

Pourquoi l'évaluation des actifs incorporels est importante: la croissance inéluctable de la comptabilisation des intangibles dans l'environnement d'entreprise du 21e siècle

Il est grand temps que la France et le Royaume Uni s'améliorent en ce qui concerne la comptabilité, la comptabilisation et l'exploitation des actifs incorporels détenus par leurs entreprises nationales, alors que l'Asie et les Etats Unis sont à l'avant du peloton, dans ce domaine. Les prêteurs européens ont besoin de jouer le jeu, en outre, afin de donner du pouvoir aux PME créatives et innovantes, et de leur fournir un financement adéquat pour soutenir leur croissance et ambitions, par le biais de prêts soutenus par leurs actifs

incorporels.



En mai 2004, j'ai publié une étude approfondie sur le financement des marques de luxe, et sur la façon dont le modèle économique développé par les larges conglomérats de luxe était en train de gagner. 16 ans plus tard, je peux témoigner que tout ce que j'ai écrit dans cet article de 2004 était parfaitement exact: les LVMH, Kering, Richemont et L'Oréal de ce monde dominant les secteurs du luxe et de la mode aujourd'hui, avec leur modèle économique multimarques qui leur permet de faire tant de vastes économies d'échelle, que de diversifier leurs risques économiques et financiers.

Toutefois, en pleine pandémie du COVID 19 qui nous amène tous à télétravailler grâce à des outils virtuels tels que la vidéoconférence, les emails, les chats et sms, j'ai réalisé que j'avais omis un sujet très important de mon étude de 2004, qui est pourtant particulièrement pertinent dans le contexte du développement, et de la croissance, des entreprises créatives au 21ème siècle. C'est que les actifs incorporels sont devenus les actifs les plus importants et précieux des sociétés créatives (y compris, bien sûr, les maisons de luxe et de mode).

En effet, traditionnellement, les actifs corporels et immobilisés, tels que les terrains, les usines, les stocks, l'inventaire et les créances commerciales étaient utilisés pour évaluer la valeur intrinsèque d'une société, et, en particulier, étaient utilisés comme sûretés dans les opérations de prêt. Aujourd'hui, la plupart des entreprises en activité qui cartonnent, en particulier dans le secteur technologique (Airbnb, Uber, Facebook) mais pas seulement, dérive la portion la plus large de leur valeur

de leurs actifs incorporels, tels que les droits de propriété intellectuelle (marques, brevets, dessins et modèles, droit d'auteur), les enseignes, le savoir-faire, la réputation, la fidélité des clients, une main d'oeuvre bien formée, les contrats, les droits de licence, les franchises.

Notre économie a changé de façon fondamentale parce que les affaires sont maintenant essentiellement fondées sur les connaissances ("knowledge based"), plutôt que les activités industrielles, et les "intangibles" sont devenus les nouveaux moteurs de l'activité économique, le "*Financial Reporting Council*" ("FRC") écrit-il dans son article "Comptabilisation commerciale des intangibles: propositions réalistes" ("*Business reporting of intangibles: realistic proposals*"), en février 2019.

Toutefois, alors que ces actifs incorporels sont devenus la force motrice de nos entreprises et économies dans le monde entier, ils sont systématiquement ignorés par les experts-comptables, les banquiers et les financiers. En conséquence, la plupart des entreprises – en particulier, les petites et moyennes entreprises ("PME") – ne peuvent obtenir de financement auprès des argentiers parce que leurs intangibles sont toujours jugés comme ... et bien, en un mot ... manquant de substance physique! Cela limite le champ de croissance de nombreuses entreprises créatives; à leur détriment bien sûr, mais aussi au détriment des économies britannique et française dans lesquelles les PME représentent un pourcentage stupéfiant de 99 pour cent du commerce du secteur privé, 59 pour cent de l'emploi du secteur privé et 48 pour cent du chiffre d'affaires du secteur privé.

Comment une telle omission a-t-elle pu arriver et se matérialiser, dans les 20 dernières années? Où est-ce que cela a déraillé? Pourquoi est-ce que nous devons très rapidement remédier à ce manque de pensée visionnaire, en ce qui concerne le fait d'adapter de manière pragmatique la comptabilité en partie double, et les règles de comptabilité, aux réalités des entreprises opérant au 21ème siècle?

Comment ces ajustements à, et mises à jour de, nos vieux modes de pensée concernant la valeur de nos entreprises, pourraient être mis en place de la

meilleure façon, afin d'équilibrer le besoin de valorisations réalistes des sociétés opérant dans l'économie du savoir ("*knowledge economy*"), et le soucis exprimé par plusieurs parties prenantes que les actifs incorporels pourraient s'amenuiser dès la première atteinte à la réputation portée à une entreprise?

1. Qu'est-ce que sont la valorisation et comptabilisation des actifs incorporels?

1.1. Reconnaissance et mesure des actifs incorporels en comptabilité et comptabilisation

Dans l'Union Européenne ("UE"), il y a deux niveaux de réglementation comptable:

- le niveau international, qui correspond aux normes comptables internationales ("*International Accounting Standards*" ("IAS")), et les normes internationales d'information financière ("*International Financial Reporting Standards*" ("IFRS")) émises par l' "*International Accounting Standards Board*" ("IASB"), qui s'appliquent de manière obligatoire aux états financiers consolidés des sociétés cotées, et de manière volontaire aux autres comptes et personnes morales, en fonction des choix de chaque législateur national, et
- le niveau national, où les réglementations locales sont pilotées par les directives comptables de l'UE, qui ont été publiées à partir de 1978, et qui s'appliquent aux comptes et entreprises restantes dans chaque état-membre de l'UE.

Le premier standard international sur la reconnaissance et la mesure des actifs incorporels fut la norme comptable internationale 38 ("*International Accounting Standard 38*" ("IAS 38")), qui a été publiée pour la première fois

en 1998. Bien qu'elle ait été amendée plusieurs fois depuis, il n'y a pas eu de changement significatif dans son approche conservatrice envers la reconnaissance et la mesure des actifs incorporels.

Un actif est une ressource contrôlée par une entreprise, résultant d'événements passés (par exemple, un achat ou une auto-création) et duquel des bénéfices économiques futurs (tels que des entrées de trésorerie ou d'autres actifs) sont attendus par cette société. Un actif incorporel est défini par l'IAS 38 comme un actif non-monétaire identifiable sans substance physique.

Il y a une référence spécifique aux droits de propriété intellectuelle ("DPIs"), dans la définition d' "actifs incorporels" énoncée au paragraphe 9 de l'IAS 38, comme suit: *"les personnes morales consacrent fréquemment des ressources, ou encourent un passif, du fait de l'achat, du développement, de la maintenance ou de l'amélioration de ressources intangibles telles que les connaissances scientifiques ou techniques, le design et la mise en oeuvre de nouveaux processus ou systèmes, les licences, la propriété intellectuelle, la connaissance du marché et les marques (y compris les noms de marques et titres de publication). Des exemples communs d'éléments couverts par ces rubriques générales sont les logiciels d'ordinateur, les brevets, les droits d'auteur, les films cinématographiques, les listes de clients, les droits de gestion hypothécaires, les licences de pêche, les quotas d'importation, les franchises, les relations avec les clients et fournisseurs, la fidélité des clients, la part de marché et les droits de commercialisation"*.

Toutefois, il est ensuite clarifié, dans l'IAS 38, qu'afin de faire figurer un actif incorporel sur le bilan, il doit être identifiable et maîtrisé, ainsi que générer des bénéfices économiques futurs pour la société qui le détient.

Le critère de reconnaissance d'identifiabilité est décrit au paragraphe 12 de l'IAS 38 comme suit.

“Un actif est identifiable si:

a. il est séparable, c'est à dire capable d'être séparé ou divisé de la personne morale, et vendu, transféré, soumis à une licence, loué ou échangé, soit individuellement, soit ensemble avec un contrat connexe, un actif ou une dette identifiable, que la personne morale en ait l'intention ou non; ou

b. il naît de droits contractuels ou autres, que ces droits soient transférables ou séparables d'une personne morale ou d'autres droits et obligations, ou non”.

La notion de “contrôle” est une caractéristique essentielle en comptabilité, et est décrite au paragraphe 13 de l'IAS 38.

“Une personne morale contrôle un actif si elle a le pouvoir d'obtenir les bénéfices économiques futurs découlant de la ressource sous-jacente, et de restreindre l'accès des tiers à ces bénéfices. La capacité d'une personne morale à contrôler les bénéfices économiques futurs d'un actif incorporel naîtrait normalement de droits juridiques qui sont exécutoires devant une juridiction. En l'absence de droits juridiques, il est plus difficile de démontrer le contrôle. Toutefois, le caractère exécutoire d'un droit n'est pas une condition nécessaire pour le contrôle parce qu'une personne morale peut contrôler les bénéfices économiques futurs d'une autre manière”.

Afin d'avoir un actif incorporel reconnu comme actif sur le bilan d'une société, cet intangible doit aussi remplir certains critères de comptabilité spécifiques, qui sont énoncés au paragraphe 21 de l'IAS 38.

“Un actif incorporel ne sera reconnu que, et uniquement si:

a. il est probable que les bénéfices économiques futurs attendus qui sont attribuables à l'actif vont s'écouler vers la personne morale; et

b. le coût de l'actif peut être mesuré de manière fiable".

Les critères de reconnaissance susmentionnés sont réputés être toujours remplis lorsqu'un actif incorporel est acquis par une société auprès d'une partie tierce en contrepartie d'une somme d'argent. Par conséquent, il n'y a pas de problème particulier pour comptabiliser un actif incorporel acheté sur le bilan de l'entreprise acquéreuse, à la contrepartie payée (c'est à dire au coût historique).

1.2. Goodwill v. autres actifs incorporels

A ce stade, avant que nous n'élaborions davantage, nous devons établir une distinction entre le goodwill et les autres actifs incorporels, pour des raisons de clarification.

Le goodwill est un actif incorporel qui est associé à l'acquisition d'une entreprise par une autre. Plus spécifiquement, le goodwill est la portion du prix d'achat qui est supérieure à la somme de la juste valeur nette de tous les actifs achetés durant l'acquisition, et de tout le passif assumé durant le processus (= prix d'achat de la société acquise – (juste valeur de marché nette des actifs identifiables – juste valeur nette du passif identifiable)).

La valeur du nom de marque, de la solide base de clients, des bonnes relations avec la clientèle, des bonnes relations avec les employés, ainsi que de la technologie propriétaire de la société, représentent certains exemples de goodwill, dans ce contexte.

La valeur du goodwill survient durant une acquisition, c'est à dire quand un acquéreur achète une société cible. Le goodwill est alors comptabilisé comme un actif incorporel sur le bilan de l'entreprise acquéreuse, sous le poste actifs à long terme.

Sous les Principes Comptables Généralement Reconnus ("*Generally Accepted Accounting Principles*" ("GAAP")) et les IFRS, ces sociétés qui ont acquises des cibles dans le passé, et ont par conséquent comptabilisé le goodwill de ces cibles sur leurs bilans, sont ensuite tenues d'évaluer la valeur du goodwill sur leurs états financiers au moins une fois par an, et d'enregistrer toute baisse de valeur.

La dépréciation d'un actif a lieu lorsque sa valeur marchande chute en dessous de son coût historique, du fait d'événements défavorables tels que la diminution de la marge brute d'autofinancement, les conséquences d'une atteinte à la réputation, un environnement concurrentiel accru, etc. Les entreprises évaluent si la dépréciation est nécessaire en exécutant un test de dépréciation sur l'actif incorporel. Si les actifs nets acquis de la société descendent en dessous de la valeur comptable, ou si la société a exagéré le montant du goodwill, alors elle doit réduire, ou effectuer une dépréciation, sur la valeur de l'actif inscrite au bilan, après qu'elle ait déterminé que le goodwill a diminué. La charge liée à la dépréciation d'actif est calculée en fonction de la différence entre la valeur marchande actuelle et le prix d'achat de l'actif incorporel. La dépréciation résulte en une réduction sur le poste goodwill sur le bilan.

Cette charge est en outre reconnue comme une perte sur le compte de résultat, ce qui réduit directement le résultat net pour l'année. A leur tour, le bénéfice par action ("*earnings per share*" ("EPS")) et le cours de l'action de la société, sont aussi affectés négativement.

Le Financial Accounting Standards Board ("FASB"), qui établit les normes pour les règles GAAP, et l'IASB, qui établit les standards pour les règles IFRS, sont en train d'envisager un changement de la manière dont la dépréciation de l'écart d'acquisition ("*goodwill impairment*") est calculée. Du fait de la

subjectivité de la dépréciation de l'écart d'acquisition, et du coût d'un test de dépréciation, le FASB et l'IASB envisagent de revenir à une méthode plus ancienne intitulée "*goodwill amortisation*" (l'amortissement des écarts d'acquisition) dans laquelle la valeur du goodwill est lentement réduite annuellement, pendant un certain nombre d'années.

Comme énoncé ci-dessus, le goodwill n'est pas identique à d'autres actifs incorporels parce que c'est une prime payée au-delà de la juste valeur, durant une transaction, et ne peut être acheté ou vendu indépendamment. En attendant, les autres actifs incorporels peuvent être achetés ou vendus indépendamment.

En outre, le goodwill a une durée de vie indéfinie, alors que les autres intangibles ont une durée d'utilité définie (c'est à dire une estimation comptable du nombre d'années durant lequel un actif restera probablement en service afin de générer des revenus de manière rentable).

1.3. Amortissement, dépréciation et évaluation ultérieure des actifs incorporels autres que le goodwill

La distinction entre le goodwill et les autres actifs incorporels étant maintenant clairement faite, revenons vers les problématiques relatives à la comptabilisation des actifs incorporels (autres que le goodwill) sur le bilan d'une entreprise.

Comme mentionné ci-dessus, si certains actifs incorporels sont appropriés du fait de l'acquisition ou d'un regroupement d'entreprises, la société acquéreuse comptabilise tous ces actifs incorporels, à condition qu'ils répondent à la définition d'un actif incorporel. Cela résulte en la reconnaissance d'intangibles – y compris les noms de marque, DPIs, relations clientèle – qui n'ont pas été comptabilisés par la société acquise qui les avaient développés pour commencer. En effet, le paragraphe 34 de l'IAS 38

stipule qu' "en application avec cette Norme et IFRS 3 (tel qu'il a été révisé en 2008), un acquéreur reconnaît à la date d'acquisition, de manière séparée du goodwill, un actif incorporel de l'entreprise acquise, indépendamment du fait que cet actif ait, ou non, été reconnu par la société acquise avant le regroupement d'entreprises. Cela veut dire que l'acquéreur reconnaît comme un actif séparé du goodwill le projet de recherche et développement en cours de l'entreprise acquise, si le projet répond à la définition d'un actif incorporel. Un projet de recherche et développement en cours d'une société acquise répond à la définition d'un actif incorporel quand il:

a. répond à la définition d'un actif, et

b. est identifiable, c'est à dire séparable ou résultant de droits contractuels ou d'autres droits juridiques."

Par conséquent, dans une acquisition ou un regroupement d'entreprises, les actifs incorporels qui sont "identifiables" (soit séparables, soit résultant de droits juridiques) peuvent être comptabilisés et capitalisés sur le bilan de l'entreprise acquéreuse.

Après la comptabilisation initiale, la valeur comptable, figurant sur le bilan, des actifs incorporels à durée de vie définie (par exemple, les DPIs, les licences), doit être amortie sur la durée de vie utile escomptée de l'actif incorporel, et peut être sujette à des tests de dépréciation si nécessaire. Comme expliqué ci-dessus, les actifs incorporels à durée de vie indéfinie (tels que le goodwill ou les marques) ne seront pas amortis, mais uniquement assujettis de façon au moins annuelle à un test de dépréciation afin de vérifier si les indicateurs de dépréciation ("déclencheurs") sont réunis.

Alternativement, après la comptabilisation initiale (à la valeur d'acquisition ou à sa juste valeur, dans le cas d'acquisitions ou fusions d'entreprises), les actifs incorporels à durée de vie définie peuvent être

ré-évalués à leur juste valeur moins l'amortissement, à condition qu'il y ait un marché en activité sur lequel l'actif peut être soumis, comme cela peut être déduit du paragraphe 75 de l'IAS 38:

“Après comptabilisation initiale, un actif incorporel doit être comptabilisé à un montant réévalué, soit sa juste valeur à la date de réévaluation moins tout amortissement accumulé subséquent et toutes pertes de valeur cumulées subséquentes. Dans le cadre des réévaluations effectuées selon cette Norme, la juste valeur doit être mesurée en référence à un marché actif. Les réévaluations doivent être exécutées avec une certaine régularité, de manière à ce qu'à la fin de la période considérée, la valeur comptable de l'actif ne diffère matériellement pas de sa juste valeur.”

Toutefois, cette norme indique que le modèle de réévaluation peut uniquement être utilisé qu'en de rares situations, lorsqu'il y a un marché en activité pour ces actifs incorporels.

1.4. L'épine dans le pied: un manque de reconnaissance et d'évaluation des actifs incorporels générés en interne

Tout ce qui précède, concernant le traitement des actifs incorporels autre que le goodwill, ne peut être aussi dit pour les actifs incorporels générés en interne. En effet, l'IAS 38 énonce des différences importantes concernant le traitement de ces intangibles générés en interne, ce qui est actuellement – et légitimement – l'objet de nombreux débats parmi les régulateurs et autres parties prenantes.

Les actifs incorporels générés en interne sont empêchés d'être reconnus, d'un point de vue comptable, pendant qu'ils sont développés (alors qu'une entreprise comptabiliserait normalement les actifs corporels générés en interne). Par conséquent, une large portion des actifs incorporels générés en interne n'est pas reconnue sur le bilan d'une société. Il en résulte que les

parties prenantes, telles que les investisseurs, régulateurs, actionnaires, financiers, ne reçoivent pas certaines informations pourtant très utiles concernant cette entreprise, et sa valeur exacte.

Pourquoi une telle attitude détachée, vis-à-vis des actifs incorporels générés en interne? En pratique, lorsque les dépenses pour développer l'actif incorporel ont été engagées, il est souvent extrêmement peu clair si ces dépenses vont générer des bénéfices économiques futurs. C'est cette incertitude qui empêche de nombreux actifs incorporels d'être reconnus, au fur et à mesure qu'ils sont développés. Cette perception de manque de fiabilité, dans l'articulation entre les charges et les bénéfices futurs, pousse vers le traitement de ces dépenses comme des coûts non incorporables. Ce n'est que bien plus tard, quand l'incertitude est résolue (par exemple, avec l'octroi d'un brevet) qu'un actif incorporel peut être reconnu. Etant donné que les exigences comptables en vigueur ciblent les transactions en priorité, un événement tel que la résolution d'une incertitude concernant un DPI développé en interne n'apparaît, en général, pas dans les comptes sociaux.

Prenons l'exemple des coûts de recherche et développement ("R&D"), qui est un processus consistant à créer, en interne, certains types d'actifs incorporels, pour illustrer le traitement comptable des actifs incorporels créés de cette façon.

Parmi les organismes de normalisation comptables, tels que l'IASB avec son IAS 38, la pratique la plus fréquente est de requérir de passer immédiatement en charges tout R&D. Toutefois, la France, l'Italie et l'Australie sont des exemples de pays où les législateurs des règles de comptabilité nationales permettent la capitalisation du R&D, sous réserve que certaines conditions soient remplies.

Par conséquent, dans certaines circonstances, les actifs incorporels générés en interne peuvent être comptabilisés lorsque l'ensemble des critères pertinents de comptabilisation sont remplis, en particulier l'existence d'une articulation claire entre les dépenses, et les bénéfices futurs générés pour

l'entreprise. Ceci s'appelle la capitalisation conditionnelle. Dans ces cas, le coût qu'une société a encouru *durant cette année comptable*, peut être capitalisé comme un actif; les coûts précédents ayant déjà été comptabilisés en charges dans les comptes des résultats ultérieurs. Par exemple, lorsqu'un brevet est finalement octroyé par l'office de propriété intellectuelle afférent, seules les dépenses générées *durant cette année comptable* peuvent être capitalisées et apparaître au bilan parmi les immobilisations incorporelles.

Pour conclure, sous les régimes actuels IFRS et GAAP, les actifs incorporels générés en interne, tels que les DPIs, peuvent uniquement être comptabilisés au bilan en de rares occasions.

2. Pourquoi évaluer et comptabiliser les actifs incorporels?

Comme développé en profondeur par la Commission Européenne ("CE") dans le rapport final de 2013 de son groupe d'expertise sur l'évaluation de la propriété intellectuelle, l'office de la propriété intellectuelle britannique ("*UK intellectual property office*" ("UKIPO")) dans son rapport de 2013 "*Banking on IP?*" et le FRC dans son document de discussion de 2019 "*Business reporting of intangibles: realistic proposals*", le temps pour un changement radical de la comptabilisation des actifs incorporels est arrivé.

2.1. Améliorer la précision et fiabilité de la communication financière

Les standards de comptabilité actuels devraient être affinés, mis à jour et modernisés afin de mieux prendre en compte les actifs incorporels et, par conséquent, améliorer la pertinence, l'objectivité et la fiabilité des états financiers.

Non seulement cela, mais informer les diverses parties prenantes (c'est à dire le management, les salariés, les actionnaires, les régulateurs, les financiers, les investisseurs) de manière adéquate et fiable est essentiel aujourd'hui, dans le monde des affaires où les entreprises sont supposées être capables de gérer et diffuser de manière exacte, régulière et experte, leur communication financière aux médias et régulateurs.

Comme souligné par Janice Denoncourt dans son article "*intellectual property, finance and corporate governance*", aucune partie intéressée ne désire une itération du fiasco de Theranos, durant lequel l'inventrice et gérante Elizabeth Holmes a été mise en examen pour fraude d'un montant supérieur à 700 millions USD, par la "*Securities and Exchange Commission*" ("SEC"), pour avoir dit, à plusieurs reprises, mais de façon inexacte, que la technologie de test sanguin brevetée par Theranos était tant révolutionnaire et aux dernières étapes de son développement. Elizabeth Holmes a fait ces assertions sur la base des plus de 270 brevets qu'elle et son équipe ont déposé auprès du "*United States patent and trademark office*" ("USPTO"), tout en faisant des omissions substantielles et en divulguant des informations trompeuses à la SEC, via les états financiers de Theranos, en invoquant la justification boiteuse que "*Theranos avait besoin de protéger sa propriété intellectuelle*" (sic).

En effet, les enjeux de la communication financière sont si élevés, en particulier pour l'image de marque et la réputation de toute entreprise de l'économie du savoir ("*knowledge economy*"), qu'en 2002, LVMH n'a pas hésité à poursuivre en justice Morgan Stanley, la banque d'investissement conseillant son némésis, Kering (qui s'appelait encore "PPR" à l'époque), afin d'obtenir 100 millions d'Euros de dommages et intérêts au titre de la violation de conflit d'intérêts alléguée, par Morgan Stanley, entre sa banque d'investissement (qui conseillait la marque la plus vendue de PPR, Gucci) et sa division de recherche financière. Selon LVMH, Clare Kent, l'analyste spécialisée sur le secteur du luxe de Morgan Stanley, rédigeait et publiait systématiquement de la recherche négative et partielle contre l'action et les résultats financiers de LVMH, afin de favoriser Gucci, la marque la plus vendue du conglomérat de luxe PPR et un des meilleurs clients de Morgan Stanley. Alors que ce procès – le premier en son genre en relation avec la conduite partielle alléguée dans l'analyse financière d'une banque – semblait farfelu lorsqu'il a été commencé en 2002, LVMH l'a à vrai dire gagné, tant en

première instance qu'en appel.

Avoir une comptabilité, un reporting et une évaluation plus rationalisés et exacts, des actifs incorporels – qui sont, aujourd'hui, les actifs principaux et les plus précieux de toute entreprise du 21ème siècle – est par conséquent essentiel pour une communication financière efficace et fiable.

2.2. Améliorer et diversifier l'accès au financement

Non seulement cela, mais reconnaître la valeur intrinsèque des actifs incorporels, sur le bilan, améliorerait considérablement les chances de toute entreprise – en particulier, les PME – de faire avec succès des demandes de financement.

Le financement par les emprunts est réputé, de façon notoire, pour éviter l'utilisation des actifs incorporels comme sûreté principale d'un emprunt, parce que cela est trop risqué.

Par exemple, obtenir des contrôles par le biais de sûretés appropriées, sur les DPIs enregistrés d'une entreprise, dans un scénario d'emprunt, impliquerait la mise en place d'une sûreté réelle classique ("*fixed charge*"), puis l'enregistrer de manière appropriée sur le Companies Registry à Companies House (au Royaume Uni) et sur les registres de DPIs pertinents. Toutefois, cela n'arrive presque jamais. Typiquement, au mieux, les prêteurs dépendent d'une sûreté flottante ("*floating charge*") sur les DPIs, qui se cristallisera au cas où un événement de défaut a lieu – à ce moment là, les DPIs importants pourraient avoir disparu en fumée, ou avoir été évacués; par là-même limitant les chances de recouvrement du prêteur.

Alternativement, il est maintenant possible pour un prêteur d'obtenir une cession d'un DPI par le biais d'une sûreté (généralement avec une licence octroyée au cédant pour lui permettre son utilisation continue du DPI) par

une cession par écrit signée par le cédant[1]. Toutefois, cela est rarement fait en pratique. La raison est d'éviter la "maintenance", c'est à dire la prévention d'actions multiples. En effet, parce que les intangibles sont incapable d'être possédés, et les droits accordés sur ce type d'actifs sont par conséquent uniquement exécutés par l'action, il a été considéré que la capacité de céder de tels droits augmenterait le nombre d'actions judiciaires[2].

Alors qu'il y a des améliorations nécessaires à apporter aux modalités pratiques, et à la facilité d'enregistrement, de sûretés réelles sur les actifs incorporels, l'étape basique qui manque est un inventaire clair des DPIs et autres actifs incorporels, sur le bilan et/ou les états financiers annuels, sans lequel les prêteurs ne peuvent jamais être certains que ces actifs sont, de fait, vraiment disponibles.

Des cas de prêts adossés à des actifs incorporels ("*intangible asset-backed lending*" ("IABL")) ont eu lieu, dans lesquels une banque a fourni un prêt à un fonds de pension en échange de sûretés prises sur ses actifs corporels, et le fonds de pension a ensuite fourni un contrat de vente et cession-bail sur actifs incorporels. Par conséquent, l'IABL de la part de fonds de pension (sur la base d'un contrat de vente et cession-bail), plutôt que des banques, fournit une voie pour les PME d'obtenir des emprunts.

Il y a aussi eu des cas où les prêteurs spécialisés ont conclu des accords de vente et de licence, ou des contrats de vente et cession-bail, garantis sur les actifs incorporels, y compris les marques et droits d'auteur de logiciels.

D'autres types de bailleurs de fonds que les prêteurs, toutefois, font déjà le lien avec les actifs incorporels, tels que les investisseurs en actions (business angels, sociétés de capital-risque et fonds de capital-investissement). Ils savent que les DPIs et autres actifs incorporels représentent une partie des intérêts propres en jeu ("*skin in the game*") pour les propriétaires et gérants de PME, qui ont souvent dépensé beaucoup de temps et d'argent dans leur création, développement et protection. Par

conséquent, quand les investisseurs en actions évaluent la qualité et l'attractivité des opportunités d'investissement, ils incluent systématiquement la considération des actifs incorporels sous-jacents, et des DPIs en particulier. Ils veulent comprendre dans quelle mesure les actifs incorporels détenus par une des sociétés dans lesquelles ils sont potentiellement intéressés de faire un investissement, représentent une barrière à l'entrée, créant de la liberté pour opérer et répondre à un réel besoin du marché.

En conséquence, de nombreux fonds de capital-investissement, en particulier, se sont lancés dans des investissements dans les maisons de luxe, attirés par leurs marges brutes et taux de bénéfice net élevés, comme je l'ai expliqué dans mon article de 2013 "Financement des maisons de luxe: la quête du Graal (ou pas!)". Aujourd'hui, certaines des sociétés de capital-risque les plus actives investissant dans les industries créatives européennes sont Accel, Advent Venture Partners, Index Ventures, Experienced Capital, pour n'en citer que quelques-uns.

2.3. Adopter une approche systématique, cohérente et rationalisée concernant l'évaluation des actifs incorporels, qui uniformise les règles du jeu

Si les actifs incorporels étaient comptabilisés sur les états financiers, afin d'adopter une approche systématique et rationalisée à leur évaluation, alors la juste valeur est l'alternative la plus évidente au coût, comme expliqué au paragraphe 1.3. ci-dessus.

Comment pourrions-nous utiliser la juste valeur de manière élargie, afin de capitaliser les actifs incorporels dans les états financiers?

L'IFRS 13 "Évaluations de la valeur juste" identifie trois techniques d'évaluation largement utilisées: l'approche du marché, la méthode du coût et la méthode du revenu.

L'approche du marché *"utilise les prix et autres informations utiles générés par les transactions de marché concernant des actifs identiques ou comparables"*. Toutefois, cette approche est difficile en pratique, étant donné que lorsque des transactions sur les intangibles ont lieu, les prix sont rarement rendus publics. Les données qui sont diffusées publiquement sont normalement relatives à la capitalisation de marché de l'entreprise, non pas à des actifs incorporels uniques. Les données de marché, des participants du marché, sont souvent utilisées dans des modèles basés sur les revenus, tels que la détermination des taux de redevance, et des taux d'actualisation, raisonnables. Les preuves de marché directes sont normalement disponibles en ce qui concerne l'évaluation des noms de domaine sur internet, des droits d'émission du carbone et des licences nationales (pour les stations radio, par exemple). D'autres données de marché utiles comprennent les données transactionnelles achat/licence, les multiples de prix et les taux de redevance.

La méthode du coût *"reflète le montant qui serait nécessaire à ce jour pour remplacer la capacité de fournir des services d'un actif"*. Dériver de la juste valeur sous cette approche requiert, par conséquent, d'estimer les coûts de développement d'un actif incorporel équivalent. En pratique, il est souvent difficile d'estimer en avance les coûts de développement d'un intangible. Dans la plupart des cas, le coût de remplacement à l'état neuf est le moyen basé sur les coûts le plus direct et significatif pour estimer la valeur d'un actif incorporel. Une fois que le remplacement à l'état neuf est estimé, plusieurs formes d'obsolescence doivent être prises en compte, telles que la vétusté fonctionnelle, technologique et économique. Les modèles basés sur les coûts sont les plus indiqués pour évaluer une main-d'oeuvre assemblée, des dessins et modèles techniques et des logiciels développés en interne où aucun flux de trésorerie direct n'est généré.

La méthode du revenu, en essence, convertit les futurs flux de trésorerie (ou les revenus et charges) en une valeur actualisée unique, normalement résultant d'un roulement accru de réductions de coût. Les modèles basés sur les revenus sont les plus indiqués lorsque l'actif incorporel est producteur de revenus, ou lorsqu'il permet à un actif de générer des flux de trésorerie. Le calcul peut être similaire à celui de la valeur d'utilité. Toutefois, afin d'arriver à la juste valeur, le revenu futur doit être estimé du point de vue des participants du marché, plutôt que de celui de la personne morale. Par

conséquent, appliquer la méthode du revenu requiert un aperçu sur la manière dont les participants du marché évalueraient les bénéfices (flux de trésorerie) qui seraient obtenus uniquement par le biais d'un actif incorporel (dans le cas où ces flux de trésorerie seraient différents des flux de trésorerie relatifs à toute la société). Les méthodes basées sur les revenus sont normalement utilisées pour évaluer les intangibles liés aux clients, les noms de marque, les brevets, la technologie, les droits d'auteur, et les engagements de non-concurrence.

Un exemple d'évaluation des DPIs par le biais de la juste valeur, utilisant les approches du coût et du revenu en particulier, est donné dans l'excellente présentation d'Austin Jacobs, faite durant le séminaire en droit du luxe et de la mode consacré aux droits de propriété intellectuelle dans les secteurs du luxe et de la mode de IALCI.

Afin de rendre les trois méthodes d'évaluation techniques susmentionnées plus effectives, en ce qui concerne les actifs incorporels, et parce que de nombreux intangibles ne seront pas reconnus dans les états financiers étant donné qu'ils ne respectent pas la définition d'un actif ou les critères de comptabilisation, des amendements au "Conceptual Framework to Financial Reporting" doivent être mis en place par l'IASB.

Ces modifications au Conceptual Framework permettraient à plus d'intangibles d'être comptabilisés dans les états financiers, d'une manière systématique, cohérente, uniforme et rationalisée, assurant ainsi que les règles du jeu soient les mêmes pour toutes les sociétés de l'économie du savoir.

N'oublions pas qu'une des raisons pour lesquelles le co-fondateur de WeWork, Adam Neumann, a violemment été critiqué, durant la tentative d'introduction en bourse avortée de WeWork, puis finalement évincé, en 2019, était le fait qu'il était payé presque 6 millions USD pour fournir le droit d'utiliser sa marque verbale enregistrée "We", à sa propre société WeWork. Dans son prospectus d'introduction en bourse déposé, qui fournissait le premier exposé en profondeur des résultats financiers de WeWork, cette-dernière caractérisait le paiement d'à peu près 6 millions USD comme une "juste valeur

marchande". De nombreux analystes, dont Scott Galloway, ont exprimé une opinion divergente, outragés par le manque de rigueur et de réalisme dans l'évaluation de la marque WeWork, et l'attitude clairement opportuniste adopté par Adam Neumann pour devenir encore plus riche, plus rapidement.

2.4. Créer un marché secondaire d'actifs incorporels liquide, établi et libre

L'IAS 38 permet à présent aux actifs incorporels d'être reconnus à leur juste valeur, comme indiqué ci-dessus dans les paragraphes 1.3. et 2.3., mesurée par référence à un marché actif.

Tout en reconnaissant que de tels marchés pourraient exister pour des actifs tels que des *"licences de taxi librement transférables, des licences de pêche ou des quotas de production"*, l'IAS 38 énonce qu' *"il est inhabituel pour un marché en activité d'exister pour un actif incorporel"*. Il est même énoncé, au paragraphe 78 de l'IAS 38, qu' *"un marché actif ne peut exister pour les enseignes, les en-têtes de journaux, les droits d'édition musicale et cinématographique, les brevets ou les marques, parce que chacun de ces actifs est unique"*.

Les marchés pour la revente des actifs incorporels et DPIs existent, mais sont, à ce jour, moins formalisés et offrent moins de certitude sur les valeurs de réalisation. Il n'y a pas de marché de transactions secondaires fermement établi pour les actifs incorporels (même si certains actifs sont vendus à l'occasion de redressements ou liquidations judiciaires), dans lequel la juste valeur pourrait être obtenue. En outre, au cas de liquidation forcée, la valeur des actifs incorporels pourrait être érodée, comme indiqué au paragraphe 2.2. ci-dessus.

Par conséquent, les marchés pour les actifs incorporels sont, à présent, imparfaits, en particulier parce qu'il y a une absence de places de marché matures, dans lesquelles les actifs incorporels pourraient être vendus en cas

de défaut, insolvabilité ou redressement et liquidation judiciaire. Il n'existe pas encore la même tradition de cession, ou le même volume de données de transactions, que ceux qui ont traditionnellement existés pour les actifs corporels immobilisés.

Quoi qu'il en soit, l'augmentation de marchés secondaires liquides d'actifs incorporels est inéluctable. Dans les 15 dernières années, les USA ont été à l'avant-garde des ventes aux enchères de DPIs, tout particulièrement avec des ventes aux enchères de brevets gérées par les commissaires-priseurs spécialisés tels qu'ICAP Ocean Tomo et Racebrook. Par exemple, en 2006, ICAP Ocean Tomo a vendu 78 lots de brevets aux enchères pour 8,5 millions USD, alors que 6.000 brevets ont été vendus aux enchères par la société canadienne Nortel Networks pour 4,5 milliards USD en 2011.

Toutefois, les ventes aux enchères ne sont pas limitées aux brevets, comme démontré par la vente aux enchères de New York, organisée avec succès par ICAP Ocean Tomo en 2006, sur des lots composés de brevets, marques, droits d'auteur, droits musicaux et noms de domaine, dans laquelle les vendeurs étaient IBM, Motorola, Siemens AG, Kimberly Clark, etc. En 2010, Racebrook a mis en vente aux enchères 150 marques notoires américaines des secteurs du commerce et des biens de consommation.

En Europe, en 2012, Vogica a vendu avec succès ses marques et noms de domaine aux enchères à son concurrent, le groupe Parisot, suite à sa liquidation.

En outre, l'activité de licence globale ne laisse aucun doute sur le fait que les actifs incorporels, en particulier les DPIs, sont, de fait, très précieux, très facilement négociables et une classe d'actif très mobile.

Il est grand temps de retirer toutes les imperfections de marché, de rendre les négociations commerciales plus transparentes et d'offrir des options au côté de la demande de ce marché, afin que ce marché soit convenablement testé.

3. Prochaines étapes afin d'améliorer l'évaluation et la comptabilisation des actifs incorporels

3.1. Ajuster l'IAS 38 et le "*Conceptual Framework to Financial Reporting*" aux réalités de la comptabilisation des actifs incorporels

Les prêteurs habituels, ainsi que les autres parties prenantes, nécessitent des approches rentables et standardisées afin de capter et traiter les informations sur les intangibles et DPIs (qui ne sont pas, actuellement, présentées par les PME).

Cet objectif pourrait être atteint en réformant l'IAS 38 et le "*Conceptual Framework to Financial Reporting*", dans les plus brefs délais, afin d'assurer que la plupart des actifs incorporels soient capitalisés sur les états financiers, à des évaluations réalistes et cohérentes.

En particulier, la réintroduction de la dépréciation du goodwill peut être un bon moyen pour réduire l'impact du traitement comptable divergent, en ce qui concerne les intangibles acquis, et ceux générés en interne.

En outre, les rapports narratifs (c'est à dire les rapports avec des titres tels que "Commentaires de la direction" ou "Rapport stratégique", qui forment généralement partie du rapport annuel, et les autres documents de communication financière, tels que les "Annonces de résultats préliminaires", qu'une entreprise fournit surtout pour l'information de ses investisseurs) doivent mentionner des informations détaillées sur les intangibles non répertoriés, ainsi qu'amplifier ce qui est comptabilisé dans les états financiers.

3.2. Utiliser des métriques standardisées et cohérentes dans les états financiers et autres documents de communication financière

L'utilité et la crédibilité des informations narratives seraient substantiellement améliorées par l'inclusion de métriques (c'est à dire des mesures numériques qui sont pertinentes pour effectuer une analyse des actifs incorporels d'une entreprise) standardisées par l'industrie. Ci-dessous figurent des exemples de métriques objectives et vérifiables qui pourraient être divulgués par le biais de rapports narratifs:

- une entreprise qui identifie la fidélisation du client comme critique pour le succès de son modèle commercial pourrait divulguer des mesures de la satisfaction des clients, telles que le pourcentage de clients qui font des achats répétés;
- si la capacité d'innover est un avantage concurrentiel clé, la proportion des ventes de nouveaux produits pourrait être une métrique utile;
- lorsque les compétences des employés est un facteur clé de la valeur, le roulement du personnel pourrait être révélé, ainsi que des informations concernant leur formation.

3.3. Rendre les conseils d'administration des entreprises responsables pour la comptabilisation des actifs incorporels

Dans une société, au moins une personne suffisamment qualifiée devrait être désignée, et publiquement déclarée comme ayant la supervision et responsabilité pour l'audit, l'évaluation, la due diligence et la comptabilisation des actifs incorporels (par exemple un directeur, un conseil consultatif spécialisé ou un conseiller professionnel externe).

Cela augmenterait l'importance du gouvernement d'entreprise et de la supervision par le conseil d'administration, en plus de la comptabilisation, en ce qui concerne les actifs incorporels.

En particulier, certains tests de dépréciation pourraient être introduits, afin d'assurer que les entreprises sont bien informées, et motivées pour adopter des pratiques de gestion des actifs incorporels appropriées, qui pourraient être supervisés par le membre du conseil d'administration susmentionné.

3.4. Créer un organisme qui forme sur, et réglemente, le domaine de l'évaluation et de la comptabilisation des actifs intangibles

La création d'une organisation professionnelle pour la profession liée à l'évaluation des actifs incorporels augmenterait la transparence des évaluations d'intangibles et la confiance accordées aux professionnels de l'évaluation (c'est à dire les avocats, les conseils en propriété intellectuelle, les experts-comptables, les économistes, etc).

Cette organisation professionnelle concernant l'évaluation mettrait en place des objectifs clé qui protégeraient l'intérêt public dans tous les aspects relatifs à la profession, établirait des standards professionnels (particulièrement des standards de conduite professionnelle) et représenterait les évaluateurs professionnels.

En outre, cette organisation offrirait de la formation et de l'éducation sur les évaluations d'actifs incorporels. Par conséquent, la création de documents informatifs, et le développement de programmes de formation sur les actifs incorporels, seraient une priorité, et garantiraient des évaluations de haute qualité des DPIs et autres actifs incorporels, ce qui augmenterait la crédibilité de ce domaine.

Les membres des conseils d'administration de sociétés qui vont être désignés comme ayant la responsabilité pour l'évaluation des actifs incorporels dans l'entreprise, comme mentionné ci-dessus au paragraphe 3.3., pourraient bénéficier grandement de sessions de formation régulières offertes par cette future organisation professionnelle d'évaluation, en particulier en ce qui concerne le développement professionnel continu.

3.5. Créer un registre, faisant autorité, d'évaluateurs d'actifs intangibles experts

Afin d'instaurer confiance, la création d'un registre d'évaluateurs d'actifs intangibles experts, dont les capacités devront au préalable être certifiées en passant des tests de connaissances appropriés, est essentielle.

L'inclusion sur cette liste impliquera la nécessité de réussir certains tests d'aptitude et, pour rester inscrits dessus, les évaluateurs auront l'obligation de maintenir un standard de qualité dans les évaluations effectuées. L'organisme qui maintient ce registre aura l'autorité d'expulser les membres dont les rapports ne sont pas au niveau. Cela est essentiel afin de maintenir la confiance dans la qualité et les compétences des évaluateurs inclus sur ce registre.

L'organisme qui gère ce corps d'évaluateurs aura le pouvoir de revoir les évaluations effectuées par les évaluateurs certifiés par cette institution, en tant que "seconde instance". L'organisme aura besoin d'avoir le pouvoir de réexaminer les évaluations faites par ces évaluateurs (programme d'inspection), et même de les éliminer s'il est considéré que l'évaluation est ouvertement incorrecte (mécanisme disciplinaire équitable).

3.6. Etablir une place de marché et source de données

d'actifs incorporels

Le développement le plus probable, afin de transformer les DPIs et intangibles en un classe d'actif, est l'émergence de places de marché plus transparentes et accessibles où ils peuvent être échangés.

En particulier, alors que les DPIs et actifs incorporels deviennent clairement identifiés, et sont l'objet de licence, ou achetés et vendus, plus librement (ensemble avec, ou séparément de, l'entreprise), les systèmes disponibles pour enregistrer et tracer les intérêts financiers ont besoin d'être améliorés. Cela demandera la coopération de registres officiels et l'établissement de protocoles administratifs.

En effet, la crédibilité des évaluations d'actifs incorporels serait profondément renforcée en améliorant les informations d'évaluation, tout particulièrement en récoltant des informations et données sur les transactions d'actifs incorporels actuelles et réelles, dans un format approprié, afin qu'elles puissent être utilisées, par exemple, pour appuyer les décisions de financements sur actifs de DPIs. Si ces informations étaient mises à disposition, les prêteurs et évaluateurs experts seraient à même de baser leurs estimations sur des hypothèses plus largement acceptées et vérifiées, et, en conséquence, leurs résultats d'évaluation – et rapports d'évaluation – obtiendraient une plus grande reconnaissance et fiabilité, de la part du marché en général.

Une large accessibilité d'informations complètes et de qualité, basées sur des négociations et transactions réelles, via cette source de données ouverte, permettrait d'améliorer la confiance en la validité et exactitude des évaluations, ce qui aurait un effet très positif sur les transactions relatives aux DPIs et autres intangibles.

3.7. Introduire un système de garantie de prêts avec partage des risques, pour que les banques encouragent les prêts garantis par des actifs incorporels

Un système de garantie de prêts dédié doit être mis en place, afin d'encourager l'octroi de prêts garantis par des actifs incorporels aux PME innovantes et créatives.

L'Asie est en train de donner le ton, en ce qui concerne les prêts garantis par des actifs intangibles. En 2014, l'office de la propriété intellectuelle de Singapour ("OPIS") a lancé un "système de financement PI" de 100 millions USD destiné à soutenir les PME locales dans l'utilisation de leurs DPIs obtenus, comme sûreté, pour l'obtention de prêts bancaires. Un panel d'évaluateurs désignés par l'OPIS évalue le portefeuille de DPIs du demandeur, en utilisant des directives standard pour fournir aux prêteurs une base sur laquelle déterminer le montant des fonds à avancer. Le développement d'un modèle d'évaluation national est un aspect notable de ce système, et pourrait mener à une méthodologie d'évaluation acceptée, dans le futur.

L'office de la propriété intellectuelle chinois ("OPIC") a développé des initiatives de financement par prêts garantis par des brevets. Seulement 6 ans après le lancement du programme "financement avec gage de PI" par l'OPIC en 2008, l'OPIC a rapporté que les sociétés chinoises avaient obtenu plus de 6 milliards GBP de prêts garantis par des DPIs, depuis que le programme avait été lancé. Le gouvernement chinois ayant bien plus de contrôle et contribution directs, dans les politiques de prêts bancaires commerciaux et les critères d'adéquation des fonds propres, il peut mettre en oeuvre avec vigueur et force son but stratégique d'augmenter les prêts garantis par les DPIs.

Il est grand temps que l'Europe emboîte le pas, au moins en mettant en place des garanties de prêts qui augmenteraient la confiance des prêteurs dans l'opportunité de faire des investissements, en partageant les risques liés à cet investissement. Un garant prend la responsabilité d'un titre de créance

si l'emprunteur fait défaut. La plupart des systèmes de garantie de prêts sont établis pour corriger les lacunes constatées du marché, par lesquelles les petits emprunteurs, quelle que soit leur solvabilité, manquent d'accès aux ressources de crédit qui sont à la portée de larges emprunteurs. Les systèmes de garantie de prêts uniformisent les règles du jeu.

Le système de garantie des prêts en partageant les risques mis en place par la Commission Européenne, ou par un fond de gouvernement national (en particulier au Royaume-Uni, qui fait son brexit), serait spécifiquement ciblé sur les banques commerciales afin de stimuler les prêts garantis par les actifs incorporels, pour les PME innovantes. Le garant garantirait pleinement le prêt garanti par les actifs incorporels, et partagerait le risque de prêter aux PME (qui détiennent des DPIs et actifs incorporels appropriés) avec la banque commerciale.

L'évaluateur professionnel a un rôle important, dans ce futur système de garantie de prêts, puisqu'il comblerait le manque de connaissance relatif aux DPIs et actifs incorporels, ainsi qu'à leurs valeurs, dans la procédure de prêt de la banque. Si nécessaire, l'évaluateur expert d'actifs incorporels fournit de l'expertise, et du transfert de technologie, à la banque, jusqu'à ce que cette banque ait construit les compétences appropriées pour effectuer des évaluations d'actifs incorporels. De telles évaluations seraient effectuées, soit par des évaluateurs, soit par des banques, en fonction de méthodes/standards agréés, uniformes, homogénéisés et acceptés, et une méthodologie d'évaluation d'actifs incorporels standardisée.

Pour conclure, dans cette ère d'ultra-compétitivité et hyper-globalisation, la France et le Royaume-Uni, et l'Europe en général, doivent immédiatement monter sur la selle du progrès, en réformant des standards de comptabilité et comptabilisation périmés et obsolètes, ainsi qu'en mettant en oeuvre les mesures et stratégies susmentionnées, pour évaluer, comptabiliser et utiliser comme effet de levier, les actifs incorporels, de manière réaliste et cohérente, dans l'économie du 21ème siècle.

[1] "Lingard's bank security documents", Timothy N. Parsons, 4ème édition,

LexisNexis, page 450 et suivantes.

[2] "Taking security – law and practice", Richard Calnan, Jordans, page 74 et suivantes.

Crefovi met à jour régulièrement ses réseaux de médias sociaux, tels que LinkedIn, Twitter, Instagram, YouTube et Facebook. Vérifiez nos dernières nouvelles ici!

Votre nom (obligatoire)

Votre email (obligatoire)

Sujet

Votre message

Envoyer

5 ZDU

Droit du luxe et de la mode en France: une vue d'ensemble en 2020

Depuis sa création en 2003, le droit du luxe et de la mode a évolué, mûri et est devenu institutionnalisé comme domaine de spécialisation à part entière dans la profession juridique. Voici la mise à jour du statut du droit du luxe et de la mode en France, rédigé par Crefovi, en 2020, détaillant chaque domaine de pratique juridique pertinent pour cette industrie créative.



1. "Market spotlight" & état du marché

1 | Quel est l'état actuel du marché de la mode de luxe dans votre juridiction?

France est le joueur numéro un au monde dans le secteur de la mode de luxe, étant donné qu'elle regroupe les trois conglomérats majeurs de produits de luxe suivants:

- LVMH Moët Hennessy-Louis Vuitton Société Européenne (chiffre d'affaires de l'activité Luxe pour l'exercice complet ("EC") 2017 27,995 milliards USD et société de produits de luxe numéro un par chiffre d'affaires EC2017, avec une sélection de marques de luxe, telles que: Louis Vuitton, Christian Dior, Fendi, Bulgari, Loro Piana, Emilio Pucci, Acqua di Parma, Loewe, Marc Jacobs, TAG Heuer, Benefit Cosmetics);
- Kering SA (chiffre d'affaire de l'activité Luxe EC2017 12,168 milliards USD

et société de produits de luxe numéro quatre par chiffre d'affaires EC2017, avec une sélection de marques de luxe, telles que: Gucci, Bottega Veneta, Saint Laurent, Balenciaga, Brioni, Pomellato, Girard-Perregaux, Ulysse Nardin); et

- L'Oreal Luxe (chiffre d'affaires de l'activité Luxe estimé EC2017 9,549 milliards USD et société de produits de luxe numéro sept par chiffre d'affaires EC2017, avec une sélection de marques de luxe, telles que: Lancôme, Kiehl's, Urban Decay, Biotherm, IT cosmetics).

2. Fabrication et distribution

2.1. Fabrication et "*supply chain*"

2 | Quel cadre juridique régit le développement, la fabrication et la "*supply chain*" des produits de mode? Quels sont les accords contractuels habituels pour ces relations?

La loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, en date du 27 mars 2017 (insérée à l'article L 225-102-4 du code de commerce), est la réponse française au "*Modern Slavery Act*" du Royaume-Uni et du "*California Transparency in Supply Chains Act*".

C'est une mesure de "*due diligence*" qui requiert que les sociétés françaises de grande taille créent et mettent en place un plan de vigilance destiné à identifier et prévenir les violations potentielles des droits de l'homme – y compris ceux associés aux filiales et membres de la "*supply chain*".

La loi s'applique à toute entreprise dont le siège social est en France qui a (i) 5.000 ou plus salariés, y compris les employés de toutes filiales

françaises; ou (ii) 10.000 ou plus salariés, y compris les employés de toutes filiales françaises et étrangères.

La loi requiert que le plan de vigilance concerne les activités des sous-traitants et fournisseurs de la société ("entités de la chaîne logistique"), où l'entreprise maintient une relation commerciale continue avec ces entités de la chaîne logistique, et ces activités implique sa relation commerciale. Le plan de vigilance, ainsi que les procès-verbaux relatifs à sa mise en oeuvre, doivent être mis à la disposition du public.

En février 2019, la force exécutoire de cette nouvelle loi française était mitigée, au mieux. Certaines sociétés n'avaient toujours pas publié de plan de vigilance, malgré leur obligation légale de le faire (par exemple, Lactalis, Crédit Agricole, Zara ou H&M). Celles qui avaient publié des plans de vigilance les incluaient uniquement dans leur chapitre sur la responsabilité sociale et environnementale, au sein du rapport annuel de leur société. Ces plans de vigilance étaient vagues et avaient des lacunes, les actions et mesures n'étant pas assez détaillées et adressant de manière très partielle les risques mentionnés dans la cartographie des risques. Il y a donc une marge de progression.

Les accords contractuels usuels pour les relations relatives au développement, à la fabrication et à la "*supply chain*", concernant les produits de mode en France, sont des contrats standard de droit français de fabrication ou de fournisseur.

Ces accords contractuels sont soumis au code civil français sur le droit des contrats, et le régime général et de preuve des obligations, qui a été réformé en octobre 2016, grâce à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. L'ordonnance a codifié des principes qui avaient émergés de la jurisprudence des juridictions françaises, mais aussi créé un nombre de nouvelles règles applicables aux relations précontractuelles et contractuelles, telles que:

- le nouvel article 1104 du Code civil, qui dispose que les contrats doivent

être négociés, conclus et exécutés de bonne foi, et que le non-respect de cette obligation peut non seulement générer le paiement de dommages et intérêts, mais aussi résulter en l'annulation du contrat;

- le nouvel article 1112-1, qui dispose que si une partie aux obligations contractuelles prend connaissance d'informations, dont la signification serait déterminante pour le consentement de l'autre partie, elle doit en informer cette autre partie, si cette autre partie est légitimement ignorante de ces informations, ou se fie à la première partie;
- le nouvel article 1119, qui dispose que les conditions générales invoquées par une partie n'ont aucun effet envers l'autre partie, à moins qu'elles n'aient été portées à l'attention de cette autre partie, et acceptées par elle. Dans le cas d'un conflit d'imprimés, entre deux séries de conditions générales (par exemple, des conditions générales de vente et des conditions générales d'achat), ces conditions qui sont en conflit sont sans effet;
- le nouvel article 1124, qui dispose qu'un contrat conclu en violation avec une promesse unilatérale, avec un tiers qui avait connaissance de l'existence d'une telle promesse unilatérale, est nul et non avenue; et
- le nouvel article 1143, qui dispose qu'il y a de la violence lorsqu'une partie abuse de l'état de dépendance dans lequel sa partie co-contractante se trouve, obtient de cette partie co-contractante un engagement qu'elle n'aurait sinon pas accordé en l'absence de cette contrainte, et bénéficie ainsi d'un avantage manifestement excessif.

2.2. Contrats de distribution et d'agence

3 | Quel cadre juridique gouverne les accords de distribution et d'agence pour les produits de mode?

En plus de la réforme du Code civil sur le droit des contrats et le régime général et de preuve des obligations expliquée à la question 2 ci-dessus, les accords de distribution et d'agence pour les produits de mode doivent être conformes au cadre réglementaire suivant:

- le règlement de l'Union Européenne ("UE") n°330/2010 en date du 20 avril 2010 sur l'application de l'article 101(3) du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne ("TFUE"), qui place des limites sur les restrictions qu'un fournisseur peut imposer à un distributeur ou agent (le "Règlement");
- l'article L134-1 du Code de commerce, qui dispose ce en quoi consiste la relation d'agence;
- l'article L134-12 du Code de commerce, qui dispose qu'un agent commercial est en droit à un paiement de résiliation à la fin du contrat d'agence;
- les livres III et IV, et l'article L442-6 du Code de commerce, qui disposent qu'une relation entre deux partenaires commerciaux doit être gouvernée par l'équité, et qui interdisent un fort déséquilibre entre les parties; et
- la loi n°78-17 en date du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, plus connue sous le nom de loi informatique et libertés (la "Loi informatique et libertés") et son décret d'application n°2005-1309.

Les maisons de luxe françaises utilisent souvent la distribution sélective pour vendre leur produits. C'est, en effet, la technique de distribution la plus utilisée pour les parfums, cosmétiques, accessoires en cuir ou même le prêt-à-porter.

Le Règlement prévoit un système d'exemption à l'interdiction générale d'accords verticaux énoncé à l'article 101(1) du TFUE. La légalité des accords de distribution sélective est toujours évaluée par le biais des règles fondamentales qui s'appliquent au droit de la concurrence, en particulier l'article 101 du TFUE.

Les systèmes de distribution sélective peuvent être qualifiés pour le traitement d'exemption par catégorie, grâce à l'exemption par catégorie d'accords verticaux énoncée à l'article 101(3) du TFUE.

4 | Quelles sont les structures de distribution et d'agence les plus fréquemment utilisées pour les produits de mode, et quelles stipulations contractuelles et dispositions s'appliquent en général?

En droit français, il est essentiel d'éviter toute confusion entre un accord de distribution et un contrat d'agence.

Le droit français stipule qu'un distributeur est une personne physique ou morale indépendante, qui achète les biens et produits auprès du fabricant ou fournisseur, et les revend à des tiers, aux conditions commerciales agréées, et à une marge bénéficiaire fixée par ce distributeur.

Un distributeur peut être mandaté pour un territoire particulier, soit sur une base exclusive, ou non-exclusive.

En droit français, il n'y a aucune indemnisation légale pour la perte de clientèle et d'activité due au distributeur à l'expiration ou résiliation du contrat de distribution. Toutefois, la jurisprudence française a récemment reconnu que quelque indemnisation pourrait être due quand des investissements majeurs ont été effectués par le distributeur, au nom et pour le compte du fabricant ou fournisseur, sur le territoire désigné.

En outre, il n'y a pas de période de préavis légale pour résilier un accord de distribution en droit français. Toutefois, la plupart des contrats de distribution stipulent une période de préavis de résiliation de trois à six mois. Le droit français prévoit un cadre légal détaillé relatif au rôle de l'agent commercial, qui est de nature d'utilité publique (c'est à dire que l'on ne peut déroger à ces dispositions légales obligatoires). En particulier, les agents commerciaux doivent être enregistrés en tant que tels, sur une liste spéciale détenue par le greffe du tribunal de commerce français compétent.

En droit français, non seulement il est très difficile de résilier la relation contractuelle avec un agent commercial (sauf en cas de faute grave prouvée), mais il y a en outre une indemnisation légale considérable pour perte de clientèle et d'activité qui est due à cet agent résilié par le fabricant ou fournisseur.

La distribution sélective est la structure de distribution la plus usitée pour les biens de luxe en France, comme expliqué dans la question 3.

Ces systèmes de distribution sélective de produits de luxe peuvent échapper à la qualification d'accords anti-concurrentiels, conformément à l'article 101(3) du TFUE (exemption individuelle et par catégorie). Toutefois, en 2011, la Cour Européenne de Justice ("CEJ") a décidé que l'accord de distribution sélective qui a pour objet de restreindre les ventes passives aux consommateurs en ligne en dehors du territoire contractuel du revendeur, excluait l'application de l'exemption par catégorie dans sa décision *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*. La CEJ a décidé qu'il appartenait aux juridictions françaises de déterminer si une exemption individuelle pouvait bénéficier à un tel accord de distribution sélective imposé par la société française Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS à ses distributeurs. Pour conclure, il est clair que la CEJ a jugé que l'interdiction des ventes sur internet, dans un contrat de distribution, constitue une restriction anticoncurrentielle.

2.3. Importation et exportation

5 | Est-ce que des règles spéciales d'importation et d'exportation s'appliquent aux produits de mode?

A sa constitution, une société française obtiendra les numéros suivants des autorités françaises:

- un numéro de TVA intra-communautaire, fourni à toutes les sociétés immatriculées dans un état-membre de l'UE;
- un numéro SIRET, qui est un numéro unique français d'identification d'entreprise; et
- un numéro EORI, qui est alloué aux importateurs et aux exportateurs par les autorités fiscales françaises, et qui est utilisé dans le processus de déclaration d'entrée de douanes et de dédouanement, pour les expéditions d'importation et d'exportation, voyageant jusqu'à, et depuis, l'UE et des pays situés hors de l'UE.

Les produits de mode et luxe fabriqués hors de l'UE, et amenés dans l'UE, seront qualifiés d'importations, par les autorités de douane françaises.

Au cas où ces produits de mode et de luxe sont transférés à partir de la France, ou d'un autre état-membre de l'UE, à un pays tiers dans le reste du monde (hors de l'UE), alors ces produits seront estimés être des exportations par les autorités douanières françaises.

Pour des importations de produits de mode et de luxe (c'est à dire quand ils

entrent dans l'UE), l'importateur français devra payer certains droits de douane et autres taxes quand il importe ces produits d'un pays tiers, en France ou dans un autre état-membre de l'UE.

Ces droits de douane sont les mêmes dans chacun des 27 états-membres de l'UE parce qu'ils sont définis par les institutions de l'UE. L'importateur peut calculer ces droits de douane en accédant à l'encyclopédie RITA, qui indique le référentiel global de tarif automatisé, pour chaque produit de luxe et de mode.

Par le biais de manipulations assez complexes sur l'encyclopédie RITA, l'importateur peut trouver les droits de douane, taxes additionnelles et tout autre frais (tels que les droits anti-dumping) appropriés, payables pour chaque type de produit de mode et autre marchandise importée.

Par exemple, si vous importez une chemise pour homme en France ou dans un autre état-membre de l'UE, depuis la Chine, il y aura des droits de douane de 12 pour cent à payer (le "Droit de douane").

Ce Droit de douane sera payable sur le prix payé aux fabricants chinois pour la chemise pour homme en Chine plus tous les coûts de transport de la Chine vers la France (ou un autre état-membre de l'UE).

Par conséquent, si la chemise pour homme a un prix de fabrication (mentionné sur la facture du fabricant chinois) de 100 Euros, et s'il y a 50 Euros de frais de transport, la base de la valeur en douane sera de 150 Euros et le montant du Droit de douane sera de 18 Euros (150 Euros multipliés par 12 per cent).

Le calcul des Droits de douane, taxes supplémentaires et autres charges étant un domaine si compliqué et spécialisé, et le remplissage des déclarations de douane étant effectué uniquement sur le logiciel Delta, qui est accessible

uniquement par les personnes morales ayant reçu une autorisation d'utilisation de ce logiciel, la plupart des sociétés de l'UE qui vendent des biens de mode et de luxe utilisent les services de représentants douaniers agréés, aussi appelés courtiers en douane ou agents en douane.

Pour les exportations de produits de mode et de luxe (c'est à dire lorsqu'ils quittent l'UE pour aller vers un pays tiers dans le reste du monde), une société française n'aura pas à payer de Droits de douane et autres taxes. Toutefois, il est aussi important de vérifier si le pays tiers va facturer à l'exportateur français des Droits de douane, taxes supplémentaires et autres frais, à l'entrée sur son territoire des produits de luxe et de mode.

En outre, il est important pour les importateurs de vérifier si l'UE, et par conséquent la France, réserverait un traitement préférentiel aux produits de mode et de luxe importés de certains pays en voie de développement, dont les noms sont énoncés sur la liste intitulée "Système Généralisé de Préférence" ("SGP"). Le SGP est un programme de préférences commerciales pour des produits provenant de pays en voie de développement, tels que le Bangladesh, le Vietnam, etc. Il peut être financièrement plus avantageux de fabriquer des produits de luxe et de mode dans les pays qui sont inclus sur la liste SGP, afin d'assurer que des tarifs et Droits de douane inférieurs soient appliqués lors de l'importation de ces produits dans l'UE.

Enfin, et particulièrement si les biens sont dans la catégorie du luxe, il est possible de leur mettre un label "*Made in France*", à condition que ces produits soient assemblés en France.

2.4. Responsabilité sociale des entreprises et durabilité

6 | Quelles sont les exigences et obligations de divulgation en relation avec la responsabilité sociale des entreprises et la durabilité, pour les marques de mode et de luxe, dans votre juridiction? Quelle "*due diligence*" est

recommandée ou requise, à cet effet?

Comme expliqué à la question 2 ci-dessus, la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, en date du 27 mars 2017 (insérée à l'article L 225-102-4 du code de commerce), est le cadre juridique qui s'applique aux obligations de divulgation en relation avec la responsabilité sociale des entreprises et la durabilité pour les marques de mode et de luxe en France.

Le plan de vigilance rendu obligatoire par cette loi française doit comprendre une cartographie des risques détaillée énonçant les risques pour les tiers (c'est à dire les salariés, le grand public) et l'environnement. Les sociétés françaises assujetties à cette loi doivent ensuite publier leur cartographie des risques, énonçant explicitement et clairement les risques sérieux et impacts sévères sur la santé et la sécurité des personnes physiques et de l'environnement. En particulier, le plan de vigilance devrait fournir des listes de risques détaillées pour chaque type d'activité, de produit et service.

C'est sur ces risques substantiels (c'est à dire les impacts négatifs sur les tiers et l'environnement, découlant d'activités générales) que la vigilance doit être exercée et que le plan doit couvrir. En outre, le plan de vigilance doit inclure les critères de sévérité évalués, relatifs au niveau, à la taille et à la nature réversible ou non, des impacts, ou de la probabilité du risque. Cet établissement des priorités devrait permettre à une entreprise française de structurer la manière dont elle met en place ses mesures, afin de résoudre les impacts ou risques d'impact.

Le plan de vigilance, ainsi que les procès-verbaux relatifs à sa mise en place, doivent être mis à la disposition du public.

La loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre prévoit des mécanismes contraignants stricts. Toute personne ayant un intérêt démontré peut demander qu'une entreprise se mette

en conformité avec les exigences de “*due diligence*” (c’est à dire créer et mettre en oeuvre un plan de vigilance) et, si la société failli à ses obligations de mise en conformité, une juridiction peut la sanctionner par le biais d’une amende pouvant aller jusqu’à 10 millions d’Euros, en fonction de la sévérité du manquement et des autres circonstances. En outre, si les activités de l’entreprise française – ou les activités de personnes morales faisant partie de sa chaîne de logistique – causent des préjudices qui auraient pu être évités par la mise en oeuvre du plan de vigilance, la taille de l’amende peut être triplée (jusqu’à 30 millions d’Euros), en fonction de la sévérité, des circonstances du manquement et des préjudices causés, et la société peut être condamnée à payer des dommages et intérêts aux victimes.

7 | De quelles lois relatives à la santé et sécurité au travail les entreprises de mode devraient-elles avoir connaissance, à travers leurs “*supply chains*”?

Comme mentionné dans nos réponses aux questions énoncées aux sous-paragraphes 2.2. et 2.4. ci-dessus, la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre, en date du 27 mars 2017 (insérée à l’article L 225-102-4 du code de commerce) constitue le cadre juridique qui s’applique en relation avec la santé et la sécurité au travail, au travers de leurs chaînes de logistique, pour les marques de mode et luxe en France.

En outre, la réglementation principale concernant la santé et sécurité au travail en France est énoncée dans la Partie IV du Code du travail, intitulée “Santé et Sécurité au Travail”. La législation sur la santé et la sécurité au travail est renforcée par d’autres parties du Code du travail (c’est à dire la législation sur le temps de travail, le temps de récupération journalier, le respect des libertés fondamentales, le harcèlement, le harcèlement sexuel, la discrimination, l’exécution de bonne foi du contrat de travail, les compétences des comités d’entreprise, les capacités des délégués du personnel).

La négociation collective est aussi une source de réglementation sur la santé et la sécurité (par le biais d’accords intra-branches, accords de branche,

accords d'entreprise) en France. Ces accords collectifs réglementent les relations employeurs versus employés, en particulier en ce qui concerne la santé et la sécurité au travail.

3. Commerce en ligne

3.1. Lancement

8 | Quel cadre juridique gouverne le lancement d'un marché ou magasin de mode en ligne?

La loi Hamon du 17 mars 2014 ("Loi Hamon") transpose les dispositions de la Directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, qui vise à créer un vrai marché interne *business-to-consumer*, en trouvant le bon équilibre entre un haut niveau de protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises. Cette loi renforce les conditions d'information précontractuelles, en relation avec:

- l'obligation générale de fournir des informations s'appliquant à tout accord de vente de produits ou services, conclu sur une base "*business-to-consumer*" (pour les ventes sur place, les ventes à distance et les ventes hors établissements commerciaux); et
- les informations spécifiques aux contrats à distance concernant l'existence d'un droit de rétractation.

Grâce à cette loi, le délai de rétractation a été étendu de 7 à 14 jours. Elle a introduit l'utilisation d'un formulaire standard qui peut être utilisé par les consommateurs afin d'exercer leurs droits de rétractation. Ce formulaire doit être mis à la disposition des consommateurs en ligne ou leur

être envoyé avant que le contrat ne soit conclu. Si un consommateur exerce ce droit, l'entreprise doit rembourser le consommateur pour tous les montants payés, y compris les coûts de livraison, dans une période de 14 jours civils.

En outre, le Règlement Général sur la Protection des Données Personnelles ("RGPD") et la Loi informatique et libertés, ainsi que son décret d'application n°2005-1309, réglementent le lancement de tout marché ou magasin de mode en ligne, en France. Ceci est dû au fait que les magasins e-commerce doivent avoir une politique de confidentialité des données personnelles, une politique de cookies et des conditions générales d'utilisation de leur site e-commerce, ainsi que des conditions générales de vente sur leur site e-commerce, en place, qui soient toutes conformes avec le RGPD et la Loi informatique et libertés. Ces marchés en ligne doivent aussi nommer un correspondant informatique et liberté, afin de s'assurer qu'ils sont en conformité avec ce cadre réglementaire de la protection des données personnelles, et afin que la Commission Nationale Informatique et Libertés (la "CNIL", qui est l'autorité française de protection des données) ait un point de contact au sein du marché ou magasin de mode en ligne français.

En ce qui concerne la politique de cookies, les magasins e-commerce doivent se conformer avec les directives sur les cookies et autres dispositifs de traçage publiées par la CNIL en juillet 2019.

3.2. Approvisionnement et distribution

9 | Comment l'e-commerce impacte-t-il les accords d'approvisionnement et de distribution (ou les autres accords contractuels) des revendeurs au détail, dans votre juridiction?

Comme expliqué dans notre réponse à la question 4, les marques de luxe et de mode (fabricants, fournisseurs) ne peuvent interdire à leurs distributeurs de vendre leurs produits en ligne, grâce à l'e-commerce, étant donné que cette interdiction serait une violation du droit de la concurrence au titre de l'article 101 du TFUE, catégorisée comme une restriction anticoncurrentielle.

Toutefois, les marques de luxe et de mode peuvent imposer certains critères et conditions à leurs distributeurs afin qu'ils soient en mesure de vendre leurs produits en ligne, pour préserver l'aura de luxe et le prestige de leurs produits vendus en ligne, via les clauses de leurs accords de distribution.

3.3. Termes et conditions

10 | Quelles considérations spéciales prendriez-vous en compte, lors de la rédaction des termes et conditions en ligne pour les consommateurs, lors du lancement d'un site d'e-commerce dans votre juridiction?

Comme expliqué dans notre réponse à la question 8, ces termes et conditions pour les consommateurs d'un site d'e-commerce doivent être en conformité avec le RGPD, la Loi informatique et libertés, et les directives sur les cookies et autres dispositifs de traçage de la CNIL.

Par conséquent, ces clauses doivent être en conformité avec les principes suivants:

- le respect de la vie privée dès la conception ("*privacy by design*"), qui signifie que les entreprises de mode et de luxe doivent adopter une approche proactive et préventive en relation avec la protection de la vie privée et des données personnelles;
- la responsabilité ("*accountability*"), qui signifie que le responsable du traitement des données ("*data controller*"), tel qu'un site d'e-commerce, ainsi que ses sous-traitants ("*data processors*"), doivent prendre des mesures juridiques, organisationnelles et techniques appropriées leur permettant de se mettre en conformité avec le RGPD. Ils doivent être à même de démontrer l'exécution de ces mesures à la CNIL;

- l'étude d'impact ("*privacy impact assessment*"), qui signifie qu'une entreprise d'e-commerce doit exécuter une analyse relative à la protection des données personnelles, sur ses actifs de données, pour tracer et cartographier les risques inhérents à tout processus et traitement de données personnelles mis en place, en fonction de leur plausibilité et sérieux;
- un correspondant informatique et liberté doit être désigné, afin d'assurer la conformité du traitement des données personnelles par les entreprises de mode, dont les traitements de données présentent un risque important de violation de la confidentialité des données;
- le profilage ("*profiling*"), qui est un processus automatisé des données personnelles permettant la construction d'informations complexes à propos d'une personne particulière, telles que ses préférences, sa productivité au travail et sa localisation géographique. Ce type de traitement des données peut constituer un risque aux libertés individuelles; par conséquent, les entreprises en ligne effectuant du profilage doivent limiter leurs risques et garantir les droits des individus soumis à un tel "*profiling*", en particulier en leur permettant de demander une intervention humaine ou de contester la décision automatisée; et
- le droit à l'oubli, qui permet à une personne physique d'éviter que des informations concernant son passé interfèrent avec sa vie actuelle. Dans le monde numérique, ce droit comprend le droit à l'effacement, ainsi que le droit au déréférencement.

3.4. Fiscalité

11 | Est-ce que les ventes en ligne sont taxées différemment des ventes en magasins de détail, dans votre juridiction?

Non, les ventes en ligne ne sont pas taxées différemment des ventes exécutées

en magasin. Elles sont toutes assujetties à un taux de TVA de 20 pour cent, qui est le taux de TVA standard en France, et qui est applicable à tous les produits de mode et de luxe.

4. Propriété intellectuelle

4.1. Protection des dessins et modèles

12 | Quels droits de PI protègent les dessins et modèles de mode? Quelles règles et procédures s'appliquent, afin d'obtenir une protection?

Les dessins et modèles de mode français sont habituellement protégés par le biais de l'enregistrement d'un dessin ou modèle en France, à l'Institut National de la Propriété Industrielle ("INPI"). Les articles L 512-1 et suivants, et R 511-1 et suivants, du Code de la propriété intellectuelle régissent le processus de demande et d'enregistrement d'un dessin ou modèle.

Bien sûr, cette protection française des dessins et modèles s'applique en sus de tout dessin et modèle communautaire enregistré ou non enregistré, en existence.

Pour être susceptible de protection par le biais de dessins et modèles français, le dessin et modèle doit être nouveau et avoir un caractère individuel. Les formes fonctionnelles, ainsi que les dessins et modèles qui enfreignent l'ordre public ou la moralité, sont exclus de la protection.

Les dessins et modèles de mode français sont protégés par le droit d'auteur, à condition qu'ils remplissent le critère d'originalité. En effet, l'article L 112-2 14 du Code de propriété intellectuelle dispose que "*les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure*" sont réputées être

protégées par le droit d'auteur, en tant qu' "*oeuvres de l'esprit*".

Le droit d'auteur étant un droit de propriété intellectuelle non enregistrable en France, l'existence du droit d'auteur sur les produits de mode est souvent prouvée par le biais de l'enregistrement d'une enveloppe SOLEAU avec l'INPI, ou en gardant tous les prototypes, croquis et documents de recherche dans des dossiers, afin d'être en mesure de prouver la date à laquelle un tel droit d'auteur a émergé.

En effet, conformément au principe traditionnel d'unité de l'art, une création peut être protégée par le droit d'auteur et les dessins et modèles. La jurisprudence récente distingue entre ces droits de PI, en précisant que l'originalité requise pour la protection de droit d'auteur diffère du caractère individuel requis pour la protection de dessin et modèle, et que les deux droits ne se chevauchent pas nécessairement.

De la même manière, le champ de la protection de droit d'auteur est déterminé par la reproduction des caractéristiques principales de la création; alors qu'en droit des dessins et modèles, la même impression visuelle d'ensemble par un utilisateur informé est requise.

En ce qui concerne la propriété des oeuvres de commande, le régime de défaut en France est que tant un créateur indépendant (c'est à dire un freelancer de la mode, un sous-traitant, un directeur artistique), qu'un salarié de toute maison de mode française, est automatiquement considéré comme étant le propriétaire légal sur les droits de propriété intellectuelle d'un objet de mode ou de luxe qu'il ou elle a créé durant le cours de son service or emploi. Par conséquent, il est essentiel, dans tous les contrats de prestations de service français, conclus avec des consultants tiers, et dans tous les contrats de travail français, conclus avec des salariés, d'insérer une clause prévoyant la cession automatique et irrévocable de tous les droits de propriété intellectuelle sur toute création de mode.

les produits de mode?

La France jouit de droits de propriété intellectuelle très étendus et anciens, en relation avec les dessins et modèles de mode. Comme expliqué dans notre réponse à la question 12, la protection de droit d'auteur est étendue à toute oeuvre de l'esprit originale.

Même les pièces détachées sont protégeables par le droit des dessins et modèles français, ce qui signifie qu'un dessin et modèle protégeant uniquement une pièce détachée (par exemple, un clip de fermeture de sac) est valable sans prendre en considération le produit dans son entièreté (c'est à dire, le sac).

Par conséquent, la protection PI pour les produits de mode est très accessible en France, et il est important que les requérants enregistrent systématiquement leurs dessins et modèles (sans s'appuyer uniquement sur le droit d'auteur) pour être du côté de la sécurité.

4.2. Protection des marques

14 | Comment les marques de luxe et de mode sont juridiquement protégées dans votre juridiction?

Les marques de luxe et de mode sont normalement protégées par un enregistrement de marque française effectué auprès de l'INPI.

Les marques françaises sont régies principalement par la loi n°1991-7, qui transpose la première directive UE du conseil relative aux marques (89/104/CEE) et est codifiée dans le Code de la propriété intellectuelle. Ce code a été amendé plusieurs fois, en particulier par la loi n°2007-1544, qui

transpose la directive sur l'exécution des droits de PI de l'UE (2004/48/EC).

La propriété d'une marque est acquise par le biais d'un enregistrement, à l'exception des marques réputées au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle en date du 20 mars 1883. Ces marques réputées non enregistrées peuvent être protégées en droit français si l'usage non autorisé de la marque par un tiers est susceptible de causer un dommage au titulaire de la marque, ou si cet usage constitue une exploitation injustifiée de la marque.

Pour être enregistré comme marque, un signe doit être:

- représenté d'une manière qui permette à toute personne de déterminer précisément et clairement le sujet principal de la protection de marque octroyée à son propriétaire;
- distinctif;
- non déceptif;
- licite; et
- disponible.

Les marques françaises, enregistrées avec l'INPI, peuvent coïncider avec des marques de l'UE (enregistrées à l'Organisme de la propriété intellectuelle de l'EU ("EUIPO")) et des marques internationales (enregistrées à l'Organisme mondial de la propriété intellectuelle ("OMPI"), via le protocole de Madrid).

En droit français, l'usage non autorisé d'une marque sur internet constitue aussi un acte de contrefaçon de marque. Le titulaire de droit peut intenter des actions judiciaires contre ceux qui usent illégalement sa marque, sur le fondement de la contrefaçon de marque et la concurrence déloyale.

En outre, les marques de luxe et de mode sont aussi protégées par les noms de domaine, qui peuvent être acquis auprès de registrars de noms de domaine, pour une période de temps limitée, régulièrement.

Les noms de domaines français finissant en .fr peuvent uniquement être achetés pour un an, une fois par an, conformément aux règles du bureau d'enregistrement français des domaines de premier niveau .fr, Afnic.

C'est la responsabilité de la personne achetant, ou utilisant, le nom de domaine en .fr de s'assurer qu'elle ne viole pas les droits d'un tiers, ce faisant.

Une procédure de résolution des conflits appelée Syreli est disponible pour les conflits relatifs aux domaines .fr, parallèlement aux actions judiciaires. Cette procédure est gérée par l'Afnic et les décisions sont émises dans les deux mois de la réception de la réclamation.

Avec les rançons en ligne, une prolifération de sites qui sont utilisés pour les ventes d'objets de contrefaçon, les fraudes, le phishing et d'autres formes d'abus de marque en ligne, la plupart des sociétés françaises de mode et luxe prennent la gestion et la protection de leurs portefeuilles de noms de domaine très au sérieux.

Avec l'avènement des nouveaux domaines génériques de premier niveau (*generic top-level domains* ou "gTLDs"), c'est devenu aujourd'hui une stratégie essentielle pour toutes les maisons françaises de luxe et de mode d'acheter et de conserver tous les gTLDs disponibles, relatifs à la mode et au luxe

(par exemple, .luxury, .fashion, .luxe).

4.3. Concession de licence

15 | Quelles règles, restrictions et meilleures pratiques s'appliquent aux concessions de licence PI dans l'industrie de la mode?

Les droits de PI français peuvent être cédés, soumis à des licences ou nantis. Le Code de la propriété intellectuelle fait référence aux licences sur des marques, brevets, dessins et modèles, ainsi que sur des bases de données. En ce qui concerne le droit d'auteur, ce code fait uniquement référence à la cession des droits patrimoniaux de l'auteur (c'est à dire le droit de représentation et le droit de reproduction) en son article L122-7. En pratique, les licences de droit d'auteur ont souvent lieu, particulièrement sur des logiciels.

Quand il est relatif à des dessins et modèles français, l'acte, contrat ou jugement correspondant doit être enregistré dans le registre des dessins et modèles français, pour être exécutoire envers des tiers. Les documents doivent être en français (ou une traduction doit être fournie). Une taxe sera payable seulement jusqu'au 10ème dessin et modèle, dans une demande d'inscription déposée auprès de l'INPI. Pour les dessins et modèles communautaires, l'inscription doit être déposée auprès de l'EUIPO. Pour la désignation française d'un dessin et modèle international, l'inscription doit être requise auprès de l'OMPI pour tout, ou partie, de la désignation.

Quand cela concerne des marques françaises, l'acte, contrat ou jugement correspondant doit être enregistré sur le registre des marques françaises de l'INPI, particulièrement pour des raisons de preuve et d'opposabilité, afin que le licencié soit en mesure d'agir en contentieux de la contrefaçon, et que tout acte, contrat ou jugement soit exécutoire envers des tiers. Encore une fois, la copie ou l'extrait de l'acte ou accord, stipulant le changement de propriété ou d'utilisation des marques doit être en français (ou une traduction française fournie).

Bien sûr, le droit d'auteur des produits de mode n'a pas à être enregistré dans un registre français, étant donné qu'il n'y a pas de condition d'enregistrement pour le droit d'auteur français. Toutefois, les meilleures pratiques sont que les parties à l'acte, au contrat ou au jugement, gardent, dans leurs archives, pour la durée du droit d'auteur (70 ans après la mort du créateur du droit d'auteur) ces documents, afin que la cession, le gage ou la licence de droit d'auteur soit exécutoire envers les tiers.

Les marques de mode telles que Tommy Hilfiger, Benetton et Ermenegildo Zegna utilisent la franchise pour accéder à de nouveaux marchés, augmenter leur présence en ligne et développer leurs magasins phares. Les accords de franchise comprennent généralement une licence de marque, d'un nom commercial ou d'une marque de service, ainsi que le transfert de connaissance par le franchiseur, au franchisé. A ce sujet, les licences de connaissance existent en France, bien que la connaissance ne constitue pas un droit de propriété bénéficiant d'une protection spécifique, au titre du Code de la propriété intellectuelle.

Le concédant d'une licence doit communiquer des informations précontractuelles aux licenciés éventuels, conformément à l'article L330-3 du Code de commerce, quand il met à la disposition d'une autre personne un nom commercial ou une marque, et requiert de cette autre personne un engagement d'exclusivité concernant cette activité. L'information précontractuelle doit être divulguée dans un document fourni au moins 20 jours avant la signature d'un accord de licence. Ce document doit contenir des informations véridiques permettant au licencié de s'engager dans la relation contractuelle en parfaite connaissance des faits.

Une relation de licence soumise au droit français doit être conforme aux principes généraux de droit des contrats, y compris la négociation, conclusion et exécution des contrats de bonne foi (article 1104 du Code civil). Cette disposition légale de droit commun implique une obligation, pour chaque partie, de loyauté, coopération et cohérence. Au cas où ce principe de bonne foi est violé, la licence peut être résiliée et des dommages et intérêts éventuellement alloués.

4.4. Mise en vigueur

16 | De quelles options les titulaires de droits disposent-ils, pour faire respecter leurs droits de PI? Y-a-t-il des options pour protéger les droits de PI par le biais d'une mise en vigueur aux frontières de votre juridiction?

Les procès relatifs à la contrefaçon ou validité d'un dessin et modèle français, ou la désignation française d'un dessin et modèle international, peuvent être intentés auprès d'une des 10 juridictions de première instance compétentes (le tribunal judiciaire de Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nanterre, Nancy, Paris, Rennes, Strasbourg et Fort-de-France).

Les procès relatifs à la contrefaçon, en France, de dessins et modèles communautaires enregistrés ou non-enregistrés peuvent être intentés uniquement auprès de la juridiction de première instance de Paris. Une action d'invalidité contre un dessin et modèle communautaire peut uniquement être intentée auprès de l'EUIPO. Toutefois, l'invalidité peut être revendiquée comme moyen de défense dans une action en contrefaçon intentée devant le tribunal judiciaire de Paris.

Le champ de protection pour le dessin et modèle est déterminé exclusivement par les différentes vues enregistrées, sur l'enregistrement du dessin et modèle, que que soit son utilisation actuelle. Par conséquent, les candidats devraient porter une grande attention à ces vues, lorsqu'ils font un dépôt d'enregistrement de dessin et modèle, afin d'anticiper l'interprétation effectuée par le tribunal judiciaire.

La contrefaçon est identifiée lorsqu'un dessin et modèle tiers produit, sur l'observateur informé, une impression visuelle d'ensemble similaire au dessin et modèle du demandeur.

Le procès en contrefaçon peut être intenté par le titulaire du dessin et

modèle, ou le licencié exclusif dûment enregistré.

Le demandeur sera indemnisé pour pertes de bénéfices, avec le tribunal prenant en compte: (i) le champ de la contrefaçon; (ii) la proportion de l'activité réelle perdue par le demandeur; et (iii) la marge bénéficiaire pour la vente de chaque unité, du demandeur.

Des dommages et intérêts peuvent en outre être alloués pour la dilution ou dépréciation d'un dessin et modèle.

En ce qui concerne les marques, les procès peuvent être intentés devant les 10 juridictions de première instance compétentes susmentionnées si ceux sont des marques françaises, ou la désignation française d'une marque internationale. Les procès relatifs à la contrefaçon de marques de l'UE peuvent uniquement être intentés devant le tribunal judiciaire de Paris.

Ces actions judiciaires en contrefaçon peuvent être intentées soit par le titulaire de marque, soit par le licencié exclusif, à condition que la licence ait été enregistrée sur le registre des marques.

Pour déterminer la contrefaçon de marque, le tribunal judiciaire va évaluer: (i) la similarité des marques en conflit, sur la base de critères visuels, phonétiques et intellectuels; et (ii) la similarité des biens ou services, portant ces marques, concernés. Cette contrefaçon de marque peut être prouvée par tout moyen.

Pour obtenir des preuves de la contrefaçon, et pour obtenir toutes informations qui lui est relative, les titulaires de droits peuvent demander, et obtenir, de la part du tribunal judiciaire compétent, une ordonnance d'exécution d'une saisie-contrefaçon sur les lieux où les produits qui violent le droit d'auteur, les marques, les dessins et modèles, etc. sont situés. Cette ordonnance autorise l'huissier de justice à saisir les produits

contrefaisants suspectés, ou à visiter les lieux du contrefacteur allégué pour collecter des preuves de la contrefaçon en prenant des photos des produits suspectés d'être contrefaisants, ou en prenant des échantillons. Le titulaire des droits d'auteurs doit intenté un procès contre le contrefacteur allégué, auprès du tribunal judiciaire compétent, dans les 20 jours ouvrés, ou 31 jours calendaires – la durée la plus longue étant retenue – à partir de la date de saisie-contrefaçon. Sinon, la saisie-contrefaçon peut être déclarée nulle et non avenue à la demande du contrefacteur allégué, qui peut en outre demander des dommages et intérêts.

En outre, les titulaires de droits de PI peuvent en outre demander une injonction sans préavis (*ex parte*), afin d'empêcher un acte de contrefaçon imminent, sur le point d'avoir lieu, ou tout acte de contrefaçon ultérieur, au tribunal judiciaire compétent.

L'action en contrefaçon, pour tous les droits de PI, doit être introduite dans les trois ans à partir de la date de la contrefaçon. Il y a une exception, pour le droit d'auteur, dont la prescription est de cinq ans à partir de la date à laquelle le titulaire du droit d'auteur a pris connaissance, ou aurait du avoir connaissance, de cet acte de contrefaçon.

Il y a en outre une option de protéger les dessins et modèles, le droit d'auteur, les marques, les brevets, etc aux frontières françaises, ce que nous recommandons souvent de faire, à nos clients mode et luxe. Ils doivent enregistrer leurs droits de PI avec la Direction Générale des Douanes et Impôts Indirects, via une demande d'intervention française et de l'UE, et obtenir certaines attestations de ces autorités de douane françaises, que ces droits de PI sont maintenant officiellement enregistrés sur les bases de données des douanes françaises et de l'UE. Par conséquent, tous les produits contrefaisants qui violent ces droits de PI enregistrés sur les bases de données des douanes françaises et de l'UE, qui entrent le territoire de l'UE par les frontières françaises, seront saisis par les douanes aux frontières françaises pendant 10 jours. Potentiellement, à condition que certains critères soient remplis, les douanes françaises peuvent détruire de manière permanente tous produits contrefaisants ainsi saisis, après 10 jours.

5. Confidentialité des données et sécurité

5.1. Législation

17 | Quelles lois de confidentialité des données et sécurité sont les plus utiles, pour les sociétés de mode et de luxe?

Comme expliqué dans les questions 8 et 10, les maisons de mode et de luxe doivent se conformer au RGPD, à la loi Informatique & libertés et aux directives sur les cookies et autres dispositifs de traçage de la CNIL.

5.2. Défis de conformité

18 | Quels challenges les lois de confidentialité des données et sécurité présentent-elles aux maisons de mode et de luxe, ainsi qu'à leurs modèles d'entreprise?

La stricte conformité avec le RGPD, ainsi qu'avec la version amendée de la Loi informatique & libertés, présente certains challenges pour les maisons de luxe et de mode, et leurs modèles commerciaux.

En effet, d'un point de vue factuel, la plupart des petites et moyenne entreprises ("PME") immatriculées en France ne sont toujours pas en conformité avec le RGPD, la Loi informatique & libertés et les directives sur les cookies et autres dispositifs de traçage de la CNIL. La plupart du temps, ceci est dû au fait que ces PME ne veulent pas allouer de temps, d'argent et de ressources à la mise en conformité de leur entreprise, alors qu'elles sont parfaitement au courant qu'une violation sérieuse pourrait engendrer une amende pouvant aller jusqu'à 4 pour cent de leur chiffre d'affaires annuel mondial, ou 20 millions d'Euros, quelle que soit la somme la plus élevée.

Les maisons de mode et de luxe doivent maintenant s'approprier pleinement, et prendre l'entière responsabilité pour, la gestion rigoureuse et la protection complète, de leurs actifs de données. Elles ne peuvent plus se reposer sur une stratégie de défense du type "Je ne savais pas que cela pouvait arriver", qui était très souvent utilisée par les sociétés de mode avant l'entrée en vigueur du RGPD, lorsque leurs bases de données internes, ou leurs systèmes informatiques, étaient hackés ou étaient victimes de fuites dans le domaine public (par exemple, Hudson's Bay Co qui détient Saks Fifth Avenue, Macy's, Bloomingdales, Adidas, Fashion Nexus, Poshmark). La manière de relever le défi de ce challenge, cependant, est de voir le RGPD comme une opportunité de faire le point sur quelles données votre entreprise détient, et comment vous pouvez en tirer avantage au mieux. Le principe essentiel du RGPD est qu'il donnera à chaque entreprise de mode la capacité de trouver les données personnelles, dans son organisation, qui sont très sensibles et de grande valeur, et d'assurer qu'elles sont protégées de manière adéquate des risques et violations de données personnelles.

Avec le RGPD, presque tous les commerces de mode et de luxe qui vendent à des consommateurs de l'UE (et par conséquent à une clientèle française), soit en ligne, soit en boutiques, ont maintenant une Autorité de Protection des Données Personnelles ("APDP"). Les entreprises détermineront leur APDP respective en fonction du lieu d'établissement de leurs fonctions de gestion, en ce qui concerne la supervision du traitement des données personnelles, ce qui leur permettra d'identifier leur établissement principal, y compris lorsqu'une seule société gère les opérations d'un groupe entier. Toutefois, le RGPD met en place une APDP unique: en cas d'absence d'une législation nationale spécifique, une APDP située dans l'état-membre de l'UE dans lequel cette organisation a son établissement principal, ou unique, sera en charge de contrôler sa conformité avec le RGPD. Cette APDP unique permettra aux entreprises d'épargner du temps et de l'argent, de manière substantielle, en simplifiant les processus.

Pour favoriser le marché européen des données personnelles et l'économie numérique, et ainsi créer un environnement économique plus propice, le RGPD renforce la protection des données personnelles et des libertés fondamentales. Ce règlement unifié va permettre aux entreprises de réduire, de manière substantielle, les coûts de traitement des données personnelles encourus à ce jour, dans les 27 états-membres: les organisations n'auront

plus à se conformer à de multiples réglementations nationales concernant la collecte, la récolte, le transfert et le stockage des données qu'elles utilisent.

Le champ du RGPD s'étend aux sociétés dont les sièges sociaux sont hors de l'UE, mais qui ont l'intention de vendre leurs biens et services dans le marché de l'UE, dès lors qu'elles mettent en place des processus et traitements de données personnelles relatives à des citoyens de l'UE. Suivre ces résidents de l'UE sur internet pour créer des profils est aussi couvert par le champ du RGPD. Par conséquent, les entreprises de l'UE, soumises à des règles strictes et coûteuses, ne seront pas pénalisées par la concurrence internationale sur le marché unique de l'UE. En outre, elles peuvent acheter des données personnelles auprès de sociétés hors de l'UE, qui sont conformes avec les dispositions du RGPD, ce qui rend le marché des données personnelles plus large, en conséquence.

Le droit de portabilité des données personnelles permet au citoyens de l'UE, qui sont l'objet de traitement de leurs données personnelles, de collecter ces données sous un format exploitable, ou de transférer ces données à un autre responsable du traitement, si cela est techniquement possible. La conformité avec le droit de portabilité est, assurément, un challenge pour les entreprises de mode et de luxe.

5.3. Technologies innovantes

19 | De quelles préoccupations relatives à la confidentialité et sécurité des données personnelles, les magasins de mode et de luxe doivent-ils tenir compte, lorsqu'ils déploient des technologies innovantes en association avec le marketing des biens et services, aux consommateurs?

Les technologies innovantes, telles que l'IA et la reconnaissance faciale, impliquent la prise de décision automatisée, y compris le profilage. Le RGPD comprend des dispositions sur:

- la prise de décision individuelle automatisée (prendre une décision uniquement par des moyens automatisés sans contribution humaine); et
- le profilage (le traitement automatisé des données personnelles pour évaluer certains aspects concernant une personne physique), qui peut faire partie d'un processus de prise de décision automatisé.

Ces dispositions, énoncées à l'article 22 du RGPD, devraient être prises en compte par les sociétés de mode et de luxe lorsqu'elles déploient des technologies innovantes. En particulier, elles doivent démontrer qu'elles ont une justification légale pour exécuter du profiling ou des prises de décision automatisées, et documenter cela dans leur politique de protection des données personnelles. Leur **Étude d'Impact de Protection des Données** devrait mentionner ces risques, avant que ces entreprises ne commencent à utiliser tout nouveau profilage ou nouvelle prise de décision automatisée. Elles devraient dire à leurs clients qu'elles font du profiling et utilisent la prise de décision automatisée, quelles informations elles analysent pour créer des profils, et où elles obtiennent ces informations. De préférence, elles devraient utiliser des données personnelles anonymes dans leurs activités de profilage.

5.4. Personnalisation de contenu et publicité ciblée

20 | Quels challenges juridiques et réglementaires les maisons de luxe et de mode doivent-elles affronter pour mettre en oeuvre la personnalisation du contenu en ligne, ainsi que la publicité ciblée basée sur des inférences pilotées par les données concernant le comportement des consommateurs?

Il y a une tension, et une différence irrévocable, entre l'impulsion du RGPD vers plus d'anonymisation des données, et la personnalisation du contenu en ligne ainsi que la publicité ciblée basée sur des inférences pilotées par les données relatives au comportement des consommateurs. Ceci est dû au fait que, dans ce dernier cas, il est nécessaire que les données ne soient pas anonymes, mais, au contraire, traçables vers chaque utilisateur individuel.

En effet, un commerce de mode et de luxe ne peut véritablement personnaliser une expérience sur un canal donné – un site internet, une application mobile, par le biais de campagnes email, dans des publicités ou des événements en magasin – à moins de savoir quelque chose concernant ce client, et l'entreprise de luxe peut uniquement connaître une personne numériquement si elle collecte des données la concernant. Le RGPD et les préoccupations croissantes concernant la confidentialité des données compliquent ce processus.

Toutefois, le RGPD n'interdit pas aux entreprises de mode de recueillir des données sur les clients et prospects. Cependant, elles doivent le faire de manière conforme avec les principaux fondamentaux du RGPD énoncés à la question 10.

6. Publicité et marketing

6.1. Lois et règlements

21 | Quelles lois, quels règlements et quels codes industriels sont applicables aux communications de publicité et marketing par les maisons de luxe et de mode?

Les communications de publicité et marketing sont régulées par les lois françaises suivantes:

- la loi du 10 janvier 1991 ("Loi Evin") qui interdit la publicité d'alcool sur les chaînes de télévision et dans les cinémas en France, et limite cette publicité à la radio et sur internet;
- la loi du 4 août 1994 ("Loi Toubon") qui dispose que la langue française

doit être utilisée pour toute publicité en France; et

- le décret du 27 mars 1992 qui prévoit des règles spécifiques relatives à la publicité à la télévision.

Différents codes juridiques disposent des règles spécifiques gouvernant les communications de publicité et de marketing en France, tels que: le Code de la consommation, qui interdit la publicité mensongère et trompeuse et réglemente la publicité comparative; ou l'article 9 du Code civil, qui protège les images et le respect de la vie privée des personnes physiques.

En outre, il existe des codes de pratique de l'industrie, rédigés par l'agence française d'auto-régulation de la publicité ("ARPP"), qui représente les publicitaires, les agences et les médias. Ces codes de pratique énoncent les standards éthiques attendus et assurent la mise en oeuvre appropriée de ces standards, par le biais de conseil et de pré-autorisation, y compris en fournissant du conseil obligatoire avant la diffusion de toute publicité télévisuelle.

La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ("DGCCRF") a des pouvoirs d'enquête en relation avec tous les dossiers relatifs à la protection des consommateurs, y compris les pratiques de publicité et de marketing.

Les agents de la DGCCRF sont autorisés à pénétrer les bureaux professionnels de l'annonceur publicitaire, de l'agence de publicité ou de l'agence de communication durant les heures ouvrables pour requérir une revue immédiate des documents, prendre des copies de ces documents, et poser des questions.

L'ARPP travaille avec un jury indépendant qui traite les réclamations concernant les publicités qui violent les standards de l'ARPP. Ses décisions sont publiées sur son site internet.

S'il y a une fuite des données durant une campagne de marketing, la CNIL, l'APDP française, peut infliger une amende au responsable du traitement des données coupable (tel qu'un annonceur publicitaire ou une agence) jusqu'à 20 millions d'Euros, ou 4 pour cent de leur chiffre d'affaires global annuel, quel que soit le chiffre le plus élevé.

6.2. Marketing en ligne et médias sociaux

22 | Quelles règles, et quels règlements, particuliers, régissent les activités de marketing en ligne et comment ces règles sont-elles imposées?

Les activités de marketing en ligne sont réglementées de la même manière que les activités conduites dans le "monde réel", conformément à la loi sur l'économie numérique en date du 21 juin 2004. Toutefois, plus spécifiquement pour le monde en ligne, la loi sur l'économie numérique dispose que les fenêtres "*pop-ups*", les bannières de publicité, et tout autre type de publicité en ligne doivent être clairement identifiés comme tel, et par conséquent distingués des informations non-commerciales.

L'article L121-4-11 du Code de la consommation dispose qu'un annonceur publicitaire qui paie pour du contenu dans les médias, afin de promouvoir ses produits ou services, doit clairement énoncé que ce contenu est une publicité, par des images ou des sons clairement identifiables par les consommateurs. Sinon, c'est de la publicité trompeuse ou un acte de concurrence déloyale.

L'ARPP a émis un standard relatif aux publicités et communications numériques, effectuées par des influenceurs, dans le cadre du "*native advertising*", etc mettant l'accent sur le fait que toutes ces communications et publicités en ligne devraient clairement être distinguables, en tant que telles, par les consommateurs.

7. Réglementation des produits et protection des consommateurs

7.1. Règles et normes en matière de sécurité des produits

23 | Quelles règles et normes en matière de sécurité des produits s'appliquent aux biens de luxe et mode?

La loi du 19 mai 1998, qui est maintenant énoncée aux articles 1245 et suivants du Code civil, transpose la directive de l'UE 85/374/CEE en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, en France.

A côté de cette responsabilité civile stricte du fait des produits défectueux, existe une responsabilité pénale du fait des produits défectueux basée sur la tromperie, les coups et blessures involontaires, l'homicide involontaire ou la mise en danger de la vie d'autrui.

Les articles 1245 et suivants du Code civil s'appliquent lorsqu'un produit est considéré dangereux. Par conséquent, une entreprise de mode serait responsable des dommages causés par un défaut dans ses produits, que les parties aient conclu un contrat ou non. Par conséquent, ces règles légales s'appliquent à tout utilisateur final en possession avec un produit de mode, que cet utilisateur final ait conclu un contrat avec la société de mode ou non.

Les articles 1245 et suivants du Code civil prévoient une responsabilité stricte, dans laquelle le demandeur n'a pas besoin de prouver que le "producteur" a fait une erreur, commis un acte de négligence ou violé un contrat. Le demandeur a uniquement l'obligation de prouver le défaut d'un produit, le dommage souffert et le lien de causalité entre ce défaut et ce

dommage.

Un produit défectueux est défini à l'article 1245-3 du Code civil comme un produit qui ne fournit pas la sécurité que toute personne est en droit d'en attendre, en tenant en compte, en particulier, de la présentation de ce produit, l'utilisation qu'il est raisonnable d'en attendre et la date à laquelle il a été mis sur le marché.

Ces règles de responsabilité civiles strictes s'appliquent au "producteur", un terme qui peut faire référence au fabricant, au distributeur, ainsi qu'à l'importateur dans l'UE, des produits défectueux.

Dès qu'un risque de produit défectueux est identifié, le "producteur" doit se mettre en conformité avec son devoir de prudence et prendre toutes les actions nécessaires pour limiter les conséquences dommageables, tel qu'un avertissement public formel, un rappel du produit ou le retrait pur et simple de ce produit du marché.

7.2. Responsabilité en matière de produit

24 | Quel régime gouverne la responsabilité en matière de produit pour les biens de luxe et mode? Y-a-t-il eu des contentieux, ou actions coercitives, notables récents, concernant la responsabilité des produits, dans le secteur?

Le régime gouvernant la responsabilité en matière de produit pour les biens de luxe et mode est décrite dans notre réponse à la question 22.

La Loi Hamon a introduit le recours collectif pour les consommateurs français. Par conséquent, une association de consommateurs accréditée peut entamer un recours afin d'obtenir réparation de dommages économiques

individuels soufferts par des consommateurs placés dans une situation identique ou similaire, résultant de l'achat de biens ou services.

Il n'y a pas eu de contentieux notable récent, en matière de responsabilité des produits défectueux, dans les secteurs de la mode et du luxe. Toutefois, une affaire de recours collectif en matière de santé, est en ce moment en cours devant le tribunal judiciaire de Paris. Une société pharmaceutique a été poursuivie en justice par 4.000 personnes physiques françaises parce qu'elle avait vendu un médicament anti-épileptique sans fournir d'information adéquate concernant l'utilisation de ce médicament durant la grossesse. Par conséquent, des bébés français sont nés avec des défauts de santé parce que ce médicament a des effets nuisibles sur le développement du fœtus. Le tribunal judiciaire devrait rendre son jugement concernant la responsabilité du laboratoire prochainement.

8. Fusions & acquisitions et problématiques de concurrence

8.1. Fusions & acquisitions et joint-ventures

25 | Y a-t-il des considérations spéciales, concernant les transactions de fusions & acquisitions ou joint-venture, dont les entreprises devraient tenir compte lors de la préparation, négociation ou conclusion d'affaires dans l'industrie de la mode de luxe?

Comme énoncé à la question 2, les dispositions de droit général des contrats insérées dans le Code civil – ce dernier ayant subi une réforme majeure en 2016 – doivent être respectées. Par conséquent, pour les fusions & acquisitions privées, le vendeur doit chercher à promouvoir la concurrence entre les différents acheteurs, par le biais d'un processus de vente concurrentiel, dont la conduite doit être conforme avec l'obligation légale de bonne foi.

En France, il est obligatoire que le transfert d'actifs et de passifs, du vendeur à l'acheteur, couvre tous les contrats de travail, les baux commerciaux et les polices d'assurance, relatifs à l'entreprise. A l'exception de ceux-ci, tous les autres actifs et passifs relatifs à l'entreprise transférée, peuvent être exclus par contrat. En outre, le transfert de contrats requiert l'approbation de toutes les contreparties concernées, rendant ainsi l'identification préalable de ces contrats, durant l'exécution de la "*due diligence*", un sujet important pour tout acheteur potentiel.

Dans les fusions & acquisitions privées, il n'y a pas de restriction au transfert d'actions dans une société, une entreprise ou des actifs, de mode en France. Toutefois, la réglementation sur le contrôle des concentrations française (en sus des réglementations sur le contrôle des concentrations des autres états-membres de l'UE) peut nécessiter qu'une transaction soit enregistrée avec l'Autorité de la concurrence française ("ACF") si: (i) le chiffre d'affaires brut total global de toutes les sociétés de mode impliquées dans la concentration excède 150 millions d'Euros; et (ii) le chiffre d'affaires brut total généré individuellement en France par chacune d'au moins deux des sociétés de mode impliquées dans la concentration excède 50 millions d'Euros.

Il n'y a pas de condition de propriété locale en France. Toutefois, les autorités françaises pourraient objecter aux investissements étrangers dans des secteurs spécifiques qui sont essentiels pour garantir les intérêts de la France en relation avec la politique gouvernementale, la sécurité nationale et la défense nationale. A ce jour, la mode et le luxe ne font pas partie de ces secteurs qui sont protégés pour des objectifs de sécurité nationale.

Outre les accords antérieurs, tels que les accords ou promesses de confidentialité, les contrats finaux stipuleront les modalités relatives à la transaction; en particulier, une description des actifs transférés, le prix, les garanties octroyées par le vendeur, les conditions préalables ("*conditions precedent*"), toutes clauses de non-concurrence ou de non-sollicitation. Les conventions d'achat d'actifs doivent stipuler des dispositions obligatoires, telles que le nom du propriétaire précédent, certaines informations concernant le chiffre d'affaires annuel, sinon

l'acheteur pourrait se prévaloir de ce que la vente est invalide. La plupart de ces conventions, et la plupart des ventes de cibles ou actifs français, sont gouvernés par le droit français; en particulier, le transfert juridique de propriété des actifs ou actions de la cible.

Plus spécifique aux industries de la mode et du luxe, toute vente d'une entreprise de mode implique le transfert de la propriété des droits de propriété intellectuelle, reliés à cette cible dans le secteur de la mode. Ainsi, les marques, qui ont parfois été enregistrées sur le nom du designer de mode fondateur de l'entreprise de mode acquise (par exemple, Christian Dior, Chantal Thomass, John Galliano, Inès de la Fressange) deviendront la propriété de l'acheteur, après la vente. Par conséquent, le designer de mode fondateur ne sera plus en mesure d'utiliser son nom pour vendre des produits de mode et de luxe, sans violer les droits de marque de l'acheteur.

8.2. Concurrence

26 | Quelles dispositions de droit de la concurrence sont particulièrement pertinentes pour l'industrie du luxe et de la mode?

Les articles L 420-1 et L 420-2 du Code de commerce sont les équivalents des articles 101-1 et 102 du TFUE et encadrent les accords anti-concurrentiels et abus de position dominante, respectivement.

Des dispositions spécifiques du Code de commerce sont aussi applicables, telles que l'article L 410-1 et suivants sur le prix, l'article L 430-1 et suivants sur le contrôle des fusions, L 420-2-1 sur les droits exclusifs dans les collectivités d'Outre-Mer françaises, L 420-5 sur les prix abusivement bas et L 442-1 et suivants sur les pratiques restrictives.

Par exemple, une décision rendue par la cour d'appel de Paris le 26 janvier 2012 a confirmé l'existence d'accords de fixation de prix, et de

comportements anti-concurrentiels, entre 13 producteurs de parfums et cosmétiques (y compris Chanel, Guerlain, Parfums Christian Dior et Yves Saint Laurent Beauté) et leurs trois distributeurs français (Sephora, Nocibé France et Marionnaud). La cour a en outre confirmé le jugement de l'ACF, en date du 14 mars 2006, condamnant chacune de ces maisons de luxe, et chacun de ces distributeurs, à des amendes évaluées à 40 millions d'Euros au total.

Une action judiciaire pour violation du droit de la concurrence peut être entamée auprès d'une juridiction française, ou de l'ACF, par toute personne ayant un intérêt à agir. Les recours collectifs sont disponibles depuis l'entrée en vigueur de la loi Hamon, mais uniquement lorsque l'action est entamée par un nombre limité d'associations de consommateurs autorisés.

Il y a eu une augmentation des demandes de dommages et intérêts suite à des infractions au droit de la concurrence, en France, et les juridictions françaises sont maintenant réceptives à ces demandes. Une section du tribunal de commerce de Paris a été mise en place pour examiner les assignations signifiées en anglais, avec des pièces rédigées en anglais, et peut rendre des jugements sur des affaires de droit de la concurrence suite à des procédures entièrement conduites en anglais.

Comme indiqué à la question 4, alors que la distribution sélective est tolérée comme une exemption, conformément à l'article 101(3) du TFUE, la restriction totale de ventes en ligne par un fabricant, à ses distributeurs sélectifs, est une violation au titre de l'article 101(1) du TFUE (Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, CEJ, 2011).

La CEJ a affiné sa jurisprudence (qui, bien sûr, s'applique en France) dans son arrêt de 2017 Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH. La CEJ a décidé qu'une clause contractuelle, énoncée dans l'accord de distribution sélective conclu entre Coty et ses distributeurs sélectifs, et qui interdisait aux membres de ce réseau de distribution sélectif de vendre les cosmétiques Coty sur les places de marché en ligne, telles qu'Amazon, est conforme avec l'article 101(1) du TFUE. Ceci est dû au fait que, selon la

CEJ, la clause est proportionnée dans sa quête de préserver l'image des cosmétiques et parfums Coty, et parce qu'elle n'interdit pas aux distributeurs de vendre les produits Coty sur leurs propres sites de e-commerce en ligne, à condition que des critères de qualité soient remplis.

Cette nouvelle jurisprudence de la CEJ constitue un guidage utile pour les juridictions nationales sur la meilleure façon d'évaluer, de manière pragmatique, l'interdiction de vendre des produits de luxe sur les places de marché. En effet, la cour d'appel de Paris a rendu une décision en relation avec la validité d'une clause similaire énoncée dans les contrats pour Coty France le 28 février 2018, et utilisé l'analyse de la CEJ pour confirmer la validité de ces interdictions, en relation avec une place de marché qui vendait des parfums Coty durant des soldes privés.

9. Emploi et marché du travail

9.1. Gérer les relations de travail

27 | A quelles dispositions de droit du travail les maisons de mode devraient faire particulièrement attention, lors de la gestion des relations avec leurs employés? Quels sont les arrangements contractuels usuels pour ces relations?

Les relations employeur-employé sont régies par le complexe ensemble de lois et règlements suivant, qui laisse peu de place pour la négociation individuelle:

- le Code du travail dispose un cadre juridique exhaustif pour les relations tant individuelles que collectives, entre les employeurs et les employés;
- les accords de négociation collective ont été négocié entre les

associations d'employeurs et les syndicats, couvrant l'industrie en entier, ou entre les employeurs et les syndicats couvrant une société. Dans le premier cas, l'accord collectif s'applique normalement au secteur industriel en entier, même à des sociétés au sein de ce secteur qui ne font pas partie des associations d'employeurs (pour les secteurs de la mode et du luxe, l' "accord collectif de l'industrie de la mode", l' "accord collectif de l'industrie du textile", ou l' "accord collectif pour les industries de la chaussure" peuvent s'appliquer, par exemple); et

- les contrats de travail individuels, qui sont uniquement relatifs aux aspects des relations entre les employeurs et les employés qui ne sont pas déjà couverts par le Code du travail ou les accords de négociation collective afférents.

Parce que plus de 90 pour cent des salariés français sont protégés par les accords de négociation collective, les dispositions énoncées dans le Code du travail sont complétées par des règles plus généreuses dans des domaines tels que les congés payés, les congés de maternité, la couverture santé et même le temps de travail.

Avec la "loi Aubry" du 19 janvier 2000, une semaine de travail standard de 35 heures est devenue la règle. Les employés travaillant plus de 35 heures ont droit à des heures supplémentaires. Un accord de négociation collective à l'échelle d'une entreprise peut stipuler un temps de travail maximal de 12 heures, et un temps de travail hebdomadaire maximal de 46 heures pendant 12 semaines consécutives. Le temps supplémentaire est rémunéré soit par le biais des heures supplémentaires, soit par une compensation en prenant des jours de congé supplémentaires (intitulés "RTT").

Tout licenciement d'un salarié français doit être notifié par écrit, et basé sur une cause réelle et sérieuse. Une procédure spécifique doit être suivie, y compris en invitant l'employé à un entretien préalable, en ayant cet entretien avec l'employé, et en notifiant le licenciement par lettre recommandée avec accusé de réception. Les licenciements pour motifs économiques, et les licenciements des représentants des salariés, sont

assujettis à des formalités et contraintes supplémentaires, telles que la mise en oeuvre de critères de sélection pour identifier les employés à licencier, l'implication des, et l'approbation des, autorités du travail françaises, et la consultation obligatoire des représentants des salariés. Suite à leur licenciement, les salariés français ont droit à un nombre d'indemnités (indemnités de licenciement, période de préavis, congés payés, etc) et, si le licenciement était qualifié d'abusif, l' "échelle Macron", énoncée à l'article L 1235-3 du Code du travail, dispose que, en cas de demande en justice pour licenciement abusif, les juridictions prud'homales doivent allouer des dommages et intérêts aux anciens salariés variant entre un minimum et un montant plafonné, basé sur la durée du service avec l'ex-employeur. Parce que de nombreuses juridictions prud'homales régionales résistaient à l'application de l' "échelle Macron" à leurs affaires judiciaires, la cour de cassation a jugé, en juillet 2019, que l' "échelle Macron" est applicable et doit être utilisée.

Bien sûr, les prestataires de services et consultants français qui travaillent pour les maisons de luxe et de mode ne sont pas protégés par les règles de droit du travail susmentionnées, qui s'appliquent aux relations employeur-employé. Toutefois, les juridictions prud'homales françaises n'hésitent pas à requalifier une relation de "*freelance*" alléguée en un contrat de travail, à condition qu'il existe un lien de subordination (caractérisé par le travail effectué sous l'autorité d'un employeur, qui a le pouvoir de donner des ordres, des directives, des orientations générales, et de contrôler l'exécution de ce travail, et qui peut sanctionner toute violation de cette exécution), entre le travailleur indépendant allégué et la société de mode. La plupart des directeurs créatifs des maisons de mode françaises sont consultants, non salariés, et par conséquent ont le droit d'exécuter d'autres projets ou contrats de mode, pour d'autres maisons de mode (par exemple, Karl Lagerfeld était le directeur créatif tant de Chanel que de Fendi).

Les articles L 124-1 et suivants du Code de l'éducation disposent qu'une "gratification" (pas un salaire) peut être payée à un stagiaire, en France, si la durée de son stage est supérieure à deux mois consécutifs. En dessous de cette durée, une société française n'a pas d'obligation de payer une gratification à un stagiaire. Le taux horaire de cette gratification est égal à un minimum de 3,90 Euros par heure de stage; toutefois, dans certains

secteurs de l'industrie où des accords de négociation collective s'appliquent, le montant peut être supérieur à 3,90 Euros.

9.2. Syndicats

28 | Y a-t-il des considérations légales ou réglementaires spéciales pour les sociétés de mode, lors de leurs interactions avec les syndicats et conseils d'entreprise?

Comme mentionné en question 24, un employeur peut avoir à consulter les représentants des employés s'il souhaite licencier, pour des raisons économiques, certains de ses salariés. En outre, les syndicats, couvrant soit une société ou un groupe de sociétés, soit une industrie dans son entier, négotient, et renégocieront et amenderont, toutes conventions collectives de travail en place en France.

Sans surprise, les représentants des employés jouent un rôle très important, dans les relations françaises employeur-employés. En fonction de la taille de la société, des délégués du travail ou un comité d'entreprise, ainsi qu'un comité de santé et de sécurité au travail, pourraient être désignés et mis en place. Ces représentants des employés non seulement ont un mot important à dire sur des problématiques commerciales importantes telles que les licenciements à grande échelle, mais en outre doivent être consultés avant une série de changements dans l'entreprise, tels que les acquisitions, ou les ventes, de secteurs d'activité, ou de la société elle-même. Dans les sociétés françaises avec des comités d'entreprise, les représentants des salariés sont en droit de prendre part aux réunions du conseil d'administration, mais n'ont pas le droit de prendre part aux votes durant ces réunions. Par conséquent, la plupart des décisions stratégiques sont prises en dehors des réunions du conseil d'administration.

Les licenciements de représentants des employés font l'objet de formalités et conditions supplémentaires, telles que l'approbation donnée par les autorités du travail françaises.

Alors que la haute direction créative des sociétés de mode françaises peut être mise dehors à volonté, la main d'oeuvre centrale de la plupart des maisons de mode et de luxe françaises (par exemple, les ouvriers en col-bleu dans l'atelier de fabrication, tels que les couturières, les cadres de maîtrise et de gestion moyenne, etc) sont presque immuables du fait des strictes règles de droit du travail français susmentionnées, relatives au recrutement et au licenciement. Un avantage de cette "sécurité de l'emploi" est que les étudiants et la jeune main d'oeuvre français n'hésitent pas à se former à, et à prendre, des travaux manuels techniques et hautement spécialisés, qui sont nécessaires à la production de produits créatifs et d'une haute qualité exceptionnelle (par exemple, les brodeuses travaillant pour Lesage, qui appartient à Chanel; les fabricants de sacs travaillant pour Hermès; les plumassiers travaillant pour Lemarie, qui appartient à Chanel et toutes les couturières travaillant pour Chanel et toutes les autres maisons de haute couture à Paris).

9.3. Immigration

29 | Y a-t-il des considérations spéciales, liées au droit de l'immigration, pour les sociétés de mode voulant transférer leurs employés dans d'autres pays, ou recruter et retenir leur talent?

Oui, le permis de séjour pluriannuelle "passeport talent" a été créé pour attirer les employés et les travailleurs indépendants étrangers ayant des compétences particulières (par exemple, des salariés qualifiés ou hautement qualifiés, des travailleurs indépendants, des artistes et interprètes ou des auteurs d'oeuvres littéraires ou artistiques) en France.

Ce permis de séjour octroie le droit de rester un maximum de quatre ans en France; délais qui commence à courir à partir de la date d'arrivée en France. Un permis de séjour pluriannuelle peut en outre être remis à l'époux et aux enfants de l' "individu talentueux".

10. Actualités et tendances

30 | Quelles sont les tendances actuelles et perspectives futures pour l'industrie de la mode de luxe dans votre juridiction? Y a-t-il eu des développements notables récents, juridiques et/ou réglementaires dans le secteur? A quels changements dans la loi, les règlements ou la protection les sociétés de luxe et de mode doivent-elles se préparer?

Les futures perspectives des secteurs du luxe et de la mode en France sont extrêmement élevées, parce que les réformes de Macron sont en train de, lentement, mais sûrement, transformer l'économie française en une locomotive libéralisée et adepte du libre-échange, mettant la flexibilité et l'innovation à l'avant de l'agenda de réforme politique. Toutefois, le mauvais côté de ces réformes en profondeur est la résistance, violence et révoltes qui ont eu lieu, et continuent d'avoir régulièrement lieu, en France, et à Paris en particulier, émanant d'un peuple français inquiet, et apeuré par, un marché économique plus libre et concurrentiel.

Les entreprises de mode et de luxe sont les premières à subir les conséquences de ces violents actes de résistance, étant donné que leurs points de vente sur les Champs Elysées et d'autres emplacements de luxe à Paris, et dans les provinces, ont été lourdement perturbés (et parfois dévalisés) par les émeutiers, certains "gilets jaunes" et durant les mouvements de grève contre la réforme des retraites.

Toutefois, sur le moyen et long terme, les entreprises de mode et de luxe seront parmi les premières à bénéficier de ces réformes en profondeur, grâce à une main d'oeuvre française très productive, et devenue plus flexible, de meilleures conditions contractuelles et commerciales pour gérer des entreprises en France et à l'étranger, et un cadre juridique très efficace et muni d'un système juridictionnel qui est parmi les plus protecteurs des titulaires de droits de PI, au monde.

Reproduit avec la permission de Law Business Research Ltd. Cet article a été publié en premier dans Lexology Getting the Deal Through – Luxury & Fashion 2020 (Publié en avril 2020).

Crefovi met à jour régulièrement ses réseaux de médias sociaux, tels que LinkedIn, Twitter, Instagram, YouTube et Facebook. Vérifiez nos dernières nouvelles ici!

Votre nom (obligatoire)

Votre email (obligatoire)

Sujet

Votre message

Envoyer

C K C 9

Comment protéger votre business créatif après le Brexit?

Le 30 mars 2019, le Royaume Uni va sortir de l'UE sans un accord de retrait en place, et sans requête pour une extension de la période de notification de sa décision de se retirer, d'une durée de 2 ans. Il n'y aura pas de second référendum organisé par le gouvernement actuel du Royaume Uni. Par conséquent, quel est l'avenir, pour les industries créatives, afin de faire des affaires fructueuses avec, et à partir du, Royaume Uni dans le proche futur?



Comment protéger votre business créatif après le Brexit? Mon précédent article sur le chemin le moins emprunté & les conséquences juridiques du Brexit, publié juste après le vote du Brexit, samedi 25 juin 2016, délivrait le message principal qu'il était utile de surveiller le processus de négociation

qui allait suivre la notification effectuée par le Royaume Uni ("RU") à l'Union Européenne ("UE") de son intention de se retirer de l'UE en 2 ans.

Nous avons donc surveillé ces négociations pour vous, dans les deux dernières années, et sommes arrivés aux prédictions suivantes, qui vont aider votre business créatif à se préparer pour, et profiter des changements imminents

causés par, le crash du RU hors de l'UE, le 30 mars 2019.

1. Fin de la liberté de mouvement des citoyens du RU et de l'UE, venant et sortant du RU

Le 30 mars 2019, les citoyens du RU vont perdre leur citoyenneté de l'UE, c'est à dire la citoyenneté, subsidiaire à la nationalité du RU, qui fournit des droits tels que le droit de voter aux élections européennes, le droit au libre mouvement, à la libre installation et au libre emploi partout dans l'UE, et le droit à une protection consulaire par les ambassades des autres états de l'UE, quand le pays de la nationalité d'une personne ne dispose pas d'ambassade ou de consulat dans le pays dans lequel elle requiert protection.

Etant donné qu'aucun accord de retrait ne sera signé le 29 mars 2019, entre l'UE et le RU, les citoyens du RU vivant dans un des 27 états-membres de l'UE devront se débrouiller seuls, puisque aucun accord réciproque n'aura été mis en place, en particulier en relation avec la coordination sociale et sanitaire réciproque, les permis de travail, le droit de se présenter, et de voter, aux élections locales.

Les citoyens du RU vivant dans un des états qui sont membres de l'Association Européenne de Libre-Échange ("AELE"), c'est à dire l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse, n'auront pas de filet de sécurité, puisque le RU va aussi se retirer des accords bilatéraux de l'UE conclus avec les membres de l'AELE, tels que l'accord de l'Espace Économique Européen ("EEE") qui lient l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et l'UE ensemble, le 29 mars 2019. En attendant, "le RU tente d'obtenir un accord sur les droits des citoyens avec les états de l'AELE pour protéger les droits des citoyens", comme il est indiqué dans le document politique publié par le "UK Department for exiting the EU".

Cela a donc du sens, pour les citoyens du RU vivant dans un état-membre de l'UE, ou dans un des états de l'AELE, de contacter l'équivalent du "Home Office" du RU dans ce pays, et de demander comment ils peuvent obtenir soit un visa, soit la nationalité de ce pays. Etant donné que négocier de nouveaux accords bilatéraux avec les états-membres de l'UE, et les états de l'AELE, va prendre des années, afin que le RU finalise de telles négociations, les citoyens du RU ne peuvent s'appuyer sur ces échanges prolongés pour obtenir un effet de levier, et obtenir le droit permanent de rester dans un état-membre de l'UE ou un état de l'AELE.

Par exemple, la France est prête à adopter un décret après le 30 mars 2019,

pour organiser l'obligation de présenter un visa afin d'entrer en territoire français, et afin d'obtenir une carte de séjour pour justifier son séjour là-bas, pour les citoyens du RU vivant déjà, ou planifiant de vivre pendant plus de trois mois, en France. Par conséquent, peu après le 30 mars 2019, les citoyens britanniques et leurs familles qui n'ont pas de cartes de séjour pourraient avoir le statut d'illégal en France.

Alors que de demander sa carte de séjour est gratuit en France, et faire sa demande de nationalité française ne coûte que 55 Euros de droit de timbre, les citoyens de l'UE vivant au RU, ou planifiant de vivre au RU, n'auront pas cette chance.

En effet, cela coûtera aux citoyens de l'UE 1.330 GBP par personne, à partir du 6 avril 2018, pour obtenir la nationalité britannique, y compris les frais de la cérémonie de nationalité. Toutefois, il pourrait n'y avoir aucun frais pour s'enregistrer dans le "*EU Settlement Scheme*", qui sera complètement ouvert à partir du 30 mars 2019, en particulier si un citoyen de l'UE a déjà un "*document de résidence permanente au RU ou un droit indéfini de rester ou d'entrer au RU*". La date-butoir pour s'enregistrer dans le "*EU Settlement Scheme*" sera le 31 décembre 2020, quand le RU quittera l'UE sans accord de retrait le 30 mars 2019.

Les chefs d'entreprises et les sociétés créatives travaillant au, et depuis, le RU seront aussi impactés, s'ils ont des salariés et du personnel. Ce sera de leur responsabilité de s'assurer, et d'être capable de prouver, que leur personnel qui sont des citoyens de l'UE, ont tous obtenu un "*settled status*": dans un élan de largesse, le gouvernement du RU a par conséquent publié un "*employer toolkit*", pour "*soutenir les citoyens de l'UE et leurs familles afin de s'inscrire au EU Settlement Scheme*".

Pour les séjours à court terme de moins de trois mois par entrée, le gouvernement du RU promet à ce jour que "*les arrangements pour les touristes et les visiteurs en voyage d'affaire ne seront pas différents. Les citoyens de l'UE venant pour des visites à court terme pourront entrer au RU, comme ils peuvent le faire maintenant, et rester jusqu'à trois mois par entrée*".

Pour conclure, se retirer de l'UE sans accord de retrait va créer beaucoup de paperasserie administrative, et être un embêtement chronophage et drainant d'énergie, pour les citoyens de l'UE vivant au RU, leurs employeurs du RU qui doivent s'assurer que tout leur personnel est enregistré dans le "*EU Settlement Scheme*", et pour les citoyens du RU vivant dans un des 27 états-membres de l'UE restants. Il n'y aura pas de certitude d'obtenir un "*settled*

status” de la part du “*Home Office*” du RU, jusqu’à ce que les citoyens de l’UE l’aient en effet obtenu, après s’être inscrit dans le “*EU Settlement Scheme*”. Cela va donc être un processus générant beaucoup d’anxiété pour les citoyens de l’UE vivants au RU, et pour leurs employeurs du RU qui s’appuient sur ces membres de leur personnel pour faire tourner la boutique.

Des plans d’urgence devraient par conséquent être mis en place par les employeurs du RU qui ont des citoyens de l’EU sur leur liste de salariés, en particulier en créant des bureaux et filiales dans un des 27 états-membres de l’EU restants, afin que les citoyens de l’UE, dont le “*settled status*” aurait été refusé par le “*Home Office*” du RU, puissent continuer à travailler pour leurs employeurs du RU en se relocalisant dans cet état-membre de l’UE, où ils bénéficieront de la liberté de circulation grâce à leur citoyenneté de l’UE. En plus des frais du “*Home Office*” et des honoraires d’avocats spécialisés dans les problématiques d’immigration, les employeurs du RU doivent tenir compte des coûts juridiques, comptables, IT et immobiliers découlant de la création de bureaux et filiales supplémentaires, dans un état-membre de l’UE, après le 30 mars 2019.

2. Retrait de la liberté de circulation des produits, services et du capital

Le marché interne de l’UE, aussi appelé marché unique, est un marché unique qui tend à garantir la libre circulation des biens, du capital, des services et des personnes – les “quatre libertés” – entre les 28 états-membres de l’UE.

Après le 30 mars 2019, le marché unique ne comptera plus le RU, puisqu’il cessera d’être un état-membre de l’UE.

Alors que cela était une option de garder le marché interne en place, entre le RU et l’UE, étant donné que ce marché a été étendu aux états de l’AELE, l’Islande, le Liechtenstein et la Norvège, par le biais de l’accord sur l’EEE, et à l’état de l’AELE qu’est la Suisse, par le biais d’accords bilatéraux, cette alternative n’a pas été poursuivie par le gouvernement du RU. En effet, l’accord sur l’EEE et les accords bilatéraux UE-Suisse sont vus par la majorité comme étant très asymétriques (la Norvège, l’Islande et le Liechtenstein sont, en essence, obligés d’accepter les règles du marché unique interne sans avoir beaucoup, et même aucun, droit à la parole, alors que la Suisse n’a pas d’accès complet ou automatique mais a néanmoins la liberté de circulation des travailleurs). Le RU, ainsi que les membres de

l'AELE qui sont très peu ouverts à l'idée que le RU rejoigne leur club de l'AELE, ont exclu cette option, ne voyant pas l'intérêt de continuer à contribuer au budget de l'UE tout en n'ayant aucun siège à la table où toutes les décisions relatives à la manière dont le marché unique est gouverné et géré, sont prises.

2.1. Retrait de la liberté de circulation des biens et introduction de nouvelles taxes et frais de douane

En ce qui concerne le retrait de la libre circulation des produits, cela constituera un problème – espérons-le, temporaire -, puisque le RU n'a pas d'accords douaniers et de libre-échange bilatéraux en place avec l'UE (parce qu'aucun accord de retrait ne sera signé entre l'UE et le RU au 30 mars 2019) et avec les pays hors de l'UE (puisque les 53 accords commerciaux avec les pays hors de l'UE ont été signés directement par l'UE, au nom et pour le compte de ces 28 états-membres, y compris avec le Canada, Singapour, et la Corée du Sud).

Le 30 mars 2019, le RU va regagner son droit de conclure des accords de libre-échange contraignants, avec les pays hors de l'UE, et avec l'UE bien sûr.

Alors que le gouvernement de l'UE se lance laborieusement dans la négociation d'au moins 54 accords de libre-échange, y compris avec l'UE, les droits de douane vont être réinstitué entre le RU et tous les autres états européens, y compris au RU. Cela va amener à une situation très désavantageuse pour les entreprises du RU, puisque le coût des achats de produits et biens avec des pays étrangers va augmenter de manière substantielle, tant pour les imports que les exports.

Les sociétés créatives dont le siège social est au RU, qui exportent et importent des biens et produits, telles que les entreprises de mode, de design et de hautes technologies, vont être tout particulièrement impactées, ici, avec le coût des matières premières importées qui va augmenter, et l'augmentation, ou l'apparition, de droits de douane sur les exportations de leurs produits vers l'UE et les pays hors de l'UE. Les entreprises de mode et de luxe, en particulier, sont touchées, puisqu'elles exportent plus de soixante dix pour cent de leur production à l'étranger.

Etant donné que le RU conclut la majorité de ses échanges commerciaux (57 pour cent d'exportations et 66 pour cent d'importations en 2016) avec des pays qui ont conclus des accords de libre-échange de l'UE, tant les

entreprises du RU, que les consommateurs du RU, doivent se préparer à un choc, quand ils vont faire des échanges commerciaux après le 30 mars 2019. Le coût de vie va augmenter au RU (puisque la majorité des produits et biens sont importés, en particulier d'états-membres de l'UE), et les coûts opérationnels vont aussi augmenter pour les entreprises du RU.

Alors que certains partisans du Brexit, les 'Brexiters' affirment que le RU ira très bien, en revenant à des échanges commerciaux avec le "reste du monde" sous l'égide des règles de l'Organisation Mondiale du Commerce ("OMC"), il est important de noter que, à ce jour, seulement 24 pays ont des échanges commerciaux avec le RU sur la base des règles de l'OMC (comme tous les 28 états-membres de l'UE parce qu'aucun accord de libre-échange n'a été conclu avec ces pays hors de l'UE). Après le 30 mars 2019, le RU va effectuer des échanges commerciaux avec le reste du monde sur la base des règles de l'OMC, à la condition que l'autre état est aussi un membre de l'OMC (par exemple, l'Algérie, la Serbie et la Corée du Nord ne sont pas membres de l'OMC). En outre, certains droits de douane vont s'appliquer à toutes les exportations du RU, sous ces règles de l'OMC.

Cela ne ressemble absolument pas à une panacée que de faire des échanges commerciaux sous l'égide des règles de l'OMC, donc le gouvernement du RU et sa 'Bank of England' vont affaiblir la livre sterling autant que possible, pour compenser le poids financier représenté par ces droits de douane et taxes.

Les entreprises créatives dont le siège social est situé au RU, qui exportent des biens et produits, telles que les sociétés de mode et de design, devraient maintenant relocaliser leurs opérations de fabrication vers les territoires de l'UE ou vers des pays à bas salaires et bas impôts, tels que l'Asie du Sud Est, dès que possible, pour éviter les nouvelles taxes et les nouveaux droits de douane des biens et produits qui vont inévitablement surgir, après le 30 mars 2019.

Bien que ce soit un exemple cynique, puisque James Dyson était un fervent "Brexiter" qui a exigé que le gouvernement du RU s'éloigne de l'UE sans accord de retrait, les entreprises créatives de l'UE qui fabriquent des biens et produits doivent émuler Dyson, la société d'aspirateurs et de séchoirs à cheveux de haute technologie, qui va transférer son siège social du Wiltshire, RU, jusqu'à Singapour cette année.

En outre, le RU va être confronté à des barrières non-tarifaires, de la même manière que la Chine et les Etats-Unis ont des échanges commerciaux avec

l'UE. Les barrières non-tarifaires sont toute mesure, autre que des droits de douane, qui agit comme une barrière au commerce international, telle que les réglementations, les règles d'origine ou les quotas. En particulier, une divergence réglementaire d'avec l'UE va rendre plus difficile le commerce de biens, introduisant des barrières non-tarifaires: quand le RU va sortir de l'union douanière de l'UE, le 30 mars 2019, tout bien traversant la frontière devra respecter les contraintes des règles d'origine, pour prouver qu'il provient en effet du RU – introduisant des paperasseries administratives et des barrières non-tarifaires.

2.2. Retrait de la libre-circulation des services et changements de TVA

Le 30 mars 2019, les services du RU – qui comptent pour quatre vingt pour cent de l'économie du RU – vont perdre leurs accès préférentiel au marché unique de l'UE, ce qui constituera une autre barrière non-tarifaire.

La libre-circulation des services et la liberté d'établissement permettent aux personnes travaillant à leur compte de voyager entre états-membres afin de fournir des services sur une base temporaire ou permanente. Alors que les services comptent pour soixante à soixante dix pour cent du PIB, en moyenne, dans les 28 états-membres de l'UE, la plupart de la réglementation dans ce domaine n'est pas aussi développée que dans d'autres domaines.

Il n'y a pas de droits de douane et de taxe sur les services, donc les industries créatives du RU qui fournissent essentiellement des services (tels que les secteurs de la haute technologie et internet, les services de marketing, RP et de la communication, etc) sont moins susceptibles d'être touchées par la sortie du RU de l'UE sans accord de retrait.

Toutefois, étant donné que le RU va devenir un état hors de l'UE à partir du 30 mars 2019, tant les entreprises de l'UE que les sociétés du RU, ne pourront plus appliquer les règles de l'UE relatives à la TVA, et en particulier à la TVA intra-communautaire, quand elles ont des échanges commerciaux avec des entreprises du RU et de l'UE, respectivement. Cela signifie par conséquent que, à partir du 30 mars 2019, une société de l'UE ne facturera plus la TVA à une entreprise du RU, mais continuera à facturer la TVA à son client du RU qui est une personne physique. En outre, une société du RU ne facturera plus la TVA à une entreprise de l'UE, mais continuera à facturer la TVA à son client de l'UE qui est une personne physique.

Des changements positifs sur la TVA sont aussi en vue, parce que le RU n'aura

plus à respecter la loi relative à la TVA de l'UE (sur les taux de TVA, le champ des exemptions, le "zero-rating", etc.): le RU aura plus flexibilité dans ces domaines.

Toutefois, il y aura à coup sûr des litiges entre les contribuables et HMRC, concernant le traitement TVA de transactions antérieures au 30 mars 2019, dans lesquels le droit de l'UE sera toujours d'actualité. Parce que la compétence de la Cour de Justice de l'Union Européenne ("CJUE") cessera complètement en relation avec les affaires du RU le 30 mars 2019, toutes ces questions de droit de l'UE seront traitées en totalité par les tribunaux du RU. En effet, les tribunaux du RU ont cessé de référer de nouveaux dossiers à la CJUE, dans tous les cas, depuis l'année dernière.

2.3. Retrait de la liberté de mouvement du capital et perte des droits de passeport unique pour l'industrie des services financiers du RU

Étant donné que le RU va quitter l'UE sans accord de retrait, la liberté de circulation du capital, dont l'intention est de permettre le mouvement des investissements, tels que les achats de biens immobiliers et l'achat d'actions entre les états-membres de l'UE, va cesser de s'appliquer entre l'UE et le RU le 30 mars 2019.

Le capital dans l'UE peut être transféré en tout montant, d'un pays à l'autre (à l'exception de la Grèce qui a, à ce jour, des contrôles de capital restreignant les sorties de fonds) et tous les transferts intra-UE en Euros sont considérés comme des paiements domestiques et supportent les coûts de transfert domestiques correspondants. Cette infrastructure des paiements centralisés de l'UE est basée autour du TARGET2 et la zone d'opérations uniformisées de paiements, la "Single Euro Payments Area" ("SEPA"). Cela comprend tous les états-membres de l'UE, même ceux hors de la zone euro, à condition que les transactions soient effectuées en euros. Les charges de cartes de crédit/débit et les retraits de distributeurs automatiques au sein de la zone Euro sont aussi calculées, et facturés, comme étant domestiques.

Étant donné que le RU a toujours gardé la livre sterling durant son passage de 43 ans dans l'UE, refusant absolument de la remplacer par l'Euro, les coûts de transfert sur les mouvements de capital – de l'Euro à la livre sterling et vice versa – ont toujours été assez élevés au RU, de toute façon.

Toutefois, lorsque le RU va sortir de l'UE sans un deal le 30 mars 2019, ces coûts de transfert, ainsi que de nouveaux contrôles sur les mouvements de

capitaux, seront mis en place et vont impacter les entreprises et professionnels créatifs quand ils veulent transférer de l'argent depuis le RU vers les états-membres de l'UE et vice-versa. Alors que le gouvernement du RU cherche à aligner la législation sur les paiements, afin de maximiser la chance de rester un membre de SEPA, en tant que pays tiers, le fait qu'il ait décidé de ne pas signer l'accord de retrait avec l'UE ne va pas aider un tel processus d'alignement.

Le coût des paiements par carte entre le RU et l'UE va augmenter, et ces paiements transfrontaliers cesseront d'être couverts par l'interdiction de supplément et surcharge (qui empêche les entreprises de facturer les consommateurs pour l'utilisation de méthodes de paiement spécifiques).

Il est par conséquent conseillé aux entreprises créatives du RU d'ouvrir des comptes bancaires professionnels, en Euros, soit dans les pays de l'UE qui leur sont stratégiques, soit en ligne par le biais de fournisseurs de services financiers tels que le "*borderless account*" de Transferwise. Les entreprises et professionnels du RU éviteront ainsi d'être limités étroitement à leurs comptes bancaires dénommés en livres sterling du RU, et d'être tributaires des lubies des politiciens et bureaucrates tentant de négocier de nouveaux accords de libre-échange sur la liberté des mouvements de capitaux entre le RU et l'UE, et les autres états hors de l'UE.

Ainsi, forger des liens avec des fournisseurs de services bancaires, d'assurance et d'autres services financiers dans un des 27 états-membres restants de l'UE peut être vraiment utile aux industries créatives du RU, après le 30 mars 2019, parce que le RU ne pourra plus exécuter d'activités bancaires, d'assurance et d'autres services financiers par le biais du processus de passeport de l'UE. En effet, les services financiers sont un secteur très régulé, et le marché interne pour les services financiers de l'UE est hautement intégré, soutenu par des standards et règles communs, et une coopération de surveillance étendue entre les autorités de régulation à un niveau de l'UE, et d'un état-membre. Les établissements, infrastructures de marché financier, et fonds autorisés dans tout état-membre de l'UE peuvent exercer de nombreuses activités dans tout autre état-membre de l'UE, par le biais d'un processus connu comme le "*passeport*", directement grâce à leur autorisation de l'UE. Cela signifie que si ces entités sont autorisées dans un état-membre, elles peuvent fournir des services aux consommateurs dans tous les autres états-membres de l'UE, sans requérir d'autorisation ou de supervision de la part du régulateur local.

Le "*European Union (Withdrawal) Act 2018*" va transférer le droit de l'U, y

compris celui relatif aux services financiers, en des textes de loi du RU le 30 mars 2019. Il va en outre remettre au gouvernement de l'UE des pouvoirs pour amender le droit du RU, afin d'assurer qu'il y aura un cadre législatif et réglementaire sur les services financiers, en parfait état de marché, au 30 mars 2019.

Toutefois, le 30 mars 2019, la position des établissements de services financiers du RU, en relation avec l'UE, sera déterminée par toutes les règles de l'UE applicables, qui s'appliquent aux états hors de l'UE à ce moment là. Par conséquent, les établissements de services financiers, et les fonds, du RU vont perdre leurs droits de passeport dans l'UE: cela signifie que non seulement leurs consommateurs basés au RU ne seront plus à même d'utiliser les services de l'UE de ces établissements du RU qui utilisaient le passeport vers l'UE, mais aussi que leurs consommateurs de l'UE ne pourront plus utiliser les services du RU de ces établissements du RU.

Par exemple, le RU est un centre majeur pour la banque d'investissement en Europe, avec les banques d'investissement du RU qui fournissent des services d'investissement et de financement à travers leurs marchés de capitaux à leurs entreprises clientes à travers l'UE. A partir du 30 mars 2019, les clients de l'UE ne pourront plus utiliser les services des banques d'investissement basées au RU, et les banques d'investissement localisées au RU deviendront incapables d'exécuter les contrats transfrontaliers existants.

3. Ramifications juridiques du Brexit au RU

Le 30 mars 2019, le "*European Union (Withdrawal) Act 2018*" (l' "Acte") va entrer en vigueur, abrogeant le "*European Communities Act 1972*" (le "ECA") et conservant presque tout le droit du RU qui était dérivé de l'adhésion du RU à l'UE depuis le 1er janvier 1973. L'Acte va par conséquent continuer à appliquer la législation nationale dérivée de l'UE, qui est surtout de la législation déléguée entrée en vigueur par le biais de l'ECA, afin de transposer les directives, et de convertir toute autre législation directe de l'UE, c'est à dire les règlements et décisions de l'UE, en droit national du RU.

Par conséquent, le contenu du droit de l'UE, en son état au 30 mars 2019, va représenter une portion importante de l'histoire juridique relative au droit du RU, pour encore des décennies.

Certaines des pratiques juridiques qui vont être fortement impactées par la sortie du RU hors de l'UE, sont le droit de la propriété intellectuelle, le

contentieux, le droit bancaire et financier, le droit de la franchise, le droit du travail, le droit de la responsabilité des produits défectueux, ainsi que le droit fiscal.

En particulier, il n'y a aucune clarté de la part du gouvernement du RU, à ce stade, sur comment les marques de l'UE, enregistrées auprès de l'Office de la Propriété Intellectuelle de l'Union Européenne ("EUIPO"), vont s'appliquer au RU, ou pas, après le 30 mars 2019. La même chose vaut pour les Dessins et Modèles Enregistrés Communautaires ("RCD"), qui sont aussi émis par l'EUIPO.

Au moins, il existe une certaine clarté en relation avec les brevets européens: la sortie du RU de l'UE ne devrait pas affecter le système de brevets européens actuel, qui est gouverné par la Convention sur le Brevet Européen (qui n'est pas originaire de l'UE). Par conséquent, les entreprises du RU seront à même de déposer des demandes de dépôt de brevet auprès du Bureau des Brevets Européens ("EPO") pour la protection de brevet qui inclura le RU. Les brevets européens existants, couvrant le RU, seront eux-aussi non affectés. Les conseils en brevets européens basés au RU vont continuer à pouvoir représenter des requérants devant l'EPO.

De manière similaire, et puisque le RU est un membre d'un certain nombre de traités et conventions internationaux protégeant le droit d'auteur, la majorité des oeuvres protégées par le droit d'auteur du RU (telles que la musique, les films, les livres et les photographies) sont protégées à travers le monde. Cela continuera à être le cas, suite à la sortie du RU de l'UE. Toutefois, certains mécanismes de droit d'auteur transfrontaliers, en particulier ceux relatifs aux sociétés de collecte et de gestion des droits, et ceux relatifs au marché unique numérique de l'UE, vont cesser de s'appliquer au RU.

La protection des droits de PI, ainsi que des droits civils et commerciaux, va aussi être incertaine pendant un temps: le RU va cesser de faire partie de l'Observatoire de l'UE, et d'institutions telles qu'Europol, et des bases de données douanières de l'UE pour enregistrer les droits de propriété intellectuelle contre la contrefaçon, le 30 mars 2019.

Le règlement de l'UE n. 1215/2012 du 12 décembre 2012, sur la juridiction et la reconnaissance et l'exécution des jugements dans des affaires civiles et commerciales, va cesser de s'appliquer dans le RU une fois qu'il cesse d'être un état-membre de l'UE. Par conséquent, après le 30 mars 2019, il n'y aura pas de système d'exécution en place, pour faire exécuter un jugement anglais dans un état-membre de l'UE, et vice-versa. Les entreprises créatives vont

devoir s'appuyer sur les régimes nationaux de reconnaissance des jugements, au RU et dans chaque état-membre de l'UE, s'ils existent. Cela va certainement introduire des étapes procédurales supplémentaires avant qu'un jugement étranger soit reconnu, ce qui rendra les voies d'exécution plus chronophages et coûteuses.

Pour conclure, le gouvernement du RU semble à l'aise avec le fait que le chaos va arriver, à partir du 30 mars 2019, au RU, dans un très grand nombre de secteurs industriels, pratiques juridiques, et systèmes administratifs transfrontaliers tels que l'immigration et les douanes, pour l'unique raison qu'aucune planification négociée n'a été mise en place, à large échelle, par le RU et l'UE, à la sortie du RU de l'UE. Cette approche n'a absolument aucun sens, d'un point de vue économique, sociale et financier mais ceci est hors sujet. Pour l'instant, ce sur quoi les entreprises et professionnels créatifs doivent se focaliser est de préparer des plans de contingence, comme expliqué ci-dessus, et de continuer à suivre les nouveaux processus d'harmonisation qui vont évidemment se mettre en place, dans quelques années, entre le RU et ses partenaires commerciaux hors et dans l'UE, une fois qu'ils arrivent à trouver un terrain d'entente et à signer des accords bilatéraux organisant cette nouvelle ère commerciale pour le RU.

Crefovi met à jour régulièrement ses réseaux de médias sociaux, tels que LinkedIn, Twitter, Instagram, YouTube et Facebook. Vérifiez nos dernières nouvelles [ici](#)!

Votre nom (obligatoire)

Votre email (obligatoire)

Sujet

Votre message

Envoyer

T S A T

Comment mettre votre business créatif en conformité avec le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD)

Le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) arrive à grands pas: qu'est-ce que c'est? Comment est-ce qu'il va impacter vous-même et votre entreprise? Que devez-vous faire afin de vous mettre en conformité avec le RGPD? Il n'y a pas un moment à perdre, étant donné que les enjeux sont très élevés, et puisqu'être en conformité avec le RGPD va bien évidemment procurer des avantages

concurrentiels à votre business.



Le 27 avril 2016, après plus de 4 ans de discussions et négociations, le parlement et le conseil européens ont adopté le Règlement Général sur la Protection des Données (« RGPD »).

1. Pourquoi le RGPD?

Le RGPD abroge la Directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (la "Directive").

La Directive, qui est entrée en vigueur il y a plus de 20 ans, n'était plus propre à l'usage, étant donné que la quantité d'informations numériques que les entreprises créent, capturent et stockent, a beaucoup augmentée.

Les données – et plus il y en a, mieux c'est – sont là pour durer. Les données d'aujourd'hui lubrifient de plus en plus notre monde numérique. Le contrôle des données est, en fin de compte, constitutif de pouvoir, et la propriété des données a un effet très sérieux sur la concurrence dans tout marché existant. En collectant plus de données, une entreprise a plus de champ pour améliorer ses produits, ce qui attire plus d'utilisateurs, générant encore plus de données, et ainsi de suite. Les actifs constitués par les données (« data assets ») sont, aujourd'hui, au moins tout aussi importants que les autres actifs intangibles tels que les marques, le droit d'auteur, les brevets et dessins et modèles, pour les sociétés[1]. Les enjeux sont beaucoup plus élevés, aujourd'hui, en ce qui concerne la propriété, le contrôle et la gestion des données, et le RGPD est focalisé sur ce flot de données du 21ème siècle, alors que nous nous impliquons de plus en plus avec la technologie.

De plus, de nombreux cas judiciaires, lancés dans plusieurs états-membres de l'Union Européenne ("UE"), ont mis le doigt sur les sévères faiblesses et

lacunes existantes, en terme de fourniture d'une protection des données personnelles – relatives aux citoyens de l'UE – satisfaisante, forte et homogène, et contrôlées par des sociétés et businesses opérant dans l'UE. Par exemple, le jugement *Costeja v Google*, rendu par la Cour de justice de l'Union Européenne (« CJUE »), auquel il est souvent fait référence sous l'appellation « jugement sur le droit à l'oubli », a été rendu le 26 novembre 2014. Ce jugement novateur a reconnu que les opérateurs de moteurs de recherche, tels que Google, gèrent des données personnelles et appartiennent à la catégorie de responsables de traitement (« data controllers ») au sens de l'Article 2 de la Directive. De ce fait, la décision de la CJUE reconnaît qu'une personne physique puisse *“requérir (auprès d'un moteur de recherches) que les informations (relatives à lui ou elle, personnellement) ne soient plus mises à la disposition du public du fait de son inclusion dans (...) une liste de résultats”*. Par le biais de cette décision, la CJUE a forcé les moteurs de recherche tels que Google à retirer, quand demandé, les liens URL qui sont *“inadéquats, hors de propos ou ne sont plus pertinents, ou excessifs en relation avec le but pour lequel ils ont été traités et au vue du temps qui s'est écoulé”*. Cet arrêt a marqué un grand pas en avant pour la protection des données personnelles dans l'UE.

En outre, les piratages informatiques dans, et les cyber-attacks de, milliers d'entreprises multinationales (Sony Pictures, Yahoo, LinkedIn, Equifax, etc.) ainsi que de sociétés nationales de l'UE (Talktalk, etc.) font la une, constamment et de manière très régulière, affectant de manière dramatique le bien-être financier et moral de millions de consommateurs dont les données personnelles ont été volées à cause de ces piratages informatiques. Ces attaques et piratages soulèvent de très graves inquiétudes en ce qui concerne l'aptitude des businesses gérant les données personnelles des consommateurs de l'UE à être à la hauteur, en termes de lutter de manière proactive contre la cybercriminalité et de protéger les données personnelles.

Enfin, le RGPD, qui sera immédiatement applicable dans les 28 états-membres de l'UE sans aucune transposition à partir du 25 mai 2018 (à la différence de la Directive qui avait dû être transposée dans chaque état-membre de l'UE par des réglementations nationales), standardise toutes les lois nationales applicables dans ses états-membres et par conséquent apporte une uniformité parfaite entre elles. Le RGPD met tous les états-membres sur un pied d'égalité.

2. Quand le RGPD entrera-t-il en vigueur?

Le RGPD, adopté en avril 2016, entre en vigueur le 25 mai 2018, fournissant idéalement une période de préparation de 2 ans aux businesses et entités du secteur public pour qu'ils s'adaptent aux changements.

Alors que de nombreux gérants d'entreprises de l'UE adoptent le point de vue que les changements apportés par le RGPD à leurs businesses, seront d'importance soit mineure soit nulle, ou seront du même ordre d'importance que d'autres problématiques de compliance, il n'y a pas une minute à perdre pour se préparer à la mise en conformité avec le nouveau jeu de règles longues et complexes énoncées dans le RGPD.

3. Quels sont les enjeux? Quelles organisations sont impactées par le RGPD?

Les enjeux sont très importants. toutes les sociétés, organisations ou entités qui opèrent dans l'UE ou qui ont leurs sièges hors de l'UE mais qui collectent, détiennent ou traitent des données personnelles de citoyens de l'UE doivent se mettre en conformité avec le RGPD avant le 25 mai 2018. Potentiellement, le RGPD pourrait s'appliquer à tout site internet et à toute application sur une base globale.

Comme la plupart, si ce n'est toutes, les multinationales ont des clients, employés et/ou partenaires commerciaux dans l'UE, elles doivent se mettre en conformité avec le RGPD. Même les start-ups et PME doivent se mettre en conformité avec le RGPD, si leur business model implique qu'elles vont collecter, détenir ou traiter des données personnelles de personnes physiques de l'UE (c'est à dire les consommateurs, prospects, salariés, contractants et contractuels, fournisseurs, etc).

Les enjeux sont très élevés pour la plupart des businesses et, pour de nombreuses sociétés, cela devient une problématique et une conversation qui se déroule au niveau du top management et du conseil d'administration.

Pour assurer la mise en conformité avec le nouveau système juridique sur la protection des données, et le respect des nouvelles dispositions, le RGPD a introduit un système de poursuites avec des sanctions financières très lourdes qui seront imposées aux businesses qui ne sont pas en conformité. Si une organisation ne traite pas les données personnelles des personnes physiques de l'UE de manière appropriée, elle peut être sanctionnée à payer

une amende pouvant aller à, soit 4 pour cent de son chiffre d'affaires annuel global, soit 20 millions d'Euros – quel que soit le montant le plus élevé[2].

Ces amendes futures sont bien plus élevées que la somme de 500.000 GBP d'amende plafonnée que l'Autorité de Protection des Données Personnelles ("APDP") du Royaume Uni, l'Information Commissioner Office ("ICO"), ou la somme de 300.000 Euros d'amende plafonnée que l'APDP française, la Commission Nationale Informatique et Libertés ("CNIL"), peuvent infliger à des personnes morales actuellement.

4. Que couvrent les dispositions du RGPD?

Le RGPD est constitué de 99 articles énonçant les droits des personnes physiques, et les obligations placées sur les organisations et personnes morales, dans le champ du RGPD.

Comparé à la Directive, voici les concepts clé nouveaux apportés par le RGPD.

4.1. Privacy by design

Le principe de « privacy by design » signifie que les businesses doivent prendre une approche proactive et préventive en relation avec la protection de la vie privée et des données personnelles. Par exemple, un business qui limite la quantité de données personnelles collectées, ou qui anonymise ces données, est conforme au principe de "privacy by design".

Cette obligation de "privacy by design" implique que les businesses doivent intégrer – par tous moyens techniques appropriés – la sécurité des données personnelles dès le lancement de leurs applications ou procédures commerciales.

4.2. Responsabilité (« Accountability »)

La responsabilité (« accountability ») signifie que le responsable du traitement (« data controller »), ainsi que le sous-traitant (« data processor »), doit prendre des mesures juridiques, organisationnelles et techniques appropriées leur permettant de se mettre en conformité avec le RGPD. En outre, les responsables de traitement et les sous-traitants doivent pouvoir démontrer l'exécution de ces mesures, en toute transparence et à tout moment dans le temps, tant auprès de leurs APDP respectifs, qu'auprès des personnes physiques dont les données personnelles ont été traitées par eux.

Ces mesures doivent être proportionnées au risque, c'est à dire au préjudice

qui serait causé aux personnes physiques de l'UE, en cas d'utilisation inappropriée de leurs données personnelles.

Afin de savoir si un business est en conformité, il est par conséquent nécessaire d'exécuter un audit des processus relatifs aux données personnelles d'une telle société. Notre cabinet d'avocats Crefovi exécute souvent des audits certifiés par la CNIL ou le ICO.

4.3. Etude d'impact (« Privacy impact Assessment »)

La société en charge de traiter et gérer les données personnelles, ainsi que ses sous-traitants, doit faire une analyse, une étude d'impact aussi appelée « Privacy Impact Assessment » ("PIA") relative à la protection des données personnelles.

Les businesses doivent exécuter un PIA, une étude d'impact, sur leurs actifs constitués par des données personnelles (« data assets »), afin de suivre et de cartographier les risques inhérents à chaque processus et traitement de données mis en place, en fonction de leur plausibilité et de leur sérieux. A côté de ces risques, le PIA énonce la liste des mesures organisationnelles, technologiques, physiques et juridiques mises en oeuvre pour adresser et minimiser ces risques. Le PIA a pour but de vérifier l'adéquation de ces mesures et, si ces mesures échouent ce test, à déterminer des mesures proportionnées pour adresser ces risques découverts et pour s'assurer que le business devienne conforme au RGPD.

Crefovi accompagne les sociétés dans l'exécution de PIAs et en vérifiant l'efficacité des mesures de protection et de sécurité, grâce à l'exécution de tests d'intrusion.

4.4. Correspondant informatique et liberté (« Data Protection Officer »)

Le RGPD requiert qu'un officier de la protection des données (« Data Protection Officer », "DPO") soit nommé, afin d'assurer la conformité du traitement des données personnelles par les administrations publiques et les entreprises dont les traitements de données personnelles présentent un fort risque de violation de la protection de la vie privée. Le DPO est le porte-parole de l'organisation en relation avec les données personnelles: il ou elle est le point de contact à qui s'adresser, pour le APDP, en relation avec la mise en conformité du traitement des données personnelles, mais aussi pour les personnes physiques dont les données ont été collectées, afin qu'elles

puissent exercer leurs droits.

En plus d'avoir les prérogatives de correspondant informatique et liberté ("CIL") en France, ou « chief privacy officer » au Royaume Uni, le DPO doit informer ses interlocuteurs de tout piratage informatique qui pourrait intervenir dans l'organisation, et analyser leur impact.

4.5. Profiling

Profiling est un processus automatisé des données personnelles permettant la construction d'informations complexes concernant une personne particulière, telles que ses préférences, sa productivité au travail ou ses allées et venues.

Ce type de traitement des données personnelles peut générer une prise de décision automatisée, qui peut avoir des conséquences juridiques, sans aucune intervention humaine. De ce fait, profiling constitue un risque aux libertés individuelles. C'est pour cela que les entreprises faisant du profiling doivent limiter ses risques et garantir les droits des personnes physiques qui font l'objet de ce profiling, en particulier en leur permettant de requérir une intervention humaine et/ou de contester la décision automatisée.

4.6. Droit à l'oubli

Comme expliqué ci-dessus, le droit à l'oubli permet à une personne physique d'éviter que des informations concernant son passé interfèrent avec sa vie actuelle. Dans le monde numérique, ce droit comprend le droit à l'effacement ainsi que le droit au déréférencement. D'un côté, la personne peut avoir du contenu potentiellement nocif effacé du réseau numérique, et, de l'autre côté, la personne peut dissocier un mot clé (tel que son prénom et son nom de famille) de certaines pages web sur un moteur de recherche.

Crefovi peut conseiller un business faisant face à une demande d'exécution du droit à l'oubli.

4.7. Autres droits des personnes physiques

Le RGPD complète le droit à l'oubli en remettant les personnes physiques de l'UE fermement en contrôle de leurs données personnelles, renforçant de manière notoire l'obligation de consentement au traitement des données personnelles, ainsi que les droits des citoyens (droit à l'accès des données, droit de rectifier les données, droit de limiter le traitement des données,

droit à la portabilité des données et droit de s'opposer au traitement des données personnelles), et les obligations d'information par les businesses à propos des droits des citoyens.

5. Quel est le bon côté du RGPD?

5.1. Une opportunité de gérer ces données personnelles constituant des actifs précieux

La mise en conformité avec le RGPD devrait être vu par les businesses comme une opportunité, autant qu'une obligation: alors que les données personnelles sont de plus en plus importantes dans une organisation aujourd'hui, ceci est une excellente opportunité d'évaluer quelles données personnelles votre société détient, et comme vous pouvez en tirer le plus gros avantage.

Le principe clé du RGPD est qu'il vous donnera la capacité de trouver les données personnelles dans votre organisation qui sont très sensibles et à haute valeur, et de vous assurer que ces données personnelles sont protégées de manière adéquate des risques et des piratages informatiques.

5.2. Moins de formalités et une APDP à guichet unique

En outre, le RGPD retire l'obligation de déclaration préalable auprès du APDP compétent, avant tout traitement de données personnelles, et remplace ces formalités avec la création obligatoire et la gestion d'un registre de traitement des données personnelles.

De plus, le RGPD instaure une APDP à guichet unique: en cas d'absence d'une législation nationale spécifique, une APDP localisée dans un état-membre de l'UE dans lequel l'organisation a son principal ou unique établissement sera en charge de contrôler la conformité avec le RGPD.

Les businesses détermineront leur APDP respective en se basant sur le lieu d'établissement de leurs fonctions de management, concernant la supervision du traitement des données personnelles, ce qui permettra d'identifier l'établissement principal, y compris quand une société unique gère les opérations d'un groupe entier.

Cette APDP à guichet unique permettra aux sociétés de gagner du temps et de l'argent de manière substantielle, en simplifiant leurs processus.

5.3. Règlement unifié, transferts de données facilités

Afin de favoriser le marché européen des données personnelles et l'économie numérique, et ainsi de créer un environnement économique favorable, le RGPD renforce la protection des données personnelles et des libertés fondamentales.

Cette réglementation unifiée permettra aux businesses de réduire de manière substantielle les coûts du traitement des données personnelles qui sont à ce jour engagés dans les 28 états-membres de l'UE: les organisations n'auront plus à se mettre en conformité avec des réglementations nationales multiples pour la collecte, la récolte, le transfert et le stockage des données personnelles qu'elles utilisent.

En outre, étant donné que les données personnelles seront conformes avec la législation applicable dans tous les états de l'UE, il deviendra possible d'échanger les données et elles auront la même valeur dans différents pays, alors que pour l'instant les données personnelles ont différents prix en fonction de la législation avec laquelle elles sont en conformité, ainsi que des coûts différents pour les sociétés qui les collectent.

5.4. Un champ géographique étendu par la concurrence loyale

Le champ du RGPD s'étend à des sociétés qui ont leurs sièges sociaux hors de l'UE, mais qui ont l'intention de marketer des produits et services dans le marché de l'UE, tant qu'elles ont en place des processus et traitements des données personnelles relatives à des personnes physiques de l'UE. Suivre ces résidents sur internet, afin de créer des profils, est aussi couvert par le champ du RGPD.

Par conséquent, les sociétés européennes, assujetties à des règles plus strictes, et potentiellement plus chères, ne seront pas pénalisées par la concurrence internationale sur le marché unique de l'UE. En outre, elles peuvent acheter aux entreprises non-UE certaines données personnelles qui sont conformes aux dispositions du RGPD, créant ainsi un marché des données plus large.

5.5. Ouvrir les services numériques à la concurrence

Le droit à la portabilité des données personnelles permettra aux personnes physiques de l'UE, qui font l'objet de traitement et gestion de leurs données

personnelles, d'obtenir ces données personnelles sur un format exploitable ou de transférer ces données personnelles à un autre responsable de traitement (« data controller ») si cela est techniquement possible.

De cette façon, le client pourra changer de fournisseur de services numériques (email, photographies, etc.) sans avoir à manuellement récupérer toutes les données, durant un processus tant fastidieux que chronophage. En enlevant de telles barrières techniques, le RGPD rend le marché plus fluide, et offre aux utilisateurs une mobilité numérique supérieure. Les fournisseurs de services numériques vont par conséquent évoluer dans un marché plus concurrentiel, les incitant à fournir des services à meilleur marché et de plus haute qualité, étant donné que leurs clients ne seront plus les otages de leurs fournisseur initial.

5.6. Labels et certifications

Le comité européen sur la protection des données personnelles, ainsi que les institutions de l'UE, proposeront certaines certifications et labels afin de certifier la conformité avec le RGPD des traitements de données effectués par les entreprises.

Des reconnaissances monétaires et de vrais actifs pour l'image de marque d'une entreprise, les labels et certifications deviendront aussi un outil commercial important afin de gagner la confiance des prospects et pour obtenir leur loyauté.

6. Quelles sont les étapes concrètes à suivre, aujourd'hui, pour être en conformité avec le RGPD?

Il n'y a pas un moment à perdre pour mettre en oeuvre les étapes suivantes, ci-dessous:

- décider qui à la responsabilité de mettre en oeuvre les dispositions du RGPD dans votre organisation; assigner cette responsabilité au département ou à l'équipe le plus ou la plus approprié(e) (Service juridique? Compliance? Technologie IT?);
- correspondre avec l'APDP à guichet unique, puisque plusieurs d'entre elles ont préparé des informations explicatives et des guides sur la mise en conformité avec le RGPD, telles que le ICO au Royaume Uni,

la CNIL en France et le Data Protection Commissioner en Irlande (ce dernier étant l'APDP de nombreux géants numériques, tels que Google, Facebook et Twitter);

- préparer une cartographie des traitements de données dans votre organisation, et identifier les lacunes dans la conformité avec le RGPD en relation avec ces différents processus – nous, avocats du cabinet d'avocats Crefovi, avons rédigé des documents détaillés sur comment faire cette cartographie des traitements et du processing de données et pour vous épauler pour identifier les lacunes dans la conformité avec le RGPD;
- valoriser les différents processus et traitements de données personnelles et évaluer lesquels sont à haut risque et faire une liste de vos données personnelles constituant des actifs (« data assets ») à haut risque;
- exécuter un étude d'impact ou PIA sur ces data assets à haut risque (telles que les données des ressources humaines, les données personnelles des clients) – Crefovi épaulent les sociétés dans la mise en place des PIAs et pour vérifier l'efficacité des mesures de sécurité et de protection, grâce à l'exécution de tests d'intrusion;
- mise en oeuvre de mesures juridiques, techniques, organisationnelles et physiques pour réduire les risques sur ses data assets se mettre en conformité avec le RGPD;
- s'assurer que vos contractants et sous-contractants ont mis en place des mesures de sécurité conformes, en leur envoyant une liste des points à vérifier;
- faire des formations de connaissance de la protection de la vie privée pour vos salariés étant donné qu'ils doivent comprendre que les données personnelles sont constituées par n'importe quoi qui peut être directement lié à une personne physique et qu'il y aura des conséquences s'ils violent les dispositions du RGPD et volent des données personnelles;
- développer une politique « Apporter Son Propre Appareil » (“ASPA”) et la mettre en oeuvre dans votre organisation et parmi vos salariés, étant

donné que vous êtes responsable pour toutes les informations d'utilisation des données personnelles qui sont stockées dans le cloud et accessibles depuis tant des appareils d'entreprise (tablettes, smartphones, ordinateurs portables) que des appareils personnels. Aussi, quand les salariés partent ou sont licenciés, assurez-vous que vous avez inclus ASPA dans votre processus de fin de contrat de travail, afin que le personnel partant perde accès aux données personnelles de la société immédiatement sur leurs appareils;

- vérifier et/ou amender les notifications d'information ou les politiques de confidentialité afin qu'elles tiennent en compte les nouvelles informations requises par le RGPD;
- mettre en place des mécanismes automatisés afin d'obtenir le consentement explicite des personnes physiques résidentes dans l'UE, particulièrement si votre business est impliqué dans la collection de données comportementales, la publicité comportementale ou tout autre forme de profiling, et
- mettre en place un plan de management solide au cas où des piratages informatiques de données personnelles ont lieu, ce qui vous permettra d'être en conformité avec les conditions obligatoires de notification de votre APDP en 72 heures – notre expérience approfondie de plans d'alerte, de plans de risk management, de plans analytiques et de plans de notification, en France et au Royaume Uni, nous place, chez Crefovi, dans une position adéquate pour épauler nos clients dans leur mise en conformité avec les exigences contraignantes énoncées dans le RGPD.

[1] *"The world's most valuable resource is no longer oil, but data"*, The economist, 6 Mai 2017.

[2] *"Preparing for the general data protection regulation: a roadmap to the key changes introduced by the new European data protection regime"*, Alexandra Varla, 2017.

Votre nom (obligatoire)

Votre email (obligatoire)

Sujet

Votre message

Envoyer

UPYS

Financement de films: comment financer la production de votre film?

Lorsque nous étions au Festival de Cannes en mai 2016, nous n'avons pas pu nous empêcher de remarquer que l'un des sujets les plus abordés par tous les professionnels présents était le financement de films, ou l'absence de tels financements. De plus, les clients de l'industrie du cinéma de Crefovi nous sollicitent souvent sur ce sujet délicat. Comment finance-t-on les productions cinématographiques de

nos jours ? Quelles sont les meilleures stratégies pour faire financer et produire son film au jour d'aujourd'hui?



Aux dernières nouvelles, le financement de films n'est pas facile. Il vous faudra travailler dur, et de façon efficace et professionnelle pour gagner la confiance et l'appui financier des parties prenantes qui ont le pouvoir de financer votre projet de film, ou, tout au moins, de permettre d'économiser de l'argent en le produisant.

1. Pourquoi a-t-on besoin de financement pour un film exactement?

Les postes de dépenses pour un film sont vastes, tant en nombre qu'en taille, et peuvent être divisés selon les diverses étapes de création cinématographique, comme suit.

1.1. L'idée

Tous les films débutent avec un moment d'inspiration. De bonnes idées et concepts de trames sont la base d'un projet de film solide. Les scénaristes ont en général l'idée ou l'histoire initiale mais les producteurs, qui sont chargés de lever les fonds pour les projets de films, contribuent aussi souvent des idées.

Les idées de films peuvent être originales, ou adaptées de pièces de théâtre, de romans ou de faits réels, ce qui constitue à peu près la moitié de tous les films produits à Hollywood.

Les idées ne peuvent pas être protégées par le droit d'auteur – ou par tout autre droit de propriété intellectuelle – puisque le droit d'auteur subsiste uniquement dans l'expression tangible d'idées. Cela s'appelle la dichotomie idée/expression.

Ainsi, les cinéastes doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger leurs idées et histoires, en ne les divulguant qu'après avoir pris des mesures protectrices préalables (par exemple en demandant aux personnes réceptrices de l'information de signer un accord de confidentialité) et/ou en prenant une assurance erreurs et omissions de production et une assurance risques multimédias qui couvre la responsabilité juridique et la défense de la société productrice de films contre les actions en justice alléguant l'utilisation non-autorisée, le plagiat ou la copie de titres, formats, idées, personnages, intrigues, ainsi que la concurrence déloyale ou la violation de vie privée ou de contrat.

1.2. Financement du développement

L'étape suivante dans le développement d'un projet de film est de transformer une idée ou histoire ébauchée en un scénario finalisé et prêt à la production.

L'argent pour le financement du développement (« development money ») est la somme monétaire nécessaire pour investir dans votre idée, jusqu'à ce qu'elle soit dans une forme qui soit présentable aux investisseurs et en mesure d'attirer le financement pour la production (« production financing »). Les fonds de financement du développement sont utilisés, par exemple, pour payer le scénariste lors de la rédaction ou réécriture du scénario, ainsi que les frais de déplacement du producteur lorsqu'il se rend à des marchés du film afin d'organiser le financement prévente de la part d'investisseurs, ainsi que le repérage et les tests caméra. Cela couvre aussi les coûts administratifs et des frais généraux jusqu'à ce que le film soit officiellement en pré-production.

Les producteurs œuvrent typiquement pour obtenir des fonds pour le développement du scénario, ou, s'ils peuvent se le permettre, investissent ces fonds de développement eux-mêmes.

En effet, le financement du développement est le plus onéreux et les financeurs qui investissent des fonds pour le développement s'attendent à un bonus de 50 pour cent plus 5 pour cent sur les honoraires du producteur. Le paiement du bonus se fait en général le premier jour du tournage principal (c'est à dire, la prise de vue ou production), avec les 5 pour cent dus sur les bénéfices du producteur versés lorsque le film commence à recouvrer les coûts.

1.3. Développement du scénario

Une fois que les fonds de financement du développement sont obtenus, et une fois que l'idée de la trame est en place, un processus de négociations entre le scénariste et le producteur (ou la société de production ou le studio de cinéma) débute.

Le scénariste prend un agent pour le représenter. Celui-ci joue un rôle critique en s'assurant que les intérêts du scénariste sont protégés durant le processus de négociation. Cet agent s'assure aussi que le scénariste est convenablement payé, selon ce que ses droits de propriété intellectuelle pourraient représenter à l'avenir.

Le producteur a un choix, pour faire avancer le projet de film en ce qui concerne le développement de son scénario: il peut soit simplement acheter les droits sur l'idée de trame ou sur le matériel à partir duquel le scénario a été directement adapté (un roman ou une pièce), soit acheter une option sur les droits du film. La première transaction est une cession de droits d'auteur. Acheter une option sur les droits du film veut dire que le producteur a le droit de développer le film, mais seulement pendant une période de temps donnée, c'est ainsi une licence de droit d'auteur exclusive.

Dans les deux cas, le producteur est la seule personne autorisée à développer l'idée de film en un scénario. Il paie le scénariste en versements prédéterminés, moins importants, pendant cette période, et peut décider de payer ce scénariste un montant bien plus élevé pour tous les droits sur le film une fois que le tournage commence. Une fois que les termes du contrat ont été négociés, le scénariste peut enfin commencer à travailler sur le scénario.

Le scénariste entre alors en action et, si c'est nécessaire, écrira tout d'abord un synopsis de scénario, aussi appelé « concept ». Contrairement à un « traitement », qui consiste en une narration de tout ce qui se passe dans le scénario, le synopsis ne contient que les éléments les plus importants ou intéressants de l'histoire. Un synopsis est un court résumé des éléments basiques de votre histoire. Il décrit la trame dramatique de l'histoire en quelques phrases.

Si le producteur aime le synopsis, le scénariste procédera alors à la rédaction du traitement, qui, comme décrit ci-dessus, est une description en prose de l'histoire, écrite au présent, relatant le déroulement du film, scène par scène. Le traitement est une ébauche de l'histoire où le scénariste

peut décrire les fondements du film et la structure de l'histoire, avant d'entrer dans les complexités de réaliser des scènes entièrement détaillées, avec des dialogues, actions précises et descriptions de décors. Le traitement est l'équivalent d'un croquis de peintre, qui peut être travaillé et retravaillé avant de réaliser la toile finale. Il est bien plus simple de couper, faire des ajouts et réorganiser des scènes sous cette forme que dans un scénario entièrement détaillé.

Le projet du scénariste (« author's draft ») est la première version complète de la narration rédigée dans le format typique d'un scénario. L'accent du projet du scénariste est mis sur la trame, le développement des caractères, le conflit, les actions, les décors et les dialogues. Le projet du scénariste est l'objet de nombreuses révisions et réécritures avant de devenir un scénario finalisé, qui est la dernière version du projet du scénariste avant d'en arriver au scénario de tournage. Le but du projet du scénariste est de rester simplifié, flexible et « lisible ». Ainsi, les informations techniques (comme les angles détaillés des caméras, les indications de jeu, le positionnement ou les descriptions de décor détaillées) sont limitées au strict minimum. Il est important de ne pas tenter de diriger l'ensemble du film, scène par scène, dans le projet du scénariste. Les visualisations et interprétations détaillées du scénario ont lieu plus tard, pendant les étapes de pré-production et de production.

Une fois que vous avez complété vos réécritures et êtes arrivé au scénario final, vous serez prêt à mettre ce scénario en production, en le transformant en un scénario de tournage. Le scénario de tournage est la version du scénario que l'on met en production, c'est à dire le scénario à partir duquel l'équipe créative (directeur de la photographie, chef décorateur, etc.) travaillera et à partir duquel le film sera tourné. Toutes les scènes sont numérotées afin de faciliter la découpe du scénario et organiser la production du film. Cette version comprend également des informations techniques spécifiques sur la visualisation du film, telles que les angles de caméras, la taille des prises, les mouvements de la caméra, etc.

1.4. Packaging

Une fois le scénario terminé, le producteur l'envoie à des réalisateurs de film pour évaluer leur intérêt et dénicher le réalisateur approprié pour le projet de film.

Le réalisateur et le producteur décident ensuite comment ils veulent tourner le film et qui ils vont embaucher pour les soutenir dans l'exécution de ce

projet.

Une façon habituelle de rendre le projet de film plus commercial est d'attacher des stars très connues au scénario.

Afin de faire du film une réelle proposition commerciale, le producteur doit savoir combien le film coûtera exactement pour être réalisé.

Les investisseurs potentiels voudront savoir comment le producteur planifie de lever l'argent et comment il envisage de les rembourser.

Les agents et agences sont les forces vives de l'industrie cinématographique. Ils structurent les accords, détiennent les clés de chaque porte et souvent portent ou brisent les projets. Pour un producteur de films, le fait d'avoir des relations solides dans ce milieu des agents est tout aussi important que d'avoir une bonne histoire sur laquelle fonder son projet.

Le packaging d'agence réfère au fait qu'une agence assistera dans un/tous les services suivants: le packaging talent, le financement, les ventes et la représentation internationale. Gardez en tête que les agences gagnent leurs revenus en percevant une commission de 10 à 15 pour cent sur les honoraires de leurs clients (qui comprennent outre les talents, les scénaristes, producteurs, réalisateurs, etc.). Ainsi le fait qu'une agence package tout un projet, au lieu de n'avoir qu'un des membres de son portefeuille-clients impliqué, permettra de faire un grand pas en avant.

Le principe sous-jacent à retenir est le fait que les agents voient chaque opportunité comme une transaction commerciale: quel que soit le projet, la décision est toujours fondée sur des considérations financières. Ainsi, trouver l'agence appropriée (les plus grosses agences ne sont pas forcément les meilleures pour les projets plus petits) et encourager les agents en leur offrant pleines capacités de packaging, rendra les meilleurs résultats financièrement et stratégiquement.

1.5. Financement

Faire des films est une entreprise onéreuse, et le producteur doit obtenir assez de fonds pour faire le film aux standards les plus élevés possibles.

Pour obtenir les investissements nécessaires pour produire le film, le producteur doit voyager vers, et rencontrer, des investisseurs potentiels et pitcher son projet avec succès.

L'avocat du producteur va ensuite rédiger les contrats pour conclure les accords financiers entre producteur et investisseurs ou financeurs. En effet, il existe des départements de banques qui se spécialisent dans le financement de films et qui proposent des prêts de production cinématographique.

Le producteur peut également faire des bénéfices à partir des préventes, en vendant les droits sur le film avant qu'il ne soit tourné. Par exemple, pendant le Festival et le Marché du film de Cannes 2016, le studio de télévision et de films STX a tiré le gros lot en investissant environ 50 millions USD pour les droits internationaux sur le prochain projet de Martin Scorsese, « The Irishman ».

1.6. Pré-production

Une fois le financement en place, la société de production embauche le cast et l'équipe de tournage, et la préparation détaillée du tournage commence.

Il existe une distinction entre le personnel above-the-line (tel que le réalisateur, scénariste et producteurs) qui ont été impliqués dans le projet de film dès la phase de développement, et l'équipe technique below-the-line, qui n'est impliquée qu'au stade de la production.

Il importe de noter qu'en France, la plupart des réalisateurs de films ne font pas que réaliser, mais aussi produisent, co-produisent et écrivent presque toujours les scénarios de leurs films. Ainsi, leur revenu est constitué d'un salaire, comme réalisateur-technicien, à quoi s'ajoute une garantie minimum en tant que réalisateur, et une autre garantie minimum comme scénariste du film, avec ou sans scénaristes additionnels.

Tous les chefs de départements sont embauchés, tels que le responsable des sites de tournage, le directeur de la photographie, le directeur de casting, le superviseur du scénario, l'éclairagiste, le preneur de son, le chef décorateur, le directeur artistique, le décorateur de plateau, le coordinateur de construction, le coordinateur de cascades, le superviseur de post-production, le monteur, le producteur des effets spéciaux, le concepteur sonore. Le scénario de tournage est envoyé à tous ces chefs de départements lorsque la pré-production commence.

Le directeur de casting, le réalisateur et producteur commencent à identifier et faire le casting des acteurs.

Les storyboards sont créés, à partir du scénario final. Ils sont utilisés comme plans pour le film, avec chaque prise planifiée à l'avance par le

réalisateur et le directeur de la photographie. Ils ont une séquence d'illustrations graphiques des prises qui visualisent une production vidéo. La plupart des films à budgets élevés ont un story-board très détaillé. Ces story-boards peuvent également vraiment faciliter le processus de post-production, lorsqu'il est temps de monter le film.

Le chef décorateur planifie chaque aspect visuel du film et embauche des personnes pour dessiner et construire chaque partie.

Tous les autres chefs de département passent par ce processus de planification et d'embauche, pour leurs départements respectifs.

Les scènes à effets spéciaux sont planifiées avec encore plus de détails que les scènes normales et peuvent parfois prendre des mois à dessiner et construire.

1.7. Le tournage ou production

Les cinéastes et producteurs doivent faire preuve de prudence dans leur approche pour donner le feu vert au projet de film et avancer vers la production, en requérant un consentement unanime de tous les producteurs, agents commerciaux et conseil d'administration des directeurs de la société immatriculée spécialement pour le film, avant de commencer.

Le tournage commence et les fonds sont libérés, ce qui est une étape fondamentale dans la réalisation du film.

Une production cinématographique importante peut impliquer des centaines de personnes, et c'est une lutte constante que de faire respecter le calendrier de tournage et le budget. Les productions cinématographiques sont dirigées avec stricte précision. Les calendriers de tournage sont typiquement de 9 à 30 jours, et l'on passe en général entre 12 et 14 heures sur le plateau de tournage, de l'aube au coucher de soleil. Si la production prend du retard, les financeurs et assureurs peuvent intervenir.

Un scénario de 90 pages produit sur un calendrier de tournage de 24 jours permet au réalisateur de prendre le temps approprié sur le tournage, tout en gardant les coûts totaux au minimum – en filmant en moyenne moins de 4 pages par jour.

Le département des caméras est chargé d'obtenir toutes les séquences dont le réalisateur et le monteur ont besoin pour raconter l'intrigue.

Une fois que l'éclairage et le son sont mis en place, que le maquillage et le coiffage ont été vérifiés, le tournage peut commencer.

Chaque effet spécial est construit avec attention et doit être filmé en faisant en sorte qu'il y ait le moins de risques de blessure possible pour les acteurs et l'équipe de tournage.

La production est un processus intense et stressant, surtout pour les producteurs et le réalisateur du film.

1.8. Post-production

La post-production commence en général pendant le tournage, dès que les premiers « rush » – séquences brutes – et le son sont disponibles. Quand les séquences traitées arrivent, le monteur les transforme en scènes et les assemble ensemble, pour en faire une séquence narrative pour le film.

Le monteur lit le scénario et les story-boards, regarde les rushes, et à partir de ces informations, coupe le film en fonction de ce qu'il estime être préférable pour rendre l'histoire meilleure.

Il y a deux façons d'effectuer la post-production :

- La façon à l'ancienne, c'est-à-dire avec du film celluloïd. On tourne et monte ou colle le film sur un matériel de montage. Peu de cinéastes montent leurs films de cette façon aujourd'hui.
- La nouvelle façon est de manière numérique. On digitalise tous les rushes (s'ils ont été tournés sur du film, il faut les téléciner ou les scanner vers un format numérique).

Le calendrier typique pour monter un film est de 8 à 10 semaines. Pendant ce temps, le monteur crée plusieurs projets pour le film. Le premier est appelé le « premier montage » (« *rough cut* ») et le dernier la « copie d'étalonnage » (« *answer print* »).

Il y a deux conclusions pour un montage, la première lorsque l'on est satisfait des images visuelles (verrouillage image ou « *locking picture* » en anglais) et le second lorsque l'on est satisfait du son (verrouillage son ou « *sound lock* » en anglais).

Une fois que l'image est « verrouillée », le département son travaille sur la synchronisation de la piste audio, en créant et éditant chaque son.

Des effets numériques sont ajoutés par des professionnels des effets spéciaux et les titres et le générique sont ajoutés.

L'étape finale du montage de l'image est l'étalonnage des couleurs et l'établissement de l'esthétique finale du film.

Pendant cette phase de post-production, il est aussi habituel de préparer :

- un package cinéma numérique: un disque dur qui contient la copie finale de votre film encodée pour qu'elle puisse être passée en salles de cinéma;
- un scénario des dialogues, pour que des territoires étrangers puissent doubler ou sous-titrer le film. Ce scénario contient le « time code » précis pour chaque morceau de dialogue de façon à ce que le sous-titreur ou doubleur sache exactement où placer son dialogue;
- une image de campagne (avec le titre et les crédits), qui est la première chose qu'un distributeur potentiel ou programmeur de festival verra de votre film. Cette image devra lui permettre de savoir exactement en quoi consiste le film, et
- une bande-annonce de 90 à 120 secondes qui traduit le caractère et l'atmosphère de votre film, sachant que les décisions de programmation et de distribution seront souvent fondées sur la solidité de la bande-annonce.

1.9. Ventes

Pendant que le film est encore en post-production, le producteur essaiera de le vendre aux distributeurs (s'il n'a pas déjà vendu les droits à l'étape de financement).

Le réalisateur et les producteurs doivent avoir une stratégie de préventes, de distribution et de marketing qui optimise la rentabilité finale du film. La clé d'une stratégie marketing B-to-B gagnante est de viser les marchés du film principaux – Cannes, Berlin, Toronto, Sundance, Tribeca, Venise et l'émergent South by South West -, tandis que le même agent commercial qui a packagé le film supervise la vente finale.

Le monde de la vente de films est divisé entre le marché domestique et le marché international, et il y a des sociétés de vente pour ces deux marchés spécifiques.

Les producteurs ont tendance à travailler sans assistance commerciale pour les transactions domestiques, étant donné qu'il est dans leur intérêt de développer ces relations et de conclure les contrats en personne, pour avoir une porte ouverte pour de futurs projets qui auraient besoin d'une distribution similaire.

Pour aider à vendre le film à des distributeurs à l'international, le producteur s'entoure des services d'un agent commercial et lance son film en l'envoyant dans des festivals de films. Des projections à haute visibilité dans des festivals du film prestigieux sont des atouts pour générer du buzz autour du film.

La bande-annonce est utilisée pour montrer aux acheteurs les aspects les plus vendeurs du film.

Les distributeurs sont capricieux de plusieurs manières. Le business a changé (pensez à la récente croissance des services de VOD et de streaming) et les deals internationaux vis-à-vis des deals domestiques sont de plus en plus difficiles. En effet, être un distributeur est toujours risqué: si le film est un succès, les distributeurs ne perçoivent que leurs commissions; tandis que si c'est un échec, ils perdent leurs garanties minimum, les frais d'impression ainsi que les dépenses de communication et publicité. C'est pourquoi la meilleure façon d'être un distributeur prospère, est, de nos jours, d'être aussi le producteur, ou au moins coproducteur, parce que vous gagnez alors de l'argent sur les droits résiduels et internationaux, qui sont bien plus élevés comparés aux droits d'exploitation domestiques seuls.

Trouver le bon distributeur prend du temps. HBO, IFC, Magnolia, Focus Feature ou Miramax sont des exemples de distributeurs « boutique » pour la diffusion, la VOD et le streaming de contenu. Le processus de recherche des distributeurs les plus appropriés pour votre projet de film, vous donnera de l'entraînement pour le pitcher, ainsi que la possibilité de comparer de nombreux vendeurs différents, pour jauger les styles, les compétences et l'adéquation artistique.

Tout comme les agences de talent sont très motivées, les agents commerciaux (courtiers de film internationaux) et distributeurs (acheteurs et exploitants) sont eux aussi focalisés sur le bénéfice escompté généré par l'exploitation économique du film. Certes, il existe des acheteurs et des vendeurs qui sont spécialisés dans la recherche de contenu pour les marchés de cinéma d'art et d'essai, mais ils sont de moins en moins nombreux.

1.10. Marketing

Tandis que les touches finales sont en train d'être faites au film, les distributeurs prévoient leur stratégie marketing pour « vendre » le film au public.

Il est essentiel de connaître le public et l'équipe marketing organise des projections tests pour voir comment le film est reçu.

Des kits de presse, posters et autres matériaux publicitaires sont publiés, et le film est publicisé et promu. Un clip « b-roll » peut être envoyé à la presse, basé sur une scène brute pour un documentaire « making of », qui pourrait inclure des clip « making of » ainsi que de interviews effectués durant le tournage.

1.11. Exploitation

L'exploitation en salles, aussi appelée sortie en salle, reste toujours la première voie par laquelle les films atteignent leurs audiences.

En effet, un succès au box-office revient en général à un succès financier.

Les distributeurs de films accompagnent souvent la sortie d'un film avec une soirée de lancement, une première red carpet, des communiqués de presse, des interviews avec la presse, des projections en avant-première pour la presse et des projections dans des festivals.

La plupart des films sont également promus à travers leurs propres sites web, qui sont distincts de ceux de la société de production ou du distributeur.

Pour les films les plus importants, le personnel clé s'est souvent contractuellement engagé à participer à des tours promotionnels dans lesquels ils sont présents à des premières et des festivals, répondent à des interviews avec de nombreux journalistes TV, presse et en ligne.

Les productions les plus importantes peuvent avoir recours à plus d'un tour promotionnel, de façon à rafraîchir la demande d'audience à chaque fenêtre de diffusion.

1.12. Autres opportunités de diffusion

Une sortie en salles réussie fait du film un produit recherché, qui peut être vendu à travers des voies plus lucratives, tels que les DVDs et jeux.

Depuis l'invention du home vidéo au début des années 80s, la plupart des films à succès ont suivi un modèle avec plusieurs fenêtres de diffusion distinctes. Un film peut d'abord être diffusé dans quelques cinémas sélectionnés (sortie en salles limitée), ou, s'il est assez bien reçu durant les tests, être diffusé plus largement en salles.

Une option plébiscitée afin de développer le potentiel de ventes domestiques d'un film, est d'avoir une première phase de sortie initiale sur une plateforme d'exploitants limitée, couplée avec une diffusion en téléchargement numérique sur iTunes et Amazon – les ventes sont alors portées par les fréquentations en salles pour les marchés les plus importants, mais aussi par les téléchargements numériques pour les plus petits marchés. La deuxième phase de diffusion est par VOD et chaînes câblés tels que HBO, Showtime et potentiellement Hulu – les ventes sont alors portées par le bouche à oreille créé lors de la première phase. Une troisième phase suit souvent. Elle couple le streaming sur Netflix et Amazon Prime avec une vaste diffusion DVD pour augmenter les vues en streaming et augmenter les ventes de DVD. Enfin, durant sa quatrième phase, le film capitalise sur des ventes stables et le bouche à oreille du public, pour obtenir des ventes sur réseau télévision et les ventes de droits de diffusion (syndication). Dans le jargon du monde de la diffusion de films, la syndication consiste en l'octroi d'une licence sur le droit de diffusion de programmes de télévision par de multiples chaînes TV, sans passer par un réseau de diffusion.

Ensuite, le film est diffusé, normalement à des moments différents, à plusieurs semaines (ou mois) d'intervalle, dans des segments de marchés différents, comme la location, la vente au détail, la télévision à la carte, in flight entertainment, le câble, le satellite, ou la télévision d'accès libre. En effet, le film peut être diffusé en salles ou, occasionnellement, directement via les médias des consommateurs (DVD, VCD, VHS, Blu-ray) ou le téléchargement direct par un fournisseur de médias numériques. Les ventes dans l'industrie hôtelière, notamment via les chaînes d'hôtels et le divertissement de bord, peut apporter des millions en revenus additionnels.

En effet, de nos jours, les droits résiduels, aussi prénommés « droits voisins », comme sont appelés ces revenus additionnels, apportent la majeure partie des profits générés par le film, et non les droits d'exploitation. Ces droits résiduels sont récoltés par des sociétés de collection de droits, telles que Fintage House et RightBack, ce qui ajoute de la transparence au processus de collecte des revenus générés par le film. Les droits des distributeurs pour le film sont en général vendus pour une distribution mondiale.

Les distributeurs et la société de production partagent ensuite les profits.

En tant que producteur de film, vous devriez prendre des précautions en vous assurant qu'une clause d'audit est insérée dans le contrat de distribution, ce qui vous permettra d'auditer les comptes du distributeur de façon à vérifier que tous les revenus récoltés, à partir de toutes les sources, sont bien inclus dans les relevés de droits voisins reçus de la part de ce distributeur.

Il convient de remarquer que dans au moins 10 pays de l'Union Européenne, y compris la France, l'Allemagne, l'Espagne et la Belgique, les distributeurs de services de TV payants et/ou opérateurs de services VOD, doivent légalement contribuer au financement de la production, soit à travers de contributions à des fonds de soutien, soit en investissant directement dans la production. Ces arrangements sont souvent complémentaires aux, et étendent les, dispositions de droit fiscal qui requièrent des contributions de la part des exposants, diffuseurs, et distributeurs vidéo : toutes les activités de distribution doivent contribuer au financement de la production.

2. Comment finance-t-on un film aujourd'hui?

Commençons par le commencement: avez vous écrit un business plan? Rédiger un plan d'affaires est presque aussi important que de trouver un bon scénario. Vous devez préparer un plan d'attaque afin d'obtenir l'argent nécessaire pour tourner votre film. En effet, en tant que producteur ou réalisateur, votre première priorité doit être la création d'un business plan viable et réaliste. Beaucoup de cinéastes créent une ébauche de business plan d'abord, puis trouvent un script qui correspond à ce qu'ils pensent pouvoir lever comme fonds.

2.1. Le modèle studio (« studio model »)

Ici, la stratégie consiste à réunir 3 à 5 films d'un genre similaire, et à approcher les investisseurs avec un groupe de films similaires. Si l'un de ces films a du succès, il pourra rapporter un profit, pour lui-même ainsi que pour les 2 à 4 autres projets de film dans ce groupe.

S'il est vrai que cette stratégie, consistant en la réduction de risques en mettant plus d'un œuf dans son panier, a l'air super, il est nécessaire de se demander si l'on pense vraiment être capable de mener à bien plusieurs projets simultanément. Vous préférerez peut être collaborer avec des cinéastes, qui sont sur la même longueur d'onde, avec des projets similaires.

2.2. Financement public

De nombreux pays ont désormais des politiques fiscales et des mesures incitatives à l'investissement pour les cinéastes. Les législations nationales permettent aux producteurs de subventionner les coûts déboursés pour la production.

Par exemple, le programme européen MEDIA a environ 20 programmes pour médias et cinéastes. Vous devez déposer une candidature pour obtenir des fonds et faire du lobbying auprès des décisionnaires jusqu'à ce que vous obteniez vos fonds non réglementés (soft money).

De nombreux cinéaste européens rédigent un business plan en fonction des règles et régulations autour de l'argent MEDIA. Cela vaut aussi pour les fonds flous (« soft money ») des autres pays.

Un autre exemple est le gouvernement du Royaume-Uni, qui injecte des dizaines de millions de livres sterling dans l'industrie cinématographique anglaise chaque année (en utilisant les fonds de la National Lottery !). Après la disparition très critiquée du UK Film Council, l'argent public du Royaume-Uni est désormais distribuée par le British Film Institute (BFI). Film London a aussi mis en place un Production Finance Market (PFM), son événement de financement de film d'une durée de deux jours, co-organisé avec le BFI London Film Festival. Le PFM encourage le développement de nouvelles relations d'affaires entre les cinéastes, producteurs et investisseurs du Royaume-Uni, reliant des entreprises de ventes internationales et permettant d'assurer diverses formes d'investissements dans des sociétés et projets de films.

Comme les fonds publics de soft money sont toujours lourdement sur-souscrits et sur-sollicités par des cinéastes et producteurs en concurrence, vous ne devez pas trop vous reposer sur la perspective d'obtenir des fonds publics. De plus, ces fonds imposeront des restrictions, qui pourraient facilement compromettre votre intégrité créative.

2.3. L'equity

Ce sont les investissements en argent (« *hard cash* ») faits pour votre projet de film par un seul investisseur, un groupe d'investisseurs et des investissements personnels de vos collègues, amis et de votre famille.

Les investissements en actions requièrent que les investisseurs détiennent une participation dans le film (c'est à dire la structure opérative, l'entité ad hoc spécialement immatriculée pour ce projet de film précis). Ils doivent

également être remboursés (typiquement sur le montant au principal plus 20 pour cent) avant que les cinéastes et les producteurs ne voient des bénéfices.

2.4. Avantages fiscaux

Le tout est d'éliminer le risque du package du film.

A travers son Enterprise Investment Scheme (EIS) et Small Enterprise Investment Scheme (SEIS), le gouvernement du Royaume-Uni a créé l'un des meilleurs environnements au monde pour amoindrir les risques pris lors d'investissements faits dans des petites entreprises, jusqu'à 98 pour cent (selon le profil des investisseurs). L'EIS est conçu pour soutenir de plus petites entreprises à hauts risques à lever des fonds en offrant une gamme d'allègements fiscaux aux investisseurs qui achètent de nouvelles actions dans ces sociétés.

Les projets de films sont des secteurs auxquels l'EIS et le SEIS peuvent s'appliquer, cependant, nous avons entendu que la Commission Européenne a audité les programmes britanniques EIS et SEIS et souhaite qu'ils ne s'appliquent qu'à de petites entreprises au Royaume-Uni à long terme; ce qui exclut les entités ad hoc constituées pour chaque projet de film. Avec le Brexit qui se profile cependant, il est probable que les EIS et SEIS soient toujours utilisés pour financer les projets de films du Royaume-Uni, à l'avenir.

Pour mettre en place des EIS ou SEIS qui fonctionnent, vous devez rédiger un business plan solide, avec un budget et un calendrier. Il faut remplir des formulaires fiscaux en ligne et enregistrer sa société privée limitée par actions britannique pour l'EIS. Si vous avez un problème, appelez une femme très aimable au Pays de Galles qui vous aidera à préparer les documents.

Quand bien même investir dans un film est vu comme étant « sexy » par beaucoup d'investisseurs privés, le ralentissement économique récent, le Brexit et la compétition existante pour bénéficier des EIS et SEIS entre cinéastes et producteurs, rendent les investisseurs timides et prudents. Il peut être utile de parler à des financiers de films britanniques, tels que le Fyzz Facility (qui a maintenant fusionné avec Tea Shop), qui ont un groupe d'investisseurs prêts à investir, à travers un financement de type « gap funding » (tel que ce terme est défini plus bas, dans le paragraphe 2.6 (Gap financing)), à travers l'EIS et le SEIS.

En France, les Sociétés de financement de l'industrie cinématographique et de

l'audiovisuel (SOFICAS) constituent des enveloppes fiscales équivalentes aux EIS et SEIS anglais. Ce sont des fonds de participation financés par de l'argent provenant de taxes et impôts, et peuvent investir à la fois dans des productions cinématographiques et télévisuelles, de manière sélective. Leurs fonds proviennent de banques qui ont le droit de récolter des sommes auprès des contribuables français investisseurs privés qui veulent payer moins d'impôts sur le revenu en France. Comme les SOFICAS souhaitent récupérer leur argent, elles ont tendance à principalement faire du « gap funding » (tel que ce terme est défini plus bas, dans le paragraphe 2.6), en pourvoyant les producteurs avec les derniers fonds (qui sont les plus onéreux). Les SOFICAS se placent en général derrière les distributeurs dans l'ordre de recoupement. Seule une partie de l'argent des SOFICAS est investie dans des productions cinématographiques indépendantes. Chaque SOFICA peut investir 20 pour cent de son argent dans des co-productions (qualifiées) en langue étrangère, tant que le langage du film concorde avec la langue du pays du coproducteur étranger. En 2015, les SOFICAS ont investi 37 millions d'Euros dans 112 films, dont 11 étaient des co-productions majoritairement étrangères, la plupart venant de producteurs belges ou anglais. Back-up Media est un manager hautement qualifié de SOFICAS pour le secteur des médias et du divertissement en France.

Les aides fiscales exigent de la part des producteurs qu'ils embauchent un certain nombre d'employés locaux pour l'équipe, qu'ils louent à des vendeurs locaux et exécutent la paie à travers des services locaux. Les aides fiscales sont fondées sur un processus de candidature et sont souvent longues à collecter (12 à 18 mois), et sont difficiles à obtenir (car elles impliquent beaucoup de paperasse administrative).

Par exemple, le UK film tax relief garantit que, pour une dépense de 20 millions GBP ou moins, les sociétés de production puissent obtenir une remise en espèces allant jusqu'à 25 pour cent des dépenses admissibles. Pour les films dépensant plus de 20 millions GBP, les sociétés de production peuvent obtenir une remise en espèces allant jusqu'à 20 pour cent des dépenses admissibles. Le UK film tax relief est grandement responsable de l'afflux récent de blockbusters internationaux au Royaume-Uni: « Star Wars : Le réveil de la force » (LucasFilm), « Avengers : L'ère d'Ultron » (Studios Marvel) et le dernier James Bond « Spectre » (EON) ont tous été tournés au Royaume-Uni, et pour la plupart d'entre eux, dans les Studios de Pinewood.

En France, le Tax Rebate for International Productions (TRIP) concerne les projets qui sont entièrement ou en partie créés en France et initiés par une société de production étrangère. Il est octroyé de façon sélective par le

Centre National du Cinéma, le CNC, à une société de services de production française. Le TRIP représente jusqu'à 30 pour cent des dépenses admissibles en France : il peut être d'un montant total allant jusqu'à 30 millions d'Euros par projet. Le gouvernement français rembourse la société candidate, qui doit avoir son siège social en France. « Thor » (Studios Marvel), « Moi, moche et méchant » et « Les Minions » (Universal Animation Studios) et « Inception » (Warner Bros) ont bénéficié du TRIP.

Pour les productions cinématographiques françaises, le Crédit d'impôt cinéma et audiovisuel (CICA) bénéficie aux producteurs français pour les dépenses ayant eu lieu en France pour la production de films ou de programmes TV. La réduction d'impôt CICA représente 20 pour cent des dépenses admissibles – et augmente à 30 pour cent de ces mêmes dépenses, pour les films dont le budget de production est de moins de 4 millions d'Euros.

Certains crédits d'impôts sont vendables, transférables, ou même négociables selon la législation locale. Les états des USA, tels que le Nouveau Mexique, la Caroline du Nord, la Géorgie, New York et le Michigan, offrent de solides solutions sur ce terrain.

Cela vaut la peine, pour les producteurs de film, d'organiser en outre une « mise en concurrence » entre différents pays et territoires, fondée sur les crédits d'impôts et les subventions étatiques existants, avant de décider dans quel pays produire et effectuer la post-production d'un film. En effet, le Royaume-Uni et la France sont toujours en rivalité, le PDG de Film France, Valérie Lepine-Karnik notant que « *l'année dernière (en 2014), les blockbusters américains ont dépensé plus de 1,6 milliards d'Euros au Royaume-Uni, ce qui représente un demi-million de plus que la totalité de l'argent investi dans les productions nationales françaises en 2014* » .

2.5. Préventes et co-productions

La stratégie, ici, est de vendre son film pas cher, en prévente, et de s'associer avec des producteurs à l'étranger pour obtenir de l'argent flou (« soft money ») dans d'autres territoires. En effet, en co-produisant, on peut obtenir davantage d'argent flou que ce qui serait normalement accessible pour la production du film.

Les accords de préventes sont des accords conclus et exécutés à l'avance avec des distributeurs, avant que le film ne soit produit. Ces accords sont fondés sur la force de la marquetabilité du projet et son potentiel de ventes dans chaque territoire visé. Le distributeur évaluera la valeur de votre projet de

film en fonction du scénario, des acteurs et de l'équipe qui y sont attachés, ainsi que de l'approche marketing, et vous permettra ensuite de souscrire un prêt bancaire en utilisant l'accord de prévente comme garantie. Les préventes peuvent aussi résulter en un paiement direct (à un tarif réduit), de la part des acheteurs eux-mêmes. Les investissements en préventes exigent que le producteur rembourse à la banque le capital emprunté avant de tirer partie des bénéfices.

Le Royaume-Uni et la France ont tout deux des traités bilatéraux de coproduction en place avec certains pays tels que :

- l'Australie, le Canada, la Chine, l'Inde, Israël, la France, la Jamaïque, le Maroc, la Nouvelle Zélande, les Territoires Palestiniens Occupés et l'Afrique du Sud, pour le Royaume-Uni, et
- l'Algérie, l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, le Brésil, la Bulgarie, le Burkina Faso, le Cambodge, le Cameroun, le Canada, le Chili, la Chine, la Colombie, la Croatie, la République Tchèque, le Danemark, l'Egypte, la Finlande, la Géorgie, l'Allemagne, la Grèce, la Guinée, la Hollande, la Hongrie, l'Islande, l'Inde, Israël, l'Italie, la Côte d'Ivoire, la Corée du Sud, le Liban, le Luxembourg, le Maroc, le Mexique, la Nouvelle Zélande, la Pologne, les territoires Palestiniens, la Roumanie, la Russie, le Sénégal, la Serbie, la République Slovaque, la Slovénie, l'Afrique du Sud, l'Espagne, la Suède, la Suisse, la Tunisie, la Turquie, l'Ukraine, le Royaume Uni et le Venezuela, pour la France.

Par exemple, les films de Ken Loach, principalement produits au Royaume-Uni, bénéficient de fond français à travers la société de production française Why Not depuis « Looking for Eric » en 2009. « Mr Turner » de Mike Leigh a été co-produit par Diaphana.

De plus, la Convention Européenne sur les coproductions cinématographiques s'applique pour le moment dans les deux pays, même si cela cessera d'être le cas pour le Royaume-Uni après le Brexit.

Même si la coproduction peut fonctionner, il peut être difficile de monter des coproductions et vous aurez ainsi des partenaires financiers dans plusieurs territoires qui voudront certainement exercer un contrôle créatif. De plus, en tant que producteur, vous devrez partager tous les bénéfices générés par votre film, non seulement avec les distributeurs, mais aussi avec vos coproducteurs répartis dans différents pays.

2.6. Gap financing – crédit d’anticipation

Une fois qu’une partie du capital a été levé, il vous est alors possible d’obtenir un prêt auprès d’une banque ou d’un prêteur privé sur les régions où le film n’a pas encore été vendu (et des éléments de sûreté additionnels, tels que la propriété intellectuelle ou des garanties commerciales).

Le crédit d’anticipation est uniquement disponible lorsque d’autres éléments ont été assemblés et qu’il y a une sûreté adéquate sur laquelle les investisseurs peuvent s’appuyer.

2.7. Placement produit

La stratégie est de s’associer à des marques pour obtenir des revenus en mettant en valeur leurs produits dans le tournage.

Par exemple, Heineken aurait payé un tiers du budget de 150 millions USD de « Skyfall » pour faire du James Bond incarné par Daniel Craig un buveur de bière!

Non seulement vous pouvez obtenir une partie du financement de votre film à travers le placement produit, mais l’exposition qu’obtient ainsi la marque peut avoir une valeur bien supérieure au prix du placement produit et est en général vue comme étant moins chère qu’une publicité télé ou papier comparable.

Cependant, faire du placement produit dans un film signifie que vous serez toujours soumis à la surveillance des managers de la marque, ce qui peut freiner le processus créatif du film. De plus, peu de cinéastes indépendants ont la puissance de traction de James Bond! Les marques voudront toujours connaître la stratégie marketing du film, avant d’investir, ou même d’autoriser l’utilisation de leurs produits.

2.8. Crowdfunding

Le crowdfunding (Kickstarter, IndieGogo, Ulule, Kiss Kiss Bank Bank, etc.) est maintenant un sérieux candidat au financement de vos projets de films. Cela permet un modèle fondé sur les contributions de façon à lever du capital sans vendre d’actions.

Par exemple, le projet du film « Veronica Mars » et l’avant-dernier projet de film de Spike Lee « Da sweet blood of Jesus », ont tous deux été financés à travers Kickstarter en 2013. Spike Lee a levé 1,4 millions USD pour ce projet

de film d'horreur sur des vampires contemporains, une somme non-négligeable.

La stratégie est de mettre en place quelques récompenses (telles que des DVDs, t-shirts, un dîner avec le réalisateur connu du film), et de les offrir à vos amis, de la famille, ainsi qu'au public, en espérant les motiver à contribuer au projet de film. L'idée est de fonder une communauté qui adhère à votre projet.

Même les plus grands studios utilisent désormais le crowdfunding : Charlie Kauffman, un producteur, scénariste et directeur américain connu pour avoir écrit « Être John Malkovich » et « Eternal sunshine of the spotless mind », a ainsi levé plus de 400.000 USD pour son nouveau projet « Anomalisa ».

Cela fait de la concurrence et rend encore plus difficile d'attirer des investisseurs vers votre projet. Ainsi, il vous faut un très bon business plan pour aborder le crowdfunding avec succès.

2.9. Reports (« deferrals »)

La stratégie est de faire en sorte que tout le monde travaille sur le projet, mais soit payé plus tard, sur les profits, s'il y en a. En effet, les producteurs peuvent ainsi éviter presque tous les coûts sur un projet, s'ils peuvent négocier des reports.

Il faut convaincre tout le monde que, pour faire le film maintenant, on ne peut pas attendre les investissements. En échange, vous promettez un pourcentage sur les profits, ce qui veut dire que les salaires de tout le monde peuvent potentiellement augmenter, en fonction du succès du film.

Les accords de reports stipulent en pratique que l'équipe, la production, les vendeurs, les locations et services sont tous rendus à l'avance et sans frais, jusqu'à ce que le film génère des bénéfices à sa sortie.

Les reports peuvent fonctionner mais dépendent de la confiance que l'équipe a dans le producteur. Souvent, les personnes ayant accepté les reports ne sont pas payées, même lorsque le film est un succès commercial. Il y a aussi la tentation de surévaluer la valeur du report, ce qui peut mener à d'âpres débats si les bénéfices du box-office ne sont pas à la hauteur des attentes. De plus, le financement par report est compliqué car les équipes et les acteurs expérimentés n'acceptent pas de travailler dans ces genres de structures.

2.10. Projets de films autofinancés

L'autofinancement des films implique que l'on n'a pas à s'occuper des investisseurs. Cela veut également dire que l'on doit faire très attention à l'argent puisque c'est le vôtre.

Par exemple, le réalisateur de « Tangerine », Sean Baker, a tourné son film exclusivement sur deux iPhones et est devenu l'un des réalisateurs les plus populaires en 2015, car « Tangerine » a été cité par de nombreux critiques comme étant l'un des meilleurs films de l'année. Dans un entretien avec Bret Easton Ellis en 2015, Sean Baker, 45 ans, a avoué toujours être lourdement endetté et devoir compter sur l'empathie et la bienveillance de ses parents pour joindre les deux bouts.

Bien que l'idée de tourner son film immédiatement avec ses propres ressources soit alléchante et très faisable dans le monde numérique d'aujourd'hui, il est important de remarquer que la majorité de ces films autofinancés sont un échec, en partie dû au fait que leurs scénarios ne sont pas assez bons. En passant par la méthode indie de l'autofinancement, les cinéastes sont passés à côté du cycle de développement, et personne ne leur a dit que leurs scénarios étaient mauvais.

3. Comment faire en sorte que votre projet de film sorte du lot aux yeux des financiers?

Comme mentionné dans notre introduction, il est difficile d'obtenir des financements pour des films dans le marché d'aujourd'hui. Bien sûr, un bon scénario, une bonne équipe expérimentée et un plan d'action pour parvenir au succès sont des conditions préalables nécessaires, mais cela n'est pas suffisant. Le facteur clé pour les investisseurs equity et les prêteurs, est de supprimer le risque, l'exposition financière et la spéculation – ce qui veut dire: quand vont-ils commencer à avoir un retour sur investissement et capital, et comment le garantir? Plus on évite de risque et de spéculation, en utilisant les étapes ci-dessous, plus grande est la chance de sécuriser du capital en argent liquide (« *hard money* »).

3.1. Les agences

Comme mentionné au paragraphe 1.4. (Packaging) ci-dessus, les agences de talents sont difficiles à pénétrer. Ce sont des entités bien gardées, très établies et protégées. Elles sont les gardiennes du goût, du talent et des possibilités – et plus que tout, elles sont les forces vives des producteurs

indépendants cherchant à mettre en place des projets avec du financement.

Une fois qu'on a du contenu adapté, il faut réussir à motiver un agent ou une agence concernant le projet. La meilleure façon est d'approcher les cinq agences les plus importantes – William Morris Endeavor, United Talent Agency, Creative Artists Agency, The Gersh Agency et International Creative Management – pour le packaging de matériel de source de qualité – un script, attaché à des noms de talents établis – acteurs et directeurs, sous la représentation d'un bon agent commercial interne.

Comme dans la plupart des entreprises du secteur du divertissement, les agents pensent en termes de chiffres – combien mon entreprise/moi-même, gagnera avec ce deal ? Il faut encourager l'agence en lui offrant la possibilité de packager le projet – placer plusieurs rôles auprès de leur vivier, plutôt qu'un ou deux rôles – ce qui leur donne la possibilité de gagner 10 à 15 pour cent sur plusieurs deals à tous les niveaux.

De plus, il faut leur offrir le droit de premier regard pour la représentation des ventes sur le territoire national – encore une fois, en cherchant une façon de les encourager. En packageant ces éléments en avance, vous pourrez apporter de vrais talents au projet et vous préparer à approcher les investisseurs en equity.

3.2. La force de l'équipe et l'expérience

Un producteur/réalisateur/star qui se lance pour la première fois, est difficile à vendre dans le monde du cinéma. Les équipes commerciales sont alors incapables d'évaluer la valeur du projet (prévente), les agents sont incapables de placer des noms de talents plus importants (packaging) et les financeurs sont incapables de jauger les retours sur investissements du projet (ROI).

Ainsi, il vaut mieux trouver un réalisateur qui a déjà réalisé un projet, trouver une agence qui est intéressée à l'idée de faire le packaging et gardera vous/votre projet dans la stratosphère du contenu qui compte, et cela sera un très bon début.

L'équipe doit apporter un puit de connaissance, de l'expérience et des relations à l'étape de production, de façon à exécuter correctement tout le calendrier de production du long-métrage. Pendant ce temps, les producteurs et cinéastes doivent attentivement nourrir le côté créatif, sans négliger la nature commerciale générale de l'arrière du film.

Si vous devez utiliser des talents inconnus pour réaliser votre projet, il faut alors les entourer d'expérience dans tous les domaines. Une star inconnue avec un bon réalisateur, directeur photo, producteur et scénariste, est une recette raisonnable.

3.3. Les options d'argent flou (« *Soft money options* »)

Quand votre talent packagé s'est engagé, qu'une équipe solide est avec vous, et que vous avez un scénario bien développé, vous pouvez maintenant approcher les options d'argent flou (« *soft money*«), c'est à dire les incitations fiscales/préventes/financements par la dette.

Les incitations fiscales offrent un pourcentage des dépenses nationales ou d'état (aux Etats-Unis), sous forme de remboursements. Cela veut dire que vous pouvez utiliser comme cash-flow cette partie du financement pour contrebalancer les risques de vos investisseurs.

Les préventes offrent des projections de valeur, fondées sur les éléments que vous avez apportés. Cela, en retour, implique également que vous pourrez utiliser cette partie de financement comme cash-flow pour contrebalancer les risques de vos investisseurs.

Il en est de même pour les options liées à la dette.

En tant que cinéaste ou producteur, vous devez trouver des façons de couvrir 50 cents de chaque euro que votre investisseur aura mis, avant même que les caméras ne soient allumées.

Il vaut mieux réaliser le tournage dans des états (aux Etats-Unis) ou pays avec des incitations fiscales, avec un solide package vendu en amont, et une bonne équipe commerciale pour exécuter. Vous pourrez alors réduire le niveau de spéculation et garantir un retour de X pour cent, fondé sur un investissement Y dans une chronologie tangible.

3.4. Plan d'exécution

Avec ces éléments à vos côtés, rendez votre proposition d'investissement attrayante, professionnelle et customisée pour les spécificités de vos investisseurs. Ne pitchez pas des niveaux élevés de financement de film equity à des investisseurs investissant pour la première fois dans le milieu de l'entertainment. Restez simple et honnête et rappelez aux investisseurs

equity que, alors que la poudre aux yeux est monnaie courante dans le milieu, vous êtes en train de mettre ensemble une structure basique procurant un retour sur investissement de X pour cent sur l'investissement Y durant la période de Z.

Enfin, regardez les garanties d'assurance d'achèvement de façon à garantir à vos investisseurs en equity que le projet sera complété en temps voulu, établissez un calendrier et un budget, et insérez les éléments qu'ils ont acceptés de financer. La responsabilité est désormais supprimée en passant par un assureur et le retour des investisseurs est partiellement garanti à travers des incitations fiscales et de l'argent flou additionnel.

Il faut pitcher intelligemment, de manière régulière et confiante, sachant que vous avez bien fait vos recherches et que l'investissement est bien structuré pour générer une rémunération.

Votre nom (obligatoire)

Votre email (obligatoire)

Sujet

Votre message

Envoyer

UUXF