



SIMON ASSOCIÉS
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

PARIS

47 rue de Monceau
75008 Paris
Tél. 01 53 96 20 00 - Fax. 01 53 96 20 01

LYON

7 rue de Bonnel
69003 Lyon
Tél. 04 72 61 75 15 - Fax. 04 72 61 75 89

NANTES

4 rue Maurice Sibille
44000 Nantes
Tél. 02 53 44 69 00 - Fax. 02 53 44 69 36

MONTPELLIER

33 bis rue du Faubourg St Jaumes
34000 - Montpellier
Tél. 04 67 58 94 94 - Fax. 04 11 62 80 78

www.simonassociés.com



François-Luc SIMON

Associé-Gérant
Docteur en droit
Membre du Collège
des Experts de la FFF

**ACTUALITÉ
SIMON ASSOCIÉS
Page 19**

LETTRE DES RÉSEAUX

Mars-Avril 2012

SOMMAIRE

ETUDES :

Le nouveau décret relatif à la publicité extérieure, aux enseignes et aux préenseignes	p.2
Marques enregistrées : attention à l'usage !	p.4

PRATIQUE :

De l'utilité de la clause « e-réputation »	p.7
--	-----

FRANCHISE – COMMISSION-AFFILIATION – CONCESSION – LICENCE :

T. com. Paris, 24 février 2012, R.G. n°09/02275, inédit Sanction de l'utilisation fautive des signes distinctifs par le concessionnaire	p.8
Cass. com., 21 février 2012, pourvoi n°11-13.653 (Publié au Bulletin) Obligation précontractuelle d'information et cession de contrat	p.9
CA Versailles, 14 février 2012, R.G. n°10/08678 Cession fautive du fonds de commerce et sanction du tiers complice	p.10
CA Rennes, 17 janvier 2012, R.G. n°10/07801 Conditions de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle	p.10

CONCURRENCE ET DISTRIBUTION :

CA Paris, 2 février 2012, R.G. n°09/22350 Accords de partenariat et rémunérations manifestement disproportionnées	p.11
Cass. com., 31 janvier 2012, pourvoi n°11-12.899 Notion de relation commerciale « établie » et succession de contrats à durée déterminée	p.12

MARQUE :

Cass. com., 14 février 2012, pourvoi n°10-30.872 Illustration de la sanction du dépôt frauduleux de marque en matière de franchise	p.13
Cass. com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-14.317 Déchéance de la marque : appréciation de l'usage sérieux	p.14
CA Paris, 4 janvier 2012, R.G. n°10/05115, inédit Une exception au droit sur la marque parfois bien gênante	p.14

INTERNATIONAL :

Rapport « <i>Franchise business economic outlook</i> » : vers de nouveaux marchés	p.15
La Chine : premier pays du monde en nombre de franchiseurs et de magasins franchisés	p.17

Commentaire du décret n°2012-118 du 30 janvier 2012 relatif à la publicité extérieure, aux enseignes et aux préenseignes

Le 1^{er} juillet 2012 entrera en vigueur le décret n°2012-118 du 30 janvier 2012 relatif à la publicité extérieure, pris en application de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite loi Grenelle 2).

Cette réforme, qui vise à protéger le cadre de vie en limitant la publicité extérieure tout en permettant l'utilisation de moyens nouveaux, a profondément modifié le régime concernant la publicité, les enseignes et les préenseignes. Le cadre législatif et réglementaire, qui n'avait quasiment pas évolué depuis plus de 30 ans, a ainsi été modernisé afin de répondre aux attentes de la société et aux évolutions technologiques des supports publicitaires. Ce sont donc de nombreuses dispositions qui ont été modifiées, voire ajoutées. Des dispositions qui, au regard de leur importance pratique, retiendront l'attention de nombreux acteurs économiques. C'est l'ensemble du chapitre « *Publicité, enseignes et préenseignes* » du titre VIII de la partie réglementaire du Code de l'environnement qui a été recodifié par le décret du 30 janvier 2012. Celui-ci débute désormais avec le régime des procédures de déclaration et d'autorisation préalable, lesquelles sont harmonisées avec celles du Code de l'urbanisme avant de traiter successivement de la publicité (lumineuse et non lumineuse) et des dispositifs particuliers (bâches, dispositifs de dimension exceptionnelle et de petit format), des enseignes et préenseignes, puis du règlement local de publicité.

- **L'introduction d'une règle de densité**

Le décret introduit une règle de densité à respecter sous peine de sanctions administratives et pénales pouvant s'élever à 7.500 euros. La règle de densité s'applique aux dispositifs publicitaires installés sur le domaine privé et public, à l'exception de ceux apposés sur une palissade ou sur une toiture. Ainsi, « *il ne peut être installé qu'un seul dispositif publicitaire sur les unités foncières dont le côté bordant la voie ouverte à la circulation publique est d'une longueur au plus égale à 80 m linéaires [...] Il ne peut être installé qu'un seul dispositif publicitaire sur le domaine public au droit des unités foncières dont la longueur est inférieure à 80 m linéaires* » sous réserve d'exceptions (art. R.581-25).

Ainsi, le décret réduit les formats des dispositifs publicitaires muraux, en fonction de la taille des agglomérations, jusqu'à 4 mètres carrés dans les agglomérations de moins de 10.000 habitants. Toutefois, cette surface sera portée à 8 mètres carrés lorsque le dispositif publicitaire est situé en bordure de route à grande circulation. Notons, *in fine*, que le format de 16 mètres carrés est définitivement supprimé (art. R.581-26).

Le décret encadre, par ailleurs, les nouvelles possibilités d'affichage sur les emprises des gares et des aéroports, afin de tenir compte de leurs spécificités en termes de taille ou de fonctionnement, ou à proximité des établissements de centres commerciaux hors agglomération.

En outre, de nouveaux seuils de population sont retenus pour déterminer la hauteur et la surface maximales admises des différents dispositifs publicitaires (agglomérations de plus ou moins de 10.000 habitants faisant partie ou non d'une unité urbaine de plus de 100.000 habitants). De la même manière, les bâches sont spécifiquement encadrées : l'affichage publicitaire apposé sur une bâche de chantier ne peut excéder 50% de la surface totale de la bâche tandis que les bâches publicitaires devront respecter une règle de densité.

S'agissant des enseignes et préenseignes, et conformément aux articles R.581-59 à R.581-63, celles-ci devront satisfaire à de nombreuses contraintes de surface (e.g : désormais, « *les enseignes apposées sur une surface commerciale d'un établissement ne peuvent avoir une surface cumulée excédant 15% de la surface de cette façade* »).

- **L'encadrement de la luminosité et de la publicité numérique**

Dans les agglomérations de moins de 10.000 habitants ne faisant pas partie d'une unité urbaine de plus de 100.000 habitants, les publicités lumineuses sont interdites, à l'exception des dispositifs éclairés par projection ou transparence. Le cas échéant, le décret institue une obligation d'extinction des publicités lumineuses entre 1 heure et 6 heures du matin, sauf pour les aéroports et les unités urbaines de plus de 800.000

habitants, pour lesquelles les maires édicteront les règles applicables (art. R.581-35).

Cette obligation s'applique aussi aux enseignes lumineuses ; ainsi, les enseignes qui indiquent exemple des commerces, seront éteintes de 1 heure à 6 heures du matin (sauf si l'activité qu'elles signalent est ouverte pendant ce laps de temps). Les enseignes clignotantes sont interdites, à l'exception des enseignes de pharmacie ou de tout autre service d'urgence.

Notons que certaines catégories de préenseignes dérogatoires jusqu'alors admises (préenseignes signalant des services de secours, préenseignes signalant des activités en retrait de la voie publique, etc.) seront supprimées et remplacées par une signalisation routière normalisée.

Quant à la publicité numérique, celle-ci est spécifiquement encadrée. Outre les prescriptions relatives à la surface, le décret réglemente la consommation électrique des dispositifs publicitaires numériques et prévoit des mesures pour lutter contre l'éblouissement. Un seuil de luminance maximale est introduit.

- **Les règlements locaux de publicité**

In fine, le décret crée une nouvelle génération de Règlements Locaux de Publicité (RLP), qui permet aux collectivités locales d'adapter la réglementation communale aux règles nationales.

Les RLP ont vocation à préciser les règles en fonction du contexte urbain local et de la localisation des dispositifs publicitaires envisagés. Ils prescrivent, à l'intérieur de zones qu'ils délimitent, les règles de densité et d'harmonisation pour les publicités. Ils sont désormais élaborés ou modifiés conformément à la procédure applicable pour les plans locaux d'urbanisme (PLU, art. R.581-72).

Ces RLP ne pourront dorénavant qu'être plus restrictifs que la règle nationale.

Ils seront élaborés, révisés et modifiés selon les règles applicables aux plans locaux d'urbanisme.

- **Calendrier de la réglementation**

Le décret entre en vigueur à compter du 1^{er} juillet 2012.

Dès lors, les nouveaux dispositifs apposés sur des zones sans RLP devront nécessairement être conformes au décret.

Les nouvelles règles nationales s'appliqueront dans toute la France aux nouveaux dispositifs (extinction des enseignes lumineuses, régime d'autorisation des bâches, etc.).

Les dispositifs non conformes disposent d'un délai de deux ans pour se mettre en conformité.

Dès le 1^{er} juillet 2012, les nouveaux RLP élaborés devront être conformes à la nouvelle réglementation.

A compter du 13 juillet 2015, les nouvelles préenseignes dérogatoires qui seront apposées devront être conformes à la nouvelle réglementation nationale, tandis que les préenseignes dérogatoires apposées avant le 13 juillet 2015 et qui étaient conformes à l'ancienne réglementation, devront être conformes à la nouvelle réglementation nationale dans un délai de deux ans.

A compter du 13 juillet 2020, conformément à la réglementation nationale, les RLP qui n'auront pas été modifiés ou révisés seront abrogés.

- **Les sanctions encourues en cas de non-respect des dispositions du décret**

Rappelons certaines des sanctions encourues.

Est punie d'une amende d'un montant de 1.500 euros la personne ayant apposé ou fait apposer un dispositif ou matériel sans déclaration préalable ou non conforme à cette déclaration (art. L.581-26 du Code de l'environnement).

En outre, dès la constatation d'une publicité, d'une enseigne ou d'une préenseigne irrégulière au regard du décret, et nonobstant la prescription de l'infraction ou son amnistie, l'autorité compétente en matière de police prend un arrêté ordonnant, dans les quinze jours, soit la suppression, soit la mise en conformité avec ces dispositions, des publicités, enseignes ou préenseignes en cause, ainsi que, le cas échéant, la remise en état des lieux (art. L.581-27).

Enfin, une amende de 7.500 euros peut être prononcée en cas de non-respect de la réglementation après mise en demeure (art. L.581-34).

Marques enregistrées, attention à l'usage !

Chacun le sait, la marque enregistrée au sens des dispositions du Livre VII du Code de la Propriété Intellectuelle confère à son titulaire un monopole sur un signe (verbal, figuratif, tridimensionnel, voire olfactif ou sonore) pour un nombre de produits et/ou services revendiqués au dépôt.

Ce monopole qui, à l'inverse du brevet d'invention ayant une durée de vie limitée à 20 ans, est indéfiniment renouvelable, n'est pas sans poser la question du respect de la liberté du commerce.

Pour relativiser la portée d'un tel droit exclusif, le législateur a donc prévu de le soumettre à des conditions liées à l'usage réel de la marque dans la vie des affaires.

Ces conditions d'usage sont de deux ordres :

- a) l'obligation d'usage ;
- b) l'usage du signe enregistré « à titre de marque » et « dans la vie des affaires ».

Avant d'examiner la traduction pratique de ces deux exigences, il convient de rappeler que leur non respect par le titulaire de la marque pourrait entraîner la perte de la marque par le prononcé d'une décision de déchéance ou d'annulation.

Une telle perte serait d'autant plus désastreuse pour les têtes de réseaux qui priveraient alors l'ensemble de leurs franchisés / affiliés / licenciés ou distributeurs de revenus liés à la marque en question et engageraient potentiellement leur responsabilité pour réparer le préjudice lié à une perte de marché ou à un manque à gagner.

Nous traiterons ici des conditions d'application de l'article L.714-5 et réservons l'étude de l'usage à titre de marque pour un article prochain.

L'article L.714-5 pose le principe selon lequel l'on ne peut monopoliser un droit sur un signe sans pour autant l'exploiter réellement dans la vie des affaires.

Ainsi, « *encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans.* »

Pour expliciter cette obligation, les alinéas a) à c) de l'article L.714-5 ainsi que la jurisprudence apportent des précisions dont l'impact n'est pas à négliger dans la gestion d'un portefeuille de marques :

« *Est assimilé à un tel usage :*

- a) *l'usage fait avec le consentement du propriétaire de la marque ou, pour les marques collectives, dans les conditions du règlement ;*
- b) *l'usage de la marque sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif ;*
- c) *l'apposition de la marque sur des produits ou leur conditionnement exclusivement en vue de l'exportation.*

La déchéance peut être demandée en justice par toute personne intéressée. Si la demande ne porte que sur une partie des produits ou des services visés dans l'enregistrement, la déchéance ne s'étend qu'aux produits ou aux services concernés.

L'usage sérieux de la marque commencé ou repris postérieurement à la période de cinq ans visée au premier alinéa du présent article n'y fait pas obstacle s'il a été entrepris dans les trois mois précédant la demande de déchéance et après que le propriétaire a eu connaissance de l'éventualité de cette demande.

La preuve de l'exploitation incombe au propriétaire de la marque dont la déchéance est demandée. Elle peut être apportée par tous moyens.

La déchéance prend effet à la date d'expiration du délai de cinq ans prévu au premier alinéa du présent article.

Elle a un effet absolu ».

Il nous semble important d'énumérer les conséquences principales des conditions posées par la loi et la jurisprudence :

- sur la qualification d'usage « sérieux »

Les critères retenus concernent plus les parts de marché concernées gagnées par la marque et la régularité de l'exploitation, que la « quantité » à

proprement parler. En fonction de la nature du marché concerné, de la gamme de produits et de la clientèle visée, le juge n'exigera pas les mêmes volumes de vente.

L'on ne peut en effet comparer le volume réalisé sur des automobiles de luxe avec celui présenté pour des briques de lait.

Ainsi, dans une affaire opposant le groupe Sony à M. Silveiro, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel qui reconnaissait la validité de l'usage de faibles quantités réalisées sur la marque UMD.

Le défendeur soutenait en effet qu'il n'était pas nécessaire *« que l'usage de la marque soit quantitativement important pour être qualifié de sérieux, la loi ne réservant pas la protection aux seules marques jouissant d'une réussite commerciale, seul important que les produits visés au dépôt aient effectivement touché une clientèle »*.

La Cour de cassation a au surplus ajouté que *« l'usage même minime d'une marque peut être suffisant (...) à condition qu'il soit qualifié comme justifié dans le secteur économique concerné, pour maintenir ou créer des parts de marché »* (Cass. com., 9 novembre 2010, pourvoi n° 09-11.999).

Dans le même sens, les marques LOTO et LOTO SPORTIF ont échappé à la déchéance quand bien même leur exploitation n'était pas clairement établie car de faible quantité.

La Cour de Cassation expose qu'*« ayant déduit (...) que la revue en cause n'était pas purement publicitaire, la cour d'appel a pu décider que la Française des Jeux avait fait un usage sérieux des marques en cause pour des magazines et produits d'imprimerie »* (Cass. com., 28 avril 2004, pourvois n° 02-14.373 et 02-14.512)

L'expérience des dossiers et de la jurisprudence nous conduit cependant à constater que bien souvent, l'usage de la marque n'est pas validé par le juge car le montage technique du dossier n'a pas permis de respecter le formalisme minimum exigé.

- sur les règles de preuve

L'article L. 714-5 précise que : *« La preuve de l'exploitation incombe au propriétaire de la marque dont la déchéance est demandée. Elle peut être apportée par tous moyens. »*

Il est dès lors possible, pour le titulaire de la marque, de rapporter la preuve de son exploitation par toute facture, document publicitaire, articles de presse, relevé comptable, spécimens de vente ou toute autre pièce justifiant d'une telle exploitation. Encore faut-il que de telles pièces établissent la date, l'identification précise des marques, le territoire de vente et la quantité vendue.

Plusieurs marques communautaires ABERCROMBIE détenues par la société américaine A&F Trademark Inc. sont tombées sous le coup de la déchéance pour défaut d'exploitation car les factures présentées ne comportaient pas clairement la mention de chacune des marques enregistrées (CA Paris, 17 septembre 2010, RG n°09/10031).

A noter également que la simple production d'un contrat de licence ou de distribution portant sur la marque dont l'usage est contesté ne suffit pas à échapper à la déchéance.

Le titulaire de la marque SAINT-CLAIR a ainsi vainement essayé de sauver sa marque mais le juge a énoncé que l'usage de cette marque n'était pas établi *« lorsqu'il n'est pas justifié de la mise à la disposition de la clientèle des produits ou services couverts par la marque de sorte que la conclusion d'un contrat de licence ne saurait être regardée comme constituant un acte d'exploitation de la marque »* (CA Paris, 3 novembre 2010, RG n° 08/24188).

Le juge ne se contente pour autant pas de ce premier formalisme.

Pour que l'usage puisse être validé, encore faut-il que la marque, telle qu'elle est exploitée, le soit sous la forme présentée dans son enregistrement.

- sur l'usage sous une forme modifiée

Le code de la propriété intellectuelle édicte qu'*« est assimilé à un (usage sérieux) : (...) b) L'usage de la marque sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif ; (...) »*

Même si cette question peut paraître technique ou anodine, son importance doit être bien mesurée par les titulaires de marques : en clair, si une marque enregistrée (par exemple avec un logo ou un stylisme particulier), comme c'est le cas dans la vie d'une marque évolutive, vient à être « reloukée », modernisée, retouchée ou complétée par des ajouts, elle doit potentiellement être redéposée sous sa forme actualisée ; les preuves de son

usage peuvent en effet être considérées comme non-valables pour maintenir l'enregistrement premier en vigueur.

Or, l'altération ou non du caractère distinctif de la marque est à la seule appréciation du juge du fond.

Le Groupe Lactalis a ainsi démontré avec succès que la forme modifiée de sa marque semi-figurative « PAYSANS NORMANDS » ne remettait pas en question la validité de cette marque dès lors que cette marque, composée d'une « *ovale divisée en deux parties entre lesquelles figure la dénomination « PAYSANS NORMANDS »* » et que cette dernière dénomination constitue indépendamment du graphisme l'élément distinctif des deux marques, de sorte que l'exploitation de l'une vaut exploitation pour l'autre » (CA Paris, 10 octobre 2001, RG n° 99/16447).

Dans le même sens, dans une affaire opposant H & M à Louis Vuitton Malletier, la marque figurative de Louis Vuitton, évocatrice d'un fermoir dont les pourtours de la partie supérieure épousent la forme d'un triangle inversé ou de la lettre « V » pour désigner notamment des sacs à mains, trousse de voyage et portefeuilles, a échappé à la déchéance demandée reconventionnellement par H&M, malgré son exploitation sous une forme modifiée.

Le juge a ainsi estimé que la diffusion de visuels qui mettent en valeur ce qui constitue l'aspect distinctif de la marque (configuration de la partie supérieure du morillon et du palastre, positionnement et mise en exergue des rivets), à ceci près qu'à la différence du signe déposé, celui exploité présente un aspect gaufré et non pas lisse et brillant, est de nature à valider la marque enregistrée (CA Paris, 20 mai 2011, RG n° 10/10756).

A contrario, dans le conflit qui opposait une marque BRIDGE à une marque semi-figurative BAINBRIDGE devant les instances communautaires, la Cour de Justice de l'Union Européenne a confirmé la position du Tribunal de Première Instance des Communautés Européenne selon laquelle l'exploitation sous la forme « THE BRIDGE » revendiquée par le titulaire de la marque « BRIDGE » ne saurait faire échapper cette dernière à la déchéance.

L'on ne peut que déplorer ici l'erreur stratégique du détenteur de la marque BRIDGE qui, sans s'être préoccupé de l'état de l'usage de sa marque, a formé opposition contre la marque BAINBRIDGE et s'est retrouvé dans la situation de l'arroseur arro-

sé, les défendeurs s'étant saisis de l'occasion pour attaquer la marque première en déchéance (TPI, 23 février 2006, Aff. T-194/03). La seule échappatoire possible, lorsque l'on subit une action en déchéance et que la marque attaquée ne peut valablement justifier d'une quelconque exploitation, reste « le juste motif » prévu à l'article L. 714-5 précité.

- sur le « juste motif »

Les critères dégagés par la jurisprudence sont très restrictifs pour reconnaître l'excuse valable qui ferait échapper le titulaire de la marque à la déchéance pour défaut d'usage. Ainsi, dans une action en déchéance déclenchée contre la marque LES CHATS SAUVAGES (Dick Rivers), le juge a rejeté la qualification de « juste motif » au conflit qui existait entre les deux co-proprétaires de la marque et qui empêchait prétendument l'exploitation de cette dernière (CA Paris, 28 février 2003, RG n°01/20966).

En la matière, les motifs les plus couramment admis sont, à titre d'exemples :

- la menace ou l'existence d'une action en contrefaçon sur l'objet de la marque attaquée en déchéance ; dans ce cas, il paraît évident que la continuation d'une exploitation augmenterait le préjudice et le montant des dommages intérêts réclamés au titulaire de la marque et que, partant, la mise en « stand-by » d'une telle exploitation est totalement justifiée ;
- pour les marques pharmaceutiques, l'attente d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament.

EN CONCLUSION

Pour sauvegarder leurs marques, il est indispensable aux titulaires d'avoir une stratégie globale d'exploitation, une conscience de la technicité de la question (nous n'avons pas traité ici les points particulièrement techniques tels que le calcul du délai d'usage, l'obligation dans certains pays d'avoir un contrat de licence inscrit, etc.) et de tenir compte du risque de se faire attaquer soi-même en déchéance lorsque l'on agit en contrefaçon.

Ladan KHAKSAR
Juriste Propriété Industrielle
INLEX

De l'utilité de la clause « e-réputation »

On le sait, l'image d'une enseigne est constituée de l'image qu'elle veut donner d'elle-même et de celle que le public lui donne ; cette seconde composante relève de la réputation. Or, pour se faire une idée d'une enseigne, de ses performances, de son positionnement, de la qualité de ses produits ou services, de ses perspectives de développement, la donne a changé : il suffit désormais à chacun de taper le nom de l'enseigne, et/ou de ses dirigeants, dans un moteur de recherche sur Internet. Cette démarche est devenue un réflexe naturel, qui dépasse le simple phénomène de mode. Chacun prend donc progressivement conscience de l'importance accrue de ce qu'il est convenu d'appeler l'« e-réputation ».

■ Définition de l'« e-réputation »

L'e-réputation est composée des informations que l'on trouvera sur une entreprise ou un individu sur Internet ; c'est-à-dire :

- la qualité et la variété des informations disponibles, qui n'ont plus pour seule origine les moyens de communication mis en œuvre par une entreprise ;
- le contenu des messages et avis disponibles en ligne sur les réseaux sociaux (tels que Facebook, Twitter, etc.) et/ou les sites participatifs (tels que YouTube, MySpace, etc.) et/ou dans des espaces privés ou accessibles au public (blogs, sites, etc.) ;
- la cohérence de l'image « numérique ».

■ Comment développer son « e-réputation » ?

Pour synthétiser ce sujet en quelques points, retenir qu'il convient notamment :

- de développer, cultiver, actualiser son image en ligne, la faire vivre et la promouvoir en exploitant tous les espaces de communication sur Internet ;
- de surveiller ce qui se dit sur l'enseigne grâce à une veille efficace et de réagir rapidement en cas de problème.

Le phénomène prend une telle ampleur que certaines agences de communication se sont spécialisées dans cette activité.

Ces experts permettent d'avoir une vision globale de l'e-réputation au moyen d'outils de veille et réalisent parfois un accompagnement adapté, l'objectif étant de lutter efficacement contre toutes formes d'attaques : dénigrement, diffamation, atteinte ou détournement de la marque, rumeurs, critiques diverses, etc.

■ Qu'est-ce que la clause « e-réputation » ?

Cette clause, que nous préconisons de longue date sous différentes formes dans tous types de contrats de distribution, a pour vocation d'encadrer la répartition des rôles entre la tête de réseau et ses partenaires distributeurs (affiliés, franchisés, master franchisés, partenaires sous joint venture, etc.), ainsi contractuellement associés à la défense des éléments touchant à la réputation de la tête de réseau ou de l'enseigne.

Ce type de clause prévoit une obligation pour le partenaire d'informer la tête de réseau de toute atteinte à la réputation, la marque, le concept dont il aurait connaissance et qui, en particulier, se rencontrerait dans la zone qu'il exploite (par exemple, une série de critiques ou d'attaques de concurrents concernant des magasins en particulier). Elle peut être complétée par une obligation d'assistance du distributeur local dans le cadre de l'action que la tête de réseau déciderait d'intenter à l'encontre du tiers malveillant.

Il est aussi conseillé de prévoir que, face à d'éventuelles critiques ou remarques négatives portées sur le magasin par des consommateurs (*environ 60% des internautes vérifieraient la réputation d'une entreprise et de ses produits sur Internet avant d'acheter, probablement davantage dans certains secteurs tels que l'hôtellerie ou la restauration*), le distributeur fera ses meilleurs efforts pour apporter systématiquement, dans les plus brefs délais, une réponse circonstanciée, et indiquer à la tête de réseau les mesures correctives ainsi apportées.

L'impact des nouveaux médias, la réactivité qu'ils imposent et le rôle actif que jouent les internautes sont tels qu'il est devenu indispensable de sensibiliser et d'associer tous ces partenaires aux enjeux liés à l'e-réputation. La clause que nous préconisons répond à cette nécessité.

DROIT DE LA FRANCHISE

T. com. Paris, 24 février 2012, R.G. n°09/02275, inédit
Sanction de l'utilisation fautive des signes distinctifs par le concessionnaire

Dans cette espèce, les faits étaient classiques, ce qui donne à la décision rendue une portée d'ordre général : le concédant et le concessionnaire avaient retenu une interprétation divergente d'un avenant relatif à la durée du contrat de concession les liant ; le premier considérait le contrat arrivé à son terme, tandis que le second affirmait (en dépit des termes clairs de la clause considérée) que ce contrat était toujours en cours d'exécution, dans le but de justifier son droit à continuer d'utiliser les signes distinctifs de l'enseigne.

Cette divergence de vue devait conduire au contentieux puisque le concessionnaire continuait d'utiliser les signes distinctifs bien qu'il ait refusé de signer le nouveau contrat que le concédant lui avait proposé de régulariser.

On ne reviendra pas sur l'analyse de la clause, mais sur la motivation adoptée par le Tribunal et la sanction retenue à l'encontre du concessionnaire.

Pour ce qui concerne la motivation de cette décision, le Tribunal retient : « *Attendu que le contrat est arrivé à terme le 30 juin 2009 ; que la demanderesse justifie avoir proposé (au concessionnaire) un nouveau contrat auquel cette dernière n'a pas donné suite ; que si cette décision lui appartenait librement elle ne pouvait plus dès lors poursuivre son activité commerciale sous l'enseigne (du concédant) et ne disposait effectivement plus du droit d'en utiliser les signes distinctifs ;*

Attendu que l'usage de l'enseigne, du logo, du nom commercial, du nom de domaine et des agencements au nom (du concédant), par (le concessionnaire), constitue un acte de concurrence déloyale à l'égard de la demanderesse par le risque de confusion généré dans l'esprit de la clientèle qui continue à croire que (la société concessionnaire) serait toujours affiliée au réseau (du concédant) ; que celle-ci en capte donc indûment la clientèle outre le préjudice moral qui s'en infère nécessairement ;

Le tribunal dira que (le concessionnaire) a bien engagé sa responsabilité en se rendant coupable d'actes de concurrence déloyale à l'égard (du concédant) ».

Le tribunal ajoute opportunément que les agissements consistant à faire usage des signes distinctifs du réseau alors que les dispositions contractuelles étaient échues, sont constitutifs de concurrence déloyale à l'égard du concédant et causent au concédant un « *préjudice matériel et moral* ».

Pour ce qui concerne la sanction retenue à l'encontre du concessionnaire, le Tribunal retient successivement la condamnation du concessionnaire :

- pour le passé : au paiement de dommages-intérêts, en l'espèce d'un montant de plus de 90.000 € ; le montant de la condamnation ainsi prononcée correspond au « manque à gagner », soit le montant de la redevance mensuelle moyenne jusqu'alors assez faible (de l'ordre de 3.000 € HT), multiplié par la période (vingt mois et vingt-cinq jours) durant laquelle le concessionnaire avait utilisé en l'espèce les signes distinctifs postérieurement à la survenance du terme du contrat ;
- pour l'avenir : au paiement d'une astreinte, en l'espèce d'un montant de 500 € par jour de retard, tendant à interdire au concessionnaire d'utiliser tous les signes distinctifs de l'enseigne. Ainsi, le jugement commenté fait interdiction au concessionnaire, sous astreinte, d'utiliser notamment le nom commercial de l'enseigne et la marque du concédant, sur tout support et notamment sur son papier à entête et sur l'ensemble de ses documents publicitaires et commerciaux (notamment cartes de visite, tract, etc.), sur les Pages Jaunes, le site internet du concessionnaire et, plus généralement, sur tout site internet, ainsi qu'au registre du commerce et des sociétés.

Les principes évoqués par cette décision sont importants. La décision commentée (rendue en matière de concession, mais parfaitement transposable aux autres types de réseaux) témoigne incontestablement de l'importance des signes distinctifs dans le développement des enseignes organisées en réseau.

Cass. com., 21 février 2012, pourvoi n°11-13.653 (publié au Bulletin)
Obligation précontractuelle d'information et cession de contrat

Aux termes de l'article L. 330-3 du code de commerce, toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

Dans l'affaire commentée, un fonds de commerce de négoce de bateaux et matériels nautiques avait été cédé à une société ; le cédant avait conclu un contrat de concession avec une société qui, par un avenant à ce contrat de concession, avait agréé la société cessionnaire en qualité de nouveau concessionnaire au lieu et place du cédant sans pour autant lui transmettre les informations prévues par les articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce.

Invoquant que le concédant n'avait pas respecté l'obligation précontractuelle d'information prévue par l'article L. 330-3 précité, la société cessionnaire l'avait fait assigner en paiement de dommages-intérêts.

Pour rejeter cette demande, un arrêt passé presque inaperçu (CA Poitiers, 11 janvier 2011, RG n°08/03425, Juris-Data n°2011-015457) avait retenu que l'obligation d'information précontractuelle, édictée par l'article L. 330-3 du code de commerce, s'impose au concédant avant la conclusion du contrat de concession, et « *non lors d'une cession d'un contrat en cours entre concédants prédécesseur et successeur* ».

Le pourvoi formé contre cette décision faisait notamment valoir que le concédant a le devoir d'informer le concessionnaire substitué sur les conditions de la concession, en particulier sur l'état du réseau qu'il s'appropriait à rejoindre, et qu'en disant que le concédant n'avait aucune obligation d'information à l'égard du concessionnaire substitué, aux motifs de ce qu'il n'y avait pas « conclusion » d'un nouveau contrat de concession mais « cession » de ce contrat, la Cour d'appel de Poitiers avait donc violé ensemble l'article 1134 du code civil, et les articles L.330-3 et R.330-1 5° du code de commerce.

Il faut dire que la question méritait réflexion dans la mesure où l'article L. 330-3 précité vise la seule « conclusion » du contrat, donnant ainsi à penser que l'application de ce texte à la cession du contrat serait *contra legem*.

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la cour de cassation, dont il faut souligner qu'il a été publié au Bulletin, se singularise par la grande netteté de son attendu de principe, rendu au visa de l'article L. 330-3 précité, selon lequel : « *en statuant ainsi, alors que le concédant avait agréé la société cessionnaire en qualité de nouveau concessionnaire et qu'une telle modification du contrat initial imposait que le concédant fournisse à son nouveau cocontractant les informations lui permettant de s'engager en connaissance de cause à exécuter le contrat de concession, la cour d'appel a violé le texte précité* ».

Ce faisant, cet arrêt de principe est à mettre en perspective avec la jurisprudence antérieure rendue en la matière. Par un arrêt du 7 janvier 2004, la chambre commerciale avait déjà laissé augurer que le franchiseur devait, en cas de cession par le franchisé de son contrat, fournir un document d'information précontractuelle conforme aux prescriptions des articles L.330-3 et R.330-1 du code de commerce (Cass. com., 7 janvier 2004, pourvoi n°02-12.366, Let. distrib. février 2004). Pour autant, cet arrêt était demeuré inaperçu et une jurisprudence postérieure ne l'avait d'ailleurs pas suivie, cette dernière ayant considéré qu'en pareil cas, il incombait au franchisé cédant de donner au concessionnaire les informations suffisantes pour qu'il contracte en connaissance de cause et, donc, de se conformer aux exigences de l'article L. 330-3 du code de commerce (CA Metz, 23 septembre 2008, Juris-Data n°2008-371948).

L'arrêt commenté est également à rapprocher d'une autre décision – bien connue – rendue par la Cour de cassation (Cass. com., 14 janv. 2003, pourvoi n°00-11.781, Juris-Data n°2003-017359, Lettre distrib. mars 2003, p. 1 ; RTD civ., 2003, p. 497, obs. J. Mestre et B. Fages) ayant imposé le respect des prescriptions légales en cas de formation d'un nouveau contrat par suite de la tacite reconduction du premier. Le franchiseur devra notamment veiller à informer le franchisé quant aux modifications éventuelles de l'état du marché local et de la situation du réseau, qui sont les plus évolutives.

CA Versailles, 14 février 2012, R.G. n°10/08678**Cession fautive du fonds de commerce et sanction du tiers complice**

Dans cette affaire, un franchiseur spécialisé dans la livraison de pizzas à domicile reprochait à l'un de ses franchisés d'avoir violé le contrat de franchise qui prévoyait (comme bien souvent) à son profit un droit d'agrément et un droit de préemption en cas de cession du fonds de commerce.

En l'espèce, le franchisé n'avait pas permis au franchiseur d'être en mesure d'exercer son droit de préemption ni de donner son éventuel agrément du cessionnaire, dès lors que le fonds avait été cédé sans que le projet de cession intervenu entre le franchisé et le tiers cessionnaire n'ait été communiqué au franchiseur, contrairement aux prévisions du contrat de franchise.

De ce fait, le franchisé, ayant ainsi provoqué la rupture du contrat de franchise au préjudice du franchiseur, devait être condamné à lui payer une somme égale aux royalties qui auraient dû lui être réglées si le contrat de franchise avait été exécuté jusqu'à son terme.

De son côté, le cessionnaire du fonds faisait valoir sa qualité de tiers au contrat de franchise et soutenait que le non respect par le franchisé de ses obligations contractuelles ne pouvait donc lui être reproché.

Il ajoutait, au surplus, qu'il n'était nullement démontré à son encontre une intention malveillante qui puisse permettre de retenir une complicité justifiant sa condamnation à des dommages et intérêts.

La Cour d'appel de Versailles retient que le tiers cessionnaire du fonds de commerce ne pouvait ignorer l'existence du contrat de franchise dès lors qu'en l'espèce il était précisé dans l'acte de cession que le représentant du cessionnaire reconnaissait avoir pris connaissance des informations qui lui avaient été communiquées par le franchiseur au travers du document d'information précontractuelle ; de même, il ressortait des échanges de mails que le tiers cessionnaire avait pris connaissance de l'ensemble du document d'informations précontractuel.

Ce faisant, en acquérant le fonds de commerce du franchisé et en déclarant dans l'acte de cession qu'il cesserait d'exploiter ce fonds sous l'enseigne du franchiseur, le tiers cessionnaire avait nécessairement conscience de concourir à la résiliation du contrat de franchise au préjudice au franchiseur.

Le tiers complice est condamné *in solidum* avec le franchisé fautif.

CA Rennes, 17 janvier 2012, R.G. n°10/07801**Conditions de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle**

La clause de non-concurrence insérée dans un contrat de franchise, ultérieurement résilié, était rédigée de la façon suivante : « *Le Franchisé s'interdit d'ores et déjà et expressément de concurrencer la Société, directement ou indirectement, fût-ce comme salarié, pendant une durée de un an à l'intérieur du périmètre réservé tant par lui-même qu'avec le concours d'une firme concurrente* ». En l'occurrence, le périmètre réservé était la commune de Juvisy-sur-Orge dans l'Essonne.

La Cour d'appel de Rennes retient opportunément que la validité d'une clause de non-concurrence doit s'apprécier au jour de la « conclusion » du contrat et donc indépendamment des conditions d'exécution et de rupture de celui-ci, ce qui suppose, d'une part, qu'elle soit limitée dans l'espace et dans le temps et, d'autre part, qu'elle soit proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur au regard de l'objet du contrat.

Or, il n'était pas discutable (et pas même discuté), que le franchiseur bénéficiait d'un savoir-faire caractérisé, dont la mise à disposition constituait l'objet même du contrat de franchise et dont la protection constituait dès lors un intérêt légitime. A cet égard, l'arrêt commenté retient que l'existence d'une clause de non-concurrence est de nature à faciliter la préservation de ce savoir-faire à l'issue du contrat.

Aussi, souligne la Cour d'appel de Rennes, au moment de la conclusion du contrat de franchise, l'insertion d'une clause de non-concurrence d'une durée limitée à un an, sur un ressort géographique correspondant à la zone d'exclusivité concédée, ne revêt pas *a priori* un caractère disproportionné à l'objet du contrat, d'autant qu'elle n'interdit pas à l'ancien franchisé l'exercice de sa profession, mais le contraint seulement, au moins temporairement, à déplacer le siège de son activité.

CONCURRENCE / DISTRIBUTION

CA Paris, 2 février 2012, R.G. n°09/22350

Accords de partenariat et rémunérations manifestement disproportionnées

Dans le cadre d'une enquête nationale portant sur les conditions de mise en œuvre de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, ainsi que des autres dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce, la DGCCRF avait examiné les contrats conclus pour l'exercice 2006 entre les groupes de la grande distribution et leurs fournisseurs. Dans le cadre de cette enquête, les enquêteurs avaient examiné les « accords de partenariat » conclus entre le groupe Carrefour et seize de ses fournisseurs, et plus particulièrement les accords relatifs aux « services distincts » de ceux visant à favoriser la commercialisation des produits des fournisseurs, suivant la classification posée par l'article L. 441-7 du code de commerce.

Selon le ministre de l'économie et des finances, le groupe Carrefour avait bénéficié de rémunérations manifestement disproportionnées eu égard à la valeur des services rendus, voire ne correspondant à aucun véritable service (*le ministre chargé de l'économie dispose en effet d'une action autonome de protection du marché et de la concurrence qui vise à sanctionner de façon suffisamment dissuasive la commission de pratiques abusives portant atteinte à la loyauté des relations commerciales au détriment de l'un des partenaires commerciaux*). La DGCCRF avait donc assigné la SAS Carrefour Hypermarchés devant le tribunal de commerce d'Evry, qui l'avait condamnée au paiement d'une amende civile de 2 millions d'euros, sans pour autant annuler les clauses litigieuses ni ordonner la restitution des sommes indûment perçues.

Ce faisant, la Cour d'appel de Paris confirme tout d'abord le jugement déféré en ce qu'il :

- a jugé que la SAS Carrefour Hypermarchés avait obtenu en application des accords de partenariat conclus avec certains de ses fournisseurs des rémunérations manifestement disproportionnées au regard des services rendus, ou ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu, au sens de l'article L. 442-6 I 1° du Code de commerce,
- a condamné la SAS Carrefour Hypermarchés au paiement d'une amende civile d'un montant de 2 millions d'euros.

Puis, ajoutant au jugement déféré, la Cour d'appel de Paris prononce la nullité des clauses fixant la rémunération pour les seize fournisseurs des services litigieux, et ordonne en conséquence la répétition de l'indu, par le paiement entre les mains du Trésor Public, appelé à les reverser aux fournisseurs concernés, des sommes indûment perçues au titre de ces contrats, pour un montant global de l'ordre de 17 millions d'euros.

Pour justifier cette condamnation, la Cour d'appel de Paris relève que si le trouble porté à l'ordre économique généré par ces pratiques doit être sanctionné par le versement d'une amende civile, « la réparation du trouble passe par la restitution aux fournisseurs des sommes indûment versées ».

Rappelons que le Conseil constitutionnel a confirmé il y a peu (Cons. constit., déc. n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, JO 13 mai 2011, p. 8400) la constitutionnalité de l'action du ministre chargé de l'économie (*dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*), qui peut demander que soit ordonnée la cessation des pratiques visées à l'article L. 442-6 du code de commerce, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile ainsi que la réparation des préjudices.

Ce dispositif légal s'est d'ailleurs considérablement renforcé depuis l'entrée en vigueur de la LME du 4 août 2008 (*dont les dispositions s'appliquent aux contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2009*).

En effet, outre qu'elle peut ordonner la cessation des pratiques commerciales abusives, constater la nullité des clauses ou contrats illicites, ordonner la répétition de l'indu, ordonner le paiement d'une amende civile égale au triple du montant des sommes indûment perçues (*alors qu'une telle amende était auparavant plafonnée à 2 millions d'euros*), la juridiction civile peut également ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise, voire ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Cass. com., 31 janvier 2012, pourvoi n°11-12.899

Notion de relation commerciale « établie » et succession de contrats à durée déterminée

Dans cette affaire, un diffuseur, qui éditait une chaîne de télévision, avait confié la production d'émissions à deux sociétés et avait notifié aux producteurs que les émissions ne seraient plus diffusées lors de la prochaine saison, en raison d'une chute des audiences et des difficultés rencontrées par la chaîne. Soutenant être victimes d'une rupture brutale d'une « relation commerciale établie », les producteurs avaient poursuivi le diffuseur en dommages-intérêts.

En substance, ceux-ci faisaient valoir au soutien de leur action que lorsque l'exécution du contrat est saisonnière, la rupture ne peut être notifiée en fin de saison pour la saison suivante, sauf à priver le cocontractant de tout préavis effectif.

La juridiction du fond (CA Paris Pôle 5, chambre 5, 9 décembre 2010, inédit) décidait d'écarter cette demande au motif 1°) qu'à la date à laquelle la lettre de rupture avait été envoyée, les parties, comme à la fin de chaque saison audiovisuelle, n'étaient plus liées par un contrat, 2°) que l'activité de production était marquée par la précarité des relations commerciales liant les producteurs aux diffuseurs, 3°) et que les rapports en cause se singularisaient par une certaine « fragilité » compte tenu de l'impossibilité de prévoir l'audience que fera un programme et de la nécessité de rénover régulièrement la grille de diffusion pour la rendre attractive ; ce faisant, le juge du fond devait retenir que les usages propres à l'activité de production audiovisuelle justifiaient que les préavis appliqués puissent correspondre à la durée de la période séparant la fin d'une saison audiovisuelle du début de la saison suivante, cette période étant celle de la préparation des nouvelles grilles de programme et des négociations entre diffuseurs et producteurs.

Pour rejeter le pourvoi formé contre cet arrêt, la Cour de cassation retient :

« en l'état de ces constatations, la cour d'appel qui n'a pas qualifié la relation commerciale en cause de relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, a pu considérer comme satisfaisant aux intérêts des sociétés Paris modes le préavis qui leur avait été accordé dans le respect des usages propres à l'activité de production audiovisuelle ».

La décision commentée n'est pas sans rappeler l'arrêt de cassation rendu par la Haute juridiction (Cass. com., 18 mai 2010, pourvoi n°08-15.866 : Bull. civ. 2010, IV, n°89) qui, dans une situation voisine (*il s'agissait d'un producteur audiovisuel qui, depuis plusieurs années, réalisait des émissions pour une chaîne publique*), avait censuré la décision ayant accordé une indemnité en pareil cas pour n'avoir pas recherché, comme il lui avait été demandé, si, compte tenu de la nature de la prestation de conception et de réalisation de programmes télévisuels, le producteur pouvait « *légitimement s'attendre à une stabilité (...)* ».

Ce faisant, l'arrêt commenté conduit à un bref rappel des principes gouvernant la matière, en particulier au regard du caractère « établi » devant caractériser la relation commerciale envisagée à l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. Le caractère « établi » de la relation commerciale prévue à l'article L. 442-6, I, 5° précité fait généralement l'objet d'une approche concrète mais extensive en jurisprudence. Ce caractère « établi » peut être reconnu dans des hypothèses où la relation commerciale apparaît ponctuellement au cours d'une année, dès lors qu'elle se renouvelle régulièrement. Ainsi, en présence d'un négociant en vins, exposant régulièrement sur un salon professionnel, qui s'était vu refuser sa demande de réservation d'un stand, les juges du fond avaient pu retenir le caractère « établi » de ladite relation commerciale, qui ressortait selon eux de la régularité, du caractère significatif et de la stabilité de la relation considérée (Cass. com. 15 sept. 2009, pourvoi n°08-19.200). De même, la chambre commerciale de la Cour de cassation a-t-elle admis que les relations commerciales étaient « *établies* » dans une espèce où des sociétés italiennes avaient collaboré avec un candidat pendant dix-sept mois, pour un éventuel contrat d'agent commercial. Pendant cette période (relativement courte), elles avaient occasionnellement présenté leur partenaire comme leur « agent », de sorte que celui-ci avait pu légitimement penser que les relations allaient « continuer » (Cass. com., 5 mai 2009, pourvoi n°08-11.916).

Au vu de ce qui précède, sans doute serait-il parfois opportun – pour éviter le « piège » de l'article L. 442-6, I, 5° précité – de souligner tout au long de la relation avec un fournisseur le caractère précaire de ladite relation ...

DROIT DES MARQUES

Cass. com., 14 février 2012, pourvoi n°10-30.872

Illustration de la sanction du dépôt frauduleux de marque en matière de franchise

On ne recommande jamais assez de déposer à titre de marque les signes utilisés par l'entreprise dès lors qu'ils répondent aux conditions de validité du droit des marques. L'enregistrement de la marque confère en effet à son titulaire un droit privatif sur le signe permettant de se défendre efficacement et d'agir en contrefaçon à l'encontre de ceux qui empièteraient sur le domaine ainsi réservé.

Toutefois, celui qui n'a pas pris cette précaution n'est pas pour autant totalement démuné ; le cas se rencontre lorsqu'un tiers le prend de vitesse et, ayant eu vent des intentions de dépôt sur un signe, procède à ce dépôt le premier.

Le code de la propriété intellectuelle réserve en effet l'hypothèse du dépôt frauduleux ; l'article L.712-6 dispose ainsi : « *Si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur la marque peut revendiquer sa propriété en justice. A moins que le déposant ne soit de mauvaise foi, l'action en revendication se prescrit par trois ans* ».

Dans cette affaire, la tête de réseau avait informé les franchisés de ses projets de développement d'une autre marque. Or, elle n'avait pas pris la précaution de procéder immédiatement au dépôt de ladite marque et ce, avant toute communication sur ses projets. Cette faiblesse n'avait pas échappé à certains « indéclicats ». En effet, l'époux de la gérante d'une société franchisée (dont le contrat fut résilié) décidait de déposer une marque quasi identique, ne se distinguant que par une seule lettre, puis développait un réseau concurrent, en l'espèce de services de coiffure, empruntant en outre les mêmes méthodes commerciales.

La tête de réseau assignait alors le déposant, ainsi que les membres de son jeune réseau, au rang desquels figuraient la société également anciennement membre de son réseau ainsi que sa gérante, épouse de l'entrepreneur indéclicat, pour revendiquer la marque frauduleusement déposée et obtenir réparation du préjudice subi du fait des actes de concurrence déloyale commis à son encontre.

Le pourvoi reprochait à l'arrêt d'avoir retenu l'existence d'un dépôt frauduleux et d'avoir ordonné la « restitution » de la marque, sans que la preuve de l'existence d'intérêts sciemment méconnus ne soit rapportée. Selon le pourvoi, en effet, le simple travail sur une marque, sans utilisation publique ou preuve d'un projet certain de dépôt, ne pouvait constituer un intérêt protégeable, tout tiers pouvant avoir un projet identique. Or, la Cour souligne que l'action en revendication pour fraude ne nécessite pas la preuve d'une utilisation publique antérieure mais celle d'intérêts légitimes sciemment méconnus par le déposant. En l'espèce, une telle preuve était rapportée dès lors que le dépôt litigieux, rapide et précipité, avait été effectué par celui qui avait connaissance de la marque en cours de création.

Il s'agit d'une application justifiée du texte dans la mesure où l'action en revendication ne nécessite pas de pouvoir justifier de droits antérieurs, ceux-là mêmes qui permettent notamment de demander la nullité d'un dépôt. En effet, l'action en revendication pour fraude se distingue de l'action en nullité fondée sur des droits antérieurs énumérés à l'article L.711-4 du code de la propriété intellectuelle. Il convient toutefois de rapporter la preuve de la violation d'intérêts légitimes (lesquels résident le plus souvent, mais pas seulement, dans l'utilisation du signe), méconnus sciemment. Cette condition implique une intention maligne, condition supplémentaire que la jurisprudence induit parfois de la connaissance des intérêts méconnus.

Les demandes fondées sur la concurrence déloyale et parasitaire sont également accueillies par la Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation.

Après avoir relevé que les juges s'étaient fondés sur des faits distincts de ceux constitutifs de manquements contractuels (ayant par ailleurs justifié la résiliation du contrat de franchise), elle considère que la confusion créée dans l'esprit de la clientèle ainsi que le détournement des investissements et du savoir-faire sont établis ; les anciens membres de son réseau ayant activement contribué à cet état de fait notamment en permettant l'utilisation des tableaux de tarifs promotionnels.

Cass. com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-14.317
Déchéance de la marque : appréciation de l'usage sérieux

Selon l'article L.714-5 du code de la propriété intellectuelle, le titulaire de la marque encourt la déchéance de ses droits lorsqu'il n'en fait pas un usage sérieux pendant une période ininterrompue de cinq ans précédant la demande de déchéance. La décision commentée nous permet de revenir sur les conditions de l'usage sérieux attendu du titulaire de la marque pour le maintien de ses droits.

Dans cette affaire, une société exploitait depuis plusieurs années un signe, apposé sur ses produits (des chaussures), pour désigner son point de vente. Elle assignait en déchéance de marques la société qui avait procédé au dépôt de ce même signe, seul et accompagné des termes « chausseur » et « chaussures » ; parallèlement elle était assignée en concurrence déloyale, et les deux procédures étaient jointes. La cour d'appel rejetait la demande de déchéance en considérant qu'un usage des marques était justifié dans les mois précédant la demande de déchéance, notamment à titre d'enseigne et dans une adresse internet, et faisait interdiction d'usage de ce signe (appréciation censurée dans cet arrêt mais sur laquelle nous ne reviendrons pas dans ce commentaire).

Rappelant, au visa de l'article L.714-5 du CPI, qu'une marque fait l'objet d'un usage sérieux lorsqu'elle est utilisée conformément à sa fonction essentielle qui est de garantir l'identité d'origine des produits ou des services pour lesquels elle a été enregistrée, la Haute juridiction casse l'arrêt. En effet, les juges du fond avaient retenu l'usage sérieux sur la base de l'usage des signes à titre d'enseigne et dans une adresse internet. Or, selon la Cour de cassation, cela ne constituait pas un usage pour désigner des produits et services, c'est-à-dire un usage à titre de marque et, par conséquent, il ne permettait pas d'échapper à la déchéance. En outre, la Cour de cassation considère que les juges du second degré n'ont pas porté une appréciation sur chacune des marques visées par la demande de déchéance, pour constater que chacun de ces signes avait fait l'objet d'un usage ininterrompu pendant une période de cinq années avant ladite demande. C'est ici l'occasion de rappeler que tout usage n'est pas de nature à permettre le maintien des droits sur la marque : il doit s'agir d'un usage à titre de marque, ce qui implique qu'elle soit utilisée pour désigner les produits et services commercialisés.

CA Paris, 4 janvier 2012, R.G. n°10/05115, inédit
Une exception au droit sur la marque parfois bien gênante

Une tête de réseau constatant l'usage à titre de nom commercial, enseigne, dénomination sociale, d'un signe similaire aux marques dont elle était titulaire engageait une action en contrefaçon afin de faire cesser cet usage, après avoir vainement recherché une solution. Elle était devenue titulaire desdites marques pour en avoir fait l'acquisition suite à la liquidation judiciaire de leur ancien titulaire qui exploitait des établissements hôteliers.

Après avoir rappelé les termes de l'article L. 713-6 a) du code de la propriété intellectuelle selon lequel le titulaire d'une marque ne peut interdire l'utilisation du signe comme dénomination sociale, nom commercial, enseigne lorsque cette utilisation est antérieure à l'enregistrement, la Cour d'appel de Paris rejette la demande de contrefaçon.

Un examen attentif des pièces versées aux débats démontrait en effet que cet usage était bien antérieur au dépôt de la marque fondant la demande.

La Cour d'appel de Paris rejette également la demande d'interdiction d'usage fondée sur le dernier alinéa du même texte, permettant au juge de prendre des mesures d'interdiction ou de limitations. A cette fin, la demanderesse faisait valoir que ledit usage laissait à penser que la société était membre de son réseau, ce qui créait un obstacle au développement dudit réseau dans la région concernée. Or, au vu de l'espèce, rien ne justifiait une interdiction : la défenderesse avait poursuivi l'exploitation de son établissement après la reprise de ceux de l'ancien titulaire de la marque par différents repreneurs, et elle était connue de ses clients et fournisseurs sous la dénomination critiquée utilisée depuis vingt ans. Le réseau devra donc supporter l'exploitation d'une enseigne similaire. En revanche, la demande de transfert de nom de domaine est accueillie, seulement pour celui qui était uniquement composé de la marque, dans la mesure où il n'était plus associé à l'exploitation de l'établissement.

INTERNATIONAL

Rapport « *Franchise business economic outlook* » : Vers de nouveaux marchés pour les franchiseurs

En franchise, les pays les plus souvent investis par les réseaux français se trouvent essentiellement en Europe. Mais dans une économie ouverte sur la mondialisation, les réseaux français ont aussi une carte à jouer dans les pays émergents comme le Brésil, l'Inde et les pays d'Asie.

- aux Etats-Unis, la croissance est fragile mais elle est soutenue néanmoins par l'accélération du rythme de créations d'emplois (243.000 en janvier 2012 selon le département du travail américain – baisse pour le 5ème mois d'affilé du chômage ramené à 8,3 %) ;
- la Chine quant à elle connaît un ralentissement du fait des turbulences que vit actuellement la zone euro, ce qui influence à la baisse les cours des matières premières en Amérique Latine ;
- sans compter l'agitation politique au Moyen-Orient avec les conséquences notamment sur le cours du pétrole et donc sur les économies.

Dans un tel contexte, il est légitime de s'interroger sur les perspectives pour le développement, à l'international, du secteur de la franchise.

Les investissements directs français à l'étranger se montent en 2011 à 12,9 Md€, dont 6,3 Md€ de bénéfiques réinvestis (estimés) et 4,9 Md€ de prêts intragroupes.

En 2011, et pour la première fois, l'Europe est devenue la destination prioritaire des investissements chinois à l'étranger. L'Europe a ainsi attiré 10 Md USD, soit 34 % des fusions/acquisitions étrangères chinoises en 2011, devant l'Asie (27 %) et l'Amérique du Nord (21 %). Autre nouveauté, les Chinois s'intéressent désormais aux marques, un des éléments fondamentaux d'une franchise.

L'intérêt est réciproque puisque le commerce de biens de l'Union Européenne des 27 (« UE27 ») avec la Chine (hors Hong Kong) s'est accru de façon significative durant la dernière décennie. Les exportations de l'UE27 vers la Chine ont continuellement augmenté, passant de 26 Md € en 2000 à 113 Md € en 2010. Les données pour les dix premiers mois de 2011 font apparaître une croissance continue des échanges commerciaux de l'UE27 avec la Chine.

Les exportations de l'UE27 vers la Chine ont en effet augmenté de 21%, passant de 92 Md € sur les dix premiers mois de 2010 à 112 Md € sur les dix premiers mois de 2011.

Les données de la franchise

Europe - Les chiffres de septembre 2010 collectés par l'European Franchise Federation (EFF) montrent que plus de 11.700 enseignes opèrent en Europe. Un chiffre à rapporter aux 2.200 réseaux existants aux Etats Unis, aux 4.000 (4.500 selon le ministère chinois du commerce) en Chine, aux 1.200 au Canada, aux 1.600 (1.855 selon la fédération brésilienne de la franchise) au Brésil, aux 1.000 en Australie, et aux 1.800 en Inde (1.150 selon UbiFrance).

En 2011, la France comptait 1.569 réseaux d'enseignes, pour un chiffre d'affaires d'un peu plus de 49 milliards d'euros et 62.000 franchisés. La France a ainsi su développer ses propres réseaux à l'étranger dans la mesure où 30 % des enseignes françaises sont exportatrices (dont 24% principalement en Europe), alors qu'il n'existe que 15% de franchiseurs étrangers en France.

USA - IHS Global Insight, dans son rapport « Franchise Business Economic Outlook 2012 » du 19 décembre 2011, réalisé pour l'International Franchise Association – Educational Foundation, indique qu'après trois années difficiles, la franchise américaine montre des signes de reprise pour l'année 2012. L'IHS prévoit une croissance modeste quant au nombre d'unités franchisées (+1,9%), d'emplois dans le secteur de la franchise (+2,1%) et de contribution au PIB (+5% à 782 Md USD). Les services à la personne tels que les soins de santé et l'enseignement connaîtront la plus importante croissance de revenus en 2012 avec une croissance de près de 6.2%. Le secteur qui devrait connaître la plus forte croissance, en pourcentage, du nombre de franchisés, est celui de l'hébergement (hôtels et motels) avec 3,1%. La restauration rapide demeurera en 2012 le secteur le plus important en termes de revenus (201 Md USD), de nombre de franchisés (150.000), et d'emplois (3 millions).

En 2012, IHS prévoit que le chiffre d'affaires total, du secteur de la franchise aux USA, sera ventilé comme suit : restauration rapide 21 % ; services à la personne 14 %, hôtels 3 %, restauration classique 5 %, services commerciaux et résidentiels 8 % ; immobilier 12 %, vente au détail (produits et services) 13 %, vente au détail alimentaire 8 %, automobile 4 %.

Si les prévisions de croissance sont donc modestes pour 2012 dans le secteur de la franchise aux USA, ce qui s'explique peut être par la crise économique et la maturité du marché américain, berceau de la franchise, d'autres territoires sont en revanche en plein « boom ».

Chine – A fin 2010, des données du ministère chinois du Commerce montrent que la Chine comptait plus de 4.500 franchises enregistrées, se plaçant ainsi à la première place mondiale.

Ainsi que l'Ambassade de Chine en France le rapportait le 23 janvier 2012, le ministère chinois du Commerce a publié une directive aux termes de laquelle il s'est engagé à augmenter le nombre de points de vente franchisés, à étendre la portée des opérations et à standardiser le marché de la franchise en cinq ans, ainsi qu'à réviser et améliorer les règlements concernés pour standardiser la gestion du marché de la franchise (*cf. notre article sur la franchise en Chine ci-après*).

Inde – Autre pays où le potentiel de croissance est considérable. Le secteur de la franchise en Inde connaît une croissance annuelle très forte, de l'ordre de 25 à 30 %. Elle génère un chiffre d'affaires de 4 Md€ et devrait représenter près de 20 Md USD d'ici 2013.

L'éducation et la vente au détail constituent les deux secteurs les plus importants dans lesquels la franchise est fortement développée.

Brésil – L'association brésilienne de la franchise rapporte quant à elle que le nombre de réseaux est passé de 600 en 2001 à 1.855 en 2010 (+ 309 %), pour un chiffre d'affaires de 25.000 M R\$ (toujours en 2001) à 75.987 M R\$ (en 2010) soit une croissance de l'ordre de 300 %.

La perspective de croissance au Brésil pour 2012, soit 3 % devrait être soutenue notamment par la demande domestique d'un pays représentant 195 millions d'habitants (en 2010), et où 130 millions consomment !

Moyen-Orient – La zone du Moyen-Orient est qualifiée de « mine d'or » pour la franchise avec une croissance de 25 % par an. Les EAU, représentent l'un des marchés les plus intéressants de la région du Golfe.

Les produits français jouissent d'une excellente image de marque, Paris reste la capitale de la mode. Il en résulte que la quasi-totalité des marques internationales de prêt-à-porter sont distribuées soit dans des boutiques franchisées, soit dans des grands magasins multimarques. La majorité des magasins de mode sont du reste implantés sous forme de franchise (80 %).

Russie – Ubifrance constate que le marché de la franchise est également en plein boom en Russie avec un marché de la franchise qui serait évalué à 4,5 Mds USD en 2010 et près de 500 franchises en 2011, contre 150 en 2005 (soit + 333%).

La ventilation entre franchises russes et étrangères se présente comme suit : environ 60 % des franchises sont russes sur le marché pour 40 % de franchises étrangères.

La bonne nouvelle, est qu'il y a une demande forte pour les marques françaises, particulièrement dans le domaine des services, de la restauration, des articles pour enfants, de la décoration et de l'aménagement intérieur.

*** ** *

Conscients du potentiel de croissance lié au développement sur les marchés étrangers, environ 30 % des franchiseurs français déclarent envisager un développement à l'international au cours de 2012 et 2013.

Que ce soit notamment en Chine, en Inde ou au Brésil, il y a incontestablement des places à prendre avec une demande forte pour les biens de consommation et le savoir-faire français.

Une telle implantation ne pourra être couronnée de succès qu'à la condition de savoir adapter (sans dénaturer) son savoir-faire, aux particularités locales et notamment culturelles.

Le franchiseur devra alors s'assurer de la conservation des droits de propriété intellectuelle sur ces adaptations.

La Chine : premier pays du monde en nombre de franchiseurs et de magasins franchisés

La franchise connaît une évolution considérable en Chine depuis ces dix dernières années, en raison notamment de l'augmentation du niveau de vie de la population chinoise. La Chine devient désormais le premier pays du monde en termes de nombre de franchiseurs et de magasins franchisés.

Selon le « *Rapport de prévision et d'analyse d'investissement sur l'industrie de la franchise en Chine 2012-2016* » établi par le Centre de recherche du China Investissement Consulting, le secteur de franchise en Chine regroupait en 2010 plus de 4.500 franchiseurs et 400.000 points de vente, et couvrait plus de 70 activités commerciales notamment ceux de l'alimentation, de l'éducation, des hôtels économiques, des agences immobilières et de l'entretien d'automobiles. Les 120 réseaux les plus importants réalisaient un chiffre d'affaires de 53,76 milliards de dollars, soit une augmentation de 8,9% par rapport à l'année 2009. Le 4 janvier 2012, le Ministère du Commerce a indiqué, dans un « *Avis d'orientation relatif à la promotion du développement sain de la franchise commerciale pendant la période de "12ème quinquennat"* », qu'il est indispensable de former, dans les cinq prochaines années, des franchiseurs et des marques de forte notoriété disposant d'une grande potentialité, d'une forte capacité de gestion standardisée et d'une méthode d'exploitation crédible et loyale. Par conséquent, pour que les franchiseurs étrangers puissent profiter du marché chinois, celui-ci étant considéré comme un marché d'opportunités, il est intéressant pour eux de connaître l'évolution du droit chinois en matière de la franchise **(I)** avant de comprendre les différents régimes qui lui sont applicables **(II)**.

I. L'évolution du droit de la franchise en Chine

Les activités de franchise en Chine ont été pendant longtemps soumises à l'application des règles du Ministère chinois du Commerce intérieur (prédécesseur du Ministère chinois du Commerce) datant du 14 novembre 1997. Ces règles ne visaient que des franchises 100% nationales et furent un véritable obstacle pour les investisseurs étrangers du secteur de la distribution. Il a fallu attendre l'année 2004 et le contexte d'adhésion de la Chine à l'OMC pour que le Ministère du Commerce publie le 16 avril 2004 les « *Mesures administratives sur les investissements étrangers dans le secteur commercial* », entrées en vigueur le 1^{er} juin 2004.

Cette réglementation a pour objectif d'encadrer les différentes activités commerciales dans lesquelles les investisseurs étrangers peuvent intervenir par le biais de la création d'une entreprise à investissement étranger en Chine (EIE), parmi lesquelles figure la création d'un réseau de distribution sous forme de franchise. Compte tenu de cette ouverture à l'investissement étranger du secteur de la franchise en Chine, le Ministère du Commerce a abrogé le 30 décembre 2004 les règles de 1997 et publié une autre réglementation intitulée « *Mesures administratives sur les franchises commerciales* », entrée en vigueur le 1^{er} février 2005, dont l'objectif était de soumettre à la même réglementation les activités de franchise qu'elles soient aussi nationales ou internationales.

Or, ces nouvelles mesures imposaient non seulement des conditions relativement exigeantes pour créer un réseau de franchise en Chine, mais également des formalités administratives plus lourdes à l'égard des EIE. En effet, pour devenir franchiseur en Chine, la société candidate devait détenir directement deux magasins au minimum en Chine depuis plus d'un an. Par ailleurs, des dispositions spécifiques aux EIE relatives à la formalité d'approbation préalable ont eu pour conséquence d'entraver considérablement le développement des réseaux de franchise pour les acteurs étrangers.

Afin de se conformer avec les règles de l'OMC, le Conseil des Affaires d'Etat (CAE) a publié le 6 février 2007 le « *Règlement administratif sur la franchise commerciale* », entré en vigueur le 1^{er} mai 2007 (Règlement 2007). Ce règlement est applicable à tous les franchiseurs et franchisés de manière identique et ne fait plus de distinction entre les sociétés à 100% capitaux chinois et les EIE. L'application de ce Règlement 2007 est renforcée par deux autres réglementations entrées en vigueur le 1^{er} mai 2007, l'une concernant les « *Mesures administratives sur la publication des informations relatives à la franchise commerciale du CAE* », tandis que l'autre concerne les « *Mesures administratives sur l'enregistrement de la franchise commerciale* » du Ministère chinois du commerce.

Cette dernière a fait l'objet d'une modification le 7 novembre 2011, entrée en vigueur le 1^{er} février 2012. Ces trois règlements constituent aujourd'hui le principal cadre juridique en matière de franchise commerciale en Chine.

II. Les régimes d'application de la réglementation en matière de la franchise en Chine

Comme de nombreux droits en la matière, le droit chinois relatif à la franchise prévoit une obligation d'information précontractuelle à l'égard du franchiseur. En vertu de l'article 22 du Règlement de 2007, le franchiseur doit porter à la connaissance des candidats franchisés les informations précontractuelles et le projet de contrat au moins trente jours avant la signature du contrat. De ce fait, le franchiseur doit fournir les informations suivantes :

- les nom, adresse, représentant légal et capital social du franchiseur, ainsi que le domaine de ses activités, y compris celle de franchise ;
- les marques enregistrées, logos d'entreprise, brevets, technologies exclusives et autres modes d'exploitation ;
- la catégorie de franchise, le montant et le moyen de paiement des rémunérations du franchiseur ;
- les conditions et le prix des produits, services ou des matériels fournis au franchisé ;
- les services fournis au franchisé, tels que l'assistance technique, la formation professionnelle, etc. ;
- les mesures de contrôle exercées par le franchiseur sur le franchisé ;
- l'estimation du montant d'investissement exposé par le franchisé ;
- le nombre et la répartition des franchisés actuels en Chine, ainsi que l'état financier sur leur situation d'exploitation ;
- les deux derniers bilans comptables certifiés par un cabinet d'expert-comptable.

L'autorité compétente peut également demander au franchiseur de lui communiquer toutes autres informations qu'elle estime utiles.

En ce qui concerne le contrat de franchise, le règlement chinois en matière de franchise prévoit des mentions obligatoires que le contrat de franchise doit apporter. Selon l'article 11 du Règlement de 2007, le contrat de franchise doit être écrit et contenir des éléments essentiels, tels que les données générales des parties, la durée du contrat qui ne peut être inférieure à trois ans sauf accord du franchisé, les services rendus par le franchiseur au franchisé, les modalités du contrôle de leur respect, les méthodes de publicité qui sont employées par le franchiseur, les modalités concernant l'extinction, la rupture et la modification du contrat, la responsabilité en cas de violation du contrat, les modalités de résolution en cas de litige.

Afin de renforcer la gestion des activités de franchise et de réguler le marché, les franchiseurs sont encore tenus d'une obligation d'enregistrement auprès des autorités locales chargées du commerce du gouvernement au niveau de la province.

De ce fait, un réseau national a été adopté pour faire enregistrer tous les franchiseurs via un système de gestion des informations relatives à la franchise commerciale, système établi et géré par le Ministère chinois du Commerce.

Le franchiseur doit enregistrer le contrat de franchise dans les quinze jours après sa signature auprès de l'autorité locale compétente.

Certaines formalités méritent d'être évoquées. L'enregistrement du contrat de franchise doit être accompagné d'un certain nombre de documents, tels que la répartition des franchisés en Chine, le business plan du franchiseur, un extrait K bis du franchiseur, le contrat de franchise, le manuel d'exploitation de la franchise.

Les EIE (entreprise à l'investissement étranger) en Chine doivent aussi fournir le Certificat d'approbation pour l'entreprise à investissement étranger sur lequel figure, au titre du champ d'activité, la mention « exerce des activités commerciales sous forme de franchise ».

Enfin, lorsque les documents susmentionnés fournis par les franchiseurs sont établis en langue étrangère, ils doivent être préalablement authentifiés par un notaire public du pays d'origine du franchiseur pratiquant la langue en question (*avec une traduction en Chinois*), puis certifiés par l'ambassade ou le consulat de la Chine dans ce pays.

Compte tenu de ce qui précède, nul ne peut désormais douter de l'encadrement juridique actuellement consacré par le droit chinois en matière de franchise.

*** **

Le Salon Franchise Expo Paris 2012 accueille cette année, une délégation de la Fédération chinoise de la franchise.

Une raison de plus, si besoin était, de vous présenter plus en détail l'intérêt pour les entreprises françaises d'y développer leur activité en franchise.

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

SIMON ASSOCIÉS LANCE SON DEPARTEMENT « INTERNATIONAL »

SIMON ASSOCIES a lancé le 1^{er} Mars 2012 son Département « International ».

☞ Pour en savoir plus

EVENEMENTS

SIMON ASSOCIES est présent du 18 au 21 mars 2012 au Salon Franchise Expo Paris et disposera d'un stand situé au village des Experts de la Fédération Française de la Franchise (R.73).

Outre le cocktail organisé le lundi 19 Mars à 18h30 sur notre stand, les conférences que nous y donnerons sous l'égide de la FFF interviendront aux dates suivantes :

Dimanche 18 Mars à 17h au village des Experts :

« Les outils nécessaires au lancement d'un réseau de franchise »

Mardi 20 Mars à 12h au village des Experts

« Comment gérer un groupe multi-enseignes, multi-réseaux »

Mardi 20 Mars à 16h45 au village des Experts (conférence en Anglais)

« Les pistes contractuelles de l'exportation d'un concept »

Me François-Luc SIMON interviendra le 23 Mars 2012 aux Etats généraux du droit de l'entreprise, organisés par le Conseil National des Barreaux.

☞ Pour en savoir plus

SIMON ASSOCIES dispense deux fois par an la formation pratique sous l'égide de l'EFE.
La prochaine formation aura lieu les 29 et 30 Mars 2012.

☞ Pour en savoir plus ou vous inscrire

Vous pouvez également consulter à tout moment sur notre site internet www.simonassocies.com les articles du Département « Franchise, Réseaux et Distribution » de SIMON ASSOCIÉS.

Remerciements à Inlex IP Expertise (www.inlex.com) qui a bien voulu contribuer à la présente Lettre des Réseaux par la rédaction de l'article « Marques enregistrées : attention à l'usage ! ».