

Arrêt commercial – concurrence déloyale

Audience publique du vingt-sept mai deux mille quinze

Numéro 41366 du rôle.

Composition :

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

Entre :

A (anciennement C), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick Muller en remplacement de l'huissier de justice Carlos Calvo de Luxembourg du 3 juillet 2014,

comparant par Maître Alex Krieps, 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 gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit Muller,

comparant par Maître Donald Venkatapen, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance rendue le 13 juin 2014 en matière de concurrence déloyale, le magistrat remplaçant celui présidant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant dans le cadre d'une requête déposée par la société à responsabilité limitée B dans laquelle elle reprochait à la société à responsabilité limitée C notamment d'utiliser, en violation des articles 14 et 17 de la loi modifiée du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative « la méthodologie B » dans le cadre de la prospection de clients, a retenu que l'utilisation de ladite méthodologie par la société C constitue un acte de concurrence déloyale et en a ordonné la cessation dans un délai de 15 jours à compter de la signification de l'ordonnance sous peine d'une astreinte de 20.000 € par manquement constaté. Il a encore ordonné la publication du dispositif de l'ordonnance dans deux quotidiens luxembourgeois aux frais de la société C et condamné celle-ci au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 €.

Il a, par contre, rejeté la demande de la société B basée sur l'article 17 (2) point c) de la loi de 2002 qui tendait à voir constater la publicité trompeuse sur le site internet de la défenderesse ainsi que sur les réseaux sociaux. Il a encore dit non fondées les autres demandes de la société requérante.

Par acte d'huissier du 3 juillet 2014, la société C a régulièrement interjeté appel contre l'ordonnance qui lui a été signifiée le 19 juin 2014. Elle conclut, par réformation, à voir constater que la société intimée ne dispose d'aucun droit de propriété exclusive sur l'ensemble des éléments composant la « méthodologie B », à voir dire qu'elle est donc libre d'utiliser, dans la prospection de la clientèle, tous les éléments pris dans leur ensemble ou isolément en combinaison avec d'autres procédés commerciaux, à savoir la tenue d'une base de données, l'édition des magazines ou des newsletters, la tenue d'un site internet, l'organisation des événements ou des galas trimestriels, semestriels ou annuels, à voir ordonner la publication de l'arrêt ensemble avec le dispositif de l'ordonnance du 13 juin 2014 dans deux quotidiens luxembourgeois, à se voir relever de la condamnation prononcée sur base de l'article 240 du NCPC, à voir condamner la société intimée aux frais et dépens des deux instances et à se voir allouer une indemnité de procédure de 5.000 €.

La société B conclut à la confirmation du volet de l'ordonnance entrepris par la société C et demande à la Cour de liquider l'astreinte au regard d'un manquement du 8 janvier 2015 de la société appelante à l'interdiction prononcée contre elle. L'intimée relève

appel incident en ce qu'il n'a pas été fait droit à sa demande tendant à voir cesser la publicité trompeuse commise par l'appelante sous peine d'une astreinte de 50.000 € par manquement constaté.

Elle sollicite la publication de l'arrêt dans deux quotidiens édités au Luxembourg et une indemnité de procédure de 15.000 €.

Quant à l'appel principal

Le volet de l'ordonnance déferé à la Cour est de la teneur suivante :

« B définit cette méthodologie comme un modèle économique des communautés B to B offrant à toutes entreprises intéressées une panoplie complète de solutions marketing interconnectées, concrétisées par une base de données de contacts, des informations régulières sur un secteur précis, la publication de guides complets reconnaissables dans leur structure et l'organisation d'un gala annuel comportant conférence, cocktail et récompenses annuelles. Elle précise encore que son département D fournit principalement cinq services, à savoir des événements tels que le E, les F et G, l'édition d'un H, l'exploitation d'un site internet www.d.lu, l'édition hebdomadaire d'une newsletter et l'organisation d'événements sur mesure (ci-après, la « méthodologie B ») (cf pièce n°3 de la demanderesse qui expose les différents services, prix à l'appui, offerts par D).

Il résulte encore des pièces versées que le même concept de marketing, à savoir gestion d'une base de données, site internet, newsletters, organisation d'un événement phare avec des récompenses, est appliqué au sein des autres départements de B (HR One, Green Works, Marketers, CFO World et IT One).

.....

C ne prouve ainsi pas que I ait développé le concept de marketing, dénommé méthodologie B.

Par ailleurs, au vu du fait, suffisamment établi, que B utilise la même méthodologie dans tous ses départements créés antérieurement à D, il est acquis en cause que B a développé la méthodologie en question.

Se pose ensuite la question de la protection de ce concept de marketing contre une reprise plagiaire, étant donné que les idées en tant que telles ne sont généralement pas protégeables.

Il est admis en jurisprudence française que celui qui s'empare ou imite les fruits du travail créatif d'un tiers, en ce compris les « concepts », se rend coupable d'actes de parasitisme. Ainsi, a-t-il été considéré qu'un concept d'émission de télévision ne pouvait pas

être repris par un concurrent, même en le modifiant, ou encore qu'un concept pour l'internet ou un « concept de sensibilisation à la sécurité routière » étaient protégeables (Jurisclasseur, Concurrence – Consommation, Fasc. 227, Parasitisme, Notion de parasitisme).

En particulier, il a été jugé, en relation avec un concept ou une méthode de commercialisation composé de différents éléments, que le concurrent ne se rend coupable de parasitisme que s'il est établi qu'il utilise le concept pris en tous ses éléments (Cour de cassation française, chambre commerciale, 26 janvier 1999, n°96-22.457, n° JURISDATA : 1999-000470).

Il faut donc retenir en l'espèce que la méthodologie B, prise dans son ensemble, est sujette à protection contre le parasitisme.

La jurisprudence définit le parasitisme économique comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de son savoir-faire. Le critère déterminant du parasitisme est une reprise plagiaire se nourrissant de la substance et de la forme de l'œuvre de la victime, ce qui revient à s'immiscer dans son sillage.

Le parasitisme se matérialise par l'imitation des idées ou du travail d'autrui sans rien dépenser. De tels agissements permettent à l'entreprise parasite de faire l'économie de frais financiers et intellectuels importants pour la commercialisation de ses produits.

S'approprier le travail et les investissements d'autrui constitue un acte qui fausse le jeu normal du marché, rompt l'équilibre entre les divers intervenants et provoque ainsi un trouble commercial. Le parasitisme implique donc la volonté de se placer dans le sillage de la renommée d'autrui et de profiter des retombées de celle-ci (Cour d'appel, 21 mars 2007, n°31955 du rôle; Cour d'appel, 14 novembre 2007, n°32297 du rôle ainsi que les références y citées; Cour d'appel, 23 mars 2011, n°36768 du rôle).

Il est admis que le parasitisme peut exister indépendamment de tout risque de confusion dans l'esprit des différents acteurs économiques entre l'œuvre de la victime et celle du parasite. La mise en cause du parasite est également indépendante de l'originalité du bien parasité. Ce qui est appréhendé en matière de parasitisme sont les moyens employés, intrinsèquement vicieux, et non le résultat qu'ils ont produit.

Il faut cependant rappeler qu'en réalité toute imitation est nécessairement parasitaire et que, hormis la protection conférée par un droit privatif, le simple fait de copier la prestation d'autrui n'est pas prohibée. Il faut encore qu'un comportement déloyal soit démontré

tendant à la captation de clientèle ou portant atteinte à la capacité de concurrence d'un concurrent.

En l'espèce, les pièces démontrent qu'C utilise l'ensemble des éléments composant la méthodologie B, à savoir la base de données, les newsletters, le site internet, l'édition d'un guide, le gala annuel et les événements, tels que les F. En effet, elle a à sa disposition une base de données regroupant des contacts dans le domaine de l'automobile, elle a une présence internet à travers son site internet promobility.lu, elle envoie des newsletters bimensuelles (cf. pièces n°11 et n°41 de la demanderesse), elle est en train de collectionner les commandes pour l'édition de son propre fascicule intitulé « Guide du marché fleet luxembourgeois » (cf. pièces n°11, n°35 et n°42), elle projette d'organiser un gala annuel (« l'événement annuel du marché « fleet » luxembourgeois »). Elle organise par ailleurs des événements intitulés (...), au même endroit que B, à savoir auprès de l'établissement (...)(pièce n°27 A de la demanderesse).

La reprise plagiaire de cette méthodologie couronnée de succès, sans la moindre volonté d'y apporter une touche personnelle, témoigne à suffisance de l'intention de C de se placer dans le sillage de son concurrent et de tirer profit, sans dépense corrélative, du concept développé par celui-ci. En effet, par le débauchage de toute l'équipe D lui permettant de continuer en quelque sorte l'activité de ce département à son propre profit, C porte atteinte à la capacité de concurrence de B.

Elle se rend dès lors coupable de parasitisme économique constitutif d'un acte de concurrence déloyale, dont il convient d'ordonner la cessation.

Pour assurer l'efficacité de l'interdiction ordonnée, il y a lieu de l'assortir, à l'expiration d'un délai de quinze jours à partir de la signification de la présente ordonnance, d'une astreinte de 20.000,-EUR par manquement constaté ».

Les parties ne contestent pas les développements en droit contenus dans l'ordonnance qui, pour être correctement exposés, sont adoptés par la Cour.

Selon l'acte d'appel, la société C (qui se dénomme depuis le mois de juillet 2014 société à responsabilité limitée A) soutient être libre d'utiliser tous les éléments pris isolément faisant partie de ce que l'intimée qualifie de « méthodologie B » et qui est composée des éléments suivants, à savoir la base de données, les newsletters, le site internet, l'édition d'un guide, le gala annuel et les événements. Elle soutient en outre que ces éléments sont couramment utilisés par de nombreux éditeurs et acteurs dans le domaine *fleet* automobile, ou dans d'autres domaines au Luxembourg et en Europe et ce bien

avant même la création de la société B. Elle cite ainsi des sociétés étrangères qui utiliseraient les éléments commerciaux précités de même que sa société sœur belge A'.

Il est rappelé que l'interdiction prononcée porte sur l'utilisation de la « méthodologie B » et que la protection porte sur les éléments en ce qu'ils forment un ensemble cohérent constitutif d'un concept ou d'une méthode de commercialisation.

Il faut partant que le plaignant établisse d'abord la réalité de la méthode qu'il a développée qui ne saurait se résumer à l'addition d'éléments isolés avant même qu'il y ait lieu de s'interroger sur son imitation par un plagiaire qui entend en profiter sans bourse délier.

Le moyen repris en appel par la société appelante qui consiste à soutenir que cette méthodologie aurait été développée par I, salarié de la société B de 2010 à 2013, moment de son départ pour constituer la société C, est à écarter, dès lors qu'abstraction faite de ce que même s'il devait être établi que tel eût été le cas, ce qui, au regard de la motivation de l'ordonnance que la Cour adopte ne l'est pas, il l'aurait fait en sa qualité de salarié de la société intimée et ne saurait, en cette qualité, faire valoir aucun droit personnel qui lui aurait permis de faire profiter, sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit, de ladite méthodologie la société qu'il a créée et dans laquelle il occupe la fonction de gérant.

Le deuxième moyen avancé par l'appelante consiste à soutenir que la méthodologie B ne serait pas originale en ce qu'elle serait courante et utilisée par nombre d'autres sociétés, non spécialement concurrentes de celle-ci pour opérer sur des marchés différents, dont entre autres la société sœur A' opérant en Belgique.

Il y a tout d'abord lieu de retenir pour ne pas être contesté par l'appelante que la société B applique cette méthodologie non seulement dans le marché litigieux *fleet*, mais encore dans d'autres domaines rappelés dans l'ordonnance (*HR One, Green Works, Marketers, CFO World et IT One*).

L'appelante verse des pièces desquelles il ressort que bon nombre d'autres sociétés ont un site internet, organisent des événements, envoient des lettres circulaires à leurs clients (classeur 2, sub III, aperçu général des sociétés ainsi que des éléments de méthodologie utilisés). La Cour en retient que de nombreuses sociétés situées dans et hors du pays actives notamment dans le domaine *fleet* utilisent plusieurs voire tous les moyens de communication suivants : site internet, newsletter, conférence, test drive, événement, soirée de gala/awards, guide, magazine.

Il convient en toute occurrence de rappeler que les méthodes de commercialisation ont largement évolué du fait de la révolution technologique et numérique et que le commerce traditionnel est de plus en plus concurrencé par les méthodes de transmission de données et d'informations moyennant l'internet ou encore les réseaux sociaux. Le fait même d'utiliser ces moyens de communication moderne dans la prospection de la clientèle est courant, voire indispensable pour tout commerçant qui ne veut pas se voir dépasser par les avancées technologiques. Des plateformes b2b ou c2c (la société B se targue d'être une plate-forme b2b mettant en contact les professionnels de l'automobile) sont monnaie courante.

L'originalité de la « méthodologie B » ne saurait partant consister qu'en la conjonction de ces activités connectées l'une à l'autre dans le but de générer une clientèle et de la fidéliser en la tenant informée de tout ce qui concerne l'automobile, que ce soit au moyen de publication, guide ou événement afin de créer parmi les utilisateurs le sentiment d'appartenir à une communauté.

L'édition de newsletters, d'un guide ou encore d'événements (remise de prix, galas, ptidj, séminaires, randonnées, sorties ludiques) sont des éléments utilisés dans la prospection et fidélisation de la clientèle d'une telle banalité qu'ils ne sont pas susceptibles, même pris dans leur ensemble, de constituer une méthodologie digne de protection.

D'ailleurs l'énumération des pièces que le juge de première instance a dressée pour en conclure que l'appelante utilise l'ensemble des éléments composant la méthodologie B « *sans la moindre volonté d'y apporter une touche personnelle* » n'est pas décisive en ce que la conjonction de ces éléments ne constitue pas un concept, à défaut pour la demanderesse d'établir que la méthode qu'elle entend voir protéger est plus que la simple addition de ces différents éléments destinés à prospecter et fidéliser la clientèle.

En ce qui concerne plus spécifiquement le domaine « fleet (flotte automobile) », la Cour entend relever que la demanderesse avait conclu en première instance à voir ordonner à la défenderesse notamment (iv) de se voir interdire d'utiliser la base de données clientèle appartenant à la requérante, (v) de se voir interdire d'organiser l'événement « (...) » le 25 novembre 2014 à (...) ou à toute autre date ou en tout autre lieu, (vi) principalement la suppression du site (...) tel que présenté actuellement, sinon subsidiairement ordonner la modification du code couleur et la suppression de toute référence à B, éléments ayant pour seul but de parasiter les activités développées et exploitées par B, (viii) voir ordonner principalement qu'C n'est pas autorisé à publier son fascicule annoncé sur son site internet, sinon subsidiairement et pour autant que de besoin que l'édition du fascicule soit autorisée, dire

que celui-ci ne devra pas utiliser le code couleur, les idées, le format, les titres des rubriques et tout autre élément caractéristique de l'« H », fascicule édité par B. Elle avait encore demandé au juge de *constater* que les informations relatives à la qualification et à l'expérience de Monsieur I ou toute autre personne liée à C annoncées sur les plateformes en ligne et réseaux sociaux constituent un acte de publicité trompeuse en vertu de l'article 17 de la loi de 2002.

Le juge du premier degré a partiellement fait droit au point (v), contre lequel aucun appel n'a été interjeté. Il a, par contre, rejeté tous les autres points. Ce volet de la décision qui a rejeté tous les autres points n'a pas été entrepris par l'intimée au moyen d'un appel incident, sauf en ce qui concerne le refus opposé à la demande ayant trait à la publicité trompeuse.

La Cour se trouve dès lors saisie d'un appel contre le volet de l'ordonnance qui retient que l'utilisation par l'appelante de la méthodologie B est un acte de concurrence déloyale, mais n'est pas saisie d'un appel contre tous ceux des volets de l'ordonnance qui, statuant sur des éléments faisant partie de ladite méthodologie, retient que la défenderesse n'a pas contrevenu aux usages honnêtes et normaux.

En ce qui concerne le volet non entrepris de l'ordonnance relatif à l'organisation « (...) », il convient de relever qu'après avoir fait interdiction à l'appelante d'organiser le 25 novembre 2014 ladite soirée à (...), à l'endroit précis choisi les années précédentes par la société B pour y organiser son rendez-vous annuel, le magistrat a pris soin de préciser que la société C reste libre d'organiser cet événement en tout autre lieu et à toute autre date.

Quant aux autres points de la requête définitivement rejetés, il y a lieu de retenir que la société C est autorisée à continuer celles des activités qui lui ont été reprochées en première instance, mais dont la demande en interdiction n'a pas été accueillie par le magistrat du premier degré.

Ainsi en est-il de la publication d'un autoguide qui, faute d'éléments probants produits devant le juge de première instance, ne constituait pas, en l'état du dossier à lui soumis, un acte de concurrence déloyale.

Il en est également ainsi en ce qui concerne le site internet de l'appelante qu'elle reste libre de continuer à exploiter, le magistrat ayant rejeté la demande en suppression du site (...) de même que celle en changement de couleur du site.

Quant à ce dernier point, le magistrat précise qu'il rejette ces demandes « sous réserve des développements faits en relation avec la reprise plagiaire de la méthodologie B ».

Le juge du premier degré a encore retenu que la base de données de l'appelante lui était propre, la société B ayant soutenu que l'assignée utilisait la base de données de la requérante.

Etant donné cependant que toutes ces activités font partie de ce que l'intimée qualifie de « méthodologie B », la Cour est amenée à se demander quelle est la portée du volet de l'ordonnance qui fait interdiction à la défenderesse d'utiliser la « méthodologie B », dès lors que celle-ci est composée des divers éléments qui, pris isolément, peuvent être utilisés par l'appelante. Elle ne voit pas non plus quelles conséquences sont à tirer notamment du rejet de la demande tendant à voir interdire à l'appelante d'exploiter le site internet (...), rejet qui équivaut à une autorisation implicite de continuer ladite utilisation, cette autorisation étant accordée « sous réserve des développements faits en relation avec la reprise plagiaire de la méthodologie B ».

Au regard des développements faits ci-dessus relatifs à la « méthodologie B » et des difficultés d'exécution d'une décision judiciaire qui fait interdiction à l'appelante d'utiliser un concept composé d'éléments dont l'utilisation isolée lui est cependant permise, la demande tendant à l'interdiction prononcée à la charge de la société C d'utiliser la « méthodologie B » est à rejeter.

L'ordonnance dont appel est à réformer de ce chef.

Quant à la liquidation de l'astreinte

Faisant état de ce que la société C aurait le 8 janvier 2015 servilement recopié, fautes d'orthographe et de grammaire incluses, un communiqué publié sur le site internet de la société B, et ainsi contrevenu à l'interdiction d'utiliser la « méthodologie B » dans le cadre de la prospection de clients, l'intimée demande à la Cour de liquider l'astreinte pour ce manquement constaté et de lui allouer de ce chef le montant de 20.000 €.

Cette demande est sans objet au regard de la réformation de la décision dont appel sur ce point spécifique.

Quant à l'appel incident

La société B relève appel incident de l'ordonnance en ce que sa demande tendant à voir constater que l'appelante s'est rendue coupable de publicité trompeuse a été rejetée.

Le magistrat de première instance a notamment retenu ce qui suit :

« Si le dispositif de la demande permettait de constater que cette affirmation d’C constitue une publicité trompeuse au sens de l’article 17 de la Loi, il y aurait effectivement lieu de le constater et d’en ordonner la cessation. Or, le dispositif (tout comme le corps même de la demande) ne vise que les informations relatives à la qualification et à l’expérience de Monsieur I ou de toute autre personne liée à C (et non pas la qualification et l’expérience de C elle-même). Sous peine de statuer au-delà de ce qui est sollicité, il ne saurait être fait droit à la demande telle que formulée dans le dispositif ».

Il ressort de la page 13 de la note de plaidoiries de l’appelante qu’elle fait grief au juge du premier degré d’avoir mal interprété le dispositif de sa requête au motif que *« contrairement à ce qui a été décidé par le premier juge, la présente demande de B était (souligné par la Cour) manifestement dirigée directement contre les agissements de publicité trompeuse commises directement par la partie appelante ».*

L’interprétation retenue par le magistrat de première instance étant cependant correcte, il convient de l’adopter et de confirmer ce volet de l’ordonnance de sorte que l’appel incident n’est pas fondé.

La publication des décisions dans des quotidiens

Au vu du résultat définitif du litige, il n’y a pas lieu d’ordonner la publication des décisions dans des quotidiens édités au Luxembourg de sorte que l’ordonnance est à réformer et que les demandes des parties tendant à la publication du présent arrêt sont à rejeter.

Les indemnités de procédure

C’est à bon droit que la société C a été condamnée à payer à la société B une indemnité de procédure qu’il convient cependant, au regard de la réformation partielle de l’ordonnance, de ramener à 1.200 €.

La demande de la société B en allocation d’une indemnité de procédure pour l’instance d’appel n’est pas fondée au vu du sort réservé tant à l’appel principal qu’à son appel incident.

Il convient cependant de faire droit à la demande de la société C en allocation d’une indemnité de procédure au vu du sort réservé aux appels. La Cour lui alloue de ce chef 1.200 €.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal partiellement fondé,

réformant :

dit non fondée la demande de B tendant à voir ordonner à A (anciennement C) de cesser d'utiliser la « méthodologie B » dans le cadre de la prospection de clients,

condamne A à payer à B une indemnité de procédure de 1.200 € pour la première instance,

dit qu'il n'y a pas lieu à publication du dispositif de l'ordonnance dans les quotidiens luxembourgeois,

confirme l'ordonnance pour le surplus,

rejette la demande de B en allocation d'une indemnité de procédure,

la condamne à payer à A une indemnité de procédure de 1.200 € pour l'instance d'appel,

dit qu'il n'y a pas lieu à publication du dispositif du présent arrêt dans deux quotidiens luxembourgeois,

condamne B aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Alex Krieps, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.