



Assemblée générale

Distr. limitée
29 août 2008
Français
Original: anglais

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

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

Note du Secrétariat*

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IV. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	1-14	4
A. Le concept d'opposabilité	1-4	4
B. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle	5-11	5
C. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle	12-14	7
V. Le système de registre	15-32	8
A. Le registre général des sûretés	15-16	8
B. Registres pour différents types de propriété intellectuelle	17-18	8
C. Coordination des registres	19-20	9
D. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future	21-23	10

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



	E.	Double inscription ou double recherche	24-25	11
	F.	Moment où l'inscription prend effet	26-27	12
	G.	Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription	28-30	12
	H.	Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques	31-32	13
VI.		Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	33-61	15
	A.	Le concept de priorité	33	15
	B.	Identification des réclamant concurrents	34-35	15
	C.	Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs	36	16
	D.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle	37-40	16
	E.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière non inscriptible sur un registre de la propriété intellectuelle	41-42	18
	F.	Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée	43	18
	G.	Droits des preneurs de licence en général	44-48	18
	H.	Droits de preneurs de licences non exclusives dans le cours normal des affaires	49-55	19
	I.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence	56-59	22
	J.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire	60	23
	K.	Cession de rang	61	23
VII.		Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle	62-63	23
	A.	Application du principe de l'autonomie des parties	62	23
	B.	Droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions	63	24
VIII.		Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par la propriété intellectuelle	64	24
IX.		Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	65-89	25
	A.	Recoupements entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle	65-68	25
	B.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle	69-70	26
	C.	Prise de "possession" de la propriété intellectuelle grevée	71-72	27
	D.	Disposition de la propriété intellectuelle grevée	73-74	27

E.	Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée	75-77	28
F.	Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée	78	29
G.	Recouvrement de redevances et droits de licence	79	29
H.	Autres droits contractuels du donneur de licence	80	29
I.	Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle	81-84	30
J.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence	85-89	31
X.	Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	90-98	32
A.	Loi applicable aux aspects réels	90-97	32
B.	Loi applicable aux questions contractuelles	98	34
XI.	Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle		34

IV. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: Pour les paragraphes 1 à 14, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 137 à 145, et A/CN.9/649, par. 29 à 31.]

A. Le concept d'opposabilité

1. Comme il a déjà été noté, le Guide distingue la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) de son opposabilité (efficacité à l'égard des tiers). Une sûreté ne devient opposable que si un avis la concernant est inscrit dans le registre général des sûretés ou dans le registre spécialisé, si tant est qu'il en existe un et que les sûretés puissent y être inscrites (voir recommandation 38). L'avis peut être inscrit avant ou après la constitution de la sûreté, ou la conclusion de la convention constitutive de sûreté (voir recommandation 67), mais la sûreté ne peut pas devenir opposable avant d'être constituée (voir recommandation 29).

2. Ces recommandations s'appliquent également aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Selon l'alinéa b) de la recommandation 4, cependant, si le droit de la propriété intellectuelle d'un État prévoit que l'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle existant est la seule méthode pour rendre opposable une sûreté sur un type particulier de propriété intellectuelle, les recommandations du Guide donnent préséance à ce droit. De même, s'il faut inscrire un document, et non un avis, et si cette inscription a des effets constitutifs ou déclaratifs et non des effets à l'égard des tiers, le Guide n'affecte pas ce résultat. De ce fait, si l'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle ne devait pas produire d'effets à l'égard des tiers en vertu du droit de la propriété intellectuelle, ce registre ne serait pas un registre spécialisé au sens du Guide et les recommandations de ce dernier relatives aux registres spécialisés ne s'appliqueraient pas. Le Guide s'applique, par contre, lorsque ces questions ne sont pas traitées par une autre loi concernant la propriété intellectuelle. Les États qui adoptent la loi recommandée dans le Guide souhaitent peut-être examiner leur loi concernant la propriété intellectuelle en se demandant si celle-ci devrait prévoir que, dans la mesure où un droit sur la propriété intellectuelle peut être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle, une sûreté réelle mobilière pourrait l'être également (s'agissant des conditions et des conséquences juridiques de l'inscription, voir le chapitre sur le système de registre ci-dessous).

3. Dans certains États, la constitution et la réalisation des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle sont soumises aux mêmes règles que celles qui régissent ces questions pour d'autres types de biens meubles incorporels. Dans d'autres États, le droit de la propriété intellectuelle traite ces questions de manière différente lorsque les sûretés grevent la propriété intellectuelle. Il arrive toutefois très souvent que le droit de la propriété intellectuelle prévoit des méthodes d'opposabilité particulières pour les sûretés grevant certains types de propriété intellectuelle. Les pratiques diffèrent pour les droits sur la propriété intellectuelle qui sont soumis à un système d'inscription dans un registre spécialisé (comme les brevets, les marques et, dans certains pays, le droit d'auteur), et les droits sur la propriété intellectuelle qui ne sont pas soumis à une telle inscription (comme le droit d'auteur, dans certains pays, et les secrets d'affaires). Ces questions sont traitées dans les sections B et C ci-dessous.

4. Dans le Guide, l'adjectif "opposable" désigne le fait, pour une sûreté réelle mobilière grevant un bien, de produire des effets à l'égard des tiers, en d'autres termes à l'égard de parties autres que le constituant et le créancier garanti qui font valoir (ou qui pourraient faire valoir dans le futur) un droit sur ce bien grevé, comme les créanciers du constituant, mais aussi les bénéficiaires du transfert, les preneurs à bail et les preneurs de licence du bien grevé. Par contre, en droit de la propriété intellectuelle, l'opposabilité désigne souvent non seulement l'efficacité d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle mais aussi l'efficacité du droit de propriété ou d'autres droits sur la propriété intellectuelle elle-même (ou d'un transfert ou d'une licence). Ainsi, dans le contexte de la propriété intellectuelle, le mot "tiers" peut englober non seulement les réclamants se trouvant en concurrence avec un créancier garanti, mais aussi les bénéficiaires de transferts et les preneurs de licence se faisant concurrence entre eux ainsi que les personnes portant atteinte à la propriété intellectuelle (qui ne sont bien sûr ni des "réclamants concurrents" – terme qui n'est pas utilisé en droit de la propriété intellectuelle – ni des bénéficiaires de transferts concurrents). Ces deux sortes de références ne devraient pas être confondues. Alors que l'efficacité d'une sûreté à l'égard des réclamants se trouvant en concurrence avec un créancier garanti relève de la loi sur les opérations garanties, l'efficacité des droits sur la propriété intellectuelle à l'égard des bénéficiaires de transferts, preneurs de licence ou auteurs d'atteintes (en l'absence de sûreté) relève uniquement du droit de la propriété intellectuelle. Le Guide est sans incidence sur le sens du terme "tiers" en droit de la propriété intellectuelle.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il convient de faire référence aux auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle dans ce contexte. Tant le terme "réclamant concurrent" dans la loi sur les opérations garanties que le terme "bénéficiaire de transfert concurrent" en droit de la propriété intellectuelle présupposent une opération légitime. Les auteurs d'atteintes sont, par définition, des tiers illégitimes et non autorisés. Conformément à leurs objectifs, le Guide et l'Annexe n'opèrent aucun changement en la matière.]

B. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle

5. Dans le Guide, les sûretés ou autres droits sur la propriété intellectuelle considérés par le droit de la propriété intellectuelle comme inscriptibles sur un registre de la propriété intellectuelle qui confère à l'inscription des effets à l'égard des tiers, peuvent être rendus opposables par inscription sur un tel registre ou dans le registre général des sûretés (voir recommandation 38).

6. En droit de la propriété intellectuelle, la situation peut être différente. Certains États prévoient qu'une sûreté ne produit aucun effet à l'égard des tiers voire entre les parties (et n'est donc pas constituée) tant qu'elle n'est pas inscrite dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Dans certains de ces États, cette inscription est même nécessaire pour que la sûreté produise ses effets entre les parties. Dans d'autres États, le droit de la propriété intellectuelle prévoit qu'une sûreté est constituée et devient opposable dès que la convention constitutive de sûreté est conclue, même sans inscription. L'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié permet à certains tiers, généralement les bénéficiaires de transferts de bonne foi n'ayant pas été informés, d'invoquer une

règle de priorité pour primer une sûreté antérieure non inscrite, cette dernière demeurant toutefois opposable aux autres tiers. Dans d'autres États encore, une sûreté est constituée lorsque la convention constitutive est conclue, mais l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié est nécessaire pour que la sûreté produise effet à l'égard de tous les tiers, par exemple en raison d'une règle de preuve interdisant que la preuve des sûretés non inscrites soit rapportée. Dans d'autres États toujours, le système d'inscription ne permet pas facilement l'inscription des sûretés, et l'opposabilité doit être assurée en dehors du système d'enregistrement de la propriété intellectuelle. Enfin, dans certains États, il est possible d'assurer l'opposabilité d'une sûreté en utilisant soit le registre de la propriété intellectuelle, soit un registre général des sûretés existant.

7. En tout état de cause, le Guide ne recommande pas une règle qui exige l'inscription d'une sûreté à la fois dans le registre général des sûretés et dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Selon ses recommandations, l'inscription dans le premier ou, en supposant que les sûretés puissent être inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle, dans le second suffit. Le Guide règle la question des effets différents de l'inscription dans l'un ou l'autre registre par le biais de règles de priorité qui font primer une sûreté ou un autre droit inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle (voir recommandations 77 et 78). Il part donc de l'hypothèse que, si un créancier garanti s'attend à ce qu'il y ait des réclamants concurrents (d'après l'acception de ce terme dans le Guide) et a besoin d'être prioritaire, il procédera à l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle. Si un tel registre n'existe pas ou ne permet pas l'inscription des sûretés grevant la propriété intellectuelle, ou si le créancier garanti ne se préoccupe pas des questions de priorité, le Guide part de l'hypothèse que ce créancier garanti inscrira sa sûreté dans le registre général des sûretés.

8. Par exemple, selon le Guide, si A constitue une sûreté sur un brevet en faveur de B, lequel l'inscrit au registre général des sûretés et que A transfère ensuite la propriété du brevet à C, lequel l'inscrit au registre des brevets (si le droit des brevets le prévoit ainsi), C prendra le brevet libre de la sûreté du fait que celle-ci n'a pas été inscrite au registre des brevets (voir la recommandation 78). De même, si A, plutôt que de procéder à un transfert du brevet, crée une deuxième sûreté en faveur de C et seul celui-ci l'inscrit au registre des brevets (si le droit des brevets le prévoit ainsi), selon le Guide, C aura priorité (voir l'alinéa a) de la recommandation 77). Dans l'un et l'autre cas, comme l'inscription d'une sûreté au registre des brevets donne naissance à des droits de rang supérieur, des tiers ayant l'intention d'acquérir un droit inscriptible dans le registre spécialisé pourraient se borner à faire des recherches dans ce registre et n'auraient pas à consulter le registre général des sûretés.

9. Si, afin d'évaluer exactement leurs droits, les tiers devaient faire des recherches dans les deux registres, ils devraient, étant donné que les deux sont structurés de façon différente, les consulter sous le nom de A dans le registre général des sûretés et sous le numéro d'identification du brevet dans le registre des brevets (à moins qu'un registre n'ait deux index, l'un par nom de constituant et l'autre par description des biens). En l'absence de double indexation, ces difficultés ne pourraient être éliminées que si les règles d'enregistrement prévues par les différents systèmes étaient conciliées de sorte qu'une inscription au registre de la propriété intellectuelle approprié puisse être transmise par voie électronique au registre des sûretés du lieu où se trouve le constituant et être indexée sous son nom ou autre élément permettant de l'identifier. Il faudrait aux fins de cette transmission

que la personne procédant à l'inscription ou le personnel du registre des droits de propriété intellectuelle inscrive un avis pouvant lui-même être inscrit au registre général des sûretés.

10. Le fait que la priorité soit accordée à une sûreté inscrite au registre spécialisé de la propriété intellectuelle ne signifie pas que l'inscription au registre général des sûretés n'a aucune valeur étant donné qu'elle pourrait néanmoins conférer un droit prioritaire à l'égard d'autres créanciers (par exemple, l'administrateur de l'insolvabilité dans la procédure d'insolvabilité visant le constituant et d'autres créanciers garantis qui ont inscrit leurs sûretés uniquement au registre général des sûretés). En outre, les sûretés sur certains types de propriété intellectuelle ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle et, dans ce cas, l'inscription au registre général des sûretés est la seule possibilité.

11. La discussion qui précède est fondée sur l'hypothèse que les registres se trouvent dans le même État. S'ils se trouvent dans des États différents, il surgit en matière de loi applicable des questions différentes, qui sont examinées ci-dessous (voir chap. X).

C. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle

12. Dans le Guide, une sûreté réelle mobilière qui greve des droits de propriété intellectuelle non inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle peut devenir opposables par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés. La même règle s'appliquerait si une sûreté grevant la propriété intellectuelle, bien qu'étant inscriptible dans un registre de la propriété intellectuelle, n'était en fait pas inscrite et si l'inscription dans un tel registre ne produisait aucun effet à l'égard des tiers. Dans toutes ces hypothèses, l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés suffit et a pour effet de rendre la sûreté opposable (voir recommandations 29, 32, 33 et 38). Le Guide ne recommande pas aux États ne possédant pas actuellement de registre spécialisé pour certains types de propriété intellectuelle d'en créer un pour permettre l'inscription des sûretés grevant la propriété intellectuelle. Il ne recommande pas non plus aux États qui n'autorisent pas à ce jour l'inscription des sûretés dans un registre de la propriété intellectuelle de modifier leurs lois pour autoriser ces inscriptions. Les États adoptant les recommandations du Guide souhaiteront peut-être bien sûr envisager de permettre l'inscription des sûretés dans les registres de la propriété intellectuelle existants.

13. La question de l'inscription suscite de la part des États de nombreuses réponses différentes dans le droit de la propriété intellectuelle. Dans certains États, souvent ceux dont la loi sur les opérations garanties est fondée sur les concepts de gage sans dépossession, l'absence de système d'inscription général signifie qu'une sûreté ne peut pas être rendue opposable en vertu de cette loi et, puisqu'un gage n'est pas un transfert, elle ne peut pas non plus être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle. Dans d'autres, souvent ceux dont la loi sur les opérations garanties utilise les concepts d'hypothèque, une sûreté est traitée comme un autre type de transfert de la "propriété", et partant est opposable de la même manière que tout autre transfert de propriété inscriptible dans un registre de la propriété intellectuelle. Par conséquent, dans ces États, les sûretés qui ne sont pas fondées sur la propriété ne peuvent être inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle.

Enfin, quelques États posent des conditions supplémentaires, au nombre desquelles on trouve habituellement le paiement d'un droit de timbre ou autre taxe sur les opérations, ou une obligation de notification à un organe administratif, comme une association nationale des auteurs ou une société de gestion collective.

14. Lorsque, en vertu du droit de la propriété intellectuelle, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ne peut pas être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle, le Guide prévoit qu'un créancier garanti peut inscrire un avis concernant sa sûreté dans le registre général des sûretés (voir recommandation 38). Si toutefois, en vertu de ce droit, un transfert de propriété intellectuelle à des fins de garantie ou encore une hypothèque ou un gage sur la propriété intellectuelle peut être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle et devenir ainsi prioritaire, un créancier garanti devra prendre cette autre "sûreté réelle mobilière" et l'inscrire dans ce registre. Encore une fois, les États adoptant les recommandations du Guide souhaitent peut-être envisager d'assurer la cohérence entre leur loi sur les opérations garanties et leur droit de la propriété intellectuelle en remplaçant l'ensemble des mécanismes de garantie existants par une notion unitaire de "sûreté réelle mobilière".

V. Le système de registre

[Note à l'intention du Groupe de travail: Pour les paragraphes 15 à 31, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 149 à 161, et A/CN.9/649, par. 32 à 40.]

A. Le registre général des sûretés

15. Comme il a déjà été noté, le Guide recommande aux États d'établir un registre général des sûretés (voir recommandations 54 à 75). D'une manière générale, le système de registre qu'il prévoit a pour objet de fournir une méthode efficace par laquelle une sûreté sur des biens existants ou futurs peut être rendue opposable, un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription et une source objective d'information permettant aux tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant de savoir si les biens sont grevés. Selon cette approche, l'inscription se fait par enregistrement d'un avis et non de la convention constitutive de sûreté ou d'un autre document (voir l'alinéa b) de la recommandation 54). Il suffit que l'avis contienne certaines informations de base à propos de la sûreté (voir recommandation 57).

16. Le Guide énonce des règles précises pour identifier le constituant, que celui-ci soit une personne physique ou morale, car les avis sont indexés et peuvent être retrouvés par les utilisateurs à partir du nom du constituant ou de quelque autre élément fiable permettant d'identifier celui-ci (voir l'alinéa h) de la recommandation 54 et les recommandations 58 à 63). Il contient d'autres recommandations visant à simplifier le fonctionnement et l'utilisation du registre.

B. Registres pour différents types de propriété intellectuelle

17. Comme indiqué plus haut, de nombreux États tiennent des registres pour l'inscription des transferts de propriété intellectuelle. Dans certains d'entre eux, il est aussi possible d'inscrire des sûretés. Par exemple, la plupart des États possèdent

des registres pour les brevets et les marques, mais tous ne permettent pas l'inscription d'une sûreté. En outre, dans certains États, l'inscription d'un avis (que ce soit pour une sûreté ou un autre droit) ne produit pas d'effets à l'égard des tiers. Enfin, un certain nombre d'États possèdent des registres similaires pour le droit d'auteur mais cette pratique n'est pas universelle.

18. Alors que certains États possèdent des registres de la propriété intellectuelle permettant l'inscription d'avis, ils utilisent essentiellement des structures d'enregistrement d'actes ou des systèmes "d'enregistrement de documents", dans lesquels il est nécessaire d'inscrire l'intégralité de l'instrument de transfert ou, dans certains cas, un protocole décrivant les principales conditions du transfert. Il existe, outre les registres nationaux, un certain nombre de registres internationaux de la propriété intellectuelle et l'inscription dans ces registres relève de traités relativement modernes qui visent à la simplifier. Par exemple, les conditions d'inscription pour les marques sont simplifiées par les articles 10 et 11 du Traité sur le droit des marques (1994) et le Traité de Singapour sur le droit des marques, ainsi que par les formulaires d'inscription internationaux types annexés à ces deux textes. L'inscription du document de transfert ou d'un protocole énonçant les principales conditions du transfert est exigée dans un souci de transparence. Il est donc essentiel que l'instrument de transfert ou le protocole indique précisément le droit transféré pour que les utilisateurs du registre soient bien informés et pour que les biens soient utilisés efficacement. En outre, dans les registres de la propriété intellectuelle, les inscriptions sont parfois indexées par bien de propriété intellectuelle et non par l'élément identifiant le constituant (titulaire des droits de propriété intellectuelle), car l'élément central est le bien lui-même, qui peut avoir plusieurs coinventeurs ou coauteurs et peut changer plusieurs fois de propriétaire au fil des transferts.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il faudrait examiner plus en détail les registres internationaux de la propriété intellectuelle et leur utilité pour l'inscription des sûretés grevant la propriété intellectuelle. L'utilisation accrue de ces registres pourrait permettre d'établir un système d'inscription intégré au niveau international pour ces sûretés.]

C. Coordination des registres

19. Comme la question de la coordination des registres peut affecter le droit de la propriété intellectuelle, l'approche adoptée dans le Guide consiste à considérer, d'une manière générale, que c'est le droit de la propriété intellectuelle et les règles applicables en matière de priorité qui prévalent. Le Guide ne traite, ni ne cherche à traiter, en aucune manière de la question de savoir si l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle est possible, des conditions d'une telle inscription ou de ses effets. Même si un registre de la propriété intellectuelle ne permet pas l'inscription des sûretés ou, bien que permettant celle-ci, ne lui confère pas d'effets à l'égard des tiers, il ne formule pas de recommandation contraire. Il contient toutefois des recommandations concernant l'inscription des sûretés grevant la propriété intellectuelle dans le registre général des sûretés, ce qui explique qu'il renvoie au droit de la propriété intellectuelle lorsque celui-ci traite des effets de l'inscription des sûretés sur un registre de la propriété intellectuelle (voir alinéa b) de la recommandation 4). À l'inverse, si le droit de la propriété intellectuelle ne traite pas de ces questions, c'est le Guide qui s'appliquera. En outre, comme noté précédemment, le Guide permet la coordination des registres grâce à des règles de

priorité appropriées. Ainsi, même dans tous les cas où le Guide permet l'inscription dans le registre général des sûretés, afin de préserver la fiabilité des registres de la propriété intellectuelle (et des autres registres spécialisés), en particulier lorsque le droit de la propriété intellectuelle n'édicte pas de règles pour déterminer la priorité entre ces inscriptions, le Guide prévoit qu'une sûreté inscrite dans le registre de la propriété intellectuelle approprié a priorité sur une sûreté inscrite dans le registre général des sûretés (voir alinéa a) de la recommandation 77). Il dispose, pour cette même raison, que le bénéficiaire d'un transfert acquiert en principe la propriété intellectuelle libre d'une sûreté constituée précédemment, à moins que cette dernière ne soit inscrite dans le registre de la propriété intellectuelle (pour autant que le droit de la propriété intellectuelle applicable prévoie que les sûretés peuvent être inscrites sur un tel registre) (voir recommandations 78 et 79).

20. Les États adoptant la recommandation du Guide souhaiteront peut-être réfléchir à des moyens supplémentaires de coordonner leurs registres de la propriété intellectuelle existants avec le registre général des sûretés introduit par le Guide. Ils pourraient par exemple envisager d'exiger la transmission d'un avis concernant l'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle au registre général des sûretés (ou inversement). Il va de soi qu'il pourrait être plus facile, plus simple et plus rapide de transmettre un tel avis par le biais d'un système électronique que d'un système fondé sur un support papier.

D. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future

21. Le registre général des sûretés recommandé par le Guide présente une caractéristique essentielle, à savoir qu'il peut s'appliquer aux biens futurs du constituant. La sûreté réelle mobilière peut donc grever des biens qui seront produits ou acquis ultérieurement par ce dernier (voir recommandation 17). L'avis peut porter également sur des biens décrits de manière générique (voir recommandation 66). Ainsi, lorsque la sûreté porte sur "l'ensemble des stocks existants ou futurs", l'avis peut désigner ces stocks en utilisant cette même formule générale. La priorité étant déterminée en fonction de la date d'inscription, le prêteur pourra conserver son rang de priorité sur les stocks futurs. Les mécanismes de crédit permanent s'en trouvent facilités, car un prêteur octroyant de nouveaux crédits dans ce type de mécanisme sait qu'il restera prioritaire sur les nouveaux biens entrant dans l'assiette du financement.

22. De leur côté, dans bien des États, les registres de la propriété intellectuelle existants ne se prêtent pas aisément à l'inscription de droits sur des biens à venir. Comme les transferts ou les sûretés réelles mobilières portant sur la propriété intellectuelle s'y trouvent indexés par droit de propriété intellectuelle concerné, ils ne peuvent être effectivement inscrits qu'une fois la propriété intellectuelle elle-même d'abord inscrite. De ce fait, l'inscription sur un registre de la propriété intellectuelle d'un avis général concernant une sûreté sur une propriété intellectuelle future serait sans effet; il faudrait procéder à une nouvelle inscription de la sûreté chaque fois qu'une nouvelle propriété intellectuelle est acquise.

23. Si le droit de la propriété intellectuelle interdit qu'une propriété intellectuelle soit acquise, transférée ou grevée avant d'avoir été effectivement inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle, le Guide ne remet pas en cause cette interdiction et ne permet pas de constituer une sûreté sur cette propriété

intellectuelle future. En revanche, si ce droit n'interdit pas la création d'une sûreté sur une propriété intellectuelle future, une telle sûreté pourra être constituée et devenir opposable conformément au Guide. Les États qui adopteront les recommandations du Guide souhaitent peut-être envisager de revoir leur loi concernant la propriété intellectuelle pour déterminer si un avis concernant une sûreté peut porter sur une propriété intellectuelle future.

E. Double inscription ou double recherche

24. Comme il a déjà été indiqué, le Guide s'en remet au droit de la propriété intellectuelle pour les modalités d'inscription d'une sûreté dans un registre de la propriété intellectuelle et prévoit expressément que la loi sur les opérations garanties accorde la priorité aux droits inscrits dans ce registre. Comme il est également noté plus haut, le Guide rend ainsi souvent inutile le double enregistrement ou la double recherche. En particulier, une simple inscription au registre général des sûretés paraîtrait nécessaire et utile aux fins des opérations garanties: a) lorsque le bien grevé est un type de propriété intellectuelle dont l'enregistrement n'est pas requis par le droit de la propriété intellectuelle (par exemple droit d'auteur ou secrets d'affaires dans de nombreux États); b) lorsqu'une sûreté sur la propriété intellectuelle n'est pas enregistrable dans un registre de la propriété intellectuelle; et c) lorsque d'autres créanciers garantis inscrivent leurs droits uniquement au registre général des sûretés. En revanche, l'inscription au registre de la propriété intellectuelle approprié peut être préférable, par exemple: a) lorsque le bien grevé est un type de bien pour lequel existe un régime d'inscription qui produit des effets à l'égard des tiers et permet d'inscrire les sûretés (par exemple brevets ou marques dans de nombreux États); ou b) lorsque le créancier garanti a besoin d'obtenir la priorité sur d'autres créanciers garantis ou bénéficiaires d'un transfert conformément au droit de la propriété intellectuelle applicable.

25. Avant de conclure une opération garantie, un créancier garanti faisant preuve de la diligence voulue procédera habituellement à une recherche pour déterminer s'il existe déjà des réclameurs concurrents qui ont priorité sur la sûreté proposée. Dans un premier temps, le créancier garanti recherchera les titulaires successifs pour identifier les transferts antérieurs et déterminer si le constituant dispose effectivement de droits sur la propriété intellectuelle afin que la sûreté puisse d'emblée produire ses effets (cette obligation de diligence vaut cependant aussi pour tous les autres biens meubles). Contrairement aux registres de la propriété intellectuelle, le registre général des sûretés ne consigne pas les titulaires. Par conséquent, pour déterminer la chaîne des titulaires, il faudra faire une recherche dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, à condition que la propriété intellectuelle considérée puisse être enregistrée. Ensuite, le créancier garanti effectuera une recherche pour déterminer si chaque titulaire antérieur dans la chaîne a accordé une sûreté qui pourrait avoir priorité sur la sûreté proposée. Enfin, il déterminera le rang de priorité revenant aux droits inscrits dans l'un ou l'autre des deux types de registres. Lorsque la priorité est déterminée uniquement en fonction de l'inscription au registre de la propriété intellectuelle approprié, comme le prévoit le Guide, une recherche dans ce seul registre peut suffire. Dans le cas contraire (par exemple, lorsque l'inscription des sûretés au registre spécialisé n'est pas autorisée), un créancier garanti peut avoir à effectuer une recherche dans les deux registres.

F. Moment où l'inscription prend effet

26. Dans le droit des brevets et des marques de nombreux États, la priorité d'une sûreté ou d'un autre droit est déterminée par la date de la demande d'inscription (ce qui est utile lorsqu'il faut un certain temps au registre pour procéder effectivement à l'inscription du brevet ou de la marque). Selon le Guide, l'inscription d'un avis concernant une sûreté produit effet dès que les informations y figurant sont saisies dans les fichiers du registre et deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche (voir recommandation 70). Lorsque le registre est électronique, l'inscription d'un avis produit effet dès l'enregistrement. En revanche, lorsque le registre est tenu sur support papier, l'inscription d'un avis produira effet un certain temps seulement après enregistrement.

27. Le Guide accordant la priorité à l'inscription d'une sûreté dans un registre spécialisé indépendamment de la date d'enregistrement (voir recommandations 77 et 78), cette différence d'approche quant à la date d'effet de l'enregistrement ne posera probablement aucun problème. Lorsque la sûreté constituée sur un brevet ou une marque devient opposable par inscription à un registre spécialisé conformément au droit des brevets ou des marques, elle aura priorité même sur une sûreté inscrite antérieurement au registre des sûretés.

G. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription

28. Le Guide recommande que la loi sur les opérations garanties aborde la question de l'incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription au registre général des sûretés introduit par ladite loi (voir recommandation 65). Le commentaire de la recommandation 65 examine trois solutions qui s'offrent à l'État adoptant pour traiter la question. Une première solution consiste à prévoir que, en cas de transfert du bien grevé, le créancier garanti doit inscrire une modification désignant le bénéficiaire de ce transfert comme nouveau constituant dans un délai déterminé après le transfert. À défaut, l'opposabilité initiale est maintenue en principe, mais la sûreté est subordonnée aux créanciers garantis et acheteurs qui ont acquis leurs droits après le transfert et avant l'inscription de la modification. Une deuxième solution à laquelle les États adoptants peuvent choisir de recourir consiste à prévoir que le délai de grâce pour l'inscription d'une modification ne commence à courir qu'à partir du moment où le créancier garanti prend effectivement connaissance du transfert du bien grevé par le constituant. Une troisième solution serait de disposer que le transfert d'un bien grevé n'a pas d'incidence sur l'opposabilité d'une sûreté inscrite.

29. Si un État opte pour la troisième solution, le créancier garanti de l'auteur du transfert n'a pas besoin d'inscrire un nouvel avis concernant sa sûreté. Cependant, en cas de transferts successifs, une recherche dans le registre ne permettra probablement pas aux bénéficiaires en aval de découvrir une sûreté accordée par une personne autre que l'auteur du transfert immédiatement en amont. Dans ce cas, il leur resterait encore à déterminer les titulaires successifs et le statut du bien grevé en dehors du registre général des sûretés. Par contre, si un État recourt à la première ou la deuxième solution examinées ci-dessus, un créancier garanti devra déposer un nouvel avis désignant le bénéficiaire du transfert comme nouveau constituant. Dans ce cas, il sera tenu de suivre le statut du bien grevé (à un degré différent, selon que la première ou la deuxième solution est suivie). Dans le même temps, en cas de

transferts successifs, les bénéficiaires en aval seront en mesure d'identifier une sûreté accordée par une personne autre que l'auteur du transfert immédiatement en amont.

30. Ces considérations s'appliquent aux sûretés sur la propriété intellectuelle en cas de transfert de cette dernière. Les États adoptant le Guide devront examiner les avantages et les inconvénients relatifs de ces différentes solutions et, en particulier, leurs conséquences pour les droits sur la propriété intellectuelle. Par exemple, si la première solution évoquée ci-dessus est suivie, un créancier octroyant un crédit garanti par l'intégralité du droit d'auteur sur un film devra procéder à des inscriptions systématiques à l'égard de tous les preneurs de licence et de sous-licence (si le droit applicable en matière de droit d'auteur considère une licence comme un transfert pouvant être enregistré) pour conserver son rang de priorité sur eux ou sur leurs propres créanciers garantis. Cette obligation serait particulièrement lourde pour ce type de prêteur et pourrait décourager l'octroi de crédits garantis par ces biens. En revanche, cette solution permettra à une personne octroyant un prêt à un preneur de sous-licence de trouver plus aisément une sûreté créée par son constituant en effectuant une simple recherche uniquement à partir du nom de ce dernier. Il faut ici mettre en balance les coûts relatifs du suivi et des inscriptions multiples auxquels doit procéder le prêteur en "amont" et les coûts de la recherche de l'ensemble des titulaires successifs pour les sûretés créées en "aval". À cet égard, il est à noter qu'habituellement, dans le droit de la propriété intellectuelle, un transfert ou une sûreté antérieurs conservent leur rang de priorité sur les transferts ou les sûretés ultérieurs sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle inscription au nom du bénéficiaire du transfert d'un bien grevé.

H. Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques

31. L'Association internationale des marques ("AIM") a publié une série de recommandations au sujet de l'enregistrement de sûretés sur des marques¹. Plus précisément, elle a entériné le principe d'uniformité ainsi qu'un certain nombre de meilleures pratiques en matière de mécanismes et de méthodes d'enregistrement des sûretés constituées sur des marques, reconnaissant que les droits de propriété intellectuelle, notamment les marques de produits et de services, constituent un élément de plus en plus important dans les prêts commerciaux; que le manque de cohérence dans l'enregistrement des sûretés sur les marques alimente l'insécurité dans les relations commerciales et fait que le propriétaire d'une marque risque de perdre ou de compromettre d'une autre manière ses droits attachés à la marque; que les mécanismes d'enregistrement des sûretés sur les marques sont inexistantes (ou insuffisants) dans de nombreux États; que beaucoup de pays appliquent des critères différents et contradictoires pour déterminer ce qui peut et sera enregistré; et que les travaux menés au niveau international au sujet des sûretés sur les droits de propriété intellectuelle par des organisations comme la CNUDCI auront de larges incidences sur la manière dont les lois relatives au financement garanti seront appliquées à l'enregistrement et d'autres aspects des sûretés sur les marques, surtout dans les pays en développement.

¹ Voir http://www.inta.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1517&Itemid.

32. Les principales caractéristiques de ces meilleures pratiques sont les suivantes:

a) Les sûretés sur des marques enregistrées et sur des marques pour lesquelles une demande d'enregistrement a été déposée devraient être enregistrables;

b) Aux fins de la notification de la constitution de la sûreté, il est recommandé que celle-ci soit inscrite auprès du bureau national des marques ou dans tout registre commercial approprié, les inscriptions devant pouvoir être consultées gratuitement par le public, de préférence par des moyens électroniques;

c) La constitution d'une sûreté sur une marque ne devrait pas opérer un transfert de la propriété de la marque grevée et ne devrait pas conférer au créancier garanti le droit de l'utiliser;

d) La convention constitutive de sûreté devrait comporter des dispositions claires, conformes à la législation locale, autorisant le renouvellement du dépôt de la marque par le créancier garanti, si cela est nécessaire pour en maintenir l'enregistrement;

e) Les marques devraient être évaluées, aux fins de la constitution d'une sûreté, selon n'importe quelle modalité appropriée et autorisée par la législation locale et aucun système ni aucune méthode d'évaluation ne sont privilégiés ou recommandés;

f) L'inscription des sûretés grevant des marques au bureau local des marques devrait suffire pour les rendre opposables; de même, l'inscription d'une sûreté auprès de tout autre registre autorisé par la législation locale, comme un registre commercial, devrait également suffire;

g) Si la législation locale exige qu'une sûreté soit enregistrée sur un registre autre que celui du bureau local des marques pour être opposable, par exemple sur un registre commercial, le double enregistrement de la sûreté ne devrait pas être interdit;

h) Les formalités d'enregistrement d'une sûreté et le montant des droits perçus, le cas échéant, devraient être réduits au minimum; un document indiquant: i) l'existence d'une sûreté, ii) les parties à l'opération, iii) la (ou les) marque(s) grevée(s), identifiée(s) par le numéro de la demande et/ou de l'enregistrement, iv) une brève description de la nature de la sûreté, et v) la date de prise d'effet de la sûreté devrait suffire pour rendre une sûreté opposable;

i) Quelles qu'en soient les modalités, la réalisation d'une sûreté par saisie, après un jugement, une décision administrative ou un autre fait déclencheur, ne devrait pas être une procédure excessivement lourde;

j) Le bureau des marques compétent devrait enregistrer sans tarder tout jugement ou toute décision administrative ou autre défavorable et prendre les mesures administratives nécessaires; le dépôt d'une copie certifiée conforme du jugement ou de la décision devrait suffire;

k) Lorsque la réalisation est déclenchée par un fait autre qu'un jugement ou une décision administrative, la législation locale devrait prévoir un mécanisme simple permettant au détenteur de la sûreté de procéder à l'inscription, celle-ci devant pouvoir être consultée gratuitement par le public, de préférence par des moyens électroniques;

l) Lorsque le propriétaire de la marque fait faillite ou ne peut, pour d'autres raisons, maintenir la marque faisant l'objet d'une sûreté, le titulaire de la sûreté (ou l'administrateur ou l'exécuteur testamentaire selon le cas) devrait être autorisé, en l'absence de dispositions contractuelles sur la question, à maintenir la marque, à condition que rien ne confère au créancier garanti le droit d'utiliser celle-ci; et

m) Le bureau ou l'organisme public compétent devrait enregistrer sans tarder le dépôt de la documentation faisant état de la levée de la sûreté, le registre devant pouvoir être consulté gratuitement par le public, de préférence par des moyens électroniques.

VI. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: Pour les paragraphes 33 à 61, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 1 à 25, et A/CN.9/649, par. 41 à 56.]

A. Le concept de priorité

33. Dans le Guide, le concept de priorité a trait à la question de savoir lequel des réclamants concurrents peut être désintéressé le premier sur le produit de la disposition d'un bien grevé en cas de défaillance du débiteur. Dans le droit de la propriété intellectuelle, en revanche, le concept de priorité peut être lié aux notions de propriété et d'efficacité. Dans de nombreux États, si la propriété intellectuelle est transférée une première fois par son titulaire, un deuxième transfert réalisé par cette même personne n'emporte pas transmission de droits au deuxième bénéficiaire. Aucun problème de priorité, au sens où ce terme est utilisé dans le Guide, ne se pose ici. En conséquence, le Guide ne s'appliquerait pas et s'en remettrait au droit de la propriété intellectuelle sur ce point. Dans le droit de la propriété intellectuelle, une partie non autorisée ne peut pas constituer de sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle. De la même manière, selon le Guide, une partie qui n'a pas de droits sur un bien, ou le pouvoir de le grever, ne peut constituer de sûreté sur ce bien (voir recommandation 13).

B. Identification des réclamants concurrents

34. La notion de "réclamant concurrent" dans le contexte du financement garanti désigne un créancier garanti (qui, selon le Guide, peut être le bénéficiaire d'un transfert réalisé à titre de garantie), le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé, un créancier judiciaire ou un représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant. Dans le contexte de la propriété intellectuelle, on utilise à la place la notion de "bénéficiaires de transfert concurrents" pour désigner les bénéficiaires d'un transfert et les preneurs de licence qui se trouvent en concurrence entre eux ou avec des personnes portant atteinte à la propriété intellectuelle. Par conséquent, conformément au principe énoncé dans la recommandation 4, alinéa b), le Guide ne s'appliquerait pas à un conflit entre bénéficiaires de transfert ou preneurs de licence à moins que l'un des bénéficiaires n'ait acquis son droit par transfert de la propriété intellectuelle à titre de garantie en vertu de la loi sur les opérations garanties et qu'aucune règle de priorité en droit de la propriété intellectuelle ne s'applique à ce

conflit. De la même manière, le Guide ne s'applique pas à un conflit entre le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé qui a acquis ce bien auprès d'un créancier garanti après défaillance et réalisation et un autre créancier garanti qui a acquis ultérieurement un droit sur le même bien auprès du même constituant, car selon le Guide il ne s'agit pas d'un véritable conflit de priorité (ce conflit peut fort bien être traité par le droit de la propriété intellectuelle).

35. Par contre, le Guide s'applique aux conflits de priorité: a) entre une sûreté inscrite au registre général des sûretés et une sûreté inscrite au registre de la propriété intellectuelle approprié (à condition que le droit de la propriété intellectuelle prévoit que les sûretés peuvent être inscrites dans ce registre); b) entre deux sûretés inscrites au registre de la propriété intellectuelle approprié (à condition que le droit de la propriété intellectuelle prévoit que les sûretés peuvent être inscrites dans ce registre); c) entre les droits du bénéficiaire d'un transfert ou d'un preneur de licence et une sûreté; et d) entre deux sûretés inscrites au registre général des sûretés.

C. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs

36. Selon le Guide, la connaissance de la part d'un réclamant concurrent de l'existence d'une sûreté antérieure est sans importance pour déterminer la priorité (voir recommandation 93). Ainsi, la sûreté d'un créancier qui a connaissance d'une sûreté constituée antérieurement peut néanmoins avoir priorité sur cette dernière si elle a été enregistrée (ou a été rendue opposable d'une autre manière) avant la sûreté constituée antérieurement. En revanche, de nombreuses lois concernant la propriété intellectuelle prévoient qu'une sûreté ou un transfert postérieur concurrent ne peut l'emporter que s'il est inscrit en premier et si le créancier ou le bénéficiaire n'a pas eu connaissance d'un transfert antérieur concurrent. La primauté reconnue au droit de la propriété intellectuelle dans la recommandation 4, alinéa b), devrait préserver ces règles de priorité fondées sur le critère de "connaissance". Toutefois, les États adoptant le Guide souhaiteront peut-être réfléchir sur le point de savoir si les principes qui sous-tendent ces règles devraient être appliqués aux conflits de priorité entre une sûreté et le droit d'un réclamant concurrent (à savoir, un créancier garanti, le bénéficiaire d'un transfert ou un autre réclamant).

D. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle

37. Le Guide recommande que l'inscription d'une sûreté réelle mobilière sur un registre spécialisé (notamment un registre de la propriété intellectuelle, si le droit de la propriété intellectuelle prévoit qu'une sûreté peut être inscrite dans un tel registre) attribue à celle-ci un rang de priorité plus élevé qu'à une sûreté inscrite au registre général des sûretés, quel que soit leur ordre respectif d'inscription (voir recommandations 77 et 78). Cette recommandation s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle.

38. Plus précisément, s'il y a conflit entre deux sûretés, dont l'une a été inscrite dans le registre général des sûretés et l'autre dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, le Guide s'applique et donne la priorité à la sûreté qui a été inscrite dans le second (voir recommandation 77, alinéa a)). S'il y a conflit entre des

sûretés inscrites dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, la première inscrite prime l'autre, résultat que confirme le Guide (voir recommandation 77, alinéa b)).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être réfléchir sur le point de savoir si le principe de primauté s'appliquerait à une règle de priorité différente en matière de propriété intellectuelle. Si, par exemple, une règle de priorité fondée sur le critère de "connaissance préalable" devait supplanter celle fondée sur l'inscription qui est recommandée par le Guide, la réalisation de l'objectif de ce dernier, qui est de garantir la transparence des sûretés, pourrait s'en trouver gravement compromise. Il semblerait qu'en l'absence d'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle aucune question relevant spécifiquement de la propriété intellectuelle ne se poserait et donc que le Guide devrait s'appliquer.]

39. Lorsqu'une sûreté peut être inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle mais ne l'est pas, les recommandations du Guide concernant la priorité s'appliqueront à un conflit de priorité entre cette sûreté non inscrite et une sûreté inscrite au registre général des sûretés. Cependant, si le droit de la propriété intellectuelle prévoit que ces droits ne sont pas opposables aux bénéficiaires d'un transfert ou preneurs de licence ultérieurs qui ont inscrit leurs droits au registre de la propriété intellectuelle, la règle attribuant la priorité à l'inscription sur ce registre s'appliquera.

40. En cas de conflit de priorité entre les droits du bénéficiaire d'un transfert de la propriété intellectuelle et une sûreté qui, au moment du transfert, était inscrite au registre de la propriété intellectuelle approprié, le bénéficiaire prendrait cette propriété intellectuelle soumise à la sûreté. En revanche, si le créancier garanti n'avait pas inscrit sa sûreté au registre de la propriété intellectuelle approprié, le bénéficiaire prendrait la propriété intellectuelle libre de la sûreté (voir recommandations 78 et 79). Ainsi, si A constitue une sûreté sur un brevet en faveur de B qui l'inscrit au registre général des sûretés et qu'ensuite A transfère la propriété du brevet à C, qui l'inscrit au registre des brevets, selon le Guide, C prendra le brevet libre de la sûreté, car la sûreté n'a pas été inscrite au registre des brevets (voir recommandation 78). De la même manière, si A, au lieu de procéder à un transfert, constitue une deuxième sûreté en faveur de C et si seul C procède à une inscription au registre des brevets, selon le Guide, c'est C qui prime (voir recommandation 77, alinéa a)). Dans l'un et l'autre cas, comme l'inscription au registre des brevets confère des droits supérieurs, selon le Guide, les tiers effectuant des recherches pourraient se contenter de consulter ce registre et n'auraient pas besoin d'examiner le registre général des sûretés. Dans tous ces exemples, la qualité de bénéficiaire du transfert et les conditions auxquelles doit satisfaire un transfert sont déterminées par le droit de la propriété intellectuelle. Il convient de noter également que l'inscription au registre de la propriété intellectuelle ne viserait normalement qu'une sûreté grevant la propriété intellectuelle. Elle ne viserait pas une sûreté sur un bien meuble corporel pour lequel est utilisé un droit de propriété intellectuelle.

E. Priorité d'une sûreté réelle mobilière non inscriptible sur un registre de la propriété intellectuelle

41. Si une sûreté grevant la propriété intellectuelle n'est pas inscriptible sur un registre de la propriété intellectuelle, en principe, sa priorité sera déterminée en fonction de l'ordre d'inscription d'un avis la concernant dans le registre général des sûretés (voir recommandations 4, alinéa b), et 77). Toutefois, s'il existe une règle de priorité contraire qui s'applique strictement dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle (et non une règle contraire actuellement applicable à la propriété intellectuelle, mais relevant généralement du droit des biens ou des obligations), cette règle contraire prévaut.

42. Le bénéficiaire d'un transfert ou le preneur de licence ultérieur prendrait en principe la propriété intellectuelle soumise à la sûreté (voir recommandation 79). Si la propriété intellectuelle a été transférée par le constituant avant la création de la sûreté, le créancier garanti sera dépourvu de toute sûreté en raison de la règle du "premier en date" (d'après le principe du droit des biens généralement acceptable *nemo dat*, sur l'application duquel le Guide n'a pas d'incidence).

F. Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée

43. Comme mentionné ci-dessus, dans le Guide, le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé (y compris la propriété intellectuelle) prend normalement ce bien soumis à une sûreté qui était opposable au moment du transfert (voir recommandation 79). Cette règle admet deux exceptions: premièrement, lorsque le créancier garanti autorise la disposition du bien libre de la sûreté (voir recommandation 80, alinéa a)) et, deuxièmement, en cas de transfert dans le cours normal des affaires de l'auteur de transfert (voir recommandation 81, alinéa a)). Il est important de noter que, selon le Guide, la concession d'une licence de propriété intellectuelle ne constitue pas un transfert de la propriété intellectuelle. Par conséquent, les règles du Guide qui gouvernent les transferts de biens grevés ne s'appliqueraient pas lorsqu'une sûreté sur la propriété intellectuelle est constituée et qu'ensuite une licence est octroyée sur cette même propriété intellectuelle. En tout état de cause, compte tenu du principe de primauté du droit de la propriété intellectuelle énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 4, le Guide n'a pas d'incidence sur la qualification d'une licence (en particulier d'une licence exclusive comme transfert) par le droit de la propriété intellectuelle.

G. Droits des preneurs de licence en général

44. La propriété intellectuelle est généralement mise sous licence et les droits que se réserve le donneur – par exemple propriété ou droit de recevoir des redevances – de même que l'autorisation du preneur d'utiliser la propriété intellectuelle conformément à l'accord de licence sont affectés en garantie d'un crédit.

45. Lorsque le titulaire de la propriété intellectuelle constitue une sûreté et la rend opposable puis octroie une licence, le preneur acquiert, en principe, la licence soumise à la sûreté constituée par le donneur (voir recommandation 79). Autrement dit, en cas de non-remboursement du prêt par le donneur et de réalisation par le prêteur de sa sûreté sur les redevances dues par le preneur de la licence, le prêteur

pourrait recouvrer les redevances auprès du preneur (voir également recommandation 168) étant donné que celles-ci sont traitées comme n'importe quelle autre créance. En outre, sauf accord ou application de l'exception prévue pour certaines licences dans le cours normal des affaires, le créancier garanti du donneur de la licence serait généralement autorisé par le droit de la propriété intellectuelle à mettre fin à la licence ainsi concédée.

46. Si le preneur de la licence constitue également une sûreté, celle-ci porterait sur un bien différent (ses droits découlant de l'accord de licence) et serait de fait soumise à la sûreté constituée par le donneur de la licence puisque les droits qu'acquiert le preneur sont soumis à cette sûreté (voir recommandation 79) et qu'il ne peut donner à son créancier garanti plus de droits qu'il n'en a (conformément au principe *nemo dat*). Ainsi, si le prêteur du donneur de la licence réalisait sa sûreté, il pourrait disposer de la propriété intellectuelle libre de la licence. Il serait donc mis fin à cette dernière et la sûreté du prêteur du preneur de la licence ne grèverait plus aucun bien. De même, que le donneur ait accordé ou non une sûreté à l'un de ses créanciers, si le preneur n'exécute pas l'accord de licence, le donneur peut y mettre fin et le créancier garanti du preneur serait là encore dépourvu de sûreté.

47. La loi sur les opérations garanties serait sans incidence sur les droits du donneur et du preneur découlant de l'accord de licence et du droit de la propriété intellectuelle applicable. Ainsi, si le preneur n'exécute pas l'accord de licence, le donneur peut y mettre fin et le créancier garanti du preneur serait là encore dépourvu de sûreté. De même, la loi sur les opérations garanties ne s'appliquerait pas à un accord entre le donneur et le preneur interdisant à ce dernier d'octroyer des sous-licences ou de céder les redevances que lui doivent les preneurs des sous-licences.

48. La règle qui veut que le preneur d'une licence de propriété intellectuelle grevée acquière la licence soumise à une sûreté antérieure admet deux exceptions: premièrement, lorsque le créancier garanti autorise la mise sous licence libre de la sûreté (voir recommandation 80, alinéa b)) et, deuxièmement, en cas de concession d'une licence non exclusive dans le cours normal des affaires du donneur (voir recommandation 81, alinéa c), et par. 49 à 55 ci-après).

H. Droits des preneurs de licences non exclusives dans le cours normal des affaires

49. Selon la recommandation 81, alinéa c), une personne qui s'est vu octroyer une licence non exclusive dans le cours normal des affaires du donneur sans savoir que cette licence violait une sûreté prendrait cette licence libre de toute sûreté consentie antérieurement par le donneur. Il s'ensuit que le créancier garanti du donneur, en cas de réalisation de la sûreté, pourrait percevoir les redevances mais non mettre fin à la licence tant que le preneur exécute l'accord de licence.

50. Cette règle s'appliquerait uniquement si le titulaire des droits n'a ni autorisé ni interdit la concession de licences par le donneur. Autrement dit, l'arrangement contractuel entre le créancier garanti et le donneur, qui n'autorise pas le propriétaire/donneur à octroyer une licence, ni ne le lui interdit, est sans effet à l'égard des tiers. Si le titulaire des droits autorisait l'octroi d'une licence, la recommandation 80, alinéa b), s'appliquerait. S'il l'interdisait, aucune disposition du Guide n'empêcherait l'application de cette interdiction et le créancier garanti pourrait mettre fin à la licence. Le droit de la propriété intellectuelle détermine si un

créancier garanti bénéficiant d'une sûreté sur la propriété intellectuelle est un titulaire des droits à cette fin.

51. L'expression "libre de la sûreté" ne signifie pas que le preneur de la licence non exclusive acquiert une licence "libre". Il ne peut continuer à utiliser la licence, après réalisation de la sûreté par le créancier garanti à l'encontre du donneur, que s'il en respecte l'ensemble des conditions (comme le paiement des redevances à la personne qui a acquis le droit du donneur au moment de la vente en réalisation de la sûreté). Ainsi, toutes les obligations du preneur restent en l'état et le successeur du donneur peut mettre fin à l'accord de licence en cas de manquement de sa part.

52. Si le créancier garanti du donneur ne veut pas encourager les licences non exclusives, il peut, dans la convention constitutive de sûreté (ou ailleurs), exiger de l'emprunteur (le donneur) qu'il insère dans toutes les licences non exclusives qu'il octroie une clause stipulant qu'elles prendront fin si le créancier garanti réalise sa sûreté. De même, si le donneur ne veut pas que le preneur octroie des sous-licences, il peut prévoir dans l'accord de licence une clause stipulant qu'un tel octroi constitue un manquement à l'accord de licence qui lui donnerait le droit de mettre fin à la licence. Aucune disposition du Guide n'empêcherait l'application de ces clauses dans les relations entre le créancier garanti et son emprunteur (ou entre le donneur et le preneur). Normalement, bien sûr, le créancier garanti n'aura aucun intérêt à agir ainsi puisque l'activité du donneur (et des preneurs) est d'octroyer des licences non exclusives et que le créancier garanti s'attend à ce que l'emprunteur se serve des redevances versées au titre de ces accords de licence pour payer l'obligation garantie.

53. L'exception prévue dans la recommandation 81, alinéa c), ne vaudra que si: a) le créancier garanti en tant que titulaire des droits n'autorise pas son emprunteur à octroyer une licence (dans ce cas, la recommandation 80, alinéa b), s'appliquera); et b) le créancier garanti en tant que titulaire des droits n'interdit pas à l'emprunteur d'octroyer une licence non exclusive (s'il le fait, la licence prendra fin lorsqu'il procédera à la réalisation). En tout état de cause, pour un preneur de licence, le droit de propriété intellectuelle resterait soumis à la sûreté du créancier garanti du donneur si le titulaire des droits (l'emprunteur ou son créancier garanti) n'avait pas autorisé l'octroi de la licence. Le fait que la recommandation 81, alinéa c), prévoit certains droits dans les circonstances limitées décrites ci-dessus ne justifie donc pas les licences non autorisées ou obligatoires.

54. Des résultats quelque peu comparables peuvent être obtenus dans le droit de la propriété intellectuelle. Il arrive souvent que, dans la convention constitutive de sûreté, le créancier garanti autorise le donneur à octroyer des licences. Si la convention constitutive ne dit rien sur ce point, mais que, dans le droit de la propriété intellectuelle, le donneur, et non le créancier garanti, demeure titulaire des droits de propriété intellectuelle grevés, alors ce titulaire est généralement aussi autorisé à octroyer des licences. Puisqu'il s'agit d'une pratique courante, les licences sont autorisées dans la plupart des cas. Ainsi, en vertu des règles de priorité habituelles du droit de la propriété intellectuelle, la sûreté du créancier garanti sur la propriété intellectuelle est soumise à ces licences autorisées. Toutefois, celui-ci devient parfois titulaire des droits au sens de la loi concernant la propriété intellectuelle. Dans un tel cas, si l'emprunteur octroie une licence (ou une sous-licence), la licence est non autorisée et constitue une atteinte si elle n'a pas été autorisée par le créancier garanti. Le Guide n'affecte pas ce résultat.

55. Pour refléter le commentaire ci-dessus, la recommandation 81, alinéa c), peut être complétée par une recommandation spéciale qui serait rédigée à peu près comme suit:

“La loi devrait prévoir que la recommandation 81, alinéa c), ne s’applique dans le cas d’une sûreté grevant la propriété intellectuelle que si: a) le créancier garanti en tant que titulaire des droits au sens du droit de la propriété intellectuelle n’autorise pas son emprunteur à octroyer une licence (dans ce cas, la recommandation 80, alinéa b), s’appliquera); et b) le créancier garanti n’interdit pas à l’emprunteur d’octroyer une licence non exclusive (mais si le créancier garanti en tant que titulaire des droits le lui interdit, la licence prendra fin lorsqu’il procédera à la réalisation).”

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner un autre libellé tel que le suivant:

“La loi devrait prévoir que la recommandation 81, alinéa c), ne s’applique pas aux licences de propriété intellectuelle et que cette question relève de la convention constitutive de sûreté. Dans le silence de la convention constitutive de sûreté, le créancier garanti devrait être présumé avoir autorisé la licence, auquel cas la règle prévue dans la recommandation 80, alinéa b), s’applique.”

On fait valoir que, dans de nombreux cas, la propriété intellectuelle est exploitée dans le cadre de licences non exclusives – par exemple licences d’exploitation de films, licences de brevets, franchises et autres licences similaires –, étant généralement entendu qu’il peut exister des sûretés antérieures qui resteront en vigueur pendant la durée de la licence et conserveront leur rang de priorité. Souvent, ces licences prévoient le paiement régulier de redevances et le fait que le preneur soit solvable et s’acquitte de ses obligations est important tant pour le donneur que pour le créancier garanti de ce dernier. En pareils cas, un prêteur peut approuver la licence et se contenter d’en autoriser le maintien en cas de défaillance du donneur et de réalisation à son encontre, si bien que la recommandation 81, alinéa c), est superflue. Mais dans d’autres cas, le prêteur voudra peut-être mettre fin à la licence si le donneur est défaillant, à moins que le preneur ne négocie un autre accord, si bien que la recommandation 81, alinéa c), contrarie les attentes commerciales normales et peut entraver l’octroi de prêts garantis dans ce contexte.

Autrement dit, on estime que la notion de licence “dans le cours normal des affaires” n’a pas de précédent dans le droit de la propriété intellectuelle, au point qu’il est difficile de distinguer une licence “prise dans le cours normal des affaires” d’une licence “prise en dehors du cours normal des affaires”. D’ailleurs, comme la plupart des droits de propriété intellectuelle acquièrent de la valeur lorsqu’ils sont mis sous licence, dans un sens toutes les licences peuvent être considérées comme octroyées “dans le cours normal des affaires”. Par contre, comme de nombreuses licences font l’objet de négociations spéciales (licences d’exploitation de films, franchises), dans un autre sens, aucune licence n’est octroyée “dans le cours normal des affaires”. En outre, de nombreuses licences peuvent être “mixtes” en ce sens qu’elles contiennent des éléments tant exclusifs que non exclusifs. Par exemple, pour les licences de brevets, il est courant d’octroyer une licence qui est exclusive pour certaines périodes ou certains critères d’exécution, et non exclusive pour le reste. Pour le droit d’auteur, il est courant d’autoriser l’exploitation de certains droits sous licence exclusive (par exemple droits de distribution) et d’autres droits

sous licence non exclusive (par exemple droits de réalisation de matériels publicitaires). Par conséquent, on fait valoir que la notion de “licence dans le cours normal des affaires” n’offre pas de sécurité commerciale lorsqu’elle est appliquée à la propriété intellectuelle et que son utilisation pourrait entraver les mesures visant à encourager l’octroi de prêts garantis dans ce domaine.

On estime que le droit de la propriété intellectuelle en vigueur traite déjà de manière appropriée cette question en laissant aux parties le soin d’en décider dans la convention constitutive de sûreté. Dans certains cas, le créancier garanti peut souhaiter que le constituant octroie des licences et peut autoriser que toutes les licences ou celles qui remplissent certains critères soient “libres de la sûreté”. Selon une autre possibilité, le créancier garanti peut exiger l’approbation préalable des licences. Dans l’un ou l’autre cas, on attendrait normalement d’un preneur de licence qu’il fasse preuve de la diligence voulue pour déterminer si sa licence est “libre” d’une sûreté antérieure (ce qui signifie que, en cas de réalisation de cette sûreté, la licence peut néanmoins être maintenue) ou “soumise” à une sûreté antérieure (ce qui signifie que, en cas de défaillance et de réalisation, la licence prendra fin à moins que d’autres arrangements ne soient conclus avec le créancier garanti).]

I. Priorité d’une sûreté réelle mobilière octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence

56. Lorsqu’un donneur “finance” l’acquisition d’une licence par un preneur (en ce sens que le paiement prend la forme d’un versement échelonné de redevances futures), son droit à percevoir les redevances qui lui sont dues n’est pas affecté par une sûreté que le preneur consentirait sur toutes les redevances pouvant lui être dues au titre d’un accord de sous-licence. Ce type de sûreté peut néanmoins avoir une incidence sur la capacité du preneur à payer le donneur si le premier est défaillant vis-à-vis de ses créanciers garantis, dans la mesure où ceux-ci chercheront peut-être à percevoir eux-mêmes les redevances découlant de la sous-licence. Toutefois, le donneur dispose de nombreux moyens pour se protéger dans une telle situation.

57. Le donneur pourrait protéger ses droits: a) en interdisant au preneur de céder ou de grever son droit au paiement des redevances dues au titre des accords de sous-licence; ou b) en mettant fin à la licence si le preneur cédait ses droits au paiement desdites redevances. Le Guide n’affecte pas ces dispositions si elles s’appliquent en vertu du droit de la propriété intellectuelle et du droit des obligations.

58. En outre, le donneur pourrait obtenir une sûreté sur le droit du preneur de licence au paiement des redevances dues au titre des sous-licences. Toutefois, la priorité de cette sûreté dépendrait des règles générales de priorité. Ainsi, un créancier garanti de A détenant une sûreté sur tous les biens présents et futurs de A qui a enregistré un avis concernant sa sûreté au jour 1 aurait la priorité sur le créancier garanti de B, lorsque B est le donneur de la licence et A le preneur de la licence dans le cadre d’un accord de licence conclu au jour 2 et que le créancier garanti de B a enregistré un avis concernant sa sûreté au jour 3.

59. Lorsque le bien grevé est un bien meuble corporel pour lequel est utilisée la propriété intellectuelle, un créancier garanti peut obtenir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition. Cependant, comme il a été mentionné (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 91 à 94), cette sûreté greève le bien meuble

corporel et non la propriété intellectuelle. Le droit du créancier garanti finançant l'acquisition de disposer des biens grevés en l'état (donc en y incluant la propriété intellectuelle) est traité comme un problème de réalisation et, comme on le verra plus loin, est soumis soit à l'épuisement des droits du titulaire de la propriété intellectuelle utilisée dans les biens meubles corporels grevés en question, soit à l'autorisation donnée au créancier garanti par le titulaire des droits de disposer des biens grevés en l'état (voir, plus loin, par. 81 à 84).

J. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire

60. Selon le Guide, une sûreté qui a été rendue opposable avant qu'un créancier judiciaire ait obtenu des droits sur le bien grevé a priorité sur le droit découlant du jugement. Toutefois, si un créancier chirographaire a obtenu un jugement à l'encontre du constituant et a pris les mesures nécessaires en vertu de la loi régissant l'exécution des jugements pour acquérir des droits sur les biens grevés avant que la sûreté ait été rendue opposable, le droit du créancier judiciaire est prioritaire (voir recommandation 84). Cette recommandation s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle. Dans ce cas, en droit de la propriété intellectuelle, le créancier judiciaire devra obtenir un transfert de la propriété intellectuelle, qu'il faudra peut-être inscrire dans un registre de la propriété intellectuelle. Si ce transfert intervient avant qu'une sûreté ait été rendue opposable, conformément tant à la loi recommandée dans le Guide qu'au droit de la propriété intellectuelle, le bénéficiaire du transfert de la propriété intellectuelle grevée prendra ladite propriété libre de la sûreté (voir aussi recommandation 79).

K. Cession de rang

61. Le Guide reconnaît le principe de la cession de rang (voir recommandation 94). Ce principe s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle. Il veut pour l'essentiel que les réclamants concurrents puissent modifier par convention l'ordre de priorité de leurs droits concurrents sur un bien grevé à condition que les droits des tiers ne soient pas affectés. Ceci est important pour la propriété intellectuelle compte tenu de la divisibilité des droits du titulaire, du donneur ou du preneur de licence.

VII. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: Pour les paragraphes 62 et 63, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 26 à 30, et A/CN.9/649, par. 57 à 59.]

A. Application du principe de l'autonomie des parties

62. À quelques exceptions près, le Guide reconnaît généralement aux parties à la convention constitutive de sûreté la liberté d'adapter cette dernière à leurs besoins pratiques (voir recommandation 10). Le principe de l'autonomie des parties s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle, sous réserve des

limites particulières qui pourraient être prévues par le droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, lorsque les droits d'un titulaire sont grevés, la faculté de poursuivre les auteurs d'atteintes ne fera pas partie intégrante du bien grevé si le droit de la propriété intellectuelle dispose que seul le titulaire peut exercer, transférer ou grever cette faculté.

B. Droit du créancier garanti de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions

63. Selon la loi sur les opérations garanties, le créancier garanti devrait être en mesure de convenir avec le titulaire des droits qu'il sera autorisé à poursuivre les auteurs d'atteintes et à renouveler les inscriptions, sous réserve que le droit de la propriété intellectuelle l'y autorise. Autrement, le bien grevé pourrait perdre sa valeur, si le titulaire de la propriété intellectuelle grevée n'exerçait pas ses droits en temps voulu. Ce résultat pourrait avoir une incidence négative sur l'affectation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit. Cette approche n'affecterait pas les droits du titulaire étant donné que son consentement serait nécessaire. De même, elle n'interférerait pas avec le droit de la propriété intellectuelle, si de telles conventions n'étaient pas autorisées. Naturellement, les États adoptant les recommandations du Guide souhaitent peut-être examiner leur droit de la propriété intellectuelle pour déterminer si de telles conventions devraient être autorisées, étant donné que cela pourrait faciliter l'utilisation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les recommandations spéciales suivantes relatives à la propriété intellectuelle:]

“La loi devrait prévoir que [, sauf si le droit de la propriété intellectuelle l'interdit,] le constituant et le créancier garanti peuvent décider par convention qui pourra poursuivre les auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle grevée ou procéder à de nouvelles inscriptions concernant la propriété intellectuelle grevée.

La loi devrait prévoir que [, sauf si le droit de la propriété intellectuelle l'interdit,] le créancier garanti devrait être autorisé à poursuivre les auteurs d'atteintes et à renouveler les inscriptions si le titulaire des droits n'exerce pas ceux-ci en temps voulu.”

Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que le texte entre crochets n'est pas nécessaire car: a) la recommandation 4, alinéa b), donne préséance au droit de la propriété intellectuelle pour toute question qui est traitée dans le Guide d'une manière incompatible avec ce droit; et b) la recommandation 18 donne déjà préséance à toute disposition légale limitant la possibilité de transférer certains types de bien.]

VIII. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour le paragraphe 64, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 32, et A/CN.9/649, par. 60.]

64. Lorsqu'un donneur de licence cède son droit au paiement des redevances dues par le preneur au titre de l'accord de licence, ce dernier (en tant que débiteur du droit cédé) serait un tiers débiteur au sens du Guide et ses droits et obligations seraient les mêmes que ceux du débiteur d'une créance. De même, lorsqu'un preneur de licence cède son droit au paiement des redevances dues par le preneur d'une sous-licence en vertu d'un accord de sous-licence, ce dernier serait un tiers débiteur au sens du Guide.

IX. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 65 à 89, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 35 à 44, et A/CN.9/649, par. 61 à 73.]

A. Recouvrements entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle

65. Les États ne prévoient généralement pas, dans leur loi concernant la propriété intellectuelle, de moyens spécifiques de réalisation pour les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Ils partent du principe que leur droit général des opérations garanties s'applique à la réalisation de ces sûretés. En outre, lorsque le droit de la propriété intellectuelle de certains États traite effectivement de la réalisation des sûretés grevant différents types de propriété intellectuelle, il ne fait que greffer les régimes de réalisation des sûretés existants sur le régime qui régit la propriété intellectuelle. En conséquence, les États qui adopteront les recommandations du Guide se contenteront normalement de remplacer le régime de réalisation antérieur découlant, par exemple, d'un code civil et d'un code de procédure civile, du droit commun des charges flottantes et fixes, d'une loi sur les hypothèques ou d'une autre loi générale relative à la réalisation, selon le cas, par le régime de réalisation que recommande le Guide.

66. Cette approche de la réalisation des sûretés s'applique non seulement à la propriété intellectuelle (brevet, droit d'auteur ou marque, par exemple), mais aussi aux autres droits qui naissent de ces types de propriété intellectuelle. Partant, conformément à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, des biens tels que les redevances et droits de licence sont traités comme des créances et sont soumis au régime de recouvrement des créances recommandé dans le Guide. De même, les autres droits contractuels d'un donneur de licence ou de sous-licence à l'égard du preneur de licence ou de sous-licence seront également régis par le droit général des obligations d'un État, et les sûretés sur ces droits seront réalisées en vertu du droit général des opérations garanties de cet État. Ici encore, les droits d'exploitation d'un preneur de licence ou de sous-licence sont traités de la même manière que les droits d'un preneur à bail ou d'un acheteur, et sont régis par le droit général des obligations d'un État, sauf en ce qui concerne (lorsqu'elles sont spécifiquement mentionnées dans le droit de la propriété intellectuelle) les questions d'inscription.

67. Les États incorporeront parfois des règles de procédure spéciales sur la réalisation des sûretés grevant la propriété intellectuelle dans la législation générale relative aux brevets, aux marques et au droit d'auteur. En outre, les normes générales de procédure prévues par la loi sur les opérations garanties d'un État

pourront se voir accorder une teneur spécifique dans le contexte de la réalisation de sûretés sur la propriété intellectuelle. Ainsi, par exemple, la détermination de ce qui est commercialement raisonnable lorsque le bien grevé est un droit de propriété intellectuelle pourra dépendre du droit et de la pratique en matière de propriété intellectuelle. La définition de ce critère peut fort bien varier d'un État à l'autre, ainsi que d'un régime de la propriété intellectuelle à l'autre. Le Guide reconnaît cette spécificité procédurale: lorsque des règles de procédure spécifiques au droit de la propriété intellectuelle imposent aux parties des obligations supérieures à celles énoncées dans le régime de réalisation prévu par le Guide, elles s'appliqueront, conformément au principe énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 4, en lieu et place des recommandations générales du Guide. Bien entendu, si ces règles de procédure et définitions font partie intégrante du droit général, elles seront remplacées par les recommandations du Guide dans les États qui les adopteront.

68. Quant aux droits fondamentaux des créanciers garantis en matière de réalisation, il n'existe, une fois qu'un État adopte les recommandations du Guide, aucune raison d'élaborer des principes différents ou inhabituels pour régir la réalisation des sûretés grevant la propriété intellectuelle. Le Guide ne fait que recommander un régime plus efficace et plus transparent permettant à un créancier garanti de réaliser ses droits, sans aucunement limiter les prérogatives que le titulaire de la propriété intellectuelle peut exercer pour protéger ses droits contre toute atteinte ou recouvrer des redevances auprès d'un preneur de licence ou de sous-licence. Comme le souligne la section de la présente Annexe consacrée à la constitution d'une sûreté réelle mobilière (voir A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 75), le créancier garanti ne peut jamais obtenir de sûreté sur plus de droits que ceux dont le constituant jouit au moment de la réalisation.

B. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle

69. Le Guide expose en détail un régime pour la réalisation des sûretés grevant différents types de biens. Il part du principe que les voies de droit doivent être conçues de manière à garantir la réalisation la plus efficace tout en assurant une protection appropriée des droits du constituant et des tiers. Ce principe et cette approche devraient s'appliquer de la même façon à la réalisation des sûretés sur les diverses catégories de propriété intellectuelle. Actuellement, la loi de la plupart des États reconnaît une grande diversité de droits attachés à la propriété intellectuelle, notamment:

- a) La propriété intellectuelle elle-même;
- b) Les créances naissant d'un accord de licence;
- c) Les autres droits contractuels acquis par le donneur en vertu d'un accord de licence;
- d) Les droits acquis par le preneur de licence en vertu d'un accord de licence;
- e) Les droits du titulaire de la propriété intellectuelle, du donneur de licence et du preneur de licence sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle utilisée.

70. Les éléments du régime de réalisation recommandé par le Guide, et applicable à chacun de ces différents droits sur la propriété intellectuelle, seront examinés séparément dans les sections ci-après.

C. Prise de “possession” de la propriété intellectuelle grevée

71. Le droit qu’a le créancier garanti de prendre possession du bien grevé conformément aux recommandations 146 et 147 du Guide ne vaut généralement pas si le bien grevé est un bien meuble incorporel tel que la propriété intellectuelle. Ces deux recommandations ne traitent que de la prise de possession de biens meubles corporels. Cependant, conformément au principe général de réalisation extrajudiciaire, le créancier garanti devrait être autorisé à prendre possession de tout document nécessaire à la réalisation de sa sûreté lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle. Un tel droit sera généralement prévu dans la convention constitutive de sûreté. Lorsque les documents sont accessoires à la propriété intellectuelle grevée, le créancier devrait pouvoir en prendre possession qu’ils soient ou non expressément désignés comme biens grevés dans la convention constitutive.

72. On pourrait penser que, lorsqu’il prend possession d’un bien meuble corporel qui est produit au moyen de la propriété intellectuelle ou dans lequel est incorporée une puce contenant un programme produit au moyen de la propriété intellectuelle, le créancier garanti prend également possession de la propriété intellectuelle grevée. Ce n’est pas le cas. Il importe de délimiter correctement l’assiette de la sûreté. Même si de nombreux biens meubles corporels, qu’il s’agisse de matériel ou de stocks, peuvent être produits par exploitation d’un droit de propriété intellectuelle tel qu’un brevet, la sûreté du créancier repose sur le bien meuble corporel et ne grève pas, en l’absence de clause spécifique en ce sens dans la convention constitutive de sûreté, la propriété intellectuelle utilisée pour le produire. Ainsi, le créancier garanti pourra, conformément aux recommandations du Guide, prendre possession d’un bien meuble corporel tel qu’un disque compact ou un disque vidéo numérique et exercer son droit à réalisation sur ces disques. S’il souhaite également obtenir une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même (y compris, dans la mesure où le constituant a le droit de vendre celle-ci ou de la mettre sous licence, le droit de vente ou de concession de licences), il lui faudrait désigner expressément cette propriété intellectuelle comme bien grevé dans la convention constitutive de sûreté.

D. Disposition de la propriété intellectuelle grevée

73. Aux termes du Guide, le créancier garanti peut, en cas de défaillance du constituant, disposer de la propriété intellectuelle grevée ou en autoriser l’exploitation sous licence, mais toujours dans les limites des droits du constituant. Ainsi, si le constituant est le titulaire des droits, le créancier garanti devrait, en principe, pouvoir céder la propriété intellectuelle sur laquelle il a pris une sûreté ou la mettre sous licence. Si, cependant, le constituant avait précédemment accordé une licence exclusive à un tiers qui a priorité sur la sûreté, en cas de défaillance, le créancier garanti ne pourra pas accorder une autre licence, car le constituant ne possédait pas ce droit lorsque le créancier garanti a acquis sa sûreté (*nemo dat quod non habet*).

74. Dans le cas ci-dessus, selon le Guide, le créancier garanti n'acquiert pas la propriété intellectuelle sur laquelle il réalise sa sûreté. Il dispose en fait de la propriété intellectuelle grevée (en la cédant ou en concédant une licence ou une sous-licence) au nom du constituant. Tant que le cessionnaire ou le preneur de licence (selon le cas) qui acquiert les droits suite à la réalisation par disposition ne les inscrit pas sur le registre approprié (en supposant que ces droits puissent être inscrits), le constituant demeure, sur le registre, le titulaire de la propriété intellectuelle en question.

E. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée

75. Dans le Guide, les droits sur la propriété intellectuelle acquis par disposition judiciaire seraient régis par la loi applicable à l'exécution des décisions de justice. En cas de disposition extrajudiciaire conformément aux dispositions de la loi sur les opérations garanties, le premier point à noter est que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence obtient ses droits directement du constituant. Le créancier garanti qui choisit d'exercer ses droits de cette manière ne devient pas titulaire des droits du fait de cette réalisation.

76. Le deuxième point est que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence ne pourrait obtenir que les droits effectivement grevés par la sûreté du créancier procédant à la réalisation. Aux termes du Guide, le bénéficiaire ou le preneur obtiendrait la propriété intellectuelle libre de la sûreté du créancier procédant à la réalisation et de toute sûreté de rang inférieur, mais soumise à toute sûreté de rang supérieur. La même règle s'applique à une disposition extrajudiciaire qui n'est pas conforme aux dispositions de la loi sur les opérations garanties, à condition que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence ait agi de bonne foi (voir les recommandations 161 à 163).

77. En vertu du principe général énoncé dans la loi sur les opérations garanties, le créancier garanti qui réalise sa sûreté prend le bien grevé dans l'état où il se trouve lors de la réalisation. Ainsi, une sûreté sur un bien meuble corporel s'étend aux biens qui y sont attachés et peut être réalisée sur ces biens (voir recommandations 21 et 166). Pour que la sûreté couvre également les biens produits ou fabriqués à partir des biens grevés, la convention constitutive de sûreté dispose généralement de manière expresse que la sûreté s'étend à ces biens manufacturés. Lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle, il importe de déterminer si le bien dont il est disposé au profit du bénéficiaire du transfert ou du preneur de la licence est simplement la propriété intellectuelle telle qu'elle existait au moment où la sûreté est devenue opposable ou cette propriété intellectuelle telle qu'elle a été améliorée par la suite (perfectionnement d'un brevet, par exemple). Généralement, les lois concernant la propriété intellectuelle traitent ces améliorations comme des biens distincts et non comme une partie intégrante de la propriété intellectuelle existante. Partant, le créancier garanti prudent qui souhaite que les améliorations soient grevées par la sûreté devrait, dans la convention constitutive de sûreté, décrire le bien grevé de façon que ces améliorations soient directement grevées.

F. Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée

78. En vertu du régime de réalisation recommandé dans le Guide, le créancier garanti a également la faculté de proposer au constituant de se faire attribuer ses droits à titre d'exécution de l'obligation garantie. Si le constituant est titulaire de la propriété intellectuelle, le créancier garanti pourrait lui-même devenir le titulaire à condition que le constituant et ses créanciers ne s'y opposent pas (voir recommandations 156 à 159). Dans le cas où le titulaire des droits aurait donné l'autorisation d'exploiter sa propriété intellectuelle à un preneur de licence qui a priorité sur le créancier garanti réalisant sa sûreté, lorsque ce dernier accepte la propriété intellectuelle des mains du constituant, il acquiert celle-ci sous réserve de la licence de rang supérieur en vertu du principe *nemo dat*. Une fois qu'un créancier garanti devient le titulaire de la propriété intellectuelle, ses droits et obligations sont régis par le droit de la propriété intellectuelle applicable. Il serait tenu en particulier d'inscrire ses droits en tant que titulaire dans le registre de la propriété intellectuelle approprié (en supposant que ces droits puissent être inscrits). Enfin, le créancier garanti qui se fait attribuer la propriété intellectuelle grevée à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie obtiendrait celle-ci libre de toute sûreté de rang inférieur, mais soumise à toute sûreté de rang supérieur (voir recommandation 161).

G. Recouvrement de redevances et droits de licence

79. Aux termes du Guide, lorsque le bien grevé est le droit de recevoir paiement de redevances ou d'autres droits en vertu d'un accord de licence, le créancier garanti devrait être autorisé à réaliser la sûreté en recouvrant simplement ceux-ci après défaillance et notification à la personne redevable (voir recommandation 168). Dans tous ces cas, les redevances sont, aux fins de la loi sur les opérations garanties, des créances et les droits et obligations des parties seront régis par les mêmes principes qui s'appliquent aux créances dans la Convention des Nations Unies sur la cession et dans le Guide. Ici encore, le créancier garanti qui a pris une sûreté sur des redevances actuelles et futures ne pourra exercer que le droit à paiement dont jouissait le constituant (donneur de licence) au moment de la réalisation de la sûreté sur la créance.

H. Autres droits contractuels du donneur de licence

80. Outre le droit de percevoir des redevances, le donneur prévoira généralement d'autres droits contractuels dans son accord avec le preneur de licence. Il pourra s'agir, par exemple, du droit de limiter l'octroi de sous-licences, d'interdire la constitution de sûretés sur la licence ou de mettre fin à l'accord de licence dans certaines conditions. Le simple fait que le donneur puisse avoir constitué une sûreté sur le droit de percevoir des redevances et que ce droit soit devenu réalisable et soit réalisé par le créancier garanti n'a aucune incidence directe sur ces autres droits du donneur prévus dans l'accord de licence ou découlant du droit de la propriété intellectuelle généralement applicable. Le donneur de licence conserve ces droits, à moins qu'ils aient eux-mêmes été cédés à un tiers ou inclus dans la description du bien grevé sur lequel le créancier procédant à la réalisation a obtenu une sûreté du constituant.

I. Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle

81. En principe, sauf lorsque le “principe d’épuisement” s’applique, le titulaire des droits a la faculté de contrôler les modalités et le lieu de la vente des biens meubles corporels en rapport avec lesquels la propriété intellectuelle est utilisée (avec, bien entendu, son autorisation). Ainsi, lorsque la propriété intellectuelle concernée n’a pas été épuisée, le créancier garanti devrait pouvoir disposer des biens en cas de défaillance, s’il obtient l’autorisation du titulaire. Dans ces deux cas, on part du principe que la convention constitutive de sûreté ne grève pas la propriété intellectuelle elle-même.

82. Comme il n’existe aucune définition universelle du “principe d’épuisement” (souvent appelé “épuisement des droits” ou “principe de première vente”), l’Annexe le mentionne non pas en tant que concept universel, mais tel qu’il est compris dans chaque État adoptant. Néanmoins, lorsque ce principe s’applique en droit de la propriété intellectuelle, l’idée de base est qu’un titulaire des droits perdra ou “épuisera” certains d’entre eux après leur première utilisation. Par exemple, la possibilité pour le propriétaire d’une marque de contrôler les ventes en aval d’un produit portant sa marque est généralement “épuisée” après la première vente du produit. Cette règle a pour but d’exonérer un revendeur de responsabilité pour atteinte à la marque. Il importe néanmoins de noter que cette protection ne vaut que dans la mesure où les biens meubles corporels n’ont pas été modifiés au point d’être sensiblement différents de ceux provenant du propriétaire de la marque. Dans certains États, par exemple, le droit de la propriété intellectuelle interdit au revendeur de retirer ou de modifier la marque apposée sur les biens par son propriétaire.

83. Lorsque le bien meuble corporel est produit au moyen d’une propriété intellectuelle faisant l’objet d’une licence accordée au constituant, le donneur peut prévoir que le preneur de la licence ne peut constituer de sûretés sur ce bien ou qu’un créancier obtenant une sûreté ne peut la réaliser que d’une manière convenue par le donneur. Dans ces deux cas, le donneur stipulera généralement dans l’accord de licence qu’il peut mettre fin à celle-ci si le constituant ou le créancier garanti viole cet accord. Pour réaliser efficacement sa sûreté sur le bien meuble corporel, il faudrait en conséquence, que le créancier garanti obtienne le consentement du titulaire des droits-donneur de licence conformément à l’accord de licence et au droit de la propriété intellectuelle applicable.

84. Si le créancier garanti souhaite également obtenir une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même (y compris, dans la mesure où le constituant a le droit de vendre celle-ci ou de la mettre sous licence, le droit de vente ou de concession de licences), il lui faudrait désigner expressément cette propriété intellectuelle comme bien grevé dans la convention constitutive de sûreté. Ici, le bien grevé n’est pas le bien meuble corporel produit au moyen de la propriété intellectuelle, mais la propriété intellectuelle elle-même (ou l’autorisation de fabriquer des biens meubles corporels au moyen de la propriété intellectuelle). Un créancier garanti prudent obtiendra généralement une sûreté sur cette propriété intellectuelle de façon à pouvoir poursuivre la production de biens meubles corporels partiellement achevés.

J. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence

85. Dans la discussion ci-dessus, on est parti du principe que le constituant de la sûreté était le titulaire de la propriété intellectuelle. Le bien grevé était la propriété intellectuelle elle-même, le droit du titulaire-donneur de licence de percevoir des redevances et d'autres droits, ou le droit du titulaire-donneur de licence d'exécuter d'autres clauses contractuelles relatives à la propriété intellectuelle. Ce n'est que dans l'examen des sûretés constituées sur des biens meubles corporels produits au moyen de la propriété intellectuelle (section I) que les droits du titulaire-donneur de licence et ceux du preneur de la licence ont été traités ensemble. Cependant, la plupart des questions traitées dans les sections C à H valent également dans les cas où le bien grevé n'est pas la propriété intellectuelle elle-même, mais les droits d'un preneur de licence (ou de sous-licence) naissant d'un accord de licence (ou de sous-licence). Dans le cas où le bien grevé n'est autre qu'une licence, le créancier garanti ne peut évidemment réaliser sa sûreté que sur les droits du preneur de la licence, et ne peut le faire qu'en respectant les clauses de l'accord de licence.

86. Lorsque le constituant est un preneur de licence, en cas de défaillance de sa part, le créancier garanti aura le droit de réaliser sa sûreté sur la licence et de disposer de la licence en la transférant, à condition que le donneur de licence y consente ou que la licence soit transférable, ce qui est rarement le cas. De même, le créancier qui réalise sa sûreté peut accorder une sous-licence, à condition que le donneur y consente ou que le constituant-preneur de licence ait, aux termes de l'accord de licence, le droit d'accorder des sous-licences. Lorsque le créancier garanti propose à un constituant-preneur de licence de se faire attribuer la licence à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie et que ni le constituant, ni les autres parties intéressées (le donneur de licence, par exemple) s'y opposent, il devient titulaire de la licence conformément aux clauses de l'accord de licence conclu entre le preneur et le donneur. Comme dans le cas d'un bénéficiaire de transfert ou d'un preneur de licence qui acquiert la propriété intellectuelle après un acte de disposition d'un créancier garanti, le preneur de licence ou le créancier garanti qui accepte la licence à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie sera tenu d'inscrire ses droits en tant que preneur de licence dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, à condition que cela soit permis par le droit de la propriété intellectuelle. Dans le cas contraire, le preneur de licence ou le créancier garanti devra inscrire ses droits dans le registre général des sûretés en vertu de la loi recommandée dans le Guide.

87. Lorsque le bien grevé est le droit du donneur de sous-licence de recevoir paiement des redevances en vertu d'un accord de sous-licence, le créancier garanti est autorisé à traiter ce bien comme une créance. Cela signifie qu'il peut recouvrer les redevances dans la mesure où celles-ci étaient dues au constituant-donneur de la sous-licence au moment de la réalisation de la sûreté sur la créance. Si la réalisation sur les redevances dues par un preneur de sous-licence constituait une violation de l'accord de licence, le créancier garanti ne pourrait réaliser sa sûreté sur aucune des créances qui naîtraient après cette violation.

88. Lorsque le bien grevé est un autre droit contractuel stipulé dans l'accord de sous-licence, le créancier garanti peut réaliser sa sûreté sur ce droit contractuel comme s'il s'agissait de tout autre bien grevé, et le fait que le donneur de licence puisse avoir mis fin à la licence pour l'avenir ou puisse avoir lui-même fait valoir un droit antérieur de percevoir les redevances dues au titre de la sous-licence n'a

aucune incidence directe sur le droit qu'a le créancier garanti de réaliser sa sûreté sur ces autres droits contractuels énoncés dans l'accord de licence.

89. Les droits acquis par le bénéficiaire du transfert de la licence, par le preneur de la sous-licence en cas d'acte de disposition du créancier garanti ou par un créancier garanti qui se fait attribuer la licence à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie pourront être fortement limités par les clauses de l'accord de licence. Un preneur de licence non exclusive, par exemple, ne pourra pas faire valoir la propriété intellectuelle à l'encontre d'un autre preneur de licence non exclusive ou d'une personne portant atteinte à la propriété intellectuelle. Seul le donneur de licence (ou le titulaire des droits) pourra le faire, bien que dans certains États, les preneurs de licence exclusive soient autorisés à se joindre au donneur de licence en tant que parties à l'action. En outre, en fonction des clauses de l'accord de licence et de la description du bien grevé dans la convention constitutive de sûreté, le bénéficiaire du transfert de la licence ne pourra pas avoir accès à des informations telles que le code source. Pour assurer l'efficacité de la licence transférée ou donnée en sous-licence, il faudra que la convention constitutive de sûreté inclue ces droits dans la description des biens grevés par le constituant-preneur de licence, dans la mesure où l'accord de licence l'autorise à grever ces droits également.

X. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 90 à 98, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 53 à 57, et A/CN.9/649, par. 77 à 80.*]

A. Loi applicable aux aspects réels

90. Les conventions internationales qui protègent la propriété intellectuelle adoptent généralement le principe de territorialité et, dans de nombreux États, la loi applicable aux questions de droit de propriété est celle du lieu où la propriété intellectuelle est protégée (*lex protectionis*). En conséquence, un bénéficiaire de transfert ou un preneur de licence veillera à ce que le transfert ou la licence soient reconnus dans chaque État où il souhaite exercer ses droits.

91. Une sûreté étant un droit réel, la cohérence voudrait que l'on applique la même approche territoriale pour déterminer la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle. De nombreux États renvoient donc, pour ces questions, à la *lex protectionis*. L'avantage d'un tel renvoi en ce qui concerne les sûretés sur la propriété intellectuelle est que la même loi s'applique à la fois à une sûreté et à un transfert de propriété portant sur ces mêmes biens. Par exemple, un conflit de priorité entre un créancier garanti et le bénéficiaire d'un transfert pur et simple effectué par le constituant se résoudrait plus facilement s'il était fait référence à une loi unique.

92. Les États n'adoptent pas tous, cependant, la *lex protectionis* comme loi applicable aux sûretés sur la propriété intellectuelle. Certains États, dans lesquels la règle de conflit de lois pour les biens meubles incorporels renvoie en général au lieu de situation du constituant, utilisent la même règle pour les sûretés qui grevent la

propriété intellectuelle, du moins en ce qui concerne l'opposabilité et la priorité. Dans cette approche, la règle générale de conflit de lois du Guide pour les biens meubles incorporels (c'est-à-dire la loi du lieu de situation du constituant) s'appliquerait également à la propriété intellectuelle. Lues ensemble, les recommandations 208 et 218 se traduisent effectivement, de manière générale, par l'application de la loi du lieu de situation du constituant à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté sur des biens meubles incorporels. La même règle de conflit de lois s'appliquerait alors à la propriété intellectuelle.

93. L'avantage d'une approche qui consiste à renvoyer à une loi unique pour toutes les questions est qu'un créancier garanti obtenant une sûreté sur tous les biens meubles incorporels (y compris la propriété intellectuelle) actuels et futurs d'un constituant pourrait déterminer l'étendue de ses droits en se référant à une loi unique, même si les biens ont des liens avec plusieurs États. Cela réduirait également le coût des opérations. Les inscriptions, par exemple, ne devraient s'effectuer que dans un seul État.

94. Cependant, comme les transferts purs et simples continueraient d'être régis par la *lex protectionis*, une telle approche ne se référerait pas à une loi unique pour résoudre un conflit de priorité entre les droits d'un créancier garanti et ceux d'un bénéficiaire de transfert pur et simple. Pour y parvenir, il faudrait déroger à l'approche consistant à renvoyer à la loi du lieu de situation du constituant pour permettre qu'un conflit de priorité avec les droits d'un bénéficiaire de transfert pur et simple soit régi par la *lex protectionis*. Une dérogation similaire (mais pas identique) est prévue par le Guide en cas de conflit entre les droits du titulaire d'une sûreté sur une créance née de la vente ou de la location d'immeubles et un réclamant concurrent qui a inscrit son droit dans le registre immobilier de l'État dans lequel l'immeuble est situé (voir recommandation 209).

95. Avec cette dérogation, un créancier garanti ne devrait également faire valoir son droit en vertu de la *lex protectionis* que lorsqu'il y aurait concurrence avec le bénéficiaire d'un transfert pur et simple. Dans le cas général où la principale préoccupation serait l'insolvabilité du constituant, il suffirait au créancier garanti de s'en remettre à la loi de l'État dans lequel le constituant est situé, comme pour d'autres types de biens meubles incorporels (créances, par exemple).

96. Une autre dérogation consisterait à ne renvoyer à la *lex protectionis* que lorsque cette loi dispose que la propriété intellectuelle concernée peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle. Cette dérogation pourrait, cependant, être jugée insatisfaisante pour les bénéficiaires d'un transfert pur et simple de propriété intellectuelle non inscriptible en vertu de la *lex protectionis*. Il leur faudrait étudier la loi du lieu de situation du constituant pour vérifier que leur transfert n'est pas soumis à une sûreté antérieure.

97. Les approches ci-dessus peuvent se résumer par les variantes suivantes:

Variante A

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

Variante B

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. [Toutefois, la loi applicable à un conflit de priorité avec le droit d'un [réclamant concurrent] [bénéficiaire de transfert ou preneur de licence] est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée [si, en vertu de cette loi, la propriété intellectuelle peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle] [si, en vertu de cette loi, une sûreté peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle.]

Variante C

La loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle soumise à inscription dans un registre de la propriété intellectuelle est la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter qu'à l'exception du texte entre crochets, la variante B est similaire à la recommandation 209 et la variante C similaire à la recommandation 205. Il pourra également se demander si le renvoi devrait être autorisé lorsque la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée autorise le renvoi ou, en vertu des principes du droit des contrats, s'en remet à la loi de l'État dans lequel le créancier garanti, le constituant ou un tiers est situé, en particulier lorsqu'une sûreté sur un type particulier de propriété intellectuelle ne peut pas être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle (droit d'auteur ou secret d'affaires, par exemple).]

B. Loi applicable aux questions contractuelles

98. Les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté peuvent être déterminés librement par les parties. En l'absence de choix par ces dernières, la loi applicable à ces questions pourrait être celle qui régit la convention constitutive de sûreté (voir recommandation 216).

XI. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: Pour l'examen de cette question, voir A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 58 à 72, A/CN.9/649, par. 98 à 103 et A/63/17, par. 326. Le Groupe de travail souhaitera peut-être réexaminer la question une fois que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) aura eu l'occasion de l'examiner.]