

# L'Ours



Le bulletin illustré du droit pratique de la communication & des technologies de l'information

05 Janvier 2014

L'Ours est édité par FLP Avocats, association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle  
19 rue Ampère - 75017 Paris. N° SIRET 531 163 939 00014 [www.flpavocats.com](http://www.flpavocats.com)  
Tél. : 01 70 61 00 90 - [contact@flpavocats.com](mailto:contact@flpavocats.com). Directeur de la publication : Jean-Marie Léger.  
Imprimé par Pure Impression. ISSN 2258-7241.  
Ont contribué à ce numéro pour les textes : Elise Van Benden et Jean-Marie Léger.  
Illustrations : Leemage. Conception/réalisation : Julien Magnier  Wefactory - 01 46 99 93 93

« L'ours : encadré où doivent figurer, dans un journal ou une revue, la liste des collaborateurs et les mentions légales »  
Le Petit Robert

## Edito

### Libre et éclairé !

**L**e secteur de la communication est riche d'une grande diversité de contrats. Si les contrats de vente d'espaces et de conseil en communication constituent les grands classiques de la matière, l'évolution des techniques a donné naissance à de nouvelles conventions. Là comme ailleurs, la souplesse du droit commun se plie parfaitement aux créations contractuelles de la pratique. Tout irait pour le mieux, pourrait-on dire, à consulter les bases jurisprudentielles qui ne révèlent guère une poussée de fièvre contentieuse, s'il n'y avait pas le temps frustrant des appels d'offres et celui, plus douloureux encore, de la séparation.

Dans *La vie secrète des appels d'offres*, Eric Bentot souligne le burlesque de mécanismes paperassiers de compétitions où la procédure juridico-financière de sélection tue l'âme d'une relation avant même qu'elle ne s'instaure. Il en appelle à un « choc d'efficacité » pour améliorer l'organisation des appels d'offres de la communication corporate. Il faut dire que la réglementation s'avère en droit administratif particulièrement complexe, formaliste et fluctuante. Ainsi, le décret du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics a été modifié en janvier 2004, en août 2006, en décembre 2008, en août, septembre et décembre 2011 sous l'impulsion du législateur communautaire et au gré des alternances politiques. Est-ce donc le prix à payer pour plus de transparence et de loyauté ?

Si la joie de la signature permet à l'heureux gagnant d'oublier les douleurs de l'enfantement, la perspective d'une procédure n'est guère, en revanche, de nature à enthousiasmer le cocontractant injustement évincé. C'est le délai de prévenance et l'évaluation de l'indemnisation qui suscitent ici les débats les plus vifs... et les incertitudes les plus grandes. Le droit français s'en tient ici au sacro-saint principe de la réparation du seul préjudice direct et certain. Il ne connaît pas les *punitive damages* de la common law par lequel le fautif peut être financièrement sanctionné en fonction de la gravité de sa faute. Le mécanisme aurait pourtant des vertus apaisantes en dissuadant certains cocontractants d'adopter des comportements particulièrement déloyaux.

Reste que le contrat est l'expression de consentements libres et éclairés, nous dit le code civil de 1804. Gageons qu'il en soit effectivement ainsi !

Jean-Marie Léger

1 *La vie secrète des appels d'offres*, préface de Jean-Luc Letouzé, Editions du Palio et Communication et Entreprise uijef.

## Sommaire

**P.2 Contentieux de la com** Le référé précontractuel dans les marchés publics

**P.3 Entreprises de la communication** Du prix et de la cession de droits

**P.4 Professionnels de la com** La rupture du contrat : quand l'amour n'est plus là

[\]Du côté des tribunaux\]](#) [\]Actu de la Com au Journal Officiel\]](#)



Honoré Daumier. Charivari daté de 1845 : Serie *Les beaux jours de la vie*. Fusion des compagnies - Effusion des actionnaires. Musée des Beaux Arts - Palais Longchamp, Marseille



# | CONTENTIEUX DE LA COM

## Le référé précontractuel dans les marchés publics

**P**révu à l'article L.551-1 du code de justice administrative, le référé précontractuel est la bête noire des administrations, établissements publics et collectivités territoriales. Il permet en effet à un candidat évincé à un appel d'offres de saisir en urgence le président du tribunal administratif en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles de l'avoir lésé. Si le manquement est établi, le juge a la faculté d'annuler toute la procédure de passation. On comprend ce faisant que l'entité adjudicatrice soit incitée par ce biais à respecter ses obligations. Il n'est pas nécessaire d'avoir déposé une offre pour pouvoir agir : une société qui exerce une activité correspondant à l'objet du marché en cause, et a retiré le dossier de consultation avant la date limite de remise des offres, justifie d'un intérêt à agir devant le juge du référé précontractuel (Conseil d'Etat, 5 août 2009). Le candidat évincé doit agir vite car la signature du marché interdit de recourir au référé précontractuel.

Pour que le candidat évincé puisse obtenir gain de cause, il est nécessaire qu'il puisse se prévaloir de

« manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ». Ainsi, un manquement qui se rapporte à une phase de la procédure antérieure à la sélection de l'offre du requérant n'est pas de nature à le léser. De même, si son offre était irrecevable, il ne pourra se plaindre de manquement à des obligations de mise en concurrence.

Seuls les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence peuvent être invoqués. Il s'agit notamment des dispositions du code des marchés publics relatives à la publication d'avis d'appel public à la concurrence. La jurisprudence a jugé que l'obligation pour le candidat retenu de produire les attestations fiscales et sociales prévues par l'article 46, III du Code des marchés publics relève des règles de mise en concurrence. Les règles de publicité fixées par le pouvoir adjudicateur lui-même sont également concernées. Le Conseil d'Etat accepte d'examiner si la méthode de notation retenue est de nature à rompre l'égalité de traitement entre les candidats. Ont été ainsi jugés contraires aux obligations de mise

en concurrence, notamment, l'exigence de documents ayant pour effet de pénaliser les entreprises de création récente (CE, 9 mai 2012, n° 356455, cne Saint-Benoît), des exigences techniques discriminatoires (CE, 11 sept. 2006, n° 257545, cne Saran), une mauvaise application des critères de sélection annoncés (CE, 27 avr. 2011, n° 344244, Président du Sénat) ou une offre jugée à tort irrégulière (TA Toulouse, 24 avr. 2012, n° 1201630, EURL SP Carrelage).

Le premier alinéa de l'article L. 551-2 du Code de justice administrative impose au juge de vérifier qu'une mesure de suspension n'aura pas de conséquences négatives disproportionnées sur les intérêts en présence, et notamment sur l'intérêt public. Par ailleurs, la sanction prononcée par le juge des référés doit être proportionnée « à la nature du vice entachant la procédure de passation du contrat litigieux » (CE, 20 oct. 2006, n° 289234, Andeville). En tout état de cause, le juge des référés précontractuels n'a pas la faculté d'enjoindre à l'administration d'admettre la candidature d'une société irrégulièrement évincée d'un appel d'offre. Il n'en demeure pas moins que le référé précontractuel est un outil relativement efficace ; son taux de succès avoisine les 25%. ▶

### Que dit la loi ?

Pour que le candidat évincé puisse obtenir gain de cause, il est nécessaire qu'il puisse se prévaloir de « manquements [...] susceptibles de l'avoir lésé [...] en avantageant une entreprise concurrente ».



© Jean-Bernard/Leemage

# | LES ENTREPRISES DE LA COMMUNICATION

## Du prix et de la cession de droits

**L**a clause de prix et des modalités de règlement focalise à juste titre l'attention des négociateurs. Il n'est pas rare au demeurant que l'originalité des mécanismes de rémunération n'en rende la rédaction délicate. Si le forfait périodique est un grand classique dans les contrats d'agence, les rémunérations variables fonction d'un pourcentage du montant des achats d'espace ou des frais techniques poursuivent une carrière honorable parfois malmenée par les restrictions budgétaires de périodes de crises. En tout état de cause les rémunérations au pourcentage sont généralement assorties d'un minimum pour garantir le prestataire contre les aléas inhérents à ce type de mécanisme.

Ce sont sans doute les contrats cadres, qu'affectionne tout particulièrement l'acheteur public, qui peuvent quant au prix susciter de regrettables déceptions. Car le contrat cadre a l'apparence d'un contrat ordinaire : celui qui, une fois signé, oblige à quelque chose. Or, il s'avère le plus souvent qu'il lui manque l'essentiel : une commande ferme et la contrepartie financière que l'on en attend. Le contrat cadre n'est en effet le plus souvent que l'ossature contractuelle d'une union libre, le partenaire client restant libre de passer ou non commande. Il y faut un engagement minimum, généralement chiffré, pour contraindre le client à l'achat.

Quant aux modalités de règlement, c'est à l'article L.441-6 du code de commerce qu'il faut se référer. Elles sont en effet minutieusement réglementées à l'avantage du prestataire. On regrettera seulement qu'au titre d'une indemnité forfaitaire obligatoire pour frais de recouvrement, le pouvoir réglementaire n'ait retenu qu'un forfait dérisoire de 40 euros. Il est vrai toutefois que lorsque les frais exposés sont supérieurs à ce montant,

le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification.

Plus énigmatique sans doute, la clause de cession de droits est dans le domaine de la com l'objet d'une révérence inquiète ou désabusée. Son objet, apparemment nébuleux, évoque tour à tour les droits d'auteur, les idées et concepts, l'image, les brevets, le savoir-faire et tous les éléments non protégés par le code de la propriété intellectuelle. C'est dans le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles, plus communément appelé CCAG-PI, que l'on peut trouver l'une des plus disparates des énumérations : « tous les éléments, quels qu'en soient la forme, la nature et le support...

tels que, notamment, les œuvres, les logiciels, leurs mises à jour ou leurs nouvelles versions, les bases de données, les signes distinctifs, les noms de domaine, les informations, les sites internet, les rapports, les études, les marques, les dessins ou modèles, les inventions brevetables ou non... et plus généralement tous les

éléments protégés ou non par des droits de propriété intellectuelle ou par tout autre mode de protection, tels que le savoir-faire, le secret des affaires, le droit à l'image des biens ou des personnes ». Et l'administration n'est pas la seule à en vouloir ainsi pour son argent. Reste qu'une telle énumération appelle pour chaque « bien » qu'elle vise une cession juridiquement conforme à son objet. Car ce n'est pas la même chose « d'acheter » des droits d'auteur que le sourire charmeur d'un mannequin.

Peut-on du reste acheter une chose qui ne donne prise à aucun monopole juridique d'exploitation ? Une idée qui ne peut être protégée par un droit d'auteur ne relève pas du contrat de vente. Son « appropriation » pourra prendre la forme d'une exclusivité consentie au client. En tout état de cause, s'agissant



Le contrat : un homme énorme face à un autre plus petit. Planche illustrée par Richard Dighton, in "City characters". 1818 Museum of London

des droits d'auteur, la Cour de cassation a jugé que le formalisme protecteur du code de la propriété intellectuelle qui impose d'énumérer précisément l'étendue de la cession, ne protège que l'auteur, personne physique. Les prestataires sociétés commerciales prendront donc soin de préciser par écrit qu'ils ne cèdent à leur client que les droits expressément visés dans le contrat. ▶

### La bonne question

Peut-on du reste acheter une chose qui ne donne prise à aucun monopole juridique d'exploitation ?



# | LES PROFESSIONNELS DE LA COM

## La rupture du contrat : quand l'amour n'est plus là

**C**ela commence généralement par une lettre recommandée avec accusé de réception. Il y avait bien eu pourtant ces malentendus persistants, des coups de fil sans rappel, des non-dits, un froid dans les relations, les ferments d'un désamour. On y croyait encore jusqu'à cette lettre où, noir sur blanc, la rupture est notifiée. La rupture est parfois plus sournoise. C'est un feu qui s'éteint, lentement, inexorablement.

Mais que dit notre contrat ? Il était à durée déterminée, certes, mais par le jeu d'un renouvellement automatique, tardivement dénoncé, le voici reparti pour un an. La rupture anticipée du contrat à durée déterminée prive le prestataire de la marge escomptée pendant la durée convenue non exécutée. Cette marge constituera la base de l'indemnisation sollicitée. Le

droit est ici assez clair. La situation du prestataire évincé d'un contrat à durée indéterminée est plus incertaine. La liberté de rompre est la règle. Encore faut-il en respecter les conditions de forme et de délai. Quant à la forme, l'écrit s'impose. Les parties sont libres de convenir des modalités de son expédition. La question du préavis apparaît assez simple : c'est la durée convenue dans le contrat. A défaut, il existe des usages notamment pour les contrats de régie et les contrats d'agence. Mais la force obligatoire de ces usages, auxquels il peut être en tout état de cause dérogé par contrat, reste incertaine. La Cour de cassation a pu juger qu'il ne s'appliquait pas à un annonceur dont il n'était pas prouvé qu'il connaissait ledit usage.

La durée du préavis applicable s'est toutefois considérablement compliquée avec l'article L.442-6 du code de commerce. En effet, cet article prévoit que

la rupture, même partielle, d'une relation commerciale établie par l'existence de commandes régulières, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale, engage la responsabilité de l'initiateur de cette rupture. Le préavis s'impose tant en l'absence de contrat régissant les relations sur la durée qu'en présence d'un tel contrat. Ainsi, dès lors que les relations commerciales se sont poursuivies pendant une durée significative, le préavis de l'article L.442-6 supplante l'éventuel préavis contractuellement convenu, le contrat ne pouvant pas prévoir une durée contraire à celle, impérative, résultant de l'article L.442-6. Or, si le préavis contractuellement prévu est précisément déterminé, il n'en est pas de même du préavis qu'il faudra effectivement respecter pour se conformer aux dispositions du code de commerce. Les tribunaux disposent d'une large marge d'appréciation pour fixer la durée du préavis si bien qu'il ne se dégage pas

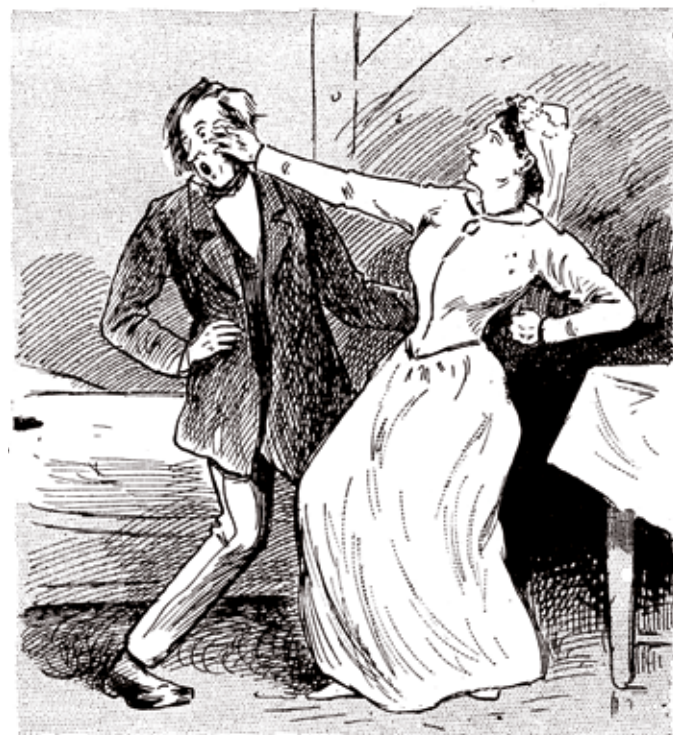


Illustration 19<sup>e</sup> siècle d'un roman de Paul de Kock *La mariée de Fontenay*, édition Rouff

© Cusman/Leemage

de la jurisprudence une durée uniforme applicable à tous les contrats des activités de communication, même si le délai de six mois est souvent invoqué. Quant au préjudice résultant du non-respect de ce préavis, les tribunaux retiennent généralement le montant de la marge brute

escomptée sur la durée du préavis non respecté. En tout état de cause, en présence de manquement aux obligations qui sont les siennes, le prestataire ne pourrait prétendre qu'au préavis contractuel de résiliation pour faute d'une durée qui n'excède pas, généralement, un mois. ▀

## DU CÔTÉ DES TRIBUNAUX

### Publicité pour l'alcool

Le fabricant d'une célèbre boisson alcoolique avait lancé une vaste campagne de publicité comportant des dispositifs web et mobile ainsi que des relais sur les réseaux sociaux autour du concept : « UN RICARD DES RENCONTRES ». Saisi à l'initiative de l'ANPAA, association nationale de prévention en alcoologie et addictologie, le juge des référés, suivi par la Cour de cassation au terme d'un arrêt du 3 juillet 2013, a ordonné le retrait de tout support de cette mention ainsi que des nuages de différentes couleurs, agrémentant l'annonce, et du signe # suivi d'un numéro. Rejetant l'argument selon lequel l'accroche à laquelle étaient associées des mentions relatives à l'association de la boisson à différents ingrédients, relevait du mode de consommation du produit, et donc d'une mention autorisée par la loi, le juge des référés a jugé que l'expression renvoyait manifestement au rapprochement entre des personnes et constituait ce faisant une incitation directe à consommer de l'alcool dans le but de vivre des moments de convivialité. De même, les nuages qui évoquaient selon les dires

du fabricant le phénomène de « louchissement » produit par l'ajout de l'eau, constituent pour le tribunal des références visuelles étrangères aux seules indications énumérées par l'article L.3323-4 du code de la santé publique.

La Cour de cassation confirme cette analyse en jugeant que le terme « rencontre » renvoie communément non pas à l'association d'ingrédients mais au rapprochement entre des personnes, à la possibilité de nouer des relations inattendues et fortuites. La Cour juge également que le fait qu'un message soit relayé par l'intervention d'un internaute à l'intention de son réseau d'amis ne lui fait pas perdre son caractère publicitaire. Ainsi la diffusion dans le cercle « privé » d'un internaute relève bel et bien de l'action publicitaire.

La Cour de cassation s'en tient donc à une interprétation stricte des textes en condamnant le recours à des termes dont la signification première ne permet pas un rattachement direct et objectif aux mentions autorisées. ▀

## ACTU DE LA COM AU JOURNAL OFFICIEL

- Loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public
- Décret n° 2013-999 du 8 novembre 2013 relatif aux aides financières aux industries techniques et à l'innovation technologique dans le domaine du cinéma et des autres arts et industries de l'image animée
- Décret n° 2013-933 du 17 octobre 2013 instituant une aide exceptionnelle au bénéfice de certains diffuseurs de presse indépendants
- Décret n° 2013-899 du 8 octobre 2013 modifiant le décret n° 2009-1465 du 30 novembre 2009 pris pour l'application des articles 220 quaterdecies et 220 z bis du code général des impôts et relatif à l'agrément des œuvres cinématographiques et audiovisuelles ouvrant droit au crédit d'impôt pour dépenses de production exécutive en France d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles étrangères
- Arrêté du 18 novembre 2013 relatif aux conditions de mise à disposition du public des publications nationales de l'Institut national de la statistique et des études économiques