

Septembre-Octobre 2009

Actualité juridique

La réforme attendue des ententes verticales

(Projet de réforme du règlement communautaire n° 2790/1999 du 22 décembre 1999)

1. Actualité : au cœur de l'été, le 28 juillet 2009, la Commission européenne a rendu public son projet de réforme de la réglementation communautaire relative aux ententes verticales.

Cette réforme concerne au premier chef les réseaux de distribution – y compris les réseaux de franchise – dans lesquels les règles posées par la Commission européenne s'appliquent pleinement.

En effet, d'une part, les dispositions du règlement communautaire encadrent précisément les accords conclus entre les entreprises non concurrentes (tels que ceux régissant les rapports entre un franchiseur et ses franchisés) et leur permettent ainsi d'échapper à l'interdiction des ententes verticales prévue par l'article 81 paragraphe 1 du Traité de Rome.

D'autre part, bien qu'il s'agisse d'une réglementation communautaire, celle-ci a vocation à s'appliquer plus largement, les juridictions et autorités nationales tenant compte des règles communautaires pour l'application du droit français de la concurrence et en conséquence pour l'évaluation de la licéité des accords de distribution.

2. Réforme attendue : les règles communautaires actuellement applicables aux ententes verticales sont issues du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 (Règlement du traité CE n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3

à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées), ainsi que des lignes directrices publiées le 13 octobre 2000 par la Commission pour en faciliter la compréhension et l'application (2000/C 291/01).

Le règlement communautaire, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000, arrive à expiration le 31 mai 2010, et nécessite en conséquence d'être remplacé par une nouvelle réglementation. C'est dans ce cadre que la Commission européenne soumet au public, d'une part, un projet de nouveau règlement et, d'autre part, un projet de nouvelles lignes directrices.

On notera qu'à la différence de l'agenda adopté par la Commission européenne lors de l'élaboration de la réglementation actuellement en vigueur, les nouvelles lignes directrices seront vraisemblablement publiées à la même période que le nouveau règlement auquel elles se rapporteront, permettant ainsi une application plus aisée des nouvelles règles par les praticiens.

3. Consultation publique: afin de garantir à la fois la légitimité de la nouvelle réglementation et d'affirmer son souci d'adapter les règles qu'elle édicte aux besoins de la pratique, la Commission européenne soumet les nouveaux textes à la consultation publique pendant une période de deux mois, et recevra en conséquence les observations des tiers (citoyens de l'Union européenne, sociétés, associations et autres groupements, autorités publiques...) jusqu'au 28 septembre 2009.

4. Un besoin de réforme relatif : ainsi que l'exprime la Commission européenne, et cela se traduit d'ailleurs dans la faible ampleur de la réforme, les règles mises en place en 1999 ont – dans leur ensemble – fonctionné de manière satisfaisante. Si le règlement actuel ne prévoyait pas son expiration en mai 2010, il est probable que celui-ci serait resté en vigueur pendant encore plusieurs années. En conséquence, à la lecture du projet de règlement communautaire, on note que la réforme n'a pas pour objet une refonte totale du système mis en place par le règlement n 2790/1999, mais uniquement son adaptation à la pratique et aux évolutions du marché intervenues durant la dernière décennie.

Néanmoins, bien que les dispositions du règlement n 2790/1999 ne soient pas obsolètes, cette adaptation s'avère pertinente. Elle permet aux textes proposés par la Commission européenne de prendre notamment en compte l'augmentation croissante de la puissance d'achat de certains distributeurs **(I)**, de modifier les règles applicables aux restrictions imposées aux distributeurs à l'achat comme à la vente **(II)** et, s'agissant plus particulièrement d'une modification intéressant directement la franchise, d'assouplir la notion de savoir-faire, au bénéfice des franchiseurs **(III)**.

I. Modification du calcul du seuil de parts de marché

L'évolution la plus remarquable prévue par le projet de règlement concerne le calcul du seuil de parts de marché en-deçà duquel un accord peut bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement.

Dans la lignée du règlement actuellement en vigueur, le projet de règlement prévoit un seuil limite de 30 % de parts de marché. Au-dessus de ce seuil, l'accord ne pourra bénéficier que d'une exemption individuelle.

Néanmoins, à la différence du règlement n 2790/1999, le projet de nouveau règlement prévoit que les parts de marché de l'ensemble des parties à l'accord seront prises en compte, sur l'ensemble des marchés affectés par l'accord. Ainsi, alors qu'auparavant – en dehors d'une seule exception relative à la fourniture exclusive – la part de marché prise en compte était celle du fournisseur, désormais celle du distributeur devra également être prise en considération.

Cette modification ne concerne pas au premier chef les réseaux de franchise, les franchisés disposant relativement rarement de parts de marché significatives. Cette disposition aura en revanche un impact plus sensible sur l'activité de la grande distribution, directement visée par la réforme du fait de la puissance d'achat dont elle dispose habituellement à l'égard de ses fournisseurs. Il s'agit là bien entendu du schéma inverse de celui classiquement rencontré en franchise dans lequel le franchiseur bénéficie généralement d'un pouvoir de négociation supérieur à celui de chaque franchisé pris individuellement.

Néanmoins, cela ne signifie pas pour autant que les têtes de réseaux de franchise pourront ignorer l'existence du nouvel article 2 du règlement communautaire si celui-ci devait être adopté dans la forme proposée. En effet, si cette disposition pose peu de difficultés s'agissant d'une organisation en franchise dite « classique », il en ira différemment dans l'hypothèse où le franchiseur aura recours à un distributeur intermédiaire gérant une partie importante du réseau, lequel s'étend parfois à l'ensemble du territoire d'un Etat membre, par exemple dans le cadre d'une master-franchise. En pareil cas, si le master-franchisé dispose, en vertu de l'accord conclu avec le franchiseur, d'une partie substantielle de la distribution de la marque, il est plus probable que sa part de marché puisse atteindre 30% que celle d'un franchisé seul.

II. Restrictions imposées aux franchisés

La Commission européenne modifie les règles applicables aux restrictions imposées au distributeur, que ce soit à l'achat **(A)** ou à la vente **(B)**.

A. Restrictions à l'achat

Le projet de lignes directrices apporte des précisions quant à l'obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif. Cette obligation – considérée comme une obligation de non-concurrence par le règlement et le nouveau projet – ne bénéficie pas de l'exemption si elle remplit les conditions de l'article 5, a) du règlement (notamment si sa durée dépasse cinq ans ou si elle est indéterminée) et s'entend comme étant celle qui impose à l'acheteur l'obligation d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par celui-ci plus de 80% de ses achats annuels.

Pour ce qui concerne la définition de l'obligation d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif, il est désormais précisé qu'elle concerne également les interdictions de vendre des biens ou services par Internet, dès lors que cette interdiction a pour effet d'obliger le franchisé à limiter ses achats de biens ou services concurrents à moins de 20% du total de ses achats. Cette modification ne constitue pas un apport majeur de la réforme ; il s'agit d'une précision simple mais utile quant à l'applicabilité du régime instauré par le règlement n 2790/1999 aux vendeurs par Internet.

Un changement empreint d'une certaine ambiguïté est en revanche apporté aux obligations de non-concurrence telles qu'elles sont définies par le règlement en vigueur, concernant leur durée. Classiquement, ces clauses ne bénéficient pas de l'exemption dès lors qu'elles sont stipulées pour une durée indéterminée ou qui excède cinq années ou encore, lorsqu'il est prévu qu'elles sont tacitement renouvelables au bout de 5 ans. Les lignes directrices actuellement en vigueur précisent en revanche que la clause peut bénéficier de l'exemption si son renouvellement au-delà de 5 ans exige le consentement exprès des deux parties et qu'aucun obstacle n'empêche le franchisé de mettre effectivement un terme à ces obligations à la fin de cette période de cinq ans. Cette précision a été supprimée par le projet de lignes directrices, soulevant ainsi des interrogations qu'il conviendrait sans doute de clarifier.

Cette suppression pourrait signifier que même en cas de consentement des deux parties pour renouveler le contrat de franchise, la clause de non-concurrence ne bénéficierait pas de l'exemption par catégorie prévue par le futur règlement. Une telle interprétation n'est pas souhaitable, l'objectif de cette disposition – veiller à ce que le distributeur ne soit pas contraint de renouveler le contrat – étant rempli en cas d'accord des deux parties pour procéder au renouvellement du contrat. Si, au contraire, la suppression de ce passage était justifiée par la volonté de la Commission européenne de ne pas préciser ce qu'elle considère être évident, là encore la modification apportée est discutable : il est toujours préférable d'apporter des précisions concernant les cas de figure dans lesquels la clause d'un accord peut bénéficier de l'exemption – et tel est d'ailleurs le rôle des lignes directrices. Dès lors, si les accords expressément reconduits par les deux parties peuvent être exemptés il serait préférable de le préciser expressément.

Si l'incertitude devait subsister, la plus grande prudence serait recommandée : il conviendrait alors de considérer qu'aucune dérogation à la durée maximale de 5 ans n'est admise, et qu'à l'issue de cette période un nouvel accord doit être conclu pour que la clause de non-concurrence puisse bénéficier de l'exemption par catégorie.

B. Restrictions à la vente

L'un des apports majeurs de la réforme est constitué par les précisions apportées par les lignes directrices – et non par le règlement – s'agissant de la revente par Internet. Sans surprise, la Commission européenne favorise la liberté du distributeur, bien qu'elle admette la fixation de certaines limites par le franchiseur (conformément à la jurisprudence française actuelle en la matière). En particulier, sur les restrictions que le franchiseur peut apporter à ses franchisés concernant leur site Internet, il est admis que le franchisé ne dispose pas d'une liberté absolue concernant son activité sur Internet, et notamment que le franchiseur puisse, sous certaines conditions, lui imposer le respect de normes de qualité.

Néanmoins, la Commission précise que les restrictions imposées doivent être équivalentes à celles imposées à la vente hors ligne : elles doivent poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables.

Face au comportement de certains fournisseurs cherchant à limiter l'accès de leurs distributeurs à la vente par Internet, la Commission fournit plusieurs exemples de ce qu'elle considère comme des restrictions de ventes passives caractérisées, dont les réseaux de franchise peuvent faire l'objet, telles que le fait d'exiger du franchisé qu'il paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par Internet, que pour des produits destinés à être revendus hors ligne.

Enfin, si la Commission maintient la possibilité, dans certaines situations exceptionnelles, de prévoir une interdiction totale de vente en ligne, en pratique, elle réduit cette possibilité à néant. En effet, les nouvelles lignes directrices n'admettent plus l'interdiction de revente par Internet que dans des cas extrêmes (tels que notamment le caractère dangereux des produits pour la sécurité ou la santé).

En revanche, la Commission assouplit le régime applicable aux hypothèses dans lesquelles un distributeur est le premier à vendre une nouvelle marque ou à vendre une marque existante sur un nouveau marché. Dans ce cas, lorsque le distributeur doit réaliser des investissements substantiels pour créer et/ou développer un nouveau marché, le projet de lignes directrices prévoit que le fournisseur peut valablement restreindre les ventes passives de ses autres distributeurs sur le territoire concerné pendant les deux premières années d'activité du distributeur dans l'activité en cause. En pratique, cette modification permettrait au franchiseur de confier plus aisément d'importantes zones territoriales à des distributeurs, par exemple en master franchise, et de trouver des candidats prêts à investir les sommes nécessaires au développement des marchés qui leurs sont concédés, en considération de la protection temporaire dont ils pourraient bénéficier au démarrage.

II. Assouplissement de la notion de savoir-faire

A titre préliminaire, il sera souligné que le projet de règlement communautaire inclut les « savoir-faire » dans la définition des « droits de propriété intellectuelle ».

Néanmoins, l'impact pratique de cette modification sera sans doute limité, le savoir-faire n'étant pas, et ne devenant pas avec le projet de règlement, un droit de propriété intellectuelle que le franchiseur pourrait protéger en tant que tel. D'ailleurs, même si une réflexion était menée en ce sens au niveau communautaire, la création d'un tel droit de propriété intellectuelle s'avèrerait malaisée à mettre en œuvre, en raison tant du caractère secret du savoir-faire que de la difficulté que rencontrent les franchiseurs à définir précisément le contenu de leur savoir-faire. En revanche, la Commission européenne apporte une modification plus sensible à la notion de savoir-faire en modifiant la définition de l'un de ses critères de validité. En effet, le projet de règlement assouplit la définition du caractère substantiel du savoir-faire : alors que, selon le texte actuellement en vigueur, le savoir-faire doit nécessairement inclure les informations « indispensables » pour le franchisé « *aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels* », le projet de règlement prévoit que le savoir-faire doit uniquement être « important et utile » pour le franchisé pour cette même utilisation.

La modification n'est pas neutre. Elle élargit la notion même de savoir-faire, l'information transmise n'étant plus nécessairement *indispensable* mais « *importante et utile* ». Elle allège donc substantiellement la charge de la preuve pesant sur le franchiseur dans les instances dans lesquelles son savoir-faire est remis en cause. Ceci est d'autant plus vrai qu'outre le passage d'une exigence d'un caractère « *indispensable* » à celle d'un caractère « *important et utile* », le règlement ne vise plus les informations contenues dans le savoir-faire mais le savoir-faire lui-même, favorisant à nouveau la position du franchiseur. En effet, s'il doit établir que le savoir-faire qu'il transmet est substantiel, il est plus aisé pour le franchiseur de ne pas avoir à identifier avec précision les informations contenues dans le savoir-faire qui seront prises en compte pour l'appréciation de la validité du savoir-faire mais de rapporter la preuve que le savoir-faire dans sa globalité est important et utile au franchisé.

Ces modifications quant à la définition du savoir-faire et de ses caractéristiques sont fondamentales en pratique au vu de l'accroissement du nombre d'actions en nullité fondées, au moins partiellement, sur des remises en cause de l'existence et de la validité du savoir-faire du franchiseur : si désormais, au lieu de devoir rapporter la preuve du caractère indispensable au distributeur des éléments fournis par le franchiseur, ce dernier doit uniquement prouver l'importance et l'utilité du savoir-faire, les actions introduites par les franchisés devraient alors plus difficilement aboutir.

Néanmoins, on peut légitimement s'interroger sur l'impact plus général d'une telle modification de la définition du savoir-faire, en particulier dans le domaine de la franchise. En tant qu'élément fondamental de la franchise, sa transmission constitue l'un des points déterminants de l'engagement du candidat franchisé.

Dès lors, il est possible de s'interroger sur l'intérêt que pourrait revêtir à l'avenir la franchise pour les candidats si la contrepartie du versement des redevances de franchise était constituée d'un savoir-faire uniquement « *important et utile* » au franchisé et non plus d'un savoir-faire composé d'éléments « *indispensables* » à l'exploitation du concept.

Gaëlle TOUSSAINT-DAVID
Avocat au Barreau de Paris

Reclassement du salarié et réseau de franchise **(Cass. soc., 7 juillet 2009, pourvoi n 08-40.689, inédit)**

On le sait, l'employeur d'un salarié se trouvant dans l'incapacité de poursuivre ses fonctions, notamment en raison d'une incapacité physique, ne peut licencier ce salarié sans chercher préalablement à le reclasser. L'employeur ne peut alors limiter ses recherches à sa propre entreprise, mais doit les étendre au groupe formé par « *les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* » (Cass. soc., 5 avr. 1995, deux arrêts, Bull. civ. V, n 123 et 129).

Or, l'indépendance réciproques des membres d'un réseau de franchise ne fait pas par principe obstacle à ce que ce réseau constitue un groupe au sein duquel le reclassement doit être recherché ; la Cour de cassation considère en effet que les juges du fond recherchent au cas par cas s'il existe des permutations de personnel entre les membres du réseau (v. par ex. Cass. soc., 20 févr. 2008, pourvoi n+06-45.335, inédit).

La décision faisant l'objet du présent commentaire s'inscrit parfaitement dans ce courant.

En l'espèce, l'employée d'un franchisé avait été licenciée pour inaptitude physique.

Condamné en appel à payer diverses sommes à son ancienne employée pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le franchisé avait formé un pourvoi et soutenait notamment que « *un franchiseur et tous ses franchisés ne constituent pas un groupe au sein duquel le reclassement doit être recherché* ».

La Cour de cassation a néanmoins approuvé la Cour d'appel, d'avoir condamné le franchisé après avoir constaté que celui-ci était « *membre d'un groupement d'entreprises liées par des intérêts communs et des relations étroites consistant notamment dans des permutations de personnel* » et qu'il n'avait pas cherché à reclasser son employée.

La Cour confirme ainsi sa position, qui doit donc être gardée à l'esprit par l'ensemble des membres d'un réseau de franchise confrontés à l'impossibilité pour l'un de leur salarié de demeurer dans ses fonctions.

Rappel sur le lien entre la responsabilité du franchisé et de celle du tiers complice **(Cass. civ. 2^{ème}, 9 juillet 2009, pourvoi n 08-18.852, inédit)**

« *Il n'est pas impossible d'exécuter en même temps la sentence arbitrale consacrant la violation du pacte de préférence par [le franchisé] et l'arrêt décidant que [le franchiseur] n'est pas fondé à rechercher la responsabilité délictuelle du [tiers acquéreur]* » ; voici le rappelle effectué par l'arrêt rendu le 9 juillet dernier par la Cour de cassation .

On sait en effet que la responsabilité délictuelle du tiers complice de la violation d'un pacte de préférence, loin d'être nécessairement entraînée par la démonstration de la responsabilité contractuelle du franchisé, n'est caractérisée que s'il est établi que le tiers avait, en contractant, connaissance du pacte de préférence violé. Il est donc fréquent que la responsabilité du franchisé soit seule démontrée, à l'exclusion de celle du tiers acquéreur.

L'espèce ayant donné lieu à l'attendu reproduit au sein de cet article était classique : après avoir obtenu du tribunal arbitral la condamnation de son franchisé pour violation du pacte de préférence, le franchiseur avait poursuivi l'acquéreur devant les juridictions étatiques. Ledit acquéreur avait formé une tierce opposition incidente à la sentence arbitrale. Le franchiseur soutenait que la tierce opposition, qui n'incluait pas le franchisé dans les parties appelées, aurait dû être déclarée d'office irrecevable par la cour d'appel, la sentence étant indivisible entre plusieurs parties.

La Cour de cassation retient fort opportunément que, faute d'impossibilité d'exécuter simultanément les deux décisions la sentence arbitrale et l'arrêt de la cour d'appel, le pourvoi doit être rejeté.

Publication des rapports annuels des autorités de la concurrence (Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence – Rapport annuel de la D.G.C.C.R.F.)

Le rapport annuel de l'Autorité de la concurrence a été publié le 1^{er} juillet dernier. Conformément aux années précédentes, le rapport établit le bilan d'activité de l'année passée, avec cette année une présentation du début d'activité de l'Autorité de la concurrence en 2009, qui a remplacé le Conseil de la concurrence depuis le mois de mars.

Le Conseil de la concurrence a connu un nombre croissant d'affaires en 2008 par rapport à 2007, au nombre desquelles figurent notamment des procédures dites négociées (engagements, clémence). Ces dernières occupent une place de plus en plus importante au sein du contentieux traité par l'Autorité de la concurrence, en particulier la procédure de clémence pourtant introduite en 2002, à laquelle les entreprises ont eu beaucoup plus recours qu'à l'accoutumée (18 demandes).

Cet engouement pour les procédures négociées s'explique notamment par l'augmentation des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence en 2008.

Par ailleurs, le rapport annuel annonce la publication prochaine de deux nouveaux textes : un communiqué de procédure relatif à la non contestation des griefs et, dans le courant de l'année prochaine, un communiqué de procédure relatif aux sanctions.

La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes a, quant à elle, publié son rapport annuel le 30 juillet dernier.

Ce dernier évoque notamment les réformes avec lesquelles la D.G.C.C.R.F. a dû composer en 2008 (ainsi qu'en 2009), sous l'impulsion législative à la fois française – notamment avec la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, laquelle a substantiellement renforcé ses pouvoirs, et la L.M.E. qui a modifié son organisation interne notamment en confiant certains de ses pouvoirs à la nouvelle Autorité de la concurrence – que communautaire (notamment par l'adoption de textes consommateurs, tels que la directive sur la sécurité des jouets, le règlement relatif à l'alimentation animale, etc.). Les services de la D.G.C.C.R.F. sont par ailleurs concernés par la réforme de l'organisation territoriale de l'Etat, laquelle modifiera son organisation aux niveaux départemental et régional.

En 2008, la D.G.C.C.R.F. a procédé à de nombreux contrôles, et recense au total 177.768 visites d'entreprises et 937.888 actions. En particulier, on notera qu'en matière de concurrence, la D.G.C.C.R.F. a réalisé 64 rapports, que 7 saisines du Conseil de la concurrence ont été effectuées par le ministre de l'économie et que 127 dossiers de concentrations ont été traités en 2008.

L'absence de réalisation des prévisionnels du fait du franchisé (T. com. Nevers, 22 juillet 2009, R.G. n 2008-000447)

Une décision récente a précisé les éléments personnels au franchisé qu'une juridiction peut prendre en compte pour rejeter une demande de nullité du contrat de franchise fondée sur le non respect des prévisionnels.

Dans cette affaire, le franchisé reprochait notamment au franchiseur d'avoir mal évalué les prévisionnels.

Pour rejeter cette demande, le Tribunal de commerce de Nevers retient que le prévisionnel avait été établi en considération d'une surface de vente initiale supérieure.

Or, la taille moindre de la surface de vente était due exclusivement au franchisé, celui-ci n'ayant pas effectué les démarches nécessaires afin d'obtenir l'autorisation d'exploiter auprès de la CDEC.

Le tribunal rappelle en outre que le non respect d'un prévisionnel peut également tenir au manque de professionnalisme et de compétence du dirigeant.

Cette solution est couramment retenue en jurisprudence (par ex., CA Paris, 1^{er} février 1994, Juris-Data n 020944).

Mesures probatoires « *in futurum* » et relations post-contractuelles

(Cass. civ. 2^{ème}, 2 juillet 2009, pourvoi n 07-20.968, inédit)

On le sait, l'article 145 du code de procédure civile permet d'obtenir des mesures probatoires « *in futurum* » c'est-à-dire avant l'engagement du procès. Les mesures ordonnées sur ce fondement peuvent être demandées par tout intéressé sur requête ou en référé.

La mise en œuvre de cet article est soumise à deux conditions : l'existence d'un motif légitime et la mise en œuvre de l'action avant tout procès.

En revanche, les conditions classiques de l'action en référé (et notamment celle de l'urgence), ne sont pas exigées pour la mise en œuvre de l'article 145, dont l'autonomie a été proclamée (Cass. ch. Mixte, 7 Mai 1982, 3 arrêts, pourvois n 79-11.814, 79-11.974 et 19-12.006). C'est ce principe que rappelle utilement l'arrêt commenté.

En l'espèce, le franchiseur estimant que son ancien franchisé commettait des actes de concurrence déloyale, avait obtenu sur requête, sur le fondement de l'article 145 du CPC, que ces agissements soient constatés. Au fond, le franchisé demandait la rétractation de l'ordonnance en soutenant que cette mesure, ordonnée sans débat contradictoire, ne revêtait pas un caractère urgent ce qui la privait de base légale. La Cour de cassation a rappelé fermement que « *l'urgence n[était] pas une condition requise pour que soient ordonnées sur requête des mesures d'instruction* ». En l'espèce, l'absence de débat contradictoire n'était pas justifiée par l'urgence mais par des circonstances de fait : « *les mesures d'investigation étaient une condition nécessaire et indispensable à l'efficacité des recherches et éléments de nature à établir des actes de concurrence déloyale* ».

Cessation de l'utilisation des signes distinctifs après l'extinction du contrat

(TGI Paris, ord. réf., 11 juin 2009, R.G. n 09/52384)

L'extinction du contrat entraîne de plein droit l'obligation pour le franchisé de cesser l'usage des signes distinctifs du réseau : le droit d'utiliser ces signes découle uniquement du contrat de franchise, et s'éteint donc avec lui. Les anciens franchisés répugnent cependant parfois à cesser l'utilisation des signes attractifs de clientèle, ainsi que l'illustre la décision commentée.

L'espèce concernait un contrat à durée déterminée tacitement renouvelable. Ayant dénoncé le terme et devant l'inertie du franchisé, le franchiseur l'avait assigné en référé afin d'obtenir sa condamnation à cesser l'usage des signes distinctifs à quelque titre que ce soit.

A cette demande, le franchisé opposait d'abord que le courrier de non-renouvellement était ambigu. Le juge a néanmoins constaté que les termes du courriers étaient « *parfaitement clairs* ».

En outre, le franchisé soutenait que le franchiseur n'avait pas immédiatement réclamé la descente des signes distinctifs à l'intervention du terme.

Le juge a cependant considéré que « *la tolérance [du franchiseur], à la supposer établie, n[était] pas de nature à démontrer son accord pour que [le franchisé] continue son activité sous l'enseigne* ».

Enfin, le juge a écarté le moyen du franchisé fondé sur la nullité du contrat pour violation de la loi Doubin qui, d'ailleurs, n'aurait pu justifier l'usage des signes distinctifs. En effet, aucun vice du consentement n'était allégué, ce qui faisait obstacle à la nullité du contrat. Ajoutons que, les parties devant exécuter le contrat tant que le juge du fond n' a pas statué sur sa validité (v. par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 2004, Bull. civ. I, n 172, p. 143, Juris-Data n 024131), l'argument fondé sur la nullité du contrat ne peut prospérer en référé. Les arguments du franchisé ayant été écartés, le juge a tiré toutes les conséquences de l'obligation de cesser l'utilisation des signes distinctifs, qui est absolue : ayant constaté que l'extrait Kbis du franchisé faisait toujours figurer le nom commercial du franchiseur à titre d'enseigne, le juge a enjoint au franchisé de faire procéder aux modifications nécessaires pour y remédier.

Condition de validité de la saisie-contrefaçon (Cass.com., 7 juillet 2009, pourvoi n 08-18598)

La saisie-contrefaçon peut être utilisée, préalablement à l'engagement d'une action en contrefaçon, après que le juge l'ait autorisée par une ordonnance. Elle constitue un moyen efficace de rassembler des éléments de preuve indispensables au succès de l'action en contrefaçon ce, qu'il s'agisse de marque, de droit d'auteur, ou de dessins et modèles comme en l'espèce. Toutefois, pour être pleinement efficace, l'huissier instrumentaire doit agir dans le strict respect de sa mission, telle qu'énoncée dans l'ordonnance, ce que rappelle l'arrêt commenté.

En l'espèce, une société avait engagé une action en contrefaçon de modèles de dessous de plats qu'elle commercialisait, suite à la saisie contrefaçon opérée chez la société poursuivie. A l'occasion de cette saisie, l'huissier avait recueilli les propos spontanés de la gérante de la société soupçonnée de contrefaçon, laquelle

avait également remis des documents. C'est sur ce point que la nullité de la saisie était recherchée, ce qu'approuve la Cour de cassation qui considère qu'outrepasse les limites de sa mission, l'huissier qui, en l'absence de découverte préalable sur les lieux de la saisie d'objets argués de contrefaçon, produit aux personnes présentes ceux des objets visés par l'ordonnance afin de recueillir leurs déclarations spontanées, sans y avoir été expressément et précisément autorisé. Si la solution peut prêter à discussion, tout est affaire d'espèce.

La saisie-contrefaçon qui présente un grand intérêt pratique doit être utilisée avec précaution et dans le respect des termes de l'ordonnance l'y ayant autorisée ; à défaut, sa validité pourra être remise en question et démunir le demandeur de preuves des faits argués de contrefaçon et compromettre le succès de celle-ci.

Opposition à l'enregistrement d'une marque : appréciation du risque de confusion TPICE , 2 juillet 2009, aff. T-311/08

L'opposition à l'enregistrement d'une marque permet au titulaire d'une marque antérieure, qui estime que l'enregistrement d'une marque postérieure porterait atteinte à ses droits, de contester l'enregistrement de ladite marque. Cette procédure permet de régler en amont les difficultés sans s'engager dans la voie d'un contentieux judiciaire. Cette procédure, connue en droit français, existe également au plan communautaire.

Le succès de l'opposition suppose d'établir l'existence d'un risque de confusion, ce qu'illustre l'arrêt commenté.

En l'espèce, le titulaire d'une marque figurative française, composée d'une étoile à cinq branches, entendait faire opposition à l'enregistrement postérieur d'une marque communautaire composée d'un élément figuratif : une étoile, et d'un élément verbal. La division d'opposition de l'OHMI ainsi que la chambre des recours ont rejeté la l'opposition au motif qu'il n'existait pas de risque de confusion entre la marque communautaire demandée et la marque française antérieure. Un recours est donc formé devant le TPICE.

Le TPICE rappelle tout d'abord que l'opposition ne peut aboutir que si, en raison de l'identité ou de la similarité des signes et des produits qu'ils désignent, il existe un risque de confusion dans l'esprit du public du territoire sur lequel la marque antérieure est protégée. En l'espèce, l'identité des produits n'était pas contestée, le TPICE apprécie donc la similarité des signes.

Le Tribunal constate la faible similitude visuelle des signes en relevant le fait que, bien qu'identiquement composés d'une toile à cinq branches, le contraste des couleurs est distinct et la marque contestée comporte un élément verbal absent de la marque antérieure excluant ainsi la similitude phonétique entre les marques. Sur le plan conceptuel, le Tribunal considère également que les signes se distinguent. Enfin, le risque de confusion entre les signes est écarté compte tenu de l'absence de similarité verbale et conceptuelle, et de la faible similarité visuelle entre les signes, l'absence de caractère distinctif élevé de la marque antérieure et l'élément verbal dominant de la marque demandée, même en présence de produits identiques.

Actualité du Cabinet

Simon Associés ouvre un Bureau secondaire à Nantes

Après l'ouverture de son Bureau de Lyon il y a un an,
Simon Associés vient d'ouvrir un nouveau Bureau, à Nantes.

[cliquez ici](#)

François-Luc Simon, Membre du collège des experts de la FFF

François-Luc SIMON a été nommé
Membre du Collège des Experts de la Fédération Française de la Franchise

[cliquez ici](#)

Quelques publications récentes de SIMON Associés

« *Le projet du nouveau règlement européen ...* », par François-Luc SIMON ([Franchise Magazine, 16 septembre 2009](#))

« *Un consentement à protéger* », par Gaëlle TOUSSAINT-DAVID ([Franchise Magazine, Août/Septembre 2009](#))

« *Comment bien rédiger les clauses de résiliation* », par François-Luc SIMON ([Franchise Magazine, 21 août 2009](#))

« *Les manquements du franchisé à son obligation de bonne foi* », par François-Luc SIMON ([LPA, 22 juillet 2009](#))

Prochainement ...

« *Un an d'actualité juridique en droit de la franchise* », par François-Luc SIMON ([Numéro Spécial des Petites Affiches](#))

« *Les contours de l'obligation d'assistance* », par Flore SERGENT (LPA, Octobre 2009)

« *La valorisation et la cession des réseaux de franchise* » (Intervention de François-Luc SIMON lors de la Conférence juridique de la Fédération Française de la Franchise qui aura lieu le 18 novembre 2009)

Pour recevoir les précédents numéros de la Lettre de la Franchise et/ou de la Lettre du Cabinet cliquez [ici](#)