

Droit des affaires

La sélection Lamy

Le droit du luxe

- ▶ **Financement des maisons de luxe : le modèle développé par les grands groupes de luxe s'impose**
Etude par **Annabelle Gauberti**
- ▶ **La distribution sélective des produits de luxe**
Etude par **Martine Coiquaud** et **Mireille Dany**
- ▶ **Luxe, droit et Internet**
Etude par **Christophe Roquilly**
- ▶ **Cadre interne et européen de lutte anti-contrefaçon**
Etude par **Aurélie Buisson**
- ▶ **Propriété intellectuelle : la défense du savoir-faire et de l'image de marque des maisons de luxe**
Etude par **Frédéric Dumont**
- ▶ **Les interactions entre le luxe et le droit fiscal**
Etude par **Béatrice Lerat**
- ▶ **L'image et le nom du styliste salarié**
Etude par **Laurent Carrié**
- ▶ **Profession mannequin : un acteur incontournable dans le luxe**
Etude par **Michael Sicakyus**

LE DROIT DU LUXE



► **Julie Vasa**
Rédactrice en chef



► **Annabelle Gauberti**
Avocat au Barreau de Paris

Le luxe est un concept qui fait rêver, qui évoque des objets exquisément ouvragés, des odeurs et des saveurs envoûtantes, des services rendus avec un zèle et une célérité sans faille. Le luxe, ou *luxus* en latin (abondance, raffinement), est l'apogée de la société de consommation, le summum du monde matérialiste, parfois proche de la luxure (*luxuria*) mais irradiant toujours une lumière (*lux*) incandescente.

Le droit, en comparaison, est une notion austère et rigoureuse, définie comme un ensemble de règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique. Le droit amène et rappelle à l'ordre, instaure un sage équilibre entre l'équité et les intérêts matériels et moraux de la société. Il constitue, en outre, une prérogative attribuée à un individu, dans son intérêt, lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation.

Pourquoi allier dans le titre de ce supplément thématique ces deux termes si opposés, à l'antithèse l'un de l'autre ? Pourquoi attirer ces contraires, les marier pour faire naître un nouveau concept ?

On relève une tendance du droit contemporain à développer de nouvelles branches juridiques en fonction de secteurs industriels, culturels ou artistiques en expansion ou ayant un poids économique sensible dans le produit national brut (PNB) français tels le droit du cinéma (*cf.*, par exemple, Gaz. Pal. 11 au 13 mai 2003, Droit du cinéma) ou, encore, le droit du sport (*cf.* le projet de création d'un Code du sport annoncé fin 2003 par le ministre des Sports). Ainsi, par le biais d'un tri des normes de droit public et/ou de droit privé effectué en fonction des besoins et paramètres d'un secteur industriel ou culturel déterminé, il est possible de créer un cadre juridique adapté à ses spécificités.

Le secteur du luxe a déjà été étudié sous l'angle du marketing (*cf.* Allèrès D., Luxe ... Stratégies Marketing, 2^e éd., Economica, 2003 ; Haie V., Donnez-nous notre Luxe quotidien, Institut Supérieur de Marketing du Luxe, Gualino Editeur, 2002), de la sociologie (*cf.* Castarède J., Le luxe, édition Que Sais-je ?, PUF, 3^e éd., 2003 ; Prévost G., Voyage au pays du luxe, Le cherche midi, 2001 ; Richou S. et Lombard M., Le luxe dans tous ses états, Economica, 1999), de la vente et du management (*cf.* Blanckaert C., Les chemins du luxe, édition Grasset, 1996) mais, en revanche, il ne l'a jamais encore été au regard du droit qui lui est applicable. Pourtant, la connaissance et la maîtrise du droit des affaires par les professionnels du luxe est indispensable pour que les maisons de luxe

se créent, se développent, s'adaptent, prospèrent ou survivent. Même si les créateurs et directeurs artistiques pourraient penser que seuls leur génie et leur créativité amèneront l'entreprise au firmament, l'importance d'une stratégie commerciale et financière claire, indissociable des différentes techniques juridiques et financières qu'offre le droit des affaires, semble désormais incontournable.

Si les parts de marché du secteur du luxe, force économique primordiale pour la France, étaient détenues, jusque dans les années 1990, par des marques françaises, elles sont cependant aujourd'hui en constante réduction, conquises par les concurrents italiens, allemands, américains ou japonais. Aussi, les maisons de luxe françaises ne sauraient davantage se passer des outils intellectuels, économiques et juridiques de pointe nécessaires à l'adoption d'une stratégie tant défensive qu'offensive dans ce secteur extrêmement compétitif, outils que le présent supplément se propose de présenter et d'analyser. ■

Financement des maisons de luxe : le modèle développé par les grands groupes de luxe s'impose

L'expansion constante du secteur industriel du luxe a engendré un réel besoin de ressources financières. Subventions publiques, aides indirectes, autofinancement, recours à des interlocuteurs financiers externes : quels sont, parmi ces moyens de financement, ceux auxquels peuvent recourir les entreprises du secteur du luxe ?

PLAN DE L'ETUDE

I – LA REMISE EN CAUSE DU MODELE ARTISANAL CHEZ LES PRODUCTEURS DE LUXE : NECESSITE D'ALLIER QUALITES CREATIVES ET GESTION ECONOMIQUE ET FINANCIERE

- A. – Un contexte économique exacerbant la concurrence
- B. – L'émergence du modèle des groupes de luxe multimarques

II. – LES DIFFERENTS MOYENS DE FINANCEMENT MIS A LA PORTEE DES GROUPES DE LUXE

- A. – Absence de financement public des maisons de luxe mais présence d'aides indirectes
- B. – Le résultat opérationnel des maisons de luxe permet d'autofinancer leur croissance interne
- C. – La nécessité d'avoir recours aux moyens de financement externes pour implanter les stratégies

4482



- LUXE
- FINANCEMENT

1. Le marché mondial du luxe a connu ces dernières années une croissance spectaculaire. En 2004, l'industrie du luxe représentait 100 milliards d'euros de chiffre d'affaires dans le monde. En 1990, le marché mondial n'était que de 46 milliards d'euros, alors qu'il était estimé dix ans plus tard à 90 milliards d'euros, soit une croissance de

presque 50 % (source : Comité Colbert). Ainsi, les marchés du luxe ont dégagé une croissance annuelle moyenne de 14 % entre 1996 et 2000, accélérée à 16 % sur 1998-2000. Dans ce secteur, la France occupe une place cruciale puisqu'elle est le premier producteur de produits de luxe avec plus de 25 milliards d'euros de chiffre d'affaires et à peu près 30 % des parts de marché en 2003 (cf. Castarède J., *Le Luxe*, collection *Que sais-je ?*, PUF, 2003, p. 106). Cette prépondérance est liée au poids historique des maisons françaises



► Annabelle
Gauberti

Avocat
au Barreau
de Paris

Gide Loyrette
Nouel

dans l'univers du luxe et au fait que la France constitue toujours la première destination touristique au monde (76 millions de touristes en 2000 contre 48 millions pour la deuxième destination touristique, l'Espagne) : en effet, ce sont surtout les vacanciers qui ont le temps d'acquiescer des produits de luxe et de circuler dans les *duty free* (canaux de distribution privilégiés des maisons de luxe) ainsi que dans les grands magasins (Galeries Lafayette, Printemps) et qui séjournent dans les meilleurs hôtels.

Ainsi, l'industrie du luxe est importante pour notre pays puisqu'elle représente 0,5 % du produit national brut (PNB) et génère 192 000 emplois (66 000 emplois directs et 126 000 indirects), dont 70 % localisés en France, soit 5 000 emplois créés par an (source : Axétudes SCRL). En terme de chiffres d'affaires, l'industrie du luxe sur le territoire français pesait autant que l'industrie aéronautique et spatiale en 1995, en ayant en plus l'avantage d'avoir un taux moyen des exportations de 58 % (alors que ce taux n'était que de 43 % pour l'industrie aéronautique et spatiale), ce qui dégageait une balance commerciale excédentaire de 6 milliards d'euros.

2. Pour permettre l'essor et découpler le potentiel de croissance du secteur industriel du luxe, les principaux acteurs dans ce domaine ont développé des connaissances très pointues en finance et en droit financier. En effet, l'essor économique des maisons de luxe et de leurs activités commerciales a engendré un réel besoin de financement, comblé par des ressources internes et/ou des moyens externes. Comme toutes les entreprises confrontées à la globalisation de l'économie et à l'internationalisation des échanges, les acteurs économiques du secteur du luxe sont devenus de plus en plus sophistiqués et maîtrisent aujourd'hui les différentes techniques afférentes aux modes de financement de leurs activités.

Il convient donc d'étudier les problématiques de financement auxquelles sont confrontées les maisons de luxe, à la suite de l'évaluation de leurs besoins en matière financière.

3. Deux phénomènes complémentaires ont été constatés ces dernières décennies, relatifs à l'évolution des maisons de luxe en général et à leur maîtrise croissante des nouveaux modes de financement en particulier. Tout d'abord, on note que, du fait d'une concurrence de plus en plus forte, les producteurs de produits et services de luxe fonctionnant sur un mode artisanal se raréfient. Ce sont surtout les groupes de luxe multimarques et internationaux qui semblent résister durablement, notamment parce qu'ils ont développé une aptitude à manier l'ingénierie financière et les techniques de droit des sociétés et de droit financier pour implémenter leur stratégie d'accroissement. Par ailleurs, les techniques de financement et d'obtention de liquidités ont beaucoup évolué depuis les années 80, grâce à la globalisation des marchés financiers et à la création de nouveaux moyens de financement. Ces nouvelles opportunités de financement offertes aux groupes de luxe leur permettent de mettre en œuvre une politique ambitieuse de croissance externe et interne.

I – LA REMISE EN CAUSE DU MODELE ARTISANAL CHEZ LES PRODUCTEURS DE LUXE : NECESSITE D'ALLIER QUALITES CREATIVES ET GESTION ECONOMIQUE ET FINANCIERE

A. – Un contexte économique exacerbant la concurrence

4. Alors que le taux moyen annuel de croissance des marchés du luxe était de 14 % entre 1996 et 2000 (avec un haut de cycle à plus de 20 % en 2000), ce taux recule à 9 à 10 % depuis 2001. Ce sont des raisons essentiellement conjoncturelles qui expliquent le ralentissement actuel de l'évolution des chiffres d'affaires des maisons de luxe, notamment du fait de la sensibilité de ce secteur industriel aux événements géo-politiques majeurs (tels que la crise asiatique de 1998, les attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis et l'épidémie asiatique du *Severe Acute Respiratory Syndrome* ou SARS en 2003). En effet, durant ces crises, le nombre de touristes a baissé de façon drastique, ce qui diminue d'autant le chiffre d'affaires réalisé par les maisons de luxe dans les *duty free* et en centre-ville. En outre, lors de conflits ou problèmes géo-politiques, les devises de facturation fluctuent fortement, ce qui influe sur les performances des entreprises du luxe, qui réalisent en moyenne près de 60 % de leur chiffre d'affaires à l'export, avec pour l'essentiel une production encore très locale et des dépenses libellées le plus souvent dans la monnaie domestique.

La décélération dans la croissance des chiffres d'affaires constitue un phénomène préoccupant pour les petites et moyennes entreprises (PME) spécialisées dans le domaine du luxe, puisque la volatilité des ventes limite les entrées régulières de liquidités dans leurs caisses. Ainsi, les *cash-flow* opérationnels se sont révélés insuffisants pour financer la politique de croissance externe des maisons de luxe ; ce constat étant particulièrement vrai pour les structures artisanales et familiales du luxe.

5. On note que les maisons de luxe françaises détenaient 50 % des parts de marché des produits de luxe il y a trente ans, mais n'en détiennent plus que 25 à 30 % aujourd'hui. En effet, la concurrence des marques italiennes et allemandes (pour le prêt-à-porter et les automobiles) ainsi qu'américaines et japonaises (pour la cosmétique notamment) est si vivace qu'elle érode les positions des maisons de luxe françaises dans de nombreux secteurs, tels que la haute couture, le prêt-à-porter, les vins et spiritueux.

La compétition accrue dans ce secteur industriel à marges hautes n'a pas pour seule origine l'arrivée de nouvelles marques étrangères sur le marché : la concurrence n'est pas que géographique puisqu'elle émane aussi de groupes français non issus du luxe. Notamment dans les secteurs des vins et spiritueux, de la parfumerie où les coûts de lancement de nouveaux produits sont de plus en plus lourds, des entreprises, détenant de nombreuses liquidités mais dont le corps de métiers est très différent du luxe,

investissent et rachètent des marques de luxe. L'exemple le plus éloquent est celui du groupe

« (...) en investissant dans le capital de petites maisons de luxe, les conglomérats peuvent faire d'importantes économies d'échelle, bénéficier des synergies entre les marques, accumuler des trésors de savoir-faire, diversifier leur portefeuille de marques et augmenter l'implantation géographique de la distribution, ce qui limite les risques de baisse ou stagnation des chiffres d'affaires en cas de crises (...). »

Pinault Printemps Redoute (PPR) qui, en mars 1999, a acquis 40 % du capital de Gucci, bien qu'il était jusqu'alors presque totalement absent du domaine du luxe (cf. Gauberti A., *L'alliance Gucci/PPR : un exemple de l'application de la réglementation sur les Offres publiques d'achat*, <www.abc-luxe.com/entreprise_juridique_fiscal>).

Cette augmentation de l'intensité concurrentielle contraint d'ailleurs les maisons de luxe à donner une plus grande visibilité à leurs marques, entraînant des investissements accrus de communication, de marketing et de distribution. L'inflation des coûts de distribution et de communication augmente les dépenses d'exploitation et influence lourdement le résultat d'exploitation.

Alors que les coûts fixes croissent de manière exponentielle et que les chiffres d'affaires évoluent plus lentement, de nombreux acteurs du secteur du luxe, de tailles petites ou moyennes, préfèrent unir leurs forces par le biais de fusions, ou procéder à des changements de contrôle de leur capital en faveur d'entreprises ayant atteint une taille critique.

B. – L'émergence du modèle des groupes de luxe multimarques

6. La consolidation du secteur du luxe passe par trois phénomènes distincts mais complémentaires. Tout d'abord, l'intégration en amont, c'est-à-dire le rachat par les maisons de luxe, des licenciés, des sous-traitants et des sites de production pour accroître leurs capacités de production, se développe fortement. Ainsi Hermès a-t-il acheté Usine Cuir, producteur de gants, en 1998 et LVMH a pris une participation dans Inter Parfums, gestionnaire de licences de parfums en 1999.

Cette consolidation se réalise, par ailleurs, grâce à un mouvement d'intégration avale, passant tant par la constitution d'un réseau de distribution de détail détenu en propre (notamment par le rachat des franchisés et licenciés), que par le rachat de distributeurs ou de marques avec un réseau exclusif. Par exemple, LVMH a racheté en 2000 Miami Cruiselines, une chaîne de *Duty free* américaine, ainsi que Boidi, une entreprise italienne spécialisée dans la distribution sélective.

Cette consolidation amont et avale permet aux groupes de luxe de faire des économies d'échelle mais engendre, sur le court et moyen termes, une augmentation des coûts fixes. Afin d'y faire face, certains groupes prennent des mesures de restructuration qui se sont accélérées en 2002-2003 : Burberry a ainsi fermé trois sites de production au Royaume-Uni en 1998, alors qu'Estée Lauder a mis fin en 2002 aux activités de 86 *shop-in-shop* Tommy Hilfiger, sites de distribution jugés non rentables.

7. Les entreprises de luxe de type familial ou artisanal sont donc progressivement rachetées par des grands groupes, ces derniers se transformant en conglomérats internationaux, généralistes et multimarques. Des bénéfices mutuels sont tirés de ces fusions-acquisitions puisque les petites maisons de luxe rachetées bénéficient d'une sécurité plus grande vis-à-vis des aléas économiques conjoncturels (les grands groupes disposant de réserves de liquidités, utilisables en cas de baisse des résultats d'exploitation) et des multiples canaux de distribution du groupe permettant d'écouler plus facilement leurs stocks. En revanche, en investissant dans le capital de petites maisons de luxe, les conglomérats peuvent faire d'importantes économies d'échelle, bénéficier des synergies entre les marques, accumuler des trésors de savoir-faire, diversifier leur portefeuille de marques et augmenter l'implantation géographique de la distribution, ce qui limite les risques de baisse ou stagnation des chiffres d'affaires en cas de crises, notamment du fait des effets de compensation entre marchés (sectoriels et géographiques).

Ces conglomérats généralistes multimarques (dont les entreprises les plus représentatives sont LVMH, Richemont et PPR/Gucci Group) allient créativité, savoir-faire et habileté à la gestion financière et commerciale, ce qui en fait les acteurs les plus crédibles pour résister et accroître leurs parts de marché dans le secteur du luxe au XXI^e siècle.

II. – LES DIFFERENTS MOYENS DE FINANCEMENT MIS A LA PORTEE DES GROUPES DE LUXE

A. – Absence de financement public des maisons de luxe mais présence d'aides indirectes

8. Conformément au paragraphe 1 de l'article 83 du Traité CE, aucune aide ne peut, en principe, être versée par un Etat membre aux entreprises ou secteurs

économiques qu'il considère comme les plus utiles à la réalisation des objectifs nationaux (cf. Gavalda C. et Parléani G., Droit des affaires de l'Union européenne, Litec, 2002, p. 379). Les aides visées par cet article sont celles accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit, favorisant certaines entreprises ou productions (comme, par exemple, les subventions publiques, les garanties données par l'Etat, les prêts dont les intérêts sont pris en charge ou les régimes fiscaux, juridiques ou sociaux dérogatoires).

Des exceptions à ce principe d'interdiction existent. Tout d'abord, de nombreuses aides peuvent être accordées à des entreprises qui sont chargées de missions d'intérêt général au sens du paragraphe 2 de l'article 83 du Traité CE. En outre, selon les dispositions du paragraphe 3 du même article, certaines aides peuvent être déclarées compatibles avec le Marché commun, comme celles qualifiées de sectorielles et de générales (ces dernières, en principe générales et automatiques, ne répondent pas *a priori* à la notion d'aide au sens de l'article 83) et celles destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine.

9. Il convient d'étudier si les maisons de luxe et le secteur du luxe français bénéficient d'aides publiques. Les maisons de luxe, qui sont des personnes morales de droit privé ayant pour but de partager les bénéfices, les économies et les pertes, sont soumises au régime de droit commun d'interventionnisme économique local. Les articles 1511-1 et suivants du titre 1^{er} du Livre V de la première partie du Code général des collectivités territoriales, prévoient que des aides directes (aides à la création de société et d'emplois, bonifications d'intérêts, avances, prêts) et indirectes (telles que les aides accordées par la mise à disposition à titre gratuit de locaux) peuvent être versées aux PME, sous réserve que certains critères d'éligibilité soient remplis. Ces aides octroyées par les collectivités territoriales, constituant des aides générales (auxquelles toute entreprise peut prétendre), sont souvent d'un montant limité et ne prennent pas la forme de subventions.

De nouvelles dispositions législatives entrées en vigueur en 2003 (cf. L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003, pour l'initiative économique) ont aménagé un nouveau régime d'aides indirectes mises à la disposition des métiers d'art, des artisans et des créateurs de mode. Ainsi, grâce à cette nouvelle loi, les jeunes créateurs, qui n'arrivaient que rarement à convaincre les banques de leur accorder un prêt, pourront bénéficier d'un système de garantie de leurs emprunts par l'Etat ; ce fonds de garantie étant géré par la Banque de développement des PME et un « *interlocuteur bancaire attaché au secteur de la mode* », en partenariat avec plusieurs banques (cf. De Montalembert G., Des créateurs d'émotion et de rareté, Le Figaro, 6 déc. 2003). L'Etat se portera garant auprès des banques, qui, rassurées, pourront prêter de l'argent aux créateurs pour financer leur production, en attendant que ces derniers y parviennent avec leurs propres ressources.

Une autre aide indirecte prévue par la loi pour l'initiative économique consiste en l'instauration de

régimes fiscaux favorables, comme, par exemple, une réduction d'impôt de 25 % accordée aux personnes proches des créateurs de mode qui investissent jusqu'à 40 000 euros par an dans l'entreprise du jeune créateur. En outre, la loi sur l'initiative économique prévoit le relèvement du seuil de déductibilité

« (...) les maisons de luxe
ne reçoivent,
à proprement parler,
que quelques aides indirectes
(et ce, seulement si elles sont
encore
des «jeunes pousses»,
c'est-à-dire à un stade très
préliminaire
dans leur création),
mais aucune subvention
spécifique de la part
des institutions publiques. »

des pertes subies à la suite d'une souscription au capital d'une société nouvelle, le plafond de déduction étant maintenant de 60 000 € pour un couple marié. Enfin, les souscripteurs de fonds d'investissements de proximité ou FIP (outils de placement permettant à l'épargnant de réaliser un investissement volontairement dédié à des activités économiques dont la localisation est déterminée dans une région ou deux régions limitrophes), qui, en pratique, investiront surtout dans les activités de mode et les métiers d'art, bénéficieront d'une réduction d'impôt égale à 25 % de l'investissement, ainsi que d'une exonération d'impôt sur les produits, plus-values et dividendes générés par le FIP.

10. Ainsi, les maisons de luxe ne reçoivent, à proprement parler, que quelques aides indirectes (et ce, seulement si elles sont encore des «jeunes pousses», c'est-à-dire à un stade très préliminaire dans leur création), mais aucune subvention spécifique de la part des institutions publiques. Il peut être intéressant de faire une étude comparative entre l'absence de financement public dans le domaine du luxe et les systèmes de subventions publiques très avancés mis en œuvre pour les secteurs du cinéma et du sport.

Par certains aspects, les secteurs industriels du luxe, du sport et du cinéma se ressemblent, puisqu'ils sont tous trois assimilables à des passe-temps auxquels les consommateurs et individus s'adonnent durant leur temps libre. Par ailleurs, sous l'impulsion d'un courant du droit contemporain consistant à développer de nouvelles branches du droit en fonction des secteurs industriels et artistiques auxquels les normes juridiques s'appliquent, le droit du luxe est en train de voir le jour, à l'instar du droit du sport ou du droit du cinéma.

Par d'autres éléments, les secteurs du luxe, du sport et du cinéma divergent, notamment sur la possibilité de bénéficier d'un financement public. Dans le

domaine du sport, les associations sportives (personnes morales agissant dans un but autre que lucratif) sont aidées par l'Etat pour financer le sport amateur, le sport étant considéré en France comme un service public. En application des dispositions de l'article 19 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984, les sociétés sportives (sociétés anonymes constituées par toute association sportive participant habituellement à l'organisation de manifestations sportives payantes) ne peuvent bénéficier des aides générales versées par les collectivités territoriales auxquelles ont droit l'ensemble des entreprises (voir point n° 9). En revanche, elles sont admissibles à recevoir des subventions substantielles et spécifiques, en principe interdites aux sociétés de droit commun, puisqu'elles remplissent des missions d'intérêt général. Ainsi, dans le domaine du sport, les dérogations au principe d'interdiction des aides d'Etat s'appliquent, tant en raison de ce que les aides accordées le sont à d'autres personnes morales que des entreprises (associations sportives), que parce que ces aides sont attribuées à des entreprises ayant une mission d'intérêt général (sociétés sportives). Dans le monde du cinéma, c'est au nom de l'exception culturelle française et de la prime à la création artistique que les aides de l'Etat français sont accordées aux personnes investissant dans les sociétés de financement du cinéma et de l'audiovisuel ou SOFICAS, créées par la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 (cf. Gazette du droit du cinéma, Gaz. Pal., 11 et 13 mai 2003). Ces sociétés anonymes, d'une durée statutaire de dix ans, collectent les fonds consacrés exclusivement au financement d'œuvres audiovisuelles ou cinématographiques. La prise de participation dans une SOFICA permet à un particulier de bénéficier d'une déduction de son revenu imposable et à une société de procéder à un amortissement exceptionnel. Certaines Soficas sont dites garanties, ce qui signifie que le risque final de l'investissement est pris en charge par une banque. L'aide de l'Etat à l'industrie du cinéma passe, en outre, par l'instauration de l'IFCIC (société anonyme créée en 1983 ayant vocation à garantir les emprunts effectués par les sociétés de production auprès des établissements de crédit, en échange d'une rémunération sur le montant de la garantie) et le financement de films par les collectivités territoriales (sous la forme de subventions non remboursables). On constate que l'Etat français ne considère pas nécessaire d'aider directement les maisons de luxe par des subventions, préférant attribuer des aides indirectes aux « *maillons faibles* » de ce secteur industriel, c'est-à-dire les créateurs de mode débutants et les artisans. Estimant que les groupes de luxe peuvent se défendre seuls contre la concurrence, le financement public est consacré à d'autres secteurs plus fragilisés comme, par exemple, le cinéma, ou assimilés à des services publics (tel que le sport).

B. – Le résultat opérationnel des maisons de luxe permet d'autofinancer leur croissance interne

11. Sur la période allant de 1996 à 2000, les deux tiers des maisons de luxe ont dégagé des liquidités grâce

à leurs résultats opérationnels très profitables (Eurostaf, Les groupes mondiaux du luxe, Volume 1, 2002). Les groupes de luxe bénéficient de plusieurs atouts qui leur permettent d'optimiser leurs cash-flow opérationnels.

Tout d'abord, beaucoup d'entre eux parviennent à minimiser le décalage des délais de paiement clients-fournisseurs, surtout s'ils ont opté pour une intégration avale et contrôlent ainsi leur réseau de distribution (par exemple, Gucci, Armani, Bulgari, Hermès et Rémy Cointreau avec son réseau de distribution Maxxium). Ces entreprises dégagent un excédent en fonds de roulement d'exploitation, bénéficiant ainsi d'une trésorerie d'exploitation importante. Les maisons de luxe panachant boutiques en propre et franchises (Wolford, Escada, Hugo Boss) sont, elles, confrontées à des besoins en fonds de roulement du fait du décalage de paiement. Quant aux fabricants de parfums, cosmétiques (Estée Lauder, L'Oréal, Clarins) et montres (Swatch), ils ont vu leur pouvoir de négociation se réduire face à une distribution plus structurée et dégagent un besoin en fonds de roulement entre 10 et 42 jours de chiffre d'affaires.

Ensuite, dans ce secteur bénéficiant d'une demande très forte, la rotation des stocks est bien maîtrisée, notamment au niveau du « *luxe de flux* », qui comprend la mode, les accessoires, les parfums, l'hôtellerie, c'est-à-dire les produits ou services de très courte durée de production et de valeur unitaire relativement faible. En ce qui concerne le « *luxe de stock* », comprenant la joaillerie-horlogerie de valeur unitaire élevée, les arts de la table et les spiritueux stockés pour vieillissement afin de prendre de la valeur, il est normal que la rotation se fasse plus lentement.

La marge commerciale d'une entreprise est égale à la différence entre le montant des ventes de marchandises et le coût d'achat de ces marchandises vendues, le rapport entre la marge commerciale et les ventes étant dénommé taux de marge (cf. Gillet R., Finance, Dalloz, 2003, p. 433). Le secteur du luxe bénéficie d'un taux de marge nette moyen proche de 10 %, constituant l'une des industries les plus profitables, juste après la pharmacie (dont la moyenne sectorielle est de 13 %). Certaines maisons de luxe telles que Gucci, Hermès et Armani, bénéficiaient d'un taux de marge moyen supérieur à 25 % entre 1996 et 2000.

12. A côté du résultat opérationnel sur lequel les maisons de luxe s'appuient pour financer leurs investissements de croissance interne, d'autres recettes peuvent être générées, notamment par les marques et autres droits de propriété intellectuelle. En matière de luxe, la marque (c'est-à-dire l'ensemble des signes sensibles apposés sur des produits ou accompagnant des services afin de les distinguer de ceux des concurrents) est primordiale ; elle est presque aussi importante que le produit (comme, par exemple, ces marques ayant la plus forte image de rêve que sont Dior, Chanel, Cartier et Rolex). L'article L. 713-2 a) du Code de la propriété intellectuelle dispose que l'usage des marques est interdit sans l'autorisation du titulaire. Ainsi, les groupes de luxe détiennent un monopole d'exploitation de leurs marques : en échange d'une somme d'argent, ils peuvent choi-

sir de céder, mettre en gage celles-ci ou d'octroyer des licences de marques. Ces rentrées financières, dénommées redevances nettes, contribuent à augmenter les profits des maisons de luxe et constituent une source de revenus qui n'est affectée que par les fluctuations des cours du yen, du dollar et de l'euro. Tout comme les marques, les brevets, dessins et modèles ont une valeur patrimoniale qui, par le biais de l'exploitation qui est accordée à des tiers, génère des revenus supplémentaires pour les maisons de luxe.

13. Il peut arriver qu'au-delà des bénéficiaires et des revenus provenant de l'exploitation des différents droits de propriété intellectuelle, les maisons de luxe bénéficient de réserves de liquidités provenant de l'acquisition de leur capital par des concurrents ou des conglomérats, à la suite, notamment, d'augmentations de capital.

Ainsi, Gucci bénéficie de réserves importantes, grâce au rachat par PPR de 40 % de son capital le 19 mars 1999, pour un montant de 2,9 milliards de dollars.

Grâce aux *cash flow* opérationnels élevés et aux revenus tirés des différents droits de propriété intellectuelle, les maisons de luxe autofinancent leur croissance organique, comme, par exemple, l'installation d'un réseau de distribution sélective, le lancement d'une campagne de publicité ambitieuse, le recrutement d'un styliste ou directeur artistique hors pair (John Galliano pour Dior et Tom Ford pour Gucci) ou la préparation des quatre défilés annuels des maisons de couture (sachant qu'une collection haute couture coûte environ 3 millions d'euros par an et à part pour deux ou trois maisons, ne rapporte que beaucoup moins, d'où un déficit). Par contre, ces revenus issus de l'activité des maisons de luxe ne sont pas suffisants pour financer leur croissance externe.

C. – LA NECESSITE D'AVOIR RECOURS AUX MOYENS DE FINANCEMENT EXTERNES POUR IMPLANTER LES STRATEGIES D'EXPANSION

14. Les maisons de luxe, qui poursuivent une politique ambitieuse de croissance externe afin d'atteindre une taille critique, ont besoin que de très grosses sommes d'argent soient mises à leur disposition. En effet, quel que soit le but d'expansion externe recherché (diversification, expansion, restructurations), le financement de telles opérations coûte au minimum une dizaine de millions d'euros et peut atteindre plusieurs milliards d'euros dans certains cas. Ainsi, parmi les groupes qui dégagent des liquidités, peu sont parvenus à autofinancer leurs opérations de croissance externe.

Dans le cercle de ceux, rares, qui peuvent assurer ce type d'autofinancement, Chanel est un exemple intéressant : la maison de couture, créée par Gabrielle Chanel et contrôlée par Alain et Gérard Wertheimer, a constitué en juin 2002 une nouvelle société nommée « Paraffection », qui a vocation à racheter les artisans d'exception ayant contribué à valoriser les

créations Chanel. François Lesage, brodeur, André Lemarie, spécialisé en plumes et fleurs, Pierre Debard, fabricant de chapeaux, et Georges Desrues, créateur de boutons et bijoux fantaisie, ont tous été rachetés par Paraffection, pour assurer l'avenir d'un savoir-faire qui risquait de disparaître, faute de repreneurs (cf. Le Figaro, Chanel rachète les « doigts d'or » de la haute couture, 29 juin 2002). En prenant des participations majoritaires dans quelques sociétés aux activités complémentaires, Chanel investit ses liquidités avec discernement, renforçant son intégration en amont et atteignant ainsi la taille d'un conglomérat généraliste multimarques. Hermès suit la même stratégie de croissance externe, en investissant ses liquidités dans le capital de maisons de luxe ayant des activités complémentaires (prises de participation à hauteur de 35 % du capital de la maison Jean-Paul Gaultier en mars 2000 et à hauteur de 30 % du capital de Leica Camera en novembre 2000). A la différence de ces deux « *autonomes actifs* » qui restent indépendants malgré un rythme d'investissements de croissance soutenu, certains groupes préservent leur excédent de liquidités grâce à une politique de sous-investissement (parmi ces autonomes inactifs, Armani, Hugo Boss, Tiffany et Clarins). La majorité des maisons de luxe ne peut, quant à elle, autofinancer sa croissance externe et doit recourir à des interlocuteurs financiers pour obtenir les moyens de ses ambitions. Il existe quatre principaux modes de financement externe que sont l'endettement au moyen d'emprunts classiques, l'émission de produits obligataires et de produits hybrides ou optionnels, la cotation en bourse et l'émission d'actions, enfin le capital investissement.

1° Les crédits bancaires classiques

15. Conformément à l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, « *constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat* ». Ces crédits bancaires classiques sont soit internes, soit internationaux, sachant que les structures qui sont constitutives desdites opérations sont similaires. Ils peuvent soit être avec mise à disposition future des fonds (comme l'ouverture de crédit, qui constitue une promesse de crédit, ou le crédit différé dans lequel la remise des fonds prêtés est subordonnée à un ou plusieurs versements préalables), soit avec mise à disposition immédiate des fonds (tels le prêt à court, moyen ou long terme, le crédit-bail, l'escompte, l'affacturage et le bordereau Dailly), soit enfin avec mise à disposition éventuelle des fonds par le biais du crédit par signature (dans lequel le banquier s'engage dans le cadre d'un cautionnement, d'un crédit par aval, d'un crédit d'acceptation ou d'un du croire de banque). Des montages financiers s'avèrent parfois nécessaires en raison de l'importance du financement à assurer

(supérieur à plusieurs millions d'euros). Les opérations de crédit apparaissent alors comme un élément du montage financier mis en place, ledit financement combinant les sources de financement en recourant aux banques (qui interagissent sur le marché interbancaire, notamment en constituant des syndicats) et aux agents non bancaires.

Bien que l'industrie du luxe se caractérise par une structure financière saine qui s'est maintenue ces dernières années, en dépit du mouvement accéléré d'acquisitions, on constate que la moyenne sectorielle du taux d'endettement était de 29,1 % en 2000 et de 27,6 % en 1999. La majorité des groupes de luxe sont soit autonomes financièrement (tels que Gucci avec un taux d'endettement de -50,5 % en 2000, Armani de -42,1 %, Clarins de -28,2 %), soit ont un taux d'endettement faible (comme, par exemple, Tiffany avec un taux de 12,3 % en 2000, Richemont avec un taux de 13,3 % et L'Oréal avec un taux de 27,8 %). Seuls certains groupes sont confrontés à un taux d'endettement jugé critique par les analystes, tels que LVMH avec un taux d'endettement de 71,7 % en 2000 et de 83,7 % en 1999 ; Rémy Cointreau avec un taux d'endettement de 81,2 % en 2000 ; Waterford Wedgwood avec un taux de 103,7 % et Escada avec un taux de 155,9 %. Cet endettement important trouve souvent son origine dans le besoin de financer des investissements de croissance externe (Waterford Wedgwood, IT Holding, LVMH), et/ou leur fonds de roulement d'exploitation. Alors que les groupes de taille importante (LVMH, Estée Lauder) peuvent résister à une dégradation de leur endettement grâce à la diversité de leur portefeuille de marques qui leur permet de dégager des liquidités d'exploitation et grâce aux actifs dont ils disposent et qu'ils peuvent céder en cas de besoin de liquidités, les groupes monomarkes (Bulgari, Wolford) et/ou de taille réduite (Waterford Wedgwood) sont fragilisés par leur endettement net. Peu de groupes sont toutefois placés dans l'obligation de procéder à des cessions uniquement pour solder leur dette ou la diminuer.

2° Les marchés de capitaux

16. Malgré les risques dus à un taux d'endettement élevé, les sociétés fragilisées par une politique active d'investissements et un retournement de conjoncture (telles que Bulgari, Wolford, IT Holding et Waterford Wedgwood) ne sont pas prêtes à perdre leur indépendance et disposent toujours de l'alternative d'appel aux marchés. En effet, les marchés financiers permettent la confrontation de l'offre et de la demande de capitaux ; la demande émanant des entreprises qui doivent financer leurs investissements et l'offre provenant de l'excédent d'épargne des ménages ou des entreprises. Un marché financier peut être entendu comme une structure organisée au sein de laquelle se déroulent des activités qui permettent l'émission, la circulation (pour les valeurs mobilières) ou la compensation (pour les contrats à terme) d'instruments financiers. L'article L. 211-1, I du Code monétaire et financier prévoit que les instruments financiers sont soit des actions et autres

titres donnant accès au capital ou aux droits de vote, soit des titres de créances qui représentent un droit de créance sur la personne morale qui les émet, soit des parts ou actions d'organismes de placements collectifs, soit des instruments financiers à terme.

17. Les maisons de luxe font régulièrement appel aux marchés financiers, notamment pour l'émission de produits obligataires, de titres hybrides (titres de

« Bien que l'industrie du luxe se caractérise par une structure financière saine qui s'est maintenue ces dernières années, en dépit du mouvement accéléré d'acquisitions, on constate que la moyenne sectorielle du taux d'endettement était de 29,1 % en 2000 et de 27,6 % en 1999. »

créance qui se muent en titres pouvant donner accès au capital, tels que les obligations convertibles en actions ou les obligations remboursables en actions) et de produits optionnels (titres contenant des options jointes au produit initial et qui donnent la possibilité d'acquérir d'autres produits financiers, tels que les obligations avec bons de souscription d'actions ou OBSA ou les obligations avec bons de souscription d'obligations). Ainsi PPR a-t-il lancé une émission d'obligations à option de conversion et/ou d'échange en actions nouvelles ou existantes (Océanes) d'un montant de 940 millions d'euros en mai 2003. Deutsche Bank a émis, pour le compte de Prada, des obligations pour un montant de 700 millions d'euros fin 2001, qui devaient se transformer en obligations convertibles en actions Prada à la suite de l'introduction en bourse de la maison de couture italienne.

Les émissions et rachat de titres hybrides ou optionnels, donnant à terme accès au capital, peuvent être un moyen très efficace pour s'appropriier la majorité du capital d'un groupe de luxe, à l'insu des dirigeants. Par exemple, le groupe Arnault, mené par Bernard Arnault, a procédé au rachat d'instruments financiers LVMH en juin 1988 et janvier 1989, effectuant un ramassage d'actions, obligations convertibles et d'OBSA (qui avaient été émises en mars 1987, chaque OBSA comprenant 18 bons de souscription), obtenant ainsi le contrôle de la majorité du capital de LVMH (cf. Gauberti A., De l'utilisation des obligations à bons de souscription d'actions, <www.abc-luxe.com/entreprise_juridique_fiscal>).

18. Une solution alternative pour obtenir des financements externes consiste en une introduction en bourse et l'émission d'actions, donnant ainsi accès aux souscripteurs à une partie du capital et au droit

de vote. Les plus grands conglomérats du luxe sont cotés en bourse, appartenant soit à la catégorie des larges capitalisations boursières (43,6 milliards d'euros pour L'Oréal, 29,3 milliards pour LVMH et 17,8 milliards de francs suisses pour Richemont), soit à celle des capitalisations boursières moyennes (6,9 milliards d'euros pour Gucci et 5,7 milliards pour Hermès). Certains groupes multimarques d'Europe continentale ne se sont pas encore introduits sur les marchés boursiers, soit parce qu'ils ont des ressources financières suffisantes pour leur croissance externe (Chanel, Versace et Armani), soit en raison de circonstances non favorables tels que le cours bas des actions et la récession. Ainsi, Prada a déjà ajourné trois fois son introduction sur le marché de Milan, du fait de l'impossibilité de coter ses actions à un montant élevé, bien que son endettement ait dépassé le milliard d'euros à la suite d'une campagne d'acquisitions très soutenue (cf. Terrisse M-N, Prada remet de l'ordre dans ses activités, *Le Monde*, 23 juin 2003).

19. Conformément à l'article L. 411-1 du Code monétaire et financier, en choisissant d'émettre et de céder des instruments financiers dans le public, en ayant recours soit à la publicité, soit au démarchage, soit à des établissements de crédit ou à des prestataires de services d'investissement, les groupes de luxe font appel public à l'épargne. Ainsi, en contrepartie d'un financement externe de leurs projets grâce aux marchés de capitaux, les maisons de luxe doivent respecter de nombreuses conditions en termes d'obligations d'information, de formalisme des procédures de financement et de capital minimal. La loi a organisé la protection de l'actionnaire et de l'investisseur, en rendant obligatoire un certain formalisme et en créant une autorité dont la mission essentielle est de le protéger : l'un des fondements de la mission de l'Autorité des marchés financiers (AMF) est de veiller à la protection de l'épargne publique, notamment en exerçant son pouvoir d'apposer un visa. En effet, l'article 1^{er} du règlement n° 98-01 oblige les sociétés qui font appel public à l'épargne à publier un document destiné à l'information du public portant sur l'organisation, la situation financière et l'évolution de la société soumis au visa préalable de l'AMF.

En outre, ensuite de l'émission des instruments financiers, les sociétés cotées sont soumises de manière permanente au principe de la communication financière et de l'alerte aux résultats. Cela se traduit par des communications directes de plus en plus fréquentes avec le marché, que ce soit par la voie de la publication des comptes annuels et des situations comptables périodiques, ou celle des lettres aux actionnaires, communiqués de presse, réunion d'information, interviews et articles, création de sites Internet, publicités financières à l'occasion d'opérations d'acquisition ou de rapprochement. Des communications indirectes avec le marché ont également pris une importance stratégique à l'occasion des contacts de ces entreprises avec les analystes financiers. Comme les marchés financiers sont devenus plus volatils en raison d'une hyper-réactivité aux annonces par les entreprises de modifications de tendances des résultats ou aux

résultats intermédiaires publiés, ainsi qu'aux notes de recherches des analystes financiers, toute information diffusée sur une certaine société peut avoir un effet très sensible sur l'évolution de son cours de

« (...) en choisissant d'émettre et de céder des instruments financiers dans le public, en ayant recours soit à la publicité, soit au démarchage, soit à des établissements de crédit ou à des prestataires de services d'investissement, les groupes de luxe font appel public à l'épargne. »

bourse. Les enjeux de cette communication financière sont si élevés que le secteur industriel du luxe est en ce moment le terrain d'un conflit judiciaire entre le conglomérat multimarques coté à Euronext Paris qu'est LVMH et la banque d'investissement américaine Morgan Stanley. LVMH a porté plainte contre Morgan Stanley en novembre 2002, devant le Tribunal de commerce de Paris, arguant que la banque avait produit une analyse financière volontairement biaisée (cf. Bayle N., LVMH conteste l'indépendance de Morgan Stanley, *Les Echos*, 27 nov. 2002). LVMH demande 100 millions d'euros de dommages et intérêts à Morgan Stanley pour avoir, selon le groupe de luxe, publié de la recherche systématiquement négative à son égard, alors que les notes de recherche relatives à Gucci Group (client de la division « *Corporate Finance* » de Morgan Stanley et concurrent direct de LVMH) auraient été systématiquement positives. Bien que la communauté financière internationale soutenait Morgan Stanley et son analyste Claire Kent, de recherche vedette spécialisée dans le luxe, au nom de l'interdiction de faire pression sur les analystes financiers dans le but d'influencer leur travail, le Tribunal de commerce de Paris a condamné le 12 janvier 2004 Morgan Stanley à verser 30 millions d'euros de dommages et intérêts à LVMH pour lui avoir causé un préjudice moral dans ses analyses entre 1999 et 2002. La banque d'affaires américaine devrait interjeter appel de ce jugement qui la condamne pour faute lourde (cf. Morgan Stanley condamné dans son procès face à LVMH, *La Tribune*, 12 janv. 2004 ; l'affaire Morgan Stanley / LVMH, banque d'investissement et analyse financière, *RD bancaire et fin.* 2004, p. 131).

3° Le capital investissement

20. Pour éviter d'avoir à se soumettre aux obligations relatives à la divulgation d'informations financières propres aux sociétés cotées, certaines maisons de luxe font le choix d'obtenir un financement externe par le biais du capital-investissement. Le capital-

développement couvre toutes les activités d'apports de fonds propres à des sociétés non cotées, présentant un triple avantage pour les entreprises bénéficiaires de ce type d'investissement. Tout d'abord, le financement n'est pas assis sur une base « réelle » et il n'est demandé par l'investisseur ni cautions ni garanties ; en outre, le financement se fait en fonds propres et non par voie d'endettement ; enfin, la rémunération de l'investisseur intervenant seulement à l'issue de l'association, elle ne pèse pas sur l'exploitation.

L'investissement peut être fait de deux façons : soit l'investisseur en capital-développement souhaite prendre une participation en capital à la suite d'une augmentation de capital qui lui est réservée, soit il souhaite rester créancier de l'entreprise (ce type d'investissement sans participation au capital se faisant généralement par le biais d'apports en compte courant d'associés, d'obligations convertibles en actions qui autorisent la réalisation de plus-values substantielles, ou d'obligations à bons de souscription qui permettent à l'investisseur tant d'investir que de désinvestir dans de bonnes conditions).

Ainsi, avant que la maison de luxe n'entre dans le giron du groupe PPR, la moitié du capital de Gucci était détenue par Investcorp, un fonds domicilié à Bahrein dont la spécialité est le rachat d'entreprises en difficulté. Investcorp, qui avait investi 50 millions de dollars dans le capital de Gucci en 1994 et voulait obtenir des résultats rapides, a décidé d'introduire Gucci à la bourse de New York et Amsterdam, se retirant rapidement du capital de Gucci. Prada, ayant un besoin urgent de liquidités, a vendu en novembre 2003 55 % du capital du fabricant anglais de chaussures de luxe Church's, à la société d'investissement Equinox pour un montant resté secret (cf. Prada vend Church's à Equinox, La Tribune, 13 nov. 2003). Le fonds Leman Capital, quant à lui, détient le capital de Guy Laroche et Georges Rech, alors que Fashion Luxury Group (ex-EK Finances) regroupe les maisons J.L. Scherrer, J. Fath et E. Khan, et que la société américaine de capital-investissement HMD Partners est le pre-

mier actionnaire de Escada avec 29 % du capital. 21. La France est le pays au monde qui connaît la plus grande multiplicité de statuts pour le capital-investissement, ayant créé tant des statuts autres que celui de société de capital-investissement tels que la Société financière d'innovation (SFI), la Société de développement régional (SDR), le Fonds commun de placement à risques (FCPR) et le Fonds commun de placement dans l'innovation (FCPI), que des statuts de sociétés de capital-risque. En août 2003, le fonds d'investissement de proximité (FIP) a été créé (voir point n° 11), permettant aux investisseurs de placer leurs liquidités dans des nouvelles entreprises exerçant leur activité ou juridiquement constituées depuis moins de cinq ans. De nombreux capital-investisseurs sont intéressés par l'investissement sectoriel et, notamment, par celui se faisant dans les maisons de luxe et entreprises produisant des biens de luxe. Par exemple, le Fonds Gourmet Partners, fonds de capital-investissement devant être constitué en 2004, sera axé sur le secteur alimentaire des produits fins et investira 100 millions d'euros dans des épiceries fines pendant une durée de cinq ans.

22. Grâce aux moyens de financement facilement accessibles décrits ci-dessus, les maisons de luxe du XXI^e siècle devraient pouvoir mener à bien leur stratégie de croissance dynamique. Les analystes voient deux possibilités d'évolution du secteur du luxe, en fonction des mouvements capitalistiques : soit la généralisation du modèle de groupes multimarques, avec un mouvement de concentration dans le secteur amplifié (Industries du luxe : L'âge de raison, Enjeux, févr. 2004) ; soit la bipolarisation du secteur autour de conglomérats multimarques et de maisons monomarque à fort concept (Versace, Armani, Burberry) ; le second scénario semblant être le plus probable.

La mission du droit financier et du droit des sociétés est de faciliter les montages financiers nécessaires et d'accompagner les restructurations du secteur, en offrant encore plus de souplesse, d'efficacité et de créativité. ■

La distribution sélective des produits de luxe

Les maisons de luxe, soucieuses d'entretenir leur image de marque, utilisent le plus fréquemment un système de distribution sélective pour vendre leurs produits. La présente étude s'attache ainsi à examiner, d'une part, la compatibilité de telles pratiques au regard du droit communautaire de la concurrence et, d'autre part, à déterminer le marché des entreprises de luxe, tant en ce qui concerne les produits qu'elles distribuent que le secteur géographique sur lequel elles les commercialisent.

PLAN DE L'ETUDE

I. – LA VALIDITE DES ACCORDS DE DISTRIBUTION SELECTIVE AU REGARD DU DROIT DE LA CONCURRENCE

A. – Les accords de distribution sélective n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 81 : la distribution sélective purement qualitative

B. – Les accords de distribution sélective entrant dans le champ d'application de l'article 81 : la distribution sélective quantitative et certains accords de distribution sélective qualitatifs

II. – L'ANALYSE ECONOMIQUE

A. – Le marché de produits

B. – Le marché géographique



► **Martine Coiquaud**

*Directeur juridique
Christian Dior
Couture*



► **Mireille Dany**

*Avocat
à la Cour*

4483



- LUXE
- CONCURRENCE
- DISTRIBUTION SELECTIVE

La distribution sélective constitue, depuis de nombreuses années, le mode de distribution le plus fréquent des produits de luxe, qu'il s'agisse de parfums, cosmétiques, maroquinerie ou encore prêt-à-porter.

En effet, ce mode de distribution présente une grande souplesse comparé notamment à la distribution exclusive ou à la franchise car il permet à un fabricant de sélectionner des revendeurs en fonction de critères principalement qualitatifs et d'assurer ainsi une commercialisation dans des conditions conformes au prestige que la maison de marque attribue à ses produits.

Il est certain que la distribution sélective

permet de différencier les produits de luxe des produits potentiellement concurrents mais plus ordinaires ; elle permet surtout une gestion de la rareté et du prestige qui constituent deux des caractéristiques essentielles des produits de luxe.

Du point de vue économique, les maisons de marques font face aujourd'hui à un fort paradoxe consistant, d'une part, à maintenir et même accroître leur image de luxe et, d'autre part, à encourager un accès de leurs produits à une clientèle de plus en plus large.

Aussi ces entreprises doivent-elles adapter leur méthode de distribution classique à ces nouvelles contraintes économiques. Ainsi, la mise en place de critères très restrictifs permettra de limiter le nombre de revendeurs, alors qu'un assouplissement de ces mêmes critères permettra un accès plus large aux consommateurs, avec, cependant, le risque d'une dégradation des conditions de commercialisation.

C'est ainsi que certaines maisons de marques qui, par le passé, avaient fait le choix de distribuer leurs produits exclusivement en propre via un réseau de points de vente stratégiques, font appel principalement à des revendeurs sélectifs. On observe ainsi la multiplication de véritables « enseignes » de distribution sélective, telles que Sephora ou, encore, Marionnaud.

Inversement, on a constaté que des maisons célèbres, après avoir donné en licence leur marque pour une gamme de produits large et dans le monde entier, ont réintégré non seulement la fabrication des produits portant leur marque mais, également, la distribution qui, dorénavant, s'opère principalement, voire uniquement, à partir d'un réseau de boutiques détenues en propre.

La tendance reste néanmoins plus contrastée et la plupart des grandes maisons de luxe distribuent aujourd'hui certains produits particulièrement prestigieux, exclusivement au sein de leur réseau propre et dans le même temps, donnent à certains produits un accès très large à la clientèle, par la mise en place notamment de « *corners* » dans des espaces grand public.

Quelles que soient les évolutions à venir, il ne fait pas de doute que la distribution sélective reste le mode de distribution le mieux adapté aux produits de luxe et celui auquel les maisons de luxe sont le plus attachées.

Aussi, l'évolution récente du droit de la concurrence vers une plus grande souplesse, notamment en ce qui concerne la définition et l'application des critères de sélection des distributeurs, est-elle très appréciée des maisons de marque.

Le règlement n° 2790/1999/CE de la Commission européenne du 22 décembre 1999 et les Lignes directrices sur les restrictions verticales prévoient en effet un système d'exemption à l'interdiction des ententes (cf. Traité CE, art. 81) fondé principalement sur l'importance des parts de marché détenues par les entreprises concernées (cf. Règl. Comm. CE n° 2790/1999, 22 déc. 1999, JOCE 29 déc., n° L 336, p. 21 ; Communication Comm. CE n° 2000/291/01, JOCE 13 oct. 2000, n° C 291, p. 1).

L'approche nouvelle des autorités de concurrence nationales et communautaires est fondée, d'une part, sur l'affirmation de la licéité des accords de distribution sélectifs purement qualitatifs (I) et, d'autre part, sur une analyse principalement économique des autres catégories d'accords de distribution sélective (II).

I. – LA VALIDITE DES ACCORDS DE DISTRIBUTION SELECTIVE AU REGARD DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Du point de vue du droit de la concurrence, la distribution sélective peut avoir pour effet de limiter la concurrence intra-marques, car elle risque d'exclure un certain type de distributeurs du marché, tout en encourageant des comportements collusifs entre fournisseurs et acheteurs.

C'est la raison pour laquelle la licéité des accords de distribution sélective a toujours été examinée au regard des textes fondamentaux en matière de droit de la concurrence, notamment l'article 81 du Traité CE qui prohibe les accords entre entreprises et toute pratique concertée, susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou effet de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence, à l'intérieur du Marché commun.

Cependant, on sait depuis la publication le 29 décembre 1999 du règlement d'exemption n° 2790/1999/CE que certains accords de distribution sélective échappent au champ d'application de l'article 81 précité, alors que d'autres risquent de tomber sous le coup de l'interdiction des ententes.

Aussi, les accords de distribution sélective appartenant à cette seconde catégorie sont-ils *a priori* prohibés, mais ils pourront néanmoins être « *exemptés* » s'ils remplissent malgré tout un certain nombre de conditions.

A. – Les accords de distribution sélective n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 81 : la distribution sélective purement qualitative

L'article 1^{er} d) du règlement n° 2790/1999/CE définit la distribution sélective comme un système de distribution par lequel les fournisseurs s'engagent à vendre des biens, directement ou indirectement, et uniquement à des distributeurs sélectionnés à partir de critères qualitatifs déterminés. Ces distributeurs s'engagent pour leur part à ne pas vendre ces biens ou ces services à d'autres distributeurs non agréés. La distribution sélective, dite « *qualitative* », est la forme la plus traditionnelle qui consiste pour un fabricant à définir des critères de sélection, non chiffrés, et portant exclusivement sur le niveau de qualité des prestations devant être apportées au consommateur, tels que par exemple la qualité de la décoration intérieure, ou la formation professionnelle. L'application de ces critères n'impose pas nécessairement une limitation du nombre de revendeurs et tous les candidats revendeurs sont en principe agréés, dès lors qu'ils satisfont aux critères de sélection définis par le fabricant.

L'ensemble des distributeurs sélectionnés à partir de ces critères qualitatifs constitue généralement un réseau étanche, car les distributeurs ainsi sélectionnés s'interdisent de vendre les produits de marque à des revendeurs n'appartenant pas à ce réseau.

Aussi, il ressort des Lignes directrices, publiées par la Commission, que la distribution sélective qualitative ne relève pas *a priori* de l'article 81 du Traité et n'est pas concernée par le règlement d'exemption n° 2790/1999/CE, dès lors qu'elle remplit les trois conditions suivantes :

- (1) la nature du produit requiert un système de distribution sélective. Cette condition est relativement ancienne. Elle a été réitérée à de nombreuses reprises, par la jurisprudence (cf. CJCE, 25 oct. 1977, aff. 26/76, Metro SB – Grossmarkete GmbH & co. KG c/ Commission des Communautés européennes, point 20, Rec. CJCE, p. 1875).

En effet, le droit de la concurrence reconnaît que la distribution de produits de luxe nécessite, par nature, la mise en place de réseaux de distribution sélective par les fabricants (cf. CJCE, 10 juill. 1980, aff. 99/79, SA Lancôme et Cosparfrance Nederland BV c/ Etos BV et Albert Heyn Supermart BV, Rec. CJCE, p. 2511).

La Cour de justice des Communautés européennes a effectivement considéré à plusieurs reprises que les produits de luxe sont des produits « à l'aura d'exclusivité et de prestige » qui les distingue des produits ordinaires. Cette solution a également été reprise par les autorités françaises de la concurrence et, notamment, par le Conseil de la concurrence.

Dans de nombreux cas, la nature du produit ne sou-

**« La Cour de justice
des Communautés
européennes a effectivement
considéré à plusieurs
reprises que les produits
de luxe sont des produits
"à l'aura d'exclusivité
et de prestige"
qui les distingue
des produits ordinaires. »**

lève pas de difficulté et les juges se contentent de relever que le produit en cause est un produit de luxe, sans ne plus chercher à définir précisément la notion de « luxe » ;

- (2) les revendeurs doivent être choisis à partir de critères objectifs de caractères qualitatifs. Ces critères doivent être fixés de façon uniforme, pour tous les revendeurs potentiels mis en place, sans discrimination.

Dans les faits, cela signifie que tout revendeur remplissant les critères de sélection qualitatifs établis par le fabricant devrait pouvoir distribuer les produits de la maison de marque. Il est en effet reconnu qu'un fabricant ne peut pas admettre dans son réseau un distributeur qui ne remplirait pas les critères qu'il a lui-même fixés ; inversement, lorsque les critères sont réunis, le fabricant ne peut pas exclure un distributeur ;

- (3) enfin, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour la stricte protection de l'image de marque.

En résumé, la distribution sélective purement qualitative échappe, le plus souvent, à l'application de l'article 81 du Traité, car il ne s'agit là que d'une des multiples formes de la distribution sélective.

Cependant, il convient de s'intéresser également aux autres formes de distribution sélective et, en particulier, à celles utilisant à la fois des critères de sélection qualitatifs et quantitatifs.

En effet, compte tenu du fort développement de la distribution sélective et notamment des enseignes dédiées à ce mode de distribution, les fabricants de produits de luxe ont dû mettre en place un système de sélection des revendeurs permettant une limita-

tion effective du nombre de ces derniers. Ce système est celui de la distribution sélective quantitative.

La mise en place conjointe de critères de sélection quantitatifs et qualitatifs permet, en effet, de limiter le nombre de distributeurs dans une zone géographique. C'est la raison pour laquelle ce type de distribution sélective est aujourd'hui prépondérant.

B. – Les accords de distribution sélective entrant dans le champ d'application de l'article 81 : la distribution sélective quantitative et certains accords de distribution sélective qualitatifs

Les accords de distribution quantitative sont des accords qui prévoient à la fois des critères qualitatifs classiques et des critères quantitatifs, liés le plus souvent à des objectifs de chiffre d'affaires ou de volumes.

Ces types d'accords de distribution sélective entrent dans le champ d'application de l'article 81 du Traité. Mais ils seront exemptés s'ils remplissent les conditions d'exemption prévues par le règlement n° 2790/1999/CE et les Lignes directrices qui définissent la distribution sélective quantitative, à partir de la distribution sélective qualitative.

En effet, les Lignes directrices indiquent notamment que la distribution sélective quantitative « ajoute » d'autres critères de sélection qui limitent plus directement le nombre potentiel de revendeurs agréés, en imposant par exemple un niveau de vente minimal ou maximal, ou encore en limitant directement le nombre de revendeurs agréés, sur une zone géographique déterminée.

En pratique, ces accords prévoient un ou plusieurs critères de sélection liés au chiffre d'affaires ou au nombre maximal de revendeurs situés dans une même zone géographique, pouvant adhérer au réseau de distribution. Ces critères quantitatifs vont avoir pour effet direct de limiter le nombre de revendeurs.

Cette limitation du nombre des revendeurs a longtemps été considérée comme une restriction de concurrence au sens de l'article 81 précité. Les juridictions ont pu ainsi considérer que la fixation d'un contingent maximal de revendeurs par ville ou région était de nature à produire un effet négatif sur les courants d'échanges.

Ensuite, la Commission a modifié cette approche pour admettre une exemption spécifique pour ce type d'accord, lorsque notamment la quantité de produits mise sur le marché par le fabricant est faible et ne permet pas à un grand nombre de distributeurs de se maintenir sur le marché.

C'est dans les affaires *Saint Laurent* et *Givenchy*, que l'exemption a été accordée à condition que le critère quantitatif « *a priori* » (nombre maximal de revendeurs par nombre d'habitants) soit remplacé par la réalisation d'un chiffre d'affaires minimal (cf. TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-19/92, Groupement d'achat Edouard Leclerc c/ Commission des Communautés européennes, dite « *Yves Saint Laurent* », Rec. CJCE, p. 1851 ; TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-88/92, Groupement d'achat Edouard Leclerc c/ Commission des Communautés

européennes, dite « Givenchy », Rec. CJCE, p. 1961). Désormais ces réseaux de distribution peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999/CE quand la part de marché du fournisseur n'excède pas 30 %.

Cependant, si les accords entre le fournisseur et les revendeurs contiennent des clauses visant à limiter la capacité du revendeur à fixer le prix de vente des produits ou à restreindre les ventes et les livraisons croisées entre distributeurs sélectifs d'un même réseau, alors l'exemption ne joue plus.

**« Aussi, la licéité
des accords
de distribution sélective
quantitatifs va dépendre
principalement
d'un élément
économique objectif,
à savoir l'importance
de la part de marché
de la maison de luxe. »**

Aussi, la licéité des accords de distribution sélective quantitatifs va dépendre principalement d'un élément économique objectif, à savoir l'importance de la part de marché de la maison de luxe.

Par ailleurs, ce régime est également celui des accords de distribution qualitatifs ne remplissant pas l'une des trois conditions précitées.

Comme noté plus haut, les accords de distribution sélective qualitatifs ne sont pas restrictifs de concurrence, dès lors qu'ils remplissent un certain nombre de conditions. Ces accords n'ont pas à être analysés au regard des dispositions du règlement d'exemption, quelle que soit la part de marché du fabricant et, donc, même dans le cas où cette part de marché est supérieure à 30 %.

En revanche, si les critères qualitatifs fixés par le fabricant sont peu précis ou encore s'ils ne sont pas appliqués de façon uniforme, l'accord entre dans le champs d'application de l'article 81 du Traité CE. Sa validité doit dès lors être analysée au regard du règlement d'exemption précité car la sélection discriminatoire des distributeurs fera en effet tomber l'accord sous le coup de la prohibition des ententes. Aussi, l'un des apports essentiels du règlement d'exemption est-il de permettre à de tels accords d'être exemptés dès lors qu'ils remplissent un certain nombre de conditions. Ces conditions sont identiques à celles que nous avons indiquées pour les réseaux de distribution sélective quantitative :

- ces accords ne devront pas contenir l'une des restrictions de concurrence caractérisées, prévues par l'article 4 du règlement ;
- la part de marché du fabricant de produits de luxe ne devra pas excéder 30 %.

Dans les deux cas, qu'il s'agisse de distribution sélective quantitative ou de distribution sélective qualitative, la démarche pour le juriste sera identique ; il

s'agira, après avoir vérifié que l'accord ne contient pas l'une des restrictions caractérisées, de délimiter le marché sur lequel se situe l'entreprise et de définir avec précision la part de marché détenue par celle-ci. Cette démarche de caractère économique peut s'avérer délicate pour un juriste qui ne dispose pas toujours des éléments nécessaires à une telle étude.

II. – L'ANALYSE ECONOMIQUE

La grande nouveauté du règlement n° 2790/1999/CE réside dans sa souplesse et dans son approche économique.

Les rédacteurs du règlement partent en effet du principe que les accords verticaux qui ne contiennent pas certaines restrictions (prix, livraisons croisées) ont généralement pour effet d'améliorer l'efficacité économique dès lors que la part de marché du fournisseur ou de l'acheteur pour les accords contenant des obligations de fourniture exclusive, ne dépasse pas 30 %.

La part de marché du fournisseur ou de l'acheteur, selon le cas, doit être calculée sur la base de la valeur des ventes des produits contractuels et des autres produits vendus par le fournisseur.

A. – Le marché de produits

La Commission a précisé les éléments de détermination du marché de produits dans sa communication du 9 décembre 1997 (cf. Communication Comm. CE n° 97/372/04, JOCE 9 déc. 1997, n° C 372). Il s'agit de l'ensemble de tous les produits que le consommateur considère comme interchangeable ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

Par ailleurs, le règlement d'exemption précise également dans son article 9 que les produits concernés sont exclusivement ceux qui peuvent être considérés comme interchangeables ou substituables en raison de leur caractéristique, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

S'agissant des produits cosmétiques de luxe, on rappellera que dans sa décision *Groupement d'achat Leclerc* du 12 décembre 1996, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a reconnu l'existence, à l'intérieur du marché des cosmétiques et produits d'hygiène, d'un segment spécifique constitué par les produits de luxe (cf. TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-88/92, précité).

Plus récemment, le Conseil de la concurrence a également considéré dans sa décision *Biotherm* du 26 novembre 2003, qu'il existe un marché spécifique des produits de luxe, mais que Biotherm n'y participe pas (cf. Cons. conc., déc. n° 03-D-53, 26 nov. 2003, BOCCRF, 13 févr. 2004, p. 40). Les critères ayant permis au Conseil de la concurrence de considérer que les produits Biotherm n'appartiennent pas au marché des produits de luxe méritent d'être rappelés.

Le Conseil a tout d'abord estimé que les produits en cause étaient présentés comme des produits « naturels de soins » et ne résultaient pas d'une recherche

comparable à celle mise en œuvre pour les produits cosmétiques de luxe.

Ensuite, le Conseil s'est intéressé à la perception des produits par les consommateurs et a conclu que ceux-ci n'étaient pas perçus comme des produits de luxe. Le fait que les produits en cause soient principalement vendus en pharmacie a également été pris en compte, ainsi que le prix auquel ils étaient commercialisés.

Le Conseil a donc conclu que le marché concerné par les produits Biotherm était le marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus par toutes les formes de la distribution. C'est donc sur des ventes réalisées sur ce marché, et non sur le marché du luxe, que la part de marché de Biotherm a été déterminée.

Le Conseil de la concurrence a procédé à la même analyse dans sa décision concernant Cartier du 17 décembre 2003, en estimant que la société Cartier était présente sur le marché des montres haut de gamme ou montres de luxe, reprenant ainsi l'analyse qui avait été faite par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 décembre 1997 (cf. Cons. conc., déc. n° 03-D-60, 17 déc. 2003, BOCCRF, 13 févr. 2004 ; CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 9 déc. 1997, BOCCRF 19 déc., p. 864).

Cette solution n'appelle pas de remarque particulière, elle est cohérente avec les solutions dégagées par la Cour de justice dans les décisions précitées et dans lesquelles les autorités de la concurrence ont admis l'existence d'un secteur particulier des produits de luxe.

Dorénavant, les entreprises du secteur du luxe devront donc s'interroger sur la définition précise des marchés sur lesquels elles interviennent telles que notamment cosmétiques, joaillerie, maroquinerie, afin de déterminer leur part de marché. Cette analyse devrait en effet s'avérer essentielle lors de la détermination de la légalité des accords de

distribution sélective conclus avec les revendeurs. Une fois le marché des produits défini, il convient de s'intéresser au marché géographique sur lequel l'entreprise se situe.

B. – Le marché géographique

Le marché géographique est en principe défini comme étant le territoire sur lequel les entreprises commercialisent leurs produits et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. En matière de produits de luxe, les décisions se sont le plus souvent attachées à délimiter le marché de produits en laissant de côté la définition du marché géographique.

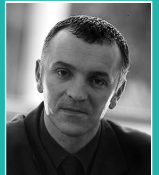
Dans les décisions les plus récentes du Conseil de la concurrence, le marché géographique n'est pas abordé, mais les chiffres d'affaires pris en compte, notamment dans la décision Biotherm précitée, sont ceux du marché français, et dans la décision *Cartier*, le marché géographique mis en cause est également le marché français.

Les décisions à venir permettront sans aucun doute d'affiner l'analyse sur ce point particulier et il est probable que pour certains produits, un marché géographique plus large que le simple marché national, soit pris en compte à l'avenir, tel que le marché européen, en particulier.

La jurisprudence récente, loin d'être un frein au développement des maisons de luxe, accompagne le changement, pour aider l'industrie du luxe à faire face aux nouvelles contraintes économiques qui s'imposent à elle. Ainsi, et sous réserve de l'analyse économique de la part de marché détenue, le « *prestige et la rareté* » seront-ils assurés grâce à une sélection licite des revendeurs, pendant que les produits plus usuels des grandes marques seront diffusés au grand public. ■

Luxe, droit et Internet

Les risques des producteurs de luxe face à la grande toile mondiale sont multiples : voir leur marque surexposée et malmenée, leurs produits et leurs créations diffusés dans des conditions inadéquates, à des prix potentiellement déstabilisants pour leur stratégie marketing. Mais univers du luxe et Internet peuvent aussi faire bon ménage. Monsieur le Professeur Roquilly envisage ci-après les armes juridiques dont disposent les entreprises évoluant dans le secteur du luxe pour se défendre.



► Christophe Roquilly

Docteur en droit

Professeur au Département Sciences Juridiques de l'EDHEC

Directeur Général adjoint EDHEC Business School

PLAN DE L'ETUDE

I. – LA REPRODUCTION DE LA MARQUE DE LUXE SUR INTERNET

A. – L'utilisation de la marque de luxe dans le nom de domaine

B. – L'utilisation de la marque de luxe dans la conception et le contenu du site web

II. – LA DISTRIBUTION DE LA MARQUE DE LUXE SUR INTERNET

A. – La distribution de la marque de luxe par un revendeur membre du réseau

B. – La distribution de la marque de luxe par un revendeur parallèle

4484



■ LUXE
■ INTERNET

Définir le luxe est une gageure, y compris d'un point de vue marketing. Laissons-nous aller à avancer que le luxe renvoie au rêve et à la représentation sociale ; qu'il est aussi attaché à une certaine rareté, même si le luxe est le quotidien de certaines personnes. M. Gimalac cite dans son article l'économiste américain Thornstein Veblen, selon lequel le luxe « serait un moyen arbitraire de destination sociale sans rapport véritable avec une quelconque fonction utilitaire » (Gimalac L., La définition de la quintessence du luxe : un défi utile pour le juriste ?, Gaz. Pal. 2001, doct., p. 1595). Le produit de luxe va se caractériser par son image de prestige, intimement dépendante de la marque qui le recouvre et l'identifie ; par sa haute renommée ; par une politique de communication particulière sur son uni-

vers ; par des méthodes de distribution spécifiques ; par un environnement de vente particulièrement soigné ; par sa qualité intrinsèque de conception...

Pour le consommateur, l'acquisition d'un produit de luxe peut s'avérer être un acte exceptionnel, aussi bien dans l'attitude qu'il sous-entend chez le consommateur que dans le coût qu'il va présenter. Ne pouvant être acheté n'importe où, ni dans n'importe quelles conditions, le produit de luxe nécessite en quelque sorte un « investissement de la personne » du point de vue du consommateur. Pour le producteur, le produit de luxe exige des investissements marketing, de communication, organisationnels...

Chargé de sens et de valeur, le produit de luxe et sa réputation peuvent attirer de nombreuses convoitises : celle du consommateur qui n'a pas forcément les ressources financières suffisantes pour se l'offrir, mais aussi celle d'acteurs économiques qui peuvent être tentés de s'approprier les efforts réalisés par les producteurs, afin de se forger une clientèle à peu de frais. Internet présente un certain

nombre de caractéristiques qui sont autant de bouleversements potentiels pour le vécu d'un produit de luxe. Les pages de sites web et les noms de domaine constituent des opportunités de citer la marque d'autrui, surtout si elle est de grande renommée ; le lieu virtuel de présentation d'un produit de luxe est atteignable par quelques clics, alors que franchir la porte d'une boutique de luxe « physique » demande plus d'effort ; la conception d'une vitrine et la création d'un environnement de vente sur Internet peuvent *a priori* être réalisées plus rapidement et de façon moins onéreuse que celles d'un point de vente « physique ». Internet abolit le temps et les distances. Il permet aussi de mettre en évidence les différences de prix quand on connaît l'efficacité de certains moteurs de recherche et de certains sites spécialisés dans la comparaison de prix des produits disponibles sur Internet. Les risques des producteurs de luxe face à la grande toile mondiale sont multiples : voir leur marque surexposée et malmenée, leurs produits et leurs créations diffusés dans des conditions inadéquates, à des prix potentiellement déstabilisants pour leur stratégie marketing. Mais univers du luxe et Internet peuvent aussi faire bon ménage, comme le montrent le site <www.abc-luxe.com>, portail des professionnels du luxe, ainsi que les sites d'entreprises telles que Chanel, Dior ou encore Guerlain.

Notre propos va donc être d'envisager quels sont les problèmes que peut rencontrer un producteur de produits de luxe dans le cadre de l'utilisation de sa marque et de ses créations immatérielles sur Internet et quelles sont les armes juridiques à sa disposition pour les combattre. Etant donné qu'un produit de luxe est avant tout l'association d'un objet et d'une représentation (l'image de marque), notre plan sera organisé en deux grandes parties : d'une part, la reproduction de la marque de luxe sur Internet et, d'autre part, la distribution de la marque de luxe sur Internet.

I. – LA REPRODUCTION DE LA MARQUE DE LUXE SUR INTERNET

Dès lors qu'un tiers souhaite profiter de l'image et de la notoriété d'une marque de luxe pour attirer le public sur son site Internet, deux grandes options s'offrent à lui. D'une part, l'utilisation de cette marque dans un nom de domaine et, d'autre part, le recours à celle-ci dans la conception et le contenu du site.

A. – L'utilisation de la marque de luxe dans le nom de domaine

Avant de nous intéresser aux motivations pouvant conduire à une telle utilisation, il nous a paru utile de rappeler en quoi l'enregistrement et l'utilisation d'un nom de domaine pouvaient entrer en conflit avec le droit à la marque dont peut bénéficier le producteur d'un produit de luxe.

1° Existence d'un risque de conflit entre nom de domaine et droit à la marque

« Le nom de domaine correspond parfaitement à la notion qu'il recouvre. Il s'agit du nom (ou de l'expression) permettant d'identifier le domaine virtuel sur lequel les internautes peuvent se rendre » (Roquilly C. et Cailloux J.-P., Assurer la sécurité juridique des sites web, collection Agir en connaissance de cause, Lamy – les Echos, 2001, p. 37). Par exemple, le nom peut être « Dior » et le domaine « .com » ou « .net » (entre autres). Il existe des Generic Top Level Domain (par exemple, « .com » ou « .org »), des Country Code Top Level Domain (par exemple, « .fr » ou « .uk ») ainsi que des sous-domaines. Cela peut donc donner « dior.com », « dior.net », etc. Pour s'y retrouver dans ce maquis numérique, mais susceptible d'avoir des effets réels sur le développement des stratégies commerciales des entreprises, il convient d'appliquer un principe simple : « premier arrivé, premier servi ». Mais le « premier arrivé » pour l'enregistrement du nom en « .com » ne va pas pour autant occuper le terrain du « .biz » ou du « .fr ». Les noms de domaine doivent donc coexister les uns avec les autres. Il est difficilement imaginable pour le producteur d'un produit de luxe de faire enregistrer le signe (*a fortiori* les signes) qu'il détient, en tant que nom de domaine avec toutes les racines possibles et toutes les combinaisons de lettres possibles (par exemple, « chanelle », « nachel », etc.). Le producteur d'un produit de luxe peut penser être préservé du risque de voir un tiers utiliser en tant que nom de domaine le nom (ou les noms) ayant permis au producteur de se forger sa clientèle et sa renommée dès lors que celui-ci l'a déposé à titre de marque. Il n'en est rien, dans la mesure où les noms de domaine font l'objet d'une appropriation autonome par rapport à l'existence d'une marque antérieure. On notera toutefois que pour obtenir un nom de domaine en « .fr », le demandeur doit remettre à l'Association française pour le nommage internet en coopération (AFNIC) un certificat d'enregistrement auprès de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) si le nom déposé est une marque (cf. Boloré C., Noms de domaine sur Internet : modes d'emploi, litiges et protection, <www.abc-luxe.com/entreprise_juridique_fiscal>). Le conflit pouvant exister entre la jouissance paisible d'une marque déposée et l'exploitation d'un nom de domaine sera résolu devant une instance arbitrale ou une autorité judiciaire (l'International Conference on Artificial Neural Networks [ICANN] a ainsi mis en place des mécanismes de résolution des conflits pour les noms de domaine génériques [Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy] et a accrédité certaines instances arbitrales telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle [OMPI], le National Arbitration Forum... Pour plus d'informations sur ces mécanismes et les conflits en cours, cf. <www.icann.org/udrp/proceedings-list-name.htm>, ou <arbitr.wipo.int/domains/cases/all-fr>).

La création de nouveaux noms de domaine (tels que les « .info » ou « .biz ») a officiellement permis de désengorger le « .com » et d'offrir de nouvelles opportunités aux acteurs de l'e-économie. Mais il

faut reconnaître qu'elle n'a fait qu'accroître les risques de contentieux entre noms de domaine, d'une part, et nom de domaine versus marque, d'autre part. Il est aussi important de noter que la marque déposée ne fait l'objet d'une protection par le droit de la propriété intellectuelle que dans le pays du dépôt (principe de territorialité), alors que le nom de domaine, quelle que soit sa racine (générique, pays ou autre), a, par nature, un « rayonnement » international.

Il est donc légitime de s'interroger sur les risques qu'ont les producteurs de produits de luxe de voir leurs marques utilisées dans des noms de domaine par des tiers ainsi que sur l'efficacité avec laquelle ils pourront lutter contre ces comportements. Cette interrogation peut se traduire par une forme de paradoxe. En effet, plus une marque de luxe va être notoirement connue, plus elle va bénéficier d'un haut niveau de protection par le droit de la propriété intellectuelle (voir, *infra*, 2^o). Mais, ce niveau de notoriété ou de renommée va aussi avoir pour conséquence d'attirer davantage la convoitise des tiers, copieurs, pirates et autres cyber-squatteurs.

2^o Les motivations de l'utilisation par un tiers de la marque de luxe

La motivation la plus fréquente réside dans la volonté d'usurper la marque, soit pour enregistrer un nom de domaine et le proposer ensuite au titulaire de la marque moyennant paiement, soit pour développer une clientèle sur un site grâce à la notoriété d'autrui. Le premier comportement est généralement dénommé « cybersquattage » (ou « cybersquatting »). Comme l'écrit Cedric Manara, « *Le Web est une opportunité pour des "petits" acteurs accédant à un marché large : ce n'est qu'un support différent de l'activité de titulaires de marques de haute renommée, rompus à faire reconnaître et protéger leurs droits, et gagnant systématiquement leurs revendications d'adresses constituant des contrefaçons* » (pour un intéressant panorama sur ces conflits, cf. Manara C., Panorama de conflits portant sur les noms de domaine, <www.legal.edhec.com/DTIC/Tableaux/Tableau_Noms_de_domaine.htm>).

Ainsi, les sociétés Jean-Paul Gaultier et Gaulme avaient constaté que la société International Attorney SA avait déposé le nom de domaine <jean-paul-gaultier.org>, alors même que les marques « *Gaultier* » et « *Jean-Paul Gaultier* » ont été déposées en France et à l'étranger, notamment en classe 38 pour les services de télécommunication.

Le Tribunal de grande instance de Paris, par un jugement en date du 20 septembre 2000, a considéré qu'en déposant et en faisant usage du nom de domaine en cause sans autorisation de la société Gaulme, la société Attorney avait commis des actes de contrefaçon de marques. Il est à noter que les juges n'ont pas repris l'élément de notoriété mis en avant par le demandeur (étant donné que le principe de spécialité était en l'espèce respecté, cet élément n'était pas utile). Les sanctions prononcées par le juge d'instance sont désormais classiques : versement de dommages et intérêts aux demandeurs,

interdiction sous astreinte de poursuivre l'exploitation du nom de domaine en cause et publication judiciaire. Mais le transfert du nom de domaine n'est pas obtenu (cf. TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 20 sept. 2000, SA Gaulme et SA Jean-Paul Gaultier c/ Sté International Attorney SA, <www.legalis.net> ; pour une affaire assez similaire, TGI Nanterre, 2^e ch., 20 janv. 2000, SNC Lancome c/ SA Grandtotal Finance Ltd, Com. Com. élec. 2000, n^o 6, n^o 63, p. 18, obs. Caron C.).

« Il est donc légitime de s'interroger sur les risques qu'ont les producteurs de produits de luxe de voir leurs marques utilisées dans des noms de domaine par des tiers ainsi que sur l'efficacité avec laquelle ils pourront lutter contre ces comportements. »

Dans une autre affaire, la société Guy Laroche, propriétaire de la marque éponyme déposée pour la classe de produits et services 3, avait constaté que la société GL Bulletine Board avait déposé aux Etats-Unis le nom de domaine <guylaroche.com>. En vertu du principe de spécialité, la marque précitée ne pouvait être protégée par le Code de la propriété intellectuelle qu'à partir du moment où les produits et services en cause étaient similaires à ceux désignés dans l'acte de dépôt. Or, ce n'était pas le cas en l'espèce. Le recours à l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle permet toutefois de repousser les limites du principe de spécialité dès lors que la marque visée bénéficie d'une certaine renommée et que son utilisation par un tiers est susceptible de causer un préjudice à son titulaire. En l'espèce le juge a, d'une part, considéré que la marque « *Guy Laroche* » avait acquis une renommée certaine auprès d'un large public, en France et à l'étranger, aussi bien par son ancienneté que par sa médiatisation. D'autre part, il a affirmé que la reproduction de cette marque à titre de nom de domaine portait préjudice à la société Guy Laroche dans la mesure où elle lui empêchait de pouvoir déposer le nom de domaine <guylaroche.com>, pourtant indispensable pour assurer la promotion de ses produits à l'étranger. Outre la contrefaçon, le Tribunal de grande instance de Nanterre a également retenu l'existence d'un comportement parasitaire, distinct des faits de contrefaçon de marque, constitué par l'enregistrement du nom de domaine identique à une marque notoire et susceptible de créer la confusion. Dès lors, le risque quant à son image était patent pour la société Guy Laroche, d'autant qu'en saisissant sur leur clavier le nom de domaine litigieux, les internautes recevaient un message d'erreur. Les sanctions prononcées par le juge

sont les mêmes que dans l'affaire précédente, la société Guy Laroche obtenant en outre, le transfert du nom de domaine à son profit (cf. TGI Nanterre, 2^e ch., 13 mars 2000, Société Parfums Guy Laroche c/ Sociétés GL Bulletin Board, Net Promos-Internet Design, <www.legalis.net>).

Les deux cas abordés ci-dessus constituent des hypothèses de copie servile de marque pour la création d'un nom de domaine. Il existe des cas où la contrefaçon est moins grossière, mais suffisamment

« Les marques de luxe n'ont toutefois pas toujours gain de cause dans leur confrontation avec les noms de domaine. »

déterminée pour permettre de sanctionner l'utilisateur du nom de domaine illégitime. Il en sera ainsi lorsque ce dernier pratique le « *typosquatting* » dont l'objectif est d'utiliser un nom de domaine très proche d'une marque notoire (par exemple « *Chanelle* » pour Chanel) afin d'attirer vers un site les internautes qui entreraient le mot-clé « *chanelle* » sur un moteur de recherche alors même que le but de leur recherche serait la marque « *Chanel* ». Certains acteurs de l'économie numérique ont aussi essayé de s'approprier les slogans ayant été déposés à titre de marque. Ainsi, la société L'Oréal a déposé à titre de marque le slogan « *parce que je le vaux bien* », et les traductions de ce slogan en langues anglaise, allemande et espagnole, pour les produits et services de la classe 3 relatifs à la parfumerie, aux cosmétiques et aux produits de beauté. Elle constata que Madame L. avait fait enregistrer le nom de domaine « *parcequejelevauxbien* » pour les racines « *.com* », « *.org* » et « *.net* », de même que les traductions de ce slogan en cinq langues et dans trois domaines génériques. Ces noms de domaine conduisaient à un site Internet « *en construction* ». Le juge rejeta les qualifications de reproduction et d'imitation sanctionnables au regard des articles L. 713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, au motif qu'il n'était pas établi que les produits en cause étaient identiques ou similaires (rappel du principe de spécialité). Il considéra néanmoins que l'article L. 713-5 trouvait à s'appliquer étant donné la notoriété de la marque en jeu, la force distinctive du slogan « *parce que je le vaux bien* », ainsi que le préjudice potentiel du titulaire de la marque résidant dans le risque de confusion pour le public et la détérioration de l'image de la société L'Oréal. Le juge des référés ordonna donc sous astreinte de ne plus reproduire ou utiliser la marque « *L'Oréal, parce que je le vaux bien* » (CA Versailles, 14^e ch., 8 janv. 2003, n° 02/01720, Christiane L. c/ SA L'Oréal, <www.legalis.net>).

Les marques de luxe n'ont toutefois pas toujours gain de cause dans leur confrontation avec les noms de domaine. Ainsi, Monsieur A.R. Mani a enregistré

en 1995 le nom de domaine <armani.com>. Il n'exploitait pas celui-ci, se contentant de l'utiliser au sein de ses adresses électroniques. Après avoir tenté de négocier, la marque « *Armani* » porta le litige devant l'OMPI qui refusa d'ordonner le transfert du nom de domaine, l'usage de mauvaise foi de la marque n'étant pas démontré (cf. OMPI, Administrative Panel Decision, 20 juill. 2001, GA Modefine SA c/ A.R. Mani, Case n° D 2001-0537).

L'utilisation de la marque de luxe d'autrui en tant que nom de domaine constitue une pratique largement connue et observée. Mais il ne s'agit pas du seul comportement pouvant causer préjudice aux acteurs du luxe. En effet, ceux-ci sont aussi parfois confrontés à l'utilisation de leur marque dans le contenu même d'un site web.

B. – L'utilisation de la marque de luxe dans la conception et le contenu du site web

Étant donné l'attractivité des marques de luxe et leur capacité à attirer les internautes sur un site web, certains éditeurs de sites sont tentés de profiter de cette caractéristique en l'utilisant indûment à leur profit, en dehors de toute autorisation du titulaire de la marque. Cette utilisation peut se matérialiser dans le cadre de la conception du site, à travers les metatags ou des liens hypertexte. Elle peut aussi s'exprimer directement au niveau du contenu du site.

1° L'utilisation de la marque de luxe dans la conception du site

Le metatag constitue une information cachée à l'intérieur des codes source d'un site web, sous la forme d'un mot ou d'une phrase. Cette information va être identifiée par les moteurs de recherche. L'internaute ayant entré comme mot-clé dans sa requête le terme inscrit dans les metatags verra alors s'afficher dans les résultats de la recherche l'adresse du site en question. On notera toutefois que les moteurs de recherche n'utilisent pas tous les mêmes techniques de référencement. Il est clair que le recours dans les metatags à des marques de luxe notoires (comme « *Chanel* », « *Cartier* », « *Dior* », etc.) constitue un moyen de développer le trafic sur le site en question (cf. Roquilly C., L'utilisation de signes distinctifs dans les metatags, moyen nécessaire au référencement ou pratique illicite ?, LexBase Hebdo n° 24, éd. Aff., 23 mai 2002, <www.lexbase.fr>; également, Verbiest T., Les risques juridiques des Metatags, <www.journal-dunet.com/juridique/juridique030225.shtml>). Il reste à savoir si un tel comportement est critiquable d'un point de vue juridique. La réponse ne peut être qu'affirmative. En effet, l'article L. 716-9 du Code de la propriété intellectuelle trouve selon nous matière à s'appliquer. En insérant la marque « *Chanel* » dans ses metatags, le concepteur d'un site web réalise une reproduction de cette marque à l'identique. On pourrait certes rétorquer que cette reproduction n'est pas visible pour l'internaute, dans la mesure où le metatag n'apparaît pas à l'intérieur des pages du site web. Cela n'enlève rien au fait que la marque a bien été reproduite. Et si la reproduction devait être écartée,

L'utilisation sans autorisation de la marque d'autrui pourrait être retenue. Comme le note fort justement Monsieur Verbiest, le préjudice pourrait consister en « une dilution de la marque si les résultats des moteurs de recherche sont faussés artificiellement au détriment du titulaire légitime » (Verbiest T., précité). Le recours à la marque de luxe d'autrui en tant que metatag peut également constituer un acte de concurrence déloyale. Il est susceptible d'entraîner dans l'esprit des internautes une confusion, ceux-ci pouvant penser qu'en cliquant sur le lien affiché par le moteur de recherche et renvoyant au site web en cause, ils vont entrer sur un site édité par la société Chanel ou ayant un rapport avec celle-ci. Une telle qualification sous-entend néanmoins qu'il existe un lien de concurrence entre la société Chanel et l'éditeur du site web en cause. Mais le metatag litigieux pourrait également être qualifié de comportement parasitaire. Le parasitisme peut être défini comme le fait de s'inspirer sensiblement ou de copier une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements (cf. Le Tourneau Ph., Le parasitisme dans tous ses états, D. 1993, chr., p. 310). Il resterait toutefois à démontrer le montant du préjudice subi ainsi que le lien de causalité.

L'hypertextualisation constitue une technique essentielle dans la conception d'un site web et renvoie à la nature profonde d'Internet. Elle permet d'évoluer de contenu en contenu, de passer d'un univers à un autre (cf. Roquilly C., De la reproduction d'images sur Internet au lien hypertexte : quels risques ?, LexBase Hebdo n° 13, éd. Aff., 7 mars 2002, <www.lexbase.fr>). En insérant des liens hypertexte qui vont renvoyer vers des contenus tiers (liens externes), le concepteur d'un site web le rend plus attractif pour l'internaute car plus riche d'informations (sur cette notion de lien externe/ lien interne, cf. Rojinsky C., Hyperliens et droit à l'interopérabilité dans la société de l'information, Com. Com. élec. 2002, n° 7-8, n° 18, p. 10 ; cf. également, Caron C., Les liens hypertexte entre propriété intellectuelle et concurrence déloyale, Com. Com. élec. 2001, n° 3, n° 26, p. 21). Mais le lien hypertexte renvoyant vers le site <cartier.fr> (par exemple) est-il absolument licite dès lors qu'il constitue un moyen de profiter de la réputation de la marque en question ?

Etant donné la nature d'Internet et l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, on peut affirmer que les liens simples (renvoyant vers la page d'accueil du site cible) sont autorisés. Il en va de même pour les liens profonds (renvoyant vers une page en particulier du site cible) en l'absence de tout comportement parasitaire ou de concurrence déloyale (cf. T. com. Paris, 26 déc. 2000, Société Havas Numérique c/ Société Keljob SA, Com. Com. élec. 2001, n° 3, n° 26, p. 21). Celui-ci pourrait être caractérisé si, par exemple, le lien hypertexte s'accompagne de commentaires ou d'une présentation dénaturant le contenu ou l'image du site <cartier.fr>, ou le fait apparaître comme étant la propriété de l'éditeur du site de référence ou lié avec ce site. On peut émettre plus de doute sur la validité des comportements de *framing* ou *d'inlining*, dès lors qu'ils n'ont pas recueilli l'accord du site cible. Ceux-ci sont en effet une source de confusion potentielle pour

l'internaute moyen, dans la mesure où le contenu du site cible est intégré à l'intérieur du site de référence, notamment au sein d'un « encadré ». Un distributeur non agréé par la marque « cartier » pourrait ainsi proposer sur son site l'accès à des produits de la marque, en laissant penser adroitement qu'il est lié à la société Cartier par le biais d'un lien hypertexte utilisant le procédé du *framing*. Les marques de luxe doivent donc être vigilantes sur ce point et se livrer régulièrement à une veille sur les moteurs de recherche afin d'identifier les sites ayant recours à ces méthodes.

2° L'utilisation de la marque et de la création de luxe dans le contenu du site

Les comportements décrits ci-dessous portent atteinte aux marques de luxe et aux sociétés titulaires de manière plus brutale que ceux évoqués précédemment.

Une première situation rencontrée renvoie à la pratique bien connue des « tableaux de concordance », qui permet de vendre des copies de parfums de grande marque en faisant référence à la correspondance entre la copie et le produit authentique. Ainsi, les sociétés Guy Laroche et The Lauren Company PLC avaient constaté que la société américaine PLD Enterprises proposait sur son site web des copies de parfums de grande marque avec des formules telles que : « *Yacht Club, our version of Polo* », « *Fleur de Paris, our version of Anais Anais* ». Ces formules se retrouvaient d'ailleurs sur l'emballage des produits. Il était possible d'accéder à l'offre de PLD Enterprises en entrant notamment comme mots-clés sur le moteur de recherche Altavista les termes « *Men's cologne* » et « *Women's cologne* ». Les juges ont donc en toute logique retenu la contrefaçon au sens de l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle, ainsi que l'existence d'un acte de concurrence déloyale étant donné les prix pratiqués extrêmement bas (cf. TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 27 mars 1998, L'Oreal, Parfums Guy Laroche, The Polo Lauren Company, Cacharel et Ralph Lauren c/ PLD Enterprises, <www.legalis.net>).

Un site web constitue également un vecteur très efficace de diffusion de photos et de vidéos. Celles-ci peuvent attirer de nombreux internautes dès lors qu'elles portent sur des créations dans le prêt-à-porter de luxe et la haute couture. La société Christian Dior Couture, titulaire de nombreuses marques (dont « Dior » et « Christian Dior ») et de nombreux modèles de vêtements et accessoires protégés par le droit d'auteur, avait constaté que la société Viewfinder Inc diffusait sur le site dont elle était éditrice la reproduction des défilés de mode Christian Dior. Il était donc possible sur ce site web de visualiser les photographies des défilés des collections prêt-à-porter et haute couture Christian Dior. Le Tribunal de grande instance de Paris a considéré que ce comportement constituait, d'une part, une contrefaçon de marque et de droits d'auteur sanctionnée aux articles L. 716-1 et L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle, ainsi que, d'autre part, un acte de parasitisme, l'éditeur du site en cause s'appropriant indûment les investissements réalisés par la société

Christian Dior et détournant à son profit la notoriété de cette dernière (cf. TGI Paris, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 2 mai 2001, SA Christian Dior Couture c/ Société Viewfinder Inc., Société the Internet Channel, <www.legalis.net>). Cette affaire est à rapprocher d'un cas précédent dans lequel la société Christian Dior avait relevé la diffusion sur un site web des images de ses créations et de ses défilés, notamment à travers un clip vidéo intitulé « *Best of Dior* » (TGI Paris, réf., 22 févr. 1999, Christian Dior c/ Fashion TV Paris, World Media Live, SECM et W2M, <www.legalis.net>).

Comme nous venons de le voir, la reproduction de la marque de luxe sur Internet peut prendre plusieurs formes : dans le nom de domaine, dans les metatags, dans le contenu même des pages du site web, etc. Dans les hypothèses abordées, l'éditeur du site web en cause n'a aucunement l'objectif de distribuer les produits de luxe auxquels il fait référence. Il se contente de s'appuyer sur la notoriété de la marque et de la création d'autrui pour générer du trafic sur son site. Mais les producteurs peuvent aussi être confrontés à cette situation, qui renvoie à la question suivante : comment les producteurs de produits de luxe peuvent-ils contrôler la distribution sur Internet de leurs produits et de leurs marques ?

II. – LA DISTRIBUTION DE LA MARQUE DE LUXE SUR INTERNET

De manière extrêmement majoritaire les producteurs de luxe ont mis en place des réseaux fermés de point de vente « *physique* » afin d'assurer la distribution de leurs produits. Qu'il s'agisse de réseaux de distribution sélective ou exclusive, ils sont basés sur l'exclusion des revendeurs n'intégrant pas le réseau (pour une analyse de la situation des réseaux de distribution sélective au regard du droit, cf. Roquilly C., *Le droit au service d'une stratégie d'entreprise : le cas des réseaux de distribution sélective*, Dr. & patr. 1997, n° 55, p. 35 ; voir, aussi, Coiquaud M. et Dany M., *La distribution sélective des produits de luxe*, au n° 4483 du présent Supplément). Ceux-ci ne peuvent donc distribuer les produits en question dans la mesure où les producteurs vont leur refuser tout approvisionnement. Quant aux distributeurs membres du réseau, ils devront satisfaire à un certain nombre de critères, principalement qualitatifs. La confrontation entre ces réseaux fermés et Internet ne pouvait être que problématique, dans la mesure où Internet constitue un réseau ouvert par nature. Il convient donc de se demander comment les producteurs peuvent gérer ce paradoxe. Doivent-ils interdire aux revendeurs membres de leur réseau de points de vente « *physiques* » toute distribution sur Internet ? Comment peuvent-ils lutter contre d'éventuels revendeurs parallèles qui mettraient à profit la grande toile afin de distribuer leurs produits en l'absence de toute autorisation ?

A. – La distribution de la marque de luxe par un revendeur membre du réseau

Cette première hypothèse est extrêmement simple : un distributeur membre du réseau « *physique* » mis

en place par le producteur, décide de revendre les produits par le biais d'un site web créé à cet effet. Nous allons voir qu'il va être très difficile d'un point de vue juridique pour le producteur « *tête de réseau* » de s'y opposer. Il pourra néanmoins « *verrouiller* » la distribution en ligne grâce à des clauses contractuelles strictes et adaptées.

1° La difficile interdiction de la revente en ligne par un membre du réseau

Les Lignes directrices sur les restrictions verticales, qui sont venues utilement compléter le Règlement d'exemption par catégorie n° 2790/99/CE du 22 décembre 1999, fixent quelques points de repère quant à la possibilité pour les producteurs de contrôler la distribution de leurs produits sur Internet par les distributeurs intégrés dans leur réseau traditionnel (cf. Règl. Comm. CE n° 2790/99, 22 déc. 1999, JOCE 29 déc. 1999, n° L 336, p. 21). La Commission considère que tout distributeur doit être libre d'avoir recours à Internet pour vendre les produits contractuels (cf. Communication Comm. CE n° 2000/C 291/01, point 51, JOCE 13 oct. 2000, n° C 291, p. 1). Du point de vue de la Commission européenne, le fait d'ouvrir un site web sur lequel les produits contractuels peuvent être achetés ne constitue pas en soi une vente active et, ce, quelle que soit la langue utilisée sur le site. Les Lignes directrices définissent en effet les ventes actives comme étant le fait de prospecter des clients sur un territoire déterminé, alors que les ventes passives sont définies comme étant le fait de satisfaire à des demandes émanant de consommateurs n'ayant pas été sollicités par le distributeur, ou de lancer des publicités ou campagnes de promotion sans aucun objectif consistant à cibler des consommateurs sur un territoire particulier (pour de plus amples développements, cf. Collard C. et Roquilly C., *Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : implications en droit communautaire de la concurrence*, Petites affiches 3 avr. 2002, p. 4 ; des mêmes auteurs, *Closed Distribution Networks and E-Commerce : Antitrust Issues*, International Review of Law Computers & Technology, 2002, Vol. 16, n° 1, p. 81). Certaines pratiques sur Internet peuvent donc être qualifiées de ventes actives : recours à des bandeaux publicitaires ou des liens hypertexte apparaissant sur certains sites web en fonction de la situation géographique du consommateur ou en haut de la page d'un moteur de recherche, dès lors que le consommateur se trouvant sur un territoire spécifique introduit certains mots-clés dans sa recherche (au sujet des approches *e-marketing*, cf., notamment, Dinant J.-M., *Les traitements invisibles sur l'Internet*, <www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/Luxembourg.html>), etc.

La distinction entre vente active et vente passive n'est pas neutre. L'article 4-c) du Règlement d'exemption par catégorie n° 2790/99/CE et les points 51 et 53 des Lignes directrices énoncent, en effet, qu'aucune limitation ne peut être prescrite aux distributeurs appartenant à un réseau de distribution sélective ; par distribution sélective, il faut entendre tout système par lequel le producteur vend ses produits uniquement à des revendeurs préalablement sélectionnés sur la base de critères définis (cf. Règl. Comm. CE n° 2790/99, 22 déc. 1999, art. 1-d). Par contre, dans l'hypothèse d'un réseau de distribution exclu-

sive, le producteur peut interdire toute vente active de la part de l'un des membres de son réseau sur le territoire exclusif attribué à un autre distributeur. Cependant, si ce réseau exclusif est basé sur une sélection des distributeurs (ce qui est généralement le cas), le producteur n'aura pas l'opportunité d'interdire les ventes actives (pour de plus amples développements, cf. Vanhaelen F. et Verbiest T., *Internet, concurrence et distribution sélective : une coexistence parfois difficile*, Com. Com. élec. 2000, n° 7, n° 13, p. 10).

Les producteurs de produits de luxe peuvent néanmoins essayer de s'appuyer sur le point 51 des Lignes directrices énonçant qu'une stricte interdiction de la vente en ligne est toutefois possible en présence d'une justification objective, sans pour autant que cela autorise le producteur à se réserver la vente ou la publicité sur Internet. La justification objective pourrait résider dans le haut niveau de technologie des produits (qui requièrent alors un conseil adapté à chaque consommateur) ou dans l'image de marque des produits (le fait que les consommateurs les perçoivent comme luxueux, ce qui nécessite un environnement de vente que ne peut satisfaire un site web ; cf. Collard C. et Roquilly C., *Electronic Commerce and Closed Distribution Networks : Proposals for Solving Legal Problems*, *The Journal of Information, Law and Technology*, 2000, 2, <elj.warwick.ac.uk/jilt/00-2/> ; également, Manara C., *Web et distribution sélective : réseau contre réseau ?*, D. 1999, jur., p. 725). Nous pensons toutefois que l'évolution des technologies permet aujourd'hui d'assurer un conseil en ligne de qualité et un environnement de vente des produits de haut standing (technologie flash, chat, visio-conférence, etc.). Bien évidemment, le développement de tels dispositifs est coûteux, mais il est à la portée d'un certain nombre de distributeurs (notamment des enseignes telles que Sephora ou Marionnaud pour la parfumerie).

Il va donc s'avérer extrêmement délicat pour les producteurs de produits de luxe de pouvoir justifier objectivement le fait qu'ils interdiraient la revente de leurs produits sur Internet par leurs distributeurs. Il paraît plus judicieux pour eux d'en organiser contractuellement la mise en place, en choisissant les moyens conventionnels les plus adéquats.

2° Le contrôle de la distribution sur Internet par des clauses adaptées

Les critères classiques de sélection qualitative peuvent être adaptés au cas de la vente en ligne. Certaines clauses du contrat de distribution des produits de luxe peuvent veiller à la préservation de l'image de marque : nom de domaine conforme à l'intérêt de la marque de luxe, esthétisme du site conforme à l'image de la marque, espace spécifique réservé aux produits du producteur, mise à jour régulière du site web, conseil en ligne suffisant (messagerie électronique, chat, voire même visio-conférence avec les conseillers de vente). Le producteur pourrait aussi « imposer » à son distributeur d'empêcher les achats massifs sur son site en appliquant aux consommateurs un nombre maximal d'achats, notamment afin d'éviter toute tentative d'approvisionnement par un revendeur parallèle. Tout non-respect de ces obligations contractuelles par le distributeur agréé, notam-

ment le manque de qualité esthétique du site web, pourrait alors entraîner une résiliation du contrat. La Cour d'appel de Versailles a ainsi pu retenir, dans une affaire opposant la société Pierre Fabre à l'un de ses revendeurs agréés qui distribuait les produits Pierre Fabre sur son site web sans l'accord du producteur, que cette revente n'était pas compatible avec les conditions générales du contrat. Les juges

**« Il va donc s'avérer
extrêmement délicat
pour les producteurs
de produits de luxe
de pouvoir justifier
objectivement le fait qu'ils
interdiraient la revente
de leurs produits sur Internet
par leurs distributeurs. »**

ont notamment relevé que « *les conseils ne peuvent être donnés immédiatement mais nécessitent un délai de réponse ; que le site présente les produits par leurs marques et leurs descriptions, sans qu'apparaisse la moindre recherche esthétique ; qu'aucune vitrine virtuelle n'est mise en place ; (...)* » (même si l'on peut avancer qu'il ne s'agissait pas de produits de luxe, l'argumentation aurait encore plus de force pour de tels produits, cf. CA Versailles, 13^e ch., 2 déc. 1999, SA Pierre Fabre dermo-cosmétiques c/ Alain B., JCP éd. E 2000, n° 30, p. 1230, obs. Vivant M.). Une telle décision n'exclut pas *a priori* la distribution sur Internet, mais la rapproche des conditions de distribution prévues au contrat.

Le producteur de produits de luxe pourra renforcer ces exigences qualitatives par des critères plus quantitatifs, tels que l'exigence d'un chiffre d'affaires minimal réalisé à partir de la vente en ligne de ses produits, ainsi que d'un montant minimal de commandes à réaliser par le distributeur auprès d'un producteur. Il pourrait y ajouter une clause d'interdiction de revente en ligne de produits de marque concurrente (dans la limite de 80 % du montant total des commandes faites par le distributeur) et allouer un territoire exclusif au distributeur pour la vente en ligne des produits.

Il faut admettre que la mise en place d'un réseau de distribution en ligne de ses produits peut constituer pour le producteur de luxe un véritable casse-tête. Il est capital que les critères qualitatifs soient proportionnés à la nature des produits. Dans le cas contraire, le producteur mettra en péril la pérennité de son réseau au regard des règles du droit de la concurrence. Si ces critères sont plus flexibles que pour les points de vente « physiques », le risque pour le producteur est de perdre le bénéfice du Règlement d'exemption par catégorie n° 2790/99/CE. Quant aux critères quantitatifs, il conviendra de veiller à ce que leur combinaison avec d'autres restrictions verticales n'aboutisse pas à des effets trop négatifs pour le libre jeu de la concurrence (cf. Communication Comm. CE précitée, point 119-8). Si le producteur n'occupe pas le

terrain de la revente sur Internet en l'interdisant aux distributeurs de son réseau, il prend non seulement à terme un risque juridique fort (voir *supra*), mais il laisse également le champ libre aux revendeurs parallèles qui ne manqueront pas de combler le vide.

B. – La distribution de la marque de luxe par un revendeur parallèle

Le revendeur parallèle (c'est-à-dire celui qui revend les produits du producteur sans l'autorisation de celui-ci et en dehors de son réseau, également dénommé « *free rider* ») trouve dans Internet une redoutable opportunité. Comme l'écrit fort justement Monsieur Stoffel-Munck, « *Abolissant les distances, réduisant les temps de recherche d'un produit, facilitant les comparaisons de prix, l'Internet fait figure de rêve pour un consommateur en quête d'un produit déterminé* » (Stoffel-Munck P., obs. sous CA Paris, 14^e ch., sect. B, 5 sept. 2003, SA Rue du Commerce c/ SARL Jamo France et SARL Wysios, Com. Com. élec. 2004, n° 2, n° 19, p. 36). En utilisant habilement les outils de référencement sur Internet, un revendeur parallèle peut donc faire connaître son site auprès des consommateurs internautes et y proposer des produits de luxe en dehors de leur circuit de distribution habituel. Cela sous-entend la capacité du « *free rider* » à s'approvisionner en produits authentiques concernés (il ne s'agit pas de « *copies* »). Un tel comportement constitue *a priori* un acte de concurrence déloyale. Le revendeur parallèle peut toutefois essayer de démontrer la licéité du réseau mis en place par le producteur, ainsi que son absence d'étanchéité.

1° Un comportement constitutif de concurrence déloyale

Une jurisprudence, maintenant bien établie, considère que la revente hors réseau de produits par un revendeur parallèle constitue un acte de concurrence déloyale ainsi qu'un usage illicite de la marque, dès lors qu'un membre du réseau a été amené à rompre son engagement contractuel de ne pas approvisionner un distributeur non membre. Le fait que cette revente se matérialise sur un site web ne change rien à la qualification. Au contraire, étant donné la capacité de nuisance du « *free rider* » grâce à son site, qui lui permet de démultiplier son offre et de se faire mieux connaître, le comportement n'en est que plus préjudiciable au producteur et aux membres de son réseau. Vendus à un prix en général nettement inférieur au prix moyen du réseau, dans un environnement de vente vraisemblablement éloigné des critères qualitatifs demandés par le producteur de luxe, les produits du producteur ne sont plus mis en valeur et la menace pesant sur le réseau est à terme non négligeable.

L'affaire « *Parfumsnet* » est à cet égard fort édifiante. La société Parfumsnet proposait sur un site accessible, à l'adresse <www.parfumsnet.fr>, des parfums de grande marque à des prix très intéressants, sans aucune autorisation de la part des producteurs. Ceux-ci engagèrent un référé (notamment les sociétés Yves Saint-Laurent Parfums et Van Cleef et

Arpels), afin de voir cesser sous astreinte la commercialisation de leurs produits sur le site en cause ou un autre et de voir publier sur le site l'ordonnance de référé. Le Tribunal de commerce de Nanterre donna raison aux producteurs de luxe (cf. T. com. Nanterre, réf., 4 oct. 2000, SA Yves Saint-Laurent Parfums et SA Parfums Van Cleef et Arpels c/ Parfumsnet, Com. Com. élec. 2000, n° 12, n° 130, p. 23, obs. Galloux J.-C.). La brèche étant ouverte, d'autres producteurs engagèrent des référés. Le site <Parfumsnet.fr> fut ensuite vidé de sa substance litigieuse tout en faisant apparaître un lien hypertexte

« En utilisant habilement les outils de référencement sur Internet, un revendeur parallèle peut donc faire connaître son site auprès des consommateurs internautes et y proposer des produits de luxe en dehors de leur circuit de distribution habituel. »

conduisant au site <Parfumsnet.com>. Celui-ci était disponible en plusieurs langues, la version française étant la copie conforme de « *feu* » <Parfumsnet.fr> ! Plus aucune version ne semble opérationnelle aujourd'hui... Par un arrêt en date du 5 septembre 2003, la Cour d'appel de Paris a confirmé une ordonnance de référé prise par le Tribunal de commerce de Bobigny dans une affaire similaire à l'affaire *Parfumsnet* (cf. CA Paris, 14^e ch., sect. B, 5 sept. 2003, précité).

De telles décisions sont donc de nature à rassurer les producteurs de produits de luxe dans leur lutte contre la distribution parallèle sur Internet. Mais elles ne présentent une source de sécurité juridique qu'à condition que la licéité du réseau de distribution mis en place par le producteur ne puisse être mise en cause.

2° La nécessité d'un réseau de distribution licite

La société Parfumsnet avait fait de la licéité du réseau de distribution, le point central de sa ligne de défense. Elle avançait que les sociétés demanderesse n'avaient pas apporté la preuve de la licéité de leur réseau. Les juges ont affirmé que cette licéité avait été reconnue antérieurement et n'était pas à ce jour remise en cause. On en déduit donc que si cette preuve était apportée, c'est tout l'édifice de protection contre la revente parallèle sur Internet qui s'écroulerait pour les producteurs. Il reste à savoir quels peuvent être les risques d'incompatibilité entre le réseau de distribution de produits de luxe et le droit communautaire de la concurrence. Dans un article précédent, nous avons identifié ces risques selon deux grandes catégories : l'incompatibilité liée aux parts de marché détenues par le producteur,

d'une part, et d'autre part celle liée aux clauses contractuelles utilisées par le producteur (cf. Collard C. et Roquilly C., Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : implications en droit communautaire de la concurrence, précité). Afin de gérer au mieux le premier risque d'incompatibilité, les producteurs de produits de luxe doivent déterminer leur seuil de parts de marché. Le seuil de 15 % constitue le seuil de minimis ; l'accord de distribution concerné est alors présumé comme non susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres (attention, toutefois, au risque d'effet cumulatif eu égard au mode de distribution et aux parts de marché détenues par les entreprises concurrentes). Jusqu'à 30 % de parts de marché détenues par le producteur, le Règlement d'exemption par catégorie n° 2790/99/CE crée une présomption de légalité. Au-dessus des 30 %, l'accord de distribution en cause devra faire l'objet d'un examen à titre individuel. Enfin, il est important de noter que la Commission européenne peut retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie si des réseaux de distribution basés sur des contrats similaires couvrent plus de 50 % du marché pertinent. Un producteur de produits de luxe ne pourra donc pas ignorer la position occupée par ses concurrents directs si ceux-ci utilisent le même type de contrat de distribution (ce qui est souvent le cas...). Il est évident que la détermination du seuil par le producteur va dépendre de la définition du marché pertinent, tant dans sa dimension matérielle (type de produits concernés) que dans sa dimension géographique. Le scénario catastrophe du point de vue des maisons de luxe serait qu'Internet puisse être considéré comme un marché pertinent spécifique. Nous pensons toutefois que le développement d'Internet auprès du « *grand public* » le transformera en canal de distribution parfaitement substituable aux modes traditionnels.

La seconde catégorie d'incompatibilité est celle liée aux clauses contractuelles utilisées par le producteur tête de réseau. Comme nous l'avons évoqué précé-

demment, il est essentiel que les clauses de nature qualitative pour une revente sur un site web soient strictement proportionnées, ni trop exigeantes ni trop flexibles par rapport aux clauses pour une distribution dans un point de vente « *physique* ». Un revendeur parallèle pourrait alors soutenir que ces critères qualitatifs sont appliqués de manière discriminatoire, remettant alors en cause la licéité du réseau de distribution et enlevant de ce fait toute efficacité à l'action en concurrence déloyale engagée par le producteur. Il faudra aussi que le producteur soit vigilant quant aux clauses de nature quantitative (voir supra). Enfin, on ne saurait trop conseiller aux producteurs de luxe de vérifier que les contrats de distribution interdisent strictement à leurs distributeurs de revendre les produits à un distributeur non membre du réseau. Le soin qu'ils apportent à l'étanchéité de leur réseau sera en effet un élément en principe déterminant (cf., toutefois, en sens contraire, CA Paris, 14^e ch., sect. B, 5 sept. 2003, précité).

En conclusion, quelques recommandations élémentaires mais néanmoins indispensables s'imposent, afin que les producteurs de produits de luxe puissent trouver en Internet une source d'opportunités plus qu'un objet d'angoisse. D'une part, surveiller régulièrement les moteurs de recherche afin de détecter tout site web susceptible de s'appuyer sur la notoriété de leurs marques ou de leurs créations pour attirer des internautes. Une cellule de veille peut aisément être mise en place à cet effet. D'autre part, structurer contractuellement la distribution en ligne de leurs produits avec des distributeurs disposant de tous les moyens adéquats, identifiés sur un site portail géré directement par le producteur tête de réseau. C'est selon nous la seule solution d'avenir, sous peine de voir les « *free riders* » disposer des armes suffisantes pour faire tomber l'obstacle des réseaux licites. ■

Cadre interne et européen de lutte anti-contrefaçon

La contrefaçon a fortement évolué ces dernières années : de délit mineur, elle est devenue l'un des fléaux les plus menaçants pour les acteurs économiques. Aussi est-il indispensable de s'armer de dispositifs efficaces de lutte anti-contrefaçon, aussi bien sur le plan national qu'euro-péen.



► Aurélie Buisson

Avocat à la Cour

Cabinet Deprez Dian Guignot

PLAN DE L'ETUDE

I. – LES DIFFICULTES DU COMBAT

A. – Les victimes et enjeux du fléau

B. – L'insuffisance des sanctions

C. – Le problème des importations parallèles

II. – TYPOLOGIE DES ACTEURS DE LA LUTTE ANTI-CONTREFAÇON

A. – Les acteurs d'influence

B. – Les acteurs de terrain

III. – LES MOYENS DE LA LUTTE ANTI-CONTREFAÇON

A. – Efficacité théorique du système français

B. – Durcissement européen

C. – Moyens techniques et de communication

4485



■ LUXE
■ CONTREFAÇON

Le visage de la contrefaçon a profondément changé au cours des quelques années passées. Le stade de la contrefaçon artisanale, réalisée dans des petits ateliers, a laissé place à une organisation très rodée, dont le financement est assuré en partie par des fonds issus du trafic de drogue, du terrorisme ou d'autres organisations criminelles.

Longtemps considérée comme un mal nécessaire, la contrefaçon a atteint des sommets jugés suffisamment menaçants par les acteurs économiques pour réagir au plus vite et adopter une politique de lutte « musclée ».

Tout est désormais susceptible de contrefaçon ; on est loin des quelques produits de maroquinerie de luxe ou des articles d'horlogerie jusqu'alors contrefaits.

La situation est très alarmante et met à mal aussi bien la sécurité des consommateurs que les chiffres d'affaires des industriels.

La contrefaçon sévit depuis de nombreuses années mais était reléguée au rang de souvenir que l'on rapporte d'un voyage touristique à l'étranger.

A cette époque, les produits objets de contrefaçon concernaient quasi exclusivement les produits de luxe.

La France, touchée au premier plan par cette atteinte, avait très vite réagi, se dotant notamment de l'efficace loi n° 94-102 du 5 février 1994, dite loi *Longuet*. Cette loi mettait en place un système de répression prévoyant notamment l'aggravation des sanctions pénales, l'élargissement des compétences des douanes et l'extension des saisies-contrefaçon. Cette loi a aidé en pratique les autorités à intervenir à maintes reprises, mais n'a pas suffi à éradiquer le fléau.

Il faut préciser que le contexte est différent de celui du milieu des années 90. Les enjeux préoccupent au plus haut point les institutions européennes qui ont décidé d'élabo-

rer en 2003, deux propositions de textes encadrant ainsi à l'échelon communautaire, ce délit inquiétant. Les chiffres annoncés sont très inquiétants, les taux de croissance sont exponentiels, on parle d'un taux de 900 % entre 1998 et 2001, atteignant les 100 millions d'articles contrefaisants en Europe. Malgré sa mobilisation, la France n'est pas en reste et a connu pour le premier semestre 2003 des

**« Outre les pertes
financières,
la contrefaçon
de produits de luxe
induit un préjudice
évident en terme
d'image de marque. »**

chiffres record, en saisissant grâce aux douanes, plus d'un million d'articles sur cette période. Cette très forte augmentation s'accompagne d'une « translation » de la contrefaçon de produits de luxe vers celle des produits de grande consommation.

Face à ce fléau, l'Europe et, notamment, la France, se mobilisent et tentent de se parer de dispositifs aussi efficaces que possibles, pour combattre ce mal qui gagne encore chaque jour du terrain.

Le cadre de cette lutte impose de tenir compte des difficultés pratiques du combat de la contrefaçon (I), en faisant interagir les différents acteurs (II) à l'aide de moyens matériels et juridiques de grande envergure (III).

I. – LES DIFFICULTES DU COMBAT

La lutte anti-contrefaçon est un combat au quotidien. Ce délit fuyant est inquiétant et menace tous les acteurs de la vie économique.

Les victimes sont nombreuses (A), les formes de contrefaçon variées (C) et les sanctions insuffisamment dissuasives (B).

A. – Les victimes et enjeux du fléau

La contrefaçon constitue une vraie menace pour les économies. Les risques concernent à la fois la situation des entreprises (1) et celle des consommateurs (2).

*1° L'entreprise face à la contrefaçon :
risques financiers et atteinte
à l'image de marque*

Les victimes principales de la contrefaçon sont bien évidemment les entreprises, qui sont les premières à avoir ressenti les pertes tant financières qu'en terme d'image de marque.

a) Pertes financières

Un des freins principaux aux actions en contrefaçon est la difficile évaluation du préjudice de marque. Les

pertes peuvent pourtant être considérables mais la demande de réparation exige un préjudice certain, qui se soit produit et qui découle du fait dommageable de la contrefaçon. Or, on comprend bien qu'en terme de contrefaçon, toute vente d'un article contrefaisant n'entraîne pas la perte d'un achat authentique. Il est donc difficile d'évaluer le préjudice subi, d'autant qu'une entreprise victime de contrefaçon subit plusieurs préjudices à la fois.

Ainsi, l'existence de contrefaçon des produits qu'une entreprise commercialise conduit à une perte de clientèle qui, tentée par le produit copié, l'achète et s'éloigne ainsi de l'entreprise à l'origine du produit. Ce préjudice touche différemment les entreprises selon le secteur auquel elles appartiennent, mais est à l'origine de pertes d'emplois subséquentes.

En effet, une part importante de la clientèle tentée par la contrefaçon de produits de luxe est constituée de personnes dont les moyens n'auraient pas permis l'achat du vrai produit. Ce constat n'ôte rien au fait que la contrefaçon nuit à la marque de luxe, réduit une création à un accessoire de pacotille et banalise l'objet de luxe.

b) Image de marque

Outre les pertes financières, la contrefaçon de produits de luxe induit un préjudice évident en terme d'image de marque. En effet, la copie de produits authentiques, porteurs d'une certaine image de luxe, conduit inéluctablement à une banalisation du produit de luxe, relégué au rang d'accessoire de pacotille, dont l'originalité est par conséquent dépréciée. L'image de marque est définie par Hervé Maccioni comme étant « un bien incorporel constitué par l'ensemble des représentations tendant à singulariser aux yeux du public, la notoriété d'une marque – ou de tout autre élément pouvant avoir une valeur économique – et qui résulte de nombreux investissements » (Maccioni H., L'image de marque, émergence d'un concept juridique ?, JCP éd. G 1996, I, n° 3934).

L'atteinte à l'image de marque, difficilement quantifiable en matière de contrefaçon, est réprimée sur le terrain de la concurrence déloyale et du parasitisme. Là encore, il est difficile d'évaluer le préjudice subi du fait de l'atteinte à l'image de marque subséquente à la contrefaçon. En effet, le préjudice d'image concerne à la fois le détournement d'investissement réalisé dans le but de promouvoir la marque et la dépréciation de l'image du produit ou de l'entreprise.

*2° Le client face à la contrefaçon :
risques pour la sécurité, la santé
et l'information*

Les risques pour la sécurité et la santé inhérents à la contrefaçon sont certainement l'un des éléments fondamentaux de la prise de conscience de ce fléau. Outre la perte de confiance des consommateurs en la fiabilité des produits, l'imitation s'accompagne souvent d'une tromperie qui met en danger la sécurité et la santé publiques.

Parmi les objets les plus contrefaits, on relève notamment les pièces détachées d'avion, de voi-

ture, les médicaments... le danger est considérable. La contrefaçon des produits de grande consommation a donc pris le pas sur celle des produits de luxe. Toutefois, il faut insister sur le fait que la contrefaçon de produits de luxe n'a pas diminué en valeur mais a perdu en volume dans la masse globale de la contrefaçon.

B. – L'insuffisance des sanctions

Aussi inquiétante soit la contrefaçon, le réveil des institutions est récent. Il a en effet fallu attendre que la contrefaçon pénètre de nouvelles sphères, comme les biens de grande consommation, pour que le constat de l'urgence d'intervenir se fasse.

Le peu de risque encouru par les contrefacteurs est un élément important de l'évolution de ce phénomène. En effet, la contrefaçon rapporte beaucoup d'argent au contrefacteur qui risque, s'il est intercepté, une peine de prison peu substantielle et une amende loin de valoir ce que ce délit lui a rapporté. On rappellera que le délit de contrefaçon était jusqu'alors pénalement sanctionné par une peine d'emprisonnement de 2 ans et d'une peine d'amende de 150 000 €. Les articles du Code de la propriété intellectuelle en cause sont, les articles L. 335-2 pour le droit d'auteur, L. 521-4 pour les dessins et modèles, L. 615-14 pour les brevets et L. 716-9 pour les marques.

La loi sur l'évolution de la criminalité, adoptée le 9 mars 2004, prévoit un renforcement des sanctions pénales de la contrefaçon. En effet, le texte impose une augmentation de 2 à 3 ans de la peine d'emprisonnement et de 150 000 € à 300 000 € pour la peine d'amende, aggravée à cinq ans et 500 000 € en cas de délit en bande organisée. Cette augmentation a pour conséquence majeure de permettre la détention provisoire des contrefacteurs, prévue pour les personnes mises en examen encourant une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement (*cf.* C. pén., art. 143-1).

En droit français, même si elle est pénalement réprimée, la contrefaçon ne donne lieu qu'à des peines largement inférieures à d'autres trafics pourtant très liés. De plus, la voie pénale est rarement choisie et donne souvent lieu à des décisions décevantes assorties de peines prononcées avec sursis.

C. – Le problème des importations parallèles

La contrefaçon n'est pas le seul problème auquel les entreprises du secteur du luxe doivent faire face. Parmi les autres difficultés, il y a le contrôle de la circulation des produits et, notamment, les importations parallèles. Elles correspondent à la mise en vente, sur un territoire défini, de produits authentiques, par une personne différente de celle qui est titulaire de droits de distribution ou d'exploitation de la marque pour ce territoire.

Les importations parallèles permettent de déjouer les différences de prix qui existent pour une même référence entre deux territoires.

Il convient ici de comprendre que le fléau de la

contrefaçon ne concerne pas que les faux produits. En effet, le délit de contrefaçon en matière de propriété intellectuelle, signifie qu'il existe une atteinte aux droits du titulaire.

Or, dans le « marché gris », il existe bien une atteinte aux droits du titulaire de la marque puisque les produits ne sont pas distribués comme le souhaitait le titulaire de droits. La distribution et la circulation se font donc en fraude des droits du titulaire.

Toutefois, on rappellera que dans le cas des importations parallèles, la difficulté pour le titulaire de droits est d'être confronté à la règle de l'épuisement des droits qui, au terme de l'article L. 713-4 du Code de la propriété intellectuelle, l'empêche d'interdire l'usage de la marque pour des produits qui ont été mis dans le commerce de la Communauté européenne sous cette marque, par lui-même ou avec son consentement.

Néanmoins, l'importation de produits qui ont été mis sur le marché à l'extérieur de l'Union européenne est considérée comme étant un acte de contrefaçon. C'est ainsi que la société américaine Levi Strauss & Co. a réussi à interdire l'importation parallèle réalisée par ses distributeurs et revendeurs européens, lesquels importaient des jeans américains à faible coût (CJCE, 20 nov. 2001, aff. jointes C-414/99 à C-416/99, Zino Davidoff SA c/ A & G Imports Ltd [aff. C-414/99], Levi Strauss & Co, Levi Strauss (UK) Ltd et Tesco Stores Ltd, Tesco plc [aff. C-415/99], Levi Strauss & Co. et Levi Strauss (UK) Ltd et Costco Wholesale UK Ltd [aff. C-416/99]).

Les importations parallèles nuisent gravement à l'image de marque des produits distribués par le biais de ce marché. Le grand public connaît mal ce phénomène et l'authenticité des produits fait porter le discrédit sur l'environnement global de la marque. Ces ventes sont évidemment contraires aux exigences de distribution sélective des produits de luxe qui se retrouvent réduits à de simples produits vendus dans des lieux non agréés, sans conseil, sans service particulier et, parfois même, défectueux.

La contrefaçon est un problème endémique, aux nombreuses facettes et dont le combat requiert une action quotidienne de grande envergure.

II. – TYPOLOGIE DES ACTEURS DE LA LUTTE ANTI-CONTREFAÇON

Devant l'ampleur du phénomène de contrefaçon, l'action de la douane et des pouvoirs publics ne peut suffire ; la coopération des entreprises, premières concernées par ce fléau, est indispensable.

Une lutte efficace implique d'agir à la fois au plan national et international, à l'encontre de ceux qui contribuent à faire vivre l'industrie des contrefaçons, c'est-à-dire les consommateurs.

Les acteurs clés de la lutte anti-contrefaçon sont les différentes organisations qui contribuent à faire connaître le délit de contrefaçon et à sensibiliser les entreprises, les douanes dont le rôle et les prérogatives connaissent actuellement un bouleversement et les entreprises qui mettent tout en œuvre pour se prémunir d'un tel fléau.

A. – Les acteurs d'influence

En matière de contrefaçon, on peut dire que le *lobbying* est une recette qui marche bien. La France est de ce point de vue plutôt bien pourvue avec plusieurs comités représentant eux-mêmes de nombreuses entreprises et fédérations professionnelles. Ces structures représentent le plus souvent des instances de concertation que le Gouvernement actuel entend développer.

Le Comité national anti-contrefaçon (CNAC) est une structure créée en 1995 à la suite de la loi *Longuet* précitée sur la répression de la contrefaçon. Il s'agit d'un organe de concertation et d'information entre les pouvoirs publics, les administrations et les industriels impliqués dans la lutte anti-contrefaçon. On retrouve au sein du CNAC plusieurs fédérations professionnelles.

Le CNAC coordonne les acteurs économiques, politiques et administratifs, pour améliorer l'ensemble du dispositif national et contribuer au renforcement de la lutte au plan international.

Le CNAC suit quatre objectifs distincts :

- contrôler et proposer : contrôler l'application de la loi Longuet et proposer des pistes de réflexion par le biais de bilans annuels rédigés par le Comité ;
- suivre de très près les travaux de la Commission et, ainsi, insister pour une clarification des règlements communautaires ;
- faire savoir par le biais d'une campagne de publicité et d'information importante, des actions de formation et de sensibilisation ;
- accélérer et simplifier le contentieux par le biais de groupes de travail.

C'est pourquoi, ce plan d'action confie la présidence du CNAC à un parlementaire et offre à **l'Institut national de la propriété industrielle (INPI)** d'en assurer le secrétariat général.

L'INPI a vocation à donner aux entreprises les moyens de protéger leurs innovations afin d'en rentabiliser l'exploitation grâce aux brevets, aux marques et aux dessins et modèles, pour lesquels il délivre les titres de propriété industrielle.

Le Conseil supérieur de la propriété industrielle (CSPI) doit devenir, selon le ministre délégué à l'Industrie, un lieu de débat et de concertation de tous les acteurs concernés par les questions de propriété industrielle. Dans la réforme envisagée, le CSPI doit faire appel aux entreprises, aux centres de recherche, aux associations. Il se réunira ainsi pour donner son avis non seulement sur les projets de textes et de traités en la matière, mais aussi sur tous les sujets que le Gouvernement soumeta lui soumettre, notamment les questions majeures de la propriété industrielle.

Le Comité Colbert est un « club » des plus grandes marques de luxe. L'esprit Colbert correspond à une adhésion à certaines valeurs, à un code de conduite qui préfère le compromis à la confrontation. Le Comité protège les intérêts fondamentaux de l'industrie française du luxe et notamment la créativité. Le Comité Colbert s'organise en groupes de travail et mène diverses réflexions en France et dans des lieux stratégiques comme à New York, au Japon ou à

Hong Kong. Le Comité dispose de relais assez efficaces auprès des ambassades. Ainsi, de nombreuses marques de luxe ont recours à ces personnes rattachées aux ambassades qui exercent des missions économiques afin d'observer ce qui se passe sur les marchés étrangers.

Cette organisation exerce une action de *lobbying* et mène plusieurs campagnes de communication

« L'esprit Colbert correspond à une adhésion à certaines valeurs, à un code de conduite qui préfère le compromis à la confrontation. Le Comité protège les intérêts fondamentaux de l'industrie française du luxe et notamment la créativité. »

auprès de la clientèle, afin de la sensibiliser à certains problèmes rencontrés par les marques que le Comité représente.

Le Comité est fréquemment consulté lors de l'adoption de nouveaux textes.

L'Union des fabricants lutte contre la contrefaçon depuis plus de 100 ans. Créée en 1872, elle est la première association française reconnue d'utilité publique pour la protection internationale de la propriété industrielle et artistique. Elle rassemble la plupart des entreprises françaises et des fédérations professionnelles de tous les secteurs industriels et commerciaux.

B. – Les acteurs de terrain

Les services publics répressifs chargés en France de la lutte anti-contrefaçon sont très actifs. On citera notamment la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), la gendarmerie, la police judiciaire et les douanes qui jouent un rôle majeur.

- La DGCCRF

Elle veille au fonctionnement loyal et sécurisé des marchés, ce qui implique l'élaboration de règles, de contrôles et la mise en œuvre des sanctions prononcées par les tribunaux.

Son rôle est essentiel en matière de lutte anti-contrefaçon notamment en ce qui concerne la protection des consommateurs, proies évidentes de ce fléau.

- La gendarmerie

Elle est une force instituée pour veiller à la sécurité publique. Son rôle est considérable dans la poursuite des crimes et délits, où sous l'autorité du Procureur de la République, elle parvient à démanteler les réseaux criminels nationaux et transnationaux.

- La police judiciaire

Elle possède une structure centrale spécialisée dans la lutte anti-contrefaçon, qui est le relais national de

l'Organisation internationale de la police criminelle (INTERPOL).

De plus, depuis 1996, une Brigade centrale pour la répression des contrefaçons industrielles et artistiques (BCRCIA) a été créée au sein de la direction centrale de la police judiciaire. Elle forme les correspondants techniques et opérationnels au sein des directions interrégionales et conseille les institutions nationales et internationales œuvrant pour la propriété intellectuelle.

- Les douanes

Par la surveillance qu'ils exercent sur les flux de marchandises et les mouvements de voyageurs, les services douaniers français sont quotidiennement confrontés à la contrefaçon.

Les textes communautaires et nationaux ont donné aux agents des douanes d'importants pouvoirs pour lutter contre la contrefaçon.

Le nouveau règlement communautaire douanier refond les prérogatives des douanes, mais pour comprendre l'utilité d'un tel texte, il convient de s'interroger sur l'état antérieur de la législation.

La réglementation communautaire reposait pour le moment sur le Règlement n° 3295/94/CE du Conseil du 22 décembre 1994 modifié par le Règlement n° 241/1999/CE du Conseil du 25 janvier 1999 (cf. Règl. Cons. CE n° 3295/94, 22 déc. 1994, JOCE 30 déc. n° L 341, p. 8 ; Règl. Cons. CE n° 241/1999, 25 janv. 1999, JOCE 2 févr., n° L 27, p. 1). Ces textes ont doté tous les états membres de l'Union européenne d'un cadre harmonisé pour combattre la contrefaçon.

Cette réglementation communautaire prévoyait notamment la possibilité pour les agents des douanes de retenir durant dix jours ouvrables, sur demande écrite du titulaire du droit, les marchandises introduites dans la Communauté ou bien exportées ou réexportées hors de la Communauté et portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle.

Ce délai laissé au titulaire de droits lui permet de poursuivre s'il le souhaite et de saisir les autorités de justice compétentes.

Par ailleurs même en dehors d'une demande préalable d'intervention, il est possible de retenir les marchandises pendant trois jours. Il s'agit alors d'une procédure « *ex officio* » qui doit établir une présomption de contrefaçon suffisante.

Concernant la réglementation nationale, il convient de rappeler l'importance de la loi Longuet n° 94-102 du 5 février 1994 et l'intérêt du Code des douanes.

Cette législation française permet à la douane de retenir, pendant dix jours, des marchandises soupçonnées de porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle concernés, à condition que le titulaire de droit ait déposé une demande d'intervention auprès des douanes.

Par ailleurs, la loi Longuet a créé le délit douanier de contrefaçon de marque.

Le Règlement n° 1383/2003/CE du Conseil adopté le 22 juillet 2003 permet de faciliter l'intervention des douanes (cf. Règl. Cons. CE n° 1383/2003, 22 juill. 2003, JOCE 2 août, n° L 196, p. 7).

L'idée de ce règlement remonte à novembre 2000 lors du séminaire de Bercy où Monsieur Bolkenstein,

Commissaire européen chargé des douanes, a proposé le plan d'action de la Commission européenne. Ce nouveau règlement détermine, d'une part, les conditions d'intervention des autorités douanières à l'égard des marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle et, d'autre part, les mesures à prendre par les autorités compétentes à l'égard de ces marchandises.

Il convient d'ajouter qu'il remplace le Règlement n° 3295/94/CE du Conseil du 22 décembre 1994 pour apporter plus de clarté juridique, étend l'application aux nouveaux droits de propriété intellectuelle, facilite l'accès à la réglementation pour les titulaires de droits et élabore un système législatif performant.

Aussi ambitieux puisse-t-il paraître, il s'impose d'en mesurer les réels apports.

On se rappellera que le Règlement n° 241/1999/CE du Conseil du 25 janvier 1999 venu modifier celui de 1994, avait permis d'inclure les brevets parmi les droits intellectuels couverts par les interventions douanières. Les conséquences sont en pratique colossales et l'appréhension des contrefaçons de brevets très difficile. En effet, il faut bien comprendre que si l'appréhension d'une contrefaçon de marque ou de dessins et modèles peut se révéler parfois difficile, celle d'un brevet revêt un caractère encore plus problématique au regard des aspects scientifiques qu'il comporte.

Ce nouveau texte permet indéniablement de favoriser l'intervention des douanes. Ainsi, l'on peut espérer que les autorités douanières soient de plus en plus considérées comme un acteur indispensable de la coopération. En effet, il convient de renforcer les liens entre les entreprises et les autorités administratives.

III. – LES MOYENS DE LA LUTTE ANTI-CONTREFAÇON

A. – Efficacité théorique du système français

Les titulaires de droits de propriété intellectuelle sont principalement protégés en France par les législations sur le droit d'auteur, les marques, les brevets, les dessins et modèles.

Les droits qui leur sont conférés fondent les actions exercées devant les tribunaux.

1° Référé

En matière d'action en contrefaçon, la procédure française a prévu le recours à un référé particulier distinct du référé de droit commun des articles 872 et 873, alinéa 1, du Nouveau code de procédure civile.

Ainsi, l'article L. 716-6 du Code de la propriété intellectuelle prévoit :

« Lorsque le tribunal est saisi d'une action en contrefaçon, son président, saisi et statuant en la forme des référés, peut interdire, à titre provisoire, sous astreinte, la poursuite des actes argués de

contrefaçon, ou subordonner cette poursuite à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du propriétaire de la marque ou du bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation ».

Cette forme est très adaptée au délit fuyant de la contrefaçon et permet de stopper rapidement une situation d'atteinte dont on a connaissance. Elle est fréquemment utilisée par les marques de l'industrie du luxe car la preuve incontestable de la contrefaçon n'est pas requise, seuls des éléments suffisants concernant le délit et établissant le caractère sérieux de la demande sont exigés.

2° Saisie-contrefaçon

Le système français dispose d'un moyen de preuve efficace et rapide, la saisie-contrefaçon. Cette mesure d'instruction vaut pour tous les droits de propriété intellectuelle, elle est une procédure non contradictoire par laquelle la victime d'une contrefaçon ou son ayant droit, obtient en justice le concours de l'autorité compétente pour placer sous main de justice, le matériel, les supports et les recettes afférentes au délit.

Pour être valable, la saisie-contrefaçon doit être suivie d'une procédure au fond, intentée dans les quinze jours de la saisie. Cette obligation n'est que le pendant de l'efficacité d'une telle mesure qui autorise le requérant à pénétrer, au besoin à l'aide de la force publique, à l'intérieur de l'entreprise, voire au domicile d'autrui, à compiler, inventorier, copier ses archives, à saisir, à décrire ce qui est argué de contrefaçon sans que les victimes de ces intrusions ne puissent s'y opposer (cf. CA Paris, 4^e ch., sect. A, 24 mars 1993, SARL Biomécanique intégrée c/ SA Meta Ceram, D. 1993, I.R., p. 141).

B. – Durcissement européen

Les institutions européennes ont proposé en janvier 2003 deux propositions de texte :

- Proposition de règlement concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard des marchandises soupçonnées d'être contrefaisantes ;
- Proposition de directive relative aux mesures et aux procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.

La première proposition est devenue le Règlement n° 1383/2003/CE du Conseil du 22 juillet 2003, applicable au 1^{er} juillet 2004, qui remplace le Règlement n° 3295/1994/CE du Conseil du 22 décembre 1994.

Quant à la seconde proposition, elle a été adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 26 avril 2004 et devrait être publiée sous peu au *Journal officiel de l'Union européenne*.

La politique européenne s'articule autour de deux axes : l'harmonisation et la coopération.

1° Harmoniser

L'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle est quasiment aboutie sur la portée et sur les conditions de la protection accordée par les titres de propriété industrielle, toutefois, force est de

constater qu'elle ne concerne toujours pas les dispositions relatives aux sanctions de la contrefaçon. Dans ce domaine en effet, subsistent des spécificités propres à chaque Etat, ce qui provoque certaines distorsions face à la croissance des titres transnationaux.

Concernant l'objectif européen d'harmonisation, le Règlement douanier n° 1383/2003/CE du Conseil du 22 juillet 2003 induit certaines avancées considérables en pratique :

- appréhension par les douanes de nouveaux droits de propriété intellectuelle comme les obtentions végétales, les indications géographiques et les appellations d'origine ;
- amélioration de la qualité des informations fournies par le titulaire de droits aux autorités douanières dans le cadre d'une demande d'intervention douanière ;
- suppression des redevances et des garanties pour permettre aux petites et moyennes entreprises (PME) d'avoir recours à l'intervention des douanes sans frais ;
- possibilité pour les douanes d'intervenir à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle, la procédure « *ex officio* » sera désormais possible à l'égard de motifs suffisants de soupçonner le caractère contrefaisant ou piraté de la marchandise ;
- droit d'information accru au profit des titulaires de droits, lors des interventions douanières ;
- remise d'échantillons des contrefaçons au titulaire de droit afin de faciliter les éventuelles poursuites judiciaires ;
- destruction des marchandises de fraude avec l'accord du détenteur permettant ainsi d'éviter toute procédure au fond et de réduire les coûts ;
- attention accrue portée aux bagages des voyageurs en cas de soupçon d'un trafic plus vaste de type fourni.

L'objectif d'harmonisation de lutte anti-contrefaçon est de parvenir au-delà des Accords sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de 1994, n'ayant prévu que des dispositions minimales voire facultatives pour les Etats.

2° Coopérer

En terme de contrefaçon comme en tout, l'union fait la force.

La coopération est le mot d'ordre de la politique à mener face à une épreuve comme celle de la contrefaçon.

La coopération des entreprises est devenue une priorité, elles sont les seules à pouvoir permettre de démanteler les réseaux de contrefaçon. Sans leur aide, notamment concernant la connaissance des modèles contrefaits, la police ou les douanes ne peuvent mettre à mal cette criminalité.

Il est donc essentiel de recommander une coordination internationale et une coopération avec les titulaires de droit ; les entreprises doivent être actives sur tous les territoires, il ne doit plus demeurer des zones de non-droit, il faut lutter contre les disparités

qui empêchent depuis des années de combattre efficacement la contrefaçon à l'échelon mondial. Il convient donc d'insister sur l'importance des acteurs de la coopération. La directive récemment adoptée par les autorités européennes ainsi que le nouveau règlement accordent à cette coopération, une priorité.

« L'industrie du luxe souffre beaucoup de la contrefaçon et, ce, depuis des années. Face à ce problème, des actions marquantes ont déjà été menées. »

Ces liens entre les autorités publiques et les acteurs privés (les entreprises) sont essentiels dans la lutte anti-contrefaçon. Les organisations, les douanes sont les relais de la politique à mener. Il est du devoir des pouvoirs publics, d'inciter les victimes d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle, à dénoncer le fléau de la contrefaçon.

C. – Moyens techniques et de communication

Une nécessaire information du public doit être mise en œuvre dans le cadre de la lutte anti-contrefaçon, tout comme la mise au point de mesures techniques.

1° Sensibilisation de la clientèle

Un des principaux problèmes de la lutte anti-contrefaçon est le manque d'information et de sensibilisation du public face à ce délit.

Le public est conscient de l'existence d'objets contrefaisants mais n'a aucune idée des risques encourus par l'achat de ces produits. Les risques sont variés, ils vont de la baisse du chiffre d'affaires des industriels à la perte d'emploi, en passant par la mise en danger d'autrui ou l'absence de satisfaction escomptée d'un produit.

Face à ce constat, les campagnes de communication sont pléthores. Des organismes comme le CNAC, le Comité Colbert ou l'Union des fabricants, ont mis au

point une politique de sensibilisation de la clientèle. Cette politique se compose d'affiches d'information, de l'organisation de la semaine anti-contrefaçon, des chroniques d'information diffusées à la radio, sur le site internet <www.contrefaçon-danger.com>, et des dépliants diffusés au grand public.

2° Mesures techniques

L'industrie du luxe souffre beaucoup de la contrefaçon et, ce, depuis des années. Face à ce problème, des actions marquantes ont déjà été menées. On se souvient toujours du tank venu Place Vendôme écraser les modèles de montres Cartier contrefaisants.

Mis à part ce genre d'action coup de poing, l'industrie du luxe commence à penser à d'autres types de protection comme les hologrammes ou les micro-puces. Ces moyens techniques permettraient une identification et, surtout, une authentification des modèles et des griffes des marques. Ils sont utilisés notamment en matière de nucléaire. Cette solution intéresse déjà de près les grandes marques d'horlogerie, victimes de contrefaçons de plus en plus parfaites.

A terme, on comprend que le but est de rendre de plus en plus compliquée la contrefaçon parfaite. Aujourd'hui, c'est elle qui nuit le plus aux grandes marques.

Conclusion

Le cadre interne et européen de lutte anti-contrefaçon est en pleine mutation. La France prépare actuellement un projet de loi transposant le contenu de la récente directive européenne.

Cette directive du Conseil, adoptée plus rapidement que certains le laissaient croire jusqu'alors, ne répond pas à tous les objectifs initialement fixés. En effet, ce texte a fait l'objet de compromis et les dispositions d'harmonisation du droit pénal envisagées ont été balayées, faute de compétence à légiférer en cette matière.

Néanmoins, la lutte conserve une certaine unité et se concentre sur plusieurs objectifs qui tendent à la fois à sensibiliser la clientèle et les entreprises, tout en instaurant une coopération des différents acteurs.

Nul ne sait si la détermination des gouvernements et des institutions européennes suffira à éradiquer le fléau de la contrefaçon, mais les moyens de lutter seront en place. ■

Propriété intellectuelle : la défense du savoir-faire et de l'image de marque des maisons de luxe

Le produit d'une maison de luxe est un objet de propriétés intellectuelles : issu d'un travail créatif, mettant en œuvre des procédés de fabrication et parfois des fonctionnalités hors du commun, il est ensuite le support d'une marque autour de laquelle sa promotion et sa distribution vont s'organiser.



► Frédéric
Dumont

Avocat
à la Cour

Cabinet Deprez
Dian Guignot

PLAN DE L'ETUDE

I. – LA DEFENSE DU SAVOIR-FAIRE MIS EN ŒUVRE PAR LES PRODUITS DE LUXE A TRAVERS L'ENSEMBLE DES DROITS INTELLECTUELS

A. – La protection sans dépôt des produits de luxe

B. – Les stratégies de dépôt des maisons de luxe

II. – LA DEFENSE DE L'IMAGE DE MARQUE D'UNE MAISON DE LUXE A TRAVERS LA PROTECTION DES MARQUES NOTOIRES

A. – La qualification de marque notoire dans le contexte du luxe

B. – Précisions récentes quant au régime juridique des marques notoires intéressant l'industrie du luxe

4486



- LUXE
- PROPRIETE INTELLECTUELLE
- CONCURRENCE DELOYALE
- PARASITISME

Le secteur du luxe contribue d'ailleurs largement à l'élaboration du droit de la propriété intellectuelle, aussi bien de textes spéciaux, telle la loi n° 52-300 du 12 mars 1952 sur la protection de « l'industrie saisonnière de l'habillement et de la parure », que transversaux, comme le récent règlement communautaire n° 1383/2003/CE du 22 juillet 2003 relatif à l'intervention des douanes sur les importations de produits contrefaisants (voir Buisson A., Cadre interne et euro-

péen de lutte anti-contrefaçon, au n° 4485 du présent Supplément). Il s'agit d'apprécier dans quelle mesure, en retour, la propriété intellectuelle et son corollaire, la concurrence déloyale et parasitaire, offrent au luxe les armes juridiques dont il a besoin.

Nul besoin de s'attarder sur le préjudice considérable causé à ce secteur par la contrefaçon et l'imitation servile. La copie ruine le modèle économique du luxe, modèle fondé sur un paradoxe qui a souvent été relevé : « *Etymologiquement, allant du lux (...) à la luxuria, le luxe a perpétuellement balancé entre ces deux pôles du paraître et de l'être* » (Castarède J., *Le Luxe*, collection Que Sais-Je ?, PUF, 2003). Ainsi, dans un premier temps, le produit de luxe se caractérise par un « *savoir-faire* » particulier, esthétique et parfois technique, qui lui permet de se

distinguer par la qualité, et donc de dégager des marges exceptionnelles : « *est luxueux tout ce qui est rare, c'est-à-dire tout ce qui n'est ni commun ni courant* ». Ensuite, la maison de luxe construit autour de ce savoir-faire une image de marque susceptible d'être déclinée sur de plus grands volumes : « *on n'achète pas un objet mais un signe. On quitte l'univers matériel pour entrer dans l'univers mental* » (Castarède J., précité).

Au plan juridique, on retrouve cette dualité produit / signe relativement aux atteintes diverses portées aux maisons de luxe et à leurs produits : tandis que la défense du savoir-faire et de la qualité des produits de luxe est assurée par l'ensemble des droits intellectuels et incorporels, de manière indirecte et finalement imparfaite (I), la protection de l'image de marque d'une maison de luxe bénéficie du régime juridique exorbitant des marques renommées, tel qu'il découle des dernières jurisprudences communautaires (II).

I. – LA DEFENSE DU SAVOIR-FAIRE MIS EN ŒUVRE PAR LES PRODUITS DE LUXE A TRAVERS L'ENSEMBLE DES DROITS INTELLECTUELS

Le produit de luxe est celui qui, mettant en œuvre un savoir-faire spécial, est doté d'une qualité qui le distingue du produit de grande consommation. Ce critère de qualité factuel et subjectif (qu'est-ce qu'une montre, un parfum... « *de luxe* » ?) a accédé au rang de concept juridique depuis qu'il est utilisé, en aval de la fabrication du produit, pour déterminer si sa distribution peut s'effectuer dans le cadre d'un réseau sélectif. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes réserve ce mode de distribution aux produits « *de haute qualité et technicité* » (CJCE, 25 oct. 1977, aff. 26/76, Metro SB-Grossmarkete GmbH & Co. KG c/ Commission des communautés européennes, Rec. CJCE, p. 1875). Les produits de « *haute qualité* » recourent très exactement le secteur du luxe (cf. CJCE, 10 juill. 1980, aff. 99/79, SA Lancôme et Cosparfrance Nederland BV c/ Etos BV et Albert Heyn Supermante BV, Rec. CJCE, p. 2511 ; TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-19/92, Groupement d'achat Edouard Leclerc c/ Commission des Communautés européennes, Rec. CJCE, p. 1851 ; TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-88/92, Groupement d'achat Edouard Leclerc c/ Commission des Communautés européennes, Rec. CJCE, p. 1961).

Clé de l'accès à la distribution sélective, le savoir-faire est donc pour une maison de luxe un actif essentiel qu'elle doit défendre, tant vis-à-vis de ses partenaires contractuels (sur ce point, voir Coiquaud M. et Dany M., La distribution sélective des produits de luxe, au n° 4483 du présent Supplément) que vis-à-vis des tiers. A cet égard, devant le peu d'effectivité des protections offertes par le secret, d'une part, et le droit d'auteur, d'autre part (A), les maisons de luxe recourent à une stratégie de dépôts de droits de propriété intellectuelle tous azimuts, couvrant non le savoir-faire lui-même mais ses expressions formelles et fonctionnelles (B).

A. – La protection sans dépôt des produits de luxe

Avant d'accéder, pour certaines d'entre elles, à une production de type industriel, les maisons de luxe sont issues de l'artisanat. Cette composante ne quitte d'ailleurs jamais un groupe de luxe, aussi vaste soit-il, au sein duquel cohabitent des équipes marketing avec des ateliers de haute joaillerie, de haute couture, selon le métier considéré.

Produit d'atelier, le produit de luxe est conçu dans la confidentialité et le secret, protections traditionnelles du savoir-faire (1°) ; mais, une fois mis en œuvre et divulgué, ce savoir-faire s'incarne dans une forme originale, protégée par le droit d'auteur (2°).

« Le produit de luxe est celui qui, mettant en œuvre un savoir-faire spécial, est doté d'une qualité qui le distingue du produit de grande consommation. »

1° Le luxe et le secret

Le « *savoir-faire* » est traditionnellement défini comme étant « *un ensemble de connaissances techniques (renseignements, conseils, connaissances de procédés, de fabrication ou de vente, etc.), un certain savoir-faire industriel ou commercial assez original pour être objet d'appropriation ou de transfert, qui ne constitue pas par lui-même un procédé brevetable, mais dont le caractère secret doit être respecté* » (Cornu G., Vocabulaire juridique, PUF, 2002).

Dans le contexte du luxe, cette notion s'entend de tout ce qui confère à un produit une qualité particulière, justifiant son prix élevé.

On mesure immédiatement la faiblesse d'une protection fondée sur le secret appliquée au produit lui-même : l'obligation négative pesant sur le détenteur du savoir-faire, consistant en un devoir d'abstention, celui de ne pas le divulguer, s'affaiblit jusqu'à s'éteindre lors de la mise sur le marché du produit, car il est alors aisé à un acteur économique de reproduire ses caractéristiques. C'est pourquoi le secret protège davantage le procédé de fabrication que le produit lui-même, comme le prévoit l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui sanctionne pénalement « *le fait, par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication* ».

C'est surtout au plan civil, par l'action en concurrence déloyale et parasitaire, que se situe la protection du savoir-faire. A la différence du texte pénal précité, la responsabilité délictuelle permet de faire sanctionner le comportement de tiers qui, « *sans bourse délier* », s'approprieraient le savoir-faire d'une maison de luxe en reprenant les caractéristiques de ses produits. Mais on connaît les limites de cette action : théoriques, d'une part, elle heurte le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; pratiques, d'autre part, elle implique des difficultés de preuve souvent insurmontables.

Cependant, il ne faut pas négliger l'importance du secret pour certains métiers du luxe. En particulier des fragrances et compositions de grands parfums, secrets bien gardés des parfumeurs. Mais si les

parfums peuvent trouver une protection naturelle par l'action en concurrence déloyale et parasitaire, elle est amenée à devenir simplement résiduelle depuis que l'accès au droit d'auteur leur a été accordé (cf. CA Paris, 4^e ch., sect. B, 18 mai 1989, n° 87-005510, D. 1990, jur., p. 340).

2° Le luxe et le droit d'auteur

Il n'est pas nécessaire de discuter longtemps de la faculté de protéger par le droit d'auteur un produit de luxe. Nul besoin à cet égard de rappeler les grands principes du droit d'auteur en France : la théorie de l'unité de l'art assimilant l'objet fonctionnel à l'œuvre d'art, l'indifférence au mérite (cf. C. propr. intell., art. L. 112-1)... Il suffit de constater qu'un produit de luxe relève en principe et par définition, sinon des « beaux-arts », en tout cas de l'univers de la création. La loi précitée du 12 mars 1952 avait prévu un dispositif de protection spécifique au bénéfice du secteur. « *Un brin désuète* » (cf. Gautier P.-Y., Propriété littéraire et artistique, PUF, 4^e éd., 2001, n° 70), cette loi a été abrogée lors de la codification de 1992, en laissant subsister à l'article L. 112-2-14^o du Code de la propriété intellectuelle, parmi la liste non exhaustive des œuvres protégeables, « *les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure* ».

Au-delà de ce texte spécial, il va donc de soi qu'une maison de luxe est fondée à se défendre sur le terrain du droit d'auteur contre l'imitation de son savoir-faire, une fois que celui-ci se matérialise dans une forme originale et, ce, « *du seul fait de sa réalisation* » (C. propr. intell., art. L. 111-2). Les exemples jurisprudentiels relatifs au secteur sont innombrables. Plutôt que d'en faire l'inventaire, on se limitera à l'évocation du jugement rendu par le Tribunal de commerce de Paris le 24 septembre 1999, qui a accordé à une formule de parfum (« *Angel* » de Thierry Mugler) la protection du droit d'auteur, au terme d'une motivation remarquable : « *la création de nouveaux parfums est le fruit d'une véritable recherche artistique, souvent longue, par des créateurs spécialisés. Il s'agit donc indéniablement d'une œuvre de l'esprit. Le terme de formule ne saurait tromper par son aspect technique, et pourrait tout aussi bien être comparé à une partition, qui permet de reproduire une musique comme une formule permet de reproduire une fragrance* ». Cette décision illustre le caractère ténu de la frontière entre le droit d'auteur et le savoir-faire en la matière : l'artisan du secteur, le « nez », est vu comme un « *créateur spécialisé* » ; son savoir-faire, une fois matérialisé dans une formule, accède à la qualification d'« *œuvre originale* ».

Mais le droit d'auteur ne va pas sans poser de difficultés aux maisons de luxe. En particulier, celles-ci sont confrontées, comme toutes les entreprises vivant du design, au régime contraignant des créations salariées en France. Les difficultés liées à la prohibition des cessions globales d'œuvres futures (cf. C. propr. intell., art. L. 131-1), d'une part, et au principe d'une rémunération proportionnelle due à l'auteur-salarié (cf. C. propr. intell., art. L. 131-4), d'autre part, constituent à n'en pas douter une charge pesant lourdement sur les maisons de luxe françaises dans un

contexte de compétition internationale. Les aménagements contractuels permis par la jurisprudence ne répondent que très imparfaitement au problème (cf., par exemple, Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1986, n° 83-13.114, JCP éd. G 1987, I, n° 3312, n° 26, obs. Edelman B. ; CA Lyon, 28 nov. 1991, Gaz. Pal. 1992, 1, p. 275).

Il est vrai qu'à l'égard des tiers, une maison de luxe bénéficie généralement d'une présomption de titularité des droits sur un produit qui a été conçu sous son autorité et qu'elle a pris l'initiative de divulguer et de commercialiser sous sa marque. De sorte que les critères de l'« *œuvre collective* » (C. propr. intell., art. L. 113-2, al. 3, et L. 113-5) seront souvent remplis.

C'est précisément pour résoudre les difficultés de preuve de la titularité des droits que les maisons de luxe ont développé une stratégie de dépôt de leurs produits.

B. – Les stratégies de dépôt des maisons de luxe

Pour donner à leur « *savoir-faire* » un caractère de droit privatif plus affirmé, les maisons de luxe trouvent dans la propriété industrielle un arsenal très riche.

1° On mentionne les brevets pour mémoire : le luxe se situe davantage dans l'univers des formes que dans celui de la technique, encore que certains métiers (la haute horlogerie, par exemple) se situent à mi-chemin. Plus que le produit lui-même, c'est le processus de fabrication d'un produit de luxe qui, s'il présente les caractères de nouveauté, d'activité inventive et d'application industrielle (cf. C. propr. intell., art. L. 611-10), pourra donner lieu à un brevet, dit « *de procédé* ». Cela suppose naturellement que la maison de luxe fasse le choix stratégique de divulguer son savoir-faire, plutôt que de le garder secret.

2° Le dépôt du produit à titre de dessin ou modèle de « *l'apparence d'un produit ou d'une partie de produit* » (C. propr. intell., art. L. 511-1) offre à la maison de luxe une protection qui vient se superposer au droit d'auteur, sans s'y substituer (cf. C. propr. intell., art. L. 513-2). A cet égard, la réforme récente du Livre V du Code de la propriété intellectuelle, par l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 transposant la directive n° 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998, ne modifie pas substantiellement l'état du droit français. Les critères de protection de l'article L. 511-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que « *Seul peut être protégé le dessin ou modèle qui est nouveau et présente un caractère propre* », ont fait couler beaucoup d'encre (cf. Humblot B., Nouveauté, caractère propre : un fauteuil pour deux, JCP éd. E 2003, n° 902). Il s'agit d'une discussion assez théorique : en pratique, un modèle original au regard du Livre I du Code de la propriété intellectuelle bénéficiera à n'en pas douter de la protection du Livre V.

Conférant à son titulaire une protection relativement courte (5 ans, certes renouvelables jusqu'à 25 ans), la « *valeur ajoutée* » du dessin et modèle à l'égard du droit d'auteur réside dans la sécurité juridique inhérente à tout titre de propriété industrielle : date d'antériorité, présomption solide de titularité des droits...

3° Enfin, *last but not least* dans ce panorama des droits intellectuels : le droit de marque peut porter sur le produit lui-même ou son conditionnement (cf. C. propr. intell., art. L. 711-1), pour autant que la forme ne soit pas « imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle » (C. propr. intell., art. L. 711-2). Ces dispositions permettent ainsi de protéger à titre de marque un motif particulier de tissu, une partie de chaussure « avec un aspect contrastant », un flacon, dès lors qu'il « est arbitraire et de fantaisie » (CA Paris, 4^e ch., 25 oct. 1990, PIBD 1991, III, p. 312 ; CA Paris, 4^e ch., 10 avr. 1956, JCP éd. G 1956, II, n° 9545)...

On voit bien le profit qu'une maison de luxe peut tirer d'une protection de la forme de ses produits ou de ses emballages par un titre de propriété industrielle qui, par le jeu des renouvellements, peut perdurer éternellement. C'est un premier aperçu du caractère « exorbitant » de ce droit, pour le plus grand intérêt du secteur.

II. – LA DEFENSE DE L'IMAGE DE MARQUE D'UNE MAISON DE LUXE A TRAVERS LA PROTECTION DES MARQUES NOTOIRES

Si l'on excepte quelques maisons qui continuent d'exercer dans la confidentialité, pour une clientèle ciblée, la tendance dominante est à leur intégration au sein de grands groupes industriels distribuant, autour d'une marque ombrelle prestigieuse, des produits plus accessibles. L'exemple de Cartier est sou-

« Les maisons de luxe sont d'autant plus fondées à défendre leur image et celle de leurs produits à travers la protection des marques notoires ou renommées (...) que la jurisprudence récente les y encourage très fortement (...). »

vent cité pour illustrer cette stratégie : partie de produits de la haute joaillerie destinés à un petit cercle de clients fortunés, cette maison de luxe s'est diversifiée sous la marque « Must », en veillant à préserver son image.

Les dernières jurisprudences démontrent qu'en plus de sa fonction traditionnelle de garantie d'origine, le droit de marque a également celle de porter l'image d'une entreprise et de ses produits. Le concept d'image de marque, souvent vu sous l'angle de l'action en concurrence déloyale ou de l'évaluation du

préjudice (cf. Maccioni H., L'image de marque, Economica, 1996, JCP éd. G, 1999, I, n° 3934 ; Mussenbaum M., Evaluation du préjudice, JCP éd. E 1993, I, n° 303), fait partie intégrante du droit des marques.

C'est ce qu'a jugé, par exemple, la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt « Dior/ Evora » du 4 novembre 1997. Interrogée sur la faculté pour le titulaire d'une marque de luxe de contrôler son usage publicitaire par ses revendeurs, la Cour considère que « s'agissant d'une espèce telle que celle en cause au principal, qui concerne des produits de luxe et de prestige, le revendeur ne doit pas agir d'une façon déloyale à l'égard des intérêts légitimes du titulaire de la marque. Il doit donc s'efforcer d'éviter que sa publicité n'affecte la valeur de la marque en portant préjudice à l'allure et à l'image de prestige des produits en cause ainsi qu'à la sensation de luxe qui émane de ceux-ci » (CJCE, 4 nov. 1997, aff. C-337/95, Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV c/ Evora BV, point 45).

Les maisons de luxe sont d'autant plus fondées à défendre leur image et celle de leurs produits à travers la protection des marques notoires ou renommées (étant rappelé qu'une marque « notoire » est une marque renommée non enregistrée) que la jurisprudence récente les y encourage très fortement, tant concernant cette qualification (A) que son régime juridique (B).

A. – La qualification de marque notoire dans le contexte du luxe

Depuis l'arrêt « Chévy », une marque notoire ou renommée se définit comme « une marque connue d'une fraction significative du public concerné par les produits ou services qu'elle désigne » (CJCE, 14 sept. 1999, aff. C-375/97, Général Motors Corporation c/ Iplon SA, RTD com. 2000, p. 87, obs. Azéma J. et Galloux J.-C. ; CA Paris, 25 févr. 2000, 4^e ch., PIBD 2000, III, p. 259). Cette solution rompt avec l'ancienne définition, plus exigeante, selon laquelle « la marque de renommée doit se définir comme une marque connue d'une très large fraction du public et qui exerce un pouvoir d'attraction propre indépendamment des produits et services qu'elle désigne » (cf. CA Paris, 17 janv. 1996, 4^e ch., PIBD 1996, III, p. 155).

La nouvelle définition a fait l'objet de nombreuses applications récentes en jurisprudence dans le secteur du luxe. Ainsi, il a été précisé, s'agissant de la marque « Azzaro », que « compte tenu des produits désignés – produits de haute couture – le public concerné se définit comme le grand public et non comme un public de spécialistes » (CA Paris, 26 janv. 2001, 4^e ch., D. 2002, p. 1132, obs. Durande S.).

Ainsi, par combinaison des décisions précitées, on peut considérer qu'une marque de luxe est notoire (ou renommée) si elle est connue d'une fraction significative du grand public, peu importe que les produits ou services qu'elle couvre soient inaccessibles à ce public : il a en effet été jugé que « la notoriété d'une marque ne se mesure pas au nombre de personnes disposant des moyens de se procurer les produits qu'elle couvre, les progrès de la commercialisation faisant que des produits de très grand luxe

sont désormais connus d'une très grande partie du public pour lequel, en raison de leur cherté, ils demeurent inabordable» (TGI Paris, 14 nov. 2000, PIBD 2001, III, p. 107, marque « Hilton » ; cf., déjà, CA Paris, 18 févr. 1993, PIBD 1993, III, p. 393, « Yquem »).

Dès lors, l'ampleur du budget publicitaire consacré à la promotion de la marque est le critère déterminant dans l'appréciation de sa notoriété, critère auquel s'ajoutent des indices plus factuels, tels que l'ancienneté de l'usage, son rayonnement géographique, etc. (cf. CA Paris, 28 mai 2001, D. 2002, p. 1132, obs. Durande S., marque « Chaumet »).

Dans une perspective contentieuse, il convient de rappeler que si l'appréciation de la notoriété d'une marque relève *in fine* de l'appréciation souveraine (et subjective...) du juge, la preuve de cette notoriété incombe à celui qui l'invoque (cf. Cass. com., 16 janv. 1990, n° 88-10.856, Ann. propr. ind. 1990, p. 5 ; CA Paris, 20 sept. 2000, 4^e ch., PIBD 2001, III, p. 9).

La pratique révèle une réalité très favorable à l'industriel du luxe, dont on constate qu'il bénéficie d'une quasi-présomption de renommée. La preuve de la notoriété se rapporte par tous moyens et les tribunaux se contentent généralement d'une pige publicitaire démontrant la promotion intense de la marque (cf. CA Paris, 22 sept. 2000, Ann. propr. ind. 2001, p. 52).

B. – Précisions récentes quant au régime juridique des marques notoires intéressant l'industrie du luxe

Détentrice de marques renommées ou notoires à force d'investissements publicitaires, la maison de luxe accède à un degré de protection très supérieur à celui du détenteur de marques ordinaires, pour s'opposer à l'usage qui en serait fait par un tiers pour des produits identiques ou similaires (1^o) ou non similaires (2^o). Ce régime juridique est d'origine purement prétorienne, puisqu'il a été construit au fil des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes exposées ci-après.

1^o L'usage d'une marque notoire pour des produits ou services identiques ou similaires

a) L'action en contrefaçon facilitée par le caractère notoire de la marque : l'arrêt « Canon »

Lorsque l'action en contrefaçon de marque suppose, sur le fondement de l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, l'appréciation d'un « *risque de confusion* » pour faire sanctionner « (...) a) la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ; b) l'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement », une maison de luxe pourra faire jouer le caractère renommé de sa marque dans cette appréciation.

En effet, sous l'influence de la jurisprudence communautaire (cf. les arrêts fondateurs : CJCE, 11 nov. 1997, aff. C-

251/95, SABEL BN c/ Puma AG Rudolf Dassler Sport, RTD eur. 1998, p. 605, obs. Bonet G. ; CJCE, 29 sept. 1998, aff. C-39/97, Canon Kabushiki Kaisha et Metro-Goldwyn Mayer, RTD eur. 2000, p. 100 ; CJCE, 22 juin 2000, aff. C-425/98, Marca Moda c/ Adidas AG et Adidas Benelux BV, PIBD 2000, III, p. 513), le degré de notoriété de la marque antérieure compte aujourd'hui parmi les critères d'appréciation du risque de confusion, selon un « *considérant* » de principe :

« *Le risque de confusion doit être apprécié globalement en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce. L'appréciation globale implique une certaine interdépendance entre les facteurs pris en compte. Par exemple, un risque de confusion peut être constaté, malgré un moindre degré de similitude entre les produits ou services désignés, lorsque la similitude des marques est grande et que le caractère distinctif de la marque antérieure, et en particulier sa renommée, est fort* » (CJCE, 29 sept. 1998, aff. C-39/97, précité).

Indépendamment des réserves théoriques que suggère ce raisonnement (notamment l'utilisation de la notoriété d'une marque comme élément de sa distinctivité), il faut reconnaître que ces décisions ont consacré, de fait, la distinction rejetée jusqu'alors en droit français entre les marques fortes et les marques faibles. Une telle distinction ne peut que jouer au bénéfice du secteur du luxe, terrain d'élection des marques fortes.

Les tribunaux français se sont conformés aux directives d'interprétation des juridictions communautaires : « *L'appréciation du risque de confusion dépend de la connaissance de la marque sur le marché considéré* » (CA Paris, 15 janv. 1999, Ann. propr. ind. 1999, p. 277 ; implicitement : CA Paris, 24 janv. 2001, 4^e ch., JCP éd. E 2002, n° 1164, n° 8, « Ó » de Lancôme).

Ainsi, dans le cadre d'une action en contrefaçon, une marque de luxe peut compenser par sa notoriété une faible similitude des signes, d'une part, et/ou des produits et services, d'autre part, pour ouvrir droit plus efficacement à une condamnation.

b) Le bénéfice de la protection spéciale en cas d'usage d'une marque notoire pour des produits et services identiques ou similaires : l'arrêt « Davidoff »

Le caractère notoire des marques de luxe leur donne accès à une protection spéciale, en plus de l'action en contrefaçon, exposée ci-après (voir, *infra*, 2^o), prévue par l'article 5, paragraphe 2, de la directive n° 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 sur les marques et transposée en droit français à l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle. Cette protection permet au titulaire de telles marques de déroger au principe de spécialité, en faisant sanctionner leur usage pour des produits et services non similaires. Or, de façon remarquable, dans son arrêt « Davidoff » du 9 janvier 2003, la Cour de justice des Communautés européennes a étendu cette protection spéciale aux hypothèses d'usage de la marque pour des produits et services identiques ou similaires, c'est-à-dire sur le terrain traditionnel de l'action en contrefaçon (cf. CJCE, 9 janv. 2003, aff. C-292/00, Davidoff & Cie SA et Zino Davidoff SA c/ Gofkid Ltd).

La société Davidoff commercialise sous cette marque renommée des produits de luxe (cigares, alcools...).

Elle veut faire interdiction à une société de commercialiser, sous une marque semi-figurative « *Durfee* », des produits dont certains sont identiques et d'autres similaires à sa marque renommée, au motif « *qu'elle se serait intentionnellement inspirée de celle-ci [compte tenu de la typographie utilisée] afin de tirer profit de sa haute valeur de prestige* ». Les juridictions nationales du fond rejettent l'action en contrefaçon, faute de risque de confusion entre les signes.

Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de justice des Communautés européennes considère « *que la marque renommée doit bénéficier, en cas d'usage d'un signe pour des produits ou des services identiques ou similaires, d'une protection au moins aussi étendue qu'en cas d'usage d'un signe pour des produits ou des services non similaires* » (CJCE, 9 janv. 2003, aff. C-292/00, précité, point 26).

La Cour donne une portée générale à la protection spéciale de l'article 5, paragraphe 2, de la directive. A l'objection selon laquelle dans ces situations, cette protection peut déjà être obtenue par l'action en contrefaçon de marque, la Cour répond que cette action ne peut être utilisée « *dans des circonstances qui excluraient un risque de confusion* », sous-entendant que la protection spéciale n'implique pas la preuve de ce risque (cf. CJCE, 9 janv. 2003, aff. C-292/00, précité, point 29). Au final, les maisons de luxe bénéficient de deux protections en cas d'imitation de leur marque renommée pour des produits ou services analogues : l'action en contrefaçon, soumise à la démonstration d'un risque de confusion et, depuis l'arrêt « *Davidoff* », la protection spéciale prévue par l'article 5, paragraphe 2, de la directive, en l'absence de risque de confusion.

Si l'on ne peut que se réjouir pour l'industrie du luxe de cette abondance d'actions, cela ne va pas sans laisser perplexe. En particulier, on peut se demander si la protection spéciale ne va pas, en pratique, se substituer à l'action en contrefaçon pour l'imitation de marques renommées, puisqu'elle permet de s'affranchir de la condition de risque de confusion.

2° La protection spéciale des marques notoires pour des produits et services non similaires

L'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle, issu de l'article 5, paragraphe 2, de la directive communautaire n° 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988, offre au titulaire d'une marque renommée, en plus de l'action en contrefaçon de marque, une action en responsabilité civile spéciale pour l'emploi de sa marque pour des produits ou services non similaires :

« *L'emploi d'une marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur s'il est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cet emploi constitue une exploitation injustifiée de cette dernière* ».

- a) Une protection « *sur mesure* » pour l'industrie du luxe

Sur le fondement de ce texte, le fabricant de produits de luxe peut ainsi déroger au principe de spécialité

selon lequel le monopole d'exploitation conféré par le signe distinctif ne porte que sur les produits et services visés au dépôt, et faire sanctionner le fait pour un acteur économique de tirer profit de la renommée associée à sa marque pour commercialiser des produits non similaires aux siens.

« Au final, les maisons de luxe bénéficient de deux protections en cas d'imitation de leur marque renommée pour des produits ou services analogues (...) »

Un bref inventaire de jurisprudence permet de mesurer à quel point ce texte est étroitement lié à l'industrie du luxe. Ainsi, avant même la transposition de la directive précitée, le droit français avait déjà sanctionné sur le droit commun de la responsabilité civile, le fait de commercialiser des cigares sous le nom « *Yquem* » (cf. CA Bordeaux, 20 janv. 1983, PIBD 1984, n° 347) ; des jeux de courses de voitures sous le nom « *Porsche* » (TGI Paris, 19 nov. 1992, PIBD 1993, n° 540, III, p. 218) ; d'utiliser l'appellation « *Champagne* » pour désigner du tabac (cf. CA Paris, 5 mars 1984, Ann. propr. ind. 1985, p. 161) puis du parfum (cf. CA Paris, 15 déc. 1993, JCP éd. E 1994, II, n° 540), etc.

Après l'entrée en vigueur de l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle, les tribunaux sont venus préciser le contour des deux critères alternatifs prévus par ce texte, dans des affaires mettant en jeu l'atteinte à des marques de luxe :

(i) S'agissant du préjudice exigé par ce texte, « *il est réalisé lorsque l'utilisation de la marque notoire a pour conséquence d'avilir ou d'affaiblir le pouvoir distinctif ou attractif d'une marque et d'entraîner sa vulgarisation* » (CA Angers, 7 juin 1996, n° 9501433, PIBD 1996, III, p. 530, « *Château Yquem* » ; confirmé par Cass. com., 20 oct. 1998, n° 96-18.630, PIBD 1999, III, p. 29 ; ou encore CA Paris, 25 mars 1998, PIBD 1999, III, p. 229, « *Petrossian* »). On voit bien par conséquent que l'action spécifique prévue par ce texte a exactement pour objet de faire sanctionner le détournement et, du même coup, l'atteinte portée à l'image de marque d'un produit de luxe.

(ii) Par ailleurs, « *l'exploitation injustifiée consiste à bénéficier indûment de la renommée* » d'une marque prestigieuse, telle que celle de la SNCF « *Orient Express* » pour désigner des jeux (cf. Cass. com., 4 juill. 1995, n° 93-16.355, Bull. civ. IV, n° 205, p. 190, PIBD 1995, III, p. 497).

- b) La notion d'« *emploi d'une marque renommée* » : les arrêts « *Olymprix* » et « *Adidas* »

Le critère de « *l'emploi* » d'une marque renommée, au sens de l'article précité, qui se cumule avec les deux précédents, a donné lieu à une difficulté d'interprétation au regard de l'article 5, paragraphe 2, de la directive précitée. Fallait-il entendre cette notion de la seule reprise à l'identique d'une marque renommée ou de l'usage d'un signe seulement similaire ? Tandis que l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle envisage « *l'emploi d'une marque*

jouissant d'une renommée », sans plus de précision, l'article 5, paragraphe 2, dispose : « *Tout Etat membre peut également prescrire que le titulaire est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires d'un signe identique ou similaire à la marque pour des produits ou des services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, lorsque celle-ci jouit d'une renommée dans l'Etat membre (...)* ».

Ainsi, le texte communautaire donne la faculté aux Etats de prévoir une protection spécifique aux marques renommées, en prévoyant qu'elle vaut également en cas d'imitation seulement de la marque. Le législateur français a fait usage de cette faculté dans la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991 codifiée en 1992 à l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle, sous le libellé précité (« *emploi...* »). Les auteurs s'interrogeant sur la portée du texte, concluaient alors à une interprétation restrictive, limitée à la seule reprise à l'identique de la marque : « *il paraît difficile de soutenir que le législateur français a omis par pure inadvertance de protéger le titulaire de la marque renommée ou notoire contre l'usage d'une marque similaire par un tiers concurrent. Force est de constater que selon la loi française actuellement en vigueur, ce titulaire peut seulement interdire l'emploi par un tiers non concurrent d'un signe correspondant exactement à sa marque, identique à elle. Et cette solution, qui fait exception à la règle générale de spécialité, doit être interprétée de façon restrictive, ce qui exclut la possibilité d'en étendre l'effet par analogie* » (Bonet G., *La protection des marques notoires dans le Code de la propriété intellectuelle*, Mélanges Foyer, PUF, 1997, p. 189).

La jurisprudence française a, jusqu'à présent, fait prévaloir cette interprétation restrictive, à l'occasion de la saga judiciaire issue de l'emploi d'un signe « *Olymprix* » par les supermarchés Leclerc, dont le Comité Olympique estimait qu'il portait atteinte à ses marques renommées « *Olympique* » et « *Jeux Olympiques* ».

Dans un premier arrêt rendu le 29 juin 1999, la Cour de cassation a considéré que « *l'emploi d'une marque renommée interdit et sanctionné par l'article L. 713-5, suppose l'usage d'un signe identique et non l'utilisation d'un signe voisin par sa forme ou les évocations qu'il suscite* » (Cass. com., 29 juin 1999, n° 97-12.045, D. 2001, p. 473, obs. Durande S.). La Cour de renvoi confirmait cette solution, rejetant également les demandes fondées sur le droit commun de la responsabilité civile, faute de « *faits distincts* » de ceux allégués au titre de l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle (cf. CA Paris, 1^{re} ch., 8 nov. 2000, PIBD 2001, III, p. 207).

Dans son arrêt du 11 mars 2003, la Cour de cassation a partiellement cassé cette décision. Sans remettre en cause son interprétation de l'article L. 713-5, elle a ouvert la porte à une protection par le droit commun de la responsabilité civile : « *l'imitation d'une marque notoirement connue ne constituant pas le même fait que son emploi, seul visé par l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle, le dépositaire d'une telle marque est recevable à agir, quant à une telle imitation, dans les termes du droit commun* » (Cass. com., 11 mars 2003, n° 00-22.722, Bull. civ. IV, n° 44, p. 52, PIBD 2003, III, p. 265).

De sorte qu'en application de cette jurisprudence, une maison de luxe ne pouvait faire sanctionner l'utilisation par un tiers d'un signe similaire seulement à sa marque renommée, pour désigner des produits et services non similaires, que sur le terrain du droit commun de la responsabilité civile, c'est-à-dire par l'action en concurrence déloyale et parasitaire.

Cette situation n'est pas réellement préjudiciable, dès lors que les conditions de cette action sont proches de celles du droit spécial : il s'agira essentiellement dans les deux cas de démontrer l'existence d'un comportement fautif et déloyal, consistant à détourner la notoriété associée à une marque. Toutefois, à la différence du droit commun, la preuve d'un préjudice n'est pas indispensable sur le terrain du droit spécial, puisque l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle n'en fait qu'une condition alternative.

Mais la question rebondit, à la suite d'un arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 23 octobre 2003 (cf. CJCE, 23 oct. 2003, aff. C-408/01, Adidas-Salomon AG et Adidas Benelux BV c/ Fitnessword Trading Ltd). La Cour était saisie d'une question analogue à celle de l'affaire ayant donné lieu à son arrêt « *Davidoff* » précité. Faisant observer qu'elle y avait déjà répondu dans cet arrêt, la Cour prend par conséquent la liberté de la reformuler (!) en ces termes : « *[cette question] doit être comprise comme visant également à faire préciser si un Etat membre, lorsqu'il exerce l'option offerte par l'article 5, §2 de la directive, est tenu d'accorder la protection spécifique en cause en cas d'usage par un tiers d'une marque ou d'un signe postérieur, identique ou similaire à la marque antérieure renommée enregistrée, aussi bien pour des produits ou des services non similaires que pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux couverts par celle-ci* ».

Après avoir relevé que « *l'option de l'Etat membre ne porte que sur le principe de l'octroi d'une protection renforcée au profit des marques renommées, mais non sur les situations couvertes par cette protection lorsqu'il l'accorde* », la Cour considère qu'« *un Etat membre, lorsqu'il exerce l'option offerte par l'article 5, § 2, de la directive est tenu d'accorder la protection spécifique en cause en cas d'usage par un tiers d'une marque ou d'un signe postérieur, identique ou similaire (...)* ».

Par conséquent, la France ayant exercé cette option à l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle, elle doit accorder cette protection y compris aux hypothèses d'imitations d'une marque renommée pour des produits ou services non similaires. Cela n'implique pas, à notre avis, de réforme législative, la notion d'« *emploi* » de l'article L. 713-5 étant suffisamment vague pour permettre d'accueillir ces hypothèses.

Quoi qu'il en soit, une maison de luxe qui souhaiterait faire sanctionner ce type de comportement est aujourd'hui placée devant une incertitude juridique : doit-elle fonder son action uniquement sur le droit spécial, au vu de la dernière jurisprudence communautaire ? Ou faut-il, compte tenu de la dernière jurisprudence de la Cour de cassation, conserver, au moins à titre subsidiaire, des développements fondés sur le droit commun ? La prudence incite à pencher pour la seconde branche de l'option. ■

Les interactions entre le luxe et le droit fiscal

Le monde du luxe est appréhendé par le droit fiscal de manière ambivalente : d'un côté, il manifeste une certaine défiance à l'égard des consommateurs de produits luxueux, se traduisant par l'existence de lois somptuaires et de taxations fondées sur les signes extérieurs de richesse ; de l'autre, il protège l'aspect culturel de ce secteur, en prévoyant des exonérations spécifiques, applicables aux œuvres et objets d'art, aux monuments historiques, aux droits de propriété industrielle, ainsi qu'en favorisant le soutien financier aux entreprises culturelles.



► Béatrice Lerat

Avocat
au Barreau
de Dijon

PLAN DE L'ETUDE

I. – LE LUXE « LUXURE » ET LA DEFIANCE DU DROIT FISCAL

- A. – L'existence de taxes assises sur les produits de luxe
- B. – Les dépenses de luxe au regard du droit fiscal
- C. – La défiance du droit fiscal à l'égard des signes extérieurs de richesse et donc du luxe

II. – LE LUXE « LUMIERE » ET LA TOLERANCE VOIRE LA PROTECTION DU DROIT FISCAL

- A. – Le droit fiscal protecteur du luxe vecteur de culture : le luxe et l'ISF
- B. – Le droit fiscal et la protection des monuments historiques
- C. – Le droit fiscal protecteur de l'art, fleuron du monde du luxe

4487



- LUXE
- DROIT FISCAL

Le domaine du luxe ou, plus exactement, la spécificité de ce domaine, est tout à fait étrangère au droit fiscal à première vue. En effet, il n'existe encore en droit fiscal aucun corps de règles spécifiques au monde du luxe.

Mais le luxe n'est pas ignoré par l'administration fiscale, consciente que si l'« on a déclamé contre le luxe pendant deux mille ans, on l'a toujours aimé » (Voltaire, Dictionnaire philosophique) et qu'il s'agit donc d'une source de revenus pour l'Etat.

Il est vrai que le luxe est une notion difficile

à appréhender. En effet, aujourd'hui, pour nombre d'entre nous, le luxe est synonyme de qualité et de raffinement dans les manières de vivre, accessible à une élite seulement. Mais, dans son acception classique, le luxe signifie la somptuosité, l'excès de dépense dans les vêtements, la table, l'ameublement, les décorations... On est donc plus proche de la luxure que du luxe ; ce qui n'est guère étonnant lorsque l'on sait que le terme « luxure » fut employé à la place du mot « luxe ». Il est vrai que le luxe s'acquiert et s'entretient par de grandes dépenses. Cela lui valut d'ailleurs d'être soit vanté, soit vilipendé par les penseurs politiques. Rousseau voit dans le luxe un principe d'exploitation du petit peuple et le ressort de toutes les perversions, car le luxe est fait pour être admiré, il éblouit.

C'est précisément cette idée de luxure que le droit fiscal a retenu pour appréhender le

monde du luxe et, plus particulièrement, les consommateurs « *d'objets et produits luxueux* » (I).

Néanmoins, conscient, comme Voltaire, que le luxe est un soutien essentiel de l'économie, le droit fiscal semble tolérer et même reconnaître une certaine spécificité au monde du luxe, notamment en ce qui concerne les professionnels du monde du luxe (II).

Le luxe est en effet le deuxième secteur économique en France et pourrait très bien devenir le premier compte tenu de son accessibilité à une clientèle de plus en plus large et de sa forte croissance mondiale. Les relations entre le luxe et le droit fiscal, ou plutôt les interactions entre le luxe et le droit fiscal, sont donc tout à la fois empreintes de défiance et d'une certaine tolérance (pour ne pas parler, parfois, de protection).

I. – LE LUXE « LUXURE » ET LA DEFIANCE DU DROIT FISCAL

Le luxe (en latin *luxus*) est à mi-chemin étymologiquement entre deux mots :

– la lumière, *lux* en latin, ce qui nous rappelle que le luxe est symbole de lumière, rayonnement, élégance... ;

– la luxure (du latin *luxuria*) qui évoque l'excès, l'inutile, le futile et la dépravation.

Pourtant, le droit fiscal n'a pas choisi au départ, à la manière d'Aristote, de chemin de crête entre les deux options. D'emblée, il est et a toujours été suspicieux à l'égard du luxe ou, plus exactement, de la consommation de produits de luxe.

Cette défiance se manifeste *via* l'existence de lois somptuaires (A), le traitement particulier réservé aux dépenses dites somptuaires en droit fiscal français (B) et, de façon plus anecdotique, au travers de la procédure de taxation d'après les signes extérieurs de richesse (C).

A. – L'existence de taxes assises sur les produits de luxe

Ce type de législation est loin d'être nouveau et n'est pas spécifique à la France.

En effet, l'Antiquité et, plus particulièrement, la Rome antique connaissaient déjà l'existence de lois somptuaires dont le but était de limiter les achats de produits de luxe ou de les réprimer en taxant les consommateurs.

Plus tard, Philippe le Bel instaura en France des lois somptuaires afin de réprimer le luxe de la bourgeoisie.

Au moment de la Révolution française, Olympe de Gouges, considérant qu'« *il est reconnu que le luxe, chez tous les Peuples et dans les temps, a entraîné la décadence des Etats, la force et le courage des hommes* » proposait un système d'imposition étranger au peuple et propre à détruire l'excès de luxe.

1° En France

En 1917, une taxe sur les paiements civils et commerciaux était instituée en France. Cette taxe frappait la dernière vente des marchandises au consommateur. Le taux fixé à 0,2 % dans la majorité des cas, était porté à 10 % pour les dépenses somptuaires (« *taxe de luxe* »). Le caractère somptuaire découlait, ou bien de la nature de la dépense (achats d'objets déclarés de luxe, comme les bijoux), ou bien du lieu où la dépense était faite (par exemple : consommation sur place ou logement dans les hôtels ou restaurants classés dans la catégorie des établissements de luxe).

Ce n'est qu'en 1948 que la France a supprimé la taxe assise sur les produits de luxe ; ce qui ne l'a pas empêché de maintenir pendant longtemps

un taux de TVA majoré sur les produits de luxe ! Ainsi, les fourrures de luxe, les tabacs manufacturés, le caviar, les produits de parfumerie, les perles et pierres... étaient notamment soumis à l'ancien taux majoré de TVA.

Si le taux de TVA majoré sur les produits de luxe a été supprimé en France et s'il n'existe pas aujourd'hui en France d'impôt spécifique sur le luxe, des taxes

sur le luxe ont été instaurées hors de nos frontières.

2° A l'étranger

La France, pays où fut inventé la TVA, fait figure de précurseur. Rien d'étonnant donc, à ce que d'autres systèmes fiscaux récupèrent la taxe sur les produits de luxe.

En Europe, le Danemark prévoit un montant standard de TVA pour les biens et services de 25 %. Certains produits bénéficient en plus de la taxe de luxe (*punktafgift*, aussi appelée *lüksusagift* ou *lüksuskat*). Afin de prendre en compte l'inanité de tels produits, la TVA danoise est calculée sur la valeur du produit, taxe de luxe incluse !

Les pays de l'Afrique subsaharienne prennent en compte les articles de luxe, cibles privilégiées des impôts indirects, comme si leur consommation était jugée « *immorale* ».

Le système fiscal chilien prévoit lui aussi une imposition spécifique aux produits de luxe qui s'ajoute à l'impôt sur la valeur ajoutée. Son taux, particulièrement dissuasif (50 %), s'applique à l'occasion de l'importation des produits de luxe ou de leur première vente.

Si tout cela est dépassé ou hors de propos en droit fiscal français, il n'en demeure pas moins que le droit fiscal appréhende le luxe *via* une disposition générale du Code général des impôts, qui concerne toutes les entreprises : l'article 39-4°.

« Néanmoins, conscient, comme Voltaire, que le luxe est un soutien essentiel de l'économie, le droit fiscal semble tolérer et même reconnaître une certaine spécificité au monde du luxe (...). »

B. – Les dépenses de luxe au regard du droit fiscal

1° L'article 39-4° du Code général des impôts...

Le Code général des impôts prévoit en son article 39-4° le rejet des dépenses somptuaires engagées par les entreprises consommatrices de produits de luxe. Cela signifie que le bénéfice réel imposable des entreprises industrielles ou commerciales ou des exploitations agricoles est déterminé sous déduction de toutes les charges réalisées dans le cadre d'une gestion normale (à l'exception des dépenses de luxe).

Le droit fiscal manifeste ici toute sa défiance à l'égard de dépenses excessives compte tenu de leur coût (on notera cependant que la notion de dépenses somptuaires est plus large que la sphère du luxe et englobe notamment les dépenses ayant trait à l'exercice de la chasse ou de la pêche qui ne correspondent pas à proprement parler à des dépenses de luxe).

On est ici confronté au moralisme fiscal dans toute sa splendeur. L'Etat français considère, s'agissant des entreprises établies en France, que ce n'est nullement un séjour fastueux dans une résidence de plaisance qui permettra de décrocher un marché. Il en est de même de l'organisation de réceptions, de l'accueil voire de l'hébergement de clients, journalistes ou autres vecteurs potentiels de clientèle.

2° ... Un article dépassé à réformer

Le but de cette législation ancienne (1965), qui n'est plus en phase avec les mœurs actuelles, était d'éviter le gaspillage au sein des entreprises. Un assouplissement de cette législation « *vieillot* » a déjà eu lieu. Néanmoins, les dépenses d'utilisation de yachts et de bateaux de plaisance, les dépenses se rapportant aux résidences de plaisance ou d'agrément, alors même que ces dépenses seraient conformes à l'intérêt de l'entreprise, ne sont pas déductibles pour l'entreprise qui les a engagées.

Par exception à l'exception, le droit fiscal permet toutefois la déduction des dépenses se rapportant aux résidences de plaisances lorsqu'elles sont affectées aux œuvres sociales de l'entreprise (colonies de vacances, par exemple) ou lorsqu'il s'agit de demeures historiques classées.

Il conviendrait donc de revenir sur la présomption irréfragable d'anormalité de telles dépenses. Le législateur français pourrait édicter une présomption simple d'anormalité. Outre le fait que cela correspondrait beaucoup plus aux réalités économiques et concurrentielles de notre société, cela permettrait à l'administration fiscale de se dispenser de la preuve de l'anormalité de la gestion et permettrait au contribuable d'établir le caractère normal de la dépense à l'occasion d'un contrôle de l'administration fiscale.

La défiance du droit fiscal à l'égard du luxe est également particulièrement visible dans le cadre de l'imposition selon les signes extérieurs de richesse.

C. – La défiance du droit fiscal à l'égard des signes extérieurs de richesse et donc du luxe

Le droit fiscal et l'administration fiscale sont particulièrement suspicieux à l'égard des personnes qui vivent dans le luxe.

Cela est encore plus vrai lorsque ces personnes, non contentes de vivre dans le luxe, ne payent pas d'impôt sur le revenu.

Deux dispositions du Code général des impôts sont particulièrement édifiantes à ce sujet : la déclaration annuelle de revenus obligatoire en cas de train de vie luxueux même pour le contribuable non imposable (1°) et la taxation forfaitaire d'après les signes extérieurs de richesse dans le cadre d'un contrôle fiscal (2°).

1° La déclaration annuelle de revenus obligatoire en cas de train de vie luxueux même pour le contribuable non imposable

On sait que toute personne imposable doit, chaque année, souscrire et faire parvenir à l'administration fiscale, une déclaration détaillée de l'ensemble de ses revenus et bénéfices, ainsi que de ses charges de famille.

Dans le cas de personnes qui aiment le luxe et la possession de biens « *de luxe* », le droit fiscal français considère que ces personnes, quand bien même ne seraient-elles pas imposables, sont assujetties à cette déclaration, quel que soit le montant de leurs revenus. Les signes extérieurs de mode de vie luxueux, réservés seulement à une élite en fonction de leur coût, sont :

- la possession d'une résidence principale dont la valeur locative excède 150 € à Paris et dans un rayon de 30 kilomètres de Paris, ou 114 € dans les autres localités ;
- la possession d'une résidence secondaire ;
- le bénéfice d'un employé de maison ;
- la possession d'une voiture de tourisme et, surtout, comble du luxe :
- la possession d'un avion de tourisme, d'un yacht ou d'un bateau de plaisance ou de chevaux de course.

Mais la défiance de notre vertueux droit fiscal ne s'arrête pas là et s'étend également à la taxation forfaitaire du contribuable d'après ses signes extérieurs de richesse.

2° La taxation forfaitaire d'après les signes extérieurs de richesse dans le cadre d'un contrôle fiscal

Jusqu'à la loi n° 2003-1311 de finances pour 2004 du 30 décembre 2003, en cas de disproportion marquée (plus du tiers) et durable entre le train de vie du contribuable et ses revenus, et dans la mesure où le revenu évalué forfaitairement dépasse un certain seuil, l'administration fiscale peut mettre en œuvre un régime particulier d'imposition à l'égard du contribuable consommateur et amateur de luxe : la taxation forfaitaire d'après les éléments du train de

vie prévue par l'article 168 du Code général des impôts. Cette procédure peut notamment trouver à s'appliquer lorsque, à l'issue d'un examen de la situation fiscale personnelle du contribuable, l'analyse des comptes financiers, le contrôle des revenus catégoriels et les enquêtes effectuées ont mis en évidence l'importance du train de vie du contribuable, alors que dans le même temps, ces opérations n'ont pas permis l'appréhension de l'origine exacte des fonds utilisés et la nature précise de l'activité exercée par le contribuable.

Les éléments du train de vie retenus et limitativement énumérés pour l'évaluation forfaitaire sont :

- les résidences principales et secondaires, sous déduction des locaux professionnels dont le contribuable a eu la disposition ;
- les employés de maison, précepteurs et gouvernantes ;
- les yachts, ou bateaux de plaisance à voiles, les bateaux de plaisance à moteur fixe ou hors bord d'une puissance d'au moins 20 CV, les avions de tourisme, les chevaux de course...

Evidemment, le contribuable peut faire échec à cette imposition en apportant la preuve que ses ressources lui permettent de supporter son train de vie. Par exemple, son train de vie a ainsi pu être assuré par ses revenus ou par l'utilisation de son capital ou des emprunts qu'il a contractés.

Cette présomption défavorable à l'égard du contribuable dont le train de vie est luxueux nous montre bien toute la défiance du droit fiscal à l'égard du luxe. Elle produit aussi des effets pervers dans la mesure où le contribuable, membre de cette élite des gens qui vivent dans le luxe, n'est guère enclin à étaler de façon ostentatoire ses biens somptuaires et, au contraire, risque fort d'essayer de les dissimuler.

Il convient néanmoins de garder présent à l'esprit, à cet égard, que la procédure de taxation d'après les éléments du train de vie, n'est que rarement appliquée par l'administration fiscale qui considère que sa mise en œuvre doit être faite « avec prudence et discernement de manière à ne pas aboutir à des impositions présentant un caractère exagéré eu égard aux circonstances de fait » (Rép. min. à QE n° 12668, JO AN Q., 14 sept. 1974, p. 4455).

La loi de finances pour 2004 aménage cette procédure pour l'impôt sur le revenu dû au titre de 2003 et pour les années ultérieures de la façon suivante :

- abaissement du seuil de 49 527 à 40 000 euros ;
- modification de la base forfaitaire d'imposition afférente aux voitures automobiles ;
- et mise en œuvre de la procédure dès lors qu'une disproportion marquée entre le train de vie du contribuable et ses revenus sur une seule année apparaît.

Toutefois, il semblerait que ces aménagements qui durcissent le régime de l'article 168 du Code général des impôts soient en réalité destinés « aux jeunes de banlieue » roulant à bord de puissants bolides. La défiance du droit fiscal n'augmenterait donc théoriquement pas.

Le droit fiscal et l'administration fiscale, vertueux chevaliers combattant le luxe, sont dans le même temps particulièrement conscients de l'impact du

luxe sur l'économie, en particulier française, et des recettes générées par ce secteur économique.

Il est vrai qu'avec 100 milliards d'euros de chiffre d'affaires au niveau mondial dont plus du quart est réalisé par la France, premier producteur au monde de produits de luxe, le secteur du luxe mérite bien quelques petites attentions de la part de notre droit fiscal.

II. – LE LUXE « LUMIERE » ET LA TOLERANCE VOIRE LA PROTECTION DU DROIT FISCAL

Le secteur économique du luxe éveille la méfiance de l'administration fiscale et de notre droit fiscal eu égard à son rayonnement mondial et à « sa richesse ».

Il faut savoir que ce secteur économique est apparu au XVII^e siècle en France (avec l'opposition de la noblesse face à la nouvelle culture née de la révolution industrielle). Ce secteur se définit par trois critères : la visibilité de la marque ou de la maison (nom des entreprises de luxe), la temporalité (référence culturelle) et l'aboutissement (la performance, la qualité).

Désormais, à la lumière de ces trois critères et, en particulier, du dernier, on peut dire que le luxe ne s'adresse plus à une élite, mais à une part élitiste de chacun d'entre nous.

Cela explique peut-être qu'aujourd'hui, le luxe soit le deuxième secteur économique de France. Il est devenu accessible à une clientèle plus large et connaît une forte croissance au niveau mondial.

Le Gouvernement comme les députés, à l'origine de nos lois, spécialement les lois fiscales, sont particulièrement conscients du poids économique de ce secteur et de la nécessité de favoriser son essor et, partant, le rayonnement de la France.

Il s'ensuit sur certains points une politique fiscale conciliante, nonobstant la défiance évoquée précédemment. Ainsi, le droit fiscal, tout à fait conscient que la culture et l'art sont parties intégrantes de la sphère du luxe, protège le luxe en tant que vecteur de culture (A) ; il en est de même pour les monuments historiques (B) et l'art (C).

A. – Le droit fiscal protecteur du luxe vecteur de culture : le luxe et l'ISF

1° L'exonération applicable aux objets d'antiquité, d'art ou de collection

L'impôt de solidarité sur la fortune est le type même d'impôt qui ne doit frapper qu'une élite : les plus riches, c'est-à-dire ceux dont la fortune excède 720 000 euros au 1^{er} janvier 2004.

Fortement décrié parce qu'il pousse les contribuables les plus fortunés, par exemple dans le monde de la mode, à s'expatrier, cet impôt ne rapporte pourtant que peu de recettes à l'Etat (1 % du total des recettes fiscales).

Son champ d'application couvre l'ensemble des

biens, droits et valeurs appartenant aux personnes physiques imposables et à leurs enfants mineurs non émancipés.

Tous les biens imposables à l'ISF doivent être déclarés à leur valeur vénale réelle à la date du 1^{er} janvier de l'année. Il en résulte pour les acteurs du luxe, personnes physiques, une base taxable qui peut être particulièrement conséquente. C'est pourquoi, le droit fiscal français a prévu quelques exonérations spécifiques outre l'exonération des biens professionnels.

Deux raisons à cette exonération : tout d'abord, le luxe est extrêmement proche de la culture, puisque les mêmes protagonistes y interviennent ; d'autre part et surtout, les œuvres d'art et objets d'art représentent une partie non négligeable du secteur du luxe.

C'est justement parce que ces œuvres et objets d'art ont, au-delà du plaisir personnel, une valeur sociale et une valeur de sens en contribuant au meilleur de l'homme et surtout parce qu'ils ont une grande valeur économique et font la richesse de la France au niveau mondial, que le droit fiscal reconnaît leur spécificité.

Il exonère donc les objets d'antiquité de plus de 100 ans d'âge, les objets d'art ou de collection.

L'article 885 du Code général des impôts prévoit ainsi que certains objets sont exonérés d'ISF et n'ont donc pas à être déclarés. Tel est le cas des objets ci-après :
– tapis et tapisseries (tissés à la main), tableaux, peintures et dessins (entièrement exécutés à la main), gravures, estampes, lithographies originales (tirées de planches entièrement exécutées à la main par l'artiste), statues et sculptures originales, émaux et céramiques originaux... ;

– objets de collection (historiques et archéologiques, livres de collection, véhicules de collection, etc.) ;

– objets d'antiquité ayant plus de cent ans d'âge (meubles anciens, articles textiles, articles de joaillerie et d'orfèvrerie, livres, instruments de musique, médailles...).

Il est à noter que le droit fiscal applique aussi cette exonération aux parts de sociétés civiles propriétaires de monuments historiques à concurrence de la fraction de la valeur des parts représentatives des objets d'antiquité, d'art ou de collection (les monuments historiques eux-mêmes n'étant pas exonérés d'ISF). Cette « clémence » du droit fiscal à l'égard des objets d'antiquité, d'art ou de collection se retrouve également concernant les droits de propriété industrielle également exonérés d'ISF.

2° L'exonération applicable aux droits de propriété industrielle (marque appartenant en propre à un créateur de mode par exemple)

Les acteurs du monde du luxe peuvent être propriétaires à titre personnel d'une marque. Cette hypo-

thèse peut paraître marginale dans la mesure où, en général, les droits de propriété industrielle sont détenus par une structure sociétaire. Mais un styliste ou un créateur peut par exemple être propriétaire à titre personnel d'une marque (comme le styliste Azzedine Alaïa).

Dans cette hypothèse, les droits de propriété industrielle, c'est-à-dire les droits relatifs aux brevets, marques, dessins et modèles, procédés et formules, ne sont pas compris dans la base d'imposition à l'ISF de leur inventeur (ou créateur) sans distinguer selon que ces droits sont ou non exploités par lui (les ayants droit de l'inventeur ne bénéficient pas de la

même clémence du droit fiscal sauf à pouvoir bénéficier de l'exonération au titre des biens professionnels).

Le droit fiscal prend donc ici en compte les fonctions sociologiques positives cachées du luxe (cohésion culturelle des membres d'une société) et, surtout, sa valeur économique. Dans un sens, il invite même à diversifier son patrimoine en investissant dans le luxe... culturel, tels que, par exemple, les monuments historiques.

« Le droit fiscal prend donc ici en compte les fonctions sociologiques positives cachées du luxe (cohésion culturelle des membres d'une société) et, surtout, sa valeur économique. »

B. – Le droit fiscal et la protection des monuments historiques

Les mêmes motivations poussent notre droit fiscal, qui refuse la déduction des charges somptuaires, à admettre en déduction certaines charges lorsque la sauvegarde du patrimoine culturel architectural français (de luxe) est en jeu.

Ceci est vrai tant en ce qui concerne les entreprises que les particuliers.

1° Les entreprises et la protection du patrimoine architectural

Ainsi, par exception, la loi fiscale autorise expressément la déduction des charges d'achat, de location ou d'entretien des demeures historiques classées, inscrites à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques ou agréées (lorsqu'elles sont exposées pour les besoins de l'exploitation : usage de bureaux, accueil de clients, séminaires...).

2° Les particuliers et la protection du patrimoine architectural

De la même manière concernant les particuliers, l'article 156 du Code général des impôts autorise les particuliers propriétaires d'immeubles historiques classés, inscrits à l'inventaire supplémentaire ou agréés, à déduire de leur revenu global tout ou partie des charges foncières afférentes à l'immeuble.

Par ailleurs, les propriétaires de demeures ou châteaux historiques ouverts au public ne sont passibles de la taxe d'habitation qu'à raison de leur habitation

personnelle, à l'exclusion des pièces ou bureaux auxquels le public ou les fournisseurs ont accès. Enfin la loi n° 2003-709 du 1^{er} août 2003, en son article 9, a prévu une transmission à titre gratuit de monuments historiques avec une exonération des droits de mutation.

En ce qui concerne les monuments historiques, l'administration fiscale reconnaît jusque dans sa doctrine administrative la particularité de ces biens (doc. adm. 7 G2311, 20 déc. 1996, n° 10 et doc. adm. 7 S351, 1^{er} oct. 1999, n° 16). Elle demande donc à ses agents de bien avoir à l'esprit la situation particulière de ces immeubles en raison, notamment, de leur nature spécifique, des charges souvent importantes qui les grèvent, du nombre limité des acquéreurs potentiels et des difficultés qui en découlent pour les vendre. L'administration fiscale déduit de ces textes qu'il convient donc de tenir compte des contraintes qui résultent, pour les propriétaires de tels biens, de leur ouverture plus ou moins fréquente au public et de leur utilisation à des fins d'animation collective dans un but essentiellement culturel.

Le droit fiscal fait donc ici primer la sauvegarde du patrimoine et l'aspect culturel du luxe sur sa méfiance voire défiance à l'égard du luxe. Les mêmes raisons ont conduit à de récentes dispositions législatives concernant notamment l'art et, plus particulièrement, le mécénat d'entreprise.

C. – Le droit fiscal protecteur de l'art, fleuron du monde du luxe

1° Les dons aux associations et fondations, le mécénat d'entreprise

La protection du droit fiscal français à l'égard du luxe se traduit notamment par de récentes dispositions législatives destinées à favoriser le mécénat des entreprises.

La loi du 1^{er} août 2003 précitée, relative au mécénat, aux associations et aux fondations a relevé et unifié le plafond des dons ouvrant droit au régime du mécénat. Sous l'empire de cette loi, les versements effectués à compter du 1^{er} janvier 2003 aux fondations d'entreprise par les personnes morales fondatrices, aux fondations reconnues d'utilité publique, aux musées de France, sont désormais prises en compte dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires et entraînent la constatation d'une réduction d'impôt égale à 60 % de leur montant.

L'importance sur le plan quantitatif d'une telle mesure est sans doute faible. Par contre, sur le plan qualitatif, cela permet de relancer le marché de l'art, déclinant en France et, partant, de maintenir le rayonnement du secteur du luxe français.

On signalera néanmoins, malgré tout, la défiance de la République vis-à-vis des fondations privées (cf. *Le Monde*, 22 janv. 2004, cultures indispensables fondations privées). En effet, ces fondations privées, largement exonérées d'impôts, font échapper toute une partie du patrimoine culturel aux musées nationaux. Il n'en demeure pas moins que compte tenu des problèmes budgétaires en matière de culture, les fondations pri-

vées seront de plus en plus amenées à l'avenir à intervenir dans le domaine artistique, dans un cadre fiscal favorable et permettront sans aucun doute d'atteindre une plus grande diversité culturelle qu'avec « l'art officiel ». C'est donc à la lumière de ces éléments que le droit fiscal français est obligé de se montrer conciliant à l'égard de l'art. Cette attitude se retrouve également concernant les acquisitions d'œuvres d'artistes vivants.

2° Les acquisitions d'œuvres d'artistes

Comme cela a été évoqué, le marché de l'art est une des « lignes de marché » sur laquelle le luxe se positionne. L'objectif, depuis quelques années déjà, est de relancer cette branche.

Or, la politique de relance du marché de l'art en France passe notamment, en droit fiscal, par un régime particulier concernant les acquisitions d'œuvres d'artistes vivants.

Les entreprises qui font l'acquisition d'œuvres originales d'artistes vivants exposées au public bénéficient d'un avantage fiscal : depuis la loi du 1^{er} août 2003 et pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2003, les entreprises peuvent déduire sur cinq ans le coût de revient total de ces œuvres. Néanmoins, le montant de cette déduction ne peut excéder, au titre de chaque exercice, la différence existant entre 5 % du chiffre d'affaires et le montant des versements ouvrant droit à réduction d'impôt (réduction d'impôt égale à 60 % du montant des versements, pris dans la limite de 5 % du chiffre d'affaire ; pour les œuvres achetées à compter du 1^{er} janvier 2002, la limite de déduction ne pouvait excéder 3,25 % du chiffre d'affaires, minorée du total des autres déductions opérées au titre du mécénat).

La faveur du droit fiscal à l'égard des œuvres d'art se retrouve également au niveau de la taxe professionnelle.

En effet l'article 7 de la loi du 1^{er} août 2003 a complété l'article 1469 du Code général des impôts d'un cinquième alinéa dont il résulte que les œuvres d'art acquises par les entreprises dans le cadre de l'acquisition d'œuvres originales d'artistes vivants et dans le cadre de l'acquisition de trésors nationaux sont exclues de la base d'imposition des redevables de la taxe professionnelle.

Même si cela est présenté comme une mesure de faveur, nous ne partageons pas cet avis : selon nous, les œuvres d'art n'ont pas à être incluses dans la base d'imposition à la taxe professionnelle. En effet, en matière de taxe professionnelle, seules les immobilisations, dont le redevable dispose pour les besoins de son activité professionnelle, sont à prendre en compte. Il ne s'agit donc pas d'une mesure de faveur à proprement parler mais plutôt, à notre avis, d'une précision de notre droit afin de prévenir un éventuel excès de zèle d'un inspecteur des impôts.

Par ailleurs, on signalera pour mémoire que les œuvres d'art (tous comme les objets de collection et d'antiquité) bénéficient de l'application du taux réduit de TVA dans certaines circonstances, notamment à l'occasion d'importations et d'acquisitions intracommunautaires d'œuvres d'art.

Enfin, toute une série de taxes parafiscales ont récemment été transformées en taxes fiscales affectées à l'occasion de la loi n° 2003-1312 de finances rectificative pour 2003 du 31 décembre 2003.

Ces taxes, telles que la taxe sur le cuir, la maroquinerie, la ganterie et la chaussure ou la taxe sur l'horlogerie, la bijouterie et l'orfèvrerie, sont affectées à la sauvegarde et à la promotion de ces secteurs, partie intégrante de l'industrie du luxe française.

En conclusion, nous sommes forcés de reconnaître que le droit fiscal se pose et s'oppose au luxe en défenseur vertueux de notre société. Il voit d'un très mauvais œil la consommation de biens de luxe, qui suppose la possession d'argent, corrompeur par principe.

Néanmoins, certains aspects budgétaires de la politique économique française n'échappent pas à notre Etat et à notre droit fiscal. Il s'ensuit que le droit fiscal abandonne alors ponctuellement sa défiance pour mieux tenter de protéger le plus

beau secteur de l'économie française. Cependant, notre cadre législatif fiscal n'est pas encore à ce point protecteur qu'il en devient sclérosant. On constate ponctuellement des améliorations : ce fut encore le cas récemment avec la loi n° 2003-721 sur l'initiative économique du 1^{er} août 2003 concernant les créateurs de mode.

Pourtant, la situation des acteurs du luxe, et en particulier des grands groupes du monde du luxe, n'est pas toujours des plus favorable. Le droit fiscal, qui pourtant tente de protéger le secteur du luxe, ne reconnaît pas à part entière la spécificité de ces grands du luxe. Il s'ensuit, dans le secteur du luxe comme ailleurs, un *tax planning* acharné au niveau mondial : de l'utilisation des techniques des prix de transfert à l'implantation en Irlande, notamment chère à certains laboratoires pharmaceutiques présents sur le secteur de la cosmétologie de luxe, toutes les « ficelles » du droit fiscal international sont exploitées en attendant (peut-être un jour) une politique fiscale française et européenne plus favorable. ■

L'image et le nom du styliste salarié

Le choix du styliste constitue pour l'entreprise de luxe un enjeu stratégique, d'où l'importance accordée à son image et à son nom.

Partant de cette constatation, la présente étude s'évertue tout d'abord à déterminer l'impact de la conclusion d'un contrat de travail sur les droits à l'image et au nom du styliste et, ensuite, à préciser les aménagements contractuels pouvant être apportés afin d'agencer ces droits.



▶ Laurent Carrié

Avocat Associé

Cabinet Deprez
Dian Guignot

PLAN DE L'ETUDE

I. – L'EXISTENCE ET LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL SUR LES DROITS A L'IMAGE ET AU NOM

A. – L'autonomie des droits à l'image et au nom

B. – L'objet du contrat de travail

II. – LES AMENAGEMENTS DU CONTRAT DE TRAVAIL PORTANT SUR L'IMAGE ET LE NOM DU STYLISTE

A. – Le contenu des aménagements du contrat de travail

B. – Le contrôle de proportionnalité des aménagements

4488



- LUXE
- STYLISTE
- CONTRAT DE TRAVAIL
- IMAGE
- NOM

Dans une interview donnée en 2001, Bernard Arnault confiait que le succès dans l'industrie du luxe passe par « l'adéquation entre la marque, le créateur et son style » (Arnault B., La passion de la Création, Revue des Deux Mondes, tome 1, juill. 2001, p. 21).

C'est dire l'importance du styliste dans l'économie du luxe qui – rappelons-le – représente plus de 5 % de l'industrie française avec près de 29 milliards d'euros de chiffre d'affaires dont plus de 35 % à l'exportation (La mode en chiffres 2002, Etude et publication, Dossiers sectoriels du SESSI, <www.industrie.gouv.fr>).

Il est vrai qu'en tant que créateur, le styliste est d'abord le moyen de la marque, le point de passage entre son passé et son avenir, l'interprète de son histoire, son patrimoine sensoriel, ses codes et sa signification.

Ses créations, qui s'adressent *urbi et orbi*, sont les œuvres d'un esprit qui se veut l'interprète d'un monde qu'il cherche à mettre en forme, en jouant avec les lieux, les civilisations, les époques.

Dans certains cas (si l'on songe simplement au fait que les grandes marques du luxe sont, pour une grande part, les grands noms du stylisme), la marque va même jusqu'à constituer la fin du styliste.

Il devient alors le créateur d'une œuvre dont le chef est sa propre marque, ce moment où « l'adéquation » dont parle Bernard Arnault devient une équation, l'égalité parfaite entre la marque, le créateur et son style.

Le styliste est aussi un représentant important de la marque, il en constitue un

véhicule, en participant nolens volens à son image et à sa communication.

Le public imagine en effet qu'en étant le créateur, l'inspirateur, le souffle de vie de la marque, il en constitue, de proche en proche, l'idéal, l'archétype, l'incarnation ou le corps parfait.

C'est ce qui explique que l'image et le nom du styliste représentent, dans certains cas, pour l'entreprise, une valeur aussi importante que ses créations.

L'importance accordée à l'image et au nom des stylistes n'est d'ailleurs pas sans lien avec le phénomène de « *starisation* » qui, dans la haute couture et le prêt-à-porter, les entoure depuis plusieurs années, notamment lors de leur passage d'une maison de couture à une autre, qui rappelle à certains égards (et dans un toute autre style !) le transfert des sportifs professionnels.

Certes, l'importance du styliste ne se réduit pas à ce phénomène car, qu'il soit connu ou inconnu, reconnaissable ou anonyme, directeur de création ou simple styliste, dans un atelier de couture prestigieux ou dans un bureau de style peu connu, il constitue toujours un enjeu stratégique pour l'entreprise en tant qu'il est le moyen de son renouvellement et de son développement.

Néanmoins, société de la communication oblige, lors du recrutement du styliste, son image et son nom, qui sont autant de marques, de ce qu'il est, de sa personne, de son corps, peuvent constituer un enjeu dans la relation contractuelle à venir.

Dit autrement, l'œuvre de son corps (son image et son nom) peut se révéler être aussi importante que l'œuvre de son esprit (ses créations).

Dans cette perspective, il s'agit donc de s'interroger sur la place de l'image et du nom du styliste dans le contrat de travail lorsque l'entreprise aura choisi d'y recourir.

« L'importance accordée à l'image et au nom des stylistes n'est d'ailleurs pas sans lien avec le phénomène de "starisation" qui, dans la haute couture et le prêt-à-porter, les entoure depuis plusieurs années (...). »

Choisir de recourir au contrat de travail ? A première vue, l'idée d'un choix peut paraître paradoxale puisque la relation de travail « *ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles* » elle est exercée (cf. Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, Bull. civ. V, n° 437, p. 337).

Pourtant, à bien y regarder, on constate que le styliste est souvent dans un entre-deux juridiquement inqualifiable, dans une situation où la plus grande autonomie peut côtoyer la plus grande subordination, rarement totalement subor-

onné, jamais totalement indépendant, libre à bien des égards mais contraint à d'autres titres.

Le styliste se trouve en effet bien souvent dans ce qu'un auteur appelle une « *zone grise* » qui, loin de constituer la synthèse du travail salarié et du travail indépendant, marque une certaine convergence entre les cas dans lesquels la subordination n'exclut pas une certaine autonomie et ceux dans lesquels l'indépendance n'exclut pas une forme d'allégeance (cf. Supiot A., Les nouveaux visages de la subordination, Dr. soc. 2000, p. 131).

Quoi qu'il en soit, il s'agira ici de déterminer les conséquences de l'existence et la conclusion d'un contrat de travail sur les droits à l'image et au nom du styliste (I) ainsi que les aménagements qui peuvent lui être apportés pour organiser ces droits (II).

I. – L'EXISTENCE ET LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL SUR LES DROITS A L'IMAGE ET AU NOM

Il convient de s'interroger ici sur les effets de l'existence et de la conclusion du contrat de travail sur deux des éléments importants de la relation contractuelle, à savoir les droits à l'image et au nom du styliste que l'entreprise veut se faire consentir.

A. – L'autonomie des droits à l'image et au nom

L'importance accordée à l'image du styliste peut en effet conduire l'entreprise à vouloir l'utiliser en la fixant, la reproduisant et la diffusant dans le cadre de la communication organisée autour des créations, des défilés, de la marque et, plus généralement, de l'entreprise.

C'est cette même image ou la valeur attachée au nom du styliste dont l'entreprise va, par ailleurs, vouloir en même temps limiter l'utilisation par ce dernier, que ce soit dans le cadre d'une autre activité, concurrente ou pas, ou encore dans le cadre, par exemple, d'un contrat de licence de nom ou d'image (cf. Loiseau G., Le nom objet d'un contrat, LGDJ, 1997, p. 231 ; Serna M., L'image et le contrat : le contrat d'image, Contrats, conc., consom. 1998, chr. n° 12).

La difficulté tient au fait que l'image, en tant qu'elle constitue une représentation des traits physiques de la personne, est l'objet d'un droit dit à l'image selon la formule consacrée, dont l'existence n'est plus guère contestée (cf. Kayser P., Le droit dit à l'image, Mélanges Roubier tome 2, p. 73).

Il en est de même du nom qui, longtemps considéré comme une obligation (celle pour toute personne physique d'en avoir un), est désormais conçu comme un droit.

Il est en effet aujourd'hui admis qu'il existe un droit au nom portant sur le prénom et le nom patronymique ou nom de famille, pour employer l'expression récemment consacrée par le législateur (cf. Mazeaud H., Mazeaud L. et Mazeaud J., Chabas F., Leçons de droit civil, Les personnes,

t. 1, vol. 2, 8^e éd., Montchrestien, 1997, par Laroche-Gisserot F., p. 93). Dans les deux cas, nous sommes face ce qu'il est convenu d'appeler des droits de la personnalité qui, en principe, restent attachés à la personne.

Pour le premier d'entre eux, à savoir le droit à l'image, bien que sa portée ait connu et connaisse encore des variations avec le temps, il est défini en effet par la jurisprudence comme le droit exclusif que « toute personne, quelle que soit sa notoriété, dispose sur son image et l'utilisation qui en est faite (...) et qui lui permet de s'opposer à sa diffusion sans son autorisation » (TGI Paris, 3 sept. 1997, RP 8185, cité par Amson D., *Le droit à l'image et la rue*, Legipresse, n° 175, II, p. 106).

Certes, le caractère absolu de ce droit est aujourd'hui sévèrement remis en cause lorsque, par exemple, il entre en conflit avec la liberté d'expression, au point que certains auteurs vont jusqu'à proclamer que « le droit à l'image n'existe plus » (Bigot C., *Du droit à l'image au droit à la dignité*, D. 2002, p. 1380).

Néanmoins, à constater la multiplication des contrats d'image, on doit admettre qu'il reste bien vivant, sauf à réduire toute la question de l'existence du droit à l'image à ses seules relations avec les articles 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ce qui semble une position difficilement tenable.

Autrement dit, en dehors notamment de l'hypothèse où une personne va être impliquée objectivement dans un événement d'actualité nécessitant l'information du public (cf. Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2000, n° 97-15.163, Bull. civ. I, n° 27, p. 17), ce qui, pour le styliste, sera notamment le cas au moment d'un défilé, celui-ci va être en droit de s'opposer à la reproduction de son image, comme toute autre personne.

Il en est de même en ce qui concerne le droit au nom qui, bien qu'occupant parmi les droits de la personnalité « une place originale dans la mesure où le nom n'est pas seulement le creuset de la personnalité mais aussi un signe d'appartenance à une famille et un instrument de police civile », reste exclusivement attaché à la personne tout en ayant pour le nom patronymique un caractère collectif (cf. Loiseau G., précité, p. 105).

B. – L'objet du contrat de travail

Le contrat de travail conclu avec le styliste n'a pas nécessairement pris en compte l'existence de ces droits, qui ont mis du temps à s'imposer dans les esprits et dont la portée, ainsi que les contours, ne sont pas toujours clairement définis.

Aussi, il s'agit de savoir si la simple existence ou la conclusion du contrat de travail emporte une quelconque autorisation pour l'entreprise ou une quelconque interdiction pour le styliste d'utiliser ses droits à l'image et au nom.

On sait en effet que si toute relation de travail – sous-entendu salarié – peut naître avec la conclusion d'un contrat de travail, toute relation de travail ne dérive pas du seul contrat de travail.

C'est ce qu'exprime pour partie la jurisprudence qui décide que l'existence d'une relation de travail « ne

dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles » elle est exercée (cf. Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, Bull. civ. V, n° 437, p. 337).

En d'autres termes, il s'agit de savoir si la nature particulière de la relation de travail, qui découle aussi bien du contrat de travail conclu avec le salarié que du « fait-condition » lié à « sa présence sur les lieux du travail », sous un certain rapport, emporte dérogation à la jouissance du salarié sur ses droits à l'image et au nom (cf. Durand P., avec le concours de Vitu A., *Traité de droit du travail*, t. 3, Paris, Dalloz, 1956, p. 208).

En effet, dans les rapports nés du contrat de travail, il y a certes des éléments patrimoniaux qui intéressent le droit des obligations, qui sont pour le salarié, l'obligation de faire un travail et pour l'employeur de donner un salaire, mais il y a également d'autres éléments.

Ceux-ci, qui ont un caractère personnel, sont l'obligation pour le salarié de respecter des instructions en se soumettant au pouvoir de direction de l'employeur, qui va pouvoir, par ailleurs, en sanctionner le non-respect dans le cadre de son pouvoir disciplinaire (cf. Durand P., précité, p. 217).

On voit donc que, dans le cadre du contrat de travail, le salarié est dans une situation de dépendance, c'est-à-dire de subordination juridique permanente qui va très au-delà de la simple fourniture d'une prestation de travail.

La prestation de travail fournie par un salarié est par ailleurs très différente de celle fournie par un travailleur indépendant dans le cadre d'un contrat d'entreprise ; dans le premier cas il s'agit de moyens, la « force productive », alors que, dans le second, il s'agit d'un résultat, un ouvrage (cf. Durand P., précité).

En réalité, dans le cadre du contrat de travail qui est nécessairement conclu *intuitu personae* (ce qui n'est pas nécessairement le cas du contrat d'entreprise), on constate donc que la personne y joue, en tant que telle, un rôle de premier plan au point que Planiol était même allé jusqu'à considérer que « c'est la personne même qui est en réalité l'objet du contrat, en même temps qu'il en est le sujet » (cité par Durand P., précité, p. 217).

On notera au passage la parenté qui peut exister entre le droit tiré du contrat de travail ou de la relation de travail et les droits de la personnalité, lorsque l'on sait que l'un des premiers arguments avancés par les détracteurs de ces derniers, était justement l'impossibilité pour une personne d'être à la fois sujet de droit et objet de droit, c'est-à-dire l'impossibilité du *jus in se ipsum*.

Quoi qu'il en soit, on aurait pu assez logiquement déduire de ces constatations que le salarié, engagé dans le cadre d'un contrat de travail, ne pouvait dès lors plus jouir pleinement du bénéfice des droits sur sa personnalité, particulièrement lorsque, comme dans le cas du styliste, cette dérogation à la jouissance des droits peut se justifier par la nature de la tâche à accomplir.

Toutefois, même si le contrat de travail n'a jamais été légalement défini, son objet, qui est pour le salarié la fourniture d'un travail, ne doit pas être confondu

avec ce qui est l'objet de la fourniture du travail, à savoir la personne ; la prestation de travail est dans le commerce juridique, la personne est *a priori* en dehors.

La personne, ou plutôt son corps, est certes le moyen de la prestation de travail au point qu'Alain Supiot considère qu'il constitue la chose, objet de la prestation de travail (cf. Supiot A., Critique du droit du travail, PUF, 2002, p. 54). Néanmoins, s'il existe certes une multitude de points de contacts entre la relation de travail et le corps du salarié lorsque l'on pense à de nombreuses étapes de la relation de travail, que ce soit la visite médicale, la maladie, le repos, la retraite, le corps n'est toutefois pas coextensif à la prestation de travail (cf. Supiot A., Critique du droit du travail, précité, p. 58).

C'est d'ailleurs ce qui peut expliquer que même dans le cas du mannequin professionnel se définissant comme « toute personne qui est chargée, soit de présenter au public, directement ou indirectement, par reproduction de son image sur tout support visuel ou audiovisuel, un produit, un service ou un message publicitaire, soit de poser comme modèle, avec ou sans utilisation ultérieure de son image » et où le corps humain y joue une place prépondérante, le contrat de travail doit stipuler une clause précisant les conditions dans lesquelles est autorisée par un mannequin ou ses représentants légaux et rémunérés à la vente, l'exploitation ou la reproduction de l'enregistrement de sa présentation, c'est-à-dire de son image (cf. C. trav., art. R. 763-1-6°).

C'est-à-dire que dans l'hypothèse la plus caractéristique où l'utilisation de l'image du corps constitue la raison d'être, le motif de conclusion du contrat de travail, le législateur a prévu que l'autorisation d'exploitation de l'image du mannequin devait entrer dans les prévisions des parties par une clause expresse, à défaut de laquelle on devait présumer que le mannequin n'a pas consenti à l'utilisation de celle-ci.

En conséquence, à l'issue de ce bref aperçu, on entrevoit que la disposition légale qui prévaut en matière de droits de propriété intellectuelle, à savoir l'article L. 111-1, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit [de propriété intellectuelle exclusif et opposable à tous] », trouve son pendant en matière de droits de la personnalité, que ce soit pour le droit à l'image ou le droit au nom.

Heureusement, comme en matière de droits de propriété intellectuelle, des aménagements pourront être apportés au contrat de travail portant sur l'utilisation de l'image et du nom du styliste, car l'attache-

ment de ces droits à la personne ne les rend pas pour autant indissociables.

II. – LES AMÉNAGEMENTS DU CONTRAT DE TRAVAIL PORTANT SUR L'IMAGE ET LE NOM DU STYLISTE

Il s'agit cette fois de s'interroger sur les conditions dans lesquelles des aménagements pourront être apportés au contrat visant, selon les cas, soit à autoriser l'entreprise à utiliser l'image et le nom du styliste, soit à limiter ce dernier dans leur utilisation.

A. – Le contenu des aménagements du contrat de travail

« (...) le contrat de travail doit stipuler une clause précisant les conditions dans lesquelles est autorisée par un mannequin ou ses représentants légaux et rémunérés à la vente, l'exploitation ou la reproduction de l'enregistrement de sa présentation, c'est-à-dire de son image (...) »

Que le contrat de travail n'emporte *per se* aucune dérogation à la jouissance des droits de la personnalité ne signifie pas que ces derniers restent étrangers à la relation de travail et ne peuvent pas entrer dans son objet.

Au contraire, c'est justement en raison de la nature particulière de la relation de travail, qui comprend aussi bien des éléments personnels que des éléments patrimoniaux, que les droits de la personnalité sont toujours susceptibles d'être directement ou indirectement mis en cause.

Le débat sur la question de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans l'entreprise, qui sont considérées comme porteuses d'un risque d'atteintes au droit à la vie privée ou personnelle, lequel ne se développe pas forcément, montre justement que les droits de la personnalité ne sont pas étrangers à la relation de travail (cf. Ray J.-E., Le droit du travail à l'épreuve des NTIC, 2^e éd., Liaisons, 2001).

Sans entrer dans le détail des discussions complexes sur la nature des droits de la personnalité, notamment sur la question de savoir s'il s'agit ou pas de droits subjectifs, disons qu'en principe, la doctrine considère qu'ils ont généralement un caractère extrapatrimonial (cf. Lucas-Scloetter A., Droit moral et droits de la personnalité, t. 1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 248 ; contre cette opinion : Beignier B., Le droit de la personnalité, PUF, collec. Que Sais-Je, 1992, p. 67).

Néanmoins, le constat de la commercialisation croissante de certains d'entre eux, que ce soit aussi bien le droit à l'image que le droit au nom, remet assez largement en cause le principe de leur caractère extrapatrimonial.

Certains auteurs ont d'ailleurs vu dans le droit à l'image, une diabolique « double nature » de droit extrapatrimonial et droit patrimonial ; le premier pour se protéger des atteintes portées à l'image de l'individu, le second conférant à l'individu un monopole d'exploitation sur son image (cf. Gaillard E., La double

nature du droit à l'image est ses conséquences en droit positif, D. 1984, chr., p. 161).

D'autres auteurs ont simplement perçu dans « *l'émergence d'un véritable droit patrimonial d'exploitation commerciale de sa propre image par l'individu* », une « *ambiguïté du droit à l'image* » (Acquarone D., *L'ambiguïté du droit à l'image*, D. 1985, chr., p. 122).

Quant au droit au nom, il est également admis qu'il est composé d'une part, d'un droit à l'usage qui se dédouble en un droit de « *se désigner par son nom* » et en « *un droit d'exercer le commerce sous son nom* » et, d'autre part, d'un « *droit à la défense de son nom* » (Loiseau G., précité, p. 126).

Qu'il s'agisse donc du droit à l'image ou du droit au nom, l'aménagement dans le contrat de travail portera sur les deux aspects, extrapatrimonial et patrimonial des droits et, surtout, selon trois directions.

La première direction de l'aménagement contractuel va consister à obtenir le consentement du styliste pour utiliser certains des droits de sa personnalité, le plus souvent son image.

Le consentement est ici moins conçu comme un accord de volontés que comme l'autorisation donnée à l'entreprise de réaliser et publier l'image du salarié (cf. Ravanas J., *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Thèse dactylographiée, 1977, p. 151 et s., p. 402 et s.).

Ce consentement, qui devra être effectif et exprès, sera un « *élément de détermination du contenu du droit* » et portera le plus souvent sur les conditions de fixation, de reproduction et de diffusion de l'image du styliste (cf. Serna M., précité, p. 6 ; Stoufflet J., *Le droit de la personne sur son image*, JCP éd. G 1957, p. 22).

Cette autorisation expresse et écrite ayant un caractère spécial, elle sera donc d'interprétation stricte en faveur du salarié.

Il convient à cet égard de mentionner l'une des questions les plus délicates concernant le consentement, à savoir la faculté ou pas, pour le titulaire des droits, de le révoquer.

En effet, certains droits étrangers qui ont légalisé les autorisations d'utiliser l'image d'une personne et, plus généralement, les droits de sa personnalité, ont en même temps prévu la faculté pour le titulaire des droits de révoquer l'autorisation donnée, à charge pour celui-ci de réparer le préjudice éventuellement causé (en Espagne, *Ley organica 1/1982, de 5 mayo, de proteccion civil del derecho al honor, a la intimidad personal, familiar, y a la propia imagen*).

En France, une partie de la doctrine est favorable à une telle révocation, estimant qu'elle constitue « *le seul moyen qui permette de concilier le caractère indisponible du droit de la personne sur son image avec la validité des contrats autorisant sa publication* » (Ravanas J., précité, p. 504).

Il est vrai qu'une telle faculté est certainement justifiée, en raison du risque que comporteraient des consentements trop généraux et illimités, qui pourraient faire craindre pour les droits de la personne en cause. En revanche, dès lors que le consentement revêt les caractères de spécialité, de précision et de limitation dans le temps, une telle faculté ne semble pas nécessaire à la protection des droits de la personne ou des restrictions qui y sont apportées qui, par ailleurs,

sont soumises, comme nous le verrons, à un contrôle de proportionnalité du juge.

La seconde direction de l'aménagement va consister, pour l'entreprise, à s'assurer que le styliste va renoncer à utiliser ou plutôt à faire certaines utilisations de son image et de son nom, accessoirement à une autre activité.

Dans une première hypothèse, le styliste va contracter un engagement qui, positivement, lui fera obligation de consacrer l'exclusivité de son activité à l'entreprise et négativement, lui fera interdiction d'avoir une activité même non concurrente de l'entreprise.

La jurisprudence reconnaît la validité de ce type d'engagement tout en exigeant qu'il soit justifié par la « *protection des intérêts légitimes de l'entreprise* », « *par la nature de la tâche à accomplir* » et qu'il soit « *proportionné au but recherché* », dans la mesure où il porte atteinte à la liberté du travail (cf. Cass. soc., 11 juill. 2000, n° 98-40.143, Bull. civ. V, n° 276, p. 218 ; Cass. soc., 11 juill. 2000, n° 98-43.240, Bull. civ. V, n° 277, p. 219 ; Cass. soc., 11 juill. 2000, n° 98-43.945 ; Cass. soc., 11 juill. 2000, n° 98-41.486).

Dans une seconde hypothèse, le styliste va souscrire un engagement de loyauté qui découle de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail posée par l'article L. 120-4 du Code du travail.

Cette obligation, qui comprend notamment une obligation de discrétion, une obligation de fidélité lui faisant interdiction d'exercer pour autrui ou pour lui-même une activité concurrente et, plus généralement, une interdiction d'agir dans l'intérêt contraire de l'entreprise, pourra être précisée quant à l'utilisation de son image et de son nom.

La troisième direction de l'aménagement va consister à lui interdire ou, au moins, à limiter l'utilisation de son image et de son nom, séparément de toute activité, notamment en concédant des licences d'exploitation sur son image et son nom qui pourraient nuire aux intérêts de l'entreprise ; dans ce cas, l'aménagement prendra la forme d'une renonciation au plein exercice des droits à l'image et au nom.

B. – Le contrôle de proportionnalité des aménagements

Certains de ces aménagements constituent des restrictions « *aux droits des personnes et aux libertés individuelles* » et sont donc soumis à un contrôle de proportionnalité (cf. C. trav., art. L. 120-2).

En effet, désormais les restrictions apportées aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives doivent être « *justifiées par la nature de la tâche à accomplir* » et « *proportionnées au but recherché* » (cf. C. trav., art. précité).

En d'autres termes, cette disposition qui reconnaît le bien-fondé des restrictions qui sont apportées aux droits et libertés, les soumet à un contrôle de proportionnalité.

Aujourd'hui, quel que soit le moyen par lequel ou dans lequel une telle restriction est apportée, y compris dans le cadre d'un contrat de travail, un tel contrôle qui a une portée générale, peut être opéré, dès lors qu'il s'agit de droits de personnes ou de libertés individuelles ou collectives.

Reste à savoir, en ce qui concerne le cas du styliste,

ce qu'on entend par libertés individuelles et droits des personnes.

Une première indication nous est donnée par le ministère du travail qui semble considérer que la liberté de se vêtir et la liberté de se déplacer sont, par exemple, des libertés individuelles (cf. Circ. DRT n° 93/10, 15 mars 1993, BO Trav. n° 93/10, texte n° 412).

Une seconde indication nous est donnée par la jurisprudence qui décide également que, bien que n'entrant pas dans la catégorie des libertés fondamentales, les restrictions apportées à la liberté de se vêtir entrent dans les prévisions de l'article L. 120-2 du Code du travail (cf. Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, Bull. civ. IV, n° 178, p. 174).

Une troisième indication est fournie par la doctrine qui estime que parmi les libertés individuelles visées par l'article L. 120-2 du Code du travail, il convient désormais de distinguer les « libertés ordinaires » de « second rang » et les « libertés fondamentales » qui s'entendent vraisemblablement de celles ayant une valeur constitutionnelle (cf. Lokiec P., Tenue correcte exigée - Des limites à la liberté de se vêtir à sa guise, Dr. soc. 2004, p. 132).

De cet aperçu sur le champ d'application de l'article L. 120-4 du Code du travail, il résulte que le contrôle a vocation à être opéré sur tous les droits des personnes et les libertés individuelles, quel que soit leur rang.

En conséquence, s'agissant de l'engagement d'exclusivité évoqué plus haut, il sera soumis à ce contrôle, dans la mesure où la jurisprudence considère qu'il porte nécessairement atteinte à la liberté du travail (cf. Cass. soc., 11 juill. 2000, précités).

Quant aux droits du styliste sur son image et son nom, en tant que droits de la personnalité, on peut raisonnablement penser qu'ils entrent dans la catégorie des droits des personnes même si la jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer sur cette question.

En résumé, la place grandissante de l'image et du nom dans les relations contractuelles du styliste et de l'entreprise, a conduit à nous interroger

sur leur statut juridique dans la relation de travail. L'autonomie des droits, ayant pour objet l'image et le nom qui sont attachés à la personne et l'objet même du contrat de travail qui, bien que comportant des éléments personnels, n'a pas pour objet la personne, a permis de dévoiler la très vraisemblable existence d'un principe selon lequel la conclusion d'un contrat de travail par le titulaire de droits de la personnalité, n'emporte aucune dérogation à la jouissance de ces droits, principe qui est comparable à celui qui prévaut en matière de droits d'auteurs aux termes de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle.

Néanmoins, les droits à l'image et au nom qui sont attachés à la personne ne lui sont pas indissociables. En effet, ils ne sont pas étrangers à la relation de travail et peuvent parfaitement entrer dans l'objet du contrat de travail dans le cadre d'aménagements apportés à leur libre jouissance et à leur plein exercice.

Surtout, les ressources propres au droit du travail qui organise un contrôle de proportionnalité des restrictions apportées aux droits des personnes et des libertés individuelles, offrent une garantie pour la protection des personnes qui font du contrat de travail un outil tout à fait adapté aux enjeux liés à ce type de relation contractuelle.

Pour conclure en revenant là où nous avons commencé, à savoir sur la qualité de créateur, du styliste, nous pourrions d'ailleurs imaginer que le contrôle de proportionnalité prévu par l'article L. 120-2 du Code du travail puisse trouver sa place en matière de droits d'auteurs des salariés, notamment pour offrir une garantie de leur protection, en contrepartie de l'assouplissement souhaitable du sacro-saint principe d'interdiction de cession globale des œuvres futures prévu par l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle, dans le cadre de l'adaptation du droit d'auteur au statut de salarié (cf. Caron C., L'adaptation du droit d'auteur de la création salariée à l'entreprise, Legicom, 2003, n° 29, p. 13). ■

Profession mannequin : un acteur incontournable dans le luxe

Le mannequin, acteur économique inéluctable dans le secteur du luxe, met son image à la disposition d'une marque. L'utilisation de cette image est soumise à certaines conditions juridiques et financières que la présente étude se propose d'analyser.

PLAN DE L'ETUDE

I. – CONDITIONS JURIDIQUES DE L'UTILISATION DE L'IMAGE DU MANNEQUIN

- A. – Le droit à l'image : définition
- B. – L'autorisation d'utiliser l'image du mannequin

II. – CONDITIONS FINANCIERES D'UTILISATION DE L'IMAGE DU MANNEQUIN

- A. – Modalités de calcul
- B. – Régime fiscal
- C. – Garantie de paiement

► Michael
Sicakyuz

Avocat
à la Cour

Docteur
en droit

4489



- LUXE
- MANNEQUIN

Aborder les questions relatives au droit du luxe, c'est étudier le fonctionnement des acteurs économiques du luxe.

Or, vendre du luxe, c'est avant tout vendre une certaine image associée à un produit.

En l'occurrence, cette image est souvent véhiculée par celui qui fait commerce habituel de cet « *attribut de la personnalité* », j'ai nommé le mannequin.

D'ailleurs, l'article L. 763-1 du Code du travail définit le mannequin comme « *toute personne qui est chargée soit de présenter au public, directement ou indirectement par reproduction de son image sur tout support visuel ou audiovisuel, un produit, un service ou un message publicitaire, soit de poser comme modèle, avec ou sans utilisation ultérieure de son image, même si cette*

activité n'est exercée qu'à titre occasionnel ».

L'exercice de l'activité de mannequin a la particularité d'être soumis à la fois au droit du travail et au droit civil.

Ainsi, les dispositions des articles L. 763-1 et suivants du Code précité mettent en place un cadre précis, protecteur de l'exercice de la profession sous toutes ses formes, que le mannequin travaille par le biais d'une agence ou directement pour celui d'un client utilisateur.

On retrouve d'ailleurs là des mécanismes identiques à ceux mis en place à la même époque pour le travail temporaire.

Dans le même temps, l'utilisation de l'image du mannequin est encadrée par les principes jurisprudentiels mis en place à partir de l'analyse de l'article 9 du Code civil.

Cette dualité est généralement présente dans la rémunération du mannequin : une rémunération due au titre de son travail *stricto sensu*, c'est-à-dire le temps de pose et une autre pour l'utilisation de son image. D'ailleurs, l'article L. 763-2 du Code du travail indique que n'est pas considérée comme salaire, la rémunération due aux

mannequins à l'occasion de la vente ou de l'exploitation de l'enregistrement de sa présentation par l'employeur ou tout autre utilisateur, dès que la présence physique du mannequin n'est plus requise pour exploiter ledit enregistrement et que cette rémunération n'est en rien fonction du salaire reçu pour la production de sa présentation mais, au contraire, fonction du produit de la vente ou de l'exploitation dudit enregistrement.

Il s'agit là d'une définition bien particulière du droit à l'image.

Aussi, au-delà de cette définition légale de la rémunération de l'image du mannequin, la loi et la jurisprudence soumettent à certaines conditions l'utilisation de cette image. En outre, l'image d'un mannequin a un prix. C'est l'analyse des conditions financières de l'utilisation de l'image du mannequin qui nous donnera des indices sur la valeur de celle-ci.

I. – CONDITIONS JURIDIQUES DE L'UTILISATION DE L'IMAGE DU MANNEQUIN

A. – Le droit à l'image : définition

L'article 9 du Code civil, l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, ainsi que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales en son article 8 prévoient que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ».

Selon une jurisprudence constante, cette protection s'étend également au droit à l'image de chacun.

Il existe en droit français un principe protecteur, qui indique que la publication de l'image d'une personne nécessite par principe une autorisation expresse et circonstanciée de l'intéressé.

En effet, chacun dispose sur son image d'un droit exclusif et absolu, qui lui permet de s'opposer à sa fixation, à sa reproduction ou à son utilisation sans son consentement préalable. C'est dans ces conditions que, lorsqu'une société de presse ou un annonceur ne justifie pas d'une autorisation préalable circonstanciée de publication émanant d'une personnalité, qu'il s'agisse d'un comédien, d'un sportif ou d'un mannequin, la publication de sa photographie est attentatoire aux droits dont elle dispose sur son image.

S'agissant plus précisément du mannequin, qui fait métier de la reproduction de son image, celui-ci a le libre choix des modalités de diffusion de son image, ainsi que celui des publics auprès desquels cette diffusion aura lieu, moyennant juste rémunération.

A cet effet, la jurisprudence décide que le fait d'accepter de poser pour un photographe et de consentir ainsi

à la prise d'un cliché n'emporte pas autorisation de le publier (cf. TGI Paris, 7 déc. 1994, Juris-Data n° 040200).

L'utilisation effectuée en dehors de son contexte, sans autorisation spéciale et expresse d'un cliché, est d'ailleurs constitutive d'une atteinte au droit que toute personne détient sur son image (cf. CA Paris, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 12 sept. 1995, Légipresse 1996, n° 129, p. 21).

Ainsi, ces dispositions légales et jurisprudentielles confèrent à toute personne le pouvoir de contrôler l'exploitation qui peut être faite de son image, en choisissant notamment le support qu'elle estime adapté à cette diffusion et celui également de s'opposer à toute reproduction qui n'aurait pas reçu son

autorisation, laquelle doit être expresse et spéciale.

L'exercice de la profession de mannequin ne prive pas de ce droit la personne qui fait métier de la reproduction de son image (cf. TGI Bobigny, 5^e ch., 16 sept. 2003, Morales et autres c/ MOV'IN).

La protection initialement mise en place par la jurisprudence, sur la base de la violation de la vie privée par la publication d'images, profite ainsi maintenant directement aux mannequins.

Cela est d'autant plus intéressant que l'utilisation illicite de

l'image d'un mannequin a pour conséquence de le priver de sa source de revenus professionnels, ce qui constitue un manque à gagner certain, dans le cadre d'une appréciation cette fois purement commerciale et non morale de la violation de son image.

B. – L'autorisation d'utiliser l'image du mannequin

L'autorisation donnée par un mannequin d'utiliser son image doit remplir certaines conditions de forme.

L'article R. 763-1 du Code du travail indique dans le cadre des dispositions concernant les mannequins, les agences et les clients utilisateurs, que le contrat de travail qui est établi entre l'agence de mannequins et chaque mannequin mis à la disposition d'un utilisateur, doit comporter une clause précisant les conditions dans lesquelles est autorisée par le mannequin ou ses représentants légaux, et rémunérée, l'exploitation ou la reproduction de l'enregistrement de sa présentation au sens de l'article L. 763-2 du Code du travail.

Ces dispositions peuvent également être transposées lorsque le contrat est établi directement entre le mannequin et le client utilisateur.

Il s'agit là de la reprise des principes édictés au visa de l'article 9 du Code civil par la jurisprudence construite autour du droit à l'image. Ainsi, l'acceptation de révéler et de reproduire son image n'est valable que si elle remplit certaines conditions : la cession des droits de reproduction de l'image pour une utilisation illimitée pour tout média, sans limita-

« La protection initialement mise en place par la jurisprudence, sur la base de la violation de la vie privée par la publication d'images, profite ainsi maintenant directement aux mannequins. »

tion de lieu, de quantité et de pays, n'est pas valable s'agissant d'une convention en des termes généraux contraires aux usages et pour un vil prix (cf. CA Paris, 1^{re} ch., sect. B, 30 avr. 1998, Juris-Data n° 023031).

Le consentement donné à la diffusion d'une image ne s'étend pas sans limite de temps ou de circonstances (cf. CA Versailles, 7 mai 1998, Juris-Data n° 970803).

Pour être valable, l'utilisation de l'image d'un mannequin doit donc être autorisée dans le cadre d'un contrat définissant spécifiquement à la fois les supports, la durée, les quantités et l'étendue géographique de l'exploitation qui va en être faite. Il n'existe donc pas en droit français de photos dites « *libres de droits* ».

En application de ces différents principes, toute personne ayant recours à ce que l'on appelle les banques d'images, qui proposent notamment sur internet des photographies de mannequins moyennant le paiement d'une somme forfaitaire en indiquant que ces clichés seraient libres de droits, s'expose donc en réalité à une action du mannequin qui n'aurait pas autorisé spécifiquement l'utilisation de son image sur les principes ci-dessus rappelés. Il s'agirait d'une atteinte au droit à l'image qui ouvrirait droit à réparation.

Une telle action est une action en responsabilité civile extra contractuelle. La jurisprudence décide que les conséquences de l'atteinte au droit à l'image relèvent de la loi du lieu où les faits ont été commis (cf. Cass. 1^{re} civ., 13 avr. 1988, n° 86-15.524, Bull. civ. I, n° 98, p. 67, JCP éd. G 1989, II, n° 21320, note Putman E.).

Celui qui aurait fait le choix d'utiliser à des fins commerciales et publicitaires l'image d'un mannequin sans son consentement exprès et circonstancié, s'expose donc à une action en réparation du préjudice subi, qui pourra être engagée sur ce même fondement. D'ailleurs, lorsqu'un annonceur utilise sans le consentement exprès d'un mannequin son image, c'est généralement et essentiellement pour des raisons d'économies budgétaires, puisque cette utilisation ouvre normalement droit à rémunération.

Cette rémunération, communément appelée droit de reproduction ou royalties, obéit également à certains principes.

II. -- CONDITIONS FINANCIERES D'UTILISATION DE L'IMAGE DU MANNEQUIN

A. – Modalités de calcul

L'activité essentielle du mannequin est de faire commerce de son image.

C'est d'ailleurs son exploitation qui procure généralement les revenus les plus importants.

Curieusement, il n'existe aucune disposition légale, réglementaire ou conventionnelle, qui fixe avec précision le montant des rémunérations ou royalties dues pour cette exploitation.

En effet, si à la suite de la mise en œuvre des articles L. 763-1 et suivants du Code du travail, les

partenaires sociaux se sont réunis pour mettre en place un accord national professionnel intitulé « *Accord classification et salaires* » du 15 février 1991, rien de tel n'a été mis en place pour les royalties.

Cet accord définit avec une certaine précision les différentes catégories de mannequins et les rémunérations qui leur sont dues à titre de salaire brut minimum pour les heures de travail, mais celui-ci est totalement muet sur les royalties relatives à la rémunération du droit à l'image du mannequin, alors qu'il s'agit du volet financier le plus important. De telle sorte que la détermination de cette rémunération n'obéit à aucun principe et peut être fixée de gré à gré. Toutefois, les différents intervenants et, notamment, les agences de mannequins, par l'intermédiaire de syndicats non représentatifs, ont édicté une grille de barèmes qui reprennent pour l'essentiel les différents principes édictés par la jurisprudence.

Ainsi, en fonction de la notoriété du mannequin, de l'étendue géographique de l'exploitation de l'image, du support choisi, du nombre d'exemplaires reproduits et de la durée d'utilisation prévue, ces grilles tarifaires permettent d'obtenir un calcul plus ou moins précis de la rémunération du droit à l'image d'un mannequin (cf. grille tarifaire du Syndicat des agences de mannequins ou grille de l'Union Nationale des Agences de Mannequins, dite UNAM, <www.unam.org>).

Pour autant, ces tarifs sont indicatifs et ne s'imposent à aucun des partenaires ou acteurs économiques utilisant l'image d'un mannequin. Ils peuvent toutefois servir de base à la conclusion d'un contrat comme au règlement d'un litige devant la juridiction compétente.

A ce propos, la jurisprudence va même jusqu'à admettre et prendre en compte les choix de carrière du mannequin pour évaluer son préjudice, lorsque son image est utilisée sans son autorisation.

Ainsi, énonçant que le mannequin donne une valeur patrimoniale à son image puisqu'il exerce pour des marques de luxe, le fait de le faire apparaître comme un strip-teaser professionnel dévalorise l'image qu'il entend donner de lui-même et lui cause un préjudice patrimonial (cf. TGI Nanterre, réf., 2 mars 2004, Gubry c/ Société de conception de presse).

B. – Régime fiscal

D'un point de vue fiscal, les redevances ou royalties dues au mannequin en fonction du produit de la vente ou de l'exploitation de sa prestation, sont imposables au titre des bénéfices non commerciaux. Il faut souligner que, pour les artistes du spectacle, des conventions collectives ou des accords par secteur d'activité peuvent prévoir l'imposition des royalties dans la catégorie des traitements et salaires à hauteur d'un certain montant. Rien de tel n'existe dans la profession de mannequin.

D'après l'article 100 bis du Code général des impôts, les salaires provenant des activités artistiques peuvent faire l'objet d'une imposition étalée sur plusieurs années. Ceci est justifié par le fait que, très souvent, les revenus des artistes ne sont pas réguliers. Cette procédure d'étalement est prévue à l'ori-

gine pour la catégorie des bénéficiaires non commerciaux. Bien que rien ne soit expressément prévu, le mannequin peut donc bénéficier du régime d'imposition étalé de l'article 100 bis précité.

C. – Garantie de paiement

Reste la question de la garantie du paiement des royalties dues au mannequin, lorsque l'agence de mannequins ou le client utilisateur ne sont plus en mesure de le régler et se trouvent par exemple en redressement ou en liquidation judiciaires.

A ce sujet l'article L. 763-9 du Code du travail indique que « toute agence de mannequins est tenue de justifier

d'une garantie financière assurant, en cas de défaillance de sa part, le paiement des salaires, de leurs accessoires et compléments, des cotisations sociales obligatoires et le versement des sommes dues au mannequin (...) au titre de la rémunération [du droit à l'image] définie à l'article L. 763-2 ». Les articles R. 763-11 et suivants du Code du travail précisent que dès la constatation de la

défaillance de l'agence de mannequins, ces derniers peuvent adresser au garant une demande de paiement. Le garant doit payer les sommes dues dans les dix jours suivant la réception de la demande de paiement par lettre recommandée.

En outre, en cas d'insuffisance de cette garantie, l'article R. 763-19 du Code du travail prévoit que l'utilisateur est, nonobstant toute convention contraire et en dépit des obligations qui découlent pour l'agence de mannequins, substitué à celle-ci pour le paiement des sommes qui restent dues au titre des prestations effectuées par les mannequins pour son propre compte.

De telle sorte que la rémunération du mannequin, tant au titre du salaire que des royalties dues pour le droit à l'image, est garantie par trois personnes :

- par l'agence de mannequins lorsque celle-ci est l'employeur du mannequin ;

- par la garantie financière que cette agence est tenue d'obtenir pour exercer en toute légalité ;
- par le client utilisateur lorsque les deux précédents débiteurs n'ont pu assurer leurs engagements.

Il faut souligner que lorsqu'une personne physique ou morale s'assure directement les services d'un mannequin sans recourir à une agence, le paiement des royalties va alors être du ressort de ce seul client utilisateur.

En cas de dépôt de bilan, une question subsiste toutefois. Les royalties dues au mannequin à l'occasion de l'exploitation de son image peuvent-elles faire l'objet d'une garantie par l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS) ?

Deux points de vue vont alors être possibles ; le premier va considérer les royalties comme une rémunération totalement indépendante du contrat de travail par lequel toute personne physique ou morale s'assure le concours d'un mannequin. Dans ces conditions, elles devront faire l'objet d'une déclaration au passif comme n'importe

quelle créance à l'encontre d'un débiteur défaillant. Dans ce cadre, la garantie de l'AGS ne pourra en aucun cas être mise en œuvre.

Toutefois, on peut légitimement prétendre que les royalties dues au titre de la rémunération de l'exploitation de l'image du mannequin ne sont qu'un accessoire du contrat de travail et que, par conséquent, elles constituent également une rémunération du travail et bénéficient des mêmes garanties que le salaire. D'un point de vue fiscal, il faut d'ailleurs souligner que les royalties sont soumises à la contribution sociale généralisée (CSG) et à la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS). Dans cette hypothèse, le sort de l'accessoire suivant le principal, les royalties pourront faire l'objet d'une garantie par l'AGS.

Le débat reste ouvert et ne semble pas avoir été tranché. ■

« Les royalties dues au mannequin à l'occasion de l'exploitation de son image peuvent-elles faire l'objet d'une garantie par l'AGS ? »

