

LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE
Droit des affaires – Propriété intellectuelle
N° 17 / Octobre 2009

Sommaire

DROIT DES AFFAIRES

Agent commercial : L'insuffisance de résultat n'est pas à elle seule constitutive de faute grave.

Banque : Le devoir de mise en garde ne joue qu'en cas de risque d'endettement né de l'octroi du prêt.

Banque : Une banque ne peut se prévaloir à l'égard d'une caution de la clause selon laquelle la caution déclare ne pas faire de la situation du cautionné la condition de son engagement.

Banque : Responsabilité de la banque en cas de chèque falsifié

Caution et formalisme : Définition large de la notion de créancier professionnel.

Caution : Sort du cautionnement en cas de fusion absorption de la société créancière bénéficiaire de la caution.

PROPRIETE INTELLECTUELLE

Contrefaçon : Une nouvelle décision de la Cour de cassation venant au secours des médicaments génériques à l'occasion d'une publicité comparative.

Contrefaçon : Nouvelle décision sanctionnant le principe des tableaux comparatifs.

Marque : Un dépôt de marque fait dans un but autre que celui de désigner un produit ou un service peut être jugé de dépôt frauduleux et donc annulé.

Saisie contrefaçon : L'huissier ne peut recueillir les déclarations de la personne saisie sans avoir au préalable constaté la présence d'articles argués de contrefaçon.

AGENT COMMERCIAL ET INSUFFISANCE DE RESULTAT

La baisse de chiffre d'affaires et l'insuffisance de résultat ne sont pas constitutives à eux seuls d'une faute grave privant l'agent de son droit à indemnité.

C'est ce que vient de rappeler la Cour d'appel d'Amiens dans un arrêt du 2 avril 2009.

On sait que l'agent a droit sauf démission ou faute grave à une indemnité de rupture, souvent égale à 2 années de commission.

La faute grave pourrait être le cas de la représentation d'une carte concurrente, voire aussi d'une absence totale de résultat.

L'intérêt de cette décision est aussi d'avoir accordé une indemnité inférieure aux deux années de commissions compte tenu de la durée du contrat qui n'était que 9 mois.

Les juges picards ont accordé 6 mois.

Ceci étant, la baisse de résultat, si elle n'entraîne pas la qualification de faute grave aura pour effet de diminuer le montant de l'indemnité qui sont calculée sur des commissions qui par hypothèse sont en baisse. On ne peut toucher des deux côtés.

Cour d'appel d'Amiens 2 avril 2009

BANQUE ET ABSENCE DE DEVOIR DE MISE EN GARDE

Le banquier est tenu d'un devoir de mise en garde vis-à-vis de l'emprunteur.

Mais ce devoir ne joue qu'en cas de risque d'endettement né de l'octroi du prêt.

Déjà dans un arrêt du 18 février 2009 (*voir lettre d'information n° 13 de mai 2009*) la chambre civile de la Cour de cassation avait tracé ces limites.

Dans un nouvel arrêt de juillet 2009, c'est la chambre commerciale qui confirme cette position après avoir constaté que les mensualités du prêt accordé par la banque étaient adaptées aux revenus de l'emprunteur.

L'intérêt de cette décision outre qu'elle confirme la jurisprudence est de préciser que le risque d'endettement s'apprécie au moment de l'octroi du prêt.

Toute évolution postérieure de la situation financière due comme en l'espèce à un licenciement ou à un divorce est indifférente.

Cette dernière précision peut paraître évidente de bon sens, mais peut être fallait-il le préciser !

Cour de Cassation 7 juillet 2009 n° 08-13536

BANQUE : CAUTION ET DOL

Une banque se fait garantir par un cautionnement une ouverture de crédit ouverte au profit d'un de ses clients.

Le client étant défaillant, la banque se retourne bien évidemment contre la caution.

De son côté la caution se défend en reprochant à la banque de ne pas l'avoir averti, ou plus exactement de lui avoir dissimulé la situation financière de la société cautionnée.

Cependant, dans l'acte de caution, il était expressément stipulé que la caution déclarait ne pas faire de la situation financière du cautionné la condition déterminante de son engagement.

La banque oppose donc cette clause à la caution et l'emporte devant les premiers juges.

La caution est condamnée à payée la dette cautionnée.

La Cour de cassation censure cette décision par un attendu clair et limpide : *« La banque ne pouvait se prévaloir de la clause du cautionnement énonçant que la caution ne faisait pas de la situation du cautionné la condition déterminante de son engagement dès lors qu'elle l'avait stipulée en connaissance des difficultés financières de celui-ci, dès lors en statuant comme elle*

l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés».

L'arrêt de la Cour d'appel est ainsi cassé sur le fondement de l'article 1116 du code civil, c'est-à-dire sur le fondement du dol.

Cette décision est logique, la banque ne peut se couvrir auprès de la caution par une clause contractuelle, sorte de clause de non garantie, alors qu'elle connaissait la délicate situation financière de sa cliente.

C'est tout simplement un dol, une tromperie autrement dit.

Naturellement une telle clause pourrait être jugée valable, si la banque ignore la situation difficile de sa cliente au moment où elle recueille le cautionnement.

Ceci étant, il sera difficile à la banque de prouver qu'elle ignorait l'état des finances de sa propre cliente et par hypothèse sa situation compromise.

Cour de cassation 1^{ère} civile 2 avril 2009 07-20250

BANQUE : RESPONSABILITE EN CAS DE CHEQUE FALSIFIE

La banque doit vérifier les anomalies du moins apparentes d'un chèque qu'on lui présente à l'encaissement.

Un laboratoire émet un chèque de 228.650,00 euros à l'ordre de sa cliente.

Ce chèque est détourné, falsifié et crédité sur le compte d'une autre société domicilié au Niger.

Il est naturellement débité du compte du laboratoire.

Le bénéficiaire du chèque qui n'est donc pas réglé avise le laboratoire qui engage une action en responsabilité à l'encontre de la banque.

Pour les premiers juges, la seule anomalie apparente était la présence sur le recto du chèque d'une quatrième série de numéros au bas du chèque.

Or, la banque n'ayant pas l'obligation de contrôler ces numéros, l'absence de réaction en présence de cette anomalie ne pouvait donc pas lui être reprochée.

Cette analyse est censurée par la Cour de cassation.

Pour la Cour de cassation, la banque doit vérifier toutes les anomalies apparentes du chèque qu'on lui présente à l'encaissement, et si elle s'y abstient, elle doit en assumer les conséquences.

Cette décision est heureuse car rassurante.

Une fois le chèque émis et adressé à son bénéficiaire, il n'est plus possible pour son émetteur de vérifier son parcours.

Si le chèque présenté pour encaissement à la banque comporte une anomalie, elle n'implique pas nécessairement une falsification, mais ce n'est pas à la banque de juger si cette anomalie est ou non sans conséquence.

Un excès de prudence vaut toujours mieux qu'une action en responsabilité, pourrait-

on dire, d'autant que cet excès de prudence ne coûtait au banquier qu'un simple appel téléphonique à l'émetteur du chèque.

Il reste bien entendu à savoir ce que l'on entend par anomalie apparente ?

Pour l'instant disons qu'il s'agit d'une anomalie décelable par un employé de banque normalement avisé.

Cour de cassation 7 juillet 2009 n° 08-18251

CAUTION : NOTION DE CREANCIER PROFESSIONNEL

Aux termes de l'article L 341-2 du Code de la consommation, toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : « *en me portant caution de X dans la limite de la somme de... couvrant le montant du principal, des intérêts et, le cas échéant, des intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X n'y satisfait pas lui-même* ».

Si le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : « *En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X, je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X* ».

Ce formalisme s'applique donc à un créancier professionnel qui fait souscrire une caution à une personne physique.

On connaît la définition de la personne physique, mais qu'en est-il de celle du créancier professionnel ?

Le code de la consommation définit le créancier professionnel comme celui dont la créance a un rapport direct avec son activité professionnelle principale, ce qui appelle une autre question : Qu'entend-t-on par rapport direct avec son activité professionnelle ?

La réponse nous est donnée par la Cour de cassation et cette réponse donne une définition très large de la notion de rapport direct.

Une société cède les parts qu'elle détenait dans le capital social d'une autre société.

Cette même société cédante détenait un compte courant d'associé qui doit être remboursé. N'étant en effet plus associée, elle ne peut plus en effet détenir un compte courant d'associés.

Le remboursement ne pouvant se faire au comptant, en raison semble-t-il de l'insuffisance de la trésorerie, il est converti en un prêt dont le remboursement est garanti par l'engagement de caution d'une personne physique qui était en l'espèce l'un des associés de la société emprunteuse.

La société débitrice ne règle pas le prêt et le créancier se retourne bien évidemment contre la caution personne physique.

La caution invoque la nullité de son cautionnement car il ne comporte pas les mentions manuscrites prescrites impérativement par les dispositions du code de la consommation.

La société prêteuse, bénéficiaire de la caution, rétorque que le prêt n'ayant pas un rapport direct avec son activité, elle n'est donc pas un créancier professionnel et par voie de conséquence le formalisme ne s'imposait pas à elle.

Telle est la problématique posée devant la Cour.

La Cour d'appel juge que la société prêteuse devait bien être regardée comme un créancier professionnel dès lors que sa

créance avait pour origine un investissement réalisé dans le cadre d'une politique de diversification de son activité.

Ainsi, les mentions prescrites à peine de nullité n'ayant pas été respectées, le cautionnement est annulé.

La Cour de cassation dans un arrêt du 9 juillet 2009 approuve.

Il s'agit ainsi d'une définition très large de la notion de créancier professionnel soumis au formalisme de la caution.

Le créancier professionnel s'entend donc comme celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'un de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas une activité principale.

C'est donc la leçon qu'il faut retenir : les professionnels du crédit, comme les banques ou établissements financiers par exemple, ne sont donc pas les seuls à être soumis au formalisme de l'acte de caution lorsque la caution est une personne physique.

Cour de cassation 9 juillet 2009 n° 08-15910

CAUTION : SORT DU CAUTIONNEMENT EN CAS DE FUSION ABSORPTION DE LA SOCIÉTÉ CRÉANCIÈRE

Une personne se porte caution envers une société pour garantir les dettes d'une autre société

Imaginons que la société créancière soit absorbée dans le cadre d'une opération de fusion absorption.

On sait que le patrimoine de la société absorbée disparaît et que les créances de la société absorbée deviennent celles de la société absorbante.

Mais quid de la caution signée au profit de la société absorbée, c'est-à-dire celle qui disparaît ?

La caution se poursuit-elle au bénéfice de la société absorbante. ?

Cela ne fait pas de doute pour les créances nées antérieurement à la fusion absorption.

Mais qu'en est-il pour les créances garanties au titre du cautionnement qui se poursuivent ou naissent postérieurement à l'absorption de la société cautionnée ?

Dans un arrêt du 30 juin 2009, la Cour de cassation donne une réponse négative, à tout le moins conditionnée.

En cas de fusion de sociétés par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers la société absorbée, n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante ;

Ainsi, la caution doit de nouveau exprimer sa volonté de cautionner les dettes garanties par l'acte de caution mais qui

naissent postérieurement à la fusion acquisition.

C'est une porte de sortie pour la caution, porte miraculeusement ouverte car elle n'existait pas le jour de l'engagement de caution.

Reste évidemment à démontrer que le montant de la dette cautionnée est bien né postérieurement à l'acte de fusion absorption.

Cour de cassation 30 juin 2009 n°08-10719

PROPRIETE INTELLECTUELLE

CONTREFAÇON ET MEDICAMENT GENERIQUE

Encore une décision de la Cour de cassation venant au secours des médicaments génériques. (*Voir lettre d'information n°5 d'août septembre 2008*)

Pour faire la promotion et informer le public qu'un médicament générique avait la même composition qualitative et quantitative en principe actif que le médicament de référence (*ce qu'est en principe un médicament générique*), le laboratoire a cité le nom de ce médicament de référence, en l'espèce le Mopral, dont le nom, rappelons le, est toujours protégé à titre de marque, quand bien même le principe actif serait-il tombé dans le domaine public.

Pour le titulaire de la marque Mopral, citer la marque Mopral dans une publicité constitue un acte de contrefaçon et de concurrence déloyale.

Non, répond la Cour de cassation pour qui la citation du nom Mopral pour présenter le médicament générique relève de la publicité comparative qui est licite, si naturellement, elle procède à une comparaison des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces produits.

Et citer le nom et donc la marque d'un médicament pour le présenter comme la référence d'un médicament générique remplit cette condition.

La Cour suprême en défendant, juridiquement bien sûr, le générique, s'attaque elle aussi indirectement au déficit de la sécurité sociale.

Cour de cassation 7 juillet 2009 n° 08-11660

CONTREFAÇON ET TABLEAU DE CONCORDANCE

Les tableaux de concordance n'existent pas seulement dans le domaine de la parfumerie (voir *Lettre d'information n° 16 d'août – septembre 2009*), mais également dans la joaillerie.

Une société et ses associés ont été lourdement condamnés par la Cour d'appel de Pau à des amendes pénales et des dommages et intérêts pour un montant total de plus d'un million quatre cent mille euros pour avoir vendu des bijoux présentés et affichés comme des répliques de grandes marques.

Les prévenus ont donc été condamnés pour contrefaçon de modèles mais aussi pour contrefaçon de marques, puisqu'ils citaient le nom de joailliers qui sont autant de marques déposées.

La Cour de cassation rejetant le pourvoi, les condamnations sont donc définitives.

Il est désormais clair que l'utilisation de liste de référence ou tableaux de

concordance est condamnée et fortement sanctionnée pour contrefaçon et il est inutile de prétendre que ces listes de concordance constituent une publicité comparative.

Cet argument a été définitivement rejeté par la Cour de Justice de communauté européenne (voir *lettre d'information n°16 précitée*)

Pour la petite histoire, notons que les copieurs de bijoux qui utilisent des tableaux de concordance sont mathématiquement deux fois plus sanctionnés que les copieurs de parfum, puisque le bijou est également protégé au titre des droits d'auteur, alors que pour le parfum, c'est à dire la fragrance, la protection est pour le moment refusée par la Cour de cassation.

Il n'y a bien évidemment aucune morale à tirer de cette petite histoire.

Cour de cassation 30 juin 2009 08-85222

MARQUE DEPOT FRAUDULEUX

Une marque est destinée à distinguer des produits et des services des autres produits ou services.

Le dépôt d'une marque fait dans un autre but peut être considéré comme un dépôt frauduleux et entraîner sa nullité.

Dans une décision du 23 juin 2009 la Cour de cassation censure un arrêt de la Cour d'appel qui a validé la marque « 29 » pour désigner notamment des vêtements et des chaussures.

En l'espèce, la Cour suprême, si elle n'invalide pas la marque « 29 » pour

désigner des articles de prêt-à-porter, elle juge cependant son dépôt frauduleux.

Elle constate en effet que le dépôt de la marque n'était pas utilisé pour des produits et des services identifiant leur origine mais uniquement pour se réserver un accès monopolistique à un marché local, en l'espèce le département du Finistère dont le numéro est le 29, au détriment des autres opérateurs.

Pour la Cour, un tel dépôt détourne la fonction de la marque.

Ainsi, c'est aussi en fonction du but poursuivi par le déposant que la validité de la marque doit être appréciée.

Seulement, comme rien n'oblige le déposant à exploiter une marque avant un délai de 5 années suivant son dépôt, celui

qui s'oppose à cette marque avant l'expiration de ce délai, devra donc sonder les véritables intentions du déposant, ce qui n'est pas une chose aisée.

Cour de cassation 23 juin 2009 n° 07-19542

SAISIE CONTREFAÇON

On sait que la saisie contrefaçon est l'arme maîtresse pour établir par huissier la réalité de la contrefaçon.

L'huissier muni d'une ordonnance du Président du Tribunal de Grande Instance se présente chez le présumé contrefacteur pour constater et saisir les articles contrefaisants.

L'huissier peut recueillir les déclarations de la personne responsable présente, il peut même saisir tout document.

Cette saisie contrefaçon est donc d'une redoutable efficacité.

Cependant, l'huissier ne peut tout se permettre.

Il ne peut en effet recevoir les déclarations spontanées du responsable quant aux actes argués de contrefaçon sans avoir au préalable découvert et constaté sur les lieux de la saisie d'objets argués de contrefaçon.

La Cour de cassation dans un arrêt du 7 juillet 2009 a en effet censuré une décision d'une Cour d'appel qui avait validé une

saisie contrefaçon au cours de laquelle l'huissier a présenté directement aux personnes présentes les objets argués de contrefaçon afin de recueillir leur déclaration.

Pour la Cour de cassation, l'huissier a excédé les limites de sa mission.

L'huissier devait d'abord constater la présence des objets illicites puis ensuite recueillir les déclarations des personnes présentes, et non l'inverse.

Ceci étant, la Cour de cassation précise dans son arrêt, « *sans y avoir été expressément et précisément autorisé* ».

On peut donc imaginer qu'à la suite de cet arrêt, il sera demandé une telle autorisation.

Il restera toujours aux personnes interrogées par l'huissier la possibilité de se taire.

Cour de cassation 7 juillet 2009 n°08-18598

Lettre d'information juridique n°16 Août - Septembre 2009

Cabinet Claude BARANES

30 avenue de Villiers 75017 Paris Tel 01 43 80 37 21 Fax 01 43 80 08 68 claudebaranes@avocat-baranes.fr

www.avocat-baranes.fr