

DJCE *POST*

LA REVUE JURIDIQUE DES ÉTUDIANTS DU DJCE DE LYON

L'intelligence artificielle, un auteur comme les autres ?

Regard sur la titularité du droit
d'auteur au temps des IA génératives

LA DURÉE DES PACTES D'ASSOCIÉS

Articulation entre droit commun
des contrats et droit des sociétés

L'AFFAIRE METABIRKINS

Avec la participation du cabinet
DELOITTE

LA FISCALITÉ DE L'ACTIVITÉ DE PARAHÔTELLERIE

La TVA et autres régimes
applicables

EN COLLABORATION AVEC

Tout LYON



Directrice de rédaction

Marie BUZOLICH

Maquettiste

Alexandrine ROUSSEAU

Rédacteurs

Corentin AUVE

Lucie BESSAC

Marie BUZOLICH

Céline DIAS

Camille FALCOZ

Nadir FERCHICHE

Léna GIESBERT

Anna HARUTYUNYAN

Carla HOENN

Laurine REBORA

Jean-Baptiste ROSSIGNEUX

Lara YILMAZ

Avec l'aimable participation de

Me Céline Moille

Directrice de publication

Association du DJCE de Lyon

asso.djce@gmail.com

18, rue Chevreul

69007 Lyon

Images de 1e et 2e de couverture

Générées avec Dall-E 2

SOMMAIRE

05 **POST DROIT D'AUTEUR**

L'intelligence artificielle, un auteur comme les autres ?

11 **POST DROIT DES SOCIÉTÉS**

La durée des pactes d'associés

15 **POST DROIT FISCAL**

La fiscalité de l'activité de parahôtellerie

18 **POST DROIT DU NUMÉRIQUE**

L'affaire Métabirkins

22 **POST RSE**

Les enjeux RSE au cœur de la sphère réglementaire entrepreneuriale

25 **POST DROITS FONDAMENTAUX**

La vidéosurveillance automatisée, entre craintes et critiques

27 **POST INTERNATIONAL**

Two heads: better than one?

Le mot de la rédac'

Nous sommes heureux de vous présenter le 8e numéro du DJCE Post, et dernier de la 46e promotion du DJCE de Lyon.

C'est avec regret mais confiance que nous laissons désormais ce beau projet aux mains de la 47e promotion, qui saura le porter encore plus loin.

Cette dernière édition de l'année 2022-2023 vous propose tout d'abord de questionner l'incidence de l'intelligence artificielle sur la propriété intellectuelle lorsqu'il est question de créations générées par ordinateur.

Vous pourrez également trouver quelques réflexions autour d'une jurisprudence récente en droit des sociétés, répondant aux interrogations de nombreux praticiens quant à la rédaction de la clause de durée des pactes d'associés.

Ensuite, vous serez à même d'en apprendre plus sur les différents régimes fiscaux s'appliquant à l'activité de parahôtellerie.

A la croisée de la mode, du métavers et de la propriété intellectuelle, vous découvrirez les rebondissements de la célèbre affaire des Métabirkins, portée récemment devant le tribunal fédéral de Manhattan.

Si vous vous questionnez sur les enjeux sociaux et environnementaux de la sphère réglementaire entrepreneuriale, notre article RSE est fait pour vous.

Quant à la vidéosurveillance automatisée mise en place à l'occasion des prochains jeux olympiques parisiens, les questions qu'elle soulève ont des répercussions fondamentales sur les droits de l'Homme. Les craintes et critiques qui émergent vous sont exposées dans notre rubrique "droits fondamentaux".

Enfin, le choix d'Elon Musk de placer Linda Yaccarino à la tête de Twitter est analysé dans notre dernier article afin d'anticiper ses incidences futures pour la multinationale.

Merci au Tout Lyon de nous avoir accompagnés cette année durant, et d'avoir fait vivre ce projet.

Bonne lecture et bonnes vacances !

L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE, UN AUTEUR COMME LES AUTRES ?

Par Marie BUZOLICH

A l'heure où des intelligences artificielles (IA) gagnent des concours de photographie ou de peinture et rédigent des ouvrages, le droit de la propriété intellectuelle ne peut rester insensible aux questions qui émergent avec cette technologie.

L'intelligence artificielle est une machine algorithmique qui procède par technique d'apprentissage automatique, par imitation de l'intelligence humaine. Pour les besoins de cet article, n'est abordé ici que le sujet des intelligences artificielles génératives, et plus précisément celles qui produisent un contenu pouvant être appréhendé par le droit d'auteur.

L'IA est déjà réellement prise en compte par diverses instances internationales, et notamment par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle qui tente de lancer un dialogue entre États afin de définir les questions de propriété intellectuelle qu'elle soulève [1]. L'importance actuelle donnée à ce sujet s'explique en partie par la forte valorisation des productions de l'IA.

Ainsi, l'une des principales problématiques se posant actuellement concerne l'identité du titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre créée par une IA, qui se distingue de la solution retenue lorsque la création est seulement assistée par ordinateur. En effet, dès lors que l'utilisateur d'une machine a une marge de manœuvre quant à son intervention, l'œuvre est originale donc protégeable. En revanche, avec l'IA, nous ne sommes plus en présence d'une création assistée, mais d'une création directement générée par ordinateur [2] : cette divergence s'avère lourde de conséquences sur la titularité des droits qui en découlent.

Faut-il alors adapter le droit d'auteur à cette technologie afin de pouvoir identifier efficacement le titulaire des droits ?

Les critères classiques du droit d'auteur semblent à première vue ne pas permettre la prise en compte de cette nouveauté technologique (I), bien qu'en l'état actuel de la technique, l'application de ce droit soit la solution la plus pertinente (II).

I - La difficile prise en compte par le droit d'auteur classique

Le critère classique de l'originalité n'étant pas aisément identifiable sur les créations de l'IA (A), certains envisagent la création d'un droit d'auteur spécial (B).

A - L'application incertaine du critère de l'originalité

Au sens du Livre Ier du Code de la propriété intellectuelle, la protection du droit d'auteur est conférée au créateur d'une œuvre de l'esprit originale intervenant dans l'univers des formes.

Au départ, le critère d'originalité était défini par la jurisprudence comme étant l'empreinte de la personnalité de l'auteur [3]. Bien que cette formulation soit aujourd'hui quelque peu dépassée, la doctrine comme la jurisprudence s'accordent à dire que l'originalité implique nécessairement une intervention humaine, c'est-à-dire une personne physique.

[1] Iony Randrianirina, Plaidoyer pour un nouveau droit de propriété intellectuelle sur les productions générées par intelligence artificielle, Recueil Dalloz 2021, p.91.

[2] Distinction citée par Michel Vivant & Jean-Michel Bruguière, Précis Droit d'auteur et droits voisins, Dalloz, trouvant son origine dans le Lamy Droit du numérique.

[3] Paris, 10 avr. 1862, D. 1863. 1. 53.

Cette conception personnaliste, "humaniste" [4] du droit d'auteur justifie l'exclusion de la protection pour les créations non conçues par des humains, telles que des photographies réalisées par un dispositif automatisé monté sur un avion [5].

Par ailleurs, il est également possible de retrouver ce critère dans les pays de copyright. Bien que la philosophie de leur droit de propriété intellectuelle soit bien différente de la nôtre, ces États s'accordent avec les pays de droit d'auteur pour écarter la protection de leur copyright pour des productions conçues sans intervention humaine. Il en fut ainsi lors de la célèbre affaire du selfie du singe [6].

Actuellement, nous ne nous questionnons plus sur la possibilité de caractériser le critère de l'intervention de l'Homme pour une œuvre réalisée par une "machine", comme ce fut le cas à l'époque de l'invention de la photographie. Est tout à fait protégeable l'œuvre d'un auteur personne physique réalisant sa propre conception au moyen d'une machine telle qu'une IA, tant que cette dernière n'est qu'un instrument de création. A titre d'exemple, un logiciel de retouche photographique venant automatiquement corriger un défaut de lumière sur une image prise par un Homme n'impacte aucunement les choix créatifs effectués en amont,

que ce soit le choix du décor ou l'angle de prise de vue.

En revanche, prenons une IA générative à qui un utilisateur ordonne de créer une image en noir et blanc, selon un style de photographie des années 20, de deux femmes au regard fuyant [7]. L'IA va suivre les quelques instructions, mais façonnera elle-même au gré de ses calculs le décor, la position des mains, la texture de la peau et des vêtements.

La situation se complique donc dès lors que la machine joue un rôle bien plus large dans la création. Si l'intervention humaine est très faible, il est légitime de se demander si le critère du droit d'auteur est tout de même rempli. L'IA pose donc un problème en ce qu'il n'est pas possible de lui appliquer les critères du droit d'auteur classique de manière évidente.

B - Vers la création d'un droit d'auteur spécial ?

A ce titre, pour contourner ce problème, le 12 janvier 2017, le Parlement européen invitait la Commission européenne à créer une "personnalité juridique spécifique aux robots, pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électro-

niques dotées de droits et de devoirs bien précis" [8], et notamment des droits d'auteur sur leurs œuvres.

Cette proposition questionne quant au fonctionnement-même de l'IA. Notre perception anthropomorphique nous fait parfois oublier que cette technologie n'a pas de volonté propre [9], mais exécute simplement les demandes de l'utilisateur conformément au choix de son programmeur. Le terme d'intelligence est trompeur : l'intelligence humaine ne peut en réalité être pleinement imitée puisqu'il est difficile d'envisager l'automatisation de processus cognitifs si complexes. Le Professeur Nicolas Binctin dénombre au total seulement cinq fonctions cognitives que l'IA peut remplir. Il rappelle fort justement que l'IA n'est qu'une entité non autonome apportant un complément à l'intelligence humaine.

En effet, toute production de l'IA n'est qu'un condensé des informations dont dispose sa base de données, assemblées par des lois mathématiques soumises à un léger aléa. A titre d'exemple, demander à une IA de produire un tableau dans le style de Rembrandt ne la conduira qu'à établir des lois statistiques retrouvées dans la création d'un auteur humain pour parvenir à une œuvre dérivée [10].

Le Professeur Nicolas Binctin

[4] Frédéric Pollaud-Dulian, L'humanisme de la propriété intellectuelle au défi des objets produits par intelligence artificielle, Recueil Dalloz 2022 p.2051.

[5] TGI Paris, 6 oct. 2009.

[6] Northern District of California *Naruto et al. v. Slater et al.*, case No. 15-cv-04324-WHO, 28 janv. 2016 et United States Court Of Appeals For The Ninth Circuit 23 avril 2018.

[7] Ceci pourrait être une formulation type insérée dans une IA générative d'images ayant mené à la création de l'image gagnante du

concours Sony World Photography Awards en avril dernier.

[8] Projet de rapport contenant des recommandations à la Commission concernant les règles de droit civil sur la robotique, 2015/2103 (INL).

[9] Nicolas Binctin, L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle, in *Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Dalloz / LexisNexis, 2020.

[10] *Ibid.*

insiste sur la distinction de l'aléa et de l'arbitraire : la machine est soumise à un certain aléa lors de sa mise en œuvre. Ainsi, ChatGPT nous indiquait, lorsque nous l'avons questionné à cet effet, que "la nature probabiliste de la génération de texte implique qu'il y aura toujours une variation dans les résultats obtenus". En revanche, l'IA fonctionne sans arbitraire, sans volonté propre. On ne peut dès lors que la qualifier d'outil de création, et non de créateur. Le critère d'originalité du droit d'auteur réfute en effet la protection d'une œuvre étant seulement le "fruit du hasard".

Au-delà du manque de volonté, peut également être constaté un défaut de sensibilité et de recherche de sens dans l'élaboration d'une production de l'IA. Or, la simple production ne peut constituer une œuvre : "le sculpteur n'est pas le fondeur, l'architecte n'est pas le bétonneur" [11]. L'IA n'a aucune conscience d'elle-même ni du monde. Tout cela n'est pour elle que "matrice de valeurs numériques".

L'idée de créer une "personnalité numérique" dans le seul but de reconnaître l'IA comme auteur, alors même que cela ne correspond pas à notre philosophie du droit d'auteur, semble soulever quelques questions. Ne serait-il pas bienvenu de mobiliser plutôt notre droit classique afin de s'adapter à la modernité sans changer les fonde-

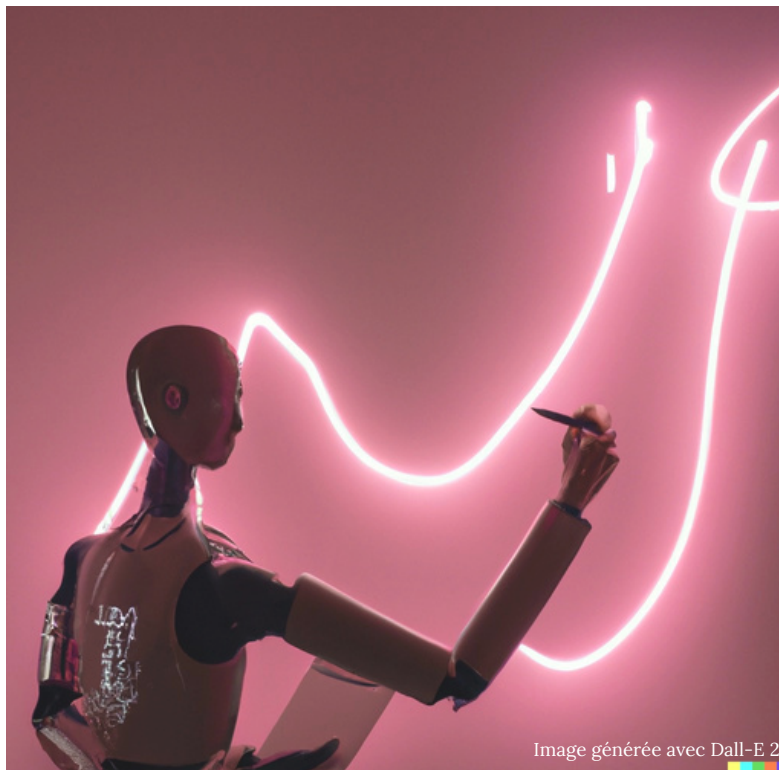


Image générée avec Dall-E 2.

nombreuses failles (A) qui ramènent à l'application du droit d'auteur traditionnel, plus efficace dans ses effets (B).

A - Les écueils d'un droit sui generis

Au-delà de cette inadéquation de l'IA avec les critères classiques propres au statut d'auteur, l'acte législatif de création d'un droit d'auteur spécial semble également poser quelques questions.

En effet, l'intérêt de reconnaître des droits à l'IA peut être interrogé dans la mesure où aucune prérogative ne peut être conférée sans responsabilité y afférente. Dans quelle mesure une IA pourrait-elle dès lors engager sa propre

responsabilité quant à ses créations ? Cette problématique devrait être réglée en parallèle de la création d'un droit d'auteur sui generis. Or, en l'état actuel des propositions, que ce soient celle du Parlement européen comme celles du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA)

II - L'opportune application du droit d'auteur classique

L'idée de la création d'un droit sui generis présente en réalité de

[11] Nicolas Binctin, L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle, in Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz / LexisNexis, 2020.

français, aucune réflexion n'a encore abouti à un tel système.

Par ailleurs, il convient de ne pas perdre de vue le fait que les droits de propriété intellectuelle sont des droits fondamentaux, en tant que composants du droit de propriété. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [12] et le Conseil constitutionnel [13] ont consacré ces droits dans leur acception française, c'est-à-dire absolue. Les droits fondamentaux sont particuliers en ce sens qu'ils renvoient à la question philosophique suivante : sont-ils inhérents à l'Homme ? La conception française inspirée principalement de Rousseau choisit très clairement à l'article 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de consacrer le droit de propriété au titre d'un droit naturel et imprescriptible de l'Homme. Ainsi, envisager un robot auteur au sens de la propriété littéraire et artistique impliquerait nécessairement une réflexion autour de notre philosophie de la propriété et de son statut fondamental, à moins que nous considérions qu'une machine puisse être titulaire d'un droit fondamental. Sachant que la fondamentalité d'un droit trouve sa raison d'être dans la prévention d'une atteinte grave audit droit, une reconnaissance législative d'un statut particulier pour l'IA requiert tout d'abord de justifier l'existence d'un tel risque.

En outre, il est un point sensible concernant la compréhension de la notion de personnalité au sens du droit d'auteur. Celle-ci est une notion autonome ayant trait à « la subjectivité d'un individu plutôt qu'une fiction juridique » [14]. La proposition de créer une personnalité numérique fait donc fi de cette subtilité et considère que la

pas la propriété industrielle, intéressée seulement par le résultat [15].

De plus, cette frénésie législative qui conduit sans cesse à la création de nouveaux systèmes parallèles conduit à terme à un affaiblissement du droit d'auteur. Cela fut qualifié de « réflexe quasi-pavlo-



Image générée avec Dall-E 2.

personnalité juridique suffirait à remplir le critère subjectif de l'empreinte de l'auteur. Ceci fait cependant basculer le droit sur les créations de l'IA vers un droit plus proche d'une propriété industrielle, en ce sens que le droit d'auteur constate une indépendance entre le statut de la création et le processus créatif que ne connaît

vien qui consiste à créer un droit *sui generis* pour toute situation nouvelle sans même s'interroger sur la pertinence qu'il peut y avoir à le faire » [16]. Alexandra Bensamoun conseille de « penser le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être » [17]. En ce sens, le CSPLA a rédigé des hypothèses de titularité que le législateur pourrait recon-

[12] Art. 17 al. 2.

[13] Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC.

[14] Alexandra Bensamoun, *Libres propos sur l'existence d'un droit de l'œuvre applicable aux créations issues de l'intelligence artificielle*, in *Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Dalloz / LexisNexis, 2020.

[15] Michel Vivant & Jean-Michel Bruguière, op. cit.

[16] *Ibid.*

[17] Alexandra Bensamoun, op. cit.

naître et estime que “la voie d’un droit *sui generis* présente l’inconvénient de nier la parenté évidente entre les créations traditionnelles et les créations intelligentes” [18].

B - La réponse du droit d’auteur classique

L’IA n’est pas une machine autonome ni indépendante pour deux raisons : ses choix proviennent du paramétrage d’un programmeur et ses productions sont dictées par un utilisateur. Certes, son fonctionnement algorithmique diverge de la création artistique traditionnelle : « l’humain, s’il intervient, n’a pas nécessairement un rôle créatif au sens classique du terme » [19]. Cependant, une évolution technologique n’impose pas nécessairement de repenser le socle juridique : il convient parfois simplement d’interpréter les textes au regard de ces nouveautés. L’intervention de l’auteur des productions de l’IA pourrait donc être évaluée au cas par cas selon la marge de manœuvre réelle dans les choix créatifs de l’Homme. Les auteurs envisagés par la doctrine, de même que le CSPLA, sont principalement le créateur de l’IA ou l’utilisateur de celle-ci. Se pose donc la question de déterminer la personnalité se reflétant dans l’œuvre finale.

Or, le paramétrage du logiciel rend

possible la création mais ne l’ordonne pas. En effet, un humain est nécessaire pour activer l’IA et lui commander une action. Il est possible d’établir un parallèle avec l’appareil photographique : le concepteur de l’objectif peut plus ou moins limiter l’ouverture de diaphragme et la vitesse d’obturation ; en revanche, c’est au photographe de jouer avec la contrainte de ces paramètres afin d’obtenir un cliché.

Puisque l’IA peut être considérée comme un outil, cet instrument peut être une aide pour la création, de la même manière qu’un stylo ou un appareil photographique. Pour autant, le fabricant d’appareil photo n’est pas l’auteur : c’est bien le photographe !

Et ceci, d’autant plus que le mécanisme juridique de reconnaissance du droit du programmeur de l’IA sur l’œuvre découlerait du droit des biens. La propriété par accession accorde au propriétaire les droits sur les fruits de sa chose. Toutefois, cette conception visant à retenir l’œuvre comme extension de la machine s’éloigne tout à fait de la philosophie du droit d’auteur. En outre, qu’advierait-il des créations générées après le décès du programmeur [20] ? La question ne peut être réglée par le biais des droits patrimoniaux transmis aux héritiers, puisque l’acte même de création est effectué alors que l’auteur présumé est mort.

En réalité, la volonté de créer vient toujours de l’utilisateur, et ce, quand bien même certaines IA offrent une fonction de production aléatoire - par exemple, Dall-E permet à l’utilisateur de cliquer sur un bouton qui générera automatiquement une image aléatoire. Certes, le droit ne récompense par l’idée [21] mais l’intervention dans le domaine des formes. Où donc placer le curseur ? En effet, il est reconnu de jurisprudence constante qu’un maître d’œuvre qui commande une création à son apprenti est titulaire des droits, tandis que l’apprenti est considéré comme simple exécutant. Est-il envisageable de considérer l’utilisateur comme maître d’œuvre, lorsqu’il effectue de réels choix créatifs ? A l’inverse, le CSPLA le qualifie plutôt de commanditaire, c’est-à-dire simple donneur d’ordre. Il pourrait alors être pertinent de distinguer deux situations.

En application du droit d’auteur classique, il serait possible d’envisager l’utilisateur comme titulaire des droits dès lors qu’il effectue de réels choix créatifs, que ce soit dans la manière de guider l’IA ou dans la modification postérieure de la production générée. A l’inverse, les productions de l’IA pourraient tomber dans le domaine public dès lors qu’elle génère aléatoirement une production, mais également lorsque l’utilisateur n’est pas assez précis dans sa demande. Il existe,

[18] Rapport du CSPLA sur l’intelligence artificielle, 27 janvier 2020.

[19] Alexandra Bensamoun, op. cit.

[20] Rapport du CSPLA, op. cit.

[21] Cass. Civ. 1re, 8 nov. 1983, Bull. Civ. I., n° 260.

certes, un aléa qui peut faire varier la réponse de l'IA quand bien même la même question est posée par deux utilisateurs. En revanche, cet aléa risque d'être trop faible et de ne pas permettre de rendre les œuvres assez distinctes l'une de l'autre, et donc assez originale pour qu'elles puissent être protégées.

Quoi qu'il en soit, la question de la titularité des droits d'auteur sur les productions d'IA est loin d'être tranchée. Rassurez-vous, le DJCE Post, qui a utilisé une image générée par Dall-E en couverture, n'est pas bien audacieux. Le cas échéant, il entend bien bénéficier de l'exception prévue à l'article

L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle permettant aux revues de presse d'utiliser une œuvre en citant l'auteur.

LA DURÉE DES PACTES D'ASSOCIÉS :

L'ARTICULATION ENTRE LE DROIT COMMUN DES CONTRATS ET LE DROIT DES SOCIÉTÉS

Par Marie BUZOLICH, Carla HOENN & Jean-Baptiste ROSSIGNEUX

La prohibition des engagements perpétuels n'interdit pas de conclure un pacte d'associés pour la durée de vie de la société, de sorte que les parties ne peuvent y mettre fin unilatéralement." C'est par cette limpide formulation que la Cour de cassation vient sécuriser le régime de la durée du pacte d'associés dans un arrêt de la première chambre civile en date du 25 janvier 2023 [1].

Les faits de l'espèce concernaient un pacte d'actionnaires conclu entre un père et ses cinq enfants en 2010 afin d'assurer le maintien d'un groupe de sociétés dans la famille. Le pacte était conclu pour la durée de vie de la société. Certains signataires ont notifié la résiliation unilatérale du pacte en 2017.

Un contentieux naît alors autour de cette résiliation. Élevé devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, les juges considèrent qu'au regard de la durée de vie du pacte, il s'agit en réalité d'un engagement perpétuel, de sorte que les parties pou-

vaient y mettre fin unilatéralement.

Les juges du droit condamnent cette analyse au visa de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et de l'article 1838 du même code.

Ainsi, la Haute juridiction indique qu'un pacte d'associés conclu pour la durée de vie de la société n'est pas un engagement perpétuel, de sorte qu'il ne peut être résilié unilatéralement.

Face à cet arrêt, il est possible de s'interroger sur la façon dont la Cour de cassation sécurise le régime contractuel des pactes d'associés.

De façon classique, les conséquences pratiques (II) ne peuvent s'analyser qu'au regard des fondements théoriques (I).

I - Fondements théoriques

Les pactes d'associés ne béné-

ficient pas d'un régime propre, à l'inverse des contrats de sociétés. Leur durée doit donc être appréhendée par le droit commun des contrats (A). Néanmoins, ce régime de droit commun doit être appliqué aux pactes à la lumière de leurs liens singuliers avec les contrats de sociétés (B).

A- Le droit commun des contrats appliqué aux pactes

Le régime de la durée des contrats repose sur une dualité cardinale : d'une part les contrats dont la durée est déterminée et qui ne peuvent faire l'objet d'une résiliation unilatérale [2] ; d'autre part les contrats dont la durée est indéterminée et qui peuvent faire l'objet d'une résiliation unilatérale après un préavis [3].

Néanmoins, au sein de cette classification, la jurisprudence, et depuis 2016 le législateur, admettent une autre catégorie : les engagements perpétuels. Les engagements per-

[1] Cass. 1re civ., 25 janv. 2023, n° 19-25.478.

[2] Art. 1212 du code civil.

[3] Art. 1211 du code civil.

pétuels sont des engagements dotés d'un terme, mais dont la durée est considérée comme excessive et de nature à porter atteinte à la liberté individuelle du contractant [4]. Ces engagements sont prohibés et en leur présence, un renvoi est opéré vers les contrats à durée indéterminée, agissant comme une porte de sortie face à ce terme illégitime [5]. Ainsi, les engagements perpétuels peuvent être résiliés unilatéralement, sous réserve du seul respect d'un préavis.

Il semble alors relever du pouvoir souverain du juge de déterminer si un engagement est perpétuel ou non. Puisque la protection de la liberté individuelle est la finalité de ce régime, le juge s'intéresse, au-delà d'examiner la durée objective du contrat, au critère subjectif de l'assujettissement individuel, c'est-à-dire en prenant en compte l'espérance de vie du contractant [6].

L'enjeu de qualification est important puisque reconnaître qu'un engagement est perpétuel revient à remettre en cause son terme et permet ainsi aux parties de s'échapper de leur engagement.

Par l'arrêt commenté, la jurisprudence délimite une zone de sécurité autour des pactes d'associés dont la durée de vie est calquée sur la durée de la société, puisqu'elle ne reconnaît aucun

engagement perpétuel dans ce cas, donnant une pleine force obligatoire au contrat. Il convient de s'interroger sur la justification de ce privilège accordé aux pactes d'associés.

B - L'exception sur le fondement du droit des sociétés

L'arrêt de la Cour de cassation commenté admet qu'un engagement contractuel de 99 ans - la durée maximale d'une société - n'est pas perpétuel. Il convient néanmoins de se demander si tous les engagements de 99 ans sont désormais autorisés sans risquer la qualification d'engagement perpétuel, ou bien si les seuls pactes d'associés dont la durée est calquée sur la durée de la société sont couverts par cette position jurisprudentielle favorable.

Il ne semble pas qu'il faille considérer que l'ensemble des contrats conclus pour 99 ans sont protégés de la qualification d'engagement perpétuel. En effet, cela reviendrait, dans les faits, à mettre fin à l'application de ce régime par dépassement systématique des "espérances de vie individuelle" [7]. Or, ce n'est visiblement pas ce qui est souhaité et pour preuve, la prohibition des engagements perpétuels a été consacrée en 2016 dans le code civil.

Il faut alors trouver une jus-

tification à cette exception spécifique réservée aux pactes d'associés dans les liens très particuliers unissant les statuts et le pacte d'associés.

Un auteur [8] fait remarquer que les statuts et le pacte d'associés ne forment pas un ensemble contractuel puisqu'ils ne sont pas interdépendants (la disparition du pacte n'affecte pas l'existence des statuts). Il démontre également que le pacte n'est pas l'accessoire des statuts. La qualification la plus adaptée serait de considérer que le pacte constitue un acte juridique complémentaire aux statuts. D'ailleurs, ce vocable semble utilisé par la Cour de cassation qui rappelle que les actes extrastatutaires ont vocation à « compléter » les statuts sans pouvoir y déroger [9].

Ainsi, c'est peut-être dans cette relation de complémentarité du pacte par rapport aux statuts qu'il faut comprendre la décision commentée.

En effet, pour fonder sa décision, la Cour de cassation vise l'article 1838 du Code civil. Or ce texte n'encadre pas les pactes d'associés mais dispose que "la durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans". Pour autant, la société est avant tout instituée par un contrat [10]. Ainsi, par cette disposition, le législateur semble indiquer qu'il est possible de s'engager au titre d'un contrat de société pour

[4] Quentin Nemoz-Rajot & Victor Poux, Validité affirmée d'un pacte d'associés conclu pour la durée statutaire de la société, Revue Lamy droit des affaires, n° 191, 1er avril 2023.

[5] Art. 1210 du code civil.

[6] Rémy Libchaber, Licéité des pactes d'actionnaires conclus pour la durée de vie de la société, Dalloz actualité, 09 février 2023.

[7] *Ibid.*

[8] Clément Barrillon, Validité d'un pacte d'associés conclu pour la durée de vie de la société, Recueil Dalloz 2023, p.370.

[9] Com. 12 oct. 2022, n° 21-15,382.

[10] Art. 1832 du code civil.

une durée de 99 ans. Fort d'un tel appui législatif, il paraît difficilement envisageable de considérer qu'un contrat de société inférieur à 99 ans soit un engagement perpétuel. L'article 1838 du Code civil agirait ainsi comme une présomption de non-perpétuité.

Du fait de ce lien de complémentarité entre le pacte d'associés et les statuts, la Cour de cassation ne semble-t-elle pas étendre le bénéfice de cette présomption accordée par l'article 1838 du Code civil aux pactes d'associés ?

La solution semble en tout cas saluée et n'est pas sans conséquence pour la pratique.

II - Conséquences pratiques

Cette décision semble solidifier la force obligatoire des pactes d'associés (A) mais l'hypothèse de la prorogation de la société soulève des questions auxquelles la Cour de cassation n'apporte pas encore de réponse (B).

A - Le renforcement de l'efficacité des pactes

Par son effet libéral, la décision commentée semble particulièrement bienvenue pour les rédacteurs des pactes.

En effet, les pactes ont vocation à

compléter les statuts, si bien qu'il serait paradoxal que leur durée soit plus limitée que celle de la société.

De plus, par cette reconnaissance jurisprudentielle de la possibilité de lier la durée du pacte à celle des statuts, les rédacteurs trouvent une garantie contre les résiliations unilatérales opportunistes.



Ainsi, la solution renforce la sécurité juridique autour des pactes en rebouchant une brèche qui aurait pu laisser la possibilité au contractant de plus ou moins mauvaise foi de s'échapper de son engagement.

Néanmoins, il convient de noter que si le cadre général du pacte peut désormais être aligné sur la durée de la société, certaines clau-

ses seront susceptibles d'être soumises à des durées plus réduites.

En effet, puisque le pacte d'associés est complémentaire aux statuts, le juge ne considère pas qu'il est en lui-même suffisamment attentatoire à la liberté individuelle pour justifier une limitation dans le temps au titre des engagements perpétuels.

Cependant, certaines dispositions contenues dans le pacte peuvent être plus particulièrement attentatoires à la liberté des parties et font déjà l'objet d'une limitation temporelle par le législateur ou la jurisprudence. Dans ce cas, la doctrine envisage un "panachage des durées", par exemple sur les questions d'inaliénabilité des titres ou de convention de vote [11]. Ainsi, il serait parfaitement envisageable que la durée principale du pacte soit calquée sur celle de la société, tout en prévoyant des durées réduites pour certaines clauses sensibles.

B - L'incertaine survie du pacte d'associé en cas de prorogation de la société

Un dernier point reste en suspens s'agissant de la durée du pacte d'associés en cas de prorogation de la société. Il convient de distinguer selon que les pactes prévoient ou non les conséquences de la proro-

[11] Quentin Nemoz-Rajot & Victor Poux, op. cit.

gation de la société.

Si le pacte n'anticipe pas la prorogation, des auteurs estiment que "la prorogation de la société, le plus souvent décidée à la majorité, ne peut entraîner ni renouvellement ni prorogation automatique du pacte d'associés qui supposent, quant à eux, l'unanimité des parties" [12].

Au contraire, si le pacte anticipe la prorogation de la société, deux possibilités semblent pouvoir être contractualisées.

Le pacte peut tout d'abord prévoir que sa prorogation n'est pas induite par la prorogation des sta-

tuts. Une telle stipulation ne semble alors pas poser de problème particulier.

Le pacte peut également lier sa prorogation avec celle de la société. Là encore, deux situations se distinguent.

Si la prorogation de la société est la conséquence d'un acte unanime des associés, alors il pourrait être considéré qu'à travers de la prorogation du contrat de société, l'associé consent également la prorogation du pacte. Cela serait alors une illustration de la complémentarité du pacte avec les statuts.

A l'inverse, il semble naturellement plus difficile de concevoir une prorogation du pacte en cas de prorogation de la société à la simple majorité des associés. Néanmoins, dans l'hypothèse où tous les associés parties au pacte ont voté en faveur de la prorogation de la société, faudrait-il adopter une appréciation *in concreto* et considérer qu'ils ont également souscrit à la prorogation du pacte ?

[12] R. Mortier, note sous Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2023, n° 19-25.478 ; Quentin Nemoz-Rajot & Victor Poux, op. cit.

LA FISCALITE DE L'ACTIVITE DE PARAHOTELLERIE

Par Corentin AUVE, Céline DIAS & Camille FALCOZ

La parahôtellerie est une activité qui tend à prendre de l'ampleur en France, et notamment avec l'émergence du concept des « appart-hôtels » qui a pour leader européen une entreprise française. Dans d'autres États à l'image de la Suisse, cette activité est très développée puisqu'elle représentait en 2021 près de 35 % de l'hébergement touristique [1].

La demande semble donc grandissante dans ce secteur, tant pour les touristes que pour les propriétaires, d'autant plus que le régime fiscal applicable aux activités de parahôtellerie se distingue de manière avantageuse de celui de la location meublée.

À ce titre, la location meublée implique des locaux comportant tous les éléments mobiliers indispensables à une occupation normale par le locataire [2] tandis que les services proposés par la parahôtellerie se rapprochent de l'hôtellerie sans y être complètement assimilés. Il s'agit d'une activité hybride entre simple location meublée et hôtellerie classique qui peut être exploitée de manière individuelle ou par l'intermédiaire d'une société.

La parahôtellerie se retrouve ainsi face à un réel enjeu de qualification qui induit un traitement fiscal différent.

À titre d'exemple, l'exploitant parahôtelier bénéficie du statut de loueur professionnel sans condition de revenus ; tandis que pour la location meublée, ce statut est accessible seulement si le chiffre d'affaires de l'entrepreneur est supérieur à 23.000€ et que les revenus annexes ne dépassent pas 50 % du total des revenus professionnels [4].

En réalité, l'activité de parahôtellerie se différencie tant sur le régime de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) qui lui est appliqué (I) que sur les différents avantages fiscaux dont il permet le bénéfice (II).

I - Le régime TVA de la parahôtellerie

En vertu des dispositions de l'article 261 D du Code général des impôts, les locations occasionnelles, permanentes ou saisonnières de logements meublés à usage d'habitation sont exonérées

de TVA. Par exception, la location de logements à usage d'habitation avec prestations hôtelières ou parahôtelières – activité de « parahôtellerie » – rentrent dans le champ d'application de la TVA. Le fait que l'activité soit soumise à la TVA permet alors à l'exploitant de pouvoir déduire la TVA payée.

Ainsi, pour ne pas se voir appliquer cette exonération prévue à l'article 261 D, 4°, b du CGI et de ce fait être imposable de plein droit, l'exploitant doit fournir, en plus de l'hébergement, au moins trois des prestations de parahôtellerie suivantes, et ce, « dans des conditions similaires à celles proposées par les établissements d'hébergement à caractère hôtelier exploités de manière professionnelle : le petit déjeuner, le nettoyage régulier des locaux, la fourniture de linge de maison et la réception, même non-personnalisée, de la clientèle » [5].

L'objectif de cette exception à l'exonération de la TVA est de s'assurer que les prestations de parahôtellerie pouvant potentiellement concurrencer les exploitants hôteliers ne soient pas exonérées de la TVA.

[1] Selon l'Office Fédérale de la Statistique (OFS), la parahôtellerie impliquerait environ 16.325.000 nuitées pour un total de 45.880.000 nuitées comprenant l'hôtellerie et la parahôtellerie.

[2] BOI-BIC-CHAMP-40-10.

[3] Instruction fiscale 4-F-3-09 du 28 juillet 2009, repris par la doctrine administrative : BOI-TVA-CHAMP-10-10-50-20.

[4] Article 155 IV 2° du Code général des impôts.

[5] Article 261 D du Code général des impôts.

Cette exigence résulte du principe de neutralité de la TVA en vertu duquel des exploitants exerçant des activités semblables ne doivent pas être traités différemment.

À ce titre, l'administration fiscale a récemment considéré qu'une société qui a pour activité principale la location à son dirigeant et associé unique de sa résidence principale, même si elle proposait des prestations de parahôtellerie, ne rentre pas dans la philosophie du régime prévu par l'article 261 D du CGI et ne peut, de ce fait, être imposée à la TVA [6].

En effet, l'hébergement de son dirigeant et non de clients extérieurs démontre que la société ne cherche pas à concurrencer, même potentiellement, les entreprises hôtelières.

Pour apprécier si les conditions sont semblables, l'administration fiscale peut prendre en compte la qualité des prestations et leur prix [7].

De plus, l'administration a précisé dans sa doctrine qu'il n'est pas nécessaire que les prestations de parahôtellerie soient effectivement réalisées, il suffit que l'exploitant dispose « des moyens nécessaires » [8] à leur réalisation.

Il paraît ainsi opportun d'apporter quelques précisions sur chaque service :

S'agissant du petit-déjeuner, l'exp-

loitant doit être en mesure de fournir un petit-déjeuner complet comprenant une variété de boissons, de viennoiseries, ou autres aliments. Le service du petit-déjeuner peut être effectué dans les chambres ou appartements loués, ou dans un espace dédié au sein de l'immeuble.

Au niveau du nettoyage régulier des locaux, il a été rappelé à de nombreuses reprises que le simple ménage au début et à la fin du séjour n'est, en principe, pas suffisant [9].

Pour la fourniture du linge de maison, l'exploitant doit être en capacité de fournir du linge propre tous les jours au locataire. La seule fourniture de linge à l'arrivée du client n'est pas suffisante, quand bien même il s'agirait d'une location pour une courte durée.

Enfin, le service de réception de la clientèle ne pose pas beaucoup de difficulté puisqu'il peut être non-personnalisé. Par ailleurs, un local dédié à cet accueil n'est pas nécessaire, il peut être réalisé dans un lieu différent de celui loué ou de façon électronique (hotline par exemple).

Il est important que l'exploitant propose effectivement ces services à ses clients et qu'il puisse être en mesure de le prouver. Il a été rappelé à de multiples reprises que le simple fait de poser à l'entrée de la résidence une affiche proposant à titre optionnel des prestations de

nettoyage en cours de séjour n'était pas suffisant pour être assimilé à une prestation de nettoyage [9]. De plus, si les publicités mentionnent les services proposés mais que le contrat de bail n'y fait pas référence, la condition n'est pas remplie [10].

Outre la réalisation de ces services, le prestataire doit répondre à la notion d'exploitant [11] qui est fournie par la doctrine de l'administration fiscale. Pour ce faire, il doit assumer personnellement tous les risques de l'entreprise et être le seul responsable vis-à-vis des clients. Autrement dit, il agit en son nom propre à l'égard de ses locataires. Le recours à un intermédiaire, sous-traitant [12] ou mandataire, qui agirait au nom et pour le compte de l'exploitant à l'égard des clients ne fait pas perdre la qualité d'exploitant.

Toutefois, si ce mandataire ou simple prestataire de services chargé de la gestion de l'établissement assume en faits les risques liés à l'exploitation de l'activité de parahôtellerie ou s'il agit en son nom propre à l'égard de la clientèle, il est alors considéré comme le réel exploitant de l'établissement.

L'activité de parahôtellerie serait dès lors qualifiée de simple activité de location meublée non taxable à la TVA. Enfin et depuis un certain temps, il n'est plus nécessaire que l'exploitant soit immatriculé au registre du commerce et des sociétés [13].

[6] CA Rennes, 1ère ch., 29 décembre 2022, n° 20/04099.

[7] CE, 9e et 10e ss-s., 16 novembre 2009, n° 305906.

[8] BOI-TVA-CHAMP-10-10-50-20, n° 40.

[9] CE, 8e ch., 22 avril 2022, n° 454330.

[10] CAA Bordeaux, 11 mars 2021, n° 19BX0399.

[11] BOI-TVA-CHAMP-10-10-50-20, n° 50.

[12] CE, 9e et 10e ch. réunies, 20 novembre 2017, n° 392740.

[13] Instruction du 30 avril 2003, 3 A-2-03, n° 8.

II - Les autres régimes applicables à la parahôtellerie

L'article 150-0 B ter du CGI met en place un mécanisme de report d'imposition pour les plus-values de valeurs mobilières, droits sociaux, titres et droits s'y rapportant, qui s'applique en cas d'apport à une société soumise à l'impôt sur les sociétés et contrôlée par le contribuable.

En principe, la cession des titres, apportés dans un délai de 3 ans à compter de l'apport des titres, met fin à ce report, sauf si la société bénéficiaire de l'apport prend l'engagement de réinvestir au moins 60 % du produit de cession dans une activité économique, et ce, dans un délai de 2 ans à compter de la cession.

Dans cet esprit, le Conseil d'État a consacré, s'agissant du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI, le caractère économique de l'investissement dans une activité « de location en meublé [...] assortie de prestations para-hôtelières » [14].

Le raisonnement semble donc pouvoir être appliqué au mécanisme du report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI qui reprend également ce critère de réinvestissement dans une activité économique, quand bien même la doctrine administrative exclut le réinvestissement dans les « act-

ivités de gestion par la société de son propre patrimoine mobilier ou immobilier » [15].

D'autre part, en raison du caractère commercial de l'activité de parahôtellerie, il convient de mentionner que les titres des sociétés qui assurent une telle activité peuvent faire l'objet d'un « pacte Dutreil » dans le cadre de leur transmission afin de réduire l'enveloppe des droits de mutation à titre gratuit.

Il conviendra toutefois de respecter les conditions fixées par les articles 787 B et 787 C du CGI, en veillant à bien distinguer selon qu'il s'agisse d'une société (4 conditions) ou d'une entreprise individuelle (3 conditions).

Les titres de ces sociétés peuvent faire l'objet d'un Pacte Dutreil.

De la même manière, il sera utile de s'intéresser à la détention directe ou indirecte du bien immobilier.

En effet, au regard de l'impôt sur la fortune immobilière, l'activité de parahôtellerie permet de placer le bien immobilier dans le champ des exclusions de l'article 965 du CGI lorsque celui-ci est affecté à l'activité commerciale de la société, ou dans le champ des exonérations prévues par l'article 975 du CGI pour les biens immobiliers affectés à l'activité professionnelle principale du redevable.

En définitive, la distinction entre l'activité de parahôtellerie effectuée par une société ou par une entreprise individuelle a encore une fois toute son importance.

Enfin, l'activité de parahôtellerie permet également d'imputer les déficits sur le revenu global du redevable, contrairement aux locations meublées non professionnelles dont les déficits font l'objet d'une imputation sur les seuls bénéfices d'activités de même nature sur une période de 10 ans [16].

[14] CE, 3e et 8e ch. réunies, 19 avril 2022, n° 442946.

[15] BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20, n° 70.

[16] Article 156 du Code général des impôts.

L’AFFAIRE METABIRKINS

À LA CROISÉE ENTRE MODE, MÉTAVERS ET PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Par Lucie BESSAC & Léna GIESBERT

En mai 2021, un non-fungible token (NFT) apparaît sur la plateforme Basic Space. Ce jeton cryptographique, offrant à son détenteur la propriété du bien numérique qu’il représente, illustre



un foetus dans un sac Hermès. Derrière cette œuvre, vendue aux enchères pour une coquette somme de 23 500\$, se cache un artiste numérique américain, Sonny Estival, connu sous le nom de Mason Rothschild [1]. La collection « MetaBirkin », ce sont cent jetons, représentant le même nombre de sacs de la marque Hermès volontairement affichés avec de la fourrure. L’intention apparaît louable, l’objectif poursuivi par l’ar-

tiste étant de dénoncer les souffrances animales dans le secteur du luxe [2]. La collection rencontre un succès financier rapide puisque le projet enregistre un volume de transaction de 1,1 millions de dollars [3].

En 2022, l’affaire remonte jusqu’aux oreilles de la marque de luxe française Hermès, et pour cause ; tant le « Baby Hermès », représentant le foetus, que le « MetaBirkin » s’inspirent du sac « Birkin », un sac iconique de la marque qui secoue le monde de la mode depuis de nombreuses années.

Introduit en 1984, ce sac nommé d’après l’actrice Jane Birkin rencontre un succès indéniable auprès des férus de la mode, et son exclusivité lui confère son statut de sac de luxe. Posséder ce fourre-tout de forme rectangulaire, reconnaissable par la présence d’un cadenas sur sa face avant, se mérite. En effet, les clients doivent avoir un historique d’achat avec la marque et attendre jusqu’à plusieurs mois pour en être les fiers détenteurs.

I - Le MetaBirkin : véritable démarche artistique ou simple contrefaçon ?

Dans cette affaire, les sacs issus de la collection « Meta Birkin » reprennent le modèle du sac emblématique en abandonnant le conventionnel cuir pour le remplacer par de la fourrure. La maison parisienne ne semble pas apprécier l’initiative puisqu’elle décide de porter plainte en janvier 2022 devant le tribunal fédéral de New York, arguant une atteinte à ses droits de propriété intellectuelle.

Mason Rothschild est qualifié par Hermès comme étant [4] :

« un spéculateur numérique qui cherche à s’enrichir rapidement en s’appropriant la marque MetaBirkins. »

Hermès, qui qualifie ces sacs de « faux sacs Hermès », poursuit Mason

[1] Bruno Lus, 10 février 2023, « Hermès gagne son procès contre un artiste numérique qui a copié son sac Birkin », Vanity Fair.

[2] Rapport du Haut Conseil à la vie associative, Rôle et place des associations dans le contexte des nouveaux modèles d’entreprises, *Comment répondre aux défis sociétaux ?* Adopté le 02 juillet 2019.

[3] Journal du Luxe, 9 février 2023, « Hermès remporte le procès autour des NFTs MetaBirkin ».

[4] Samir Touzani, 9 février 2023, « NFT : même en virtuel, personne ne peut copier les Birkin d’Hermès », Les Echos.

Rothschild pour dilution de marque, contrefaçon et cybersquatting. Sur ce dernier chef d'accusation, Hermès réclame la récupération du nom de domaine « meta-birkin.com », l'arrêt du projet, et l'octroi de dommages et intérêts liés à la vente des NFTs. Maître Nicolas Martin, l'avocat de la marque, déclare qu'utiliser le nom Birkin, et ce de façon similaire à son usage dans le monde réel, générerait un risque de confusion dans l'esprit du public, laissant croire que la marque était associée à l'opération.

De ce fait, les clients n'auraient acheté les NFTs qu'en raison du nom, ce qui aurait profité à l'artiste.

Le luxe et les NFTs ne sont pas inconciliables, bien au contraire : 51% de l'industrie du luxe français travaille actuellement au lancement d'un ou plusieurs projets NFT avant 2025 [5]. Un tel engouement du secteur du luxe dans le recours aux NFTs, uniques et indivisibles, s'explique par le fait qu'ils permettent au consommateur de retrouver les sentiments d'exclusivité et d'appartenance ainsi que la promesse d'unicité traditionnellement recherchés dans l'acquisition d'un bien de luxe [6]. Mais encore faut-il que ces jetons non fongibles ne soient pas contrefaisants...

L'artiste invoque la liberté artistique et justifie sa démarche, que l'on rappelle en faveur de la cause animale, sur le fondement de la liberté d'expression, protégée par le 1er Amendement de la Cons-

titution américaine. L'avocat Marc Schuler estime que la discussion n'aurait jamais été soulevée si l'œuvre était un tableau [7]. Il fait notamment référence aux œuvres du peintre Andy Warhol, connu pour ses sérigraphies de soupes Campbell's. Selon lui, c'est la nature de NFT qui perturbe le caractère artistique, Hermès les percevant davantage comme des produits du monde des affaires plutôt que des



titution américaine. L'avocat Marc Schuler estime que la discussion n'aurait jamais été soulevée si l'œuvre était un tableau [7]. Il fait notamment référence aux œuvres du peintre Andy Warhol, connu pour ses sérigraphies de soupes Campbell's. Selon lui, c'est la nature de NFT qui perturbe le caractère artistique, Hermès les percevant davantage comme des produits du monde des affaires plutôt que des œuvres picturales [8]. En défense, l'artiste s'appuie sur le test "Rogers"

qui découle de l'affaire Rogers v. Grimadi, rendue en 1989 [9].

Le test Rogers permet aux artistes d'utiliser une marque, sans obtenir d'autorisation, tant que le titre de l'œuvre satisfait à une exigence fondamentale de pertinence artistique avec l'œuvre sous-jacente et n'induit pas délibérément les consommateurs en erreur quant à la source de l'œuvre [10].

II - La protection du droit de la propriété intellectuelle à l'épreuve du Metaverse

Le 18 mai 2022, le jury du tribunal fédéral de Manhattan, se prononce en faveur d'Hermès en concluant que Mason Rothschild s'est rendu coupable de contrefaçon, dilution de marque et cybersquatting. Il a été condamné à verser 133 000\$ de dommages et intérêts à Hermès ce qui serait l'estimation de l'argent qu'il aurait gagné grâce à sa collection. Il semble évident que l'artiste a évidemment misé sur le sac vedette de la marque pour réaliser des ventes aussi colossales.

Une interrogation pouvait être soulevée quant au périmètre de protection accordé à la marque. En effet, la protection de la marque est accordée pour les seuls produits et services visés par le titulaire lors de la demande d'enregistrement et conformément à la classification de

[5] Rapport, Cabinet Bain & Company et Comité Colbert, 2022, « Luxe et technologie. Les débuts d'une nouvelle ère ».

[6] Anne-Sophie Contival, 25 novembre 2022, « Deuxième acte dans l'affaire des NFT MetaBirkin », Dalloz actualités.

[7] Raphaële Karayan, 9 février 2023, « Ces NFT ne sont pas de l'art, tranche le jury dans l'affaire opposant Hermès au créateur des MetaBirkin », L'usine digitale.

[8] *Ibid.*

[9] United States Court of Appeals, 5 mai 1989, « Rogers v. Grimaldi ».

[10] Scott J. Sholder, 15 juin 2022, « Are "#MetaBirkins GONNA MAKE IT"? Hermès, NFTs, and the Rogers Test Collide », Cowan, DeBaets, Abrahams & Sheppard LLP (CDAS).

Nice. Cette question est renforcée du fait que récemment, la Cour Suprême britannique a jugé les NFTs devaient être appréhendés comme des biens susceptibles de protection légale en tant que tels, c'est-à-dire distincts de la chose représentée^[11].

Les produits couverts par le signe Hermès, dont le « Birkin » relèvent de la classe 18 ^[12] tandis que les NFTs relèvent de la classe 9 ^[13]. En l'espèce, Hermès a l'avantage d'être une marque de renommée lui permettant d'échapper au principe de spécialité et ainsi d'engager une action en contrefaçon au-delà du principe de spécialité. En revanche, eu égard à l'essor des NFTs et à la récente décision de la Cour suprême britannique, les marques ont tout intérêt à étendre leurs

droits de propriété intellectuelle en passant par la classe 9.

Cette décision risque de faire jurisprudence en matière de NFT.

Avoir agité le drapeau de la démarche équitable et la liberté artistique a été vain.

Le jury a retenu l'argumentation d'Hermès qui considère que la collection de NFT n'entre pas vraiment dans une démarche artistique, mais davantage commerciale. Mason Rothschild a d'ores et déjà annoncé vouloir faire appel de la décision, la saga judiciaire n'est donc pas achevée.

[11] United Kingdom High Court of Justice, 10 mars 2022, « Lavinia Deborah Osbourne and Person Unknown and Ozone ».

[12] La classe 18 couvre notamment les produits « cuir et imitations du cuir ; peaux d'animaux ; bagages et sacs ».

[13] Natalia Moya Fernández, Nathalie Bourguignat, 6 janvier 2023, « Métavers et NFT: les apports de la classification de Nice », Grant Thornton.



L'ŒIL DE L'EXPERT

Par Maître Céline Moille

Avocat - DELOITTE Société d'Avocats

La question reste ouverte aussi quant à l'appréciation du risque de confusion des biens et services proposés uniquement dans le métavers et ceux enregistrés par les détenteurs de marques ne bénéficiant pas de l'extension de protection pour les marques de renommée [14].

Plus largement, on pourrait se demander aussi quels seraient les critères objectifs qui pourraient s'appliquer pour déterminer la juridiction compétente dans monde virtuel.

À ce jour la réglementation française, mais aussi européenne ne prévoit pas de définition spécifique du NFT. Cette absence de cadre clair nécessite donc de qualifier en amont le produit ou service qui est vendu.

La majeure partie de la doctrine et des praticiens se concentrent non pas sur l'enveloppe (le NFT), mais sur son sous-jacent.

L'Autorité des Marchés Financiers (AMF) préconise une approche au cas par cas pour savoir si le NFT proposé à la vente peut être considéré ou non comme un actif numérique au sens du Code monétaire et financier (article L.54-10-1). L'article précité traite spécifiquement des *Utility tokens* et des « crypto-monnaies ». A noter que les *Security tokens* sont exclus du présent texte.

La pratique démontre également que nous pouvons identifier principalement deux grandes classes d'acquéreurs de tokens, d'une part les investisseurs tournés principalement vers les *Security tokens* (les produits à rendement potentiel), d'autre part, les utilisateurs/consommateurs (qui eux préfèrent les jetons utilitaires).

Si l'analyse conclue à une qualification du NFT en tant qu'actif numérique, l'application du régime des Prestataires de Services sur Actifs Numériques (PSAN) devra être mise en place.

[14] N. Kempton, 9 novembre 2021, IP entering the Metaverse, The IPKat: copyright (ipkitten.blogspot.com).

LES ENJEUX RSE AU CŒUR DE LA SPHERE REGLEMENTAIRE ENTREPRENEURIALE

Par Nadir FERCHICHE & Laurine REBORA

Le 1er décembre 2022, l'Autorité des marchés financiers (AMF) a rendu un rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées.

En pleine prise de conscience sur l'urgence climatique et à la fin de la

I - La recherche de transparence en matière de durabilité des entreprises

Selon IBM (International Business Machines Corporation), parmi les 95% des organisations qui ont élaboré une stratégie RSE, seules

développée de manière concrète en pratique ; ou encore, triste constat, utilisée comme un simple outil marketing. Comme le souligne le considérant 13 de la directive : « De nombreux éléments indiquent que de nombreuses entreprises ne publient pas d'informations significatives sur tous les sujets majeurs



crise sanitaire de la Covid-19, ce rapport positionne la responsabilité sociétale des entreprises au cœur de ces problématiques, suivi par la Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) [1] du 14 décembre 2022 relative à la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises [2].

10% d'entre elles ont réellement réalisé des progrès significatifs en la matière. [3]

Si l'augmentation des questions liées aux enjeux RSE témoigne d'une prise de conscience bienvenue du monde économique, la politique RSE est parfois peu

liés à la durabilité, y compris les informations liées au climat, telles que l'ensemble des émissions de GES et les facteurs qui ont des incidences sur la biodiversité. Le rapport a également mis en évidence des problèmes importants liés à la comparabilité et à la fiabilité limitées des informations

[1] Directive n°2022/2464.

[2] Dir. (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 déc. 2022 modifiant les directives n° 2013/34/UE, n° 2004/109/CE et n° 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, JOUE 16 déc. 2022, L. 322/15.

[3] Rapport "The ESG conundrum" de IBM Institute for Business Value.

liés à la durabilité, y compris les informations liées au climat, telles que l'ensemble des émissions de GES et les facteurs qui ont des incidences sur la biodiversité. Le rapport a également mis en évidence des problèmes importants liés à la comparabilité et à la fiabilité limitées des informations en matière de durabilité ».

Afin de conférer une plus grande effectivité aux enjeux RSE et de mettre fin à l'éco-blanchiment, le texte de décembre 2022 prévoit l'obligation pour les entreprises de publier de manière régulière des données qui décrivent leur impact sociétal et environnemental.

À partir du 1er janvier 2024, cette obligation incombera à 50 000 sociétés européennes, dont 8 000 sociétés françaises, et s'appliquera de manière progressive à partir du 1er janvier 2024 et jusqu'au 1er janvier 2026 [4]. Comme le souligne la doctrine [5] :

« Le bouleversement sera de grande ampleur. »

La directive CSRD a vocation à instaurer une plus grande transparence en précisant la législation en vigueur qui méritait bien d'être complétée pour permettre la circulation d'informations plus détaillées sur les pratiques dites

RSE des entreprises.

Pour ce faire, les entreprises devront également prendre en compte leur impact réel et éventuel sur l'environnement ; et le faire assurer par un tiers compétent tel qu'un commissaire aux comptes.

II - Le reflet de la RSE dans les organes de direction

« De nos jours, un patron doit être révolutionnaire pour pouvoir survivre. »

[6]

Il est fort à parier que le développement des enjeux RSE et des obligations qui lui sont attachées ne cesseront de s'accroître au sein du monde juridique et économique dans les prochaines années. Cette évolution de modèle économique est un tournant stratégique que les entreprises et leurs dirigeants ont tout intérêt à ne pas rater. Comme l'a bien compris l'AMF, le rôle des organes de direction dans ce processus se révélera particulièrement déterminant.

Au sein de son rapport, l'AMF a constaté que sur 50 sociétés cotées, dont 35 appartenant au CAC 40, cinq d'entre elles ont déjà désigné un référent RSE au sein de

leur structure. Par ailleurs, 82 % des sociétés interrogées ont mis en place un comité spécial chargé de ces problématiques.

Si cette désignation témoigne tout de même de la place grandissante des enjeux RSE, l'AMF entend encourager la désignation d'organes de direction exclusivement dédiés à la politique RSE de l'entreprise. Outre cette désignation, il faudra également favoriser la formation des organes de direction actuels et développer les connaissances des membres du conseil d'administration et des comités de direction en la matière [7].

En somme, l'effectivité des organes de direction en matière de RSE reste encore à démontrer. Les travaux et actions concrètes liées à ceux-ci sont faibles ou inexistantes dans 80% des cas, ou du moins, ne sont pas mentionnés dans les comptes-rendus de ces sociétés [8].

III - De la performance financière à la performance extra-financière

Un nouveau dispositif incitatif se développe depuis quelques années, consistant à indexer une partie de la rémunération des dirigeants sur des objectifs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG).

[4] Au 1er janvier 2024, les sociétés de plus de 500 salariés déjà soumises à la directive n° 2014/95/UE et au 1er janvier 2026, les PME cotées.

[5] RSE : un nouveau pallier a été franchi – Bénédicte François – Rev. sociétés 2023. 62.

[6] Vladimir Bukovsky.

[7] 54% des administrateurs et 58% des comités sont composés d'administrateurs disposant d'une compétence en matière de RSE.

[8] RSE : un nouveau pallier a été franchi – Bénédicte François – Rev. sociétés 2023. 62.

Le développement croissant des interactions entre RSE et rémunération variable des dirigeants ne risque pas de s'amoindrir de sitôt. De la loi NRE du 15 mai 2001 à la récente directive CSRD, les exigences du régulateur sont grandissantes sur les enjeux ESG. Les espérances du régulateur amènent à supposer qu'à terme le reporting RSE prenne le pas sur le reporting financier. De la moralité à la légalité, l'incitation des dirigeants à une meilleure prise en compte de la performance extra-financière est désormais imposée.



S'agissant la rémunération des dirigeants en elle-même, celle-ci est sans cesse mise et remise sur le devant de la scène, et ce, particulièrement en temps de crise.

La loi PACTE du 22 mai 2019 a invité à la modération des rémunérations des dirigeants en exigeant la publication du ratio d'équité, c'est-à-dire l'écart de rémunération avec la moyenne et la médiane des salariés, soulevant des interrogations sur les déterminants, le contenu et les finalités de la rémunération des dirigeants.

Le défi repose essentiellement sur l'adéquation d'une telle politique de rémunération incitative avec un modèle de gouvernance actionnariale. En présence d'une gouvernance partenariale, il n'est pas surprenant que ce système d'incitation soit pleinement efficace. S'agissant du premier modèle, l'incitation est marquée par une certaine ambivalence.

LA VIDEOSURVEILLANCE AUTOMATISEE ENTRE CRAINTES ET CRITIQUES

Par Anna HARUTYUNYAN

Le compte à rebours est lancé, les chantiers ont démarré, Paris et la France entière se préparent à accueillir la 23e olympiade de notre ère. Aux côtés de ces ouvriers chargés d'élever de nouvelles bâtisses toujours plus grandioses, les parlementaires se sont donné pour mission de remodeler la législation pour l'adapter aux événements de l'été 2024.

A cet effet, un projet de loi relatif aux Jeux olympiques et paralympiques (JOP) de 2024 a été déposé par le gouvernement et adopté à la majorité [1] par le Parlement le 12 avril dernier. Adopté certes, mais non sans faire débat puisqu'en effet, son article le plus controversé permet que [2] :

« les images collectées au moyen de systèmes de vidéoprotection puissent faire l'objet de traitements comprenant un système d'intelligence artificielle. »

L'objectif est ainsi d'autoriser la vidéosurveillance automatisée - VSA - jusqu'à la fin des Jeux olympiques, et ce, à des fins d'expérimentation.

Concrètement, la VSA consiste à coupler les caméras de surveillance à un logiciel chargé d'analyser les images et de produire des notifications lorsqu'il détecte des événements ou comportements qu'il est programmé et entraîné à détecter. En ce qui concerne le projet de loi, il autorise cette technologie dans l'unique but de détecter « des événements prédéterminés susceptibles de présenter ou de révéler ces risques et de les signaler en vue de la mise en œuvre des mesures nécessaires » [3]. Il pourrait alors s'agir de notifier un bagage abandonné, un mouvement de foule ou encore le déclenchement d'un incendie.

Ce sont justement ces multiples usages possibles qui posent un problème, puisqu'aucune précision

n'est encore donnée sur les comportements que les logiciels vont être programmés à détecter. Là où l'étude d'impact qui accompagne le projet de loi laisse entendre que seront également visés les « événements anormaux » et les « situations présumant la commission d'infractions » [4], le délégué interministériel aux JOP se borne à réitérer que qu'il s'agirait d'« identifier des comportements anormaux dans des foules nombreuses » [5].



[1] Les Echos, 12 avril 2023, « Le Parlement donne le feu vert aux caméras avec algorithmes »

[2] Projet de loi relatif aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024, article 7

[3] Projet de loi relatif aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024, article 7.

[4] Étude d'impact relatif à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques.

[5] Question écrite n° 03707, 10 novembre 2022 Déploiement des algorithmes de vidéo-surveillance lors des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024.

L'absence d'information relative à ce qui constitue un événement ou un comportement anormal a sans grande surprise interpellé les associations telles que la Quadrature du net, mais également le Conseil national du Barreau qui a souligné le danger de renvoyer la rédaction de la définition à un décret ultérieur, donc sans aucun contrôle du législateur. La présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Marie-Laure Denis, n'a pas manqué d'émettre des réserves à son tour quant à l'utilisation de telles technologies, l'institution soulignant alors leur caractère intrusif et les risques qu'elles présentent pour le droit à la vie privée des citoyens [6].

Outre l'absence d'une délimitation de cette notion essentielle qui peut aboutir à des abus et dérives lors de l'utilisation de la VSA, les opposants à la loi dénoncent également les Jeux olympiques en tant que simple prétexte pour introduire l'intelligence artificielle et intensifier la surveillance de masse déjà présente dans un certain nombre de communes. L'inquiétude n'est pas déraisonnable car, bien que la loi prévoie elle-même qu'il s'agira d'une expérimentation limitée dans le temps, l'on peut légitimement se demander s'il sera réellement possible de revenir en arrière une fois que la VSA aura pleinement intégré les systèmes de surveillance.

[6] CNIL, 19 juillet 2022, «Déploiement de caméras augmentées dans les espaces publics : la CNIL publie sa position »

TWO HEADS: BETTER THAN ONE?

By Lara YILMAZ

On the twelfth of May, after so much suspense, Elon Musk made his announcement: Linda Yaccarino, a former director in NBC Universal, is appointed to the highest position at Twitter.

She's now the new CEO of one of the most used social networking platforms in the world, as Elon Musk will keep supporting her as an executive chair and a chief technology officer (CTO).

It has been waited by everyone; today, it has become the object of all discussions from shareholders to users of Twitter.

Why did that decision occur in the economic context of Twitter?

Would that sign a new era for the platform that may need to change?

If Elon Musk's decision has benefitted to both shareholders and the company, we would surely need to debate for the future administration predicted by not only one, but two heads now.

I - A benefit for its shareholders

Before the announce, many people complained about Elon Musk: shareholders (investors, mainly) did not want him to contribute anymore to Twitter's business at the cost of other firms such as Tesla. They wanted him to be fully involved in Tesla's management while Elon Musk was too busy regarding the management of difficulties experienced by Twitter.

The impact of Elon Musk's tweet illustrates this well: on the 12th of May, Tesla's share price had risen by about 2% before declining rapidly. That had to be perceived as a positive signal from investors.

II - A benefit for its company

But why Yaccarino? In order to understand a little better, it's worth nothing the importance of her career. Linda Yaccarino is renowned in the advertising sector, having over thirty years of experience; she generated more than a

hundred billion dollars in advertising sales at NBC Universal; she contributed in such major events as the Super Bowl or even the Olympic Games.

We may understand that this confirms Elon Musk's inclination to make advertising one of the keys to his profitability.

In fact, he offered multiple times signals about new priorities he wishes to give to its networking platform, including the project to offering streaming services via Twitter. Indeed, since Elon Musk's takeover of the platform last October, many advertisers had disengaged themselves due to numerous insecurities and unpredictability in the management of the platform.

This has caused Elon Musk to reprioritize his projects in order to get enough revenue from his business. Therefore, Linda Yaccarino's position could not be better suited for such a purpose. She will be, then, fully capable for signings of commercial transaction projects Elon Musk would ambition for.

Finally, she will surely bring much-needed renewal to the company that has been the subject of so much controversy.

III - Musk vs Yaccarino: the confrontation?

Elon Musk has clearly been proud to announce that new attribution. However, he insisted, twice (in Twitter, the 11th and 12th of May), about the division of roles, Linda Yaccarino focusing on business commercials while he will cooperate for product design and new technologies (as an executive chair and a chief technology officer - CTO), by still being the majority shareholder.

If we still do not know how that duality is going to be perceived (we should probably wait the effective change that will occur soon), we may already assure the complexity of Elon Musk's position. We should remember the main objective of this change that could, however, be potentially controverted if the change is not, at the end of the day, really effective.

Conclusion

If Elon Musk is willing to sacrifice the position he has represented so much, it is not without refusing some concessions.

Despite the new designation, Elon Musk will most certainly be behind the Twitter screen for a long time to come.

Nevertheless, it is interesting to note the impact that a simple tweet can have and the change that results from a new designation, even though the general economic context that surrounds him has predisposed him to do so.

No doubt Elon Musk could have solved the problem in another way, but we should not have expected less from the billionaire who has been transcending the counters for a few years already...



Cette année, le DJCE de Lyon a l'honneur de se placer 2e en termes de moyenne (13,5) et 3e pour le taux de réussite (87%) au certificat de spécialité à l'Université de Montpellier.

Chers partenaires, votre précieux accompagnement a joué un rôle crucial dans la réussite de cet événement marquant dans le parcours des étudiants.

Au cours de ce mois de certification, nos étudiants se sont brillamment illustrés dans divers domaines tels que le droit social, le contentieux, la propriété intellectuelle et, bien entendu, la fiscalité. Nous tenons à souligner que cette réussite n'aurait pu être atteinte sans votre soutien qui a non seulement permis aux étudiants de bénéficier d'une formation de premier ordre, mais a rendu possible le financement intégral de leur participation à ce mois de certification.

Droit social
Elise Le Douairon



Contentieux

Guenaelle Choulet, Lilian Ciriani, Antoine Fradin, Anna Harutyunyan et Pauline Sassard



Droit fiscal

Selima Ammar, Corentin Auve, Carla Bernard, Jeanne Cazorla, Céline Dias, Carla Faravellon, Clara Kizardjian, Marine Leone, Alexandrine Rousseau, Marie Tardini, Valentine Thibault, Gaëtan Valette et Lara Yilmaz



Propriété intellectuelle
Marie Buzolich





*La 46e promotion du DJCE
de Lyon vous souhaite une
bonne continuation.*

ToutLyon

UNE MARQUE

Legal 2 digital

votre média économique et juridique

ANNONCES
LÉGALES
expertlegales.fr

FORMALITÉS
LÉGALES
formalpro.fr

PRESSE
le-tout-lyon.fr



DECouvrez NOS SERVICES SUR
www.legal2digital.fr

