entre les sûretés en fonction des biens

17. Sur cette obligation, cf. Michel CABRILLAC et autres, *Droit des sûretés*, 10^e éd., Paris, LexisNexis, 2015, n° 41.

18. Sur un tel constat, voir *id.*, n° 790.

immatériels visés, la nécessaire harmonisation de certaines règles de fond et les contraintes liées aux modalités de publicité des sûretés à respecter.

La pluralité de régimes juridiques est nécessairement source de complexité et d'incertitude juridique au moment de l'articulation des dispositions en vigueur. Les circonstances peuvent légitimer une coexistence de sûretés susceptibles d'être convenues en affectant différents biens. Tel est le cas du fonds de commerce qui comprend, selon les termes de l'article L142-2 alinéa 2 du Code de commerce, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle ou la marque. Or le nantissement d'un fonds de commerce, fréquemment adopté par les praticiens, peut également porter sur d'autres biens qui peuvent eux-mêmes faire l'objet d'un nantissement spécifique¹⁹, comme les brevets d'invention, les logiciels ou les marques. À titre d'illustration, le nantissement de droits d'exploitation d'un logiciel peut être soit inclus dans un nantissement de fonds de commerce et, dès lors, soumis au régime de ce dernier, soit constitué séparément, de manière autonome par rapport au fonds également visé. Dans de telles circonstances, si le créancier souhaite étendre la sûreté à de telles propriétés intellectuelles, une double publication s'impose, sous peine d'inopposabilité de la sûreté.

Plusieurs difficultés surgissent dans ce cas et sont source d'interrogation : Quel est le régime juridique à appliquer aux droits intellectuels visés ? Est-ce celui qui est propre à ce droit ou, à l'inverse, le régime juridique applicable à un fonds de commerce ? Ces questions présentent un intérêt non négligeable, les deux régimes juridiques des nantissements étant dotés de certaines différences, en particulier la faculté de recourir à une attribution judiciaire, admise pour les droits intellectuels, et, à l'inverse, toujours écartée en matière de fonds de commerce²⁰. De même, concernant à nouveau la publicité, quelle est l'inscription qui va garantir l'opposabilité de la sûreté, celle qui est effectuée au tribunal de commerce, qui englobe le logiciel par exemple, ou celle qui est réalisée auprès de l'Institut national de la protection intellectuelle ? Quel sera le registre pris en considération pour déterminer le rang du créancier ? Ces questions, ponctuellement relevées par la doctrine²¹, démontrent la complexité actuelle des sûretés portant

19. Voir, à propos de cette hypothèse, Nicolas BORGA, « Pour un renouveau des garanties conventionnelles sur droits de propriété intellectuelle », dans Jean-Michel BRUGUIÈRE (dir.), *Les contrats de la propriété intellectuelle*, Paris, Dalloz, 2013, p. 117, à la page 121.

20. Nathalie MARTIAL, « Le droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles à l'aune de la réforme du droit des sûretés », dans Jean-Michel BRUGUIÈRE, Nathalie MALLET-POUJOL et Agnès ROBIN (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 324.

21. Nathalie MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, n^{os} 135 et suiv.

sur un bien immatériel, source d'insécurité juridique²², et légitiment le peu d'intérêt pour les créanciers à recourir à de telles garanties, alors même que les biens visés sont dotés d'une importante valeur économique.

La complexité peut ensuite être liée à l'absence d'harmonisation des règles, source d'insécurité juridique, en particulier lorsqu'est envisagé le recours à un pacte comissoire. L'un des apports de l'Ordonnance du 23 mars 2006 a été de généraliser la possibilité de prévoir, par convention, l'attribution de la propriété d'un bien dans l'hypothèse d'une défaillance du débiteur. Cette faculté était certes déjà présente et admise ponctuellement pour certains biens immatériels, notamment les parts de société civile²³. Elle est désormais applicable au nantissement de créance et, plus globalement, à tout bien incorporel pour lequel, par un principe de renvoi au droit commun du gage prévu par l'article 2355 alinéa 2 du Code civil, le recours au pacte comissoire est possible, comme en matière de brevet, de marque, de logiciel ou de film cinématographique. Dans de telles hypothèses, la simplicité de réalisation de la sûreté s'avère ainsi particulièrement adaptée lorsqu'une propriété intellectuelle est affectée en garantie, en raison de la durée de vie parfois courte de cette propriété et du caractère moins coûteux du recours à un pacte comissoire.

Cependant, l'incertitude demeure dans une situation spécifique, celle du recours à un nantissement du fonds de commerce, qui ne prévoit pas expressément la faculté de convenir un pacte comissoire. Certains arguments militent en faveur de l'admission d'un tel pacte : dès lors qu'il n'est pas expressément prohibé par les dispositions du Code de commerce, l'article L142-1 alinéa 2 n'écartant que l'attribution judiciaire du fonds en pleine propriété, il doit être possible d'admettre la licéité du pacte comissoire sur le fondement du droit commun. Cette option permet de reconnaître la coexistence du droit spécial propre à la réalisation d'un nantissement de fonds de commerce et du droit commun auquel l'article 2355 alinéa 5 du Code civil renvoie. De plus, le transfert automatique de propriété qui en résulterait aurait l'avantage d'éviter les lenteurs du processus de la vente forcée.

À l'inverse, selon un argument opposé, il convient de relever que la réalisation du fonds de commerce obéit à une procédure stricte, à l'origine de l'exclusion de l'attribution judiciaire. Si cette dernière se trouve écartée, c'est à cause de la nature du fonds de commerce. Or cette raison constitue pareillement un obstacle à une attribution conventionnelle du fonds. Dès

22. Sur un tel constat de l'insécurité, voir Yves PICOD, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2016, n° 133.

23. Pierre CROCQ, « Nantissement », *Rép. civil Dalloz*, 2017, n° 108.

lors, il serait logique que l'interdiction de l'attribution judiciaire soit étendue au pacte comissoire. Un tel acte, plus dangereux en raison de l'absence d'intervention du juge, se révèle également moins adapté pour un fonds de commerce. Il s'agit en effet d'un bien dont le maintien de la valeur économique est essentiel²⁴. Or le créancier ne dispose pas nécessairement des compétences requises pour en garantir l'exploitation. Une telle interrogation relative à l'application du pacte comissoire, ponctuellement posée²⁵, demeure toujours d'actualité en droit français.

Enfin, chaque sûreté portant sur un bien incorporel est soumise à un système de publicité qui lui est propre. Il existe dès lors une diversité de registres tenus par des services différents, qu'il s'agisse de celui qui est situé au greffe du tribunal de commerce, au registre de l'Institut national de la propriété intellectuelle ou encore au registre public du cinéma et de l'audiovisuel pour les nantissements de films cinématographiques. Quel que soit le registre visé, certaines constantes s'imposent, notamment la nécessaire inscription sur un document spécial pour garantir l'opposabilité de la sûreté aux tiers et l'obligation de prendre en considération des délais de péremption prévus au sein de dispositions spécifiques. Cette inscription doit indiquer également avec précision l'assiette de la sûreté et s'avère essentielle pour déterminer l'ordre de priorité entre créanciers.

Des divergences, source de complexité, peuvent dès lors apparaître selon le registre, par exemple celles qui sont relatives à la durée d'efficacité de l'inscription qui est de dix ans en matière de nantissement de fonds de commerce et de cinq ans pour les logiciels et les films cinématographiques. De plus, de manière également spécifique, les textes prévoient que l'inscription requise peut faire l'objet d'un renouvellement. Une telle pluralité de registres est nécessairement source de confusion ou d'incertitude pour les créanciers, ce qui contribue à limiter l'efficacité des sûretés visées²⁶.

Qu'il soit question d'incertitudes liées à la délicate articulation entre les textes, à leur nécessaire harmonisation ou encore à la diversité des modalités de publicité, une constante demeure : les divers biens immatériels, dotés d'une véritable valeur économique, peuvent être affectés en garantie d'une créance. Or la pratique limite le recours à cette catégorie de sûretés en raison du caractère inadéquat du cadre juridique actuel en droit

24. Sur un tel constat justifiant l'obligation d'exploiter le fonds, *cf. infra*, note 54.

25. Cécile LISANTI, «Le nantissement des meubles incorporels : une sûreté d'un genre pluriel ?», dans Séverine CABRILLAC, Christophe ALBIGES et Cécile LISANTI (dir.), *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Paris, Litec, 2007, p. 53, à la page 57.

26. N. MARTIAL, *préc.*, note 20, p. 328.

français, les créanciers optant à l'inverse pour des sûretés qui leur garantissent davantage de sécurité. Un tel constat justifie que soient désormais présentées les sûretés réelles telles qu'elles devraient être.

2 Les sûretés réelles sur biens immatériels, *de lege ferenda*

Comme l'a mentionné à juste titre la professeure Aurore Benadiba dans sa thèse de doctorat, l'Ordonnance du 23 mars 2006 a bien été une « première pierre à l'édifice [qui] ouvre la voie à un chantier de plus grande envergure qu'il reste, à l'évidence, à accomplir²⁷ ». L'observation demeure toujours d'actualité en 2018. Il convient dès lors d'exposer les modifications envisageables (2.1) avant d'analyser les modifications à privilégier (2.2).

2.1 Les modifications envisageables

Susceptibles de s'inspirer d'exemples en vigueur au sein d'autres pays ou organismes, les dispositions françaises des sûretés portant sur un bien incorporel pourraient ainsi potentiellement évoluer.

Le droit des sûretés réelles mobilières est une matière qui connaît plusieurs approches et classifications, comme l'attestent les exemples relevant du droit comparé. Le principe d'une sûreté unique a ainsi été retenu outre-Atlantique, aux États-Unis avec l'article 9 de l'*Uniform Commercial Code*, plus précisément la sûreté réelle (*security interest*) pour lequel l'assiette de la sûreté est générale²⁸. La sûreté a vocation à s'appliquer à tout meuble, corporel comme incorporel, présent ou futur, ainsi qu'aux fruits et aux revenus de ce bien. L'opposabilité aux tiers est conditionnée à l'accomplissement de différentes formalités de publicité, les créanciers étant classés en fonction de l'ordre des inscriptions.

De même, le droit québécois a privilégié plus récemment une telle sûreté unique²⁹, qualifiée d'hypothèque mobilière affectant un bien présent ou futur, corporel ou incorporel. Concernant les formalités de publicité, il existe ainsi, depuis 1991, un registre unique, le Registre des droits personnels et réels mobiliers (en complément du Registre foncier du Québec, pour les immeubles), cette publicité déterminant le rang entre les sûretés. La professeure Benadiba a toutefois judicieusement relevé les imperfections d'une telle publicité et son caractère jugé perfectible, notamment en raison des risques d'erreur ou de fraude au moment de la réalisation

27. A. BENADIBA, préc., note 7, n° 79.

28. Jean-François RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire du droit des sûretés mobilières. Contribution à une rationalisation du droit français*, Paris, L.G.D.J., 1997.

29. Élise CHARPENTIER, « Regards sur le droit québécois des sûretés », *R.D. banc. fin.* 2016.6.

de la publicité, en particulier sur le montant de la créance indiquée ou la valeur du bien hypothéqué. Est ainsi préconisé le recours à une tierce personne, non seulement un notaire ou un avocat, mais plus généralement tout tiers, courtier ou professionnel qui témoignerait du caractère exact des informations publiées. De surcroît, le responsable de la publicité au sein du service pourrait avoir pour obligation de vérifier l'exactitude des mêmes informations³⁰.

Cette réforme du droit québécois a ponctuellement influé sur des modifications apportées en d'autres pays européens, comme en Roumanie³¹ lors d'une réforme récente du droit civil roumain. L'article 2350 du nouveau Code civil roumain prévoit à titre d'illustration que «l'hypothèque peut avoir pour objet des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels³²». De plus, l'article 2389 énonce une liste de biens immobiliers incorporels susceptibles d'hypothèque, qu'il s'agisse notamment d'une créance de somme d'argent, d'un compte bancaire, du droit de la propriété intellectuelle et de tous les autres biens incorporels selon les termes du texte. Enfin, autre spécificité, une disposition privilégie expressément la centralisation des formalités de publicité, effectuées uniquement aux archives électroniques des sûretés réelles mobilières.

D'autres pays, telle la Belgique après l'adoption d'une loi en date du 11 juillet 2013³³, ont également opté pour un gage unique touchant les seuls biens mobiliers, corporels comme incorporels. Selon l'article 7 alinéa 1^{er} de cette loi, le gage peut «avoir pour objet un bien mobilier corporel ou incorporel ou un ensemble déterminé de biens de ce type». La réforme belge a également été l'occasion d'abroger certaines sûretés, comme le nantissement du fonds de commerce. L'opposabilité résulte alors soit de la dépossession du constituant, soit de l'enregistrement de la sûreté, qui peut porter sur un bien immatériel, publicité effectuée sur un registre unique, celui-ci étant appelé «Registre des gages». Au nom d'une réelle simplification et rationalisation du droit des sûretés, il pourrait être tentant de recourir à cette méthode qui privilégie une sûreté réelle unique, en généralisant la technique hypothécaire. Une telle option, favorable à une unification des sûretés réelles, a également été adoptée par des organisations internationales telles que la Banque européenne pour la reconstruction et

30. A. BENADIBA, préc., note 7, n° 523.

31. L'article 2343 du Code civil roumain énonce que «[l']hypothèque est un droit réel sur des biens, meubles ou immeubles, affectés à l'exécution d'une obligation».

32. *Id.*, art. 2350.

33. Maxime JULIENNE, «La réforme des sûretés réelles mobilières en Belgique», *Revue des contrats* 2014.656; Michèle GRÉGOIRE, «Droit belge: "Perspectives de droit des sûretés: vers une nouvelle maîtrise du risque"», *R.D. banc. fin.* 2016.10.

le développement (BERD) ou encore la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)³⁴. Enfin, l'*Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés* au sein de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) a retenu une telle approche unitaire des sûretés réelles mobilières incorporelles, le même régime juridique étant destiné à s'appliquer à des biens différents³⁵.

Les illustrations relevées plus ou moins récemment, dans les pays et les organismes mentionnés plus haut, incitent à repenser de manière globale le droit français des sûretés, en proposant une modification des classifications traditionnelles. Plusieurs auteurs militent pour une réforme substantielle du droit des sûretés réelles, spécialement celles qui portent sur les biens incorporels. Est ainsi proposé le recours à une seule sûreté, qualifiée d'hypothèque unique. Le raisonnement retenu résulte d'un double constat :

- d'une part, les sûretés sans dépossession et soumises à publicité se sont progressivement/généralisées dans un premier mouvement, singulièrement en matière de biens immatériels comme pour un fonds de commerce, selon des modalités dès lors particulièrement proches de l'hypothèque ;
- d'autre part, de manière corrélative, dans le marché des sûretés mises à disposition des créanciers, un second mouvement a favorisé le recours à des sûretés plus efficaces, car il confère l'exclusivité, plus précisément le droit de rétention et la propriété garantie sous ces différentes formes.

Or le droit de rétention se révèle peu adapté aux biens immatériels. Conformément à une jurisprudence ancienne³⁶, le créancier nanti sur le fonds de commerce est privé de tout droit de rétention. Cette solution se justifie, car une telle sûreté ne suppose pas un dessaisissement. Une incertitude a pu être liée à l'adoption de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 qui a étendu le droit de rétention au bénéfice du créancier gagiste sans dépossession à l'article 2286, 4° du Code civil, sans déterminer si cette rétention fictive devait s'appliquer au nantissement sur biens immatériels. La

34. Plus généralement, sur les spécificités de la BERD et la CNUDCI, voir : Dominique LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 12^e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, n°s 414 et suiv. ; Jean-François RIFFARD, « L'harmonisation internationale des droits des sûretés mobilières : ne ratons pas le train ! », *R.D. banc. fin.* 2016.11.

35. Pierre CROcq (dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2012, p. 223 et suiv.

36. Com. 26 oct. 1971, D. 1972.61, note Derrida.

Cour de cassation³⁷ a toutefois considéré que cet article, constitutif d'une fiction nécessairement d'interprétation stricte, n'était applicable qu'aux biens corporels, ce qui exclut sa mise en œuvre aux nantissements sur biens immatériels, même si l'article 2355 alinéa 5 du Code civil prévoit que le nantissement est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels.

Parmi les propositions formulées pour réformer le droit des sûretés réelles et rendre effective son attractivité, plusieurs auteurs, certains appartenant à l'«École de Paris V» du droit des sûretés³⁸, sont en faveur d'une unicité des sûretés réelles, alors soumises à un seul et même régime. Un colloque a ainsi été organisé à l'Université de Paris V, en juin 2015, au cours duquel plusieurs auteurs, spécialistes de la matière, ont décrit les spécificités et les attraits d'une telle sûreté unique³⁹ qui s'inspirerait des modèles américain et québécois. La simplicité est mise en avant pour justifier la voie hypothécaire, option qui permettrait le recours au droit de rétention, même fictif, quel que soit le bien visé⁴⁰. Or, pour différentes raisons, il convient de reporter le recours à de telles transformations du droit interne des sûretés réelles portant sur les biens incorporels et d'opter pour des modifications qui doivent être privilégiées.

2.2 Les modifications à privilégier

À notre avis, deux précisions s'imposent ici : il faut considérer, d'une part, la méthode à préconiser, liée aux spécificités du droit français, et, d'autre part, le contenu des principales modifications à apporter.

37. Com. 26 nov. 2013, n° 12-27390, *R.D. banc. fin.*, 2014.51, note Cerles; *Gaz. Pal.* 2014.79, obs. Dumont-Lefrand; *R.T.D. civ.* 2014.158, obs. Crocq.

38. D. LEGEAIS, préc., note 34, n°s 419 et suiv.; Nathalie MARTIAL-BRAZ, «Sûretés avec et sans dépossession, une *summa divisio* désuète?», *R.D. banc. fin.* 2014.35, n° 13; Nathalie MARTIAL-BRAZ, «L'existence de modèles alternatifs. L'approche unitaire des sûretés mobilières, solution pour le droit français?», dans N. BORGIA et O. GOUT (dir.), préc., note 14, p. 35; Christophe JUILLET, «Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir», dans Sarah BROS et Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010, p. 241, à la page 264, n°s 41 et suiv.; Christophe JUILLET, «Les sûretés réelles en quête d'un droit commun – Rapport introductif», *R.D. banc. fin.* 2014.33; Christophe JUILLET, «La sûreté hypothécaire unique en droit français», *R.D. banc. fin.* 2016.12.

39. Pour des illustrations de ce mouvement, voir: Nicolas BORGIA, «Les conditions de validité de l'hypothèque unique», *R.D. banc. fin.* 2016.13; Nathalie MARTIAL-BRAZ, «L'opposabilité de l'hypothèque unique», *R.D. banc. fin.* 2016.14; Maxime JULIENNE, «Les attributs de l'hypothèque unique», *R.D. banc. fin.* 2016.15.

40. Il y a cependant des restrictions pour certains auteurs aux motifs que la purge de la sûreté se révèle incompatible avec l'attribution d'un droit de rétention: M. CABRILLAC et autres, préc., note 17, n° 805; M. JULIENNE, préc., note 39, n° 8.

Les réformes et les classifications proposées, favorables à la sûreté unique, sont certes stimulantes intellectuellement. Elles s'éloignent toutefois de manière excessive de la tradition juridique française, fortement attachée aux classifications bien connues qui supposent une distinction entre biens immeubles et biens meubles, que ces derniers soient corporels ou incorporels. Cette tradition précisément française, justifie qu'il soit, tout au moins dans l'immédiat, impossible de supprimer l'opposition entre les sûretés immobilières et les sûretés mobilières. La prétendue prépondérance de l'immeuble sur le meuble, le rôle spécifique de la publicité ou encore les missions conférées au notariat sont des éléments qui contribuent à la spécificité de l'immeuble. Selon la formule imagée du professeur Laurent Aynès, une telle diversité française est jugée « plus en accord avec notre histoire et notre mentalité marquées de particularismes gaulois⁴¹ », particularismes que justifie le maintien des distinctions entre sûretés immobilières et mobilières, mais aussi entre sûretés sur biens corporels et incorporels⁴².

Le droit français des sûretés a donc conservé les principales classifications du droit des biens, ce qui impose actuellement deux conséquences : la matière étant toujours caractérisée par le principe d'une diversité de sûretés, les parties demeurent nécessairement libres d'opter pour la sûreté qu'elles considèrent comme la plus adaptée à leur attente. Il semble dès lors excessivement complexe d'élaborer un régime identique applicable à des catégories de biens d'une nature forcément dissemblable, car « s'établit, par l'intermédiaire des catégories juridiques, une relation d'ordre logique entre la détermination de ce que l'on appelle la *nature juridique* (d'un bien, d'un acte...) et le *régime juridique* qui en découle⁴³ ». La nature juridique des biens étant différente (immeuble et meuble ; corporel et incorporel), le régime juridique doit donc rester, tout au moins pour l'instant, distinct.

Selon nous, il conviendrait de privilégier une solution de compromis, en adoptant une méthode plus mesurée, moins radicale et donc moins ambitieuse que celle qui a été retenue au Québec en particulier⁴⁴. Elle pourrait concerner les seuls biens incorporels, d'une nature sensiblement identique, qu'il s'agisse des créances, des parts sociales ou encore des logiciels notamment. Le recours à un véritable droit commun du nantissement devrait être retenu et limité, par essence, à l'ensemble des biens incorporels. L'adoption d'un tel droit commun du nantissement est donc

41. Laurent AYNÈS, « Les sûretés en quête de droit commun. Rapport de synthèse », *R.D. banc. fin.* 2014.43, n° 2.

42. *Id.*

43. François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 330, n° 406.

44. *Id.*

attendue, seulement dix ans après la réforme réalisée par l'Ordonnance du 23 mars 2006 qui n'instaurait des dispositions précises qu'au seul nantissement de créances⁴⁵. Le recours à ce droit commun devrait nécessairement respecter deux exigences préalables.

Nous croyons qu'il s'avère tout d'abord indispensable d'opter pour une abrogation de certaines sûretés réelles spéciales portant sur des biens immatériels déterminés et d'envisager, avec prudence⁴⁶, un regroupement des sûretés en respectant certaines classifications fondamentales. Il serait ensuite souhaitable de privilégier la constitution d'un régime de base applicable à tous les nantissements sur biens incorporels, qui contiendrait non seulement des principes généraux, mais aussi des mesures plus techniques. Gouvernés par l'idée d'efficacité et de simplicité, ceux-ci seraient destinés à réglementer la formation et les modalités de réalisation du nantissement. Un tel régime de base devrait également être complété par le maintien ou l'adoption de règles propres à certaines sûretés déterminées.

En ce qui concerne d'abord le régime de base, certaines dispositions pourraient porter plus précisément sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière : elles seraient applicables quel que soit le bien incorporel affecté en garantie. Un texte devrait ainsi préciser les modalités formelles de la sûreté, plus précisément le recours à un écrit sous seing privé. Celui-ci, exigé pour la validité de la sûreté, respecterait le principe de spécialité en désignant l'assiette de la sûreté et la créance garantie. À cet égard, il serait préférable de retenir un principe de spécialité assoupli, permettant de convenir des sûretés sur des biens incorporels présents, mais aussi futurs, comme le prévoit le Code civil en matière de nantissement de créance. Le même principe aurait également pour finalité de rappeler le caractère accessoire et indivisible de la sûreté et l'organisation d'une publicité sur un seul fichier identique⁴⁷. Alors qu'est imposée actuellement la consultation de différents fichiers en fonction de la sûreté retenue⁴⁸, l'instauration d'un fichier unique permettrait de véritablement unifier les modalités de consultation des registres, de simplifier le contrôle exercé par les créanciers

45. Les modifications préconisées par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant, récemment publié, précisent certaines modalités de mise en œuvre du nantissement de créance et proposent l'introduction d'une sûreté sur bien incorporel supplémentaire : le nantissement de monnaie scripturale.

46. Est aussi favorable à une harmonisation mesurée Olivier GOUT, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *R.T.D. civ.* 2013.255, 273.

47. Sur la nécessité d'une telle centralisation des fichiers pour toutes les inscriptions de gages et nantissements, voir Laurent AYNÈS et Pierre CROCQ, *Droit des sûretés*, 11^e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, n° 509.

48. *Id.*

et ainsi de garantir l'efficacité de la sûreté. Telle est à cet égard l'option retenue dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, récemment publié par l'Association Henri Capitant, favorable à la centralisation de l'inscription des sûretés mobilières spéciales sur le registre tenu au greffe du tribunal de commerce.

D'autres dispositions auraient ensuite vocation à constituer un régime de base des effets du nantissement, en généralisant certaines dispositions déjà en vigueur et applicables quel que soit le bien incorporel visé. La généralisation des mesures pourrait concerner, en premier lieu, les dispositions destinées à garantir la valeur du bien affecté en garantie, un créancier pouvant craindre une perte de valeur du bien. En matière de sûreté réelle portant sur un bien mobilier corporel, l'article 2344 alinéa 2 du Code civil prévoit actuellement une obligation de conservation à la charge du constituant. Cette obligation est complétée par la possibilité d'invoquer soit la déchéance du terme prévue, soit le complément du gage à hauteur du dommage causé à la chose gagée par le constituant. Une telle disposition, intégrée dans le régime de base des sûretés réelles incorporelles, pourrait conférer la faculté, aux créanciers, d'obtenir à tout moment un état de l'ensemble des biens gagés, informations alors communiquées par le constituant. Le droit belge prévoit à cet égard une protection spécifique du maintien de la valeur du bien gagé affecté en garantie, au titre d'un droit d'inspection des biens, au profit du créancier lorsque la sûreté est sans dépossession, et du constituant dans le cas contraire, au nom de la préservation de la valeur du bien affecté en garantie⁴⁹.

En deuxième lieu, la généralisation des dispositions devrait également porter sur le recours à un pacte comissoire, certes déjà retenu pour certaines sûretés sur un bien incorporel. Il conviendrait de prévoir, en complément, une obligation de restituer au débiteur de la créance garantie les sommes qui excéderaient éventuellement le montant de ce qui était dû par ce dernier, et ce, pour garantir la neutralité économique de la sûreté.

Pour compléter ces dispositions communes constitutives d'un régime de base, le législateur pourrait prévoir, en troisième lieu, au titre d'un régime alors propre à certaines sûretés réelles mobilières incorporelles, des dispositions nécessairement spécifiques des sûretés déterminées. Des mesures spéciales devraient être conservées ou intégrées, dès lors qu'elles contribueraient à l'efficacité et par là même au succès de la sûreté visée, en

49. M. JULIENNE, préc., note 33, n° 11.

fonction de la spécificité du bien grevé⁵⁰. À titre d'illustration, selon le bien affecté en garantie, le recours à l'obligation d'exploiter ce dernier pourrait s'imposer en vue de préserver sa valeur économique. À l'heure actuelle, la doctrine relève ponctuellement la nécessité du maintien de l'exploitation, à la charge du titulaire du brevet⁵¹, de l'exploitant du fonds de commerce⁵² ou encore de la marque⁵³. Il a été souligné avec raison, à l'égard du nantissement du fonds de commerce plus spécialement, que « l'efficacité de la sûreté s'apprécie au regard du maintien de la valeur du fonds, cela explique qu'il faut [...] maintenir l'exploitation du fond⁵⁴ ». Le comportement actif du constituant permettrait de préserver la pérennité du bien affecté en garantie et d'éviter un dépérissement de la sûreté convenue.

De même, une autre mesure également spécifique pourrait être liée aux films cinématographiques, mesure qui contribuerait au succès manifeste de la sûreté : dès lors qu'un film serait destiné à garantir le recouvrement d'une créance, une disposition spécifique pourrait concerner l'affectation des recettes obtenues lors de sa commercialisation. Le créancier nanti bénéficierait de plein droit d'un droit direct sur les recettes du film, au titre d'une délégation de recettes, lui permettant d'agir contre le débiteur de ces recettes, à hauteur de la créance garantie⁵⁵.

La combinaison de telles règles spéciales ponctuelles, avec un régime de base commun à toutes les sûretés réelles mobilières incorporelles, semble l'option qui devrait être retenue dans l'hypothèse d'une réforme prochaine de la matière. Nous ne pouvons que souhaiter qu'une telle option soit un jour privilégiée, au nom d'une véritable simplification des sûretés visées, dans l'attente que puisse être retenue ultérieurement une éventuelle sûreté unique, à l'image du droit québécois, manifestement bien en avance par rapport au droit français...

50. Sur le maintien de dispositions antérieures ainsi justifié, voir Pierre CROCCQ, « La réforme des sûretés mobilières », dans Yves PICOD et Pierre CROCCQ (dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2006, p. 17, à la page 20.

51. P. CROCCQ, préc., note 23, n° 118.

52. Nicolas BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles. Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, Paris, Dalloz, 2009, p. 462, n° 491.

53. Michel VIVANT, « L'immatériel en sûreté », dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 405, à la page 416.

54. Nicolas BINCTIN, « Volonté et universalités de biens », dans Yves STRICKLER et Fabrice SIIRIÄINEN (dir.), *Volonté et biens. Regards croisés*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 231, à la page 247. Plus généralement sur cette exigence, voir Christophe ALBIGES, « L'obligation d'exploiter un bien », *R.T.D. civ.* 2014.795, 808, n° 29.

55. Ce sont les termes de l'article L124-2 du Code du cinéma et de l'image animée. Sur une telle sûreté, voir N. MARTIAL, préc., note 21, n° 150.