

La protection juridique de l'image de marque et son application à la franchise

La publicité n'a de sens que si elle véhicule un message, une identité, un positionnement. Or, l'identité d'un produit, d'une entreprise, c'est essentiellement son image de marque. L'image de marque est une notion ambiguë, et des plus nuancées qui peut se concevoir ainsi : l'image de marque en tant que réputation aux yeux du consommateur et du public, l'image de marque dans la franchise (détournée en fait de son sens courant) qui est l'image "de la marque", c'est-à-dire : une dénomination, une apparence extérieure.

Il va de soi que la protection juridique de l'image de marque —réputation— n'existe pas vraiment en droit, mais sa conservation ne peut se faire que par la capacité de l'entreprise à être la plus performante ou à rester fidèle à elle-même.

En revanche, l'image de la marque, se trouve être protégeable par la protection dont bénéficie chacun des éléments qui la composent :

- la marque elle-même (et les brevets),
- des dessins et modèles,
- la propriété littéraire et artistique,
- la concurrence déloyale.

C'est dans le cadre de cette protection de l'image de la marque que les designers ont développé une technique moderne de marketing qui est la personnalisation pour la vue du consommateur, de la société, de sa marque, et/ou de ses produits ou services. Cette technique, dont les procédés d'analyse et de création sont extrêmement sophistiqués, englobent tous les moyens par lesquels une entreprise se fait connaître (une société spécialisée, la Société Lonsdale, dénomme ce système d'analyse et de création : SIV ou système d'identification visuelle).

La franchise utilise au premier titre cette technique qui bien souvent, fait partie du savoir-faire du franchiseur (graphisme en couleur de la marque, design des produits et emballages, architecture intérieure et devanture originale, décoration des véhicules, uniformes du personnel).

Le problème se pose donc de concevoir une protection juridique efficace de l'ensemble qui sera au premier coup d'œil, le signe de ralliement durable et uniforme de la clientèle sur tout le territoire national et même à l'étranger, de même que d'éviter qu'un concurrent déloyal détourne à son profit, la réputation d'une firme connue, pour vendre des produits ou services médiocres nuisant à la dite réputation et image de marque de cette firme. Cette protection existe actuellement en France par les techniques juridiques du droit de la propriété intellectuelle (marques, modèles, dessins et création artistique) et par le biais des actions en concurrence déloyale.

LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ CONFÉRÉE PAR DES LOIS SPÉCIFIQUES

Certaines lois françaises confèrent un droit de propriété selon certaines conditions. Il s'agit dans le concept de la personnalisation visuelle, essentiellement du droit des marques, du droit de la propriété littéraire et artistique et du droit sur les dessins et modèles industriels.

— **La protection assurée par le droit des marques.** Dès lors qu'un signe n'est ni descriptif, ni déceptif par rapport aux produits et services, il sera protégeable selon le droit des marques (loi du 31 décembre 1964 - art. 1 et 3).

Ainsi, le logo ou le graphisme particulier personnalisant une firme, une dénomination, un produit ou un service précis, sera pro-

tégeable dès l'instant où il sera déposé auprès de l'Institut national de la propriété industrielle en France et auprès de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle pour étendre cette protection dans de nombreux pays étrangers.

Il est possible de déposer des marques nominales (par exemple une raison sociale) et des marques composées de lettres, chiffres, ou initiales. Mais ce qui nous intéresse sur le plan de la personnalisation visuelle, est la protection des marques figuratives ou emblématiques. En effet, si les marques nominatives s'adressent plutôt à l'ouïe, les marques figuratives attirent l'œil. Ce sont les images, dessins, couleurs, empreintes, vignettes ou marques à trois dimensions, formes caractéristiques de produits ou de leurs emballages (liseré d'étoffe, disposition d'enveloppement de bouteilles avec du jonc, formes de bouteilles, de biscuits, de maisons, de taxis).

Ainsi, on reconnaîtra aisément le "H" du Hilton, dans tous les pays alors que "le Ritz" quoique connu mondialement, n'évoque aucune image particulière.

L'avantage d'un dépôt de marque est sa durée illimitée de protection (10 ans renouvelables indéfiniment), alors que les autres protections sont légalement fixées en durée. En revanche, le secteur économique protégé par la marque est limité aux produits ou services revendiqués, alors que les autres protections sont illimitées quant au domaine d'activité du contrefacteur dès lors qu'il a

reproduit la forme en cause. Cependant, la marque devra être disponible (c'est-à-dire non-exploitée comme marque ou raison sociale par un tiers). Cette disponibilité s'analyse vis-à-vis des produits et services identiques ou similaires en cause et vis-à-vis des signes personnalisés ou non, identiques ou similaires antérieurs à ceux du déposant de la marque. Ce caractère disponible est essentiel, surtout quant à sa représentation personnalisée. En effet, il se peut qu'un prestataire de services du secteur hôtelier par exemple, adopte une lettre de l'alphabet comme emblème (le S de Sofitel et le S de Sheraton). Si ce signe est déjà utilisé par un autre prestataire, les graphismes seront-ils assez forts pour distinguer les deux entreprises concurrentes? En principe, non. Mais comme il n'existe que 26 lettres de l'alphabet, il est probable que si la représentation antérieure est munie d'une écriture très particulière de même que la représentation de la marque postérieure, on ne concluerait pas à une contrefaçon ou une imitation. Aussi bien, on prendra soin de déposer la marque en caractères "bâtons", quitte à, par la suite, la personnaliser par un dessin ou un emblème très distinctif et attractif.

— **La protection assurée par la propriété littéraire et artistique.** Une marque concernant la forme originale et en trois dimensions d'une boutique pourra être déposée, mais l'auteur de la forme originale sera détenteur de droits dominants les droits du titulaire de la marque.

Ainsi, il devra y avoir accord entre le créateur d'un logotype, d'un conditionnement attractif, d'une architecture d'intérieur pour que le commerçant puisse éviter une action de la part de cet auteur par la suite et ne soit contraint de retirer sa marque. En effet, l'image de marque, la personnalisation visuelle de l'entreprise et du produit, pourra être défendue juridiquement sur le plan de la création originale dès lors qu'elle a été formalisée par des écrits (publicité), des dessins (affiches), des architectures (décoration extérieure et intérieure). On remarquera que comme en matière de marque, on n'exige pas la nouveauté à l'œuvre créée qui peut être sans mérite et purement commerciale, mais qui devra uniquement être une création originale qui pourra reproduire suivant la sensibilité et la personnalité de l'auteur, une création antérieure (à ce titre, son auteur dépendra des droits de l'auteur de la créa-

tion dont l'originalité est absolue).

Il faudra donc éviter de rechercher un mérite à l'image de la marque (dessins ou décoration par exemple) dont l'attrait dépend des goûts de chacun, mais une originalité, une empreinte de son auteur (par exemple agencement de couleurs, de traits, de rayonnages ou un crépit distincts de celui qui existait auparavant).

L'avantage de la protection de la création littéraire et artistique est que, sous condition d'originalité, le statut juridique est acquis sans aucune formalité de dépôt dès l'instant où l'auteur peut prouver la réalisation formelle de "l'œuvre", c'est-à-dire le passage de l'idée au concret. L'inconvénient pour l'entreprise qui va faire réaliser les lignes distinctives constituant son image de marque, est l'attribution à l'auteur, par la loi du 11 mars 1957 (article 6), d'un droit moral. Ce droit inaliénable, imprescriptible et perpétuel, permet à l'auteur de contrôler sa création, même une fois cédée, sans limitation de durée.

Il contrôlera cette divulgation (qui donne naissance au droit pécuniaire) et les conditions de celle-ci. Il pourra imposer son droit à ce que soit mentionné son nom, ce qui veut dire que même si l'œuvre est anonyme dans un premier temps, l'auteur peut rendre obligatoire la mention de son nom sur chaque reproduction de "l'œuvre", de même, il a un droit au respect de l'œuvre tant dans son esprit que dans sa forme, et surtout, il pourra exercer son droit de repentir ou de retrait, sauf indemnisation de l'acquéreur en cas de préjudice subi. De plus, l'acheteur du support matériel de l'œuvre devra acquérir les droits de reproduction et également de représentation (communication directe au public de l'œuvre originale, notamment par voie télévisée). En outre, l'auteur bénéficiera d'un droit de suite qui lui permettra de percevoir sur sa création, 3 % du prix de sa vente, ou par l'intermédiaire d'un commerçant.

On insistera ici sur l'intérêt de l'entreprise qui devra prévoir un contrat très complet pour ne pas voir son image de marque, sa personnalisation vis-à-vis public, remises en cause par le ou les auteurs de "l'œuvre", ou leurs héritiers qu'ils soient ou non de bonne foi. On signalera enfin que la durée des droits d'auteur est en principe de 50 ans, après le décès de celui-ci.



La protection par les dessins et modèles industriels. Cette protection recoupe les exigences de la loi de 1957, car la loi du 14 Juillet 1909 sur les dessins et modèles, requiert une forme industrielle nouvelle, d'une nouveauté absolue, quant à sa configuration extérieure qui la distingue des autres dessins ou objets (par exemple, forme d'un rayonnage, d'une vitrine ou d'un présentoir d'un magasin franchisé).

Ainsi, la protection qui est couverte dès le dépôt à l'Institut national de la propriété industrielle n'est plus possible dès que le dessin ou le modèle a été divulgué au public. Nous constatons en conséquence, que la loi de 1957 protège les créations originales (critères subjectifs) alors que la loi de 1909 exige la nouveauté absolue (critères objectifs).

Si le deuxième critère n'est pas rempli, l'auteur se repliera sur le premier. Cependant, il est à noter un accueil important à éviter en la matière :

- la forme entièrement liée à l'effet technique recherché.

Dans ce cas, la protection n'est accordée que selon la législation sur les brevets (article 2 de la loi de 1909), ce qui rend nul le dépôt de modèle ou de dessin.

Par ailleurs, la durée de protection est pour le déposant de dessin ou modèle industriel de 50 ans, à compter du dépôt. Ce dépôt peut être effectué sous forme secrète durant les cinq premières années.

Dans tous les cas de protection par les lois sur la propriété industrielle et intellectuelle, l'action en contrefaçon ou en imitation est ouverte avec possibilité très rapide de saisie des produits ou matériels portant contrefaçon, ou reproduisant la forme déposée ou non. En conséquence, dans le domaine économique, ces législations sont très efficaces pour de manière immédiate, combattre un concurrent (arrêt de production, immobilisation du stock...) qui voudrait détourner à son profit l'image de marque créée et développée pour et par une entreprise. Cependant, tout cet arsenal est parfois anéanti par faute de remplir les conditions essentielles pour le mettre en œuvre (par exemple, marque très

évocatrice dont le graphisme n'est pas lui-même reproduit, création non entièrement originale, modèle annulable par une divulgation dans un pays étranger ou par inséparabilité de la forme d'avec la technique).

LA PROTECTION CONFEREE PAR LA JURISPRUDENCE SUR LA CONCURRENCE DELOYALE

Alors que l'entreprise qui agit en contrefaçon demande la protection d'un droit octroyé par la loi, l'action en concurrence déloyale suppose une faute. L'entreprise tierce a voulu reproduire partiellement ou totalement les caractéristiques principales personnalisées dans la firme. Dans la mesure où ce tiers détourne à son profit des efforts de développement et de communication de l'entreprise, on considèrera que la faute est démontrée si la reproduction des éléments originaux ou nouveaux est identique ou quasi-identique. Par contre, si des différences existent on recherchera s'il est possible pour le client de confondre les deux sociétés ou les deux produits en cause.

Le concurrent devra en principe avoir effectué un minimum de recherches pour savoir si le signe qu'il adopte est voisin d'un signe concurrent. Souvent le voisinage est recherché et des différences sont créées volontairement par le contrefacteur pour se défendre de la reproduction. Ainsi, la faute sera prouvée du simple fait des différences trop grossières existant entre les deux signes distinctifs. A notre avis, par exemple, la reproduction identique d'un système de présentoir personnalisé dans une boutique par un concurrent géographiquement proche, sera une faute, dès l'instant où elle peut suggérer aux consommateurs que les deux magasins, même exploités sous des marques différentes appartiennent au même commerçant. Il va de soi que si le modèle de présentoir est original ou entièrement nouveau, les protections légales susdites seraient également applicables. Par ailleurs, la défense contre un concurrent déloyal suppose un préjudice et un lien entre sa faute et le préjudice subi (art. 1382. 1383 code civil).

En fait, le montant du préjudice



GRAPHISMES DE MARQUES / SYSTÈMES D'IDENTIFICATION VISUELLE



Groupe Total



Fromageries Bel



Le Creuset



DMC: filteries



Vins Nicolas



Poulain S.A.



Solex: carburateurs



Radar S.A.



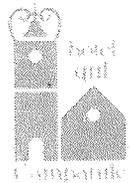
Groupe Empain



Association Française des Banques



C.P.C. Europe



Groupe Taittinger

Graphismes exécutés par la société Lønsdøle

pourra être évalué par rapport au chiffre d'affaires réalisé par le concurrent depuis l'adoption du signe ou de l'ensemble des caractéristiques de la firme, reproduites. Cependant, l'action en concurrence déloyale a l'inconvénient de ne pas permettre une intervention rapide et efficace contre le concurrent qui pourra ainsi continuer son exploitation jusqu'à l'aboutissement d'une procédure longue et hasardeuse. On comprendra en conséquence tout l'intérêt d'avoir réuni les conditions exigées par les différents textes sur la propriété industrielle ou intellectuelle, l'action en concurrence déloyale étant le dernier rempart de la protection de la personnalisation de l'entreprise. En conclusion, la question est de savoir: quelle identité, quelle image donner au produit, à l'entreprise, auprès du consommateur.

La marque doit déjà en elle-même véhiculer l'image du produit et son identité. Ce n'est qu'ensuite que la publicité communiquera et la marque et le produit, par l'intermédiaire des médias.

La marque forme un tout, en son sein apparaissent des techniques différentes et complexes :

- l'image de marque,
- le logo,
- les emblèmes,
- l'identité visuelle,
- l'architecture d'intérieur et d'extérieur.

Chacune de ces techniques ne doit être étudiée avant de procéder à la mise au point du package. Elle doit être mise au point pendant la période "probatoire" du produit. Autrement dit pendant la période correspondant à l'application de la règle "des trois deux" (trois pilotes de deux ans).

La franchise ne peut se concevoir qu'à long terme. L'identité visuelle et l'image de marque sont les vecteurs essentiels de la pérennité de la franchise. La franchise n'est-elle pas le marketing d'une image de marque ?

Il est cependant difficile à partir de cette nouvelle approche de l'image de marque telle que nous venons de l'exposer, d'imaginer une protection juridique sérieuse concernant ce point très particulier (même par application de l'action en concurrence déloyale). Ceci contrairement à l'image de la marque telle que nous l'avons clarifiée ci-dessus qui bénéficie elle — ou certaines conditions légales — de la protection classi-

que des actions en contrefaçon. Il est certain enfin que la franchise est une "nébuleuse" dont le noyau central est la marque. La marque est le seul élément protégeable par la loi. Les éléments divers qui "gravitent" autour de ce noyau tels : l'image de marque, le know-how, l'identité visuelle, l'ambiance, la réputation etc... sont difficilement protégeables autrement par la délicate action en concurrence déloyale.

Aussi, plus l'image de marque sera positionnée d'une manière différenciée, originale, plus le noyau central (la marque), protégé, deviendra protecteur des éléments qui "gravitent" autour.

Le créateur d'entreprise doit penser dès le début de son exploitation, à la franchise et à sa conquête de marchés. Il doit donc non-seulement étudier son image de marque, sa marque, mais effectuer les indispensables recherches d'antériorité. En conséquence, réussir le positionnement visuel, réussir la spécificité de l'image de marque, créera "de facto et de juré" la réussite de la franchise, du moins dans sa première phase d'élaboration.

Olivier GAST et