Arrêt – concurrence déloyale

Audience publique du vingt et un décembre deux mille onze.

Numéros 37582 et 37704 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 à responsabilité limitée AAA s.à r.l., *établie et ayant son siège social à L-…. UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par ses gérants actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Nadine TAPELLA de Luxembourg du 21 juillet 2011,*

comparant par Maître François CAUTAERTS, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société coopérative à responsabilité limitée de droit belge BBB s.c.r.l., *entreprise de droit belge agréée sous le n° de code …. et enregistrée près le registre de commerce de VVV sous le numéro …….., établie et ayant son siège social à B-…. VVV, représentée au Grand-Duché de Luxembourg et agissant par sa succursale BBB, succursale de maison mère étrangère, établie et ayant son siège social à L-…. WWW, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., faisant les opérations sous la marque commerciale CCC, BBB, représentée par son mandataire général actuellement en fonctions, ayant ses bureaux à la même adresse,*

intimée *aux fins du susdit exploit TAPELLA,*

comparant par Maître Marc BADEN, avocat à Luxembourg ;

I I)

E n t r e :

la société coopérative à responsabilité limitée de droit belge BBB s.c.r.l., *établie et ayant son siège social à B-…. VVV, représentée au Grand-Duché de Luxembourg par son mandataire général actuellement en fonctions, ayant ses bureaux à L-…. WWW, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 2 septembre 2011,*

comparant par Maître Marc BADEN, avocat à Luxembourg ;

e t :

DDD, *demeurant à B-…. XXX*

intimé *aux fins du prédit exploit SCHAAL,*

comparant par Maître François CAUTAERTS, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

En vertu d'une ordonnance rendue sur requête le 11 mars 2011 et par exploit d'huissier du 29 mars 2011 la société coopérative à responsabilité limitée de droit belge BBB a fait comparaître DDD et la société à responsabilité limitée AAA devant le magistrat présidant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour s'entendre condamner à cesser les actes de concurrence déloyale consistant dans le fait de détourner à partir du 29 juin 2010 la clientèle de BBB constituant le portefeuille desservi par DDD sous peine d'une astreinte de 2.500.- euros par police d'assurance faisant partie du portefeuille de BBB desservi par DDD qui sera détournée à partir de la date de l'ordonnance à intervenir.

A l'appui de sa demande la société BBB a exposé que par convention d'agence générale du 3 décembre 2008 conclue entre elle et DDD celui-ci a été nommé agent général à titre permanent de BBB avec compétence sur tout le territoire du Grand-Duché; que cette convention contient une clause de non-concurrence en vertu de laquelle pendant une période de 18 mois, prenant cours à la date de la résiliation de la convention, l'agent général s'engage à n'exercer aucune activité d'intermédiaire d'assurance, directement ou indirectement, personnellement ou par personne physique ou morale interposée, qu'il s'abstiendra en outre de tout acte susceptible de provoquer des résiliations de contrats par des clients de la société mandante; que par courrier du 28 septembre 2010 le Commissariat aux Assurances a informé BBB de la demande de DDD du 13 septembre 2010 tendant à l'annulation de son agrément comme agent général de la requérante et par courrier du 2 novembre 2010 il a informé BBB qu'il procéderait au retrait de l'agrément ministériel comme agent d'assurances accordé à DDD avec effet à partir du 2 novembre 2010; qu'avant d'entamer sa démarche du 13 septembre 2010 DDD avait constitué une société à responsabilité limitée sous la dénomination AAA dans laquelle il est associé majoritaire et gérant administratif et qui a pour objet des opérations de courtage en assurances sur le marché luxembourgeois; que depuis sa constitution la société AAA est intervenue auprès des clients constituant le portefeuille d'assurances de BBB desservi par DDD avec pour conséquence que ces clients ont mis, respectivement sont en train de mettre fin à leurs relations avec BBB en dénonçant les contrats d'assurance conclus avec celle-ci par l'intermédiaire de DDD, respectivement AAA, que la défection de tous ces clients est due à l'initiative de DDD, respectivement AAA.

La société BBB a basé sa demande sur l'article 14 de la loi modifié du 30 juillet 2002 sur les pratiques commerciales, la concurrence déloyale et la publicité trompeuse et s'est prévalue par ailleurs de la violation par DDD de la clause de non-concurrence figurant dans la convention d'agence générale l'ayant lié à BBB.

Par ordonnance rendue le 22 juin 2011 le magistrat siégeant en remplacement du président de la chambre commerciale s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande dirigée contre DDD et compétent pour connaître de la demande dirigée contre la société AAA. Il a dit que la tierce complicité de la société AAA dans la violation par DDD de son obligation de non-concurrence est un acte de concurrence déloyale et a ordonné à la société AAA la cessation dudit acte de concurrence déloyale dans un délai d'un mois à partir de la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 1.000.- euros par jour de retard.

Par exploit d'huissier du 21 juillet 2011 la société AAA a relevé appel de cette ordonnance.

La société BBB en a relevé appel par exploit d'huissier du 2 septembre 2011.

Il y a lieu de joindre ces deux appels, réguliers en la forme, pour les toiser dans un même arrêt.

1. Appel de la société AAA

La société AAA reproche au juge de première instance d'avoir statué *ultra petita.* Elle fait valoir que dans sa requête du 14 février 2011 la société BBB a demandé dans le dispositif que DDD et AAA soient condamnés à cesser les prétendus actes de concurrence déloyale *"sous peine d'une astreinte de 2.500.- euros par police d'assurance faisant partie du portefeuille de BBB desservi par DDD détournée à partir de la date de l'ordonnance à intervenir"*, que dans le dispositif de l'ordonnance entreprise le premier juge a ordonné à la société AAA la cessation de l'acte de concurrence déloyale *"dans un délai d'un mois à partir de la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 1.000.- euros par jour de retard*, sans avoir été saisi d'une demande tendant à prononcer une astreinte par jour de retard.

La société AAA reproche encore au premier juge d'avoir estimé qu'elle était tierce complice de la violation par DDD de la clause de non-concurrence stipulée dans l'article 6.3 de la convention d'agence générale du 3 décembre 2008, qui est libellée comme suit:

"Pendant une période de 18 mois, prenant cours à la date de la résiliation de la présente convention, l'agent général s'engage à n'exercer aucune activité d'intermédiaire d'assurance, directement ou indirectement, personnellement ou par personne physique ou morale interposée. Il s'abstiendra, en outre, de tout acte susceptible de provoquer des résiliations de contrats par les clients de la société mandante."

L'appelante fait valoir que pour être valable la clause de non-concurrence doit être limitée soit dans le temps, soit dans l'espace (ou les deux), elle ne doit pas placer la personne tenue à l'obligation dans une situation ne lui permettant plus d'exercer normalement sa profession et elle doit être proportionnelle (E.D. Com. Vo Concurrence (Obligation de non-), nos 105 s.; Cass. com. 4.1.1994, C.C. IV n° 4; Cour 11.7.2001, nos 24107 et 24702 du rôle, DAOR 2009/91, p.290), que la clause de non-concurrence contenue à l'article 6.3 de la convention d'agence générale est seulement limitée dans le temps mais vaut pour une durée considérable de 18 mois et elle interdit *"toute activité d'intermédiaire d'assurance"* qu'elle place dès lors DDD dans une situation le privant *de facto* du droit d'exercer sa profession sous quelque forme que ce soit. Selon l'appelante, la clause viole le principe de la proportionnalité entre l'intérêt légitime du créancier de non-concurrence et l'atteinte apportée au libre exercice de l'activité professionnelle du débiteur de non-concurrence, elle est par ailleurs contraire à l'article 11 de la Constitution.

Dans l'ordonnance entreprise le premier juge retient que DDD exerce de façon indirecte une activité d'intermédiaire en assurances et ne respecte dès lors pas son obligation contractuelle de non-concurrence, que la société AAA s'est associée en connaissance de cause à la méconnaissance par ce dernier de ses obligations contractuelles en le faisant agréer comme sous-courtier pour

son compte. Dans le dispositif de l'ordonnance il ordonne à la société AAA la cessation dudit acte de concurrence déloyale sous peine d'une astreinte de 1.000.- euros par jour de retard.

Il faut en déduire que le premier juge a ordonné à la société AAA de procéder au retrait de l'agréation de DDD comme sous-courtier sous peine d'une astreinte par jour de retard.

Or, dans sa requête du 14 février 2011 la société BBB a demandé la condamnation de AAA et de DDD à cesser les actes de concurrence déloyale *"consistant dans le fait de détourner … la clientèle de BBB constituant le portefeuille d'assurances desservi par DDD, sous peine d'une astreinte de 2.500.- euros par police d'assurance …"*. Elle n'a donc pas demandé une cessation de l'activité d'intermédiaire d'assurance visée par la première phrase de la clause de non-concurrence, mais du débauchage de clientèle visé par la deuxième phrase.

Le premier juge a dès lors statué *ultra petita* en ordonnant dans le dispositif de l'ordonnance à AAA la cessation de l'acte de concurrence consistant dans l'exercice de l'activité d'intermédiaire d'assurance. Ce n'est toutefois pas cet *ultra petita* qui est visé par l'appelante, laquelle critique seulement l'astreinte prononcée par jour de retard, concluant par ailleurs à voir dire nulle la clause de non-concurrence dans la mesure où elle porte atteinte au libre exercice de la profession.

La Cour doit donc toiser le moyen d'appel tel qu'il lui est présenté et examiner la validité de la clause de non-concurrence au regard des critères dégagés par la jurisprudence, tels qu'ils sont ci-dessus rappelés par l'appelante.

La société BBB conteste que la durée de l'interdiction puisse être considérée comme excessive. Elle soutient que d'après l'article 6.3 la durée de 18 mois commence à courir à la date de résiliation de la convention et il vise donc la date de l'envoi de la lettre de résiliation et non la fin de la convention. Selon la société BBB, étant donné que l'article 5.3 du contrat prévoit un préavis de 12 mois, la durée de l'interdiction d'une activité d'intermédiaire d'assurance n'est donc en fait que de 6 mois.

La Cour ne peut faire sienne cette interprétation de l'article 6.3. En parlant de la résiliation de la convention cette disposition vise la date où la convention se trouve résiliée, donc la fin du préavis. En suivant l'interprétation de la société BBB la durée de l'interdiction serait différente en cas de résiliation avec préavis et en cas de résiliation avec effet immédiat, différence qui n'est pas justifiable.

Cette argumentation de la société BBB manque d'ailleurs de pertinence dans le présent litige où par courrier recommandé du 19 novembre 2010 elle a procédé à la résiliation du contrat pour manquement grave consistant en la perte de la qualité d'agent d'assurance en fixant la fin du contrat au 23 novembre 2010, conformément au dernier alinéa de l'article 5.5 de la convention traitant de la résiliation pour faute grave et qui dispose que la notification de la convention pour manquement grave se fait par lettre

recommandée et que la résiliation prend effet 3 jours après l'envoi de cette lettre.

Que l'on fixe en l'espèce le début de la période de 18 mois au 19 ou au 23 novembre 2010 ne réduit pas de manière substantielle la durée du délai stipulé dans la clause de non-concurrence.

La première phrase de cette clause de non-concurrence, en interdisant à l'agent pendant une durée de 18 mois l'exercice de toute activité d'intermédiaire d'assurance, directement ou indirectement, personnellement ou par personne physique ou morale interposée, a en fait pour conséquence de priver le débiteur de la clause de non-concurrence de la possibilité d'exercer normalement son activité professionnelle (E.D. op. cit. n° 109,110). Elle est donc illicite et doit être déclarée nulle.

L'ordonnance entreprise doit dès lors être réformée en ce qu'elle a ordonné à la société AAA, en sa qualité de tierce complice de la violation de cette clause de non-concurrence, de faire cesser ledit acte de concurrence déloyale et l'astreinte par jour de retard prononcée par le premier juge tombe en même temps.

L'interdiction de *tout acte susceptible de provoquer des résiliations de contrats* par les clients la société BBB, stipulée dans la deuxième phrase de l'article 6.3. est toutefois valable.

Concernant cette interdiction BBB soutient que les éventuelles résiliations de polices d'assurances ne constituent pas – en soi – la preuve d'une sollicitation de la clientèle de BBB, que seuls 180 clients ont résilié leurs polices, ce qui ne représente qu'une petite partie de la clientèle gérée par DDD, que par ailleurs tous les ans une certaine proportion de clients résilient leur police et la société BBB devrait donc d'abord démontrer le pourcentage général annuel de résiliations de polices au niveau de la compagnie.

Elle fait valoir que les tribunaux décident que le simple démarchage de clientèle, même provenant d'un ancien salarié, n'est pas déloyal en lui-même et qu'il appartient à la victime d'établir l'existence de procédés déloyaux, que l'ancien employé peut adresser une lettre à la clientèle l'informant de son changement d'adresse sans être poursuivi pour concurrence déloyale, qu'il peut même annexer à ce courrier un *folder* d'une compagnie d'assurance concurrente. Renvoyant à un arrêt rendu le 19 février 2008 par la Cour d'appel de Caen (JurisData 2008-361444) elle ajoute que même la fourniture aux clients de modèles de lettres de résiliation et l'envoi de celles-ci par l'agent d'assurance ont été jugés conformes aux pratiques de la profession.

La société AAA en déduit que faute par la société BBB d'établir des manœuvres déloyales à charge de DDD, elle doit être déboutée de sa demande.

L'article 14 de la loi modifiée du 30 juillet 2002, invoquée par la société BBB à l'appui de sa demande est du contenu suivant:

"Commet un acte de concurrence déloyale toute personne qui exerce une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale qui, par un acte contraire soit aux usages honnêtes en matière commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, soit à un engagement contractuel, enlève ou tente d'enlever à ses concurrents ou à l'un d'eux une partie de leur clientèle ou porte atteinte ou tente de porter atteinte à leur capacité de concurrence."

Cette disposition vise deux espèces de concurrence déloyale, celle commise moyennant un acte contraire aux usages honnêtes, et celle commise en violation d'un engagement contractuel. Elle doit donc être comprise dans le sens qu'en l'absence de clause de non-concurrence l'acte doit être contraire aux usages honnêtes pour valoir concurrence déloyale et qu'en présence d'une clause de non-concurrence il l'est du simple fait de la violation de cette clause. L'arrêt de la Cour d'appel de Caen, ci-dessus invoqué par la société AAA, retient d'ailleurs elle-aussi qu' *"un salarié peut, en l'absence de clause de non-concurrence, ce qui est le cas en l'espèce, concurrencer librement son ancien employeur, à la condition de ne pas témoigner à son égard d'un comportement déloyal."*

La société BBB verse un classeur de courriers de résiliation lui adressés par ses clients dont le portefeuille a été desservi par DDD. Ces courriers sont constitués par des formulaires types dans lesquels seuls les noms des clients et les numéros des polices changent. Les courriers ont été envoyés moyennant divers envois groupés, l'adresse de BBB figurant sur les enveloppes présentant pour la plupart d'entre elles la même police d'écriture.

Il faut en déduire que ces formulaires types sont l'œuvre de DDD et que les lettres de résiliation ont été envoyées par ses soins. La société AAA ne le conteste d'ailleurs pas, se bornant à renvoyer à l'arrêt de la Cour d'appel de Caen.

Les envois des courriers versés par la société BBB ont d'ailleurs eu lieu dès le mois de septembre 2010 pour continuer sans interruption pendant le mois de novembre et les mois subséquents, ce qui dément l'affirmation de la société AAA qu'à partir du 2 novembre 2010, début de l'activité de DDD auprès d'elle, des clients dont il avait géré le portefeuille auprès de BBB ont progressivement pris contact avec lui, signalant qu'ils n'étaient pas contents des services de BBB après son départ et l'invitant à reprendre la gestion de leurs polices d'assurances.

En mettant à la disposition des clients de BBB constituant son portefeuille d'assurance des formulaires-type pour la résiliation de leurs contrats auprès de BBB et en se chargeant de l'envoi de ces courriers DDD a contribué activement à ces résiliations et cette contribution active compte parmi les actes susceptibles de provoquer des résiliations de contrats, visés par l'article 6.3 de la convention conclue avec BBB.

La société AAA verse des dizaines d'attestations testimoniales signées par ses clients, lesquels déclarent qu'ils ont seuls pris l'initiative de solliciter DDD

en vue de la souscription d'une assurance et que ce dernier n'a pas entrepris de démarches actives.

Ces attestations testimoniales, qui ne sont par ailleurs pas pertinentes au vu des développements qui précèdent, ne répondent pas aux exigences de l'article 402 du Nouveau code de procédure civile, n'étant pas écrites de la main de leurs auteurs. La Cour constate dans ce contexte que ces attestations sont encore constituées par des formulaires pré-imprimés, tous identiques, ne laissant des blancs que pour les noms et les polices souscrites et elle admet que ces attestations sont encore l'œuvre de DDD, respectivement de AAA.

DDD a donc violé la clause de non-concurrence souscrite par lui, en vertu de laquelle il devait s'abstenir de tout acte susceptible de provoquer des résiliations de contrats. Cette violation n'est pas fonction du nombre de clients ayant résilié le contrat du fait de ces actes.

La société AAA, constituée par DDD, dans laquelle il détient 750 parts sur 1.250 et dont il est le gérant, avait de ce fait bien évidemment connaissance de la clause de non-concurrence et a activement participé à sa violation de sorte qu'elle est complice des actes de concurrence.

Ainsi que l'a déjà retenu le premier juge, l'acte illicite de la tierce complicité est à considérer comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale (D. Dessard, Les usages honnêtes, Larcier, p.243, n° 198).

La société AAA soutient enfin que l'astreinte à prononcer ne peut être formulée en termes généraux et vagues, qu'elle ne devrait viser que la participation à des actes de débauchage actif et systématique de la clientèle de BBB, à l'exclusion des clients qui de leur propre initiative souhaitent entrer en relation avec DDD, qu'elle ne pourrait d'autre part concerner que de tels actes de débauchage dûment établis.

Abstraction faite de ce que l'appelante est en défaut d'indiquer ce qu'elle entend par acte de débauchage systématique, la demande d'une astreinte par police d'assurance détournée est, au regard de l'article 6.3 de la convention de 3 décembre 2008 qui vise tout acte susceptible de provoquer la résiliation de contrats, suffisamment précise, étant à ajouter que pour entraîner l'astreinte les actes doivent bien évidemment être établis, sans qu'il y ait lieu de le préciser.

L'appelante estime encore que le montant de 2.500.- euros par acte de concurrence déloyale est excessif compte tenu de ce que l'intermédiaire ne perçoit qu'une commission inférieure 100.- euros, qu'elle représente donc 25 fois l'avantage que AAA tirerait de cet éventuel acte.

L'astreinte ne doit pas avoir pour effet de permettre au débiteur de l'obligation d'évaluer son intérêt à satisfaire ou non à la condamnation prononcée contre lui. Le montant demandé est adéquat au vu du caractère dissuasif de l'astreinte.

Par réformation de l'ordonnance entreprise il y a lieu de faire droit à la demande de la société BBB, telle qu'elle figure dans sa requête du 14 février 2011, sauf à reporter la date de prise d'effet de la cessation ordonnée.

2. Appel de la société BBB

Pour se déclarer incompétent pour connaître de la demande de la société BBB dirigée contre DDD, le premier juge a dit qu'aux termes de l'article 14 de la loi du 30 juillet 2002 un acte de concurrence déloyale ne peut être reproché qu'à une personne exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, que DDD n'agit que pour compte de la société AAA dans le cadre de l'activité de courtage de cette dernière et qu'aucun élément ne permet de retenir qu'il exerce à titre personnel et dans le cadre d'une activité qui lui serait propre, en en faisant sa profession habituelle, des actes de commerce au sens de l'article 14, de sorte que le magistrat siégeant en matière de concurrence déloyale est incompétent pour connaître de l'action en cessation dirigée contre lui.

La société BBB reproche au premier juge d'avoir statué ainsi. Elle cite différentes décisions françaises qui ont retenu des actes de concurrence déloyale à l'encontre d'agents d'assurance pour en déduire que l'article 14 de la loi de 2002 n'exige pas que DDD ait agi pour son propre compte et n'exclut pas l'acte contraire aux usages honnêtes commis de façon indirecte, c'est-à-dire par une société écran.

Elle estime que limiter l'action en cessation prévue par la loi à l'exercice en nom personnel d'une activité commerciale serait ouvrir la porte à la malhonnêteté pratiquée à travers une société écran et rendre dérisoires les dispositions de l'article 14.

En ce qui concerne cette crainte exprimée par la société BBB, elle n'est pas fondée, étant donné qu'en pareil cas, ainsi que c'est le cas en l'espèce, la société à travers laquelle l'activité contraire aux dispositions de l'article 14 est exercée, pourra se voir ordonner la cessation de ces actes.

Les décisions françaises citées par l'appelante, d'ailleurs rendues dans des affaires de demandes en dommages et intérêts pour concurrence déloyale, n'ont pas d'incidence sur la compétence du juge saisi d'une action en cessation d'actes de concurrence déloyale sur base des articles 14 et 23 de la loi du 30 juillet 2002.

C'est pour de justes motifs que la Cour fait siens que le premier juge s'est déclaré incompétent pour connaître de l'action en cessation dirigée contre DDD et son ordonnance est à confirmer sur ce point.

Les demandes formées en instance d'appel sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile sont à rejeter, n'étant pas inéquitable de

laisser à chaque partie les frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés en instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels en la forme et les joint;

dit non fondé l'appel de la société coopérative à responsabilité limitée BBB;

dit partiellement fondé l'appel de la société à responsabilité limitée AAA;

par réformation de l'ordonnance entreprise,

ordonne à la société à responsabilité limitée AAA la cessation des actes de concurrence déloyale consistant dans le détournement de la clientèle de BBB constituant le portefeuille d'assurances desservi par DDD, sous peine d'une astreinte de 2.500.- euros par police d'assurance faisant partie du portefeuille de BBB desservi par DDD détournée à partir du jour suivant la signification du présent arrêt;

confirme l'ordonnance pour le surplus;

dit non fondées les demandes formées en instance d'appel sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour moitié à chacune des deux parties appelantes.