

p.17 Contrats du mois avec Uplex.fr



+ 5 000 contrats en ligne sur www.uplex.fr

(*) Sur abonnement Uplex

- Cahier des charges – 3G
- Contrat d'architecte d'intérieur
- Contrat de commande pour la publicité (*)
- Contrat de réalisation de Vidéoclip (*)
- Contrat de location – Bien meublé (*)

p. 18 Questions du mois

- Citation de références clients
- Pratique de prix différenciés
- Protection juridique des recettes de cuisine
- Protection juridique des jeux de société
- Le placement (audiovisuel) de produits

p. 28 Fiches juridiques (Guide en ligne)

- Protection de la mémoire des défunts
- Mentions légales des sites Internet
- L'image des personnes publiques
- Cadre juridique des balises méta
- Mise en place d'un traitement de données pers.
- Protection des mineurs et jeux vidéo

p. 2 Communication électronique

- Licencié pour navigation internet illicite
- Marithé et François Girbaud c/ eBay
- CD-R et CD-RW brevetés
- Evolution d'un Site de e-commerce
- Téléchargements illicites au travail
- Distribution sélective sur Internet
- Protection des noms de domaine
- Mises à jour de logiciels
- Modération d'une clause pénale
- Procès verbal de réception / livraison
- Lien promotionnels : Interflora c/ Marks & Spencer
- Monopole des jeux d'argent en ligne

p. 6 Audiovisuel & Cinéma

- Retraite des journalistes de l'audiovisuel
- Qualification effective du salarié
- Communication au public d'un programme audiovisuel
- Ouverture de salles de cinéma
- Taxe sur les vidéogrammes
- Requalification de CDD d'usage
- Indemnités de CDD d'usage
- Droit d'agir des syndicats
- Le palier des 140 jours

p. 10 Publicité / Presse / Image

- Cession de droits sur un dépliant publicitaire
- Démarchage par les avocats, bientôt possible ?
- Protection des plaquettes publicitaires
- Clause d'exclusivité entre professionnels
- Miss Europe Organisation c/ Harfouch
- Images des sportifs professionnels
- Photographies osées
- Parfaite cession de droit à l'image
- Validité de la citation pour injure
- Aide exceptionnelle aux diffuseurs de presse
- Bettencourt c/ Le Point

p. 14 Prop. Intellectuelle / Spectacle vivant

- Protection des tableaux végétaux
- Louis Vuitton Malletier c/ H&M
- Modèles similaires mais non identiques
- Compétence du TGI en matière de dessins et modèles
- Redevances de gestion collective
- Contrat de licence de marque
- Tendances de la mode
- Garantie d'éviction et prescription

Licencié pour navigation internet illicite

L'usage par le salarié, à des fins personnelles, de la connexion Internet sur son lieu de travail pour consulter des sites Internet non professionnels, la plupart à contenu de vidéos à caractère sexuel ou des sites de rencontre est constitutif d'une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise.

> Décision n° 4717

Marithé et François Girbaud c/ eBay

Dans le procès en contrefaçon opposant Marithé et François Girbaud à eBay, le TGI de Paris n'était pas en droit de se déclarer territorialement compétent à l'égard de la société de droit américain Ebay Inc sur la seule base que le site ebay.com exploité aux Etats-Unis est accessible sur le territoire français (publiant des annonces de vente de produits contrefaisants rédigés en anglais).

Les juges suprêmes ont précisé que la seule accessibilité d'un site Internet sur le territoire français n'est pas suffisante pour retenir la compétence des juridictions françaises, prises comme celles du lieu du dommage allégué. Il convient, pour les juges du fond, de rechercher si les annonces litigieuses sont destinées au public français (langue ...). En la matière, l'article 46 du code de procédure civile, dispose que le demandeur à une action contentieuse peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur :

- en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ;
- en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ;
- en matière mixte, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble ;
- en matière d'aliments ou de contribution aux charges du mariage, la juridiction du lieu où demeure le créancier.

> Décision n° 4718

CD-R et CD-RW brevetés

Les CD-R et les CD-RW (réinscriptibles) sont protégés par des brevets déposés par la société Philips. Des supports CD et DVD détenus et commercialisés par un revendeur sont contrefaisants dès lors qu'ils proviennent de fournisseurs qui n'ont pas obtenu de licences de la part de la société Philips ou dont les licences n'étaient pas en vigueur ou étaient expirées à la date de la facturation.

> Décision n° 4719

Evolution d'un site de e-commerce

Un site Internet qui a fait l'objet d'une refonte / évolution par un nouveau prestataire peut être qualifié d'œuvre composite. Toutefois, pour être protégé par le droit d'auteur, l'intégration de l'œuvre première (1ère version du site) dans l'œuvre seconde (nouvelle version du site) suppose que la condition d'originalité de l'article L.111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle soit satisfaite.

> Décision n° 4720

Sanction des téléchargements illicites au travail

C'est à la suite d'un contrôle de bande passante (sur-traffic anormal généré par un ordinateur portable professionnel) que l'employeur de M.X a constaté que son salarié avait procédé à un téléchargement intensif et personnel de films-notamment pornographiques-causant des perturbations dans l'accès au réseau de l'ensemble des collaborateurs.

Monsieur Mathieu X. a été convoqué à un entretien préalable en vue d'une sanction disciplinaire (rétrogradation de poste), par lettre recommandée avec accusé de réception. Ayant refusé cette sanction, le salarié a par la suite été licencié pour faute (1). Le salarié a contesté avec succès son licenciement, celui-ci a été jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse pour une question de procédure.

En matière de sanction, aucun fait fautif ne peut donner lieu, à lui seul, à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois, courant à compter du jour où l'employeur a eu une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits fautifs reprochés au salarié (article L. 1332-4 du code du travail). Suivant le principe " non bis in idem ", aucun fait fautif ne peut donner lieu à une double sanction. Par conséquent, l'employeur de M.X, ayant épuisé son pouvoir disciplinaire par l'application immédiate de la rétrogradation du Salarié et ne pouvait prononcer, ultérieurement, un licenciement au vu des mêmes faits.

(1) Lorsqu'une sanction disciplinaire implique une modification du contrat de travail du salarié (la rétrogradation impliquant une telle modification), elle est suspendue à l'accord ou au refus du dit salarié. En cas de refus, l'employeur peut prendre une autre sanction, qui peut aller jusqu'au licenciement. Le refus qu'oppose le salarié à la sanction disciplinaire projetée, entraîne une nouvelle interruption du délai de prescription.

> Décision n° 4721

Distribution sélective sur Internet

Dans le litige opposant la société Pierre Fabre Dermo cosmétique à la société Easypharmacie, la Cour de cassation vient de sanctionner les juges du fond pour renversement de la charge de la preuve.

Il appartient au propriétaire d'un réseau de distribution sélective qui invoque l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant de la commercialisation de ses produits hors réseau, d'établir la licéité de son réseau au regard des règles du droit de la concurrence (et notamment de l'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce) (1).

(1) *"I.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :...*

6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence"

> Décision n° 4723

Protection des noms de domaine

Les titulaires des marques « Encres Station » et des noms de domaine « encrestation.com » et « encrestation.fr » ont poursuivi en contrefaçon la société CARTOUCH'ECO INFORMATIQUE du fait de l'utilisation abusive du nom de domaine « encrestation.net ». Sans surprise, les titulaires ont obtenu l'interdiction sous astreinte, pour la société CARTOUCH'ECO INFORMATIQUE, de faire usage du nom de domaine « encrestation.net ».

Dans une seconde espèce, il a été jugé que le titulaire d'une dénomination sociale (nom de société) et d'une marque du même nom est en droit d'interdire l'utilisation d'un nom de domaine en .fr (illustria.fr) reproduisant sa marque par un tiers. La dénomination sociale d'une société qui l'identifie, est protégée sans qu'il soit besoin de justifier que celle-ci est connue sur l'ensemble du territoire national.

La réservation d'un nom de domaine reprenant à l'identique la dénomination sociale d'une entreprise, sans qu'il soit tenu compte des protocoles web, et utilisés de manière générale, établit un risque de confusion sur l'origine du nom de domaine dans l'esprit du public.

> Décisions n° 4724, 4725

Mises à jour de logiciels

Lors de la conclusion de tout contrat de commande de matériels, progiciels, logiciels et de diverses prestations d'assistance informatique, la question des mises à jour est fondamentale et donne lieu à un contentieux récurrent. Par défaut les mises à jour de logiciels ne sont pas incluses dans les contrats de licence.

Pour éviter tout risque juridique, les éditeurs peuvent stipuler la clause selon laquelle « Les mises à jour des progiciels auteurs et des logiciels sont expressément exclues du présent service et il appartient au client de se les faire communiquer moyennant facturation selon les tarifs indiqués ».

> Décisions n° 4726

Modération d'une clause pénale

Le juge a toujours la faculté de modérer une clause pénale excessive. En application des dispositions de l'article 1152, alinéa 2, du code civil, il convient d'écarter une clause pénale de 10% s'ajoutant à une indemnité de résiliation égale à l'intégralité des loyers d'un site Internet restant à courir au jour d'une résiliation (loyers devenus immédiatement exigibles).

> Décisions n° 4727

Procès verbal de réception / livraison

Une société qui a signé le procès-verbal de réception d'un site Internet commandé et en l'absence d'éléments extrinsèques, n'est plus en mesure de contester la conformité du site à ses demandes. Par ailleurs, le contrat de conception de site Internet peut paralyser la faculté (reconnue tacitement au Client dans tout contrat) de ne plus payer la prestation en cas de problèmes liés à l'exécution du contrat de prestations (dysfonctionnements techniques, lenteur du site ...).

En revanche, le procès verbal de réception ne peut être signé avant la mise en place du site internet puisque le preneur ne peut contrôler le fonctionnement d'un site qui n'existe pas.

La distinction entre "procès-verbal de réception" et "procès-verbal de livraison" n'est pas impérative dans la mesure où même si livraison et réception sont deux actes que l'on peut théoriquement distinguer, la prestation portant sur des " prestations informatiques " l'intention commune des parties peut être de donner le même sens à ces deux notions.

> Décisions n° 4728, 4729

Lien promotionnels : Interflora c/ Marks & Spencer

Marks & Spencer (1) se voyait reprocher d'avoir, dans le cadre du service Google AdWords, d'avoir réservé les mots clefs et marques « Interflora » ainsi que ses déclinaisons.

Saisie de l'interprétation à donner à la notion d'usage illicite de marque, les juges européens ont rappelé que le simple usage de la marque d'un tiers sur Google AdWords n'était pas en lui-même contrefaisant. En effet, pour qu'il y ait contrefaçon, l'usage d'une marque par un tiers (pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels elle est enregistrée), doit porter atteinte à l'une des « fonctions » de la marque. La fonction essentielle de la marque est de garantir aux consommateurs la provenance du produit ou du service couvert par la marque (fonction d'indication d'origine), les autres fonctions étant, notamment, celles de publicité et d'investissement.

Se référant à la jurisprudence Google (2), la CJUE a considéré qu'il y a bien atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque lorsque l'annonce affichée à partir du mot clé correspondant à la marque ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers (en d'autres termes l'existence d'un risque de confusion).

Il y a également atteinte à la fonction d'investissement de la marque, lorsque l'usage de la marque par un tiers gêne de manière substantielle l'emploi, par le titulaire, de sa marque pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs. Dans une situation où la marque bénéficie déjà d'une réputation, il est porté atteinte à la fonction d'investissement lorsque cet usage affecte cette réputation et met ainsi en péril le fait d'attirer et de fidéliser des consommateurs.

Les juges européens ont également précisé que les marques notoires bénéficient d'une protection étendue : la sélection sans « juste motif », dans le cadre d'un service de référencement, de signes identiques ou similaires à une marque renommée d'autrui peut s'analyser comme un acte de parasitisme.

En revanche, est licite l'usage de la marque notoire pour des produits ou services distincts et dans le cadre d'une concurrence saine et loyale (exemple : offre de produits ou services de substitution, usage nécessaire de marques de tiers ...)

Il appartient aux juridictions nationales, au cas par cas, de vérifier si le tiers a, par un usage de mots-clés correspondant à la marque de son concurrent, dans le cadre du service de référencement de Google, porté atteinte à l'une des « fonctions » de la marque ou commis un acte de parasitisme.

(1) Marks & Spencer est une société de droit anglais qui commercialise notamment un service de vente et livraison de fleurs.

(2) CJUE, 23 mars 2010, Google France & Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier, affaires jointes C-236/08 à C-238/08

> Décisions n° 47

Monopole des jeux d'argent en ligne

Les deux fondateurs du groupe multinational de jeux en ligne bet-at-home.com (MM. Dickinger et Ömer) ont fait l'objet, en Autriche, de poursuites pénales pour violation du droit autrichien sur les jeux de hasard. La Cour de justice a été saisie de plusieurs questions préjudicielles sur la légalité du monopole d'Etat autrichien (1) sur les jeux de hasard sur Internet.

Selon la jurisprudence constante de la CJUE, un monopole sur les jeux de hasard constitue une restriction à la libre prestation des services mais une telle restriction peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général telles que l'objectif d'assurer un niveau de protection particulièrement élevé des consommateurs. Les objectifs poursuivis par l'Etat membre doivent être clairement identifiés et les mesures prises doivent être proportionnelles à ces objectifs.

Les juges européens ont rappelé que le seul objectif de maximiser les recettes du Trésor public ne permet pas de justifier la restriction à la libre prestation de services induit par un monopole d'Etat. Une politique commerciale expansionniste, dont l'objectif est l'accroissement du marché global des activités des jeux, n'est pas cohérente avec l'objectif de lutte contre les activités criminelles et frauduleuses. En conséquence, seule une publicité des jeux d'argent mesurée et strictement limitée à ce qui est nécessaire pour canaliser les consommateurs vers les réseaux de jeu contrôlés peut être admise.

Concernant la reconnaissance des « licences de jeux » maltaises et de pays tiers à l'Union, la CJUE a réitéré qu'en l'absence d'harmonisation de la réglementation du secteur des jeux d'argent au niveau de l'Union, aucune obligation de reconnaissance mutuelle des autorisations délivrées par les autres États membres ne saurait exister en l'état actuel du droit de l'Union.

(1) Les jeux de casino en ligne sont soumis à un monopole d'Etat dont la concession a été octroyée jusqu'en 2012 à la société de droit privé Österreichische Lotterien GmbH.

> Décisions n° 4732

Retraite des journalistes de l'audiovisuel

En matière de départ à la retraite d'un journaliste de l'audiovisuel employé par une chaîne de télévision, l'article 51 de la convention collective des journalistes est pleinement applicable. Ce dernier dispose que lorsque le journaliste atteint l'âge de 65 ans (ou de 60 ans en cas d'inaptitude au travail reconnue par la sécurité sociale), l'employeur peut le mettre à la retraite, sans que cette décision puisse être considérée comme un licenciement.

Le journaliste perçoit lors de la cessation de son activité, en sus de sa dernière mensualité, une indemnité de départ à la retraite (trois mois de salaire brut soit le montant dû à un salarié ayant plus de dix ans de présence dans l'entreprise). Dans tous les cas, l'employeur se doit de respecter un délai de prévenance de 3 mois.

En application de l'article 1237-5 du Code du travail, la mise à la retraite s'entend de la possibilité donnée à l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié ayant atteint l'âge mentionné au 1° de l'article L 351-8 du Code de la sécurité sociale soit 65 ans.

Le salarié mis à la retraite ne peut en conséquence se prévaloir de l'absence d'entretien préalable ni de ce qu'il a été victime de discrimination en raison de son âge.

> Décisions n° 4751

Qualification effective du salarié

Il arrive qu'un salarié du secteur audiovisuel n'exerce pas les fonctions pour lesquelles il a été recruté. Dans ce dernier cas, il appartient au salarié de demander la requalification de son emploi.

Ainsi un salarié affecté à la direction technique d'une chaîne de télévision en qualité de chef-monteur (groupe de qualification « B. 16-0 Technicien supérieur de production ») a la faculté de demander à la juridiction prudhomale la requalification de son emploi en chef de production, 1re catégorie, qualification B. 24 s'il occupe réellement cet emploi. Il résulte des dispositions de la convention collective de la

production audiovisuelle que le « Chef de production 1^{ère} catégorie » est le « Responsable habilité par l'employeur vis-à-vis du réalisateur ou du journaliste pour gérer et organiser les productions qui lui sont confiées, en collaboration avec le chef d'atelier. Il est chargé de mettre en oeuvre et de diriger les moyens techniques et en personnel. Dans l'exercice de ses attributions il représente l'entreprise auprès des clients et des tiers ».

> Décisions n° 4752

Communication au public d'un programme audiovisuel

La notion de communication au public de programmes audiovisuels couvre bien la transmission d'œuvres radiodiffusées, au moyen d'un écran de télévision et de haut-parleurs, aux clients présents dans un café-restaurant. Cette interprétation est conforme à la convention de Berne et du traité sur le droit d'auteur, de la directive sur le droit d'auteur et de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

La notion de communication comprend le «fait de rendre audibles par le public les sons ou représentations de sons fixés sur un phonogramme» et qu'elle englobe la radiodiffusion ou «une communication quelconque au public». Ladite notion englobe une communication par haut-parleur ou par tout autre instrument transmetteur de signes, de sons ou d'images, en couvrant un moyen de communication tel que l'affichage des œuvres sur un écran. Il convient d'entendre la notion de communication de manière large, comme visant toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé techniques utilisés.

Suivant une telle interprétation, la Cour de justice de l'Union européenne a déjà jugé qu'un propriétaire d'un établissement hôtelier réalise un acte de communication lorsqu'il permet à ses clients d'accéder aux œuvres radiodiffusées au moyen d'appareils de télévision, en distribuant, en pleine connaissance de cause, dans les chambres de l'hôtel le signal reçu, porteur des œuvres protégées.

La communication au public couvre toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication.

En conséquence, toute communication au public du programme ou de l'œuvre suppose l'autorisation des auteurs ou titulaires de droits. En effet, en autorisant une radiodiffusion de leurs œuvres, les auteurs ne prennent en considération, en principe, que les détenteurs d'appareils de télévision qui, individuellement ou dans leurs sphères privée ou familiale, reçoivent le signal et suivent les émissions. Or, dès lors qu'une transmission d'une œuvre radiodiffusée se fait dans un lieu accessible au public à l'intention d'un public supplémentaire qui est admis par le détenteur de l'appareil de télévision à bénéficier de l'écoute ou de la visualisation de l'œuvre, une telle intervention délibérée doit être considérée comme un acte par lequel l'œuvre en question est communiquée à un public nouveau. Cette interprétation est d'autant plus justifiée que la transmission de l'œuvre à un public nouveau se répercute sur la fréquentation de l'établissement (café, hôtel ...) et, au bout de compte, sur ses résultats économiques (il s'ensuit que la communication au public en question revêt un caractère lucratif).

> Décisions n° 4753

Ouverture de salles de cinéma

Toute d'ouverture de salle de cinéma est soumise à une procédure d'autorisation à présenter à la commission départementale d'équipement cinématographique géographiquement compétente.

Celle-ci a pour mission d'apprécier, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si un projet soumis à autorisation est de nature à compromettre, dans la zone d'attraction concernée, l'équilibre recherché par le législateur entre les différentes formes d'exploitation cinématographique et, dans l'affirmative, de rechercher si ce déséquilibre est compensé par les effets positifs du projet appréciés, d'une part, en tenant compte de sa contribution à l'emploi, à l'aménagement du territoire, à la concurrence, à la modernisation des équipements cinématographiques et, plus généralement, à la satisfaction des besoins de la

population et, d'autre part, en évaluant son impact sur les conditions de circulation et de stationnement aux abords du site envisagé.

Dans l'affaire soumise, il a été jugé que la commission départementale n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en autorisant l'ouverture d'un multiplex.

Après réalisation du projet de multiplex, la densité d'équipements s'établirait, dans la zone d'attraction concernée, à un fauteuil pour 18/22 habitants, soit un niveau très nettement supérieur à la moyenne constatée dans les agglomérations comparables. Toutefois, la commission départementale était en droit de retenir les avantages attendus du projet au regard des autres critères prévus par le législateur. Celle-ci a notamment estimé que l'implantation du multiplex en centre ville aurait l'avantage d'y attirer un public qui, soit ne fréquente plus les cinémas du centre-ville, soit est obligé de se déplacer en périphérie. Elle a également relevé l'avantage que présenterait l'arrivée sur le marché d'un opérateur ayant le mérite d'améliorer la qualité de l'offre cinématographique en réservant au moins deux écrans aux films arts et essais y compris des films dits difficiles, en version originale, films non programmés jusqu'alors dans l'agglomération.

> Décisions n° 4754

Taxe sur les vidéogrammes

La société Vidéo Futur n'a pas obtenu la restitution de la taxe sur les ventes et locations de vidéogrammes destinés à l'usage privé du public (1). La société faisait valoir que ladite taxe était une aide incompatible avec l'article 107 du nouveau Traité de l'Union européenne (2).

Les juges administratifs ont considéré qu'il n'y avait pas lieu à renvoi pour question préjudicielle, à la Cour de justice de l'Union européenne. Il résulte de la décision prise par la Commission européenne en matière de régimes d'aide au cinéma et à l'audiovisuel, qu'au cours de la procédure engagée par la Commission européenne (à la suite de la plainte du 3 octobre 2001

présentée par la société TF1 à l'encontre de certaines modalités du système de soutien français au cinéma et à l'audiovisuel), les autorités française ont notifié à la Commission européenne l'ensemble des régimes d'aide au cinéma et à l'audiovisuel. Par sa décision du 22 mars 2006, la Commission européenne a déclaré ce nouveau régime de soutien à la production cinématographique et audiovisuelle compatible avec l'article 107 du Traité.

(1) Aux termes de l'article 302 bis KE du code général des impôts, il a été institué à compter du 1er juillet 2003, une taxe sur les ventes et locations en France, y compris dans les départements d'outre-mer, de vidéogrammes destinés à l'usage privé du public. Cette taxe est due par les redevables qui vendent ou louent des vidéogrammes à toute personne qui elle-même n'a pas pour activité la vente ou la location de vidéogrammes. La taxe est assise sur le montant hors taxe sur la valeur ajoutée du prix acquitté. Le taux de la taxe a été fixé à 2 %. La taxe est éligible dans les mêmes conditions que celles applicables en matière de TVA. Elle est constatée, liquidée, recouvrée et contrôlée selon les mêmes procédures et sous les mêmes sanctions, garanties, sûretés et privilèges que la TVA.

(2) « *Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* »

> Décisions n° 4755

Requalification de CDD d'usage

Mme L., employée par France 3 par différents contrats à durée déterminée de maquilleuse (pendant 8 années), a obtenu la requalification de sa relation de travail en contrat à durée indéterminée à temps partiel.

Les articles L1242-1 et 2 du Code du travail posent qu'un CDD ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Il ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire et seulement dans les cas déterminés par ce texte et en particulier, pour les emplois dans certains secteurs d'activité, visés par l'article D 1242-1, du Code du travail, comme celui de l'audiovisuel où il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois.

Le juge doit rechercher si pour l'emploi concerné, et sauf si une convention collective prévoit en ce cas le recours à un CDI, il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir à un tel contrat. En cas de contestation, c'est à l'employeur de rapporter la preuve de l'usage constant invoqué (et/ou) de vérifier que le recours à l'utilisation de CDD successifs est justifié par des raisons objectives qui s'entendent d'éléments concrets établissant la caractéristique par nature temporaire de l'emploi.

La convention collective de la production audiovisuelles et l'accord collectif national branche de la télédiffusion autorisent le recours au CDD pour un emploi de maquilleuse. S'agissant d'un CDD d'usage, l'accord collectif prescrit que 'le recours à ce type de contrat n'est justifié que lorsque cet emploi s'exerce dans les circonstances suivantes : lorsque pèsent sur ces activités des incertitudes quant à leur pérennité ou lorsqu'elles ont un caractère exceptionnel ou événementiel ou lorsqu'elles requièrent des compétences techniques ou artistiques spécifiques. La durée de la collaboration est alors liée en tout ou partie à la durée du programme ou de la production, objet contrat. Tout contrat conclu en méconnaissance de ces dispositions est réputé à durée indéterminée.

> Décisions n° 4756

Indemnités de CDD d'usage

En cas de requalification de ses CDD d'usage en un CDI, le salarié a le droit, outre à une indemnité de requalification, à une prime d'ancienneté, une prime de fin d'année, au remboursement des frais de l'article 700 du code de procédure civile, mais également à un rappel de supplément familial. En effet, selon l'article 25 Bis 3 de l'annexe 9 de la convention collective de la production audiovisuelle, le salarié a le droit de percevoir, comme les salariés statutaires, un supplément familial versé mensuellement et fixé à 40 points d'indice pour chacun des deux premiers enfants.

> Décisions n° 4757

Droit d'agir des syndicats

En application de l'article L1247-1 du code du travail, les organisations syndicales sont habilitées à exercer en justice toute action visant à la requalification de la collaboration d'un salarié en CDD en un CDI.

Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes les actions en faveur d'un salarié, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé. Le salarié doit cependant en être averti et ne doit pas s'y être opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention. Le salarié peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre un terme à tout moment.

> Décisions n° 4758

Le palier des 140 jours

La Convention collective nationale de la production audiovisuelle interdit la succession de CDD dans une même entreprise au-delà d'une durée de 140 jours travaillés sur une période de 52 semaines consécutives. Tout dépassement de ce palier entraîne la requalification de la relation de travail en CDI.

Par ailleurs, dans cette affaire, les juges ont retenu que l'usage constant de recourir à des CDD n'est pas établi pour le poste de chef opérateur son.

> Décisions n° 4759

Cession de droits sur un dépliant publicitaire

En matière de cession de droits, un dépliant publicitaire est soumis au régime du contrat de commande pour la publicité. La validité de la cession sur un dépliant est soumise à la condition que le contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'oeuvre en fonction notamment de la zone géographique, de la durée d'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support.

En l'absence de clause spécifique, l'utilisation de l'adaptation du dépliant pour une offre promotionnelle au bénéfice d'un tiers n'est pas autorisée (sauf à disposer des droits d'exploitation pour tous supports).

> Décision n° 4733

Démarchage par les avocats, bientôt possible ?

La Cour de justice de l'Union européenne vient de juger qu'une réglementation nationale ne peut interdire totalement, aux experts-comptables, d'effectuer des actes de démarchage (toute prise de contact avec un tiers qui ne l'a pas sollicitée, en vue de proposer ses services à ce dernier).

Une telle interdiction est prohibée par la directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 dite « Services » et constitue une restriction à la libre prestation des services transfrontaliers. Par transposition, les avocats sont également concernés, la suppression de l'interdiction de démarchage semble bien connaître ses dernières années d'existence. Si le démarchage pourrait être autorisé, il serait néanmoins encadré. En effet, les États membres restent libres de prévoir des interdictions relatives au contenu ou aux modalités des communications commerciales pour les professions réglementées, pour autant que les règles édictées sont justifiées et proportionnées afin d'assurer l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession ainsi que le secret professionnel.

Le droit de l'Union ne comportant pas de définition légale de la notion de « démarchage », la Cour de justice de l'Union européenne l'interprète comme une forme de

communication d'informations destinée à rechercher de nouveaux clients qui implique un contact personnalisé entre le prestataire et le client potentiel, afin de présenter à ce dernier une offre de services. Il peut, de ce fait, être qualifié de marketing direct. Le démarchage constitue donc une communication commerciale au sens de la directive Services.

Pour rappel, la directive « Services » vise à établir un marché des services, libre et concurrentiel, pour favoriser la croissance économique et la création d'emplois dans l'Union européenne. À ce titre elle prévoit l'élimination des obstacles à la liberté d'établissement et à la libre circulation des services entre États membres, tels que les interdictions totales de toutes formes de communications commerciales pour les professions réglementées permettant de promouvoir, directement ou indirectement, les biens, les services ou l'image d'une entreprise. La directive vise par ailleurs à sauvegarder les intérêts des consommateurs en améliorant la qualité des services des professions réglementées dans le marché intérieur (source : Curia.eu).

> Décision n° 4734

Protection des plaquettes publicitaires

S'expose à une condamnation pour contrefaçon, la Société qui s'inspire largement d'une plaquette publicitaire existante d'un concurrent (qualifiée d'originale par les juges).

La ressemblance des deux plaquettes était telle qu'il était impossible de penser, pour n'importe quel client, qu'il s'agisse de services proposés par deux sociétés différentes, tout étant organisé afin d'établir une confusion totale dans l'esprit des clients potentiels (activité d'archivage numérique).

> Décision n° 4735

Clause d'exclusivité entre professionnels

Est licite la clause d'un contrat partenariat conclu entre les sociétés Pinault-Printemps-Redoute (PPR), Conforama holdings, Fnac et Redcats , dépourvue de toute ambiguïté et prévoyant l'interdiction pour la société Fnac de s'abstenir de mettre sur le marché français d'autres cartes cadeaux prépayées ou chèques cadeaux que les solutions Kadeos.

Cette exclusivité contractuelle est valide y compris pour les cartes "mono-enseigne" (émises en propre au nom des sociétés du Contrat de partenariat). Dans cette affaire, aucune pratique anticoncurrentielle n'a été retenue.

> Décision n° 4736

Miss Europe Organisation c/ Harfouch

La clause d'un contrat obligeant l'une des parties à ne pas porter atteinte à l'image de l'autre partie est valide et ne relève pas du droit spécial de la presse.

Dans le cadre de l'organisation du concours de Miss Europe, M. Harfouch a ainsi été condamné à 15 000 euros de dommages et intérêts pour n'avoir pas respecté la clause de son contrat de licence selon laquelle « le licencié s'engage dans le cadre de la communication relative au Concours et au Programme, à ne pas porter atteinte à l'image et à la réputation du concours MISS EUROPE, du Format, du Concours et/ou du Programme, ni à celle de Miss Europe Organisation, le groupe auquel elle appartient et/ou à leur partenaires ».

M. Harfouch avait dans des journaux, prétendu avoir été abusé sur la qualité des Miss présentées, qui n'étaient pas des « vraies » et que le vote avait été influencé au profit de la candidate française, laquelle n'était donc pas une Miss Europe légitime.

> Décision n° 4737

Images des sportifs professionnels

Un sportif professionnel qui a donné l'autorisation verbale de se faire photographier pour une revue (Karaté bushido) en échange de la libre utilisation des clichés pris à des fins promotionnelles a bien renoncé à son droit à l'image et ne peut poursuivre l'auteur des photographies.

Dans cette affaire, pour avoir poursuivi le photographe bénéficiant d'une autorisation gratuite, le sportif a été condamné pour procédure abusive. En application de l'article 32-1 du code de procédure civile, la somme de 1.500 euros a été allouée au photographe à titre de dommages et intérêts.

> Décision n° 4738

Photographies osées

Lors d'une fin de soirée, des élèves (féminines) sous-officier ont réalisé dans une de leurs chambres, avec un appareil numérique, des photographies d'elles-mêmes en petite tenue avec des effets de la Marine Nationale. Lesdites photographies ont été diffusées dans la plupart des bases navales et aériennes, avant d'être placées sur le site de partage Emule et le site internet de rencontres Badoo. Les élèves qui ont fait l'objet de sanctions disciplinaires pour délit d'outrage à l'Armée ont contesté devant les tribunaux avoir été à l'origine de la divulgation et ont fait valoir une atteinte à leur vie privée.

Pour donner gain de cause aux demanderesses, les juges ont appliqué le principe de droit : toute personne, quelle que soit sa notoriété, a droit, en application de l'article 9 du code civil, au respect de sa vie privée et est fondée à en obtenir la protection en fixant elle-même les limites de ce qui peut être divulgué à ce sujet, toute personne disposant également, en application du même texte, d'un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à la reproduction de son image, sans son consentement préalable.

Le fait d'appartenir à un corps militaire ne fait pas obstacle au respect de la vie privée dès lors que les personnes concernées agissent en dehors de leur service, pendant leur temps libre et qu'elles ne sont plus sous l'autorité d'aucun officier supérieur.

La diffusion sans leur accord des photographies en cause constitue tant une atteinte à la vie privée des demanderesse qu'au droit dont elles disposent sur leur image. La réparation du préjudice a été limitée (500 euros de dommages et intérêts).

> Décision n° 4739

Parfaite cession de droit à l'image

Une personne qui a cédé son droit à l'image moyennant une rémunération même dérisoire, n'est pas habilitée à contester la cession globale et générale consentie (cession pour des magazines de la presse "grand public", pour des salons professionnels, sur la page d'accueil du site internet de LCI ...). Dans l'affaire soumise l'utilisation de l'image de la personne filmée et photographiée n'excédait pas les termes du contrat consenti.

> Décision n° 4740

Validité de la citation pour injure

En matière de délits de presse, le fait de créer une équivoque quant au fondement juridique de l'action introduite par la victime (délits de presse ou responsabilité de droit commun) ne rend pas nulle la citation délivrée.

Dans l'affaire soumise concernant une lettre / pièce jointe électronique, la victime faisait état d'imputations injurieuses et de condamner le responsable en application des articles 29 de la loi du 29 juillet 1981, à défaut 1382 du code civil.

La Cour de cassation a précisé que la citation est valable dès lors que, par le visa de l'article de la loi du 29 juillet 1881 réprimant le délit imputé, elle ne laisse aucune incertitude sur son objet exact ni ne peut provoquer, dans l'esprit des personnes poursuivies, aucun doute sur les faits qui leur sont reprochés, peu important la référence à titre subsidiaire à l'article 1382 du code civil.

> Décision n° 4741

Aide exceptionnelle aux diffuseurs de presse

Le décret du 8 septembre 2011 a institué une aide exceptionnelle de 1500 à 2000 euros au bénéfice des diffuseurs de presse spécialistes et indépendants pour l'année 2011. Sont considérés comme diffuseurs de presse spécialistes : les exploitants de kiosques à journaux et les diffuseurs bénéficiant de petites superficies d'exploitation qui respectent les conditions cumulatives suivantes :

– ils disposent d'une surface totale de vente de 30 mètres carrés au plus ;

– ils consacrent au moins 50 mètres linéaires développés à la vente de la presse ;

– ils réalisent un chiffre d'affaires annuel relatif à l'activité de vente de la presse d'au moins 90 000 euros.

Les diffuseurs de presse qui exposent en vitrine, lorsqu'ils en disposent, la presse tant quotidienne que magazine, en assurant une rotation régulière des titres, peuvent aussi bénéficier du nouveau dispositif d'aide à la condition :

- d'ouvrir six jours par semaine dont obligatoirement le dimanche matin ; soit six jours par semaine, à raison de neuf heures par jour ; soit six jours par semaine en respectant l'un des horaires suivants : ouverture au plus tard à 6 h 30, sans interruption entre 12 heures et 14 heures, jusqu'à 19 h 30 ;

– consacrer à l'exposition de la presse une part minimum de leur linéaire au sol, en fonction de la superficie du point de vente : 58 % jusqu'à 20 mètres carrés, 51 % entre 20 et 40 mètres carrés, 47 % entre 40 et 60 mètres carrés, 44 % entre 60 et 100 mètres carrés, 33 % entre 100 et 150 mètres carrés et 25 % pour plus de 100 mètres carrés ;

– disposer d'un linéaire mural consacré à la presse de 4 mètres au sol au minimum ; – posséder une enseigne de presse en façade du magasin, sous réserve des réglementations applicables.

> Texte n° 1010

Bettencourt c/ Le Point

La Cour de cassation vient de censurer une importante décision rendue en appel, au bénéfice du magazine Le Point dans l'affaire des écoutes téléphoniques de Liliane Bettencourt.

Les juges du fond avaient considéré que l'article 226-2 du code pénal (1) qui prend place dans un chapitre VI du Code pénal intitulé "Des atteintes à la personnalité" et à la section intitulée "De l'atteinte à la vie privée" n'englobe pas tout enregistrement de propos effectués sans le consentement de l'auteur qui les a tenus, mais uniquement ceux qui portent atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui.

De fait, la retranscription des écoutes publiée dans le magazine Le Point ne tombait pas sous le coup de l'incrimination pénale dans la mesure où la discussion des personnes enregistrées ne portait que sur la gestion patrimoniale et financière de la fortune Bettencourt et présentait donc une nature professionnelle (la publication des propos relevant de la légitime information du public).

Les juges suprêmes ont censuré cette interprétation : constitue bien une atteinte à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement ou la transmission sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel. En conséquence, il convient désormais de s'attacher non pas au contenu des paroles prononcées pour déterminer si celles-ci sont privées mais au contexte de la captation (selon la formule de la Cour de cassation « à titre privé »).

(1) Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende, le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

> Décision n° 4742

Protection des tableaux végétaux

Le concept des tableaux végétaux n'est pas en soi protégeable. Aucune faute ne peut être reprochée à une société qui exploite ce concept en commercialisant des boîtes carrées, dans lesquelles des orifices ronds permettent de placer des pots, le client composant lui-même sa boîte florale en adaptant sa composition. L'idée d'accrocher des tableaux végétaux aux murs, n'est, par nature, pas susceptible d'une protection par le droit d'auteur.

Au moment de l'achat, comme après installation, les tableaux végétaux argués de contrefaçon ne produisent pas une impression visuelle similaire et ne sont pas composés des mêmes matériaux. En conséquence, la concurrence déloyale et le parasitisme ont également été exclus.

> Décision n° 4743

Louis Vuitton Malletier c/ H&M

La société H&M a été condamnée pour contrefaçon (75 000 euros à titre de dommages et intérêts) pour avoir fait poser ses mannequins-robe, dans des modèles de souliers déposés par la société Louis Vuitton Malletier (modèle de soulier « Emily »).

Sans qu'il ait été nécessaire de se prononcer sur la pertinence de la théorie de l'accessoire (l'objet de la photographie étant de promouvoir une robe), les juges ont considéré que les reproductions photographiques des souliers ne présentaient pas un caractère accessoire et engageaient la responsabilité de la société H&M.

Bien que la robe occupe une place centrale dans le décor des photographies, il demeurerait que, la place des chaussures n'était pas accessoire dans la mesure où le mannequin, photographié de face, ne portait qu'une robe courte de couleur bleue, des jambières de couleur sombre et les souliers revendiqués. Ces éléments se détachaient d'autant plus aisément, que le mannequin était présenté seul, sur une fond blanc, à l'exclusion de tout autre élément décoratif.

Il en allait de même pour la photographie présentant le mannequin de profil, celui-ci pliait légèrement la jambe gauche, et ce faisant, présentait le soulier revendiqué en laissant voir très distinctement, l'ensemble des caractéristiques qui fondent l'originalité du modèle de soulier (peu important que l'extrême bout du soulier ne soit pas représenté).

> Décision n° 4744

Modèles similaires mais non identiques

Le changement total de couleur d'un modèle d'enceinte audio peut constituer une nouveauté rendant possible un nouveau dépôt de modèle très similaire à un modèle antérieur déposé par un tiers. Selon l'article L511 -2 du code de la propriété intellectuelle « seul peut être protégé le dessin ou modèle qui est nouveau et qui présente un caractère propre ». Deux conditions de fond cumulatives sont ainsi requises pour assurer la protection d'un modèle : le caractère nouveau et le caractère propre.

Un dessin ou modèle est regardé comme nouveau si, à la date du dépôt de la demande d'enregistrement ou à la date de la priorité revendiquée, aucun dessin ou modèle identique n'a été divulgué. Des modèles ou dessins sont considérés comme identiques lorsque leurs caractéristiques ne diffèrent que par des détails insignifiants (un changement de couleur n'est pas un détail insignifiant mais au contraire spécifique).

Un dessin ou modèle a un caractère propre lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée. Pour l'appréciation du caractère propre, il est tenu compte de la liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou modèle.

> Décision n° 4745

Compétence du TGI en matière de dessins et modèles

En application de l'article L 521-3-1 du Code de la propriété intellectuelle pose une compétence exclusive des Tribunaux de Grande Instance pour juger les actions civiles et les demandes relatives aux dessins et modèles y compris lorsqu'elles portent à la fois sur une question de dessins et modèles et sur une question connexe de concurrence déloyale.

Toutefois, cette compétence exclusive du TGI n'est pas applicable lorsque le demandeur ne fonde son action uniquement sur la concurrence déloyale et le parasitisme, au visa des articles 1382, 1383 du code civil.

> Décision n° 4746

Référé pour les redevances de gestion collective

Dans cette affaire opposant la SPRE (1) à une discothèque était posée la question de savoir si les redevances de gestion collective peuvent faire l'objet d'un référé ou en d'autres termes, si celles-ci constituent des créances non contestables dans leur principe et leur montant. Selon le juge des référés le fait qu'il existe un calcul prévisionnel opéré par les sociétés de gestion collective, fait naître une contestation sérieuse rendant le référé inopérant.

(1) La société pour la perception de la rémunération équitable de la communication au public des phonogrammes de commerce (SPRE) a été constituée pour percevoir et répartir la rémunération prévue à l'article L214-1 du code de la propriété intellectuelle, due aux artistes interprètes et producteurs en raison de l'utilisation de phonogrammes (disques, cassettes, bandes ou tout autre support) à des fins commerciales ; les discothèques et établissements similaires sont visés par cette rémunération et soumis ainsi à un certain nombre de déclarations et communications de recettes permettant de déterminer le montant de la rémunération due, calculée sur les recettes de l'établissement concerné.

> Décision n° 4747

Contrat de licence de marque

Une société titulaire d'une marque et qui en autorise l'usage à une autre société (ou un tiers) à titre de nom commercial et d'enseigne (contrat de licence) est toujours en droit de révoquer l'autorisation concédée dans les formes et délais du Contrat de licence (préavis de six mois et lettre recommandée avec avis de réception). En poursuivant, postérieurement à la date de résiliation de la licence, l'exploitation de ladite marque, le licencié s'expose à une condamnation pour contrefaçon par reproduction.

> Décision n° 4748

Tendances de la mode

En matière de mode vestimentaire, les motifs, galettes et autres visuels apposés sur les vêtements ne bénéficient pas d'une protection par le droit d'auteur si aucune personnalité propre n'est exprimée et si la création ne repose que sur des éléments non appropriables issus du domaine public. En effet, la contrefaçon d'un modèle s'apprécie d'après des ressemblances mais celles-ci sont inopérantes lorsqu'elles proviennent d'un emprunt au domaine public (Cour de cass. Com. 18 novembre 1997).

De plus, dans l'affaire soumise le modèle de galette litigieux apposée sur des sweat-shirts argués de contrefaçon et inspirés de la collection Franklin & Marshall s'inscrivaient dans les tendances de la mode, dont toute société est en droit de s'inspirer. Aucun acte de contrefaçon n'a donc été retenu.

> Décision n° 4749

Garantie d'éviction et prescription

La clause de garantie d'éviction en matière de propriété intellectuelle peut être paralysée par la prescription à agir en contrefaçon. Une société qui bénéficie d'une telle clause et qui demande à son fournisseur de la garantir au titre de DVD contrefaisants n'est plus recevable à agir plus de trois ans après le dernier acte de commercialisation desdits DVD.

Aux termes de l'article L. 615-8 du Code de la propriété intellectuelle, les actions en contrefaçon sont prescrites par trois ans à compter des faits qui en sont la cause.

> Décision n° 4750

Téléchargez depuis votre espace abonnés, (rubrique « Contrats »), les nouveaux contrats du mois :

- Cahier des charges – 3G
- Contrat d'architecte d'intérieur
- Contrat de commande pour la publicité (*)
- Contrat de réalisation de Vidéoclip (*)
- Contrat de location – Bien meublé (*)

(*) Sur abonnement Uplex.fr

Citation de références clients

Un développeur Internet sous le coup d'un licenciement économique a fait état sur son site Internet, dans le cadre de sa recherche d'un nouvel emploi, de travaux informatiques réalisés pour certains des clients de la société auxquels il avait contribué.

L'employeur, considérant qu'il s'agissait là d'une faute grave, a transformé le licenciement du salarié en licenciement pour faute grave.

Saisis, les juges ont considéré que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse. Le salarié dès lors qu'il indique clairement sa qualité de salarié et, d'autre part, que ces travaux sont accessibles au public sur les sites internet de la société et de ses clients, ne commet aucune faute.

En matière de prestations graphiques et selon les usages de la profession, un designer peut présenter ses travaux par des représentations visuelles mentionnant références et collaboration, celles-ci pouvant inclure des collaborations avec les agences de création qui l'ont missionné en mentionnant le nom du client ainsi que le niveau d'intervention précise du designer auprès de son client.

Toutefois, le Designer ne doit pas, sous peine de concurrence déloyale, présenter son travail de façon approximative dans les légendes et les photographies accompagnant les oeuvres (ce serait de nature à tromper le public concerné sur l'étendue de son rôle dans les créations).

Par ailleurs dans tous les cas, la citation commerciale doit être limitée à la reproduction de la dénomination sociale du Client, à l'exclusion de la reproduction de tout logo ou marque semi figurative. La citation commerciale ne peut non plus intervenir lorsqu'il existe contractuellement entre les parties, une clause de confidentialité.

> Décision n° 4730, 3895

La pratique de prix différenciés à l'égard des consommateurs

Le principe

Depuis l'adoption de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 et en application de l'article L. 410-2 du Code de commerce, les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence et donc par les prestataires / vendeurs eux mêmes. La liberté de choisir sa politique tarifaire et les prix pratiqués inclut notamment la faculté de concéder des réductions, rabais, remises et offres promotionnelles aux clients. La pratique de l'escompte est également licite. Il s'agit de concéder une réduction de prix justifiée par un paiement comptant, soit, pour tenir compte de l'importance de la commande, soit pour fidéliser une relation commerciale.

Les discriminations tarifaires licites

Le droit de pratiquer des réductions tarifaires en catégorisant les consommateurs est reconnu implicitement par l'article 6 de l'arrêté du 31 décembre 2008 : « Tout vendeur de produit ou prestataire de services accordant des conditions de vente ou des conditions tarifaires préférentielles à des groupes particuliers de consommateurs doit en faire la publicité à l'intérieur de son point de vente ou sur son site marchand électronique. »

La remise de réductions différentes selon les catégories de consommateurs est licite si les critères de différenciation du consommateur sont objectifs. Il s'agira par exemple de réduction / remises différentes selon :

- L'âge du consommateur (exemple : Société Afflelou, 40ans / - 40%, cartes SNCF);
- Les quantités commandées par un même consommateur ;
- Le statut (exemple : les étudiants, les titulaires de Passe Navigo ...);
- La localisation géographique du consommateur ;
- L'historique du consommateur (exemple : nouvel acheteur);
- L'adhésion à un programme de fidélité (exemple : Miles Air France).

Ces réductions s'inscrivent le plus souvent dans le cadre d'un programme de fidélisation matérialisé par la délivrance d'une carte de fidélité ou la saisie d'un formulaire de données nominatives.

Les conditions de validité des prix différenciés

De façon générale, les conditions de l'offre de réduction doivent être clairement identifiées, par l'apposition d'une mention de type : « Bon de réduction réservé aux personnes valable uniquement dans les magasins pour la période du au »

i) Les mentions apparentes et obligatoires

L'article L113-3 du Code de la consommation pose que « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation. »

Cette obligation est étendue à la mention du montant des réductions / bons d'achat. Le montant de la réduction doit donc être visible et lisible, exprimés en euros et toutes taxes comprises. Le consommateur doit être en mesure de connaître le prix qu'il aura à payer sans être obligé de le demander au vendeur.

ii) Les mentions légales spécifiques

Il conviendra de rédiger des conditions spécifiques pour bénéficier de l'offre privilégiée / du bon d'achat (assimilé à une réduction de prix) OU stipuler une clause spécifique sur les supports proposant ladite réduction ou dans les Conditions Générales de Vente (CGV) qui fixera les modalités pour bénéficier des différentes catégories de bons d'achat. A ce titre, les conditions de réduction de prix doivent impérativement figurer aux CGV (article L. 441-6 du Code de commerce).

En cas de saisie d'un formulaire spécifique pour bénéficier de la réduction de prix / du bon d'achat, il convient d'apposer sur le support concerné les mentions d'usage de la loi du 6 janvier 1978 (droit d'accès, de modification et d'opposition).

iii) Les contraintes publicitaires

Sur les réseaux de com. électronique (sites internet) :

En application de l'article L121-15-1 du Code de la consommation, toutes les publicités, et notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiés de manière claire et non équivoque dès leur réception par leur destinataire, ou en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message. Ces messages doivent indiquer une adresse ou moyen électronique permettant effectivement au destinataire de transmettre une demande visant à obtenir que ces publicités cessent. Les conditions auxquelles sont soumises la possibilité de bénéficier de ces offres promotionnelles, lorsque ces offres sont proposés par voie électronique, doivent être clairement précisées et aisément accessibles (article L121-15-2 du même Code).

Sur tous les supports (y compris Internet) :

Depuis le 1er janvier 2009, qu'il s'agisse d'opérations de soldes, de liquidations ou de promotions, les annonces de réduction de prix faites dans des commerces, dans des catalogues ou sur des sites électroniques, l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur a posé les règles suivantes :

La publicité à l'égard du consommateur comportant une annonce de réduction de prix doit préciser, lorsqu'elle est faite hors des lieux de vente ou sur des sites électroniques non marchands :

- l'importance de la réduction soit en valeur absolue, soit en pourcentage par rapport au prix de référence ;

- les produits ou services ou les catégories de produits ou services concernés ;

- les modalités suivant lesquelles sont consentis les avantages annoncés, notamment la période pendant laquelle le produit ou le service est offert à prix réduit. L'indication de la période visée peut être remplacée par :

- la date de début de l'opération accompagnée de l'importance des quantités offertes en début de promotion ou la mention « jusqu'à épuisement des stocks ». Dans ce cas, la publicité doit cesser lorsque les stocks sont épuisés.

Lorsqu'elle est faite sur les lieux de vente ou sur des sites électroniques marchands, l'étiquetage, le marquage ou l'affichage des prix doivent faire apparaître, outre le prix réduit annoncé, le prix de référence ;

Lorsque l'annonce de réduction de prix est d'un taux uniforme et se rapporte à des produits ou services parfaitement identifiés, cette réduction peut être faite par escompte de caisse. Dans ce cas, cette modalité doit faire l'objet d'une publicité, l'indication du prix réduit n'est pas obligatoire et l'avantage annoncé s'entend par rapport au prix de référence.

Nota : le prix de référence visé ne peut excéder le prix le plus bas effectivement pratiqué par l'annonceur pour un article ou une prestation similaire, dans le même établissement de vente au détail ou site de vente à distance, au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité. Le prix de référence peut être conservé en cas de réductions de prix annoncées de manière successive au cours d'une même opération commerciale, dans la limite d'un mois à compter de la première annonce de réduction de prix, ou au cours d'une même période de soldes ou de liquidation.

L'annonceur doit être à même de justifier, à la demande des agents de la DGCCRF, par des notes, bordereaux, bons de commande, tickets de caisse ou tout autre document de l'ensemble des prix qu'il a effectivement pratiqués au cours de cette période. L'annonceur peut utiliser comme prix de référence le prix conseillé par le fabricant ou l'importateur du produit.

Aucune publicité de réduction de prix à l'égard du consommateur ne peut être effectuée sur des articles qui ne sont pas disponibles à la vente ou des services qui ne peuvent être fournis pendant la période à laquelle se rapporte la publicité.

Est interdite l'indication dans la publicité de réductions de prix ou d'avantages quelconques qui ne sont pas effectivement accordés à tout acheteur de produit ou à tout demandeur de prestation de services dans les conditions annoncées.

Observations complémentaires

Pour préserver un système de différenciation tarifaire, il convient i) d'interdire contractuellement, la possibilité de revente / cession entre consommateurs des bons d'achat et ii) de demander en cas de besoin les justificatifs nécessaires (carte d'étudiant ...).

Pour assurer l'efficacité d'un système de différenciation tarifaire, il convient i) de modéliser au préalable les catégories de consommateurs visées (par groupes) et ii) de prendre certaines mesures de sécurité (sécurité du choix des codes promotion pour obtenir une réduction, sélection rigoureuse des partenaires proposant la réduction...)

Lorsque les bons de réduction sont associés à un programme de fidélité, celui-ci doit faire l'objet de Conditions Générales de Participation – CGP (modèle en Annexe).

Les bons d'achat aux salariés

Le bon d'achat se distingue du bon de réduction dans la mesure où il donne droit à une quantité de produit pour un montant déterminé mais non à une réduction sur le prix des produits concernés. Lorsque la réduction / le bon d'achat est concédé par une entreprise à ses propres salariés, les règles suivantes s'appliquent :

Les cadeaux et/ou les bons d'achat attribués à un salarié au cours d'une année peuvent être exclus de l'assiette des cotisations de la Sécurité sociale lorsqu'ils sont attribués en relation avec un événement, leur utilisation est déterminée et leur montant conforme aux usages (instruction ministérielle du 17 avril 1985). Les usages ont posé un seuil commun équivalent à 5% du plafond mensuel (soit 144 euros) est appliqué par événement et par année civile.

La lettre ministérielle du 12 décembre 1988 a posé une présomption de non-assujettissement de l'ensemble des bons d'achat ou cadeaux attribués à un salarié, par année civile, lorsque le montant global de ces derniers n'excède pas le seuil de 5% du plafond mensuel de la Sécurité sociale, soit pour l'année 2010 : $2\ 885 \times 5\% = 144$ euros.

Protection juridique des recettes de cuisine

Le principe de la libre exploitation des recettes Il est acquis que les recettes de cuisine font partie du domaine public et peuvent être librement exploitées.

Les modes de protection indirects

La clause de confidentialité, le secret

La meilleure « recette » pour protéger une recette de cuisine est de préserver son caractère confidentiel, soit en ne la divulguant qu'à un nombre restreint de personnes, soit en procédant à la signature d'une clause de confidentialité aux intéressés. La clause de confidentialité peut notamment être insérée à un Contrat de travail.

Le savoir-faire

Les recettes de cuisine peuvent également bénéficier de la protection autonome du savoir faire et des secrets commerciaux. La recette de cuisine en tant que Procédé dispose d'une protection autonome au titre du Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie et de l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Les conditions de la protection du Procédé sont les suivantes :

- Des informations tenues secrètes ;
- Une valeur commerciale ;
- L'adoption de dispositions spécifiques pour préserver la confidentialité du Procédé.

La protection des bases de données de recettes

La commercialisation d'une base de données électronique de recettes de cuisine est pleinement protégée par le droit sui generis des producteurs de bases de données. Au titre de l'article L.341-1 du Code de la propriété intellectuelle, le producteur d'une base de données est la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants. Il bénéficie d'une protection du contenu de sa base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celle-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel. Cette protection se cumule avec celle résultant du droit d'auteur ou d'un autre

droit sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs.

Pour bénéficier de la protection légale, le producteur de la base de données doit établir la réalité d'un investissement substantiel, apprécié de manière quantitative et/ou qualitative, soit dans l'obtention, soit dans la constitution, soit dans la vérification, soit dans la présentation du contenu de la base. Il s'agit de démontrer la réalité de l'investissement consacré à la constitution de ladite base.

La protection des couvertures de livres de recettes

S'agissant d'une oeuvre littéraire portant sur un produit culinaire (livre de recettes), l'aspect visuel et graphique de la couverture est essentiel dans l'appréhension de l'ouvrage par le public. La reproduction d'une couverture similaire peut donc être sanctionnée par la concurrence déloyale. La couverture d'une oeuvre littéraire bénéficie d'une protection autonome (TGI de Paris, 30 septembre 2011).

La protection par une présentation originale

Si les recettes ne sont pas protégées en elle-même, le choix de leur présentation peut être protégé s'il est original (illustrations, rubriques, table des matières ...).

A propos de la copie d'un ouvrage dédié aux recettes à base de Nutella, les juges ont rappelé qu'en matière de copie d'ouvrage, la preuve d'une contrefaçon doit procéder d'un véritable examen comparatif des oeuvres en cause afin de déterminer s'il y a ou non reproduction intégrale ou partielle de l'oeuvre revendiquée. Cet examen requiert au préalable que l'auteur définisse ce qu'il considère comme étant original.

Cette démonstration est d'autant plus importante et nécessaire que les idées, les informations, les concepts, les thèmes, les genres et les styles constituant un fonds commun, ne sont pas protégés par le droit d'auteur, de même que le droit d'auteur n'a pas vocation à protéger la substance d'une oeuvre, c'est-à-dire les informations qu'elle peut contenir et le propos qu'elle sert mais a vocation à protéger leur forme d'expression.

Dans l'affaire soumise, les éléments communs étaient soit banals soit insuffisants au regard des différences entre les deux ouvrages de telle sorte que la contrefaçon n'a pas été jugée caractérisée.

La protection par la concurrence déloyale

La copie d'un ouvrage de recettes peut être sanctionnée par la concurrence déloyale.

La concurrence déloyale doit être appréciée au regard du principe de la liberté du commerce qui implique qu'une œuvre ou un signe qui ne fait pas l'objet de droits de propriété intellectuelle, puisse être librement reproduit, sous certaines conditions tenant à l'absence de faute par la création d'un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle sur l'origine du produit, circonstance attentatoire à l'exercice paisible et loyal du commerce.

En matière d'édition comme en toute autre matière, l'appréciation de la faute au regard du risque de confusion doit résulter d'une approche concrète et circonstanciée des faits de la cause prenant en compte notamment le caractère plus ou moins servile, systématique ou répétitif de la reproduction ou de l'imitation, l'ancienneté d'usage, l'originalité, la notoriété de la prestation copiée.

La protection juridique des jeux de société

Le jeu de société fait l'objet d'une protection juridique multiple selon ses différentes composantes (œuvre de l'esprit, marque et autres).

La protection par les dessins et modèles

Dans le cas général, un dépôt de dessins et modèles peut s'appliquer aux différentes parties du jeu de société tel que plateau central, cartes de jeu et autres.

La protection d'un plateau hexagonal comportant des cavités circulaires entourées de plots guidant la trajectoire des billes de couleurs différentes, et d'un bandeau extérieur peut ainsi être déposé à titre de dessin et modèle mais à la condition que la forme ne soit pas imposée par des conditions utilitaires ou des impératifs techniques (Cour de cass. Ch. com, 13 février 2011, pourvoi n° 98-14805).

Le dépôt pour être valide doit porter sur un modèle de jeu remplissant le critère de la nouveauté. Celle-ci peut résider dans l'agencement nouveau et la présentation nouvelle qui sont donnés aux jeux de conception ancienne et de principe courant (Cour de cass. Ch. com, 8 juillet 2003, pourvoi n° 0113293). Pour détruire la nouveauté du modèle de jeu de société, il convient d'apporter la preuve d'antériorités précises et ayant date certaine.

Aux termes de l'article L 511-2 du code de la Propriété Intellectuelle, la propriété d'un dessin modèle appartient à celui qui l'a créé ou à ses ayants droit mais le premier déposant est présumé jusqu'à preuve contraire, en être le créateur.

La protection par le droit des marques

Le titre du jeu de société ou le nom des personnages et tout autre élément distinctif peut être déposé à titre de marque française, communautaire ou internationale.

Pour une protection large et efficace, le dépôt en France auprès de l'INPI d'une marque de jeu de société doit désigner les « disques optiques compacts interactifs de jeux, logiciels; cartonnage, imprimés, livres, journaux, manuels et cartes à jouer, jeux jouets, jeux de société et figurines », produits et services des classes 9, 16 et 28. Cela permet ainsi au déposant d'exploiter le jeu mais également ses produits dérivés.

Sur le volet de la marque communautaire, l'article 9 du Règlement du 20 décembre 1993 dispose que le titulaire (d'une marque communautaire) est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement de faire usage dans la vie des affaires :

a) d'un signe identique à la marque communautaire pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels elle est enregistrée;

b) d'un signe pour lequel, en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque communautaire et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou services couverts par la marque communautaire et le signe, il existe un risque de confusion dans l'esprit du public.

Le principe applicable en matière de droit des marques est le suivant : le risque de confusion s'apprécie globalement en tenant compte de tous les facteurs pertinents de l'espèce. Cette appréciation globale doit en ce qui concerne la similitude visuelle, auditive ou conceptuelle des marques en cause être fondée sur l'impression d'ensemble produite par les marques en tenant compte notamment des éléments distinctifs et dominants de celles-ci .

Les importations de jeux contrefaisants sont également sanctionnées. En la matière, l'acte incriminé au titre de la contrefaçon de marque est l'importation sur le territoire français des jeux de société incriminés. .

La protection par le dépôt de brevet

Relativement rare, le dépôt d'un brevet est applicable si un dispositif technique particulier a été conçu pour le jeu de société.

La protection par le droit d'auteur (règle du jeu)

Une règle de jeu de société peut être protégée sans formalité préalable, si elle est originale et suffisamment aboutie dans sa rédaction.

Le dépôt d'une enveloppe Soleau permet de se pré-constituer une preuve sur la date de création du jeu de société. Il convient de garder à l'esprit qu'une idée originale de jeu de société est insuffisante pour bénéficier d'une protection par le droit d'auteur. La date certaine de création d'un jeu de société peut également être obtenue par un dépôt du jeu auprès d'une société de gestion collective de droits ou une étude d'huissier.

Sur quelles bases juridiques agir ?

En cas d'atteinte à ses droits patrimoniaux, le titulaire des droits sur un jeu de société (éditeur ou auteur) peut agir sur trois fondements principaux : i) l'action en contrefaçon de droits d'auteur ou de dessin et modèle ; ii) l'action en concurrence déloyale et ; iii) l'action en parasitisme. Pour ces deux dernières actions, le demandeur doit établir l'existence d'un risque de confusion possible entre les jeux, soit dans leurs présentations, soit par leurs conditionnements.

La concurrence déloyale sur un jeu de société est établie lorsque le concurrent a copié la prestation du déposant, fabriqué des produits "imitants", et les commercialisent à un prix nettement inférieur, ce dont il résulte qu'il s'est

placé dans le sillage du déposant et qu'il a profité de ses investissements.

La contrefaçon peut être retenue lorsque malgré une présentation matérielle différente et d'autres différences (involontaires ou non), un jeu de société est très fortement inspiré de celui d'un autre. Toutefois, il n'y a pas de contrefaçon lorsque les différences entre les deux jeux sont fondamentales, l'un, procédant par exemple du jeu de stratégie et l'autre du jeu de hasard (Cour de cass. Ch crim. 2 mai 2000, Pourvoi n° 99-86914).

La contrefaçon s'applique également en cas de reproduction non autorisée des illustrations du jeu de société. A ce titre, la Société Hachette Livre a été condamnée (TGI de Paris, 3ème ch. civ., 25 juin 2008) pour avoir commis des actes de contrefaçon en publiant, sans autorisation, dans l'ouvrage intitulé « Sex toys forever » des illustrations extraites d'un jeu de cartes à jouer publiées par les Editions Face & Do. Les juges ont précisé la reproduction intégrale d'une oeuvre (cartes de jeu de société) ne peut bénéficier de l'exception de courte citation et qu'en l'espèce chacune des cartes à jouer représentée qui était une oeuvre en elle-même était reproduite intégralement. Au surplus, l'ouvrage en cause " Sex toys forever ", même s'il constituait un ouvrage documenté et sans caractère ludique ou pornographique sur les objets sexuels, ne pouvait pour autant présenter un caractère " polémique, scientifique ou d'information " (seuls ces ouvrages permettent d'accepter cette exception).

Pour l'appréciation de la contrefaçon par imitation de la marque (titre du jeu de société), il convient de tenir compte des ressemblances entre les éléments des signes en présence, sans prendre en considération le degré des caractères distinctifs et des dissemblances pris isolément. L'essentiel étant que l'impression d'ensemble au-delà de dissemblances de détail, des jeux soit identique.

La commercialisation du jeu de société

La commercialisation d'un jeu de société réalisé par un plusieurs coauteurs se fait le plus souvent sur la base d'un contrat d'édition. L'éditeur se trouve alors investi des droits patrimoniaux et l'auteur ne conservant que son droit moral. Seul l'éditeur sera recevable à agir en contrefaçon.

Le placement audiovisuel de produits

Définition du placement de produits

Le placement de produit est défini comme toute forme de communication commerciale audiovisuelle consistant à inclure un produit, un service ou une marque, ou à y faire référence, en l'insérant dans un programme, moyennant paiement ou autre contrepartie.

La légalisation d'une exception

Par exception au principe de l'interdiction du placement de produits dans les services de médias audiovisuels (article 3 octies de la Directive n°2007/65/CE du 11 décembre 2007) toujours applicable à l'heure actuelle, les Etats membres de l'Union européenne ont la faculté d'autoriser dans certains cas limitatifs, les conditions dans lesquelles le placement de produits est autorisé.

La France a opté pour une autorisation encadrée de certains placements de produits.

Le nouveau cadre juridique français

Le 16 février 2010, le CSA a fixé les conditions du nouveau cadre juridique (1). Le placement de produit est désormais autorisé dans les oeuvres cinématographiques, les fictions audiovisuelles et les vidéomusiques, sauf lorsqu'elles sont destinées aux enfants.

Au sens de la délibération du CSA, est considéré comme un placement de produit le placement effectué à titre payant, c'est-à-dire la fourniture, formalisée par un contrat, de biens ou de services dont la marque est identifiable au sein du programme.

Les exclusions

Sont exclus du placement, les produits suivants:

- les boissons comportant plus de 1,2 degré d'alcool ;
- le tabac, les produits du tabac et ses ingrédients ;
- les médicaments ;
- les armes à feu et munitions ;
- les préparations pour nourrissons ;

- les produits du parrain d'une émission;

- les jeux d'argent et de hasard légalement autorisés (jusqu'à adoption d'une délibération spécifique du CSA).

Par ailleurs, en aucun cas, le contenu et la programmation des émissions ne doivent être influencés de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale de la chaîne.

Identification des programmes concernés

Les programmes comportant un placement de produit doivent être identifiés par un pictogramme spécifique.

Les téléspectateurs sont informés de l'existence d'un placement de produit par ce pictogramme placé de manière appropriée au début et à la fin de la diffusion du programme, ainsi que lorsque le programme reprend après une interruption publicitaire, afin d'éviter toute confusion de la part du téléspectateur (exigence de la Directive du 11 décembre 2007).

A noter que les modalités d'insertion de ce pictogramme ont fait l'objet d'une contestation de la part de la SACD, de l'ARP, du Club des Auteurs, du Groupe 25 Images, de la SRF et de l'UGS. Il était reproché, lors de la diffusion des films et des fictions, la diffusion de ce pictogramme pendant une minute au début du programme, pendant une minute après chaque interruption publicitaire et, à la fin du programme, pendant toute la durée du générique : "Le pictogramme imposé par le CSA, aussi laid et encombrant que parfaitement incompréhensible, consterne ceux qui tentent par leur travail d'offrir aux téléspectateurs des oeuvres de qualité. Son incrustation sur des écrans déjà surencombrés par des logos, des annonces ou des pictogrammes divers et variés au détriment de l'intégrité des oeuvres, est intrusive et inefficace".

Le CSA avait répliqué dans une lettre du 27 mai 2010, que ce pictogramme reprenait les codes graphiques et modalités d'insertion de la signalétique jeunesse et qu'une campagne d'information du téléspectateur serait lancée.

L'apport de la Directive du 11 décembre 2007

La Directive du 11 décembre 2007 est partie du constat que le placement de produit était devenu une réalité dans les oeuvres cinématographiques et dans les oeuvres audiovisuelles destinées à la télévision. La réglementation de cette pratique étant divergente selon les États membres, il était nécessaire, afin de garantir un traitement homogène et de renforcer la compétitivité du secteur européen des médias, d'adopter des règles spécifiques en matière de placement de produit. Outre la légalisation de la pratique, la Directive apporte d'importantes lignes d'interprétation sur la légalisation du placement de produits.

Régime juridique des "Cadeaux"

La fourniture gratuite de biens ou de services, tels que des accessoires de production ou des prix, ne doit être considéré comme un placement de produit que lorsque les biens ou services concernés ont une valeur non négligeable.

Parrainage ou Placement de Produits?

Le critère déterminant qui permet de faire la distinction entre parrainage et placement de produit est le fait que, dans le cas de ce dernier, la référence à un produit est intégrée au déroulement d'un programme. Les références aux parraineurs, en revanche, peuvent apparaître au cours d'un programme, mais ne font pas partie de l'intrigue.

Régime de la communication commerciale

Le Placement de produits, au même titre que la publicité télévisée, le parrainage et le téléachat, est soumis au régime juridique de la communication commerciale audiovisuelle.

Interdiction générale

Le parrainage et le placement de produit restent interdits lorsqu'ils influencent la teneur des programmes de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale du fournisseur de services de médias. Cette interdiction s'applique notamment au placement de thèmes (exemple : charte graphique permettant d'identifier, sans ambiguïté, l'annonceur).

Appréciation par le CSA

Le 10 mars 2011, le CSA a précisé à la société France Télévisions ayant posé la question de la conformité à la réglementation, du placement de produit dans les fictions audiovisuelles (insertion dans les décors des fictions d'affiches publicitaires virtuelles ou réelles), qu'il ne pouvait se prononcer définitivement a priori sur cette question. L'appréciation de la régularité du placement de produits étant opérée au cas par cas au regard des éléments contenus dans les supports visualisés.

Seule certitude, dans tous les cas, le produit placé ne doit pas comporter des indications de type slogan publicitaire, prix, coordonnées d'un lieu de vente ou encore des modalités d'achat (publicité clandestine).

Le 6 juillet 2010, le CSA a fermement mis en garde Direct 8 à la suite de la diffusion de la fiction " Ma Super Croisière". Cette fiction mettait en avant de manière totalement injustifiée les marques et services de la société organisatrice d'une croisière et d'une agence de publicité organisant un tournage lors de la croisière (fiction coproduite par Direct 8) : "Le titre de l'émission reprend le logo, les initiales et la typographie de la marque de la société concernée ; l'essentiel des scènes a lieu sur le paquebot de la société, dont les nombreux plans de coupe montrent régulièrement les atouts, le nom, la marque ainsi que les prestations qu'il met à la disposition des passagers ..." . Ce programme constituait une publicité clandestine prohibée par l'article 9 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992.

Dans une interview donnée à BFM le 17 juillet 2010, Christine Kelly, membre du CSA a précisé que le placement de produits devait s'inscrire de façon naturelle dans le scénario des oeuvres de fiction et que le produit placé ne devait pas apparaître de façon subite et inappropriée à l'écran.

Les dispositions spécifiques des Conventions de chaînes

Les Conventions de chaînes intègrent désormais des clauses relatives au placement de produits. On retrouve ainsi la clause imposant à l'éditeur de respecter la délibération du CSA du 16 février 2010 relative au placement de produit dans les programmes des services de télévision.

L'ancien cadre juridique

La citation de marques dans les oeuvres audiovisuelles ou "placement de produit" n'était pas réglementé par des dispositions spécifiques sous le régime de la directive n° 89/552/CE du 6 novembre 1989 dite "Directive télévision sans frontière" (Directive TSF).

Le délit de publicité clandestine pouvait donc s'appliquer. Au sens de l'article 9 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992 constitue une publicité clandestine la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de services dans des programmes, lorsque cette présentation est faite dans un but publicitaire.

En application de l'article 10.1. de la Directive TSF la publicité devait être identifiée et distinguée du reste du programme. Ce principe général applicable indépendamment des supports (e.g. publicité électronique) était également rappelé par l'article 12 du Code international de pratiques loyales en matière de publicité de la Chambre de commerce internationale.

Le critère de la prééminence indue

Pour appuyer les autorités de régulation audiovisuelle dans leur action, la Commission européenne a élaboré une communication interprétative relative à certains aspects des dispositions de la directive TSF concernant la publicité télévisée. Il résulte de cette communication que pour constituer une publicité clandestine, la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités du prestataire ou producteur dans les programmes doit satisfaire à trois conditions cumulatives:

- i) elle doit être faite de façon intentionnelle par l'organisme de radiodiffusion ;
- ii) elle doit être faite dans un but publicitaire ;
- iii) elle doit risquer d'induire le public en erreur sur la nature d'une telle présentation.

En conséquence, il n'y a pas d'interdiction absolue de toute référence verbale ou visuelle à des marchandises, des services, des marques ou noms de producteurs ou prestataires de services particuliers. La Commission a précisé à ce titre que cette

possibilité « fait partie intégrante de la liberté d'expression, d'autant plus que les marques occupent une place importante dans le monde contemporain. »

Pour distinguer la citation licite de marques de la publicité clandestine, la Commission a invité les autorités de régulation à appliquer le critère de «la prééminence indue» du produit, service, marque ou nom d'entreprise. Ce caractère indu peut notamment résulter de la présence récurrente de la marque ou du produit ou service concerné ou de la façon dont ces derniers éléments sont présentés et mis en évidence. À cette fin, la Commission propose de tenir compte du contenu éditorial des émissions dans lesquelles s'insèrent ces éléments (émissions d'information, longs métrages, etc.).

En France (avant la réforme), une pratique sous contrôle

Précisons que les tribunaux de certains pays européens se sont déjà prononcés sur la validité du placement de produits. La Cour fédérale allemande a ainsi eu l'opportunité de juger dans un arrêt « Feuer, Eis und Dynamite », que le placement de produits est autorisé dans les oeuvres cinématographiques à la condition que les spectateurs en soient préalablement informés (e.g. dans le générique d'ouverture).

Les conditions de la citation de marque

En premier lieu, une citation de marque purement fortuite n'était pas sanctionnée. Selon le CSA, seuls les excès étaient sanctionnés.

La notion d' « excès » était appréciée par le CSA selon un faisceau d'indices:

- la complaisance affichée envers un produit, un service ou une marque ;
- l'absence de pluralisme dans la présentation des biens, services ou marques ;
- la fréquence de la citation et/ou de la visualisation d'un produit ou d'une marque ;
- l'indication de l'adresse et/ou des coordonnées téléphoniques ou télématiques d'un annonceur ;
- l'absence de regard critique ;

- la visualisation insistante d'une marque ou le rappel insistant (e.g. répétitions) ;

- un contexte « fort » en faveur de la marque (e.g. une série filmée en grande partie dans un restaurant Mac Donald's).

Dans tous les cas, le CSA n'avait pas à prouver l'existence d'une rémunération entre l'annonceur et le diffuseur. Les manquements constatés étaient suivis d'une mise en demeure du CSA qui pouvait être suivie de sanctions en cas de récidive.

Ce régime général plutôt souple côtoyait un régime plus strict applicable aux fictions télévisuelles pour enfants. En la matière, le CSA estime que, « nécessitant une attention toute particulière de la part des diffuseurs, les oeuvres de fiction et d'animation destinées aux enfants et aux adolescents ne doivent comporter aucun placement de produits. »

Exemple de placement de produit

Les placements de produits sont légion dans les productions anglo-saxonnes. On citera notamment le Film: «L'affaire Thomas Crown» :

– Placement de produit : un collier de joaillier Bulgari que Pierce Brosnan offre à René Russo à l'occasion d'un dîner

– Coût pour la marque: 75000 \$

– Audience mondiale estimée: 637 574 000 spectateurs

– Gross Media Value (audience x CPM): 12 241 000 \$

– Net Media Value (valeur du taux de rappel moyen): 4 503 000 \$

– Facteur Q (qualité/taux de notoriété moyen): 36,8 %

– Retour sur investissement: 60 x

(Source : Com.in - février 2005)

(1) Délibération n° 2010-4 du 16 février 2010 relative au placement de produit dans les programmes des services de télévision

Retrouvez dans le guide juridique en ligne, les fiches actualisées suivantes :

- Protection de la mémoire des défunts
- Mentions légales des sites Internet
- L'image des personnes publiques
- Cadre juridique des balises méta
- Mise en place d'un traitement de données pers.
- Protection des mineurs et jeux vidéo