Arrêt concurrence déloyale

Audience publique du dix-huit août deux mille dix.

Numéro 36277 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Jean-Paul TACCHINI, greffier.

E n t r e :

***la société anonyme de droit belge AAA N.V.**, établie et ayant son siège social à B- UUU, inscrite au Registre du Commerce et des Sociétés de Bruxelles sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISE d'Esch-sur-Alzette du 29 juin 2010,*

comparant par Maître Christian JUNGERS, avocat à Luxembourg ;

e t

***la société à responsabilité limitée BBB s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au Registre du Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro …….., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du prédit exploit LISE,*

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

En vertu d'une ordonnance rendue sur requête le 14 avril 2010 et par exploit d'huissier du 16 avril 2010, la société anonyme de droit belge AAA a fait comparaître la société à responsabilité limitée BBB devant le magistrat présidant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour, sur base de l'article 14 de la loi modifiée du 30 juillet 2002 sur les pratiques commerciales, la concurrence déloyale et la publicité trompeuse, la société BBB se voir ordonner de cesser avec effet immédiat de débaucher ou de tenter de débaucher, directement ou indirectement, des clients de AAA, tant au Luxembourg qu'en Belgique, sous peine d'une astreinte de 15.000.- euros par tentative de débauchage en violation de l'interdiction à compter de la signification de l'ordonnance à intervenir.

La société AAA a exposé à l'appui de sa demande qu'elle est l'importateur le plus important sur le marché belge pour ce qui concerne le matériel pneumatique avec également une importante clientèle luxembourgeoise, que la société BBB est active sur le marché luxembourgeois comme distributeur de produits pneumatiques, passant régulièrement des commandes auprès de la demanderesse; que Monsieur CCC, représentant commercial auprès de AAA depuis 1999, en charge de la clientèle belge et luxembourgeoise, a démissionné de son poste en date du 27 décembre 2009 avec un préavis prenant fin le 15 mai 2010; que le 25 mars 2010 la demanderesse a mis fin au contrat de travail de Monsieur CCC avant l'expiration du préavis suite à la découverte d'agissements anticoncurrentiels; qu'en effet le 25 mars 2010 un client de la demanderesse l'a contactée pour lui soumettre une offre d'achat de produits pneumatiques provenant de l'assignée, alors que les produits en question sont actuellement importés depuis la Chine par la demanderesse qui dispose d'une exclusivité commerciale pour ces produits, que l'offre en question indique comme émetteur l'assignée avec comme numéro de téléphone et de fax celui de la demanderesse, mis par elle à la disposition de CCC qui, à l'instar des autres représentants commerciaux de AAA, travaillait à son domicile privé depuis lequel il émettait les offres commerciales et recevait les commandes de ses clients, que l'offre porte encore la mention manuscrite *"Ex AAA"*, pouvant être identifiée comme ayant été apposée par CCC; que le 2 avril 2010, après que AAA avait fait dévier la ligne téléphonique et le numéro de fax vers son siège social, la société DDD, jusqu'alors cliente de la demanderesse, a passé une commande auprès de l'assignée via le numéro de fax appartenant à la demanderesse, que le 12 avril 2010 la société EEE, également cliente de la demanderesse, a elle-aussi passé commande auprès d'BBB via le numéro de fax de la demanderesse; que le 13 avril 2010 la demanderesse a reçu un rappel de son client FFF concernant une commande que ce dernier a passé auprès de l'assignée, l'appel mentionnant *"commande passée par téléphone il y a environ 6 semaines".*

La société AAA a soutenu qu'elle a noté un écroulement progressif du chiffre d'affaires réalisé par CCC depuis le mois de juillet 2009 en ne recevant quasiment plus de commandes des clients dont ce dernier était

en charge, qu'elle a d'autre part constaté sur les relevés téléphoniques joints à ses factures de téléphone que CCC avait des contacts réguliers avec la société BBB par l'intermédiaire du directeur de la société, que la fréquence de ces appels téléphoniques dépasse largement le cadre d'une relation clientèle normale.

Sur base de cet exposé la société AAA a conclu que CCC travaille depuis le mois de juillet 2009 pour le compte de la société BBB et détourne la clientèle luxembourgeoise et belge de la demanderesse pour le compte de l'assignée.

Elle a finalement reproché à la société BBB d'avoir contrefait les affiches publicitaires de la société AAA.

Par ordonnance rendue le 28 mai 2010 le magistrat siégeant en remplacement du président de la chambre commerciale a dit la demande recevable, mais non fondée.

Par exploit d'huissier du 29 juin 2010 la société AAA a régulièrement relevé appel de cette ordonnance qui ne lui a pas été signifiée.

La société BBB a interjeté appel incident contre l'ordon-nance en ce que le premier juge a rejeté son moyen d'irrecevabilité de la demande pour absence de relations concurrentielles entre parties.

A l'appui de son appel incident elle fait valoir que dans son acte d'appel la société AAA expose:

"Néanmoins, par ces agissements concurrentiels, la société BBB est passée de simple distributeur au rang d'importateur de sorte à se trouver à niveau égal avec la société AAA.

La société BBB, en s'appropriant les secrets professionnels (dont les listings clients et le n° de fax) délivrés par Monsieur CCC, a pris connaissance des producteurs des différents produits pneumatiques, de sorte qu'elle n'est plus cliente auprès de AAA pour les produits en cause, mais que dorénavant elle les importe elle-même, en ayant pris le rôle d'importateur, tout comme AAA."

Selon la société BBB, il appert de cet exposé que la seule chose qui dérange AAA est le fait que les produits provenant de la société chinoise GGG, dont elle s'estimait le seul importateur, sont actuellement également importés par BBB et qu'elle limite le débat à la seule importation des produits chinois, laquelle ne rentre pas dans les prévisions de l'article 14 de la loi du 30 juillet 2002.

La société AAA ne limite pas les débats à la seule importation de ces produits, mais elle se prévaut en instance d'appel des mêmes actes de débauchage de clientèle dont elle s'est déjà plainte en première instance.

Pour rejeter ce moyen d'irrecevabilité le premier juge a dit qu'il est vrai que dans son assignation la société AAA se qualifie elle-même d'importateur tout en précisant que la défenderesse est distributeur et passe régulièrement des commandes auprès d'elle, qu'à l'audience des plaidoiries la société BBB a toutefois reconnu que les limites entre importateur et distributeur au sein du secteur concerné sont floues et qu'en fait les deux sociétés s'adressent à une même clientèle, à savoir les clients finaux professionnels du secteur automobile.

La Cour ajoute que les relations concurrentielles entre parties, reconnues en première instance par la société BBB, sont confirmées par les affiches publicitaires remises par les deux parties aux clients finaux professionnels et relativement auxquelles AAA reproche à BBB d'avoir copié les siennes.

L'appel incident n'est donc pas fondé.

La société BBB soulève d'autre part l'irrecevabilité de la demande pour défaut d'intérêt. Elle soutient que suite à la déviation de la ligne téléphonique et de fax vers le siège de la société AAA, un débauchage de clientèle par fax n'est plus possible et que AAA est donc sans intérêt à demander une cessation d'un tel débauchage.

La société AAA reproche non seulement à BBB d'avoir utilisé sa ligne téléphonique et de fax pour transmettre ses offres aux clients de AAA afin de semer la confusion, mais encore de s'être approprié par l'intermédiaire de CCC le listing des clients de AAA afin de débaucher ces clients et en admettant ce dernier reproche fondé, BBB pourrait le faire sans avoir besoin des lignes téléphoniques et de fax de AAA.

Ce moyen d'irrecevabilité est encore à rejeter.

Pour dire la demande de la société AAA non fondée, le premier juge a d'abord rappelé que la clientèle d'un commerçant ne lui appartient pas, qu'elle est susceptible de recevoir des offres de concurrents, peu importe qu'il s'agisse d'anciens fournisseurs ou d'anciens subordonnés, que pour qu'il y ait détournement de clientèle il est nécessaire qu'il y ait utilisation de moyens frauduleux, sinon pour le moins équivoques ou anormaux, dont notamment les moyens qui ont pour effet de créer la confusion entre établissements concurrents, que la preuve du caractère contraire aux usages honnêtes en matière commerciale d'un acte incombe au demandeur en cessation d'actes de concurrence déloyale, en l'occurrence à la société AAA.

Il a dit que si l'offre versée par AAA à l'appui de ses reproches d'actes anticoncurrentiels indique provenir d'BBB et renseigne le numéro de téléphone et de télécopie de AAA, elle ne permet pas d'établir qu'elle a effectivement été émise par la société BBB, qu'elle diffère en effet sensiblement de celles normalement émises par cette société, que de plus AAA reste en défaut de prouver que CCC est occupé en tant que salarié

par BBB ou qu'il travaille pour le compte de celle-ci, un contact téléphonique entre CCC et le gérant d'BBB ne permettant pas d'établir une telle relation et CCC déclarant dans son attestation testimoniale avoir fait quelques offres test et avoir seul pris l'initiative de l'offre litigieuse, contestant par ailleurs être l'auteur de la mention manuscrite *"Ex AAA".*

Concernant la commande de la société DDD, le premier juge a dit que la pièce versée par la société AAA ne permet pas de vérifier le numéro de destination de la télécopie, de sorte que l'affirmation de AAA que cette commande aurait été passée via son numéro de fax reste à l'état d'allégation. Pour la commande de la société EEE et le rappel de la société FFF, il a dit que s'il résulte des pièces que ces sociétés se sont effectivement adressées à AAA tout en indiquant BBB comme destinataire, elles n'établissent pas qu'BBB ait crée cette confusion par un acte positif en violation des usages honnêtes en matière commerciale. Il a ajouté que les clients prétendument débauchés par BBB au détriment de AAA, à savoir notamment DDD et EEE, sont déjà clients de la défenderesse depuis plusieurs années.

Le premier juge a encore relevé que du fait de la déviation du numéro de fax litigieux vers AAA, la prétendue appropriation par BBB de la ligne téléphonique et de fax a nécessairement pris fin et n'est plus susceptible de se reproduire.

La société AAA reproche au premier juge d'avoir dit que l'offre versée par elle ne permet pas d'établir qu'elle a effectivement été émise par BBB et d'avoir engagé un faux débat en décidant que l'appelante reste en défaut d'établir que CCC est occupé en tant que salarié par BBB ou qu'il travaille pour elle. Selon l'appelante, en effet, il importe peu que CCC travaille pour le compte d'BBB, étant donné que l'offre, émise au nom et pour compte d'BBB, ne laisse aucun doute quant à son auteur qui reste indubitablement BBB.

La Cour se rallie toutefois au premier juge en ce que, en présence surtout de l'attestation testimoniale de CCC, il a dit qu'il n'est pas établi que l'offre litigieuse a été émise par la société BBB.

Dans ces circonstances le reproche adressé au premier juge d'avoir, concernant le client DDD, dit que la pièce versée par AAA ne permet pas de vérifier le numéro de destination de la télécopie et n'établit partant pas que la commande de DDD a été passée à BBB par l'intermédiaire du numéro de fax de AAA est dépourvu de pertinence. N'étant en effet pas établi que la société BBB soit l'auteur de l'offre litigieuse, on ne peut ériger en faute de sa part le fait qu'un client ait passé commande suite à cette offre en utilisant les indications y figurant.

Concernant d'ailleurs la société DDD, de même que la société EEE, il appert des pièces versées par BBB, que ces sociétés étaient déjà clientes d'BBB. D'après l'appelante, l'offre litigieuse porte sur des produits

pneumatiques du producteur chinois GGG importés jusque-là par AAA et dont BBB a réussi à s'assurer également le droit d'importation.

Se pose dès lors la question pour quelle raison BBB aurait adressé à ses clients des offres concernant ces produits en passant par CCC et en utilisant les numéros de fax et de téléphone de la société AAA, au lieu de leur adresser cette offre directement sous ses propres coordonnées en les informant que dorénavant elle assurait également l'importation de ces produits.

Pour établir une collaboration entre BBB et CCC afin de débaucher ses clients la société AAA soutient que depuis juillet 2009 CCC avait des contacts téléphoniques réguliers avec le directeur de la société BBB, contacts qui, selon elle, dépassent largement le cadre d'une relation clientèle normale.

Cette affirmation n'est pas corroborée par les relevés des communications téléphoniques de CCC à partir d'août 2009, versées par l'appelante. Ils renseignent en effet que les appels vers le numéro de numéro de téléphone qui, selon l'appelante, est celui du directeur général de la société BBB ne sont guère plus fréquents que les appels vers d'autres numéros. Ainsi au mois de septembre 2009 il y a un appel vers ce numéro et deux, respectivement quatre appels vers deux autres numéros, en novembre et décembre 2009 il y a cinq, respectivement quatre appels vers ce numéro et pour ces deux mois il y en a trois, respectivement quatre vers deux autres numéros.

L'appelante reproche d'autre part au premier juge d'avoir dit que du fait de la déviation du numéro de fax litigieux vers AAA, la prétendue appropriation de la ligne téléphonique et de fax par BBB a nécessairement pris fin. Elle soutient que les conséquences néfastes de cette appropriation par BBB persistent et pénalisent toujours AAA, qu'BBB s'est en effet approprié le listing des clients de AAA et est actuellement en mesure de les contacter directement par sa propre ligne téléphonique pour leur émettre ses offres.

La société BBB conteste s'être approprié le listing des clients de l'appelante, faisant valoir qu'elle n'a pas besoin d'un tel listing, tout le monde se connaissant dans le secteur, et l'appelante n'a pas établi une telle appropriation qui n'est d'ailleurs pas une conséquence de la prétendue appropriation de la ligne téléphonique et de fax.

La Cour se rallie par ailleurs au premier juge en ce qu'il a dit que les reproches adressés à CCC en rapport avec la violation d'une clause de non-concurrence ne sont pas pertinents dans le cadre de la demande dirigée contre BBB.

Concernant la baisse de son chiffre d'affaires dont se plaint la société AAA, en l'absence de preuve d'un acte de concurrence déloyale commis par la société BBB, celle-ci ne peut être mise à sa charge. Il se pourrait

par ailleurs bien qu'elle soit due au fait que l'appelante n'est plus la seule à importer les produits du producteur chinois dont elle doit se partager l'importation avec la société BBB. A la lecture de la motivation de l'acte d'appel la Cour constate avec l'intimée que c'est surtout ce fait que l'appelante a du mal à accepter, reprochant à la société BBB d'avoir par ses agissements anticoncurrentiels essayé de débaucher la clientèle de AAA et d'acquérir de nouvelles parts de marché "notamment en agissant désormais comme importateur de produits pneumatiques" et soutenant que CCC a mis en contact le directeur général d'BBB et le représentant belge du producteur chinois GGG, permettant à BBB de profiter illicitement d'informations professionnelles secrètes recueillies par CCC lors de ses relations de travail avec AAA.

L'intimée, de son côté, verse des extraits des sites internet des foires à Francfort et à Essen, renseignant la présence de la société GGG à ces foires et dont résulte que les informations sur cette société ne sont pas si secrètes que veut le faire croire l'appelante.

Le fait d'avoir réussi à se faire attribuer le droit d'importer les produits GGG n'est pas constitutif d'un acte de débauchage illicite de clientèle.

Statuant sur le reproche de l'appelante que la société BBB aurait contrefait les dépliants publicitaires de AAA, le premier juge a relevé que la protection contre les manœuvres de nature à créer une confusion suppose que le moyen de publicité soit original et de nature à caractériser une entreprise déterminée, qu'elle doit être refusée si le matériel de publicité ne présente pas l'originalité nécessaire, s'agissant d'un moyen courant dans la branche commerciale en cause.

Il a dit que les dépliants publicitaires litigieux n'indiquent ni le nom de AAA, ni celui d'BBB, qu'ils sont remis aux distributeurs aux fins de diffusion aux clients finaux, que les clients finaux ignorent l'identité de l'émetteur de l'annonce et que seules les coordonnées des distributeurs y figurent à un endroit spécialement réservé à cet effet en bas de page à droite.

Il a dit qu'il n'est pas établi à suffisance de droit qu'BBB soit l'annonceur de la fiche publicitaire litigieuse, ajoutant que même à admettre qu'elle ait imité les dépliants publicitaires de AAA, ceux-ci ne sont pas suffisamment originaux pour caractériser demanderesse.

L'appelante reproche au premier juge d'avoir retenu que son dépliant publicitaire ne présente pas d'originalité suffisante et maintient que le dépliant émis par la société BBB présente le même lay-out et la même mise en page que les dépliants publicitaires de AAA.

Afin d'établir que le dépliant litigieux a effectivement été émis par la société BBB, l'appelante offre en preuve qu'BBB a commandé l'édition et l'impression de plusieurs dépliants publicitaires auprès de la société HHH, lui soumettant les affiches de AAA afin de la mettre en mesure d'imprimer des affiches identiques à celles de AAA.

Cette offre de preuve n'est pas pertinente, l'intimée ne contestant par ailleurs pas avoir émis le dépliant litigieux.

En effet, la Cour constate avec le premier juge que les dépliants publicitaires de la société AAA ne sont pas suffisamment originaux pour caractériser l'appelante. Celle-ci fait valoir en instance d'appel que s'il est vrai, ainsi que l'a constaté le premier juge, que la présentation des produits par colonnes et par rangées n'a rien d'exceptionnel, toujours est-il que le nombre de colonnes et de rangées sur les deux dépliants versés par elle pour montrer la contrefaçon sont identiques.

Si sur ces dépliants il y a effectivement quatre rangées de produits par colonne, l'appelante verse toutefois un certain nombre d'autres dépliants publicitaires émis par elle sur lesquels il y a parfois cinq produits dans une colonne.

Dans son attestation testimoniale CCC déclare que le design des dépliants a été réalisé par son épouse depuis 1992 et que la présentation a été utilisée par le précédent employeur du témoin pour être reprise par AAA lorsqu'il est entré aux services de cette société. On peut donc admettre que la présentation litigieuse n'est pas exceptionnelle dans la branche de la distribution de matériel pneumatique.

De toute façon, l'appelante n'exerce pas une action dérivant de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données – laquelle ne serait d'ailleurs pas de la compétence du juge de la concurrence déloyale - mais soutient que par la contrefaçon de ses dépliants publicitaires la société BBB a voulu créer la confusion et profiter du renom de AAA.

Or, ainsi que l'a déjà constaté le premier juge, les dépliants n'indiquent ni le nom de AAA, ni celui d'BBB, seul le tampon du distributeur final y étant apposé. Le consommateur qui consulte ces dépliants ne les met donc pas en relation ni avec AAA, ni avec BBB et n'a pas besoin de le

faire, la seule chose qui l'intéresse étant le prix promotionnel des articles y figurant et qu'il peut se procurer auprès du distributeur final.

Il s'en suit que le débauchage de clientèle que l'appelante reproche à la société BBB reste non établi et que son appel n'est pas fondé.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

La société AAA, qui succombe dans son appel et est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et sa demande est à rejeter.

Il serait par contre inéquitable de laisser à charge de la société BBB l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés en instance d'appel et il y a lieu de lui allouer la somme de 2.000.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière de concurrence déloyale, statuant contradictoirement,

reçoit les appels, principal et incident, en la forme;

les dit non fondés et confirme l'ordonnance entreprise;

condamne la société anonyme de droit belge AAA NV à payer à la société à responsabilité limitée BBB une indemnité de procédure de 2.000.- euros;

déboute la société AAA NV de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Irène Folscheid, présidente de chambre, en présence de Jean-Paul Tacchini, greffier.