

Arrêt N°180/16 IV-COM

Audience publique du sept décembre deux mille seize

Numéro 43839 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, première conseillère;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Eric VILVENS, greffier assumé.

E n t r e

la société à responsabilité limitée SOC1.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert Rukavina de Diekirch du 5 août 2016,

comparant par Maître Laurent Niedner, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société à responsabilité limitée SOC2.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro (...),

intimée aux fins du prédit exploit Rukavina,

comparant par Maître Jean Lutgen, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

I. La société à responsabilité limitée **SOC2.)** (ci-après la société **SOC2.))** constituée en 2008 a pour objet social notamment:

- « *den Betrieb eines Verlages, Design-und Medienservice für alle gängigen Medien, die Beratung, Konzeption, Planung, Gestaltung und Realisierung von Werbe - und sonstigen Kommunikationsmaßnahmen für dritte Personen,*

- *als Verlag, Herausgeber von Stadt, - Werbe - und sonstigen Magazinen für verschiedene Regionen in Luxemburg und grenzüberschreitend im Großraum Luxemburg, Belgien, Holland, Frankreich und Deutschland zu agieren* ».

A.) qui détient depuis la date de sa constitution 20% des parts sociales de la société **SOC2.)** était en charge, comme salarié, de la relation avec la clientèle et de la vente d'espaces publicitaires pour ces magazines.

Cette activité a été confiée en 2012 par la société **SOC2.)** à la société à responsabilité limitée **A.)** Medienservice constituée le 7 septembre 2012 par **A.)**. Il en détenait l'intégralité du capital social et en était le gérant.

Le contrat d'agent commercial signé en novembre 2012 avec prise d'effet au 1^{er} septembre 2012 retient que « *das Unternehmen (i.e. la société **SOC2.))** überträgt dem dies annehmenden Handelsvertreter (i.e. la société **A.)** Medienservice) die Aufgabe, im Vertragsgebiet Luxemburg, Verkaufsgeschäfte für Anzeigen in den vom Unternehmen herausgegebenen Zeitschriften zu vermitteln* ». L'article 5.1 du contrat contient une clause de non-concurrence applicable pendant la durée du contrat et pendant un délai de douze mois après la cessation du contrat d'agent commercial.

II. La société à responsabilité limitée **SOC1.)** a été constituée par **A.)** le 11 août 2015 sous la dénomination sociale **SOC1'.).** **A.)** en détenait à sa constitution l'entièreté des parts sociales et en était le seul gérant. La société **SOC1.)** a comme objet social notamment « *das Betreiben eines Verlages, die Erstellung von Print Produkten, Erstellung und Vertrieb von Stadtmagazinen und sonstigen Magazinen in Papierform oder elektronischer Form (...).* Ausserdem ist die Gesellschaft tätig in folgenden Bereichen:

Erstellung von Kommunikationskonzepten, Planung, Organisation und Durchführung von Veranstaltungen, Presse - und Öffentlichkeitsarbeit, Design und Corporate Design, Logoentwicklung, PR - und Kommunikationsberatung, Konzept- und Strategieentwicklung für PR - Arbeiten, Kommunikation und Sponsoring, Konzeption, Entwicklung, Produktion und Vermittlung von elektronischen und audiovisuellen Medien (...) ».

A.) a cédé le 9 septembre 2015 toutes les parts de la société **SOC1'.**) (actuellement **SOC1.**) à **B.)** qui en est également devenu le gérant. **A.)** est actuellement salarié de la société **SOC1.**) La dénomination actuelle de **SOC1.**) a été adoptée le 15 septembre 2015.

A.) a encore démissionné le 20 octobre 2015 comme gérant de la société **A.)** Medienservice et a cédé ses parts sociales à un tiers qui en est également devenu le gérant. Par lettre du 12 février 2016, la société **A.)** Medienservice a résilié le contrat d'agent commercial qui la liait à la société **SOC2.)** avec effet au 31 août 2016.

La procédure de première instance

Suivant requête du 22 juin 2016 et ordonnance du 27 juin 2016, signifiées à la société **SOC1.)** ensemble avec l'exploit d'assignation du 28 juin 2016, la société **SOC2.)** a demandé au magistrat président la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg qu'il soit ordonné à la défenderesse de cesser dans un délai de 8 jours à compter de la signification de l'ordonnance à intervenir tout acte de concurrence déloyale commis à son égard.

Elle a exposé à l'appui de sa requête que la défenderesse imiterait purement et simplement les magazines édités et publiés par elle en choisissant un nom ressemblant pour ses propres publications dans le but de générer une confusion, en copiant mots par mots des annonces et textes conçus et rédigés par elle et en publiant des photos prises par elle. En plus, elle démarcherait sa clientèle par des moyens illicites et la dénigrerait. Dans la mesure où **A.)** serait encore associé à hauteur de 20% de la société **SOC2.), SOC1.)** se rendrait tiers complice de ses agissements contraires à ses obligations de loyauté et de bonne foi découlant de sa qualité d'associé; elle se rendrait encore tiers complice de la violation par **A.)** des obligations découlant du contrat d'agent commercial. **A.)** aurait, en effet,

toujours été la seule personne représentant **A.)** Medienservice vis-à-vis de la clientèle ; le simple fait pour la défenderesse, consciente de l'existence du contrat d'agent commercial, de laisser travailler **A.)** pour son compte serait déloyal.

La société **SOC2.)** a fait valoir que la défenderesse, en la personne d'**A.)**, démarcherait ouvertement la clientèle de la société **SOC2.)** et la dénigrerait. Ce démarchage des clients serait d'autant plus facile qu'**A.)** aurait mis à disposition de la société **SOC1.)** le fichier clientèle de la société **SOC2.)**. Il résulterait ainsi d'une comparaison des magazines édités par les deux sociétés **SOC1.)** et **SOC2.)** que de nombreux annonceurs, repris sur la liste clients de la demanderesse, auraient fait paraître des annonces publicitaires dans les publications concurrentes. 263 clients de la société **SOC2.)** seraient présents dans les six magazines publiés par la société **SOC1.)** en 2016 tandis que seulement 41 nouveaux clients y apparaîtraient.

Elle a encore fait valoir que la société **SOC1.)** ferait usage des « Verkaufsunterlagen » ou « Musterhefte », c'est-à-dire des documents de vente, de la requérante. Elle y ferait état de quelque vingt annonces pour lesquelles elle détiendrait les droits d'auteur. Il en serait de même du magazine **MAG1.)** qui contiendrait 64 annonces des clients de la société **SOC2.)** et 24 annonces dont les droits d'auteur lui appartiendraient.

La requérante **SOC2.)** a reproché à la défenderesse **SOC1.)** des actes de parasitisme en ce qu'elle se placerait dans son sillage afin de tirer profit de son savoir-faire et de sa structure commerciale.

Dans le cadre du démarchage de la clientèle, **A.)** ferait croire aux clients que leurs annonces paraîtraient dans un des magazines de la requérante **SOC2.)** tandis qu'elles seraient publiées dans des magazines publiés par la société **SOC1.)**.

La société **SOC1.)** copierait les produits publicitaires, photos et textes de la société **SOC2.)** qui lui reprochait encore de créer la confusion en diffusant des magazines sous des noms similaires aux noms de ses propres magazines.

L'ensemble des faits reprochés à la défenderesse établirait clairement son intention de parasitisme, elle calquerait son activité entièrement sur la sienne.

Elle a partant conclu à ce qu'il soit expressément interdit à la défenderesse, en application de l'article 14 de la loi modifiée du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale, de:

« 1. éditer, publier, diffuser et distribuer des magazines portant le nom de « **MAG2.)** », « **MAG3.)** », « **MAG1.)** », « **MAG4.)** » ;

2. éditer, publier, diffuser et distribuer des magazines portant un nom proche des magazines édités, publiés, diffusés et distribués par la requérante, et notamment les magazines « **MAG5.)** », « **MAG6.)** », « **MAG7.)** », sans préjudice quant à d'autres magazines ;

3. engager et de faire travailler pour son compte Monsieur **A.)**, sous quelque forme que ce soit, directement ou par personne interposée, notamment par l'écran de la société **A.) Medienservice**, ou par toute autre personne ;

4. prendre contact, directement ou par le biais de Monsieur **A.)** ou de la société **A.) Medienservice** ou de toute autre société, par quelque moyen que ce soit, avec les clients de la requérante répertoriés sur une liste de clients comportant 25 pages (pièce 11) ;

5. copier et imiter le travail et l'œuvre de la requérante, notamment ses annonces, textes et photos, réseau et mode de distribution des magazines, contrats et documents de vente, site internet etc. ;

6. faire envoyer des personnes travaillant pour elle qui se présentent auprès de clients et indiquent respectivement font croire à ceux-ci qu'elles travaillent pour le compte de la société requérante respectivement qu'elles vendent des annonces pour l'un des magazines édités et distribués par la requérante, dont notamment, et à titre non exclusif, les magazines **MAG6.)**, **MAG5.)**, **MAG7.)** ;

7. présenter ou faire présenter à des tierces personnes, notamment des clients, des « Verkaufsunterlagen », « Musterhefte », annonces, textes, photos, graphiques ou tous autres documents ou informations qui sont l'œuvre intellectuelle ou la propriété de la requérante, respectivement qui sont l'œuvre intellectuelle ou la propriété de clients de la requérante et qui ont été remis par ces clients à la requérante à des fins de publication ou d'édition ;

8. présenter à des tiers toute annonce, tout texte, toute photo ayant initialement figuré dans un magazine édité et publié par la requérante ;

9. intervenir d'une quelconque manière auprès des clients de la requérante dans le but de les inciter à ne plus travailler avec la requérante, notamment à ne plus faire publier des annonces dans

ses magazines, respectivement en essayant de faire annuler ou résilier des contrats déjà conclus entre ces clients et la requérante ;

*10. affirmer dans ses magazines qu'elle-même respectivement une société **SOC3.)** serait bénéficiaire des droits d'auteur des annonces, textes et photos qui sont la propriété de la requérante, notamment par insertion dans ses magazines d'une mention du genre « TITEL, LAYOUT, RECHTE UND GESTALTUNG © by **SOC3.) SARL** » ;*

11. dénigrer la requérante et répandre de quelconques imputations fausses à son égard, notamment que les affaires de la requérante tournent mal, qu'elle aurait perdu beaucoup de clients, dont plusieurs clients importants, que ses magazines seraient à moitié vides, qu'elle allait prochainement disparaître du marché qu'elle n'a plus qu'à remballer etc,

le tout sous peine d'une astreinte de 1.000 € par infraction constatée à compter d'un délai de huit jours suivant la signification de l'ordonnance à intervenir. Elle a conclu à la publication aux frais de la défenderesse du dispositif de ladite ordonnance dans les quotidiens Luxemburger Wort et Tageblatt et à l'allocation d'une indemnité de procédure ».

La défenderesse a soulevé l'incompétence territoriale du juge saisi dans la mesure où les reproches concernent essentiellement des activités concurrentielles se déroulant en Allemagne par rapport à une clientèle établie en Allemagne. Le marché pertinent sur lequel la prétendue concurrence déloyale se déroulerait serait le territoire allemand. Tout ce qui se passerait en Allemagne ne pourrait être pris en compte dans le cadre de la présente affaire.

Le magistrat siégeant en matière de concurrence déloyale serait également matériellement incompétent pour connaître d'une demande basée sur un droit de propriété intellectuelle, tel qu'un droit d'auteur. Dans le contexte du reproche de copier des annonces sur lesquelles la société **SOC2.)** détiendrait des droits de propriété intellectuelle, la défenderesse a fait valoir que le contenu des publicités appartiendrait aux annonceurs, qui fourniraient notamment les textes et les différents éléments utilisés. Les annonceurs seraient libres de refaire une même publicité dans le cadre d'un magazine concurrent.

Quant au reproche de la tierce complicité, la défenderesse **SOC1.)** a fait valoir que la clause de non concurrence contenue dans le contrat d'agence commerciale ne pourrait s'appliquer

qu'aux parties signataires, à savoir **SOC2.)** et **A.)** Medienservice. Si la demanderesse avait voulu viser les activités personnelles d'**A.)**, elle aurait dû formuler le contrat différemment. A titre subsidiaire, elle a ajouté que si le contrat mettait une obligation personnelle à charge d'**A.)**, le contrat ne s'appliquerait qu'au territoire luxembourgeois (« Vertragsgebiet »).

Elle a encore contesté les différentes demandes et les faits invoqués à leur base.

Par **ordonnance du 15 juillet 2016**, le magistrat ayant siégé en matière de concurrence déloyale s'est déclaré matériellement incompétent pour connaître des points 7 et 10 formulés au dispositif de la requête. Il a, pour les autres points, dit la demande partiellement fondée et fait interdiction à la société **SOC1.)** d'engager et de faire travailler pour son compte **A.)** sous quelque forme que ce soit, directement ou par personne interposée (point 3), et d'éditer, de publier, de diffuser et de distribuer des magazines portant le nom de « **MAG2.)** », « **MAG4.)** », « **MAG1.)** », « **MAG3.)** », ces deux interdictions à respecter sous peine d'une astreinte de 500 € par infraction constatée à partir d'un délai de deux mois à compter de la signification de son ordonnance . Il a dit non fondés les autres volets de la demande.

Il a rejeté la demande en publication du dispositif de l'ordonnance dans deux quotidiens, mais condamné la défenderesse à payer à la requérante une indemnité de procédure de 1.500 €. Il a débouté la défenderesse de sa demande basée sur l'article 240 NCPC et l'a condamnée aux frais et dépens de l'instance.

L'appel

Par acte d'huissier de justice du 8 août 2016, la société **SOC1.)** a régulièrement relevé appel de l'ordonnance qui lui a été signifiée le 2 août 2016.

Elle reproche au juge du premier degré d'avoir assimilé **A.)** à la société **A.)** Medienservice, seule tenue de respecter la clause de non-concurrence. Elle fait encore valoir que la tierce complicité, si elle devait être retenue dans son chef, aurait cessé à partir de la démission d'**A.)** de ses fonctions de gérant et de sa qualité d'associé de la société **A.)** Medienservice. Elle soutient encore pour le cas où la clause lui serait opposable qu'elle ne serait d'application que sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.

Elle conclut en sus au rejet des autres demandes de l'intimée et à la voir condamner à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 €.

La société **SOC2.)** relève appel incident et demande à voir déclarer fondées les demandes qui ont été rejetées en première instance soit pour cause d'incompétence matérielle, soit pour ne pas être fondées. Elle conclut au rejet de l'appel et à se voir accorder une indemnité de procédure de 1.500 €.

Eu égard à l'appel incident de la société **SOC2.)**, la Cour est saisie de toutes les demandes formulées en première instance. Le volet de l'appel principal qui tend à voir limiter la défense faite à la société **SOC1.)** au territoire du Grand-Duché de Luxembourg à l'exclusion des pays limitrophes n'est à toiser que pour autant qu'une interdiction soit prononcée au préalable.

Discussion

I.A.1. L'appel principal porte d'abord sur l'interdiction faite à l'appelante d'engager et de faire travailler pour son compte **A.)** sous quelque forme que ce soit, directement ou par personne interposée.

L'article 5 du contrat d'agent commercial signé avec effet au 1^{er} septembre 2012 entre les sociétés **SOC2.)** et **A.)** Medienservice dispose que pendant la durée du contrat et une année après la cessation des relations contractuelles, la société **A.)** Medienservice n'aura pas le droit, sauf accord préalable écrit de la société **SOC2.)**, *Konkurrenzerzeugnisse in dem Vertragsgebiet zu vertreten oder herzustellen* ». Cette clause est applicable, selon l'article 5.1, sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg (pièce 14 de l'intimée). Etant donné que la société **A.)** Medienservice a résilié le contrat avec effet au 31 août 2016, la clause de non-concurrence court en principe jusqu'au 31 août 2017.

La société à responsabilité limitée **SOC1'.)** (actuellement **SOC1.)**) a été constituée par **A.)** le 11 août 2015. Il en était l'associé unique et le gérant. **A.)** a cédé le 9 septembre 2015 l'intégralité des parts et la gérance à un tiers. Il est devenu salarié de la société **SOC1.)** depuis lors.

La société **A.)** Medienservice existe toujours. Ici aussi **A.)** a cédé le 20 octobre 2015 l'intégralité des parts et la gérance à un

tiers. Du fait de la résiliation du contrat d'agent commercial avec effet au 31 août 2016, elle n'est actuellement plus liée à la société **SOC2.**), sauf en ce qui concerne la clause de non-concurrence qui viendra à échéance le 31 août 2017.

Le magistrat du premier degré a correctement exposé les principes régissant la tierce complicité auxquels la Cour renvoie. Le tiers complice engage sa responsabilité délictuelle à l'égard de la victime de la violation d'une stipulation contractuelle commise par un co-contractant. La tierce complicité est un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale et relève partant de la loi du 30 juillet 2002 sanctionnant la concurrence déloyale.

Pour dire qu'il y avait eu violation de la clause de non-concurrence, le juge du premier degré a retenu qu'« **A.) a constitué la société A.) Medienservice et qu'il en détenait toutes les parts sociales et qu'il était son gérant unique jusqu'au 20 octobre 2015. Les actes commis par A.) pendant la période où il était associé et gérant uniques peuvent être directement imputés à A.) Medienservice, le gérant étant l'organe de représentation de la personne morale à l'égard des tiers** ».

Cette conclusion est à nuancer, étant donné qu'il ressort d'une lettre adressée le 14 octobre 2015 par la société **A.) Medienservice** à la société **SOC2.**), qu'elle suspend ses activités d'agent commercial en attendant le paiement de provisions litigieuses entre parties (pièces 14-28 de l'intimée).

Les attestations testimoniales versées de part et d'autre ne permettent cependant pas d'établir avec la certitude voulue si la société **A.) Medienservice** a, avant le 15 octobre 2015, sous le couvert de la société **SOC1'.)** rebaptisée **SOC1.)** concurrencé déloyalement, sinon concurrencé la société **SOC2.)**. S'il est vrai que la société **SOC2.)** a constaté fin août début septembre 2012 un net recul des activités d'**A.)** agissant en sa qualité de gérant de la société **A.) Medienservice**, celui-ci l'expliquait à l'époque par des arrêts maladie (au cours desquels il a cependant constitué la société **SOC1'.)**).

Le magistrat de première instance a poursuivi en écrivant que

*« le 11 août 2015, soit à un moment où **A.)** était encore associé et gérant uniques d'**A.) Medienservice**, il a constitué **SOC1.)** dont il détenait également l'ensemble des parts sociales et assumait la fonction de gérant unique. En tant que représentant légal et*

propriétaire d'A.) Medienservice, qui pourtant était liée par un contrat d'agent commercial contenant une clause expresse de non concurrence, il a constitué un clone de SOC2.). Un tel acte ne pouvait avoir un autre but que de concurrencer SOC2.), par la substitution d'un doublon.

La violation du contrat d'agent commercial par A.) Medienservice, du fait de son gérant, est donc à suffisance rapportée. Cette violation contractuelle n'est pas anéantie du seul fait qu'A.), informé depuis le courriel du 30 septembre 2015 et surtout du courrier du mandataire de SOC2.) du 16 octobre 2015 que SOC2.) lui reproche un manquement à ses obligations contractuelles, a cédé ses parts et a démissionné comme gérant le 20 octobre 2015.

Cette chronologie montre à suffisance que cette cession et démission ne sont intervenues que pour essayer de soustraire A.) Medienservice à un éventuel recours pour violation contractuelle. Il a été tenté de couper le lien direct qui existe entre A.) Medienservice et son gérant et associé.

Sur base des faits ci-dessus relatés, il peut également être retenu qu'au moment de sa constitution par A.), SOC1.) a forcément été au courant que par cette constitution, A.) Medienservice, agissant également par l'intermédiaire de son associé et gérant uniques, violerait ses obligations contractuelles de non concurrence à l'égard de SOC2.).

Elle doit donc être considérée comme tiers complice de la violation contractuelle, voire même comme objet véhiculaire de cette violation contractuelle. S'il est vrai qu'A.) n'est actuellement plus que salarié de SOC1.), il n'en reste pas moins qu'une société répond également des actes de ses préposés ».

La société **SOC1'.**) rebaptisée **SOC1.)** ne continue pas la personnalité juridique de la société **A.)** Medienservice. Les deux sociétés coexistent toujours à l'heure actuelle, même si la société **A.)** Medienservice n'est plus active et ce depuis la mi-octobre 2015. **A.)** a créé la société **SOC1'.**) en son nom propre à un moment où il était associé unique et gérant de la société **A.)** Medienservice liée à la société **SOC2.)** par le contrat d'agent commercial.

A noter l'identité de l'objet social des sociétés **A.)** Medienservice et **SOC1.)** en ce qui concerne les activités

litigieuses. Cette identité de l'objet social, conjuguée à la quasi identité de la dénomination sociale des sociétés tout au moins avant le changement opéré par la seconde, toutes deux créées par **A.)** et à la réunion dans les seules mains d'**A.)** de l'intégralité du capital social et de la fonction de gérant dans chacune des deux sociétés amènent la Cour à confirmer le magistrat du premier degré en ce qu'il a retenu que la motivation première d'**A.)** était, sous le couvert de la société **SOC1'.**) (actuellement **SOC1.**)), d'exercer des activités concurrentielles à celles de la société **SOC2.**), ce que ne pouvait faire la société **A.)** Medienservice qui restait liée à la société **SOC2.)** par une clause de non-concurrence actuellement encore toujours en vigueur.

Il est admis que si une personne physique a constitué une personne morale dans le but exclusif d'agir officiellement en ses lieux et place, il y a identité entre ces personnes physique et morale de sorte que la personne morale se confond avec la personnalité de la personne physique qui doit être considérée comme le seul et unique maître de la personne morale (Cour de Cassation n° du registre 3600, arrêt 19/16 du 25 février 2016 rendu à propos de la capacité de témoigner en justice du bénéficiaire économique d'une fondation qui dispose de la personnalité juridique, principes que la Cour applique par analogie au cas d'espèce).

Cette décision est à interpréter en ce sens qu'il y a confusion entre la personne morale et la personne physique si cette dernière a créé la société dans le but exclusif d'agir officiellement en ses lieux et place, en d'autres termes si la création de la société a pour but de permettre à la personne physique d'agir derrière le paravent de la société. Tel était le but premier d'**A.)** en créant la société **SOC1'.**), à savoir de concurrencer la société **SOC2.)** puisqu'il ne pouvait plus agir par la société **A.)** Medienservice liée par la clause de non-concurrence.

Le fait que la clause de non-concurrence le visait personnellement ressort de l'attestation testimoniale du témoin **T1.)** (pièce 10b de l'intimée) qui détaille les circonstances qui ont mené en 2012 à la création de la société **A.)** Medienservice. Cette attestation n'a été critiquée par l'appelante ni quant à sa recevabilité et admissibilité, ni quant à son contenu.

L'attestateur y écrit notamment ce qui suit :

„Herr A.) wollte eine eigene Firma gründen, um die Verträge mit den Kunden die er vorher als Angestellter kontaktiert hat, abzuwickeln. Es war mit Herrn A.) und der Firma SOC2.) abgemacht, dass er persönlich alle Tätigkeiten für die Firma A.) MEDIENSERVICE tätigen würde.

Seine Firma sollte keine anderen Arbeitnehmer anstellen und die gesamte Kundenbetreuung von Herrn A.) selbst ausgeführt werden.

Er schied also zum 31.08.2012 als Angestellter aus. Es wurde ein Handelsvertretervertrag gültig am 1. September 2012 mit Herrn A.) abgeschlossen, mit der bisher gleichen Aufgabe von Herrn A.), den Allein-Anzeigevertrag im Vertragsgebiet Luxemburg als alleiniger Handelsvertreter zu übernehmen.

Herr A.) hat seine Arbeit für die Firma SOC2.) genauso ausgeführt, wie vorher als Angestellter, es wurde nur anders abgerechnet.

Gemäß den vorher geführten Gesprächen vor der Unterzeichnung des Handelsvertretervertrags, bei denen ich ebenfalls anwesend war, herrschte Einigkeit zwischen den Parteien, dass diese Wettbewerbsklausel sich auf Herrn A.) in persönliche Namen anwenden sollte, da dieser die einzige Person war, die für die A.) MEDIENSERVICE arbeiten sollte.“

Que la clause de non-concurrence s'appliquait à A.) pris en son nom personnel ressort de l'attitude d'A.) qui non seulement ne voulait plus apparaître sous ses initiales dans la société SOC1'.) qui a été rebaptisée par après, mais encore de sa démission de gérant de cette société et de la cession des parts à un tiers qui officie depuis lors comme gérant.

Il est vrai, tel que le fait remarquer l'appelante, qu'A.) a cédé l'intégralité des parts qu'il détenait dans la société SOC1.) le 9 septembre 2015 à un tiers qui fait office de gérant de la société dans laquelle A.) continue de travailler en qualité de salarié.

Cette cession des parts s'est faite à une période où la société SOC2.) a rappelé par lettres des 30 septembre et 15 octobre 2015 à la société A.) Medienservice qu'elle restait tenue par la clause de non-concurrence. Qu'A.) ait décidé de changer la dénomination de la société SOC1'.) et cédé l'intégralité du capital social, mais continué de travailler pour la même société en sa qualité de salarié dénote une fois de plus tant sa volonté de contourner la clause de non-concurrence continuant de lier la société A.) Medienservice à la société SOC2.), clause qui s'applique

directement à ce dernier, que celle de ne plus apparaître comme « le maître à bord ». **A.)** s'est même par après officiellement désengagé de la société **A.)** Medienservice qui continue de s'appeler ainsi, mais qui, ainsi que retenu ci-dessus, a cessé toute activité depuis la mi-octobre 2015.

Les circonstances ci-dessus décrites attestent de ce que la société **SOC1.)** a été créée par **A.)**, à l'époque encore associé unique et gérant de la société **A.)** Medienservice, dans l'unique but de s'affranchir de la clause de non-concurrence litigieuse. La société **SOC1.)**, actuellement employeur d'**A.)**, mais qui ainsi que rappelé à bon droit par le magistrat du premier degré répond des actes de son préposé, met sciemment sa structure juridique à la disposition de celui-ci afin qu'il soit à même de concurrencer les activités de la société **SOC2.)** et se rend par là-même complice de la violation de la clause contractuelle litigieuse qui lui est directement applicable. A noter enfin que l'éditorial des magazines édités par l'appelante depuis 2016 sont tous rédigés au nom, non pas du gérant et associé unique **B.)**, mais d'**A.)** dont la photo est reproduite (pièces 5 de l'intimée).

La décision dont appel est dès lors à confirmer en ce qu'il a été retenu que la société **SOC1.)** a commis en tant que tiers complice de la société **A.)** Medienservice et d'**A.)** un acte de concurrence déloyale à l'égard de la société **SOC2.)**.

I.A.2. La société **SOC2.)** fait valoir que contrairement à ce qui a été retenu en première instance, il serait pertinent de toiser le volet de sa demande dans lequel elle a reproché à la société **SOC1.)** en tant que tiers complice d'**A.)**, celui-ci pris en sa qualité d'associé à hauteur de 20% de la société **SOC2.)**, d'exercer des activités concurrentes aux siennes.

Il est pertinent d'analyser, ne serait-ce qu'en raison du fait que la clause de non-concurrence a un effet limité dans le temps, les obligations découlant du statut d'associé d'**A.)** de la société **SOC2.)**, qui y détient toujours 20% du capital social, notamment au regard des activités concurrentes qui lui sont reprochées.

Par un arrêt du 15 novembre 2011, la Cour de cassation française a retenu que « sauf stipulation contraire, l'associé d'une société à responsabilité limitée n'est, en cette qualité, tenu ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société,

ni d'informer celle-ci d'une telle activité et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux » (Daloz 2012,134, obs. A Lienhard, voir également Revue des Sociétés 2012, page 292, note Godon, RTDC 2011, 463 L'obligation de non-concurrence de plein droit de l'associé).

Aucune « stipulation contraire » n'est insérée dans les statuts de la société **SOC2.)** (pièce 1 de l'intimée) de sorte que le reproche de tierce complicité faite à l'appelante en ce qu'elle permettrait à **A.)** d'exercer une activité concurrente à celle de la société **SOC2.)** dont il demeure un des associés n'est pas fondé.

I.A.3.La société **SOC1.)** conclut en ordre subsidiaire à voir dire que l'interdiction prononcée ne s'applique qu'au territoire du Grand-Duché de Luxembourg, mais non pas aux pays limitrophes.

L'interdiction prononcée par le magistrat de première instance, confirmée par la Cour, a été ordonnée par application de la clause de non-concurrence stipulée à l'article 5.1. du contrat d'agent commercial conclu au mois de novembre 2012, clause qui n'a d'effet qu'au Grand-Duché de Luxembourg.

Le magistrat de première instance a spécifié l'effet territorial limité de la clause de non-concurrence dans la motivation de l'ordonnance (page 10 milieu de l'ordonnance), mais non pas en son dispositif. Il convient de le compléter en ce sens.

L'interdiction faite à la société **SOC1.)** « *d'engager et de faire travailler pour son compte A.) sous quelque forme que ce soit, directement ou par personne interposée* » prononcée est à modifier en ce qu'il ne saurait être fait interdiction à la société **SOC1.)** d'*engager A.)*, étant donné que ni ce dernier, ni la société **SOC1.)** ne sont liés d'aucune façon à la société **SOC2.)** par une clause de non-engagement. L'interdiction prononcée est encore à préciser en ce sens qu'**A.)** peut évidemment *travailler* pour l'employeur **SOC1.)**, mais non pas dans le domaine d'activités couvert par la clause de non-concurrence et dans les limites y stipulées.

I.B.1.a. L'appel principal porte encore sur l'interdiction faite à l'appelante **SOC1.)** d'édition, de publier, de diffuser et de distribuer des magazines portant les noms de **MAG2.)**, **MAG4.)**, **MAG1.)** et **MAG3.)**.

Le juge du premier degré a motivé sa décision de la manière suivante :

*Si, sous la réserve de l'interdiction de tierce complicité, on ne saurait interdire à **SOC1.)** d'avoir la même activité commerciale que **SOC2.)** et d'éditer des magazines, contenant essentiellement des annonces publicitaires, qui sont gratuitement distribués aux ménages établis dans les mêmes zones géographiques, il reste que **SOC1.)** doit s'abstenir de créer une confusion avec son concurrent.*

*Or, elle désigne ses trois magazines, ayant les mêmes finalités et s'adressant à un même public, par des noms similaires ou du moins proches au niveau conceptuel. En effet, le choix du nom **MAG3.)** si le nom du magazine concurrent est **MAG6.)** ou celui du nom SCHEIN OU **MAG4.)** par rapport au nom **MAG7.)** démontre clairement que **SOC1.)** n'a pas pris le soin de développer un concept individuel de noms mais s'est bornée à reprendre ceux développés par **SOC2.)** et déjà connus sur le marché en question. S'il est vrai qu'elle a veillé à légèrement modifier les noms en question, il reste que la volonté de se placer dans le sillage de **SOC2.)** et de ses magazines (au lieu de devoir faire une réflexion propre quant aux noms à adopter) est manifeste.*

*En ce qui concerne le nom **MAG1.)** par rapport à **MAG5.)**, la similitude est peut-être moins visible du premier regard. Il n'en reste pas moins que par le choix de **MAG1.)**, qui est la traduction de MOIEN, elle a conceptuellement repris un terme similaire et proche de celui développé par **SOC2.)**. Au vu de la relation de longue date entre **SOC2.)** et **A.)**, le choix de ce nom ne saurait être considéré comme anodin ou le fruit d'une coïncidence. Au contraire, **SOC1.)** entend, à moindre frais, faire bénéficier ses propres magazines de la réputation de ceux de son concurrent par le lien qui est inévitablement fait entre ces différents magazines par le public concerné. Or, ce genre de comportement est à qualifier de parasitaire.*

*Dans ce contexte, il importe peu que la société tierce ait, le cas échéant, fait usage du terme WUNNEN pour désigner un magazine similaire. Cette éventuelle antériorité n'est pas en cause en l'espèce et **SOC1.)** ne saurait s'en prévaloir à son propre profit.*

La partie intimée a informé la Cour d'appel lors de l'audience des plaidoiries que les magazines édités et distribués par la société appelante ont depuis octobre 2016 changé de nom. Ainsi,

le magazine **MAG3.)** s'appelle désormais **MAG3'.)**, le magazine **MAG1.)** s'appelle **MAG1'.)** et les magazines **MAG2.)** et **MAG4.)** ont été rebaptisés en **MAG2'.)/MAG4'.)**.

Du fait que l'ordonnance dont appel est exécutoire par provision nonobstant tout recours et sans caution, la dénomination nouvelle des magazines ne procède pas d'une acceptation par l'appelante de l'interdiction prononcée, étant donné que celle-ci n'a fait que se plier à l'interdiction provisoirement exécutoire.

Par le fait que l'appelante critique la décision, la Cour est saisie de l'examen de ce volet, même si entretemps il y a eu changement de nom.

Il ressort de l'agencement de la requête de première instance (page 12) que la requérante entendait voir interdire l'édition, la publication, la diffusion et la distribution des magazines portant les noms spécifiques cités ci-dessus. C'était donc les noms des magazines qu'elle entendait voir protéger et non le contenu même des magazines.

Le risque de confusion entre les magazines du fait de dénominations similaires existait même si les magazines ne s'adressaient, ainsi que le soutient l'appelante, qu'à des professionnels, étant donné qu'il convient même dans ce cas de tenir compte de la perception d'un professionnel moyennement diligent qui sera amené à croire qu'il insère dans un magazine édité par l'intimée et non pas par l'appelante, celle-ci profitant de la renommée des magazines édités par la première. Est encore à rejeter l'argument de l'appelante qui soutient que les noms de magazines n'auraient présenté aucune originalité particulière, ni ne relevaient d'un savoir - faire spécifique, dès lors que ces caractères ne sont pas une condition nécessaire pour voir protéger les magazines par tout acte d'imitation, pour peu que le consommateur moyennement diligent risque de verser dans la confusion entre les magazines édités par les sociétés concurrentes.

La défenderesse avait encore fait état en première instance de l'antériorité de l'utilisation par une société tierce au litige de la dénomination **MAG7.)** utilisée par la société **SOC2.)** pour en conclure que l'utilisation qu'elle faisait des dénominations **MAG2.)** respectivement **MAG4.)** ne pouvait être considérée comme un acte parasitaire à l'égard de la société **SOC2.)**.

Ce moyen, réitéré en appel, a été rejeté à bon droit par le juge du premier degré, étant donné qu'il y a lieu d'apprécier le risque de confusion par rapport au magazine **MAG7.)** édité par la société **SOC2.)**, l'usage par une société tierce du même nom que celui utilisé par l'intimée étant sans incidence dans les relations opposant les parties litigantes.

La Cour approuve dès lors la solution retenue par le magistrat du premier degré qui a dit que l'appelante entendait créer la confusion entre ses magazines et ceux de la société **SOC2.)** en ce qui concerne les titres **MAG3.)**, **MAG2.)** respectivement **MAG4.)**.

L'interdiction prononcée porte également sur le magazine dénommé **MAG1.)** en référence au magazine **MAG5.)** édité et distribué par la société **SOC2.)**.

S'il est certes vrai que le terme **MAG1.)** est la traduction de MOIEN, le risque de confusion est cependant inexistant, étant donné que la dénomination litigieuse n'utilise aucun des mots composant le titre à concurrencer et que le consommateur moyen, même bilingue, n'aura pas nécessairement le réflexe de confondre les deux magazines.

Il en découle que l'ordonnance est à confirmer, sauf à retrancher du champ d'interdiction le magazine **MAG1.)**.

I.B.1.b. Toujours dans le cadre de ce volet, qui est remis en cause par les appels principal et incident, l'intimée demande à la Cour d'interdire à l'appelante la publication des magazines qui ont changé de nom et qui s'appellent désormais **MAG3'.)**, **MAG1'.)** et **MAG2'.)/MAG4'.)**.

Cette demande n'est, contrairement à ce que soutient la société **SOC1.)**, pas irrecevable pour être nouvelle en appel, étant donné que l'intimée ne fait qu'actualiser sa demande en l'adaptant au changement de dénomination des magazines effectué entre temps par la société appelante.

Les nouveaux titres des magazines ne prêtent plus à confusion dans l'esprit du consommateur moyen de sorte qu'une interdiction ne saurait être prononcée de ce chef. La demande est rejetée.

Si la société **SOC1.)** ne commet dès lors plus d'acte de concurrence déloyale à l'égard de l'intimée, en ce que le risque de confusion n'existe plus, elle doit cependant, au vu de ce qu'il a été

retenu qu'elle a mis à la disposition d'**A.**) la structure juridique qui lui permet de contourner la clause de non-concurrence qui l'a lié à l'intimée, être considérée, prise en en sa qualité de commettant d'**A.**), comme complice de la violation par ce dernier de la clause de non-concurrence litigieuse contenue dans le contrat d'agent commercial que la Cour a, au vu de l'attestation testimoniale **T1.**) interprétée comme liant **A.**) à titre personnel à la société **SOC2.**)

Il ressort en effet des magazines au titre nouveau qu'ils concurrencent les activités de l'intimée à telle enseigne d'ailleurs que les annonces parues dans les magazines édités par la société **SOC2.**) se retrouvent telles quelles reproduites dans les magazines de l'appelante. A noter au surplus que ces magazines concurrents couvrent exactement la même sphère géographique (classeur 2, pièces 4-7, de l'intimée).

I.B.2. La société **SOC2.**) fait encore valoir que ces magazines contiendraient des photos, textes et annonces dont elle serait l'auteur de sorte qu'elle en détiendrait les droits, sinon que les photos auraient été mises à sa disposition par les annonceurs qui détiendraient donc les droits d'utilisation et de diffusion.

Le juge de première instance s'est quant à ce volet de la demande (reprise aux points 7 et 10 en première instance et au point 4 de la note de plaidoirie de l'intimée) - volet libellé de façon très large à telle enseigne que tout support contenant ces photos et/ou textes et annonces est visé, donc également les magazines - déclaré matériellement incompétent pour en connaître au motif que la protection des droits d'auteur relève, selon l'article 81 de la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, de la compétence exclusive de la chambre civile du tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile et du magistrat la président qui statue en référé.

La Cour estime par ailleurs que l'interdiction demandée au point 8 de la requête repris en appel par l'intimée au point 5., à savoir de présenter à des tiers toute annonce, tout texte, toute photo ayant initialement figuré dans un magazine édité et publié par l'intimée doit suivre le même sort que les points 7. et 10., faute par la société **SOC2.**) d'individualiser les éventuels annonces, textes et photos qui, d'après elle, ne seraient pas couverts par un droit privatif. C'est dans ce contexte à bon droit que le magistrat du premier degré a rappelé que la mise à la disposition de la société **SOC2.**) par ses clients de textes, annonces et photos leur

appartenant n'ouvrirait pas le droit dans son chef d'agir en contrefaçon contre la société **SOC1.**)

La société **SOC2.)** qui ne critique pas la décision du juge qui s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande pour autant qu'elle relève de la protection du droit d'auteur soutient que les deux actions sont concurrentes, de sorte que celle en cessation de tout acte qui relève du parasitisme d'une œuvre qui est protégée par un droit privatif devrait pouvoir être également poursuivie en exécution de la loi du 30 juillet 2002 concernant la concurrence déloyale.

Le cumul d'actions est possible à condition qu'il existe des faits distincts de concurrence déloyale. Un même fait ne peut être utilisé comme acte de contrefaçon et de concurrence déloyale. La reproduction ou l'imitation d'un droit protégé par la propriété intellectuelle peut être alléguée au titre d'une action en contrefaçon - cette reproduction caractérise en elle-même la contrefaçon, tandis que, dans l'action en concurrence déloyale, ces mêmes faits peuvent aussi être invoqués, mais ne constituent pas, en eux-mêmes, une faute. Il faut que cette imitation ou reproduction soit fautive. L'imitation d'un produit couvert ou non par un droit de propriété intellectuelle entraîne nécessairement un parasitisme des investissements d'autrui et ne constitue pas à ce titre un fait distinct de contrefaçon. (Jurisclasseur, Contrats Concurrence Consommation n°10 octobre 2008, 241 + commentaire de Marie Malaurie-Vignal : rapports entre concurrence déloyale et contrefaçon).

L'appel incident de la société **SOC2.)** n'est donc pas fondé de ce chef.

II. Les autres points rejetés par le magistrat du premier degré font également l'objet de **l'appel incident** de la société **SOC2.)**.

II.A. Le magistrat du premier degré a rejeté la demande relative à « l'interdiction à faire à l'appelante de copier et d'imiter le travail et l'œuvre de l'intimée, notamment ses annonces, textes et photos, ses magazines, le réseau et mode de distribution de ses magazines, ses contrats et documents de vente, son site internet, etc » (point 5 de la requête repris en appel sous le point).

La Cour renvoie aux développements qu'elle a consacrés aux « annonces, textes, photos et magazines ». La demande résiduelle en interdiction concerne donc le réseau et mode de

distribution de ses magazines, ses contrats et documents de vente, son site internet.

Quant au reproche d'utiliser un même réseau et mode de distribution, la Cour renvoie en l'approuvant à la motivation du juge de première instance qui a rejeté cette demande.

Il en est de même du site internet.

II.B. La demande de l'intimée contenue au point 4, reprise en appel sous le point 2. consistant à vouloir faire interdire à l'appelante de prendre contact, directement ou par le biais d'**A.)** ou de la société **A.)** Medienservice ou de toute autre société, par quelque moyen que ce soit, avec les clients de la requérante répertoriés sur une liste de clients comportant 25 pages a été rejetée par le magistrat du premier degré au motif suivant :

*« **SOC2.)** reproche à **SOC1.)** d'avoir accès à son fichier clientèle. Or, outre le fait qu'on peut s'interroger si le fichier clientèle versé par la demanderesse, reprenant les noms et adresses des clients, puisse être considéré comme contenant des données protégées, les pièces versées ne permettent ni d'établir une éventuelle soustraction frauduleuse de ce fichier par **SOC1.)** par le biais d'**A.)**, ni son usage effectif. Au contraire, dans la mesure où **A.)** a été en charge de la relation avec les clients annonceurs, il a certainement connaissance des coordonnées de la clientèle sans devoir avoir recours au listing de **SOC2.)** ».*

Ces développements sont exacts, étant donné que la preuve d'un acte de concurrence déloyale n'est pas établie à suffisance de droit.

Il est cependant rappelé que la société appelante reste, en tant que tiers complice d'**A.)** tenue de l'obligation de non-concurrence stipulée au contrat d'agent commercial dont les effets perdureront jusqu'au 31 août 2017.

L'interdiction porte sur des agissements concurrents à ceux de la société **SOC2.)** visés par la clause de non-concurrence. Il convient donc, par réformation de l'ordonnance, de faire droit à ce volet de la demande.

II.C. Cette interdiction doit être étendue au point 6 du dispositif de la note de plaidoirie de l'intimée qui réitère sa demande rejetée en première instance visant l'interdiction à faire à l'appelante

d'intervenir auprès des clients de l'intimée dans le but de les inciter à ne plus travailler avec la société **SOC2.**), que ce soit en n'insérant plus auprès d'elle ou en résiliant les contrats existants.

Ces agissements qui en principe relèvent de la libre concurrence sont prohibés par la clause de non-concurrence.

II. D. L'intimée a encore reproché à la société appelante de la dénigrer auprès de ses clients. Ce reproche n'a pas été retenu par le juge du premier degré au motif que les faits n'étaient pas établis. Cette décision est à approuver, la société **SOC2.)** n'ayant produit aucun témoignage direct permettant de tenir pour avérés de tels agissements.

III. Il convient de revenir sur le volet de l'appel principal de la société **SOC1.)** dans lequel elle demande à la Cour de dire que les effets de l'ordonnance voire de l'arrêt ne sauraient s'appliquer dans les pays limitrophes du Luxembourg et plus particulièrement en Allemagne, pays cible des publicités incriminées.

Il y a lieu de rappeler que la clause de non-concurrence a un effet territorial limité au Grand-Duché de Luxembourg, de sorte que les interdictions prononcées en raison de la violation de cette clause sont confinées au territoire du Luxembourg.

Il s'agit des interdictions prononcées sous le point I.A. et sous les points I.B.1.b., II.B. et II.C., dès lors que les faits reprochés à l'appelante sont interdits en raison de la clause de non-concurrence.

IV. Les interdictions prononcées l'ont été sous peine d'une astreinte de 500 € par infraction constatée. La société **SOC2.)** demande à la Cour de fixer à 1.000 € le montant de l'astreinte.

L'appel incident est fondé de ce chef, étant donné que la violation délibérée des interdictions prononcées contre la société **SOC1.)** est à sanctionner d'une astreinte dont le montant doit être proportionné à la violation constatée, soit 1.000 €.

V. Il va sans dire que les interdictions prononcées à l'égard de la société **SOC1.)** ne garderont leur effet qu'aussi longtemps qu'elle est à considérer comme tiers complice de la violation de la clause de non-concurrence.

VI. L'ordonnance est à confirmer en ce que la société **SOC1.)** a été condamnée à verser à la société **SOC2.)** une indemnité de procédure de 1.500 €.

Les deux parties sollicitent une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Au vu du sort réservé aux appels respectifs, il n'est pas inéquitable qu'elles doivent supporter les frais engagés pour faire valoir leurs droits en instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit les appels principal et incident,

les dit partiellement fondés,

réformant :

dit que l'interdiction pour la société à responsabilité limitée **SOC1.)** de faire travailler pour son compte **A.)** sous quelque forme que ce soit, directement ou par personne interposée, dans le domaine d'activités couvert par la clause de non-concurrence est limitée au territoire du Grand-Duché de Luxembourg et expirera le 31 août 2017,

interdit à la société à responsabilité limitée **SOC1.)** de contacter, directement ou par le biais d'**A.)** ou de la société **A.)** Medienservice ou de toute autre société, par quelque moyen que ce soit, de contacter les clients de la société à responsabilité limitée **SOC2.)**, étant précisé que cette interdiction est limitée au territoire du Grand-Duché de Luxembourg et expirera le 31 août 2017,

interdit à la société à responsabilité limitée **SOC1.)** d'intervenir auprès des clients de la société à responsabilité limitée **SOC2.)** dans le but de les inciter à ne plus travailler avec ladite société, que ce soit en n'insérant plus auprès d'elle ou en résiliant les

contrats existants, étant précisé que cette interdiction est limitée au territoire du Grand-Duché de Luxembourg et expirera le 31 août 2017,

confirme l'interdiction faite à la société à responsabilité limitée **SOC1.)** d'éditer, de publier, de diffuser et de distribuer des magazines portant le nom de « **MAG2.)** », « **MAG4.)** » et « **MAG3.)** »,

constate que ces magazines ont entretemps changé de nom,

dit que ces magazines entretemps dénommés **MAG2'.)/MAG4'.)** et **MAG3'.)** et le magazine **MAG1'.)** contreviennent en raison de leur parution et leur distribution sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg à la clause de non-concurrence,

dit que l'interdiction de parution et de distribution est limitée au territoire du Grand-Duché de Luxembourg et expirera le 31 août 2017,

dit que toutes les interdictions prononcées prendront effet dans le délai d'un mois à compter de la signification de l'arrêt sous peine d'une astreinte de 1.000 € par infraction constatée,

fixe le plafond de l'astreinte à 100.000 €,

confirme l'ordonnance du 15 juillet 2016 pour le surplus,

rejette les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure,

impose les frais et dépens de l'instance d'appel pour moitié à chaque partie.