Arrêt en matière de la loi du 30 juillet 2002

Audience publique du deux février deux mille onze.

Numéro 36333 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, président de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM S.A., *établie et ayant son siège social à L-8308 Capellen, 89F, Pafebruch, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 65305, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 22 juillet 2010,*

comparant par Maître Christel HENON, avocat à Luxembourg ;

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, inscrit au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro J 28, représenté par son comité de direction actuellement en fonctions,*

intimé *aux fins du susdit exploit BIEL,*

comparant par Maître Nicolas DECKER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Suivant requête et ordonnance du 27 mai 2010 signifiées à la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM ensemble avec l'exploit d'assignation du 28 mai 2010, l'établissement de droit public ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS (ci-après « l'EPT ») a demandé au magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, principalement, de dire que l'utilisation des dénominations sociales et commerciales « LUXEMBOURG TELECOM » et « LUXEMBOURG TELECOM PSF » constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 14 de la loi du 30 juillet 2002 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. A titre subsidiaire, l'EPT a demandé de dire que l'utilisation des dénominations sociales et commerciales « LUXEMBOURG TELECOM » et « LUXEMBOURG TELECOM PSF » constitue une publicité trompeuse au sens des articles 15 à 17 de la loi du 30 juillet 2002.

L'EPT a, tant dans le cadre du chef principal de sa demande que dans le cadre du chef subsidiaire de celle-ci, demandé que la partie défenderesse se voie interdire d'utiliser dans l'exploitation de son activité les signes LUXEMBOURG TELECOM et LUXEMBOURG TELECOM PSF précités tant dans sa dénomination sociale et commerciale que dans son enseigne sous peine d'une astreinte de 2.500 € par jour de retard à partir du 1er du mois suivant la signification de la présente ordonnance.

Par assemblée générale du 6 août 2009, la société LUXEMBOURG TELECOM PSF S.A. a pris la dénomination sociale LUXEMBOURG TELECOM.

L'EPT et la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM sont actives dans le domaine des télécommunications.

Il ressort des pièces versées et il n'est d'ailleurs pas contesté que la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM utilise sa dénomination sociale comme nom commercial et exerce son activité sous le signe de sa dénomination sociale.

En ce qui concerne la base de l'article 14 de la loi du 30 juillet 2002, l'EPT a exposé en première instance qu'elle est l'opérateur de télécommunications étatique et historique au Luxembourg, qu'elle offre ses services de télécommunications sous les nom commerciaux « P & T LUXEMBOURG » et « POSTES ET TELECOMMUNICATIONS » et qu'il y a risque de confusion entre ses noms commerciaux et le nom de la partie adverse.

Par ordonnance du 9 juillet 2010, le magistrat, remplaçant le président de la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a dit qu'il n'y avait pas risque de confusion et a déclaré la demande en tant que basée sur l'article 14 de la loi du 30 juillet 2002 non fondée.

En ce qui concerne la base des articles 15 à 17 de la loi du 30 juillet 2002, l'EPT a fait exposer en première instance que l'utilisation du signe LUXEMBOURG TELECOM constitue une publicité trompeuse dès lors qu'il fait penser au public concerné, qui procède à une assimilation avec les opérateurs étrangers tels que DEUTSCHE TELEKOM, France TELECOM, BELGACOM …, qu'il se trouve face à un opérateur avec une participation des pouvoirs publics, voire face à l'opérateur historique.

Le premier juge a déclaré la demande basée sur les articles 15 à 17 de la loi du 30 juillet 2002 fondée et il a ordonné à la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM la cessation de la publicité trompeuse consistant à utiliser dans l'exploitation de son activité le signe « LUXEMBOURG TELECOM » à compter d'un délai de trois mois suivant la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 1.000 € par jour de retard dûment constaté.

Pour ce faire, le premier juge, après avoir admis que l'utilisation d'un nom commercial est un acte de publicité, a dit, se référant aux sondages que les parties au litige ont versés, qu'il y a eu perception erronée de l'actionnariat de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM, et donc de sa personnalité, et que cette perception erronée – consistant à croire qu'il y a participation publique dans le capital social de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM – est susceptible d'affecter le comportement du public visé qui, à tort ou à raison, peut se sentir plus rassuré en pensant que les autorités publiques participent dans le capital de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM, respectivement en croyant que la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM existe depuis longtemps.

Il a encore dit que par la construction particulière de sa dénomination sociale, calquée sur celles des opérateurs historiques étrangers, la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM a ainsi induit en erreur le public auquel elle s'adresse.

Le premier juge a déclaré non fondée la demande en tant qu'elle porte sur le signe « LUXEMBOURG TELECOM PSF » et ce au motif que l'EPT n'a pas rapporté la preuve de l'utilisation du signe « LUXEMBOURG TELECOM PSF ».

Il a déclaré irrecevable, pour être nouvelle, la demande de l'EPT, présentée par note de plaidoiries, et tendant à faire interdire à la partie défenderesse l'utilisation de tout signe similaire au signe

LUXEMBOURG TELECOM, comme par exemple LUXTELECOM ou LUX-TELECOM.

Le premier juge a finalement débouté la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure et il l'a condamnée aux frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier du 22 juillet 2010, la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM a relevé appel de l'ordonnance du 9 juillet 2010.

La société anonyme LUXEMBOURG TELECOM fait grief au premier juge d'avoir à tort admis qu'il y a publicité trompeuse.

L'EPT a relevé appel incident en ce qu'a été déclarée irrecevable, comme étant nouvelle, sa demande formulée en première instance par note de plaidoiries et tendant à voir interdire à la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM l'utilisation de tout signe similaire comme par exemple LUXTELECOM ou LUX-TELECOM.

Tant l'appel principal que l'appel incident sont recevables pour avoir été introduits dans les formes et délai de la loi.

Pour le surplus, l'EPT demande en ordre principal la confirmation de l'ordonnance qui a admis qu'il y a publicité trompeuse.

Ce n'est que dans un ordre subsidiaire, pour le cas où il n'y aurait pas confirmation, que l'EPT relève appel incident relativement au risque de confusion écarté par le premier juge.

Les articles 15, 16 et 17 de la loi du 30 juillet 2002 ont la teneur suivante :

15. Aux fins de la présente loi, on entend par «publicité» toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations.

16. Est interdite toute publicité favorisant un acte qui contrevient aux dispositions de la présente loi.

17. (1) Est interdite toute publicité trompeuse. Aux fins de la présente loi, on entend par «publicité trompeuse»: toute publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent.

(2) Pour déterminer si une publicité est trompeuse, il est tenu

compte de tous ses éléments notamment de ses indications concernant:

a) les caractéristiques des biens ou services, telles que leur disponibilité, leur nature, leur exécution, leur composition, le mode et la date de fabrication ou de prestation, leur caractère approprié, leurs utilisations, leur quantité, leurs spécifications, leur origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentiels des tests ou contrôles effectués sur les biens ou les services;

b) le prix ou son mode d'établissement et les conditions de fourniture des biens ou des prestations de services;

c) la nature, les qualités et les droits de l'annonceur, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les prix qu'il a reçus ou ses distinctions.

La société appelante LUXEMBOURG TELECOM fait valoir en premier lieu que la simple utilisation de la dénomination sociale, respectivement du nom commercial n'est pas constitutive de publicité étant donné qu'adopter une dénomination commerciale n'est pas une forme de communication.

Ce qui est en cause en l'occurrence est l'utilisation par la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM, dans le cadre de ses activités commerciales, de sa dénomination sociale LUXEMBOURG TELECOM en tant que nom commercial.

Le nom commercial remplit comme tout autre signe distinctif employé à des fins commerciales une fonction publicitaire. Il est porteur d'une réputation et revêt un pouvoir attractif plus ou moins grand (cf. VAN INNIS, Les signes distinctifs, n° 39, p. 30).

La communication, constitutive de publicité, est une notion large. L'article 15 de la loi du 20 juillet 2002 parle de toute forme de communication.

Par l'utilisation du signe LUXEMBOURG TELECOM, la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM a émis à l'adresse du public une communication destinée à rallier une clientèle autour de ses services.

L'utilisation par la société appelante de sa dénomination sociale en tant que nom commercial est donc bien une publicité au sens de l'article 15 de la loi du 20 juillet 2002.

L'appelante soutient en deuxième lieu que l'utilisation du signe LUXEMBOURG TELECOM n'est pas susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse et de leur faire croire à un profil public dans son chef.

Dans ce contexte, elle reproche au premier juge d'avoir fait une fausse interprétation des deux sondages versés. Elle affirme qu'il résulte de ces sondages qu'elle n'est pas perçue comme l'opérateur étatique historique ou comme un opérateur public dans lequel des actions sont détenues par le secteur public.

Elle relève que les personnes auxquelles elle s'adresse, à savoir des opérateurs de télécommunications et des professionnels du secteur financier, ne versent pas dans l'erreur dès lors qu'il s'agit de personnes qui connaissent l'EPT et qui ne contractent pas sans savoir précisément avec qui elles contractent.

Elle explique également que la croyance dans son caractère public est exclue puisqu'elle a fait apparaître dans ses communications la mention « opérateur alternatif et privé » et que depuis l'ordonnance de première instance elle a décidé d'adjoindre à son signe LUXEMBOURG TELECOM la mention « Premier opérateur alternatif global privé ».

Elle estime que par l'adjonction de la prédite mention l'infraction de publicité trompeuse, serait-elle juridiquement donnée, aurait cessé de sorte que la demande de l'EPT serait à déclarer irrecevable.

L'EPT soutient que le signe LUXEMBOURG TELECOM a été choisi à dessein par la partie adverse sur le modèle des signes FRANCE TELECOM, DEUTSCHE TELEKOM, BELGACOM, etc., qui sont des signes d'opérateurs publics ou historiquement publics dans le domaine des télécommunications et qui ont été privatisés au cours des dernières années en vue de l'ouverture du marché des télécommunications.

Elle avance que le signe « LUXEMBOURG TELECOM » a un caractère clairement trompeur alors qu'il fait croire que la société anonyme « LUXEMBOURG TELECOM » est un opérateur public au Luxembourg bénéficiant de l'appui de l'Etat et que de la sorte la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM peut s'approprier l'aura de confiance et de sérieux qu'ont traditionnellement les opérateurs étatiques en matière de télécommunications.

L'EPT pour étayer ses dires invoque le sondage TNS Ilres qu'elle a fait effectuer. Tout en critiquant le sondage commandé auprès de l'entreprise QUEST MARKET RESEARCH par la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM, l'EPT estime que les résultats à la question 10 de ce sondage corroborent les résultats du sondage TNS Ilres.

Les critiques formulées par la société anonyme LUXTELECOM vis-à-vis du sondage TNS Ilres sont à rejeter.

La méthodologie employée par la société TNS Ilres, plus amplement détaillée aux pages 6 à 9 de son rapport, a été adéquate.

L'interrogation par téléphone des entreprises sondées n'est pas à critiquer et n'a pas, au regard de la formulation des questions posées, été de nature à donner des résultats significativement différents de ceux qui auraient été obtenus si les questions avaient été posées – comme l'a fait QUEST MARKET RESEARCH – par ordinateur.

Suivant le sondage TNS Ilres :

- 58,94 % des entreprises sondées implantées au Luxembourg et 72,50 % des entreprises de la région frontalière prennent l'opérateur LUXEMBOURG TELECOM pour un opérateur de type FRANCE TELECOM, DEUTSCHE TELEKOM, BELGACOM,
- 55,07 % des entreprises sondées au Luxembourg et 50 % des entreprises sondées de la région frontalières prennent LUXEMBOURG TELECOM pour un opérateur public au Luxembourg,
- 62,32 % des entreprises sondées installées au Luxembourg - entreprises auxquelles a été soumise une liste d'une dizaine de noms, comprenant des noms sous lesquels l'EPT exerce ses activités, des noms d'entreprises liées à l'EPT et des noms d'entreprises tout à fait étrangères à l'EPT - pensent, en entendant la dénomination « LUXEMBOURG TELECOM », aux noms sous lesquels l'EPT exerce des activités au Luxembourg et à des entreprises qui lui sont liées,
- 84,54 % des entreprises sondées installées au Luxembourg et 50 % des entreprises frontalières, confrontées à l'explication qu'il existe une entreprise au Luxembourg qui s'appelle P & T LUXEMBOURG, disent que la lettre « T » dans cette dénomination signifie TELECOM.

Il est de connaissance commune que les entités dénommées FRANCE TELECOM, DEUTSCHE TELEKOM et BELGACOM sont, dans le cadre de la libéralisation des activités postales et de télécommunications, issues des anciens services postaux et de télécommunications publics.

Il se dégage du sondage fait par la société TNS Ilres qu'une partie très significative du public auquel la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM s'adresse ou s'adressera, croit, en étant confrontée au signe LUXEMBOURG TELECOM, agencé de la même manière que les signes FRANCE TELECOM, DEUTSCHE TELEKOM et BELGACOM et rappelant la lettre T, perçue comme signifiant télécom, du nom commercial P & T LUXEMBOURG de l'EPT, qu'on se trouve en présence d'une entité pareille aux entités FRANCE TELECOM, DEUTSCHE TELEKOM et BELGACOM, émanant de l'EPT et présentant des liens avec celle-ci.

Puisque l'EPT est connue comme l'opérateur historique et public en matière de télécommunications au Luxembourg, le public concerné croit aussi que le caractère public de l'EPT se répercute, d'une façon ou d'une autre, sur la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM.

L'interprétation que la Cour fait du sondage TNS Ilres n'est pas contredite par la circonstance que seulement 6,67 % des entreprises

frontalières pensent, en entendant la dénomination « LUXEMBOURG TELECOM », aux noms sous lesquels l'EPT exerce ses activités au Luxembourg et à des entreprises qui lui sont liées. En effet, la question posée à ces entreprises par l'institut de sondage nécessite une démarche active de l'esprit qui donne de la part d'entreprises non familiarisées avec la dizaine de noms soumise par l'institut de sondage des résultats nécessairement distincts de ceux d'entreprises installées au Luxembourg et familiarisées avec ces noms.

Elle n'est pas non plus contredite par les réponses aux questions du sondage effectué par QUEST MARKET RESEARCH. Ces questions sont formulées de telle façon qu'elles ne confrontent pas suffisamment les entreprises interrogées avec la question de l'existence d'un lien entre la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM et l'EPT.

Elle n'est finalement pas contredite par le fait que seulement 10 % des entreprises sondées par QUEST MARKET RESEARCH disent savoir avec certitude que P & T LUXEMBOURG possède des participations dans la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM. En effet, la question, qui met l'accent sur le terme « certitude », est une question orientée qui fait hésiter une entreprise interrogée confrontée à un nom qui est nouveau sur le marché.

Elle est par contre corroborée par la réponse à la question 10 posée par QUEST MARKET RESEARCH, question aux termes de laquelle 39,7 % des entreprises sondées disent qu'elles ne prennent pas LUXEMBOURG TELECOM pour un opérateur de télécommunications privé.

Il ressort des considérations qui précèdent qu'on se trouve en raison de l'utilisation par la société appelante du signe LUXEMBOURG TELECOM en présence d'une publicité susceptible d'induire les personnes auxquelles elle s'adresse en erreur sur la nature de la société TELECOM LUXEMBOURG S.A..

La société anonyme LUXEMBOURG TELECOM a utilisé avant l'intervention de l'ordonnance entreprise les termes d' « opérateur alternatif global ». Elle ne s'était cependant pas qualifiée d'opérateur privé. Depuis l'intervention de l'ordonnance entreprise, la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM fait également usage des termes « Premier opérateur alternatif global privé ».

La société anonyme LUXEMBOURG TELECOM estime que par l'utilisation de ces termes il est devenu clair qu'elle est étrangère à l'EPT et qu'elle n'a en rien un lien avec celle-ci. En ce qui concerne plus précisément la mention « Premier opérateur global privé », elle estime qu'un acte contraire aux dispositions de la loi du 30 juillet 2002 n'est plus susceptible de se reproduire et que de la sorte la demande en cessation de l'EPT est à déclarer irrecevable.

Elle se prévaut également des faits que sa clientèle est une clientèle professionnelle, qui ne se laisse pas facilement abuser, et que l'Etat détient une participation de 1,2 % dans le capital social de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM.

Ni l'utilisation des termes d' « opérateur alternatif global » et de « Premier opérateur alternatif global privé », ni le fait que la clientèle de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM est une clientèle de professionnels, ni le fait que l'Etat détient une participation de 1,2 % dans le capital social de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM ne sont de nature à écarter le risque d'une erreur sur la nature de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM. Les termes « alternatif » et « global » sont des termes vagues sans signification précise. La création d'une société à caractère privé par l'EPT, et contrôlée par celle-ci, est tout à fait concevable. Le terme « privé » n'exclut donc pas nécessairement l'opinion que la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM est une émanation de l'EPT, qu'elle présente des liens avec celle-ci et qu'elle a d'une façon ou d'une autre un caractère public.

A titre superfétatoire, il y a lieu de remarquer que même à interpréter le terme « privé » dans le sens préconisé par la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM, il n'en resterait pas moins – rien n'empêchant à l'avenir la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM de ne pas utiliser le terme « privé » – que l'utilisation du nom incriminé « LUXEMBOURG TELECOM » puisse être susceptible de se reproduire. L'irrecevabilité invoquée par la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM n'est partant pas à envisager.

Même une clientèle professionnelle ne se donne pas nécessairement la peine de faire des démarches pour s'enquérir de la nature véritable de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM.

La détention d'une infime part des actions de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM par l'Etat, détention qui est indirecte et qui ne confère pas à l'Etat la possibilité d'exercer d'influence réelle, ne permet pas de dire que la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM a en réalité un caractère public excluant l'erreur.

La société appelante fait valoir en troisième lieu que le tribunal a fait une fausse interprétation des dires de son administrateur-délégué Jérôme GRANDIDIER dans la presse. Elle prétend qu'il ne saurait être déduit de ces dires qu'elle est en aveu d'avoir délibérément cherché à susciter l'erreur.

Il est dit à l'article 23 de la loi du 30 juillet 2002 que la cessation des actes contraires aux dispositions des articles 1 à 22 peut être ordonnée même en l'absence d'une intention de la part de l'annonceur.

La publicité trompeuse n'est donc pas subordonnée à la volonté délibérée d'induire en erreur. L'examen des dires de Jérôme GRANDIDIER est par conséquent sans intérêt pour l'issue du litige.

La société anonyme LUXEMBOURG TELECOM objecte en outre que l'EPT n'a pas rapporté la preuve que l'utilisation du nom « LUXEMBOURG TELECOM » serait susceptible d'affecter le comportement économique des personnes auxquelles elle s'adresse ou serait susceptible de porter préjudice à l'EPT.

En vertu de l'article 23 de la loi du 30 juillet 2002, la publicité trompeuse n'exige pas la preuve d'une perte ou d'un préjudice réel.

Pour qu'il y ait publicité trompeuse, il suffit qu'il existe la possibilité que l'erreur affecte le comportement économique du public ou qu'elle porte préjudice à un concurrent.

Cette possibilité existe en l'espèce puisqu'il est indéniable qu'une partie des entreprises, attribuant 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, soit plus encline à contracter avec une telle entreprise et à délaisser l'EPT ou une entreprise ayant des liens effectifs avec l'EPT.

La société anonyme LUXEMBOURG TELECOM s'oppose finalement à l'interdiction de l'utilisation du signe LUXEMBOURG TELECOM au motif que *« cela viendrait à admettre que la partie demanderesse est propriétaire de ces termes usuels et génériques et ce alors même que ces termes ne sont même pas employés en tant que tels dans aucun de ses noms commerciaux »*.

Cette argumentation est à rejeter puisque par l'interdiction faite à la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM d'utiliser les termes litigieux, interdiction qui est la conséquence des agissements de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM aux dispositions de la loi du 30 juillet 2002, aucun droit n'est reconnu sur ces termes à l'EPT.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que les premiers juges ont à bon droit dit qu'il y a eu publicité trompeuse et qu'ils ont ordonné la cessation de cette publicité.

Dans un ordre subsidiaire, la société appelante LUXEMBOURG TELECOM S.A. demande que le délai endéans lequel la cessation doit se faire soit modifié et qu'il soit dit que la cessation doit se faire dans un délai de deux mois à compter de la signification de l'arrêt à intervenir. Elle demande également que le montant de l'astreinte soit réduit.

Au regard de la nature des démarches à entreprendre par la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM, il paraît indiqué à la Cour de

faire droit à la demande en prolongation du délai endéans lequel la cessation doit être opérée.

Le montant de l'astreinte est par contre adéquat.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que l'appel de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM est partiellement fondé.

La société anonyme LUXEMBOURG TELECOM n'ayant pas intérêt à voir publier par la voie de la presse un arrêt ne lui donnant pas gain de cause, la Cour considère que sa demande en publication de l'arrêt n'a été faite que pour le cas où il serait retenu, par réformation de l'ordonnance entreprise, que les termes litigieux pourraient être utilisés par la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM. La Cour n'est donc pas saisie d'une demande en publication.

Dans un ordre subsidiaire, la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM demande à titre reconventionnel qu'elle soit autorisée à adopter la dénomination sociale « LUXEMBOURG TELECOM PRIVATE OPERATOR ». Cette demande est à déclarer irrecevable, les juridictions n'ayant pas le pouvoir d'autoriser l'usage de dénominations sociales.

Relativement à l'appel incident de l'EPT, la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM demande la confirmation de l'ordonnance entreprise qui a déclaré irrecevable, comme étant nouvelle, la demande introduite par l'EPT par note de plaidoiries. Subsidiairement, la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM soutient que la preuve d'une atteinte à la loi du 30 juillet 2002 n'est pas donnée, qu'elle a enregistré la marque verbale LUXTELECOM auprès de l'OFFICE BENELUX DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE et que ce dépôt de marque n'a fait l'objet d'aucune opposition de la part de l'EPT.

Il résulte d'une pièce versée par l'EPT que la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM utilise le signe www.luxtelecom.lu comme nom de domaine.

Le signe LUXTELECOM, quelle que soit sa forme orthographique, n'est – l'usage d'abrévier le terme LUXEMBOURG par LUX étant des plus répandus – qu'une variante du signe LUXEMBOURG TELECOM.

Par sa note de plaidoiries, l'EPT n'a donc pas présenté de demande nouvelle par son objet, mais elle a apporté des précisions à sa demande initiale.

L'utilisation du signe LUXEMBOURG TELECOM étant constitutive d'une publicité trompeuse, l'utilisation de sa variante LUXTELECOM, quelle que soit sa forme orthographique, est également constitutive d'une publicité trompeuse.

La société anonyme LUXEMBOURG TELECOM, serait-elle titulaire d'une marque « LUXTELECOM », l'interdiction par la Cour du signe « LUXTELECOM » n'implique pas une atteinte au droit même sur la marque ou une mise en cause de la validité de son dépôt, puisque l'action en cessation dont est saisie la Cour ne vise pas la contrefaçon d'une marque mais l'atteinte aux dispositions de la loi du 30 juillet 2002 (cf. BRAUN, Précis des marques, Ed. 2008, n° 149).

L'EPT peut donc agir en cessation sur base de la loi du 30 juillet 2002 sans devoir s'opposer au dépôt de la marque.

Il résulte de ce qui précède que l'appel incident est fondé.

Il y a par conséquent lieu de compléter la mesure de cessation par l'ajout des termes « y compris sa variante LUXTELECOM, quelle que soit la forme orthographique de celle-ci ».

L'EPT demande pour le cas où elle obtiendrait gain de cause la publication dans la presse de l'arrêt à intervenir.

La mesure de publicité sollicitée n'est pas de nature à ajouter quelque chose à la cessation ordonnée et à parfaire celle-ci.

La demande de l'EPT est par conséquent à rejeter.

La société anonyme LUXEMBOURG TELECOM, qui est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Il paraît inéquitable de laisser à charge de l'EPT les frais irrépétibles de l'instance d'appel. La Cour fixe ex aequo et bono à 2.000 € l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel qui doit lui revenir de la part de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière de la loi du 30 juillet 2002, statuant contradictoirement,

déclare les appels principal et incident recevables ;

déclare l'appel principal partiellement fondé ;

déclare l'appel incident fondé ;

réformant :

ordonne à la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM la cessation de la publicité trompeuse consistant à utiliser dans l'exploitation de son activité le signe « LUXEMBOURG TELECOM », y compris sa variante « LUXTELECOM », quelle que soit la forme orthographique de celle-ci, à compter d'un délai de deux mois suivant la signification du présent arrêt, sous peine d'une astreinte de 1.000 € par jour de retard dûment constaté ;

rejette la demande reconventionnelle de la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM ;

rejette la demande de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS en publication de l'arrêt dans la presse ;

déboute la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

déclare la demande de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel fondée pour un montant de 2.000 € ;

condamne la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM à payer à l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de 2.000 € ;

condamne la société anonyme LUXEMBOURG TELECOM aux frais et dépens de l'instance d'appel.