Arrêt – concurrence déloyale

Audience publique du quatre janvier deux mille onze.

Numéro 37702 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 coopérative A s.c.r.l., *établie et ayant son siège social à B-…. U, représentée au Grand-Duché de Luxembourg par son mandataire général actuellement en fonctions, demeurant à L-…. V, où se trouve le siège de sa succursale à Luxembourg, 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 8 septembre 2011,*

comparant par Maître Marc BADEN, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) B, *agent d'assurances, indépendant et gérant administratif de la société à responsabilité limitée C s.à r.l., demeurant à W,*

2) la société à responsabilité limitée C, *établie et ayant son siège social à X, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

intimés *aux fins du susdit exploit SCHAAL,*

sub 1 et 2) comparant par Maître Gilbert REUTER, avocat à Diekirch.

LA COUR D'APPEL :

En vertu d'une ordonnance rendue sur requête le 23 mars 2011 et par exploit d'huissier des 29 et 31 mars 2011 la société coopérative à responsabilité limitée de droit belge A a fait comparaître B et la société à responsabilité limitée C 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 9 novembre 2009, date de la démission du salarié B, la clientèle de A constituant le portefeuille desservi par B, sous peine d'une astreinte de 2.500.- euros par police d'assurance faisant partie du portefeuille d'assurances de A desservi par B détournée à partir de la date de l'ordonnance à intervenir.

A l'appui de sa demande la société A a exposé que par contrat de travail à durée indéterminée du 25 février 2004, modifié par avenants du 30 mai 2008 et du 27 novembre 2008, conclu entre sa succursale de Luxembourg et B, celui-ci a été engagé sous le statut d'employé privé en tant qu'agent d'assurances professionnel avec la mission notamment de *"présenter ou proposer des contrats d'assurances aux clients et prospects, de réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion, de les conclure, et de contribuer à leur gestion et à leur exécution"*; qu'aux termes de l'article 11 du contrat de travail, dans l'hypothèse d'une rupture du contrat, l'employé était libre d'exercer immédiatement après son départ une activité similaire à celle de l'employeur, pour le compte d'un autre employeur, mais il s'interdisait pour une durée d'une année à compter de son départ effectif de la société requérante d'exercer sur le territoire du Grand-Duché des activités similaires à celles de cette dernière en exploitant une entreprise personnelle, il s'interdisait encore, dans le cadre de l'exercice d'une activité ultérieure et concurrentielle à celle de l'employeur, d'utiliser des manœuvres, moyens ou procédés déloyaux tendant notamment à s'approprier ou à détourner la clientèle ou les affaires de l'employeur; que par lettre recommandée du 9 novembre 2009 B a mis fin au contrat de travail avec effet au 16 janvier 2010 et que suivant acte notarié du 5 mars 2010 il a constitué la société à responsabilité limitée C; qu'à partir de la deuxième moitié de novembre 2009, donc déjà durant la période de préavis de B, A a dû constater que bon nombre de clients constituant le portefeuille d'assurances géré par B avaient mis, respectivement étaient en train de mettre fin à leurs relations avec A en dénonçant leurs contrats d'assurance par l'intermédiaire de B.

La société A a basé sa demande sur l'article 14 de la loi du 30 juillet 2002 sur les pratiques commerciales, la concurrence déloyale et la publicité trompeuse et s'est prévalue de la violation par B de la clause de non-concurrence figurant dans le contrat conclu par lui avec A.

Par ordonnance rendue le 10 juin 2011 le magistrat siégeant en remplacement du président de la chambre commerciale s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande dirigée contre B et compétent pour connaître de la demande dirigée contre la société C. Il a dit irrecevable la demande en tant que basée sur la violation de la clause de non-concurrence, recevable, mais non fondée pour le surplus.

Par exploit d'huissier du 8 septembre 2011 la société A a régulièrement relevé appel de cette ordonnance.

Pour se déclarer incompétent pour connaitre de la demande dirigée contre B le premier juge a dit qu'au vu 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, qu'il est constant en cause que par contrat de travail signé le 30 mars 2010 B a été engagé comme agent par la société C dont il est également le gérant administratif et l'associé détenant 50% des parts, que les reproches de la société A s'adressent à B en sa qualité de gérant de la société C dans le cadre de l'activité de cette dernière de sorte que les actes de concurrence déloyale allégués n'ont pas été exécutés par lui en nom personnel, mais en sa qualité de représentant de la société C, qu'en l'absence d'éléments permettant de retenir que B ait exercé à titre personnel et dans le cadre d'une activité qui lui serait propre, en en faisant sa profession habituelle, les actes visés par l'article 14 de la loi, le juge saisi sur base de cette disposition est incompétent pour connaître de l'action en cessation dirigée contre lui.

La société A reproche au premier juge de s'être déclaré incompétent pour le motif qu'il ne serait pas établi que B aurait exercé les actes lui reprochés à titre personnel, soutenant que l'article 14 de la loi du 30 juillet 2002 n'exclut pas l'acte contraire aux usages honnêtes commis de façon indirecte, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une société-écran constituée à ces fins. Selon l'appelante, limiter l'action en cessation prévue par la loi à l'exercice en nom personnel d'une activité commerciale, serait ouvrir les portes à la malhonnêteté pratiquée à travers une société-écran et rendre dérisoires les dispositions de l'article 14.

Cette crainte exprimée par la société A n'est pas fondée, étant donné qu'en pareil cas, ainsi que c'est le cas en l'espèce, l'action en cessation peut être dirigée contre la société à travers laquelle l'activité contraire aux dispositions de l'article 14 est exercée.

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 B et son ordonnance est à confirmer sur ce point.

Concernant la demande dirigée contre la société C le premier juge a dit la demande irrecevable en tant que basée sur la violation de la clause de non-concurrence contenue dans le contrat ayant lié B à la société A, l'obligation de non-concurrence y stipulée ayant pris fin le 15 janvier 2011.

Il a dit que la société A reproche encore à la société C de se rendre coupable d'actes de concurrence déloyale consistant à détourner sa clientèle en faisant un usage frauduleux de son fichier clientèle et ce reproche existe indépendamment de la clause de non-concurrence.

A l'appui de ce reproche la société A a versé un relevé de 99 personnes ayant résilié leurs polices d'assurances en précisant qu'un seul et même formulaire préimprimé de résiliation a été utilisé et qu'indépendamment du domicile des preneurs d'assurance, les lettres de résiliation ont quasi toutes été envoyés à partir d'un bureau de poste à X, respectivement à Y, qu'un certain nombre de ces courriers portent le logo "D", qu'en ce qui concerne les assurances responsabilité "auto" résiliées, la compagnie d'assurances E, pour laquelle B et C sont officiellement enregistrés comme agent, respectivement agence d'assurance, a demandé l'établissement d'une attestation bonus/malus. Elle a fait valoir qu'il est évident que cette campagne de résiliation émanant de la clientèle du portefeuille de A desservi par B a été orchestrée par ce dernier qui disposait des listes de la clientèle.

Le premier juge a dit que les pièces versées démontrent effectivement que 99 preneurs d'assurances ont résilié leurs polices dans les circonstances décrites ci-dessus, que si ces résiliations sont nombreuses et interviennent dans des circonstances trop particulières pour être dues à un seul hasard, toujours est-il que les circonstances exactes ayant mené aux résiliations ne sont pas clarifiées, la société A ne précisant pas comment B aurait soustrait le fichier clientèle, ni comment il aurait approché la clientèle, ni avec quels arguments il aurait convaincu les clients de résilier leurs polices, que s'il est improbable que B se souvienne des adresses exactes de l'ensemble de la clientèle desservie par lui il peut cependant se rappeler leurs noms et il n'est pas exclu qu'il ait retrouvé leurs adresses par une recherche sur internet sans avoir nécessairement dû faire usage d'une liste de clientèle.

Rappelant que l'usage d'un fichier contenant les adresses des clients par un ancien préposé ne peut être supposé mais doit être prouvé, le premier juge a dit que l'offre de preuve formulée par la société A, qui se borne à établir que les clients ont résilié leurs polices d'assurances "à l'initiative" de B, est à rejeter faute de précision, ajoutant que le simple fait qu'il a fourni le formulaire préimprimé aux preneurs d'assurance, respectivement qu'il a expédié les lettres de résiliation par la poste est insuffisant pour caractériser un acte de concurrence déloyale.

A l'appui de son appel la société A soutient que le premier juge, après avoir admis que les résiliations étaient nombreuses et interviennent dans des circonstances trop particulières pour être dues à un seul hasard, a à tort retenu qu'il n'en résulterait pas la preuve de B s'est approprié la liste de la clientèle qu'il desservait auprès de l'appelante. Elle fait valoir que si l'usage d'un fichier contenant les adresses des clients par un ancien préposé doit être prouvé, la preuve peut cependant se faire par tous moyens et en l'espèce les présomptions dont la réalité n'est pas contestée par l'ordonnance entreprise, forment un faisceau suffisamment convaincant.

Selon l'appelante, il résulte des pièces versées que B, en sa qualité de gérant administratif et associé à 50% de la société C, a exploité son ancien fichier clients de A desservi par lui pour adresser un préimprimé identique à ses clients et s'occuper de l'expédition groupée des résiliations à l'adresse de A afin de bénéficier par la suite de la signature de contrats auprès de la compagnie d'assurance E par l'intermédiaire de la société C.

La société A reprend d'autre part son offre de preuve par l'audition de 39 clients ayant résilié en tout 99 polices d'assurances et figurant sur une liste annexée à l'acte d'appel, offre de preuve libellée comme suit:

- *que B a informé les clients faisant partie du portefeuille dont il s'occupait pour le compte de A scrl qu'il avait résilié sa collaboration avec A,*
- *qu'il se présentait auxdits clients de A scrl via la société C s.à r.l. en sa qualité d'agent d'assurance de la compagnie d'assurance E s.a.,*
- *qu'il a recommandé à ses 39 clients de dénoncer leur contrat d'assurance avec A à la prochaine échéance en mettant à leur disposition un formulaire préimprimé et en proposant de s'occuper de l'expédition de leurs lettres de résiliation,*
- *qu'il a recommandé à ses 39 clients de s'assurer à partir de la dénonciation de leur contrat d'assurance avec A auprès de E s.a. auprès de laquelle tant B que la société C s.à r.l. étaient agréés en tant qu'agent d'assurance, respectivement agence d'assurance.*

Ainsi que l'a rappelé le premier juge, la clientèle d'un commerçant ne lui appartient pas, elle est susceptible de recevoir des offres de concurrents, peu importe qu'il s'agisse d'anciens fournisseurs ou d'anciens subordonnés (A. de Caluwe, Les pratiques du commerce, T.II, n° 712 et s.) Le débauchage de la clientèle de l'ancien employeur n'est pas constitutif de concurrence déloyale s'il n'est pas réalisé par des moyens contraires aux usages loyaux du commerce, lesquels doivent être établis (Cass com. 9.11.1987, D. 1988, somm. P. 213; 1er juin 1999, B.C. 1999, IV, n° 114). L'information adressée par l'ancien préposé à la clientèle de l'employeur de son changement d'adresse et de ses nouvelles fonctions n'est pas à lui seul un procédé déloyal (JCL Concurrence-Consommation, fasc. 225, n° 66). Dans un arrêt du 19 février 2008 (JurisData 2008-361444) la Cour d'appel de Caen a retenu que la fourniture aux clients de modèles de lettres de résiliation et l'envoi de celles-ci par l'agent d'assurance sont conformes à la pratique de la profession.

En ce qui concerne l'affirmation de la société appelante que B se serait approprié la liste des clients de son portefeuille, elle ne se trouve pas établie par le seul nombre d'assurés ayant résilié leur police auprès de A.

A l'examen des pièces versées par la société A la Cour constate que la clientèle desservie par B s'est recrutée quasi exclusivement parmi la communauté portugaise, ce qui a pu, de par la communication entre compatriotes, favoriser la résiliation de contrats afin de suivre l'agent d'assurance appartenant à la même communauté.

C'est d'autre part à juste titre que le premier juge a rejeté l'offre de preuve formulée par la société A.

En effet, au vu des développements qui précèdent, les deux premiers points de cette offre de preuve ne sont pas pertinents, les faits offerts en preuve n'étant pas constitutifs d'un démarchage de clientèle illicite.

Les deux points suivants ne sont pas suffisamment précis, à défaut par la société A d'indiquer par quels procédés illicites la recommandation offerte en preuve s'est opérée (voir à ce sujet: JCL Concurrence- Consommation, fasc. 225, nos 40 et s., JCL Comm. Fasc. 254, n° 27), étant entendu que la seule fourniture de modèles de lettres de résiliation et l'envoi de celles-ci ne sont pas considérés comme des procédés déloyaux.

La société A sollicite d'autre part, afin de compléter la preuve des résiliations des 99 polices d'assurance, la désignation d'un huissier de justice assisté d'un expert en informatique pour établir la liste des clients communs entre le portefeuille dont s'occupait B auprès d'elle et le portefeuille détenu par la société C.

Cette demande est encore à rejeter, la mesure sollicitée n'étant pas de nature à établir un démarchage de clientèle illicite.

L'appel n'est dès lors pas fondé et l'ordonnance entreprise est à confirmer.

Les demandes formées sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile sont à dire non fondées, n'étant pas inéquitable de laisser à chacune des parties les frais non compris dans les dépens qu'elles ont exposés en instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme;

le dit non fondé et confirme l'ordonnance entreprise;

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

condamne la société coopérative à responsabilité limitée A aux frais et dépens de l'instance d'appel.