Arrêt commercial

Audience publique du vingt-trois mai deux mille douze.

Numéro 37406 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 B S.A., *établie et ayant son siège social à V, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ de Luxembourg du 25 mars 2011,*

comparant par Maître Pierre MEDINGER, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société à responsabilité limitée A s.à r.l., *établie et ayant son siège social à U, 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 LISÉ,*

comparant par Maître Cathy ARENDT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 11 août 2010 la société anonyme B a fait comparaître la société à responsabilité limitée A devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 354.000.- euros HTVA, soit 407.000.- euros TTC, sous réserve d'augmentation, avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure, sinon de la demande en justice jusqu'à solde.

La société B a exposé à l'appui de sa demande que suivant contrat signé le 15 février 2008 elle a cédé à la société A l'intégralité des parts représentant 100% du capital social de la société à responsabilité limitée C, maintenant dénommée D, active dans le domaine de la sécurité et du gardiennage, qu'à cette cession fut annexé un protocole d'accord en vertu duquel l'acheteur s'est engagé à ne pas continuer à utiliser la dénomination C et la marque C au-delà d'une période de 18 mois expirant le 15 août 2009, que cette défense était une condition substantielle et indispensable de la cession étant donné que la société B dispose d'un droit exclusif sur ce nom commercial et qu'elle continue de l'exploiter à travers la société C s.à r.l., active dans le même domaine, qu'elle a cependant dû constater que la partie défenderesse a continué de faire usage au-delà du 15 août 2009 de la dénomination C de sorte qu'elle a en date du 11 septembre 2009 mis la partie défenderesse en demeure de cesser l'utilisation du nom C, mise en demeure restée sans effet de sorte qu'en exécution du protocole d'accord la société A lui doit une indemnité de 1.000.- euros par jour de violation, soit au moment de l'assignation en justice la somme de 354.000.- euros HTVA.

Par jugement rendu le 17 décembre 2010 le tribunal a dit cette demande non fondée.

Par exploit d'huissier du 25 mars 2010 la société anonyme B a régulièrement relevé appel de ce jugement, lui signifié le 14 février 2010.

La clause de non concurrence invoquée par la société B est libellée comme suit:

"… l'acheteur s'engage à ne pas continuer à utiliser la dénomination C et la marque C au-delà de la période de 18 mois stipulée ci-avant, sauf accord dérogatoire des parties.

En cas de manquement d'une des parties aux obligations susmentionnées, l'autre partie lui adresse une mise en demeure la sommant de mettre fin, endéans un délai de 8 jours, à son activité concurrentielle, respectivement à son utilisation de nom et de la marque C.

En cas d'absence de se conformer à ladite mise en demeure, une indemnité de 1.000.- euros par jour de violation de la présente clause sera due automatiquement et sans autre mise en demeure, à charge pour l'acquéreur ou le vendeur de rapporter la preuve de la violation de la clause."

Les juges de première instance, après avoir relevé que la société B n'a pas prouvé être titulaire de la marque C de sorte qu'il n'y a lieu d'analyser le bien-fondé de sa demande qu'au regard de la dénomination C, ont dit que la clause ci-dessus est rédigée en des termes très généraux, imposant à la société acquéreuse de ne pas utiliser le nom C au-delà de la période de 18 mois sans cependant préciser l'envergure de cette obligation, c'est-à-dire de fixer les devoirs concrets à charge de la partie acquéreuse.

Ils ont dit qu'au vu du libellé vague de la clause litigieuse, il y a lieu, conformément à l'article 1162 du Code civil, d'interpréter cette disposition en faveur de la société A et d'en déduire que son obligation consistait à ne plus poser des actes positifs en relation avec la dénomination C au-delà du 15 août 2009, mais ne comportait pas pour elle l'obligation de faire disparaître toutes les traces de cette dénomination.

L'appelante reproche à juste titre aux premiers juges d'avoir procédé à une telle interprétation de la clause litigieuse. En effet, ainsi que le fait valoir la société B, de par les termes *"ne pas continuer à utiliser la dénomination C"* la clause a pour objet d'interdire à la société A toute utilisation de la dénomination, entraînant donc également l'obligation d'en faire disparaître les traces existantes.

La société A l'a d'ailleurs bien compris dans ce sens, soutenant et offrant en preuve que dès que la société C avait changé sa dénomination en D et au plus tard le 9 mars 2009, date d'émission d'une note de service, les agents patrouilleurs de D ont été avisés d'enlever les panneaux et autocollants C.

La société A, de son côté, fait plaider que la société B était actionnaire à 100% de deux sociétés, la société C s.à r.l. et la société C pouvant exercer sous le nom commercial E, seule cette dernière ayant été rachetée par A, qu'il n'a pas été convenu dans le contrat de cession que A n'était pas en droit d'utiliser les noms C et E, la clause litigieuse ne concernant que le nom C et non pas les termes C ou E. La société A soutient qu'elle n'a à aucun moment utilisé le nom C de façon isolée, de sorte qu'aucune violation de la clause ne peut lui être reprochée.

Cette argumentation est à rejeter et la Cour retient avec la société B que la clause vise toute utilisation du nom C, soit seul, soit en combinaison avec les termes …, respectivement ……...

Dans l'assignation introductive d'instance et dans l'acte d'appel la société B a décrit comme suit les différentes violations reprochées à la société A:

A)la publicité C est présente auprès de divers clients disposant d'un contrat de gestion d'alarme/gardiennage au-delà du 15 août 2009, et au moins jusqu'au 24 novembre 2009, sans préjudice à une date postérieure, ce constat ayant pu être fait sur les sites de la F à W, G à X, H à Y et I à Z;

B)les agents de sécurité employés par D continuent d'exercer leur travail au-delà du 15 août 2009, et au moins jusqu'au 10 décembre 2009 sous le couvert d'une autorisation ministérielle C s.à r.l;

C)suivant tableau des entreprises de gardiennage obtenu auprès du Ministère de la Justice en date du 8 octobre 2009 il est établi qu'à cette date encore la société C s.à r.l. fut toujours renseignée comme entreprise de gardiennage agréée;

D)la consultation du Mémorial C laisse apparaître qu'au jour de l'introduction des présentes la société D se prévaut toujours des enseignes commerciales "C" et "E".

En ce qui concerne le premier reproche, les premiers juges ont, suite à leur interprétation restrictive de la clause de non concurrence, ajouté que par courrier du 11 septembre 2009 le mandataire de la société B a fait parvenir à la société A une mise en demeure qui est de la teneur suivante:

" (…) Ma cliente a dû constater que la dénomination/la marque E est encore utilisée sur des sites dont vous avez la surveillance depuis la cession des parts de l'entreprise C s.à r.l.

Or, aux termes de la clause de non-concurrence contenue dans le Protocole d'Accord annexé à la cession des parts du 15 février 2008, vous vous engagiez à ne pas continuer à utiliser la dénomination C au-delà d'une période de 18 mois après cession, soit jusqu'au 15 août 2009 au plus tard.

La présente vaut mise en demeure de cesser toute utilisation abusive de la marque E sans délai. …"

Ils ont dit que cette mise en demeure ne peut porter à conséquence, étant donné qu'elle n'est pas claire dans la mesure où elle ne précise pas quelles violations concrètes de la clause de non concurrence sont concernées, qu'en effet le but visé par cette disposition est de permettre à la partie qui est mise en demeure de se conformer endéans les huit jours à ses obligations contractuelles et que face aux termes généraux de la mise en demeure la société A se trouvait dans l'impossibilité de savoir concrètement quelles violations lui sont reprochées et de les redresser endéans les huit jours.

La société B reproche aux premiers juges d'avoir statué ainsi, alors que, selon elle, sa mise en demeure ne souffre aucune critique. Elle soutient qu'il appartenait à la société A de s'assurer elle-même du respect de son obligation et qu'il suffisait à l'appelante de dénoncer les infractions constatées tout en interdisant à son cocontractant toutes autres infractions généralement quelconques. L'appelante soutient par ailleurs qu'en présence de l'interdiction générale faite à A de ne plus utiliser le nom C après le 15 août 2009 une mise en demeure était même superflue et qu'il y a lieu de dire que la peine stipulée est à compter du 16 août 2009 sans mise en demeure.

En présence des termes clairs de la clause litigieuse, prévoyant une mise en demeure en cas de manquement, cette dernière affirmation est à rejeter.

La Cour se rallie aux premiers juges en ce qu'ils ont dit qu'en prévoyant l'envoi d'une mise en demeure en cas de manquement aux obligations contractées ainsi que la possibilité pour la société A de mettre fin dans un délai de huitaine après mise en demeure à son utilisation du nom C, les parties ont implicitement, mais

nécessairement convenu une précision dans la mise en demeure du manquement reproché afin de permettre à la société A de se conformer à l'interdiction lui faite.

Dans sa mise en demeure du 11 septembre 2009 l'appelante apporte une précision quant au manquement constaté en indiquant qu'il consiste en l'utilisation de la dénomination E sur plusieurs sites dont A a la surveillance depuis la cession des parts. Cette précision doit être considérée comme suffisante pour permettre à la société A de procéder à un contrôle des sites endéans la huitaine afin de se mettre en conformité des engagements pris, cette société ne soutenant pas qu'au vu du nombre de sites, d'ailleurs non indiqué, un tel contrôle aurait été impossible dans ce délai.

La société B verse des photographies de la F de W ainsi qu'une attestation testimoniale de la dame H qui déclare que sur la façade de ce magasin se trouve encore le 26 novembre 2009 un panneau publicitaire avec le nom C. Pour les autres sites cités par elle à l'appui de son reproche, aucune preuve n'est versée.

La société A formule une offre de preuve par témoins pour établir, entre autres, que les panneaux de la F de W ont été enlevés au mois de septembre 2009, sans préjudice de la date exacte.

C'est à tort que la société B conclut au rejet de cette offre de preuve pour être irrelevante au regard de l'attestation testimoniale de la dame H. En effet, il appartient à la société B d'établir le manquement reproché à la société A, ce qu'elle fait au moyen de l'attestation testimoniale versée, mais la société A a le droit de contredire cette attestation, ce qu'elle entend faire par son offre de preuve.

A l'appui de cette offre de preuve, qui porte sur plusieurs faits non pertinents pour le litige, la société A propose de faire entendre neuf témoins. Au vu du fait très précis de la présence ou non de panneaux publicitaires avec le nom C à la F de W, point n'est besoin d'entendre les neuf témoins proposés. La société A est dès lors invitée à verser une ou des attestations testimoniales.

Le courrier du 11 septembre 2009 est muet sur les trois autres manquements ci-dessus reprochés à la société A de sorte qu'au vu des développements qui précèdent, il ne vaut pas mise en demeure valable. Pour ces trois manquements l'assignation en justice doit donc être considérée comme première sommation valable.

L'appelante n'a pas établi que les manquements invoqués sub B) et C), à savoir l'exercice de leur travail par les employés de D sous le couvert d'un agrément ministériel C et l'indication de la société C comme entreprise de gardiennage sur le tableau des entreprises de gardiennage déposé au Ministère de la Justice aient persisté après l'assignation en justice.

La société B a soutenu en dernier lieu que la consultation du Mémorial C laissait apparaître qu'au jour de l'assignation la société D se prévalait toujours des enseignes commerciales "C" et "E".

Ce manquement n'a pas été contesté par la société A et a été retenu par les premiers juges.

En instance d'appel la société A conteste que ces faits constituent une violation de la clause litigieuse. Elle soutient qu'au moment du changement de nom en octobre 2008 la publication au Mémorial portait encore la référence aux enseignes commerciales C et E pour des raisons administratives, en attendant que l'agrément pour la société sous le nom de D soit accordé par le Ministère de la Justice, que la référence à ces enseignes commerciales était nécessaire dans le cadre des modifications des agréments à effectuer auprès du Ministère de la Justice pour démontrer la continuité entre les deux entreprises.

Cette argumentation, d'ailleurs non appuyé du moindre élément probant, ne saurait convaincre la Cour. En effet, dans l'acte notarié du 13 octobre 2008 il est dit que la société A, agissant en sa qualité de seul et unique associé de la société C, décide de modifier la dénomination sociale de la société en D pouvant exercer le commerce sous l'enseigne D, C et E. La continuité entre les deux entreprises résulte à suffisance de droit de la décision de l'associé unique de la société C de changer la dénomination de cette société en D, sans qu'il ait été nécessaire d'y ajouter encore les enseignes commerciales C et E.

La contestation est donc à rejeter.

Concernant ce manquement les premiers juges, après avoir retenu l'assignation du 11 août 2010 comme première mise en demeure valable, ont dit que la société B, qui s'est réservé le droit d'augmenter sa demande en raison des violations contractuelles toujours en cours, n'a pas formulé une telle augmentation, de sorte qu'elle est à débouter de sa demande.

En appel la société B augmente sa demande, évaluant les sommes lui redues au moment de l'acte d'appel à 559.000.- euros.

Il résulte de deux extraits du Registre de Commerce et des Sociétés du 30 décembre 2010, versés en copie par l'appelante, qu'à cette date encore les statuts de la société D, ainsi que les comptes annuels de la société au 31 décembre 2009 déposés auprès de ce registre, mentionnent les dénominations C et E. Cette violation par la société A de ses obligations est donc établie jusqu'au 30 décembre 2010 et, compte tenu du délai de huitaine après la mise en demeure, la société B peut prétendre à une indemnité du 20 août 2010 au 30 décembre 2010, soit pendant 133 jours.

La demande de la société A en réduction de l'indemnité convenue sur base de l'article 1152 du Code civil est à réserver en attendant le résultat de la mesure d'instruction ordonnée.

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;

avant tout autre progrès en cause,

invite la société à responsabilité limitée A à verser des attestations testimoniales afin d'établir le fait suivant:

les panneaux de publicité mentionnant le nom E à la F de W ont été enlevés au mois de septembre 2009, sans préjudice de date exacte;

renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état;

réserve les droits des parties et les frais.