

MEDIA LAW NEWSLETTER



AJA AVOCATS - 7, avenue de la Bourdonnais - 75007 Paris, France
 jc.zedjaoui@aja-avocats.com + 33 (0) 1 71 19 71 47

Audiovisuel

❖ Passage en TNT gratuite : le CSA dit oui à LCI et non à PARIS PREMIERE et PLANETE+

Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) a rendu trois décisions le 17 décembre 2015, par lesquelles il a autorisé la chaîne LCI à passer d'un régime payant à la gratuité, tandis qu'il n'a pas permis aux chaînes PARIS PREMIERE et PLANETE + de modifier leurs modalités de financement.

Ces décisions font suite à celles rendues le 29 juillet 2014 pour rejeter les demandes d'autorisation formées par les éditeurs de ces chaînes de la TNT. Le 17 juin 2015, le Conseil d'Etat a annulé pour un motif de procédure, les décisions concernant LCI et PARIS PREMIERE (cf. MEDIA LAW NEWSLETTER n°16 et 24). Le CSA a donc procédé à un nouvel examen des demandes présentées par les groupes TF1 et METROPOLE TELEVISION. Le groupe CANAL PLUS a quant à lui, saisi le 23 juillet 2015, le CSA d'une nouvelle demande d'agrément des modalités de financement de PLANETE +.

Les décisions du 17 décembre 2015 ont été rendues sur le fondement, notamment, de **l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986** relative à la liberté de communication qui dispose qu'il « *il incombe au Conseil supérieur de l'audiovisuel, saisi d'une demande de modification des modalités de financement d'un service de télévision numérique terrestre, d'apprécier si la modification est de nature à porter atteinte à l'impératif fondamental de pluralisme ; il lui revient de vérifier que la modification des modalités de financement sollicitée ne porte pas atteinte, d'une part, à la qualité et à la diversité des programmes et, d'autre part, aux équilibres du secteur audiovisuel ; à ce titre, il doit s'assurer d'une concurrence et d'une diversité suffisantes des opérateurs, en prenant notamment en compte les équilibres du marché publicitaire des services de télévision hertzienne terrestre* ».

Le CSA s'est donc attaché en premier lieu, à **analyser le risque de disparition de chacun des services en cause en cas de maintien sur la TNT payante.**

S'agissant de LCI, le Conseil observe ainsi que « *l'arrêt de l'exploitation de la chaîne LCI est une perspective réelle compte tenu de la fin des contrats de distribution, des niveaux d'audience et de recettes publicitaires en recul, des pertes accumulées et de l'absence de perspective sur la TNT payante* ». Pour le CSA, « *la capacité de la chaîne à retrouver un modèle économique vertueux en limitant sa diffusion, dans un modèle payant, aux plateformes ADSL, fibre, câble et satellite ne paraît pas garantie* ». Par ailleurs, dans la mesure où le groupe TF1 n'envisageait pas de soutenir « *un service dont il estime que le modèle économique n'est plus viable* », « *l'adossement de la chaîne LCI au groupe TF1 ne [semblait] plus pouvoir constituer une garantie de pérennité économique* ». Il a donc été retenu que « **l'absence de changement des modalités de financement du service LCI est susceptible de conduire la société LCI à cesser son exploitation** ».

Répondant aux arguments de M6, le CSA a considéré qu'« en

Dans ce numéro :

- **Passage en TNT gratuite : le CSA dit oui à LCI et non à PARIS PREMIERE et PLANETE+**
- **FRANCE TELEVISIONS signe un protocole d'accord avec la production indépendante**
- **L'appropriation du contenu d'un livre pour un documentaire sanctionnée pour parasitisme**
- **Moqueries sur un élève de l'Opéra de Paris : D8 mise en garde par le CSA**
- **L'externalisation de la modération d'un site n'exonère pas le directeur de la publication de sa responsabilité**
- **L'utilisation en ligne d'une marque constitue un usage sérieux opposable à une action en déchéance**
- **Atteinte au droit à l'image par la mise en ligne d'un tweet**

dépît de l'échec économique du modèle de distribution payante sur la TNT souligné par la société demanderesse, qui n'affecte qu'une partie très faible de son activité, le maintien du mode de financement payant de PARIS PREMIERE ne conduirait pas à une disparition de ce service, ni à court, ni à moyen terme ; en cas de refus de la demande d'agrément, PARIS PREMIERE pourrait donc continuer à être exploité par sa société éditrice ».

Quant à PLANETE +, sa demande d'agrément s'inscrivait en réaction aux demandes de LCI et PARIS PREMIERE et aux « *incertitudes* » qu'elles faisaient peser sur la distribution de l'offre de TNT payante du groupe CANAL PLUS. Dans la mesure où cette société ne justifiait pas sa demande par l'échec du modèle économique payant du service PLANETE +, le CSA en a déduit que le maintien de l'actuel mode de financement de la chaîne ne conduirait pas à sa disparition et que **le refus de son agrément ne remettrait pas en cause la pérennité de PLANETE +.**

Le Conseil s'est ensuite penché sur **les risques que le passage à la gratuité de ces chaînes faisait peser sur la poursuite des autres services.**

Le groupe TF1 défendait une « *intention éditoriale de se différencier des autres chaînes d'information* ». Il soutenait que la variété de ses émissions d'information lui permettrait de se différencier de BFM TV et iTélé. La programmation de LCI se distinguerait également des documentaires et magazines proposés par les services RMC Découverte et L'Equipe 21.

Pour le CSA, même si l'arrivée de LCI sur la TNT gratuite était de nature à entraîner une baisse significative de l'audience d'iTélé, si cette dernière prenait « *les mesures nécessaires pour faire face à la concurrence des services LCI et BFM TV, la visibilité de la chaîne* » était susceptible de ne pas être remise en cause.

De même, si le service BFM TV était économiquement affecté par l'arrivée de LCI, « *en raison d'une prévision d'audience inférieure à celle qui serait la sienne en l'absence de LCI sur la TNT gratuite, la viabilité de la chaîne ne saurait être, même à long terme, remise en cause* ». La gratuité de LCI n'aurait pas non plus, « *d'effet significatif sur la part d'audience* » de L'Equipe 21. TF1 s'était par ailleurs engagé à ne pas pratiquer, durant une période de deux ans renouvelable, de ventes d'espaces publicitaires ou d'opérations promotionnelles regroupant LCI et d'autres chaînes de son groupe. Le CSA a considéré que **ces engagements de nature concurrentielle contribuaient également à « préserver une concurrence entre les chaînes d'information fondée sur leurs seuls mérites respectifs ».**

Le Conseil a en revanche été sensible aux arguments que l'Association des chaînes conventionnées éditrices de services (ACCeS) et le groupe NRJ ont opposés au passage de PARIS PREMIERE à la TNT gratuite. L'ACCeS soutenait que la sortie de ce service « *de l'univers payant, qui rencontre déjà d'incontestables difficultés économiques, financières et d'audience, aurait un effet négatif sur l'attractivité de l'offre payante en raison de la notoriété de cette chaîne* ». Le CSA a parallèlement retenu que **la gratuité de PARIS PREMIERE affecterait les perspectives de développement des chaînes NRJ 12 et CHERIE 25**, dont l'assise économique était encore fragile en raison de leur situation déficitaire et de leur démarrage récent.

Ce même argument a été opposé à CANAL PLUS pour lui notifier que **l'arrivée de PLANETE + sur la TNT gratuite était susceptible d'affecter l'équilibre économique global de la chaîne RMC Découverte**. La gratuité de PLANETE + aurait des effets sur la croissance de l'audience et les recettes publicitaires, de nature à porter atteinte à la viabilité économique de sa concurrente. Or, « *les mesures compensatrices de nature éditoriale proposées par la société GROUPE CANAL PLUS n'ont pas pour effet de limiter les transferts d'audience et de ressources publicitaires qui résulteraient du jeu normal de la concurrence* ».

Le dernier critère examiné par le CSA consistait à mesurer **les contributions respectives des chaînes candidates, au pluralisme du secteur et à la qualité des programmes**.

La décision relative à LCI relève que le projet de cette chaîne « *se différencie de la programmation des autres chaînes d'information en continu par la volonté de réduire la part des journaux télévisés et de limiter les éditions spéciales aux seuls faits d'actualité majeurs, avec une grille laissant une large place aux magazines, aux reportages d'information, à l'actualité régionale et aux magazines thématiques* ». Cette présentation s'accompagnait d'engagements chiffrés du groupe TF1 en matière de programmation et de contenu. L'offre de LCI se distinguerait ainsi « *par la structure de sa grille, des deux autres chaînes d'information en continu et viendrait proposer aux téléspectateurs une offre alternative, complémentaire de l'offre actuelle* ». Le fait de ne plus privilégier le « *tout-direct* » et de proposer un « *traitement différencié de l'information* » pourrait « *conduire à une émulation des services d'information en continu* ». Le CSA a par conséquent considéré que « **la poursuite de l'activité du service LCI sur la TNT gratuite serait de nature à renforcer le pluralisme des courants d'expression socioculturels et présenterait un intérêt pour le public** ».

S'agissant de PARIS PREMIERE, le Conseil retient que cette chaîne « *comporte au sein de sa grille un nombre élevé de rediffusions, un volume relativement faible de programmes inédits et un volume important de programmes de téléachat ; en outre, la plupart des programmes diffusés en journée ne marquent pas de spécificité par rapport à l'offre de programmes*

disponibles sur les chaînes de la TNT gratuite ». Les engagements pris par son éditeur n'ont pas emporté la conviction du CSA qui les a jugés soit « *inférieurs au nombre d'émissions réalisées en 2014 ou au volume de diffusion relevé pour cette même année* » soit « *pas suffisamment précis au regard des incertitudes relevées dans l'étude d'impact* », soit relevant « *de la simple application des textes réglementaires* ». Il a finalement été retenu que « **le passage de PARIS PREMIERE sur la TNT gratuite est susceptible d'entraîner des transferts d'audience affectant de nombreuses chaînes de la TNT gratuite, qu'elles soient publiques ou privées, alors même que l'apport de PARIS PREMIERE à la qualité des programmes demeurerait limité** ».

La demande de **PLANETE +** s'appuyait sur « *un projet éditorial identique à sa programmation actuelle* » articulée autour du documentaire. Le CSA a estimé que si cette chaîne était susceptible de renforcer l'offre documentaire par le fait qu'elle abordait l'ensemble des thématiques, sa programmation « *différente de celle du service RMC Découverte* », se rapprochait toutefois « *de celle des chaînes du groupe FRANCE TELEVISIONS ou du service ARTE* ». La plupart des engagements du groupe CANAL PLUS se révélaient en outre, soit « *inférieurs au volume de diffusions relevé pour l'année 2014* », soit « *pas suffisamment précis au regard des incertitudes relevées dans l'étude d'impact* ». **Pour le Conseil, le passage à la gratuité ne présentait pas un intérêt particulier pour la promotion du pluralisme et la qualité des programmes audiovisuels.**

Au terme de son étude des trois demandes respectivement présentées par les éditeurs des chaînes LCI, PARIS PREMIERE et PLANETE +, le CSA a finalement décidé que seul le passage de LCI à la TNT gratuite auraient des effets positifs du point de vue du pluralisme et de l'intérêt du public, qui justifiaient que la demande de modification des modalités de financement de ce service soit agréée. Les groupes METROPOLE TELEVISION et NextRadioTV, éditeur de BFM TV, ont annoncé leur intention de saisir le Conseil d'Etat d'un recours à l'encontre des décisions concernant PARIS PREMIERE et LCI.

✉ *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, décisions n°2015-526, 2015-527 et 2015-528 du 17 décembre 2015, relatives aux demandes d'agrément de modification de modalités de financement des services de télévision hertzienne terrestre LCI, PARIS PREMIERE et PLANETE +*

❖ **FRANCE TELEVISIONS signe un protocole d'accord avec la production indépendante**

FRANCE TELEVISIONS a annoncé le 10 décembre 2015, que dans le cadre de la réflexion engagée par le Ministère de la Culture et de la Communication visant à rénover les relations entre les producteurs et les diffuseurs, cette société avait signé avec les principaux syndicats de producteurs audiovisuels (SATEV, SPFA, SPI et USPA) « **un protocole d'accord établissant un nouvel équilibre entre la production indépendante et FRANCE TELEVISIONS** ».

Cet accord intervient « *dans le contexte d'une profonde mutation du secteur audiovisuel et d'une transformation rapide des technologies et des usages du public* ». Il répond à la nécessité « *pour le service public de mieux protéger et de mieux valoriser ses programmes* » et permet à la production indépendante, « *de garantir un cadre clair et pérenne pour la création audiovisuelle* ».

Ce protocole prévoit que :

- FRANCE TELEVISIONS investira 20% de son chiffre

d'affaires, soit au moins 400 millions d'euros par an, dans la création ;

- 75% des investissements dans la création seront affectés à la production indépendante, la part dépendante étant portée à un maximum de 25%. La moitié de cette part dépendante pourra être engagée avec MULTIMEDIA FRANCE PRODUCTION (MFP), filiale de FRANCE TELEVISIONS, seule ou en coproduction avec des producteurs indépendants ;
- Des engagements mutuels seront pris par FRANCE TELEVISIONS et la production indépendante sur la durée des droits, l'exploitation sur les plateformes numériques, la circulation des œuvres, et le partage de la valeur, tant dans la part indépendante que dans la part dépendante des obligations.

✉ FRANCE TELEVISIONS, communiqué de presse du 10 décembre 2015

❖ **L'appropriation du contenu d'un livre pour un documentaire sanctionnée pour parasitisme**

La Cour d'Appel de Paris a condamné la société YAMI 2 qui s'était largement inspirée d'un ouvrage de Monsieur François BAZIN pour produire un documentaire diffusé par FRANCE TELEVISIONS.

Le journaliste François BAZIN est l'auteur d'un livre consacré à Jacques PILHAN, qui fut « conseiller des plus grands hommes politiques de la Cinquième République ». En 2010, YAMI 2 lui a proposé de collaborer à la production d'un documentaire consacré à ce personnage et lui a remis un dossier de présentation de ce projet qui d'après Monsieur BAZIN, « s'est avéré constituer une simple adaptation de son livre ». L'éditeur du premier ouvrage, la société PLON-PERRIN, a toutefois indiqué à YAMI 2 que les droits d'adaptation de ce livre n'étaient pas disponibles, ce qui rendait impossible la poursuite de ce projet. Considérant qu'il ne procédait pas à une adaptation de ce texte, le producteur a poursuivi son projet.

Son documentaire « *Devenir président et le rester – le secret des gourous de l'Elysée* » a été diffusé par FRANCE TELEVISIONS. L'auteur et son éditeur ont estimé qu'il s'agissait d'une adaptation non autorisée de l'ouvrage de Monsieur BAZIN et ont par conséquent saisi le Tribunal de Grande Instance de Paris d'une action en contrefaçon de droit d'auteur.

Le jugement rendu le 16 mai 2014 a fait droit à ces demandes et a condamné solidairement le producteur et le diffuseur pour contrefaçon. L'arrêt rendu le 17 novembre 2015 par la Cour d'Appel de Paris a au contraire considéré qu'il n'y avait pas d'atteinte au droit d'auteur mais que le producteur avait en revanche procédé à une utilisation fautive du livre intitulé « *Le sorcier de l'Elysée – L'histoire secrète de Jacques Pilhan* ».

Se fondant sur l'article L.122-4 du Code de la propriété intellectuelle, l'arrêt rappelle le principe selon lequel « *la contrefaçon d'une œuvre de l'esprit est réalisée à raison de la reprise des caractéristiques essentielles qui sont au fondement de l'originalité de l'œuvre, indépendamment de l'existence de différences* ».

La Cour s'est attachée à distinguer dans l'ouvrage litigieux, les éléments qui ne relevaient pas de la protection par le droit d'auteur : les travaux journalistiques d'investigation, les événements et informations appartenant à l'histoire, les formulations provenant de tiers ou les expressions du langage commun, le plan chronologique suivi par l'auteur ou encore son « *style, très imagé, propre au genre du journalisme politique* ».

L'originalité du livre tenait en revanche à « la combinaison de la sélection arbitraire opérée par lui des faits rapportés, de la façon dont il les analyse, de la finesse de sa rédaction et de l'éclairage personnel qu'il apporte sur la psychologie et les actions de Jacques Pilhan ».

Au stade de la comparaison des œuvres en présence, le dossier remis au journaliste induisait « *indéniablement un projet d'adaptation du livre de Monsieur BAZIN* ». Cependant, cette présentation avait été refusée par la chaîne et le producteur avait dû « *en revoir l'angle éditorial, dont l'axe finalement retenu a été celui de la stratégie de communication au service des élections présidentielles* ».

La comparaison du documentaire avec le livre révélait que l'œuvre audiovisuelle adoptait une trame chronologique similaire, reprenait les mêmes éléments mis en exergue, les mêmes événements et anecdotes ainsi que de nombreuses formules de style, métaphores ou anecdotes utilisées par Monsieur BAZIN. Cependant, le documentaire ne consacrait que « *quelques instants à l'histoire personnelle de* » Jacques PILHAN : à la différence du livre, ce n'était pas lui qui était « *mis en avant mais les nouvelles stratégies de communication politique nées* » de sa rencontre avec Gérard COLE, « *présentée comme ayant fait basculer l'histoire politique du pays, en cohérence avec l'angle éditorial finalement retenu portant sur l'histoire de leurs méthodes de travail* (« *le secret des gourous de l'Elysée* ») mises au service d'une intention (« *devenir président et le rester* ») et à l'origine d'un nouveau métier, celui des communicants politiques, ou « *spin doctors* », appelé aujourd'hui « *story telling* ». « **L'absence de mise en lumière, dans le documentaire, de l'aventure personnelle de Jacques Pilhan ne permettait donc pas « d'y retrouver son originalité** ». La Cour a par conséquent rejeté les demandes présentées sur le fondement de la contrefaçon.

L'arrêt retient néanmoins la responsabilité du producteur et du diffuseur sur le terrain du **parasitisme** qui consiste, « *pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'un autre en profitant indûment d'un savoir-faire, d'une notoriété acquise ou des investissements consentis, indépendamment de tout risque de confusion ; l'action en responsabilité pour parasitisme peut être fondée sur les mêmes faits que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de droit privatif, dès lors qu'il est justifié d'un comportement fautif* ».

L'auteur et son éditeur reprochaient notamment au producteur « *une utilisation systématique et fautive – induisant un abus de la liberté d'expression – des informations et anecdotes sélectionnées arbitrairement par Monsieur BAZIN dans son livre* ». La Cour relève à cet égard que « *le documentaire litigieux fait de façon constante de larges emprunts au livre de Monsieur BAZIN* » qui en constitue « *le seul ouvrage de référence* ». Le film ne se démarquait en outre que de manière « *superficielle* » du livre, laissant ainsi « *apparaître que la véritable substance du documentaire est l'action de Jacques PILHAN, pour laquelle la référence reconnue [du producteur] est le livre de Monsieur BAZIN* ». Or, le ni le journaliste ni son ouvrage n'étaient cités dans le documentaire, ce qui pour la Cour, constituait la trace du refus de l'auteur de collaborer au film et des avertissements reçus de son éditeur.

Il a en définitive été jugé qu'« **en s'appropriant délibérément, au mépris des avertissements délivrés et sans reconnaissance officielle, les fruits du travail intellectuel de Monsieur BAZIN, rendu possible grâce aux investissements financiers des éditions PLON-PERRIN la société YAMI 2, en tant que producteur, et la société FRANCE TELEVISIONS, en tant que diffuseur, se sont assurées, à moindre efforts et à moindre frais, le succès du documentaire litigieux ; elles ont ainsi agi en parasites en détournant des valeurs**

économiques à leur préjudice ». L'auteur et son éditeur se sont vus allouer, chacun, la somme de 20.000 euros de dommages et intérêts outre 6.000 euros au titre des frais de procédure.

✉ *Cour d'Appel de Paris, Pôle 5, 1^{ère} Chambre, arrêt du 17 novembre 2015*

❖ **Moqueries sur un élève de l'Opéra de Paris : D8 mise en garde par le CSA**

Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) a été saisi par le directeur adjoint de l'Opéra de Paris au sujet d'une séquence diffusée le 3 septembre 2015, dans l'émission « *Touche pas à mon poste* » de la chaîne de télévision D8.

À l'occasion de la visite de la Ministre de la Culture et de la Communication à l'École de danse de l'Opéra de Paris, les parents d'un jeune danseur avaient autorisé la captation et la diffusion d'images de leur fils, dans le cadre d'une émission destinée à être diffusée sur CANAL+. Le CSA a constaté qu'une image prise lors de cette visite, diffusée sur le blog de la ministre, avait été reprise non pas sur Canal+ mais sur D8, « *avec un gros plan sur une partie de l'anatomie du jeune homme pour s'en moquer* ».

Le Conseil a d'abord relevé que la chaîne n'avait pas obtenu d'autorisation pour la diffusion de cette image dans l'émission « *Touche pas à mon poste* », en méconnaissance de l'article 2 de sa délibération du 17 avril 2007 relative à l'intervention de mineurs dans le cadre d'émissions de télévision, qui prévoit que « *toute participation d'un mineur à une émission de télévision est subordonnée à l'autorisation préalable de tous les titulaires de l'autorité parentale, ainsi qu'à l'accord du mineur lui-même, dès lors qu'il est capable de discernement (article 371-1 du Code civil). Les parents et le mineur doivent être prévenus du thème de l'émission, de son titre et de son objet au moment de donner leur consentement* ».

Le CSA a constaté dans un second temps que « ***l'animateur, ainsi que plusieurs chroniqueurs de l'émission, avaient tenu des propos moqueurs et humiliants vis-à-vis de l'élève non flouté et donc aisément identifiable*** », en contradiction avec l'article 2-3-4 de la convention de la chaîne qui prévoit que « *l'éditeur respecte les droits de la personne relatifs à sa vie privée, son image, son honneur et sa réputation tels qu'ils sont définis par la loi et la jurisprudence. L'éditeur veille en particulier à ce qu'il soit fait preuve de retenue dans la diffusion d'images ou de témoignages susceptibles d'humilier les personnes (...)* ».

Le Conseil a pris acte du courrier du 24 septembre 2015 dans lequel le président de CANAL+, Monsieur Vincent Bolloré, a fait part au directeur de l'Opéra national de Paris « *de son attachement au respect et à la dignité des personnes présentées dans les émissions, et indiqué qu'il veillerait à ce que de tels incidents ne se reproduisent pas* ». Le CSA a toutefois mis en garde la chaîne D8 contre le renouvellement de tels manquements.

✉ *CSA Assemblée plénière du 21 octobre 2015, publiée le 14 décembre 2015*

Internet

❖ **L'externalisation de la modération d'un site n'exonère pas le directeur de la publication de sa responsabilité**

La Cour de Cassation a jugé le 3 novembre 2015, que le fait d'avoir confié à un tiers la modération de l'espace de contributions personnelles d'un site Internet, n'exonérerait pas pour autant le directeur de la publication de sa responsabilité éditoriale.

Un internaute avait fait publier le 17 janvier 2010, un commentaire sur le site d'information « *lefigaro.fr* », en réaction à un article intitulé « *Les militants Modem pas opportunistes* ». Un bouton « *Alerte* » situé au bas de chaque contribution publiée permet à tout lecteur d'alerter le modérateur du site sur des contributions à caractère diffamatoire ou dénigrant. C'est de cette manière qu'un responsable local du Modem a demandé au service de modération du site de supprimer le commentaire précité qu'il jugeait diffamatoire à son égard. Cette demande a été soumise le 19 janvier 2010. En dépit de l'engagement pris dès le 20 janvier par le service de modération et d'une nouvelle réclamation adressée par voie électronique le 6 février suivant, **ce n'est que 19 jours après la demande initiale, que le commentaire incriminé a été retiré.**

Suite à la plainte déposée par le responsable politique, le directeur de la publication du site « *lefigaro.fr* » a été déclaré coupable des faits de diffamation publique envers un particulier et cela, tant en première instance qu'en appel.

L'arrêt rendu par la Cour de Cassation se fonde sur l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, qui instaure le régime de responsabilité applicable en matière de délit de presse commis par un moyen de communication au public par voie électronique. En cas de diffamation commise sur Internet, le directeur de la publication sera ainsi « *poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public* ». Le dernier alinéa de ce texte précise que lorsque « *l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel, le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message* ».

Par référence à ce dernier alinéa, le directeur de la publication faisait valoir qu'il n'avait pas eu personnellement connaissance de l'existence du commentaire litigieux dans la mesure où **le site « *lefigaro.fr* » avait choisi d'externaliser son service de modération et de le confier à une société prestataire**. Se fondant sur le régime distinct de la responsabilité des hébergeurs de sites, **il contestait également la validité de la forme des messages que le plaignant avait adressés au modérateur**. Il soutenait ainsi que, même si « *littéralement* » la loi 29 juillet 1982 n'opère pas de renvoi formel aux exigences de forme de l'article 6-1-5 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), il devait « *être nécessairement exigé, a minima, une information personnelle du directeur de la publication comportant des éléments d'information suffisants tenant à l'identification de la personne qui le saisit d'une demande de retrait, à l'identification du message litigieux, et aux raisons de cette demande* ».

La Cour d'Appel avait jugé que, « *en sa qualité de directeur de la publication d'un service de communication en ligne mettant à la disposition du public un espace de contributions personnelles, mais également la possibilité d'alerter en temps réel un service de modération sur le contenu des messages déposés dans cet espace, le prévenu avait été mis en mesure, dès les alertes postées par le plaignant, d'exercer son devoir de surveillance sur ledit commentaire, qui n'avait pour autant pas été retiré promptement* ».

La Chambre Criminelle a confirmé que les premiers juges avaient fait l'exacte application du dernier alinéa de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 en condamnant le directeur de la publication : **« le prévenu ne peut utilement se prévaloir, ni de ce que ladite fonction de modération aurait été externalisée, ni du bénéfice des dispositions régissant la responsabilité pénale des hébergeurs de site ».**

✉ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, arrêt du 3 novembre 2015

❖ **L'utilisation en ligne d'une marque constitue un usage sérieux opposable à une action en déchéance**

La Cour d'Appel de Paris a jugé que l'exploitation en ligne du magazine « *Jours de France* » constituait un usage sérieux permettant à son propriétaire de s'opposer à la demande de déchéance de sa marque « *Jours de France* ».

La Société du Figaro est titulaire de la marque verbale française « *Jours de France* » déposée le 24 juillet 1968 et régulièrement renouvelée pour désigner notamment les imprimés, journaux, périodiques et livres. Cette marque a servi de titre au magazine hebdomadaire « *Jours de France* » qu'elle a diffusé en édition « papier » de 1954 à 1989. A compter de 2011, le Figaro a débuté l'édition d'une page web intitulée « *Jours de France* », accessible depuis son site « *lefigaro.fr* ». Cette société a par la suite lancé la publication d'un complément trimestriel à l'édition papier de son magazine, également intitulé « *Jours de France* ».

La société ENTREPRENDRE a déposé en 2003 la marque « *Jour de France* » pour désigner notamment des imprimés, journaux et périodiques. En 2010, cette marque est devenue le titre d'un magazine qu'ENTREPRENDRE consacrait à la vie des personnalités médiatiques. La société du Figaro a saisi le Tribunal de Grande Instance de Paris d'une action visant notamment à obtenir la condamnation d'ENTREPRENDRE pour contrefaçon de marque. Le jugement rendu a prononcé la déchéance des droits de la Société du Figaro sur sa marque « *Jours de France* » pour les produits et services se retrouvant dans les deux dépôts et l'a par conséquent déclarée irrecevable à agir en contrefaçon. L'arrêt rendu le 20 novembre 2015 a infirmé cette décision.

Au titre de la perte des droits sur une marque, l'article L.714-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'« **encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans** ». La déchéance peut être demandée en justice par toute personne intéressée. Ce texte prévoit toutefois que l'usage sérieux de la marque commencé ou repris postérieurement à la période de cinq ans précitée n'y fait pas obstacle « *s'il a été entrepris dans les trois mois précédant la demande de déchéance et après que le propriétaire a eu connaissance de l'éventualité de cette demande* ».

La Société du Figaro entendait ainsi démontrer qu'elle avait repris un usage sérieux de sa marque « *Jours de France* » durant la période de trois mois précédant la demande de déchéance qu'ENTREPRENDRE avait formée devant le Tribunal. Elle se prévalait de la reprise de son usage sous la forme d'un magazine électronique publié sur son site à compter de 2011, puis de la diffusion à compter de 2013, du magazine « *Jours de France* » en format papier.

Il incombait à la Cour « *d'analyser les actes de reprise d'exploitation intervenus en recherchant s'ils peuvent être*

considérés comme des actes d'usage réel et sérieux de la marque, susceptibles, comme tels, de faire obstacle à l'action en déchéance ». Son arrêt se fonde sur la jurisprudence communautaire qui a notamment jugé qu'« *il convient de prendre en considération (...) l'ensemble des faits et des circonstances propres à établir la réalité de son exploitation commerciale, en particulier les usages considérés comme justifiés dans le secteur économique concerné pour maintenir ou créer des parts de marché au profit des produits ou des services protégés par la marque. L'appréciation des circonstances de l'espèce peut ainsi justifier la prise en compte, notamment, de la nature du produit ou du service en cause, des caractéristiques du marché concerné, de l'étendue et de la fréquence de l'usage de la marque. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'usage de la marque soit toujours quantitativement important pour être qualifié de sérieux car une telle qualification dépend des caractéristiques du produit ou du service concerné sur le marché correspondant* ». La jurisprudence citée par la Cour ajoute qu'« *il n'est pas possible de déterminer a priori, de façon abstraite, quel seuil quantitatif devrait être retenu pour déterminer si l'usage a, ou non, un caractère sérieux. Une règle de minis, qui ne permettrait pas au juge national d'apprécier l'ensemble des circonstances du litige qui lui est soumis, ne peut, dès lors, être fixée* » et cite l'article 12 de la directive sur les marques à la lumière de laquelle doit être interprété le droit national qui autorise la prise en considération de préparatifs pour faire obstacle au prononcé de la déchéance.

En l'espèce, plusieurs constats d'huissiers démontraient l'existence de la publication en ligne du magazine « *Jours de France* », sur le site « *lefigaro.fr* » et aux dates invoquées. **Ce magazine se présentait comme une déclinaison, diffusée sur Internet, du titre de presse Le Figaro. La qualification de « publication de presse » conforme aux journaux et périodiques visés par la marque, ne pouvait donc lui être déniée et cela même si les mentions légales de la page « *Jours de France* » étaient « reroutées » de cette page internet vers le site du Figaro.**

S'agissant de l'appréciation du caractère « *sérieux* » de l'usage de la marque, la Cour retient que « *l'intimée ne peut valablement tirer argument du fait que ce magazine poursuivait le dessein de « jauger le public » en affirmant que « l'aspect commercial » de l'utilisation de la marque n'est pas établi, faute d'abonnements, de commandes ou d'inscription en tant qu'utilisateur ; la marque est, en l'espèce, apposée sur un produit visé à son enregistrement qui est mis à la disposition du public sans laisser de doute sur sa fonction* ». A cet égard, « **le critère quantitatif ne constitue pas un critère d'appréciation déterminant et la diffusion par le net est potentiellement de nature à assurer le rayonnement du produit** ». L'usage « *réel et sérieux* » de la marque sur Internet était de surcroît conforté par l'exploitation du magazine papier. La Société du Figaro a donc recouvré ses droits sur la marque « *Jours de France* ». Compte tenu de la ressemblance de ce signe avec la marque postérieure « *Jour de France* » et du risque de confusion en découlant pour les consommateurs, ENTREPRENDRE a finalement été condamnée pour contrefaçon. La Cour a alloué au Figaro la somme de 70.000 euros au titre de l'atteinte à la marque « *Jours de France* » et fait interdiction à ENTREPRENDRE de poursuivre l'exploitation de l'expression « *Jour de France* » pour désigner son magazine.

✉ Cour d'Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 2, arrêt du 20 novembre 2015

❖ **Atteinte au droit à l'image par la mise en ligne d'un tweet**

Le Tribunal de Grande Instance de Paris a condamné le site

Internet du journal LE PARISIEN pour avoir publié un tweet contenant une photographie portant atteinte au droit à l'image d'une personne.

Le site « *leparisien.fr* » avait publié un article sur la mésaventure d'une personne qui, au volant de sa voiture sur les Champs-Élysées, avait confondu une bouche de métro avec l'entrée d'un parking et s'était engouffré dans la bouche de métro. Suite à cet article, le site avait mis en ligne un « *tweet* » contenant un cliché photographique qui représentait le conducteur à côté de sa voiture bloquée sur les marches donnant accès au métro, tenant à la main un téléphone portable et entouré d'une foule de badauds.

Le conducteur malheureux a assigné la société LE PARISIEN LIBERE pour obtenir la condamnation de l'atteinte à l'image qu'il estimait avoir subie.

Le journal contestait la validité de cette assignation au motif que le plaignant aurait dû se fonder sur le régime de la diffamation et non pas du droit à l'image. Le jugement rendu le 9 novembre 2015 n'a pas fait droit à cette demande de requalification. Il rappelle à ce propos que « *les droits consacrés par l'article 9 du Code civil – droit à l'image et au respect dû à la vie privée – et le droit au respect de l'honneur et de la considération prévu par l'article 29 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881, sont des droits protégés par une loi, ils sont également des attributs de la personne parfaitement distincts et ne sauraient être confondus ; ces deux qualifications n'étant nullement incompatibles entre elles, le demandeur a la possibilité de choisir de poursuivre sur l'un ou sur l'autre de ces fondements, à condition que son choix ne procède pas d'un détournement des règles procédurales de la loi sur la liberté de la presse* ». En l'espèce, « *et bien que le demandeur ait fait valoir, à l'appui de son évaluation des dommages-intérêts qu'il sollicitait, les moqueries, voire le discrédit, dont il a été l'objet dans son milieu professionnel qui a été particulièrement sensible à sa maladresse puisqu'il travaille dans le secteur de l'automobile, le fait imputé au demandeur par le cliché photographique incriminé, à savoir **la commission d'une maladresse sans conséquences dommageables pour autrui, ne saurait être considéré comme portant atteinte à l'honneur et à la considération au sens*** » de la définition légale de la diffamation. C'est donc à bon droit que le demandeur n'avait pas visé Les dispositions de la loi sur la liberté de la presse.

La photographie litigieuse permettait d'identifier le plaignant et sa voiture dont le numéro d'immatriculation était visible, de sorte que l'atteinte à son droit à l'image était caractérisée. Le PARISIEN LIBERE se retranchait encore derrière le principe selon lequel ce droit peut céder devant la liberté d'expression. Le Tribunal lui a cependant rappelé que ce principe « *impose une appréciation de l'objet de la publication en cause – son contenu, sa forme, l'absence de malveillance et d'atteinte à la dignité de la personne, ainsi que sa participation à un débat d'intérêt général mais également des circonstances tenant essentiellement à la personne qui se plaint de l'atteinte aux droits protégés par l'article 9 du Code civil, notamment sa qualité et son comportement antérieur* ». Or, ici, « *le sujet abordé relatif à un banal fait divers ne permettait pas que l'image du demandeur, inconnu du public, soit publiée dans des conditions le rendant identifiable, que notamment la plaque d'immatriculation de sa voiture et son visage auraient pu être floutés sans que l'image ne perde de sa qualité d'information sur ce fait divers* ».

La faute étant confirmée, le Tribunal a procédé à l'évaluation du préjudice du plaignant en tenant compte des moqueries dont il avait été l'objet dans le cadre de son activité professionnelle, de sa déstabilisation dont il était venu témoigner à l'audience et du fait qu'il était inconnu du public. Ces postes de préjudices ont néanmoins été tempérés par le fait que le cliché en cause était

la reprise d'un tweet, « *de sorte qu'il ne s'agit pas d'une première publication, quoique la publication sur le site internet leparisien.fr lui ait donné une plus large diffusion* ». Au terme de cette analyse, l'éditeur du site a été condamné au paiement de la somme de 4.000 euros de dommages et intérêts, outre 3.000 euros au titre des frais de procédure.

✉ *Tribunal de Grande Instance de Paris, Chambre de la Presse, jugement du 9 novembre 2015*



AVOCATS

Media Law Newsletter est éditée par la société d'avocats AJA-AVOCATS. Elle est réservée à l'usage personnel de ses destinataires. Son objet est de présenter une information non exhaustive dans le domaine du droit des médias. AJA-AVOCATS ne saurait être tenue pour responsable de tout dommage, direct ou indirect, résultant de tout usage que ses destinataires pourraient faire des informations contenues dans Media Law Newsletter.

AJA AVOCATS

7, avenue de la Bourdonnais
75007 PARIS, FRANCE

Téléphone :

+33 (0) 1 71 19 71 47

Fax :

+33 (0) 1 71 19 77 38

Site :

<http://aja-avocats.fr>

Rédacteur :

Juan-Carlos ZEDJAOUI
jc.zedjaoui@aja-avocats.com