Arrêt commercial

Audience publique du treize juillet deux mille onze.

Numéro 36189 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

***la société anonyme IMHOTOP S.A.**, établie et ayant son siège social à L-2311 Luxembourg, 51A, Avenue Pasteur, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 0058062, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 3 juin 2010,*

comparant par Maître Luc JEITZ, avocat à Luxembourg ;

e t :

***la société à responsabilité limitée IMMOTOP.LU Le Portail Immobilier s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-1470 Luxembourg, 106, route d'Esch, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 142349, représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

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

comparant par Maître Didier SCHÖNBERGER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit du 3 août 2009 la société anonyme IMHOTOP S.A. a assigné la société à responsabilité limitée IMMOTOP pour voir celle-ci condamner à la modification de sa dénomination sociale, la nouvelle dénomination ne devant plus contenir l'adjonction des deux signes « IMMO » et « TOP » ou tout autre signe similaire.

La demande a été basée sur l'article 25,2 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales du 10 août 1915.

Le tribunal a par jugement du 10 décembre 2009, après avoir écarté le moyen de nullité de l'exploit d'assignation, condamné la société IMMOTOP à modifier sa dénomination sociale dans un délai de trois mois à compter de la signification du jugement sous peine d'une astreinte de 500 € par jour de retard ; il a encore déclaré irrecevable la demande en interdiction de l'utilisation de la dénomination sociale « IMMOTOP » soit d'une façon isolée, soit par l'adjonction des deux signes « IMMO » et « TOP » ou tout signe similaire.

Il a encore déclaré non fondée la demande de la société IMMOTOP en paiement d'une indemnité de 10.000 € pour procédure vexatoire et abusive et d'une indemnité de procédure.

Il a alloué à IMHOTOP une indemnité de procédure de 1.000 €.

La société IMHOTOP a régulièrement relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier du 3 juin 2010.

L'appelante critique le jugement pour ne pas avoir admis sa demande en suppression du vocable « IMMOTOP », en ayant dit que la demande en interdiction d'utilisation de ce vocable n'était pas prévue par les articles 25 et 185 de la loi sur les sociétés commerciales et elle demande, par réformation du jugement entrepris, à voir condamner IMMOTOP à modifier sa dénomination sociale par la suppression du vocable « IMMOTOP ».

La partie intimée invoque la nullité de la demande en modification par la suppression du vocable « IMMOTOP » en raison de la nouveauté de cette demande.

La demande tendant à la suppression du vocable « IMMOTOP » ne constitue toutefois pas une demande nouvelle, dans la mesure où en première instance IMHOTOP, aux termes de son assignation, avait demandé à ce que la nouvelle dénomination ne devait plus contenir l'adjonction des deux signes « IMMO » et « TOP ».

Cette demande en suppression par la modification de la dénomination est à différencier de la demande en interdiction de l'utilisation du même vocable, qui a été déclarée à bon droit irrecevable.

Quant à la forclusion

La société intimée invoque la perte par la société IMHOTOP de son droit d'invoquer l'article 25 de la loi sur les sociétés commerciales, faisant valoir qu'elle connaît depuis juillet 2006 la dénomination sociale IMMOTOP par le fait de s'être inscrite sur le site exploité par IMMOTOP, ce site étant dénommé IMMOTOP.LU. ; elle aurait ainsi accepté le nom de la société intimée.

Il échet de relever en premier lieu que l'article 25,2 et l'article 185 de la loi sur les sociétés commerciales, qui s'applique aux sociétés à responsabilité limitée et fait référence à l'article 25, n'assortissent le droit pour les sociétés les plus anciennes de se plaindre d'aucune limitation.

D'après la jurisprudence belge qui s'est développée en Belgique à partir d'une disposition identique à l'article 25,2, la société, qui estime que la ressemblance de la dénomination sociale d'une autre société peut induire en erreur, doit réagir rapidement sous peine d'être déchue de son droit exclusif sur la dénomination qu'elle a choisie. Une inaction prolongée est de nature à démontrer que le danger de confusion n'est pas réel ou qu'il a été bénévolement accepté.

D'après cette même jurisprudence l'inaction prolongée ne se conçoit qu'à partir du moment où la société, qui se prévaut de son droit, a pris connaissance de l'existence de l'autre et non pas à partir de la constitution de la société.

Cette jurisprudence a l'avantage d'appuyer la sécurité juridique et de faire respecter les droits acquis dans des circonstances où la société intéressée a adopté un comportement inconciliable avec son droit qu'elle tire de l'article 25.2 de la loi sur les sociétés commerciales (Cour d'appel, 11 janvier 2006, no 292231 du rôle, MDI Motor Development International c/ MDI Market Development International).

En l'espèce la société IMHOTOP utilise la dénomination sociale depuis le 30 juillet 1997, date à laquelle elle a procédé au changement de sa dénomination sociale. Même à admettre qu'elle ait utilisé le site dénommé IMMOTOP en y insérant des publicités depuis juillet 2006, comme soutenu par la partie intimée, - il est constant en cause que la société IMMOTOP n'a été constituée sous cette dénomination que le 7 octobre 2008, la publication étant intervenue le 29 octobre 2008 -, la société IMMOTOP n'avait aucune action basée sur l'article 25 de la loi sur les sociétés commerciale, qui est une action qui protège la dénomination sociale, avant la constitution de la société IMMOTOP.

Etant donné que l'inaction prolongée ne se conçoit qu'à partir où la société, qui se prévaut de son droit, a pris connaissance de l'existence de l'autre et

qu'en l'espèce IMHOTOP a réagi contre l'utilisation de la dénomination IMMOTOP dès le mois de juillet 2009, date à laquelle elle a introduit une action en concurrence déloyale contre l'intimée, en se prévalant de l'utilisation par celle-ci de la dénomination IMMOTOP, elle ne peut pas être considérée comme ayant accepté la dénomination sociale de la société IMMOTOP.

Elle n'est partant pas déchue de son droit d'agir sur la base invoquée.

Quant au fond

Il y a lieu de noter que la société intimée a changé sa dénomination sociale après le jugement du 10 décembre 2009 et qu'elle se nomme IMMOTOP.LU Le Portail Immobilier s.àr.l.

Elle fait valoir que IMHOTOP ne serait pas un nom original qui mérite protection au sens de la loi ; elle soutient ensuite qu'il n'y aurait aucune possibilité de confusion phonétique, graphique ou visuel, d'autant plus que l'activité des deux sociétés n'est pas la même,- IMHOTOP fait la promotion immobilière, tandis que IMMOTOP met à disposition un portail immobilier sur internet-, et qu'il faudrait prendre en considération l'ensemble de la dénomination eu égard à tous les éléments qui la composent ; le fait qu'elle indiquerait le domaine dans sa dénomination enlèverait tout risque de confusion. Elle demande par ailleurs la confirmation du jugement en ce que les premiers juges ont déclaré irrecevable la demande en interdiction d'utiliser les vocables « IMMO » et « TOP ».

La société IMHOTOP réplique que sa dénomination sociale est antérieure à celle de la société intimée et qu'il y a eu et qu'il y a toujours risque de confusion entre la dénomination IMHOTOP et celle même nouvelle de la société IMMOTOP .LU Le Portail Immobilier.

Il est de jurisprudence constante que les deux seules conditions de la demande en modification de la dénomination sociale sont l'antériorité de la dénomination et le risque de confusion. Par conséquent l'objet social et l' activité de la société ne sont pas à considérer.

La Cour constate que la condition d'antériorité est donnée en l'espèce, dans la mesure où la société IMHOTOP utilise cette dénomination depuis 1997, tandis que la société intimée a pris la dénomination IMMOTOP au moment de sa constitution en octobre 2008. Le fait qu'antérieurement à la constitution de cette société, un particulier a utilisé ce nom pour exploiter un portail immobilier sur internet ne porte pas à conséquence, étant donné que la protection de l'article 25 de la loi sur les sociétés commerciales vise la dénomination de société.

Si la protection de la dénomination sociale n'est pas réservée aux dénominations originales, il faut cependant qu'elle soit suffisamment distinctive pour pouvoir en bénéficier, ce qui est le cas en l'espèce.

En l'espèce, les deux dénominations sociales contiennent un vocable qui est phonétiquement identique (IMMOTOP et IMHOTOP) ; ce vocable a été suivi du vocable LU et actuellement, après le changement intervenu suite au jugement entrepris, il est suivi des vocables LU. Le Portail Immobilier.

Lors de l'appréciation du risque de confusion des dénominations sociales qui doit se faire d'après la Cour de cassation (2 mai 1996, Pas. 30, p.60) d'une façon synthétique, de façon à ce qu' « *en cas de dénomination composée le juge doit confronter les dénominations ou désignations prises dans leur ensemble, eu égard à tous les éléments qui les composent* », il faut se demander si l'impression globale que l'homme normalement attentif a de la dénomination incriminée présente de tels points de similitude avec l'impression globale qu'il a gardée de la dénomination sociale dont la protection est demandée qu'il y a dans son esprit une confusion telle qu'il prend l'une pour l'autre.

Devant une dénomination sociale combinée, l'attitude de l'homme moyen normalement attentif est de ne pas faire l'analyse de la dénomination combinée mais de s'attacher plutôt au seul élément attractif de la dénomination (Cour d'appel 11 janvier 2006 précité). En l'espèce il s'agit des vocables IMMOTOP, respectivement IMHOTOP, qui sont phonétiquement identiques et visuellement quasiment identiques, plutôt que des termes de LU ou PORTAIL IMMOBILIER.

La ressemblance entre les deux dénominations est donc telle qu'un homme moyen, normalement attentif, risque de confondre les deux sociétés.

C'est partant à bon droit que les premiers juges ont déclaré fondée la demande en modification de la dénomination sociale ; la société IMMOTOP, en procédant à la modification de sa dénomination sociale, doit cependant également supprimer le vocable « IMMOTOP ».

Il y dès lors lieu à réformation partielle du jugement entrepris en ce que les premiers juges n'avaient pas considéré la demande de la société IMHOTOP en suppression du vocable « IMMOTOP ».

La partie intimée demande une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel. La partie, qui succombe et qui est condamnée aux frais de l'instance, ne saurait cependant prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure.

La partie appelante demande une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel, tout en demandant la confirmation du jugement en ce que les premiers juges lui ont alloué une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance.

Le jugement est à confirmer en ce que les premiers juges ont alloué à IMHOTOP une indemnité de procédure de 1.000 €.

Il est inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à charge de la partie appelante. Il y a lieu de lui allouer de ce chef une indemnité de 1.500 €.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel en la forme ;

le déclare fondé ;

partant condamne la société à responsabilité limitée IMMOTOP.LU LE PORTAIL IMMOBILIER SARL à modifier sa dénomination sociale par la suppression du vocable IMMOTOP endéans un délai de trois mois à compter de la signification du présent arrêt, sous peine d'une astreinte de 500 € par jour de retard dûment constaté ;

dit que le montant total de l'astreinte ne pourra dépasser la somme de 100.000 € ;

pour le surplus confirme le jugement ;

déclare non fondée la demande de la société à responsabilité limitée IMMOTOP.LU LE PORTAIL IMMOBILIER SARL en paiement d'une indemnité de procédure ;

condamne la société à responsabilité limitée IMMOTOP.LU LE PORTAIL IMMOBILIER SARL à payer à la société IMHOTOP S.A. une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel ;

la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Luc JEITZ, sur ses affirmations de droit.