

Arrêt commercial – concurrence déloyale

Audience publique du dix-huit mars deux mille quinze

Numéro 41236 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, conseillère ;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Patrick KELLER, greffier.

Entre :

A, établie et ayant son siège social à (...), 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 Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 25 avril 2014,

comparant par Maître Dogan DEMIRCAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

B, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Christophe MAILLARD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance du 4 avril 2014, le magistrat remplaçant le président de la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi par la B (ci-après la société B) d'une demande tendant à voir constater que la société A s'était rendue coupable d'actes de dénigrement illicite, de publicité trompeuse, de publicité comparative illicite et d'actes de concurrence déloyale à l'égard de la société B et de ses produits, a fait droit à la demande principale et retenu que la publicité composée de la mention « *nos concurrents : tête zinguée = oxydation et détérioration de la tôle* » constitue une publicité trompeuse, une publicité comparative illicite et un acte de concurrence déloyale, ordonné à la défenderesse de cesser cette publicité dans les huit jours à partir de la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 500 € par jour de retard, ordonné la publication pendant la durée d'un mois du dispositif de l'ordonnance sur la page d'accueil du site internet de la société A dans les huit jours de la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 500 € par jour de retard, dit qu'il n'y avait pas lieu à publicité dans des quotidiens, magazines ou autres supports, dit la demande reconventionnelle de la société A basée sur l'article 6-1 du Code civil non fondée, débouté la défenderesse de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure, mais condamné celle-ci à payer à la requérante une telle indemnité de 1.000 €.

Par acte d'huissier du 25 avril 2014, la société A a régulièrement interjeté appel contre l'ordonnance. Elle conclut, par réformation, à voir dire que la publicité incriminée ne constitue ni une publicité trompeuse, ni une publicité comparative illicite, ni encore un acte de concurrence déloyale et, subsidiairement, à voir constater que cette publicité a cessé, de sorte qu'il n'y aurait plus lieu de prononcer une condamnation sous peine d'astreinte. Elle considère encore que la publication du dispositif de l'ordonnance « dans les journaux et autres médias » serait disproportionnée par rapport aux manquements constatés. Elle demande à la Cour, par réformation, de faire droit à la demande reconventionnelle rejetée en première instance et de condamner l'intimée à lui payer sur base de la théorie de l'abus de droit 10.000 € à titre de dommages-intérêts et à sa demande basée sur l'article 240 du NCPC. Elle réclame pour l'instance d'appel une indemnité de procédure de 2.500 €.

La partie intimée conclut à la confirmation de l'ordonnance sauf à interjeter appel incident contre le volet qui l'a déboutée de sa demande tendant à voir ordonner la publication de l'ordonnance dans des quotidiens, magazines ou autres supports. Elle réclame pour l'instance d'appel une indemnité de procédure de 3.000 €.

Le juge de première instance a retenu que la société A s'était rendue coupable de publicité trompeuse (article 17 de la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale), dès lors que les destinataires de la publicité (agriculteurs et dirigeants de PME et PMI) seraient rendus attentifs à la publicité par les termes « oxydation » et « détérioration », mais non pas par le terme « tôle », la défenderesse ayant argué que ces effets n'affecteraient pas la structure tout entière, mais uniquement la tôle. Il s'est encore référé à une étude selon laquelle a été constatée une très faible vitesse de corrosion dans le temps des produits finis galvanisés (i.e. recouverts de zinc) pour en conclure que la publicité véhicule le message que les têtes zinguées seraient de moindre qualité et entraîneraient une détérioration de la construction de nature à affecter le comportement du client et de porter préjudice aux concurrents de l'annonceur.

Il a encore considéré que cette publicité constituait une « publicité comparative » au sens de l'article 18 de la loi du 30 juillet 2002, dès lors que la publicité portait sur des produits de même nature et de même destination, qu'elle était trompeuse et dénigrait la société B en sa qualité de concurrente de la défenderesse.

Il a enfin dit que les agissements tombaient également sous le coup de l'article 14 de la loi de 2002 en ce qu'ils constituent un acte de concurrence déloyale.

Discussion

La société A a été constituée le 4 juillet 2011 et son activité consiste en la conception de plans industriels et la distribution et commercialisation de structures métalliques de tout genre. La promotion de ses produits est faite à travers son site internet www.A-sa.com, des publicités dans la presse spécialisée, dont notamment « La France Agricole » et la participation à des foires.

En février 2014, elle a publié sur son site internet sous la page « Les Promos » un encadré dans lequel elle vante comme nouveauté l'utilisation des « *fixations par vis tête Inox A2 avec joint néoprène sous cavaliers* ».

Dans un plus petit encadré vert situé en dessous, elle y a marqué les termes « *Nos concurrents : Tête zinguée = oxydation et détérioration de la tôle* ».



Ce même encadré se retrouve dans la publicité faite par la société sur le quatrième de couverture du magazine « La France Agricole » du 10 janvier 2014. Cette publicité se trouvait, selon l'ordonnance attaquée, toujours sur la page « Les Promos » du site internet d'A le 5 mars 2014, jour des plaidoiries.

La société B (la société B) a, quant à elle, été constituée le 6 octobre 2001 et exerce son activité sous l'enseigne commerciale « XXX ». Elle est titulaire des noms de domaine « XXX » et « YYY ».

Son activité est la distribution et la commercialisation de structures métalliques, bâtiments métalliques, halls industriels et de tout élément se rapportant au domaine de la construction métallique. Elle commercialise notamment par internet des bâtiments métalliques à usage agricole ou industriel en kit, essentiellement destinés à des exploitants agricoles, des PME et PMI.

Les éléments composant les bâtiments métalliques commercialisés par B sont assemblés au moyen de boulonnerie zinguée, tel qu'il ressort du site internet de la société.

Il n'est pas contesté par les sociétés qu'elles se trouvent, en raison de leur objet social, dans une situation concurrentielle et que le marché sur lequel elles opèrent comprend la « Grande Région », partant également le Luxembourg.

Plus spécifiquement convient-il au regard de la publicité litigieuse de retenir qu'elles vendent toutes deux des éléments préfabriqués pour ériger notamment des halls, l'ossature étant en métal tandis que les éléments du toit sont constitués de tôle qui est fixée à l'ossature porteuse au moyen d'un boulon, partant d'une vis qui se trouve à l'extérieur et soumise aux aléas climatiques et d'un écrou qui se trouve fixé à l'intérieur du bâtiment. Ces éléments constituent des kits de montage, achetés par des particuliers qui se chargent de les assembler.

Les sociétés litigantes commercialisent deux sortes de vis, objet de la publicité : La société B commercialise des vis traitées par le zinc, la société A propose une vis dont la tête est recouverte d'inox A2. D'après l'intimée, il s'agit de deux techniques différentes, « toutes deux de haute qualité » qui permettent de protéger et de

garantir une meilleure longévité des fixations. (note de plaidoirie, milieu page 4). Les vis à tête inox sont conformes à la norme DTU (Document Technique Unifié : référentiel technique regroupant un certain nombre de normes de construction françaises), les vis traitées par le zinc ne remplissent pas les critères de la norme.

Selon l'intimée, non contestée en ses affirmations par l'appelante, la norme DTU ne présente aucun caractère obligatoire en droit français. L'affirmation de l'appelante que « toute personne qui commercialise des bâtiments métalliques doit se conformer scrupuleusement aux règles émises par les DTU » n'est ainsi pas établie.

La publicité litigieuse vise la commercialisation faite par « la concurrence » d'A, donc entre autres la société B qui commercialise des « vis à tête zinguée ». Selon l'encart publicitaire, « vise à tête zinguée = oxydation et détérioration de la tôle ».

Selon A, et en remettant cette affirmation dans le contexte des éléments de fabrication commercialisés, la fixation de la tôle au moyen d'un boulon constitué entre autres à l'extérieur d'une vis à tête zinguée aura pour conséquence une oxydation et une détérioration de la tôle.

Il n'est pas précisé si la vis sera le seul élément à subir l'oxydation ou si cette dernière se transmettra également à la tôle. Cette dernière sera en tous les cas « détériorée », ce qui amène la Cour à retenir que le message est à interpréter en ce sens que la tôle sera également oxydée en raison de l'utilisation de la vis à tête zinguée.

Par l'utilisation du signe « = », l'auteur de la publicité veut transmettre la certitude scientifique que l'utilisation de cette vis à tête zinguée aura indubitablement pour conséquence qu'apparaîtra de l'oxydation et que la tôle sera détériorée. Il s'agit d'une affirmation péremptoire qui ne souffre aucune contestation.

Cette affirmation dont le caractère certain ne peut échapper à quiconque à qui elle est adressée doit, dans le cadre de l'action judiciaire se mouvant entre parties, être établie par la partie qui en est l'auteur, partant par la société A.

Il n'appartient pas, tel qu'elle le fait valoir, à la société B de rapporter la preuve contraire, mais bien à elle d'en rapporter la véracité. C'est en effet elle qui allègue une vérité « scientifique » qui est susceptible de porter préjudice à toute entreprise qui commercialise les vis à tête zinguée, de sorte qu'elle doit établir la véracité de ses affirmations. Imposer la charge de la preuve à la société B reviendrait en fait non seulement à lui demander de rapporter une preuve négative, mais encore mettrait cette société – et, de façon générale, toute société confrontée à une affirmation

péremptoire venant d'un concurrent - dans l'obligation d'établir la fausseté de l'affirmation, alors pourtant qu'il appartient à celui qui porte affirmation susceptible de causer un préjudice à autrui de l'établir.

Indépendamment de la question de la charge de la preuve, la société B produit des pièces (n° 19 à 21) dans lesquelles notamment l'association française C retient une très faible vitesse de corrosion dans le temps pour les produits finis galvanisés (c'est-à-dire recouverts de zinc) à chaud.

S'il est vrai, comme le soutient la publicité, qu'il n'est partant pas exclu que la vis galvanisée peut corroder, il convient toutefois de relever que ce processus est de très faible vitesse, de $<0,1 - 4$ à $8\mu\text{m}/\text{an}$, les variations dépendant des conditions climatiques auxquelles elle est soumise.

L'appelante produit à l'appui de son argumentation un mail qui lui a été envoyé le 18 mars 2014 par le responsable « Contrôle Technique Bâtiment » de la société D qui, répondant à une demande de la société A du 4 mars 2014 qui lui demandait de lui confirmer « *que les fixations à tête zinguée oxydent et détériorent la tôle et ne sont pas conformes à la DTU* », prend position comme suit :

« Le DTU est relativement clair sur les types de vis acceptables.

Les vis à tête zinguée ne sont pas suffisamment protégées contre la corrosion étant donné l'absence de protection complémentaire. Je peux donc ajouter, sans recherche complémentaire, une phrase indiquant que les vis à tête zinguée ne rentrent pas dans les vis acceptées par le DTU.

Je ne connais personnellement pas la conséquence exacte (corrosion de la tôle, de la vis.) »

Il ressort de cette prise de position qui rejoint en partie celle de l'association C que les vis à tête zinguée sont sujettes à corrosion, l'auteur du mail ne se prononçant cependant ni sur la durée et l'importance du processus, ni sur les conséquences que cette corrosion peut avoir sur la tôle.

Etant donné que la Cour ne s'estime pas suffisamment renseignée sur la problématique qui lui est soumise, il y a lieu, avant tout autre progrès en cause, de faire droit à l'offre de preuve par expertise formulée oralement par l'appelante lors de l'audience des plaidoiries du 21 janvier 2015, la Cour estimant par ailleurs utile de vérifier la véracité des allégations de l'appelante quant à son propre produit.

Les autres volets sont réservés.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel,

avant tout autre progrès en cause :

nomme expert Monsieur E, expert assermenté en construction métallique et soudure, demeurant à (...)avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon, dans un rapport écrit et motivé de dire:

1. si les vis à tête inox A 2 sont sujettes à corrosion,

2. si les vis à tête zinguée sont sujettes à corrosion,

3. dans l'affirmative, à la question 1 et / ou 2, de se prononcer sur l'importance et l'évolution de ladite corrosion et notamment sur le fait de savoir dans quel laps de temps cette corrosion commencera à se manifester,

4. dans ce cas, se prononcer sur les conséquences de cette corrosion, à savoir si elle reste limitée à la tête de vis, à la vis tout entière ou si elle se transmet également à la tôle,

5. quant aux dommages susceptibles d'affecter la tôle, considérer la nature et qualité de la tôle généralement employée dans les kits de montage commercialisés par les parties litigantes.

fixe la provision à faire valoir sur les frais et honoraires de l'expert au montant de 500 euros ;

ordonne à la société A de consigner la provision auprès de la Caisse de Consignation au plus tard pour le 10 avril 2015 et d'en justifier au greffe de la Cour, sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du NCPC ;

dit que l'expert déposera son rapport au greffe de la quatrième chambre de la Cour au plus tard le 1^{er} octobre 2015 ;

dit qu'il devra en toutes circonstances informer le magistrat chargé de la surveillance de l'expertise de l'état de ses opérations et des difficultés qu'il pourra rencontrer ;

dit que si les frais et honoraires de l'expert devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra en avertir ledit magistrat et

ne continuer les opérations qu'après paiement ou consignation d'une provision supplémentaire ;

dit que dans l'accomplissement de sa mission, l'expert pourra s'entourer de tous renseignements utiles et nécessaires et même entendre de tierces personnes ;

charge Monsieur le président de chambre Roger LINDEN du contrôle de cette mesure d'instruction ;

réserve les droits des parties et les dépens.