N° 18 / 12.
du 22.3.2012.

Numéro 2997 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-deux mars deux mille douze.

Composition:

Marie-Paule ENGEL, présidente de la Cour,
Léa MOUSEL, conseillère à la Cour de cassation,
Georges SANTER, conseiller à la Cour de cassation,
Eliane EICHER, première conseillère à la Cour d'appel,
Marianne PUTZ, première conseillère à la Cour d'appel,
Serge WAGNER, avocat général,
Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.

E n t r e :

la société anonyme SOC1.), (anciennement SOC2.), société anonyme), établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Christian POINT, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

e t :

l'établissement de droit public autonome ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS, établi et ayant son siège social à L-2020 Luxembourg, 8A avenue Monterey, représenté par son comité de direction actuellement en fonction, inscrit au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro J 28,

défendeur en cassation,

comparant par Maître Nicolas DECKER, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu, assisté de Maître Vincent WELLENS, avocat inscrit au tableau de l'Ordre Néerlandais du Barreau de Bruxelles et inscrit à la Liste IV du tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg.

==========

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport de la présidente Marie-Paule ENGEL et sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Georges WIVENES ;

Vu l'arrêt attaqué rendue le 2 février 2011 par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière de la loi du 30 juillet 2002, dans la cause inscrite sous le numéro 36333 du rôle ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 27 avril 2011 par la société anonyme SOC1.) (anciennement SOC2.) à l'établissement de droit public autonome ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS, déposé le 29 avril 2011 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 24 juin 2011 par l'établissement de droit public autonome ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS à la société anonyme SOC1.), déposé le 27 juin 2011 au greffe de la Cour ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, saisi par l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS (EPT) d'une demande principale contre la société SOC2.) tendant à voir constater que les dénominations sociales et commerciales utilisées par celle-ci constituent un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 14 de la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, et à voir ordonner la cessation de cet acte de concurrence déloyale, ainsi que d'une demande subsidiaire tendant à voir dire que l'utilisation des dénominations sociales et commerciales de la société défenderesse constituait une publicité trompeuse au sens de l'article 17 de la loi du 30 juillet 2002 et à voir ordonner la cessation de la publicité trompeuse, le juge présidant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement avait, par ordonnance du 9 juillet 2010, ordonné à la société SOC2.) la cessation de la publicité trompeuse consistant à utiliser dans l'exploitation de son activité le signe « SOC2.) » à compter d'un délai de 3 mois suivant la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 1.000.- euros par jour de retard dûment constaté ; que sur les appels, principal de SOC2.) et incident de EPT, la Cour d'appel, réformant, a ordonné, dans son arrêt du 2 février 2011, à SOC2.) la cessation de la publicité trompeuse consistant à utiliser dans l'exploitation de son activité le signe « SOC2.) » y compris sa variante « (…) », quelle que soit la forme orthographique de celle-ci, à compter d'un délai de 2 mois suivant la signification de l'arrêt sous peine d'une astreinte de 1.000.- euros par jour de retard constaté ; que la Cour a encore rejeté la demande reconventionnelle de SOC2.) et débouté celle-ci de sa demande

en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ; qu'elle a condamné SOC2.) à payer une indemnité de procédure de 2.000.- euros à EPT pour l'instance d'appel ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon de la méconnaissance du principe général de droit communautaire et de droit national d'égalité de traitement, en particulier entre entreprises publiques et entreprises privées, spécialement dans le secteur libéralisé des communications électroniques,*

- tel que ce principe est consacré en droit communautaire par (i) l'article 2 du Traité sur l'Union Européenne (ci-après << TUE >>) qui précise notamment que l'Union est fondée sur certaines valeurs fondamentales, dont celle d'égalité (ii) l'article 6 TUE qui reconnaît, d'une part, les droits, les libertés et principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 16 décembre 2000 (dont les principes d'égalité en droit et de non-discrimination consacrés en ses articles 20 et 21), et, d'autre part, les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, (iii) l'article 345 (ex-article 295 TCE) du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après << TFUE >>) qui énonce que : << les Traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats membres >>, et duquel il fut dégagé le principe suivant lequel les entreprises publiques et les entreprises privées doivent être traitées de manière égale, ce principe étant d'autant plus d'application dans le contexte du secteur des communications électroniques dont la libéralisation interdit de considérer qu'une entreprise publique soit dans une situation non comparable à celle d'une entreprise privée,

- et tel que ce principe découle également en droit interne de l'article 10bis paragraphe 1^er^ de la Constitution qui énonce que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi,

mais également de la violation des dispositions de droit communautaire et de droit interne précitées,

en ce que l'arrêt attaqué a décidé que la dénomination sociale << SOC2.) >> constituerait une publicité trompeuse, et a ordonné à l'actuelle partie demanderesse en cassation la cessation de ladite publicité trompeuse consistant à utiliser dans l'exploitation de son activité, les signaux << SOC2.) >>, y compris sa variante <<(...) >>, quelle que soit la forme orthographique de celle-ci, à compter d'un délai de deux mois suivant la signification de l'arrêt sous peine d'une astreinte de 1.000.- € par jour de retard, condamnant encore l'actuelle demanderesse en cassation aux frais et dépens de l'instance d'appel, ainsi qu'à payer à l'EPT une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de 2.000.- €,

aux motifs que l'utilisation par l'actuelle partie demanderesse en cassation de la dénomination sociale << SOC2.) >> serait susceptible d'induire les personnes auxquelles elle s'adresse en erreur sur la nature de ladite société

(paragraphe 5, page 8 de l'arrêt), à savoir qu'elle serait une société présentant un caractère public, que cette confusion serait de nature à affecter le comportement du public ou à porter préjudice au concurrent qu'est l'EPT, puisqu'il serait indéniable qu'une partie des entreprises (auxquelles la publicité de l'actuelle demanderesse en cassation s'adresserait) attribuerait à tort ou à raison des avantages à une entité active dans le domaine des télécommunications et ayant un caractère plus ou moins prononcé et soit alors plus encline à contracter avec une telle entreprise et à délaisser l'EPT ou une entreprise ayant des liens effectifs avec l'EPT (paragraphe 5, page 10 de l'arrêt),

alors qu'en se décidant ainsi, la Cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement entre entreprises publiques et entreprises privées, pour avoir instauré une différence entre entreprises publiques et entreprises privées sans que cette différence soit justifiée par des disparités objectives, mais du seul fait de la nature publique des unes et de la nature privée des autres, obligeant les entreprises privées à identifier et marquer leur caractère privé et leur interdisant l'utilisation du nom du pays de leur principal établissement suivi de celui de leur secteur d'activité, si bien qu'en retenant une telle distinction, la Cour d'appel a encore violé les textes susvisés,

étant précisé qu'en ce qui concerne les violations avancées du droit communautaire, la Cour de cassation serait tenue de saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne en application de l'article 267 TFUE (ex-article 234 TCE) alinéa 3, à moins que la Cour de cassation ne fasse droit au présent moyen en considérant que l'application du droit communautaire s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable, la partie demanderesse en cassation proposant les questions préjudicielles suivantes :

1) << Le principe d'égalité de traitement entre entreprise publique et entreprise privée, tel que ce principe découle notamment des articles 6 et 345 TFUE, autorise-t-il à interdire, spécialement dans le secteur ouvert à la concurrence et fortement régulé des communications électroniques, tel qu'il ressort de la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, de la directive 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion, et de la directive 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, telles que modifiées par la directive 2009/140/CE, à une entreprise privée d'utiliser une dénomination sociale ne permettant pas d'identifier le caractère privé de l'actionnariat de ladite société ?

2) Ce principe autorise-t-il à permettre à une entreprise publique de considérer qu'un avantage serait attaché à sa nature publique et à lui permettre de prétendre interdire à une entreprise privée l'usage d'une dénomination libre du seul fait qu'elle serait de nature à laisser supposer que ladite entreprise privée serait une entreprise de nature publique ? >> » ;

Mais attendu que le moyen procède d'une lecture erronée de l'arrêt attaqué ;

que les juges du fond n'ont pas eu recours à des critères d'appréciation différents selon certains groupes d'opérateurs économiques du secteur des télécommunications mais se sont bornés à examiner si la présentation de l'opérateur SOC2.) était de nature à provoquer, chez les clients potentiels, une confusion avec l'opérateur EPT, au regard de certaines caractéristiques de ce dernier, connues du public ;

que la Cour d'appel n'a pas obligé une entreprise privée dans le secteur des télécommunications à identifier et marquer son caractère privé ni ne lui a interdit d'utiliser une dénomination sociale voire commerciale indiquant le nom du pays de son principal établissement suivi d'une référence au secteur des télécommunications ;

D'où il suit que le moyen manque en fait et ne saurait être accueilli ;

Attendu qu'eu égard à la réponse au premier moyen, il n'y a pas lieu de procéder à la saisine de la Cour de l'Union européenne ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de la liberté d'établissement, en particulier dans le secteur libéralisé des communications électroniques,*

- telle que cette liberté est consacrée en tant que principe par le droit communautaire, aux termes (i) des articles 15 (2) et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 16 décembre 2000 qui consacrent la liberté d'établissement, (ii) de l'article 49 TFUE (ex-article 43 TCE) et (iii) en particulier dans le secteur des communications électroniques, de l'article 170 TFUE (ex-article 154 TCE) ainsi que de l'article 3 de la Directive 2002/20CE du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseau et de service de communications électroniques (dite directive << autorisation >>) telle que cette directive a été modifiée par la Directive 2009/140/CE du Parlement Européen et du Conseil du 25 novembre 2009 qui garantit la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques,

- telle que cette liberté est également érigée en principe par l'article 11 paragraphe 6 de la Constitution qui énonce que la liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi et tel que ce principe se trouve également consacré en droit interne dans le secteur particulier des communications électroniques aux articles 7 de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques et de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques qui a remplacé et abroge depuis le 1er avril 2011 la loi précitée du 30 mai 2005 et qui énonce que l'activité de fourniture de réseaux et de services de communication électroniques s'exerce librement,

mais également de la violation des dispositions de droit communautaire et de droit interne précitées,

en ce que l'arrêt attaqué a décidé que la dénomination sociale << SOC2.) >> constituerait une publicité trompeuse, et a ordonné, à l'actuelle partie demanderesse en cassation, la cessation de la publicité trompeuse consistant à utiliser dans l'exploitation de son activité, les signaux << SOC2.) >>, y compris sa variante << (...) >>, quelle que soit la forme orthographique de celle-ci, à compter d'un délai de deux mois suivant la signification de l'arrêt sous peine d'une astreinte de 1.000.- € par jour de retard, condamnant encore l'actuelle partie demanderesse en cassation aux frais et dépens de l'instance d'appel, ainsi qu'à payer à l'EPT une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de 2.000.- €,

aux motifs que l'utilisation par l'actuelle partie demanderesse en cassation de la dénomination sociale << SOC2.)>> serait susceptible d'induire les personnes auxquelles elle s'adresse en erreur sur la nature de ladite société (paragraphe 5, page 8 de l'arrêt), à savoir qu'elle serait une société présentant un caractère public, que cette confusion serait de nature à affecter le comportement du public ou à porter préjudice au concurrent qu'est l'EPT, puisqu'il serait indéniable qu'une partie des entreprises (auxquelles la publicité de l'actuelle partie demanderesse en cassation s'adresserait) attribuerait à tort ou à raison des avantages à une entité active dans le domaine des télécommunications et ayant un caractère public plus ou moins prononcé et soit alors plus encline à contracter avec une telle entreprise et à délaisser l'EPT ou une entreprise ayant des liens effectifs avec l'EPT (paragraphe 5, page 10 de l'arrêt),

alors qu'en se décidant ainsi, la Cour d'appel a violé le principe de liberté d'établissement tel que consacré en droit communautaire et le principe de droit interne de liberté du commerce et de l'industrie, pour obliger les entreprises privées à identifier et à marquer au vu et au su des tiers leur caractère privé et en leur interdisant l'utilisation du nom du pays de leur principal établissement suivi de celui de leur secteur d'activité,

étant précisé qu'en ce qui concerne les violations avancées du droit communautaire, la Cour de cassation sera tenue de saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne en application de l'article 267 TFUE (ex-article 234 TCE), alinéa 3, à moins que la Cour de cassation fasse droit au présent moyen en considérant que l'application du droit communautaire s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable, la partie demanderesse en cassation proposant la question préjudicielle suivante :

<< La liberté d'établissement telle que consacrée à l'article 49 TFUE permet-elle d'imposer, en particulier dans le secteur des communications électroniques, à un opérateur privé d'identifier le caractère privé de son actionnariat en l'obligeant à choisir, parmi les dénominations sociales libres, celles évitant de la considérer comme pouvant être une entreprise de nature publique ? >> ;

Mais attendu que tant le constat de la différence de perception du public, qualifiée par la Cour d'appel de perception « à tort ou à raison » que le constat que le comportement de l'opérateur provoque une confusion dans le chef des usagers, relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des faits du juge du fond ;

que sous couvert du grief de la violation de la liberté d'établissement et de la liberté du commerce, le moyen ne tend donc qu'à mettre en discussion l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond dans le cadre d'une procédure en cessation d'actes de concurrence déloyale, appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

Que le moyen ne saurait dès lors être accueilli ;

Attendu qu'eu égard à la réponse au deuxième moyen, il n'y a pas lieu de procéder à la saisine de la Cour de l'Union européenne ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne la société anonyme SOC1.) aux dépens de l'instance en cassation.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente Marie-Paule ENGEL, en présence de Monsieur Serge WAGNER, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.