Arrêt – concurrence déloyale

Audience publique du vingt-trois mars deux mille onze.

Numéro 36768 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Jean ENGELS, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée AAA s.à r.l., *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN de Luxembourg du 19 novembre 2010,*

comparant par Maître Katia MANHAEVE, 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 de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro …….., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit HOFFMANN,*

comparant par Maître Myriam BRUNEL, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Exposé des faits

Par requête du 29 septembre 2010, ensemble l'assignation en concurrence déloyale du 1er octobre 2010, la société à responsabilité limitée AAA s.àr.l. a fait exposer :

- être une société d'édition spécialisée, depuis 2006, dans la publication d'ouvrages de droit luxembourgeois, tels que revues, codes, ouvrages de doctrine visant un marché spécifique tant de par le public visé que de par le contenu des publications et l'étendue géographique ;
- avoir recouru, dès sa création, à un graphiste professionnel dans le but de se démarquer, de par son identité visuelle, des autres maisons d'éditions luxembourgeoises et étrangères actives sur le territoire luxembourgeois ;
- avoir publié, à ce jour, près de vingt revues, codes et ouvrages, utilisant tous la même ligne graphique, tant en ce qui concerne la couverture, la quatrième de couverture, la mise en page des chapitres et sections que la numérotation des pages.

Actuellement, la société AAA s.à r.l. reproche à la société à responsabilité limitée BBB s.à r.l. d'avoir, à la mi-septembre 2010, en publiant le livre de CCC, intitulé *« XXX* », utilisé une ligne graphique similaire à sa propre ligne graphique.

La société AAA s.à r.l. souligne que cet ouvrage *est semblable, voire identique* aux couvertures des différents ouvrages de AAA, alors qu'*un bord de couleur sur fond blanc a été utilisé*, que *le bord de couleur a exactement les mêmes dimensions que ceux utilisés par AAA,* que *les coins du fond blanc ont aussi été biseautés*, que *l'agencement du titre de l'ouvrage et du nom de l'auteur est quasiment identique*, que *la police utilisée est semblable*, que *la taille de la police est similaire* et qu'*une indication supplémentaire figure également sous ce titre.*

La société AAA s.à r.l. ajoute que *la quatrième couverture de l'ouvrage* litigieux *est également identique voire semblable aux quatrièmes de couverture de AAA* alors que *la même bordure de couleur sur fond blanc est présente,* que *les dimensions de la bordure sont identiques,* que *le titre de l'ouvrage est identique en haut de gauche du fond blanc* et qu'*une photo de l'auteur ainsi qu'une présentation de celui-ci se trouve à droite de celui-ci.*

La société AAA s.à r.l. insiste sur le fait que *la mise en page générale du livre litigieux est également semblable* alors que *les différents chapitres sont délimités sur le bord droit des pages et sur la tranche de l'ouvrage par des ongles identiques quant à leur taille et format à ceux utilisés par AAA dans ses publications,* que *le nom des chapitres figure en haut de chaque page,* que *le numéro de la page est identique dans le coin supérieur droit* et qu'*un trait de la largeur de la page souligne ses deux derniers éléments.*

Estimant que les agissements de la société BBB s.à r.l. sont constitutifs d'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 84/850/CE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, alors qu'il *peut aisément être pensé que l'ouvrage litigieux est, de par la forme, la mise en page, la couverture et le quatrième de couverture, un ouvrage publié par AAA*, et soulignant que les mêmes agissements constituent en outre un acte de parasitisme économique dans la mesure où la société BBB s.à r.l. s'est immiscée, de par son comportement, dans le sillage de son concurrent pour en tirer profit de son savoir-faire et de sa renommée, la société AAA s.à r.l. a conclu :

- à voir dire que la société BBB s.àr.l. devra cesser avec effet immédiat la distribution et la vente du livre de CCC, intitulé « *XXX* », sous sa forme actuelle ou toute autre présentation similaire à la ligne graphique de AAA, ce sous peine d'une astreinte de 100 € par livre vendu en violation de la prédite interdiction ;
- à voir ordonner à la société BBB s.à r.l. de procéder au retrait du livre litigieux de l'ensemble des points de vente, sous peine d'une astreinte de 2.000 € par point de vente et par jour de retard ;
- à voir interdire à la société BBB s.à r.l. de promouvoir, d'éditer ou de publier des ouvrages avec la forme litigieuse ou avec toute autre présentation similaire à la ligne graphique de AAA.

La société AAA s.à r.l. a, en outre, demandé la publication de l'ordonnance à intervenir dans deux quotidiens luxembourgeois aux frais de la société BBB s.à r.l. ainsi que l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

<u>L'ordonnance entreprise et les prétentions des parties</u>

Par ordonnance du 22 octobre 2010, le magistrat siégeant en matière de concurrence déloyale, a déclaré la demande recevable, l'a dit non fondée et a débouté les parties de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure.

Face au reproche de la société AAA s.à r.l. à la société BBB s.àr.l. d'avoir *imité sa ligne graphique et d'avoir créé ainsi la confusion avec elle et ses produits,* et face à la réplique de la société BBB s.à r.l. que *les similitudes entre les lignes graphiques ne sont pas si flagrantes,* le livre litigieux ayant été imprimé *selon les fonctionnalités d'impression habituelles et que les polices et les cadres ne sont pas identiques*, le magistrat siégeant en matière de concurrence déloyale a – en substance – :

- dit que les similitudes entre les lignes graphiques sont données en l'espèce ; que la présentation graphique du livre litigieux constitue une imitation de celle des ouvrages de doctrine édités par la société AAA s.à r.l. ;
- dit que la présentation particulière des ouvrages de doctrine de la société AAA s.à r.l., notamment le bord de couleur sur fond blanc et le coin biseauté, est suffisamment originale pour mériter protection ;

- dit qu'il faut, pour apprécier si la confusion est possible, tenir compte des aptitudes de la clientèle, qui – en l'occurrence – est une clientèle avisée, composée de juristes ou autres professionnels du domaine juridique ;
- dit qu'en l'espèce un tel risque de confusion entraînant, du moins virtuellement, une perte de clientèle n'est pas donné ;
- dit que la clientèle visée, en achetant le livre litigieux – qui mentionne clairement la dénomination de la société éditrice sur la page de couverture – ne saurait se tromper sur l'identité de l'auteur et penser acquérir un ouvrage édité par AAA ; que la clientèle visée n'est pas amenée à confondre les sociétés éditrices ;
- retenu que le critère de choix de la clientèle porte moins sur la société d'édition et la mise en page d'un livre que sur le sujet et l'auteur de l'ouvrage.

Relativement au reproche tiré du parasitisme, le magistrat siégeant en matière de concurrence déloyale a dit qu'il n'est pas établi que la société BBB s.à r.l. ait eu l'intention de se placer dans le sillage de la société AAA s.à r.l. afin de tirer profit de sa renommée ; qu'il n'est, par ailleurs, pas établi que la société BBB s.à r.l. se soit volontairement et à dessein inspirée de la ligne graphique de AAA s.à r.l. ; que la ligne graphique de la société AAA s.à rl. ne procure aucun avantage concurrentiel à la société BBB s.à r.l. dans la mesure où la présentation graphique d'un ouvrage juridique n'est pas le critère déterminant du choix de la clientèle.

Par exploit d'huissier du 19 novembre 2010, la société AAA s.à r.l. a régulièrement relevé appel de l'ordonnance rendue le 22 octobre 2010.

La société AAA s.à r.l. conclut à voir confirmer le magistrat de première instance en ce qu'il a retenu que la présentation graphique du livre litigieux constitue une imitation de celle des ouvrages de doctrine publiés par l'appelante.

La société AAA s.à r.l. fait cependant grief au magistrat de première instance en ce qu'il a dit que cette imitation ne constitue pas un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale au sens de l'article 14 de la loi sur la concurrence déloyale, faisant plus particulièrement plaider que pareille imitation ne crée pas seulement un risque de confusion et est constitutive de parasitisme, mais constitue en outre un acte *per se* contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

La société AAA s.à r.l. conclut, par réformation de l'ordonnance entreprise, aux mêmes fins que l'assignation introductive d'instance, sauf qu'elle demande encore à voir cesser avec effet immédiat, l'exploitation, la promotion, l'édition et la publication du livre litigieux sous peine d'astreinte.

La société AAA s.à r.l. réclame en outre une indemnité de procédure de 10.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La société BBB s.à r.l. demande à la Cour de constater que la condition de la similitude ou de l'existence d'une imitation entre le livre de CCC et les ouvrages de la société AAA s.à r.l. n'est pas donnée et de dire qu'il n'y a aucun risque de confusion entre les ouvrages des deux sociétés.

Elle conclut, principalement, à la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Subsidiairement, au cas où la Cour qualifierait ses agissements d'actes de concurrence déloyale, la société BBB s.à r.l. conclut à voir :

- constater qu'elle n'est pas responsable de la distribution et de la vente du livre litigieux ;
- dire et constater qu'il s'agit d'une demande nouvelle et partant déclarer cette demande irrecevable, à tout le moins dire et admettre qu'aucune astreinte ne pourra être prononcée de ce chef, la partie AAA ayant omis d'assigner en jugement commun les distributeurs et vendeurs dudit ouvrage ;
- admettre que la demande de procéder ou à faire procéder au retrait du livre litigieux de l'ensemble des points de vente est également irrecevable sinon mal fondée ;
- limiter l'astreinte journalière à prononcer à de plus justes proportions ;
- débouter la société AAA s.à r.l. de sa demande à voir interdire à la partie BBB s.à r.l. d'exploiter, de promouvoir, d'éditer, de publier, de distribuer ou de vendre des ouvrages avec la forme litigieuse ou avec toute autre présentation similaire à la ligne graphique AAA pour être par trop imprécise et comme constituant une demande future, sinon qui consiste à invoquer un intérêt purement expectatif ;
- débouter la société AAA s.à. l. de sa demande tendant à voir publier la décision à intervenir ;
- débouter la société AAA s.à r.l. de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure sinon la réduire à des plus justes proportions.

Discussion

L'acte répréhensible, au sens de l'article 14 de la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, est un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, qui enlève ou est de nature à enlever à ses concurrents ou à l'un d'eux une partie de la clientèle ou qui porte atteinte ou tente de porter atteinte à leur capacité de concurrence.

Commet ainsi un acte de concurrence déloyale celui qui crée ou tente de créer la confusion entre sa personne, son établissement, ses produits ou ses services et la personne, l'établissement, les produits ou les services d'un concurrent.

Relativement au prétendu risque de confusion, la société AAA s.à r.l. reproche au magistrat de première instance d'avoir dit que la copie de la ligne graphique par la société BBB s.à r.l. ne crée ou ne tente pas de créer une confusion entre celle-ci et l'actuelle partie appelante.

La société AAA s.à r.l. fait valoir qu'il s'est créé un amalgame entre les produits de deux maisons d'éditions concurrentes et qu'*un lecteur ayant été satisfait d'un premier achat « AAA » peut être amené à acheter le livre litigieux en pensant qu'il s'agit d'un ouvrage de la même série* ; que le risque de perte de clientèle aurait été bien réel dans la mesure où une *ligne graphique, réfléchie et agréable, constitue un élément qui contribue à la prise de décision d'achat du lecteur, la capacité de concurrence d'une entreprise dépendant fortement de la capacité de cette dernière à se distinguer et à se démarquer de ses concurrents.*

La société AAA s.à r.l. ajoute que sur le marché très restreint des publications juridiques en droit luxembourgeois, cette nécessité de se démarquer – de par la qualité de la mise en page et de la présentation du livre – existe tant vis-à-vis des clients, lecteurs des ouvrages, que vis-à-vis de l'auteur du livre. L'appelante souligne *avoir souhaité, en choisissant une ligne graphique présentant la photo de l'auteur en améliorant l'esthétique globale de ses livres et la facilité pour les reconnaître en rayon, convaincre les auteurs de venir publier leur livre chez elle.*

A rappeler qu'une confusion créée dans l'esprit du public sur l'origine des produits est un moyen de détourner la clientèle attachée à une entreprise concurrente et de profiter de son renom.

Concernant le livre litigieux de CCC, intitulé « *XXX* », la Cour fait siennes les constatations du magistrat de première instance selon lesquelles la ligne graphique pour ce livre s'est fortement inspirée de la ligne graphique utilisée par la société AAA s.à r.l. pour ses publications en droit luxembourgeois, les ressemblances étant, de par *la forme, la mise en page, la couverture et le quatrième de couverture*, de nature à entraîner une confusion. S'il est vrai qu'il existe entre le livre litigieux de CCC et les publications de la société AAA s.à r.l., mis côte à côte, quelques divergences, il n'en demeure pas moins que, consultés l'un après l'autre ou en les voyant successivement, ce dans le cadre d'un examen global synthétique, ils prêtent à confusion.

Que la société BBB s.à r.l. ait confié la conception et la création du lay-out de l'ouvrage de CCC à l'DDD et que l'auteur du livre litigieux ait lui-même pris l'initiative de proposer quelques changements dans le but de donner à son livre un aspect plus moderne [(cf : attestation testimoniale de EEE du 13 janvier 2011 : « (… …) *Il a été demandé de couper 2 angles, le coin intérieur gauche et le coin supérieur droit, ceci pour donner un aspect plus moderne à l'ouvrage* (… …).], ne porte pas à conséquence et ne saurait en aucun cas affranchir la société BBB s.à r.l. de ses responsabilités en cas d'une éventuelle atteinte aux capacités de concurrence de la société AAA s.à r.l..

Concrètement, se pose la question de savoir si le fait pour la société BBB s.à r.l. d'avoir imité l'identité visuelle de la société AAA s.à r.l. revient – comme l'entend la société AAA s.à r.l. – à *brouiller ou dissoudre la stratégie par elle arrêtée pour établir son image commerciale sur le marché national des éditions juridiques*, *compromettant ainsi le message publicitaire de la société appelante* et à porter ainsi largement atteinte à sa capacité de se distinguer et à sa capacité de concurrence.

Comme l'a correctement fait plaider la société BBB s.à r.l., *le particularisme du secteur de livres juridiques ne s'effectue pas par la présentation marketing de couverture mais par le contenu, la qualité du contenu et de son auteur*.

Le public visé par les ouvrages publiés tant par la société BBB s.à r.l. que par la société AAA s.à r.l. est constitué d'une clientèle particulièrement intéressée aux questions touchant le droit. L'achat par les juristes ou autres praticiens du droit d'un ouvrage juridique déterminé ne se fait pas en fonction de l'éditeur et de la forme que celui-ci a donnée à l'ouvrage. Ceci est d'autant plus vrai que le marché

luxembourgeois concerné est un marché très restreint. La Cour est d'avis – contrairement à ce que la société FFF s.à r.l. a fait exposer en termes de plaidoiries – que la clientèle attirée par les livres de droit ne *raisonne pas* comme le ferait n'importe quel consommateur en se *laissant charmer par la présentation du livre*, *sa présentation extérieure et sa ligne graphique,* mais l'achat d'un ouvrage juridique est conditionné par le sujet et les problèmes y traités, le travail de synthèse y contenu et les explications données, bref par l'intérêt que le juriste-praticien porte au contenu de l'ouvrage en question.

Il n'y a donc en l'espèce pas de risque de confusion.

Que la société BBB s.à r.l. ait, de par la publication du livre de CCC, atteint ou tenté d'atteindre la capacité de concurrence de la société FFF s.à r.l., laisse partant d'être établi.

Ensuite, la société AAA s.à r.l. reproche au magistrat de première instance de n'avoir pas dit que les agissements de la société BBB s.à r.l. sont à qualifier d'actes de parasitisme économique, alors que la société BBB s.à r.l., en copiant la couverture, la quatrième de couverture ainsi que la mise en page générale des ouvrages de la société AAA s.à r.l., se serait inscrite dans le sillage de son concurrent en profitant de la renommée que celui-ci s'est construite sur le marché luxembourgeois des éditions juridiques en économisant ainsi les frais et les efforts de développement d'une nouvelle ligne graphique.

La société AAA s.à r.l. critique le magistrat de première instance d'avoir dit qu'à renommées égales une société concurrente ne peut pas s'inscrire dans le sillage d'une autre et d'avoir retenu que l'imitation de la ligne graphique de la société AAA s.à r.l. ne procure pas à la société BBB s.à r.l. un avantage concurrentiel, étant donné que la présentation graphique d'un ouvrage n'est pas le critère qui détermine le choix des lecteurs.

Il y a lieu de noter que le parasitisme peut exister indépendamment de tout risque de confusion dans l'esprit des différents acteurs économiques entre l'œuvre de la victime et celle du parasite. La mise en cause du parasite est également indépendante de l'originalité du bien parasité.

Ce qui est appréhendé en matière de parasitisme sont les moyens employés, intrinsèquement vicieux, et non le résultat qu'ils ont produit.

Est ainsi défini comme parasitisme économique l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de son savoir-faire.

Le critère déterminant du parasitisme est une reprise plagiaire se nourrissant de la substance et de la forme de l'œuvre de la victime, ce qui revient à s'immiscer dans son sillage.

Le parasitisme se matérialise par l'imitation des idées ou du travail d'autrui sans rien dépenser.

De tels agissements permettent à l'entreprise parasite de faire l'économie de frais financiers et intellectuels importants pour la commercialisation de ses produits et de profiter de la renommée d'autrui.

S'approprier le travail et les investissements d'autrui constitue un acte qui fausse le jeu normal du marché, rompt l'équilibre entre les divers intervenants et provoque ainsi un trouble commercial.

(Jurisclasseur : Philippe le TOURNEAU, notion de parasitisme, régime juridique, fasc. nos 227 et 228 et les nombreuses références y citées ; Dalloz 1993, chronique, page 310 : Le parasitisme dans tous ses états par Philippe le TOURNEAU).

Si le comportement de la société BBB s.à r.l., en rapport avec le livre de CCC, laisse à désirer, cet acte isolé ne saurait cependant être considéré comme constituant un acte parasitaire économique commis dans le seul but de tirer parti de la réputation de la société AAA s.à r.l. ou de profiter des investissements matériels ou intellectuels de celle-ci pour l'élaboration de ses publications.

Il paraît en effet peu plausible que la société BBB s.à r.l. – qui dispose depuis 1996 pour l'agencement de ses publications en droit luxembourgeois d'une identité visuelle propre qui, elle, mises à part quelques similitudes commandées par des usages d'impression standard, diffère dans son ensemble de la ligne graphique utilisée par la société AAA s.à r.l. – ait voulu profiter de la stratégie commerciale et des efforts de conception de son concurrent dans le but unique d'attirer la clientèle. Ceci est d'autant plus vrai dans la mesure où la clientèle concernée par les publications éditées tant par la société BBB s.à r.l. que par la société AAA s.à r.l. ne se laisse pas capter par le seul aspect extérieur du livre, la décision d'achat de cette clientèle avertie ne se laissant pas influencer par la présentation graphique de l'ouvrage.

Il suit de toutes ces considérations qu'il y a lieu à confirmation de l'ordonnance entreprise en ce qu'elle n'a pas retenu un acte de parasitisme économique dans le chef de la société BBB s.à r.l., les agissements de cette dernière n'ayant ni rompu l'égalité entre les deux sociétés concurrentes, ni faussé le jeu normal du marché.

Enfin, la société AAA s.à r.l. soutient que *l'imitation de la ligne graphique d'un concurrent sur un marché aussi spécifique que le marché luxembourgeois des éditions juridiques doit être considérée comme un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale per se,* un éditeur normalement prudent et diligent, fort de nombreuses années d'expérience à l'instar de la société BBB s.à r.l. et traitant sur un marché spécifique, tel celui des publications des ouvrages en matière juridique, n'aurait pas copié la ligne graphique d'un autre concurrent ; que *ces agissements auraient pour effet d'anéantir, sinon de porter largement atteinte à la capacité de AAA de se distinguer, et portent donc atteinte à sa capacité de concurrence constituant ainsi un acte de concurrence déloyale au sens de la loi sur la concurrence déloyale qui doit être sanctionné.*

Cette argumentation est à déclarer non fondée par adoption des considérations développées ci-avant, l'achat du livre litigieux étant – sur le marché spécifique des

publications en droit luxembourgeois – conditionné par son contenu respectivement son auteur et non pas par sa présentation graphique.

Il suit de l'ensemble de ces développements que l'appel est à déclarer non fondé.

L'ordonnance entreprise est à confirmer.

Il n'y a pas lieu de faire droit aux demandes respectives des parties en obtention d'une indemnité de procédure, alors qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge de chacune des parties les sommes exposées par chacune d'elles et non comprises dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière de concurrence déloyale, statuant contradictoirement, le représentant du Ministère public entendu en ses conclusions,

déclare l'appel recevable ;

le dit non fondé ;

confirme l'ordonnance entreprise ;

déboute les parties de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne la société à responsabilité limitée AAA s.à r.l. aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Myriam BRUNEL qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.