

**LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE**  
**Droit des affaires – Propriété intellectuelle**  
**N°2 / MAI 2008**

**Sommaire**

**DROIT DES AFFAIRES**

**Agent commercial** : L'obligation de non concurrence n'est pas conditionnée à l'octroi d'une contrepartie financière.

**Carte bancaire** : En cas de perte ou de vol de la carte bancaire l'utilisation du code secret ne fait pas présumer la faute lourde du titulaire.

**Caution** : En cas de défaillance du débiteur, la caution doit être informée dès le premier incident non régularisé dans le mois de la défaillance du débiteur. Cette règle bénéficie aussi au dirigeant qui se porte caution pour son entreprise, alors qu'il est à même de savoir si son entreprise honore ses règlements.

**Devoir d'information du banquier** : Une banque ne doit pas laisser spéculer un client en bourse sans l'avoir averti des risques qu'il prenait.

**Obligation d'information de l'acheteur** : L'acheteur est comme le vendeur soumis à un devoir d'information sauf sur la valeur du bien qu'il achète.

**Pacte de préférence** : Le bénéficiaire d'un pacte de préférence peut sous certaines conditions être substitué à l'acquéreur du bien.

**Saisie compte bancaire** : Les fonds déposés à l'étranger dans une succursale d'une banque française ne sont pas à l'abri d'une saisie pratiquée en France.

**PROPRIETE INTELLECTUELLE**

**Droit d'auteur sur les parfums** : Un parfum est-il protégeable par le droit d'auteur ?

**Marque** : Une marque doit être exploitée sous peine d'encourir la déchéance.

**Marque** : Le mot « texto » avait été déposé à titre de marque. Cette marque vient d'être annulée.

**Médicament générique** : Peut-on citer le nom du médicament référent pour une publicité d'un médicament générique ?

# DROIT DES AFFAIRES

## AGENT COMMERCIAL

---

Il est parfaitement possible d'insérer dans un contrat d'agence commerciale, une obligation de non concurrence à la charge de l'agent prenant effet à la cessation des relations.

C'est ce que prévoit l'article L 134-14 du Code de commerce qui impose pour sa validité trois conditions : une limitation dans le temps (au maximum deux ans), une limitation dans l'espace, et enfin une proportionnalité par rapport à l'objet du contrat. L'ancien agent ne doit pas être empêché d'exercer toute activité professionnelle.

La question s'est posée de savoir si pouvait être transposée à l'agent commercial, ce qui est désormais obligatoire pour un salarié, à savoir une

quatrième condition de validité : la contrepartie financière.

Un agent commercial n'étant pas un salarié la réponse doit être négative. C'est en ce sens que la Cour de cassation a statué dans un arrêt du 4 décembre 2007. Pour la Cour de cassation le législateur n'a pas entendu que la clause de non concurrence soit indemnisée lorsque la clause de non concurrence est limitée dans le temps et dans l'espace et ne crée pas de sujétion abusive.

Ce rappel était nécessaire.

*Cass. com. 4 décembre 2007 n°06.15.137*

## CARTE BANCAIRE

---

Votre carte bancaire est perdue ou volée. Des sommes sont prélevées de votre compte par composition de votre code secret.

Votre banquier vous reprochera soit d'avoir communiqué ce code à une tierce personne, soit d'avoir laissé ce code à proximité de la carte, voire même de l'avoir inscrit dessus.

En conséquence, il invoquera votre négligence pour ne pas avoir à vous rembourser les sommes prélevées votre insu.

Alors rappelons la règle, le titulaire d'une carte supporte la perte subie, en cas de perte ou de vol, avant son opposition dans la limite d'un plafond qui ne peut dépasser 150 euros. Toutefois, s'il a agi avec une négligence constituant une faute lourde ou si, après la perte ou le vol de ladite carte, il n'a pas effectué son opposition dans les meilleurs délais, compte tenu de ses habitudes d'utilisation de la carte, le plafond prévu à la phrase précédente n'est pas applicable.

Mais la négligence du titulaire peut-elle être qualifiée de faute lourde par le simple fait que son code secret a été utilisé ?

La Cour de cassation dans un récent arrêt a répondu par la négative. L'utilisation du code secret ne fait pas présumer la faute lourde du titulaire.

C'est donc à la banque de prouver cette faute lourde, qui est une faute d'une extrême gravité.

Ce sera à la banque de prouver que le code avait été laissé à proximité de la carte ou qu'il a été volontairement communiqué. Cette preuve sera évidemment difficile à établir, en dehors de l'aveu du titulaire lui-même.

Cette décision rassurera peut être les têtes en l'air qui ne doivent pas tomber dans le second écueil en oubliant de former opposition dans les meilleurs délais qui s'apprécient au cas par cas, selon l'habitude d'utilisation de la carte.

*Cour de Cassation 1<sup>ère</sup> civ.28 mars 2008  
n°07610.186*

## CAUTION (Information à)

---

En cas de défaillance du débiteur, la caution doit être informée dès le premier incident non régularisé dans le mois de la défaillance du débiteur.

La question pouvait se poser pour le dirigeant se portant caution pour son entreprise, puisque ce

dirigeant est par hypothèse à même de savoir si son entreprise honore ses règlements. Une réponse positive a été donnée par la Cour de cassation dans un arrêt du 27 novembre 2007.

L'obligation d'information qui impose à tout créancier d'aviser la caution de la défaillance du débiteur principal doit être respectée même lorsque le cautionnement a été souscrit par le dirigeant de la société cautionnée.

Il ne faut pas confondre cette obligation avec l'information annuelle à caution qui oblige les organismes prêteurs à faire connaître au plus tard le 31 mars de chaque année à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement.

Cette information annuelle s'applique aussi au dirigeant qui se porte caution pour son entreprise.

Même si ces deux informations à caution sont différentes dans leur objet, leur finalité est certainement la même. Elles permettent de rappeler à la caution son engagement qui est souvent oublié au fond d'un tiroir ou d'un coffre avant que l'incident ne survienne (information annuelle) ou ne s'aggrave (information de la défaillance). Ainsi même le dirigeant d'entreprise, qui est par nature le premier à être informé du non paiement ou de l'encours de son entreprise, doit recevoir en plus cette information. On est donc jamais assez informé.

Cass. Com 27 novembre 2007 n° 06-15.128

## DEVOIR D'INFORMATION DU BANQUIER

---

La banque ne doit pas laisser spéculer un client en bourse sans l'avoir averti des risques qu'il prenait.

Cette information une fois donnée ne libère pas pour autant le banquier pour toutes les opérations en bourse de son client. Acheter des actions cotées au Premier marché n'est pas acheter des actions sur le Nouveau marché (*marché destiné aux entreprises innovantes et à fort potentiel de croissance*) qui est nettement plus spéculatif.

L'étendue de l'obligation de l'information donnée au client sur les risques encourus varie en fonction de son expérience acquise sur ce marché. Il ne s'agit pas de juger le client en raison de sa profession ou de ses diplômes, mais en raison de son expérience.

Une banque en a fait les frais en laissant une cliente exerçant la profession d'avocat et titulaire d'un DEA en droit des affaires acheter des actions à caractère hautement spéculatif sur le Nouveau marché, sans l'avoir préalablement informée des risques particuliers présentés par les opérations sur ce marché.

La banque a été condamnée à des dommages et intérêts à la suite des pertes subies par sa cliente. A chaque étape supplémentaire dans la spéculation s'impose donc un nouveau degré dans la mise en garde. Le banquier devient notre ultime rempart contre nos tentations spéculatives.

Cass.com 26 mars 2008 n°07-11 554

## OBLIGATION D'INFORMATION DE L'ACHETEUR

---

Le vendeur a un devoir d'information envers l'acheteur. Cette règle ne fait pas débat. Mais qu'en est-il du devoir d'information de l'acheteur envers le vendeur ?

Le vendeur d'un terrain doit informer son acheteur qu'il n'est pas constructible, réciproquement l'acheteur, s'il détient seul cette information, doit indiquer à son vendeur que le terrain va devenir constructible.

En conséquence, toute information est bonne à dire et doit être dite, à défaut, cela pourrait s'analyser en une réticence dolosive entraînant l'annulation de la vente et l'allocation de dommages et intérêts.

Il existe un cas où le silence de l'acheteur est d'or, car il peut rapporter gros, c'est le silence sur la valeur du bien vendu.

Dans la fameuse affaire dite des photos de Baldus dans laquelle l'acheteur avait acquis à très bas prix des photographies auprès d'un vendeur ignorant la véritable valeur de ce qu'il vendait, la Cour de cassation cassant l'arrêt de la Cour d'appel a été aussi stricte que limpide : « *L'acquéreur n'a aucune obligation d'informer le vendeur de la valeur de la chose achetée* ».

Dans une seconde affaire, que nous pouvons qualifier de plus cruelle pour le vendeur, ce sont des agriculteurs et donc des profanes qui se sont adressés à un agent immobilier pour vendre leur bien. Celui-ci étant également marchand de bien, s'en rendit acquéreur à un prix très en dessous de celui du marché. Comme pour l'affaire des photographies la Cour d'appel, estimant que les

vendeurs avaient été trompés, prononça la nullité de la vente en raison de l'absence d'information sur le prix du bien, information que l'acheteur détenait en raison de sa double casquette d'agent immobilier et de marchand de bien.

Le couperet de la Cour de cassation est sèchement tombé, l'arrêt est cassé par un attendu aussi strict et limpide que le précédent : « *l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation*

*d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis* ».

La sanction est sévère, cela ne fait aucun doute. Même un acheteur professionnel est en droit de se taire devant des profanes qui ont fait appel à lui. Alors rappelons à ces vendeurs floués, l'une de nos locutions latines : *Dura lex, sed lex*

*Cass. 3<sup>ème</sup> civile, 17 janvier 2007 n° 06-10.442*

## **PACTE DE PREFERENCE**

---

Petite définition: un pacte de préférence est un contrat, souvent une clause dans un contrat, engendrant pour l'un des partenaires, l'obligation de conclure un contrat ultérieur avec l'autre partenaire de préférence à une autre personne. Plus prosaïquement, ne pas respecter un pacte de préférence, c'est ne pas respecter une priorité.

Ce pacte de préférence se retrouve parfois dans les baux commerciaux. Citons deux cas de figure bien entendu non exhaustifs : le propriétaire des murs prends l'engagement de conclure de préférence avec son locataire commercial, s'il entend vendre les murs, ou encore le locataire commercial prend l'engagement de conclure de préférence avec son propriétaire s'il entend céder son fonds de commerce exploité dans lesdits murs.

Que se passe-t-il lorsque ce pacte de préférence n'est pas respecté, si le propriétaire vend les murs à un autre que son locataire ou si le locataire vend son fonds de commerce à un autre que son propriétaire, sans avoir dans ces deux exemples, informé préalablement son partenaire à qui avait été donné la préférence ?

En principe, la sanction consiste en de simples dommages et intérêts. Il faut donc évaluer un préjudice, ce qui n'est pas chose aisée. Et puis cette sanction n'est souvent pas celle souhaitée par celui qui a été écarté. Il souhaite que la promesse soit pleinement respectée et exécutée et donc être substitué dans les droits de ce celui qui a cru devoir ignorer sa présence et sa préférence.

Mais voilà, ce dernier peut être parfaitement de bonne foi lorsqu'il a acquis les murs ou le fonds. Pourquoi le pénaliser d'une faute qu'il n'a pas

commise, en le privant d'un bien légitimement acquis ?

Par deux décisions la Cour de cassation a défini les conditions de cette substitution.

La première : le tiers connaissait l'existence du pacte de préférence. Cette condition est nécessaire mais pas suffisante car il en faut une seconde : ce même tiers devait avoir aussi connaissance de l'intention du bénéficiaire du pacte de préférence de s'en prévaloir.

Ces deux conditions sont donc cumulatives. La première est plus facile à établir, car souvent, notamment pour la vente de murs, le pacte de préférence est retranscrit dans le titre de propriété, et le notaire aura nécessairement averti le candidat acquéreur de son existence. La seconde condition est plus délicate, car elle relève de l'intention, ce qui est une notion abstraite. Mais une preuve difficile n'est pas une preuve impossible. A titre d'exemple, dans l'une des affaires soumises à la Cour de cassation, la preuve de cette intention résultait de la connaissance par le tiers, du litige judiciaire dans lequel le bénéficiaire du pacte de préférence avait réitéré maintes fois son intention de s'en prévaloir.

Si ces deux conditions sont remplies, la sanction sera aussi inédite que rare : la première vente sera annulée et remplacée par une seconde au profit du bénéficiaire du pacte. Celui qui a volé la priorité devra rendre la propriété.

*Cass. Com 13 février 2007, n°06-11 289. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 février 2007, n°05- 21.814*

## **SAISIE DE COMPTE BANCAIRE**

---

Des fonds sont déposés à dans une banque à l'étranger, mais il s'agit d'une succursale d'une banque française. Ils ne sont pas à l'abri d'une

saisie pratiquée au siège social de la banque en France.

C'est ce qu'a tranché la Cour de cassation estimant que la banque française qui a seule la personnalité morale, est donc dépositaire des fonds détenus dans sa succursale située à l'étranger. Elle ne peut donc opposer le principe de territorialité.

En conséquence, la banque est tenue matériellement au rapatriement des fonds que sa succursale étrangère détient. A défaut elle pourrait être

condamnée à payer au créancier saisissant la dette du débiteur saisi.

Attention, il ne faut pas se méprendre, il s'agissait d'une succursale et non d'une filiale. Dans cette deuxième hypothèse, la filiale à l'étranger ayant la personnalité morale, les fonds n'auraient pu faire l'objet d'une saisie en France.

*Cour de Cassation 2<sup>ème</sup> chambre Civile 14 février 2008 n°05-16167*

## PROPRIETE INTELLECTUELLE

### DROIT D'AUTEUR SUR LES PARFUMS

---

Pour la Cour de cassation, la fragrance d'un parfum procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire et ne peut donc bénéficier de la protection par le droit d'auteur.

Mais les tribunaux et les cours d'appel font de la résistance, ils sont d'un avis opposé.

Pour ces derniers, toutes les œuvres requièrent par hypothèse un savoir faire et il n'y a donc aucune raison d'écarter les parfums de la protection par le droit d'auteur, si bien entendu il est original.

Mais partant de là, on pourrait aussi protéger une recette de cuisine par le droit d'auteur.

C'est naturellement oublier que la création ne se limite pas au simple savoir faire. Il faut ce petit plus, cette dimension individuelle qui fait toute la différence entre le savoir-faire et la création. La création est autre chose qu'un tour de main.

Alors, le parfum est-il ou non protégeable par le droit d'auteur ? Il faut attendre une prochaine décision de la Cour de Cassation, qui n'est pas

encore programmée, mais l'on pourrait parier qu'elle se rangera à l'avis des juridictions inférieures. Ceci étant, en attendant, ceux qui copient des parfums ne doivent pas se réjouir de la cette guerre intestine entre juridictions, car avant d'être entendus par la Cour de cassation il faut obligatoirement passer par les tribunaux et cours d'appel qui pensant le contraire condamnent sévèrement. Et puis et surtout, indépendamment du droit d'auteur, il existe toute une panoplie de sanctions prévues pour punir celui qui tenterait de copier un parfum. Entre la concurrence déloyale et l'agissement parasitaire, le chemin pour parvenir à la copie est parsemé de nombreuses embûches juridiques.

*Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 13 juin 2006  
n°02644.718Bsiric/Haarman  
Cour d'appel de Paris 4<sup>ème</sup> chambre 14 février  
2007 SA Beauté prestige Internationale c/Senteur  
Mazal  
Tribunal de grande instance de Paris, 3<sup>ème</sup> ch., 1<sup>ère</sup>  
section 5 décembre 2007 Parfums Caron c/René  
Coudari*

### MARQUES

---

Rappelons que le titulaire d'une marque doit l'exploiter sérieusement sous peine d'encourir la déchéance et donc de la perdre. Pour encourir la déchéance, la marque ne doit pas avoir été exploitée pendant une période ininterrompue de cinq années.

La marque peut être exploitée sous une forme légèrement modifiée, si cette modification n'en altère pas son caractère distinctif.

L'absence d'exploitation peut être justifiée par de justes motifs. Prenons l'exemple d'un médicament en attente de son autorisation de mise sur le marché ou d'une marque victime de nombreuses contrefaçons et qui est retirée temporairement du marché dans l'attente de la cessation de ces contrefaçons.

Enfin, la preuve de l'exploitation de la marque incombe à son titulaire. C'est d'ailleurs une des contre-attaques classiques du défendeur dans un

procès en contrefaçon. Mais la demande en déchéance pour non exploitation peut faire l'objet d'une attaque directe et frontale d'un concurrent souhaitant disposer d'une marque déposée par un tiers et estimant qu'il ne l'exploite pas ou pas sérieusement.

Tel a été le cas d'un litige opposant deux sociétés renommées dans les produits de maquillage, crèmes et fards pour le visage.

La société ORLANE attaqua la société LANCÔME en déchéance de ses marques comprenant le vocable « Absolu » à savoir deux marques verbales : « L'ABSOLU », « ABSOLU », et une marque figurative : « CREME ABSOLUE de LANCÔME ».

La société LANCÔME réussit à conserver les deux marques verbales, car elle exploitait le vocable « Absolu », sous une forme très légèrement modifiée n'en altérant pas son caractère distinctif (Absolue- avec un e final- et Rouge Absolu). En

revanche, elle perdit sur la marque figurative « CREME ABSOLUE DE LANCÔME », le tribunal constatant qu'aucune preuve n'était rapportée de l'exploitation de cette marque sous cette forme.

Mais cette demi victoire, ou plus exactement ce tiers de défaite, n'est-elle pas presque absolument inutile, puisque si la société LANCÔME est déchue de ses droits sur la marque « CREME ABSOLUE DE LANCÔME », on n'imagine pas un concurrent utiliser le nom de LANCÔME. Quant à l'expression « crème absolue » son utilisation par un concurrent pourrait constituer une contrefaçon par imitation des deux marques « absolu » toujours détenues par la société LANCOME. Encore un procès où la victoire est relative.

*Tribunal de Grande instance de Paris 3ème chambre 3ème section 9 janvier 2008 ORLANE c/LANCÔME PIBD n°871 III 233*

## MARQUES (2)

---

Qui d'un téléphone portable n'adresse pas des Sms ou des textos ? Celui qui n'a pas de téléphone portable. Cette réponse en forme de boutade ne doit pas nous faire oublier que le mot « Texto » est une marque déposée par la société SFR.

Enfin nous pouvons aujourd'hui parler au passé, puisque, sous réserve des voies de recours encore ouvertes, la marque Texto vient d'être jugée dépourvue de caractère distinctif et a donc été

annulée par un jugement du Tribunal de Grande instance de Paris rendu le 29 janvier 2008.

Pour le Tribunal, la société SFR ne peut s'approprier ce terme et en interdire l'utilisation. Un vent de liberté pour les prisonniers du portable.

*Tribunal de Grande Instance de Paris 3ème ch.1ère sect. 29 janvier 2008 Société Française de Radiotéléphonie (Sfr) c/ONE TEXTO et Jacob MAKHATABI. PIBD n° 872 III 264*

## MEDICAMENTS GENERIQUES (contrefaçon de marque et publicité comparative)

---

A question simple, réponse simple. Mais le chemin pour y parvenir est parfois sinueux.

Question simple : Comment faire connaître auprès des pharmacies un médicament générique ?

Réponse simple : Il suffit d'indiquer dans un encart publicitaire à côté de son nom, celui dont il est le référent générique

Mais voilà un obstacle se dresse : le droit des marques.

En citant le nom du médicament de référence, le laboratoire titulaire du médicament générique se

verra accuser de contrefaçon de marque, puisque les noms des médicaments sont également déposés à titre de marque.

Alors comment s'en sortir ? Deux angles de tir s'offrent au laboratoire. D'abord, l'article L 713-6 b du Code de la propriété intellectuelle, qui autorise l'utilisation d'une marque lorsqu'elle est la référence nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service.

Ensuite, l'article L 121-8 du Code de la consommation autorisant sous certaines conditions la publicité comparative. Rappelons ces conditions : elle ne doit pas être trompeuse ou de nature à induire en erreur ; elle doit porter sur des biens ou



services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ; elle doit comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services.

Mais cet angle de tir peut se transformer en champ de bataille judiciaire. Voici donc l'histoire d'un médicament générique qui cherchait la reconnaissance auprès de son frère aîné et pourtant jumeau, mais déclaré ennemi.

La société G GAM aux droits de laquelle vient la société SANDOZ a mis au point une spécialité pharmaceutique générique dénommée « Paroxétine G.CAM 20 mg » et qui reproduit le principe actif ou encore princeps du médicament dénommé « Deroxat » des laboratoires BEECHAM GROUP.

Princeps qui n'est donc plus protégé par un brevet, mais qui est vendu sous un nom protégé par le droit des marques

G GAM/ SANDOZ publie dans le Quotidien du Pharmacien et le Moniteur des Pharmacies et des laboratoires une annonce publicitaire comportant le slogan suivant : « *En avant première, les Laboratoires G GAM ont le plaisir de vous annoncer la commercialisation prochaine de la Paroxétine G GAM (Générique de Deroxat)* ».

BEECHAM attaque en contrefaçon en raison de l'utilisation non autorisée de sa marque Deroxat.

Pour sa défense G GAM/ SANDOZ invoque les deux moyens juridiques évoqués ci-dessus.

Réponse de la Cour d'appel de Paris, s'agissant de la référence nécessaire à la marque, elle juge que la référence à la marque «Deroxat » dans la publicité

ne se justifiait pas dès lors qu'elle ne constituait pas le seul moyen pour informer de la destination thérapeutique du produit générique. Donc exit les dispositions salvatrices de l'article L 713-6 b du Code de la propriété intellectuelle.

S'agissant de la publicité comparative, la réponse est également négative tout en étant beaucoup plus sémantique. La Cour d'appel estime que la publicité incriminée qui se limite à citer la marque « Deroxat » ne comporte aucun élément de comparaison entre les deux produits. Autrement dit, il n'existe pas de publicité comparative sans comparaison et identifier n'est pas comparer. En conséquence la Cour d'appel condamne la société SANDOZ pour contrefaçon de la marque « Deroxat ».

Réponse de la Cour de cassation : l'arrêt est cassé. Le 26 mars 2008 la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel de Paris pour violation de l'article L 121-8 du Code de la consommation sur la publicité comparative. Pour la Cour de cassation, en présentant la spécialité « Paroxétine » comme le générique du « Deroxat », la publicité répondait aux conditions légales de la publicité comparative. Autrement dit, citer le nom d'un générique à côté de son référent, est bien une publicité comparative.

N'avait on pas dit : A question simple, réponse simple. Alors reprenons la question. Comment faire connaître auprès des pharmacies un médicament générique qui a reçu l'autorisation de mise sur le marché? Réponse : Il suffit d'indiquer dans un encart publicitaire à côté de son nom celui dont il est le référent générique.

*Cour d'appel de paris 4<sup>ème</sup> ch. Section A 3 mai 2006 PIBD 833-III-473*  
*Cour de Cassation Chambre commerciale 26 mars 2008 n°06-18366*

Lettre d'information juridique  
Cabinet Claude BARANES

30 avenue de Villiers 75017 Paris Tel 01 43 80 37 21 Fax 01 43 80 08 68 [claudebaranes@orange.fr](mailto:claudebaranes@orange.fr)

Cabinet d'Avocat Claude Baranes