

Arrêt N° 133/22 IV-COM

Audience publique du douze juillet deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2022-00439 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;
Michèle HORNICK, conseiller;
Nathalie HILGERT, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

1) l'association sans but lucratif A, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

2) la société anonyme B, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

appelantes aux termes d'un acte de l'huissier de justice Gilles Hoffmann de Luxembourg du 28 avril 2022,

comparant par la société à responsabilité limitée BONN & SCHMITT, établie et ayant son siège social à L-1511 Luxembourg, 148, Avenue de la Faïencerie, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 246634, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par Maître Erwin Sotiri, avocat à la Cour.

e t

la société anonyme d'assurances C, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

intimée aux fins du prédit acte Hoffmann,

comparant par Maître Lionel Spet, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Faits

L'association sans but lucratif A (ci-après « A ») est une association de 194.000 membres dont l'objet est de réaliser et de soutenir toutes initiatives utiles à l'automobilisme, à la circulation routière, à la mobilité, à la sécurité routière et au tourisme. Elle porte également entraide à ses membres, notamment en leur offrant des prestations d'assistance et d'accompagnement de personnes, de géolocalisation et de surveillance à distance et a encore pour objet de défendre les intérêts de ses membres, en particulier dans le domaine de la mobilité dans tous ses aspects.

A offre ainsi une assistance à ses membres au niveau de la mobilité et de l'habitation, dont une assistance routière 24h/24 et 7j/7 au Luxembourg et en Europe, comprenant un « Service de dépannage et de remorquage ».

A est actionnaire unique de la société anonyme B (ci-après « B »), qui a pour objet d'effectuer, au Luxembourg et à l'étranger, toutes opérations commerciales et financières en relation avec la mobilité et l'assistance aux automobilistes et voyageurs, notamment le dépannage et le remorquage.

Le 28 décembre 2001, B et la société anonyme d'assurances C (ci-après « C ») ont conclu une convention d'assistance, ayant pour objet la fourniture d'une assistance aux assurés de C en cas d'accident avec un véhicule automobile (ci-après la « Convention C »).

Les parties étaient en outre en négociations, depuis 2020, en vue d'inclure une assistance en cas de panne dans les polices d'assurances de C, service qui aurait été assuré par B.

Par lettre recommandée du 28 septembre 2021, C a toutefois résilié la Convention C avec effet au 31 décembre 2021.

Depuis le 1^{er} janvier 2022, les particuliers, assurés auprès de C, bénéficient, dans le cadre de la garantie « Top Assistance » des contrats « D » d'un « service de dépannage et de remorquage (7j/7 et 24h/24) en cas de panne ou d'accident immobilisant votre véhicule au Luxembourg, y compris à domicile, et à l'étranger ».

La première instance

Par acte d'huissier de justice du 3 février 2022, A et B ont fait donner assignation à C à comparaître devant le président de la chambre du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure applicable en matière de référé.

Elles ont demandé à:

- voir constater que les faits et demandes contenues dans l'assignation constituent des atteintes graves à l'article 5 de la loi modifiée du 23 décembre 2016 sur les ventes en soldes et sur trottoir et la publicité trompeuse et comparative (ci-après « la Loi de 2016 »),
- en conséquence voir ordonner la cessation de ces actes et interdire notamment à C de diffuser les publicités trompeuses litigieuses désignant l'assistance dépannage comme étant gratuite, qui induisent en erreur ou sont susceptibles d'induire en erreur les personnes auxquelles elles s'adressent ou qu'elles touchent et qui, en raison de leur caractère trompeur, sont susceptibles d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, portent préjudice à ses concurrents A et B, dans les 24 heures de la signification de la décision à intervenir sous peine d'une astreinte de 10.000 euros pour la continuation de la diffusion des publicités litigieuses après ladite signification,
- voir ordonner la publication de la décision à intervenir dans les quotidiens Luxemburger Wort et Tageblatt aux frais de C,
- voir condamner C à payer à A et B une indemnité de procédure de 5.500 euros chacune,
- voir condamner C à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction,
- voir ordonner l'exécution provisoire sans caution de la décision à intervenir.

A l'appui de leur demande, elles ont fait valoir que depuis fin 2021, C annonçait à ses assurés qu'ils bénéficieraient gratuitement et automatiquement d'une assistance en cas de panne à partir du 1^{er} janvier 2022 dans le cadre de leur contrat D, notamment via son site internet, sa brochure commerciale et des courriers électroniques et postaux. Or, simultanément à l'annonce de la gratuité du nouveau service inclus dans les polices d'assurance véhicule, C aurait également procédé à une augmentation de ses tarifs.

Selon les parties demanderesses, C se serait adonnée à une publicité trompeuse au sens de la Loi de 2016, alors que contrairement aux publications effectuées par elle, le service « dépannage panne » ne serait pas gratuit mais rémunéré par l'augmentation corrélative des primes d'assurance.

C a soulevé le défaut d'intérêt à agir dans le chef d'B, dans la mesure où elle serait dépourvue de membres effectifs et qu'elle n'aurait pas

vocation à proposer de garantie assistance. Elle s'est rapportée à prudence de justice quant à l'intérêt à agir dans le chef d'A.

Elle a donné à considérer que la production des pièces 11, 12, 13 et 15 produites par les parties demanderesses violerait potentiellement le secret de l'assureur, la loi relative à la protection des données et les clauses de confidentialité liant les parties. Elle a demandé principalement à ce que ces pièces soient retirées des débats et, en ordre subsidiaire, elle s'est rapportée à prudence de justice.

Au fond, elle a contesté la demande et elle a sollicité reconventionnellement des dommages et intérêts à hauteur de 6.000 euros pour procédure abusive et vexatoire, ainsi que le même montant sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

C a contesté avoir diffusé des publicités mais se serait limitée à informer sa clientèle existante de l'ajout d'un service. Le caractère de promotion au grand public permettant de définir la publicité au sens de la Loi de 2016 ne serait dès lors pas donné. A défaut de publicité, celle-ci ne pourrait s'avérer trompeuse. Elle a encore contesté le caractère trompeur de ses communications.

Par ordonnance du 1^{er} avril 2022, Madame le 1^{er} Vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, président la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, a déclaré la demande recevable en la forme, l'a dit non fondée, a débouté les parties demanderesses de leur demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, a condamné A et B à payer à C une indemnité de procédure de 1.250 euros et a condamné les demanderesses à tous les frais et dépens de l'instance.

Pour rejeter le moyen tiré du défaut de qualité à agir, le magistrat saisi a précisé que l'article 8 de la Loi de 2016 ouvre le droit d'introduire une demande en cessation des actes contraires à cette loi à « toute personne », sans soumettre l'action à un intérêt particulier.

Au fond, il a d'abord défini la notion de publicité au sens de la Loi de 2016 et a ensuite analysé si les supports critiqués par les demanderesses sont à qualifier comme telle. Il a retenu que la brochure éditée par C concernant le produit D, comprenant la garantie « Top Assistance » en cas de panne, accident et vol « gratuite 7J/7 et 24H/24 », en ce qu'elle tend à la promotion du produit qu'elle décrit à l'égard de clients potentiels futurs est à considérer comme publicité, de même que le site internet de C, accessible au grand public et mettant en avant la garantie « Top Assistance Gratuite », notamment en vue d'attirer de nouveaux clients.

En ce qui concerne les communications faites à des clients existants, telles que les modèles de courriers type, il a été considéré que, comme

l'élément de promotion d'un produit ou d'un service ou de mise à disposition d'informations devant former l'opinion des destinataires faisait défaut, dans la mesure où les personnes visées bénéficiaient d'ores et déjà du service litigieux, il a été retenu que ces communications ne rentrent pas dans la qualification de publicité. La même conclusion a été tirée en ce qui concerne le magazine interne de C, destiné au personnel et aux agents et qui n'a pas vocation à être diffusé aux clients existants ou potentiels, et dont il n'est pas établi qu'il ait été réellement mis à disposition de ces clients.

Il a ensuite été analysé si les publicités faites par brochure et via le site internet de C, ont un caractère trompeur au sens de l'article 5 de la Loi de 2016. Il a été dit que, pour déterminer si une publicité est trompeuse ou susceptible de l'être, il importe de se placer du point de vue de la personne moyenne à laquelle la publicité est adressée et que le consommateur à travers le regard duquel doit être apprécié la tromperie est le consommateur moyen, informé, avisé et attentif des produits ou services concernés.

Il a été conclu que les parties demanderesses devaient établir d'un côté que la publicité induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse, et de l'autre, soit que le comportement économique de ces personnes est susceptible d'être affecté, soit que ces publicités portent préjudice ou sont susceptibles de porter préjudice à un concurrent.

Le magistrat saisi a précisé que la notion de service gratuit insérée dans un contrat onéreux n'est pas à lui seul trompeur si ce service supplémentaire ne s'accompagne pas d'une augmentation corrélative des sommes dues en vertu du contrat existant.

Comme la preuve de la corrélation directe entre l'extension de la garantie « Top Assistance » et l'augmentation des primes n'était pas rapportée, le magistrat de première instance a conclu que le caractère trompeur de la publicité n'était pas donné.

La demande a partant été déclarée non fondée.

A défaut de preuve que les parties demanderesses aient agi avec une intention de nuire à C ou de manière intempestive, avec une légèreté blâmable ou de mauvaise foi, la demande de C en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire a été déclarée fondée.

L'appel

Par acte d'huissier de justice du 28 avril 2022, A et B ont relevé appel de cette ordonnance qui ne leur avait pas été signifiée et elles réitèrent en appel leurs prétentions formulées en première instance.

Elles sollicitent par ailleurs à être déchargées de la condamnation prononcée sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et requièrent la condamnation de C à leur payer, à chacune, une indemnité de procédure 5.500 euros pour la première instance et de 5.500 euros pour l'instance d'appel. Elles demandent finalement la condamnation de C aux frais et dépens des deux instances et l'exécution provisoire de l'arrêt sur minute et sans caution.

A l'appui de leur recours, les appelantes critiquent que certaines communications de C n'ont pas été qualifiées de publicité aux motifs que la Loi de 2016 n'exigerait pas qu'une publicité s'adresse spécialement à des non-clients et qu'une publicité sert également à fidéliser une clientèle existante. Tous les supports litigieux devraient partant être qualifiés de publicité au sens de la Loi de 2016.

Sur base d'une analyse de l'article 5 de la Loi de 2016 et de la jurisprudence rendue, les appelantes insistent sur le fait que la simple possibilité que l'erreur affecte le comportement économique du public est suffisante, de même qu'alternativement une possibilité de préjudice d'un concurrent.

Les appelantes reprochent au magistrat de première instance de s'être référé à la notion de consommateur, telle que notamment définie par la Cour de Justice de l'Union européenne alors que la Loi de 2016 n'exige pas que la publicité s'adresse à des consommateurs et que la réglementation de la publicité trompeuse n'est pas incluse dans le Code de la consommation. Le caractère trompeur des publicités devrait s'analyser par rapport à une « quelconque personne » pouvant être touchée par les publicités.

Les appelantes critiquent ensuite l'ordonnance en ce que le magistrat, dans le cadre de son analyse du caractère trompeur des publicités annonçant que le service « Top Assistance » en cas de panne ou d'accident serait gratuit, ne se serait pas prononcé sur l'intervention de la société tierce E, dont les services seraient rémunérés et en ce qu'il a méconnu la définition de « gratuit » qui ne signifierait pas « inclus » ou « inséré » mais qui signifierait « sans contrepartie pécuniaire ».

Elles donnent encore à considérer que l'obtention en cas de panne d'un véhicule de remplacement serait payante, contrairement à ce qui serait annoncé dans le cadre des publicités. Les publicités ne mentionneraient d'ailleurs pas non plus que le service dépannage « gratuit » serait limité à deux interventions par an.

A et B contestent la conclusion selon laquelle elles seraient restées en défaut de rapporter la preuve que l'augmentation des tarifs soit en corrélation avec l'extension des garanties proposées. En effet, l'ajout du service dépannage dans la prestation « Top Assistance » daterait du 1^{er} janvier 2022, tout comme l'augmentation des tarifs pour

l'assurance D. Or, la majoration des primes n'aurait pas concerné toutes les assurances. De plus, le document intitulé « Majoration des primes AUTO à partir du quittancement de janvier 2022 » indiquerait « Argument principal ! Nouvelle garantie « Panne » offerte à tous les clients C D du particulier », ce qui démontrerait clairement le lien direct entre l'extension de la garantie et l'augmentation des primes pour la financer.

L'affectation du comportement économique des personnes auxquelles les publicités s'adressent serait établie en l'espèce par le fait que plusieurs membres d'A ont renoncé à leur adhésion.

Les appelantes précisent encore que les parties en cause offrent toutes les trois des services d'assistance en cas de panne aux résidents au Grand-Duché de Luxembourg et sont donc concurrentes et que la perte de membres par A lui cause un grave préjudice économique. En raison de la résiliation de la Convention C, B ne preste plus ses services au profit des assurés de C, ce qui lui cause également un préjudice financier important. De plus, en raison de la publicité trompeuse, les assurés de C ne deviennent pas membres/clients d'A ou clients d'B.

A et B donnent finalement à considérer que le juge peut renverser la charge de la preuve sur base de l'article 8 paragraphe 5 de la Loi de 2016.

C réitère en instance d'appel son moyen tiré du défaut d'intérêt à agir d'B. Quant aux pièces versées par les parties appelantes, C fait valoir que les pièces n° 11, 12 et 13 sont des documents internes à destination de son personnel, de ses agents ou assurés. Elle donne à considérer que la pièce n° 15 serait plus problématique en ce qu'elle reprend l'ensemble des numéros de police d'assurance C dont l'A/B ont nécessairement eu connaissance de par son/leur statut de collaborateur/cocontractant de C dans le cadre de la convention d'agence Home Assistance liant encore les parties. A ce titre, les appelantes disposaient de certains accès aux bases de données informatiques de C et elles en auraient profité pour produire cette pièce alors que les informations sont nécessairement soumises au secret ne pouvant être utilisées sans autorisation spécifique. La production de ces pièces serait dès lors potentiellement illégale, en tout cas déloyale. C demande principalement à voir retirer ces pièces des débats en raison de la violation du secret de l'assureur, de la protection des données personnelles et de la clause de confidentialité et subsidiairement elle se rapporte à prudence de justice sur cette question.

Au fond, elle avance que c'est à bon droit que les documents versés au titre des pièces n° 12, 17, 19 et 20 par les appelantes ont été considérés comme ne constituant pas une publicité en ce qu'ils ne

servent pas à promouvoir un produit ou service auprès de clients potentiels.

Pour le reste, elle estime également que les autres pièces (n° 11 et 13) ne renferment pas non plus de publicités au sens de la Loi de 2016 en ce que ces supports n'ont servi qu'à véhiculer une information et n'ont pas été diffusés dans un but de promotion visant le grand public.

A défaut de publicité, la demande serait à déclarer non fondée.

C souligne encore l'absence de caractère trompeur des communications litigieuses. La garantie « Top Assistance » incluant dorénavant la garantie assistance panne, serait gratuite, ce dont attesteraient les exemples de contrats d'assurance versés. L'augmentation des tarifs en l'année 2022 n'aurait aucun lien avec l'ajout de la garantie panne dans le produit « Top Assistance » et ne s'appliquerait d'ailleurs qu'au renouvellement annuel du contrat et serait assortie de la possibilité pour le preneur d'assurance de résilier le contrat. L'augmentation des tarifs serait d'ailleurs due à de nombreux autres facteurs.

C conteste encore que la prétendue publicité puisse induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse et qu'elle soit susceptible d'affecter leur comportement économique.

Les personnes visées seraient les titulaires d'un contrat d'assurance. L'ajout d'une prestation supplémentaire et le fait que les tarifs pour l'année 2022 augmentent ne serait pas générateur d'une possible modification de leur comportement économique, sauf, le cas échéant, en défaveur de C en cas de résiliation de contrats.

Les nouveaux clients n'auraient pas non plus pu être induits en erreur alors qu'ils bénéficient de la garantie panne gratuite et sont soumis au tarif en vigueur au 1^{er} janvier 2022.

C fait encore valoir que les parties ne sont pas en relation concurrentielle, de telle manière que la deuxième alternative visée par l'article 3 de la Loi de 2016 ne pourrait s'appliquer.

Aucune preuve ne serait rapportée d'un éventuel lien causal entre la garantie offerte et l'augmentation des tarifs pour l'année 2022. L'A ne justifierait pour le reste d'aucun préjudice.

C sollicite par reconvention une indemnité de procédure de 6.000 euros pour la première instance et de 6.000 euros pour l'instance d'appel. Elle réclame encore une indemnisation à hauteur de 6.000 euros pour procédure abusive et vexatoire.

Appréciation

L'appel est recevable pour avoir été introduit dans le délai et selon les formes prévues par la loi.

Le moyen du défaut d'intérêt à agir

C réitère son moyen tiré du défaut d'intérêt à agir dans le chef d'B.

Aux termes de l'article 8 de la Loi de 2016, « le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale à la requête de toute personne, d'un groupement professionnel, des organisations visées par l'article L. 313-1 et suivant du Code de la consommation, du ministre ayant la Protection des consommateurs dans ses attributions, de la Commission de surveillance du secteur financier ou du Commissariat aux assurances, peut ordonner toute mesure destinée à faire cesser ou interdire tout acte contraire aux dispositions des articles 1^{er} à 6 de la présente loi, même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réel ou d'une intention ou d'une négligence de la part de l'annonceur».

L'action est partant ouverte à toute personne ce qui signifie qu'il ne s'agit pas d'une action attitrée, c'est-à-dire réservée par la loi à certaines personnes habilitées à cet effet. Il reste que le moyen du défaut d'intérêt à agir doit être analysé conformément au droit commun.

L'intérêt est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son initiative devant les tribunaux. Si l'exercice d'une action n'est pas susceptible d'offrir une certaine utilité à celui qui en prend l'initiative, sa demande est à déclarer irrecevable pour défaut d'intérêt, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner le bien-fondé.

L'intérêt à agir peut se définir comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur. Le droit à l'origine d'une action ne doit pas nécessairement être un droit subjectif défini, tel que le droit de propriété ou de créance, il suffit qu'une atteinte soit portée aux intérêts légitimes de quelqu'un.

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt à agir en justice.

En sa qualité de signataire de la Convention C et au vu de son objet social et des reproches adressés à C, B doit être considérée comme ayant intérêt à faire toiser en justice la présente demande.

La question de savoir si, en l'espèce, il y a effectivement publicité trompeuse et relations concurrentielles entre parties relève du fond de l'affaire et n'affecte pas la recevabilité de la demande.

Le moyen tiré du défaut d'intérêt à agir est partant à rejeter et l'ordonnance à confirmer quant à ce volet quoique partiellement par adoption d'autres motifs.

Les pièces

Il ne résulte pas clairement des termes de sa note de plaidoiries, ni des plaidoiries à l'audience, si C demande le rejet des pièces n° 11, 12, 13 et 15 ou seulement de la pièce n°15. En effet, elle ne critique les pièces n° 11, 12 et 13 qu'au motif qu'il s'agit de communications internes non destinées au public. Elle reste partant en défaut de justifier en quoi ces pièces auraient été obtenues et communiquées en violation du secret de l'assureur, de la protection des données personnelles et de la clause de confidentialité. Elle reste également en défaut de préciser en quoi le magistrat saisi aurait mal apprécié le caractère de ces documents en retenant, en ce qui concerne la pièce n° 11, qu'elle constitue une brochure librement accessible au public, en ce qui concerne la pièce n°12, qu'elle constitue un document adressé aux clients de C et en ce qui concerne la pièce n°13, qu'elle constitue un extrait du magazine interne de C également produit aux débats par celle-ci.

Ces documents ne contiennent aucune information confidentielle ou critique.

Quant à la pièce n°15, intitulée « Liste « ANCIENS » C 14.01.2022 », la Cour partage entièrement le constat du magistrat ayant siégé en première instance selon lequel il s'agit d'un relevé unilatéral établi par les parties demanderesses censé établir la défection de membres d'A suite à l'introduction de la nouvelle garantie par C et qu'il n'est pas permis d'en déduire que ce document contienne une référence aux numéros de police souscrits par les assurés de C, les numéros y figurant correspondant aux numéros de membres d'A des personnes visées. De plus, aucune donnée personnelle permettant d'identifier un assuré de C n'y figure.

Le moyen tendant au rejet des pièces est partant à écarter et l'ordonnance à confirmer quant à ce volet.

Les parties appelantes sollicitent en instance d'appel le rejet des pièces n°4, n°13 et n°14 de C pour être dépourvues de toute pertinence. Or, un éventuel défaut de pertinence d'une pièce n'est pas une cause de rejet. Cette demande est partant à déclarer non fondée.

La notion de publicité

Les appelantes reprochent au magistrat de première instance d'avoir retenu que certaines communications litigieuses ne constituent pas des publicités au sens de la Loi de 2016.

L'ordonnance n'est pas critiquée en ce que le magistrat saisi a correctement cerné le litige en précisant qu'il s'analyse uniquement au regard de la Loi de 2016. La notion de publicité telle que définie par le magistrat de première instance en se référant à la jurisprudence notamment française n'est pas non plus particulièrement critiquée.

La Cour de Justice de l'Union européenne a précisé qu'eu égard à la définition particulièrement large donnée par la directive 2006/114, la publicité peut se présenter sous des formes très variées (C.J.C.E., 25 octobre 2001, C-112/99, n°28) et n'est donc nullement limitée aux formes de publicité classique (C.J.U.E., 11 juillet 2013, C-657/11, n°35).

La définition de la notion de publicité repose essentiellement sur l'idée de promotion et, de façon plus large, sur celle d'information. Peuvent dès lors être qualifiés de publicité aussi bien les messages produits avant la conclusion du contrat que ceux diffusés après (Jurisclasseur, Concurrence-Consommation, Fasc. 792, n°2)

C fait plaider qu'aucun des supports litigieux ne peut être qualifié de publicité faute de promouvoir un produit ou service à des clients potentiels. Dans le cadre des communications litigieuses, elle se serait exclusivement adressée à ses assurés, son personnel et/ou ses agents.

C'est à juste titre et pour les motifs que la Cour fait siens que le magistrat saisi a qualifié le site internet de C (cf. pièce n° 10 des appelantes) qui est accessible au grand public et qui met en avant la garantie « TOP Assistance gratuite » comme publicité. En effet, cette information vante les services offerts par cette garantie et remplit dès lors clairement une fonction promotionnelle.

Il en est de même de la brochure éditée par C et versée en tant que pièce n°11. Cette brochure, en ce qu'elle mentionne « Top Assistance gratuite 7J/7 et 24H/24 », remplit de manière non équivoque le but de promouvoir le produit D offert par C et elle s'adresse à un large public.

En ce qui concerne les pièces n° 12, n°17, n°19 et n°20 des appelantes, à savoir des communications plus ciblées adressées essentiellement aux assurés de C, il est certes vrai que le message véhiculé est informationnel. Or, le simple fait de contenir des informations ne disqualifie pas le message en tant que publicité, ce d'autant moins que les informations sont positives et mettent en valeur les services dorénavant offerts dans le cadre de la garantie « Top Assistance ».

La circonstance que ces messages ont été adressés à une clientèle existante ne disqualifie pas davantage ces communications en tant que publicité. En effet, il est admis qu'une clientèle est essentiellement volatile, est susceptible de recevoir des sollicitations de la part de

concurrents et n'est de ce fait jamais acquise à un commerçant déterminé. Une publicité sert dès lors tant à acquérir une clientèle nouvelle qu'à fidéliser une clientèle existante par le fait de promouvoir les qualités des services prestés.

Le fait que ces communications n'ont été envoyées qu'aux assurés ou à un cercle de personnes déterminé et n'ont pas été accessibles au grand public ne porte pas non plus à conséquence alors que l'article 5 de la Loi de 2016 considère une publicité comme trompeuse si elle est susceptible d'induire en erreur « les personnes auxquelles elle s'adresse », ce qui signifie qu'elle ne doit pas nécessairement viser le grand public.

Dans un domaine certes différent mais néanmoins lié, la Cour de Justice de l'Union européenne a dit que la communication par un professionnel à un consommateur d'une information erronée doit être qualifiée de pratique commerciale trompeuse alors même que cette communication n'a concerné qu'un seul consommateur (C.J.U.E., 16 avril 2015, C-388/13). Si cette décision a été rendue dans le domaine des pratiques commerciales, définies comme « toute acte, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs », et que cet enseignement ne peut pas être transposé comme tel au cas d'espèce, elle montre néanmoins que la Cour de Justice de l'Union européenne a tendance à interpréter de façon extensive ce genre de notions.

Il découle de ce qui précède que toutes les communications litigieuses sont à qualifier comme publicités au sens de la Loi de 2016, à l'exception du magazine interne versé en tant que pièce n°13 par les appelantes pour lequel il n'est pas à suffisance établi qu'il ait été diffusé au-delà du cercle des salariés et agents de C.

Le caractère trompeur de ces publicités

Aux termes de l'article 5 (1) de la loi du 23 décembre 2016 « est interdite toute publicité trompeuse », c'est-à-dire « toute publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent ».

Sur base de ces termes il a été correctement déduit qu'une publicité peut être trompeuse de deux manières, 1) soit elle induit en erreur (ou est susceptible d'induire en erreur) les personnes auxquelles elle s'adresse et est susceptible d'affecter leur comportement économique, 2) soit elle induit en erreur (ou est susceptible d'induire

en erreur) les personnes auxquelles elle s'adresse et, pour ces raisons, elle porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent. Dans le premier cas de figure l'existence de relations concurrentielles entre parties n'est pas requise.

Dans le cadre de cette appréciation, il est tenu compte de tous ses éléments notamment de ses indications concernant: 1. les caractéristiques des biens ou services, telles que leur disponibilité, leur nature, leur exécution, leur composition, le mode et la date de fabrication ou de prestation, leur caractère approprié, leurs utilisations, leur quantité, leurs spécifications, leur origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentiels des tests ou contrôles effectués sur les biens ou les services; 2. le prix ou son mode d'établissement et les conditions de fourniture des biens ou des prestations de services; 3. la nature, les qualités et les droits de l'annonceur, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les prix qu'il a reçus ou ses distinctions (article 5 point 2) de la Loi de 2016)

Les appelantes critiquent l'ordonnance en ce qu'il a été exposé que l'appréciation du caractère trompeur d'une publicité doit notamment se faire par rapport au « consommateur » concerné par la publicité litigieuse.

Si cette critique est justifiée dans la mesure où la Loi de 2016 est étrangère au Code de la consommation et que le caractère trompeur d'une publicité doit être analysé par rapport aux « personnes auxquelles elle s'adresse », qui peuvent être des professionnels ou des personnes morales, il reste qu'en l'espèce, l'impact concret de cette différenciation est minime. En effet, il résulte des pièces versées que le service de dépannage n'est offert que dans le cadre des contrats D des particuliers (cf. voir notamment pièce n°13 des appelantes, p. 12). Il en découle que seuls des particuliers sont visés par les publicités litigieuses et peuvent en être affectés. Le caractère trompeur des publicités s'analyse partant par rapport à ces personnes.

Il convient de déterminer en premier lieu si la publicité induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche.

Les actuelles appelantes reprochent à C de vanter la gratuité du nouveau service étant automatiquement ajouté aux garanties existantes dans le cadre de la garantie « Top Assistance », alors qu'en réalité ce service ne serait pas gratuit car introduit dans un contrat payant, pour lequel les primes auraient par ailleurs été augmentées suite à l'introduction du nouveau service.

Les appelantes critiquent la conclusion du magistrat saisi selon laquelle la simple précision qu'un service sera dorénavant offert gratuitement dans le cadre de la garantie « Top Assistance » pour les souscripteurs d'une assurance D n'est pas à elle seule trompeuse.

Elles reprochent notamment au magistrat saisi d'avoir passé sous silence le fait que le service dépannage n'est pas directement presté par C mais par un intermédiaire de droit belge, la société E qui n'offre pas ses services gratuitement.

Il est bien sûr évident qu'une société commerciale chargée par C de prêter les services de dépannage ne travaille pas gratuitement. Or, les modalités de rémunération de cette société sont étrangères au présent litige, sauf à établir que le coût de ces interventions sont directement reportés sur les assurés dans le cadre de l'augmentation des primes. Le moyen de l'augmentation des primes d'assurance sera analysé ci-dessous.

La Cour partage pour le reste la conclusion du magistrat selon laquelle le public visé, qu'il soit déjà assuré auprès de C ou qu'il soit assuré potentiel, ne sera pas amené à penser que le service annoncé comme gratuit dans le cadre d'une annonce publicitaire relative à un contrat d'assurance pourrait être détaché de l'ensemble des garanties incluses dans le contrat d'assurance pour être utilisé isolément et gratuitement en dehors d'un tel contrat. Il y a effectivement lieu d'admettre que le public visé est conscient du fait qu'une assurance offerte par une société commerciale et les services y liés ne sont pas gratuits.

A cela s'ajoute qu'il résulte des pièces versées que les contrats d'assurance conclus avant l'inclusion du service de dépannage dans la garantie « Top Assistance » renseignaient déjà que cette garantie était gratuite (cf. pièces n° 5 et n°6 de Me Spet).

Les appelantes exposent encore que l'annonce de la gratuité serait trompeuse étant donné que la mise à disposition d'un véhicule de remplacement donnerait lieu à une prime supplémentaire et que les interventions de dépannage gratuites seraient limitées à deux par an.

Les publicités litigieuses mentionnent « Top Assistance gratuite » et indiquent notamment « Service de dépannage et de remorquage (7j/7 et 24h/24) en cas de panne ou d'accident immobilisant votre véhicule au Luxembourg, y compris domicile, et à l'étranger, Assistance et rapatriement du véhicule et des occupants » (cf. pièce n° 10 des appelantes) sans donner des précisions quant aux conditions concrètes de ce dépannage. Etant donné qu'il est constant en cause que deux interventions par véhicule et par année sont effectivement incluses dans cette garantie, l'information y véhiculée n'est donc pas fautive en tant que telle. Dans le cadre des publicités envoyées à ses assurés existants, C a même précisé que ces interventions sont

limitées à deux par an (cf. pièces n°12 et n°19 des appelantes). Il n'est pas non plus indiqué qu'un véhicule de remplacement serait mis à disposition des assurés sans limitation de durée. Au contraire, les dépliants versés en tant que pièces n°10 et n°11 ainsi que les communications envoyées directement aux assurés existants (cf. pièce n° 12) renseignent les durées en question. A remarquer aussi que ces informations sont données non sous l'entête « Top Assistance gratuite » mais sous une entête distincte.

Si d'autres communications envoyées aux assurés sont libellées en termes plus généraux (cf. pièce n° 19 des appelantes), il reste que les informations y contenues ne sont pas fausses mais tout au plus trop généralisées.

L'annonce de la gratuité de la garantie « Top Assistance » et du service de dépannage y inclus n'est donc pas per se trompeuse.

Elle ne l'est que si le service étendu donne lieu à un paiement supplémentaire corrélatif auquel cas il ne serait pas gratuit mais rémunéré.

Les appelantes font valoir qu'elles ont rapporté la preuve de cette corrélation de deux manières. L'annonce de l'augmentation des tarifs prend effet à partir du quittance de janvier 2022, soit au même moment où la garantie « Top Assistance » a été étendue. De plus l'augmentation des tarifs ne serait pas généralisée pour toutes les assurances mais s'appliquerait spécialement aux assurances D.

Par ailleurs, elles se réfèrent au document intitulé « Majoration des primes AUTO à partir du quittance de janvier 2022 » qui indique que « Argument principal ! Nouvelle garantie « Panne » offerte à tous les clients C D du particulier ». C aurait dès lors elle-même admis le lien entre l'extension de la garantie et l'augmentation des primes.

A l'instar du magistrat siégeant en première instance, il peut être constaté que l'augmentation des tarifs, applicable pour les clients existants au moment de l'échéance annuelle de leur contrat, était assortie d'une possibilité de résiliation du contrat.

Quant au lien entre l'extension de la garantie et l'augmentation des tarifs, il a été à juste titre retenu que le document interne, auquel se réfèrent les appelantes et qui explique aux agents la démarche à suivre dans le contexte de l'explication de la nouvelle tarification aux clients, met à disposition des agents des arguments à employer à l'égard des clients pour justifier ces augmentations dues au contexte économique du secteur. Ce document interne met notamment encore en exergue des raisons autres que l'extension de la garantie « Top Assistance », telles que le fait que les primes n'avaient pas été augmentées depuis cinq ans, que les compagnies concurrentes ont

également procédé à des augmentations tarifaires et que les coûts de réparation ont continué à augmenter.

La Cour partage la conclusion que le magistrat siégeant en première instance en a tirée, à savoir que cet argument interne est à considérer comme un argument tendant à rassurer les clients existants et ne constitue pas une preuve de la corrélation directe entre l'extension de garantie et la majoration des primes. Il s'agit tout au plus d'un « argument de vente » faisant plus facilement passer l'augmentation des primes.

A cela s'ajoute qu'il résulte des pièces versées que les primes des assurances liées à l'habitation ont également fait l'objet d'une adaptation en 2022 (cf. pièce n° 15 de C).

Pour les nouveaux clients, qui sont soumis à la tarification en vigueur en 2022 et qui n'ont pas été confrontés à une augmentation des tarifs, l'annonce de la gratuité des services visés par la garantie « Top Assistance » pourrait tout au plus être trompeuse per se, ce qui, au vu des développements précédents, a cependant été exclu.

Pour le reste, il n'y a pas lieu de faire application de l'article 8 alinéa 5 de la Loi de 2016 qui donne la possibilité au magistrat d'exiger « que l'annonceur apporte des preuves concernant l'exactitude des données de fait contenues dans la publicité si, compte tenu des intérêts légitimes de l'annonceur et de toute autre partie à la procédure, une telle exigence paraît appropriée au vu des circonstances du cas d'espèce ». Il a en effet été retenu ci-dessus que la notion de gratuité du service « Top Assistance » ne peut s'analyser de façon abstraite et détachée du contexte contractuel dans lequel elle s'insère. Elle ne saurait dès lors être considérée comme une donnée de fait.

Au vu de tout ce qui précède, il y a lieu de conclure que les publicités n'induisent pas en erreur les personnes à qui elles s'adressent, de telle manière qu'elles ne sauraient être qualifiées de publicités trompeuses. Il est partant superflu d'analyser s'il y a affectation, réelle ou potentielle, du comportement des personnes visées par les publicités, respectivement préjudice, réel ou potentiel, porté à un concurrent.

La Cour ne peut que souscrire à la constatation du magistrat saisi en première instance suivant laquelle c'est le fait que C inclut désormais le dépannage dans ses contrats D qui est susceptible d'influer sur le comportement des assurés, et non le fait que cette extension de garantie soit annoncée comme gratuite.

Or, à défaut d'adopter un comportement déloyal, notamment par la diffusion de publicités trompeuses, il ne saurait être reproché à C d'étendre ses services et de capter une clientèle nouvelle, respectivement de fidéliser une clientèle existante au détriment des

parties appelantes. Comme il a été à juste titre relevé par l'ordonnance entreprise, il s'agit simplement du jeu normal de la concurrence.

L'appel d'A et d'B est partant à déclarer non fondé et l'ordonnance est à confirmer.

Les demandes accessoires

C réclame à titre reconventionnel une indemnisation à hauteur de 6.000 euros pour procédure abusive et vexatoire.

Comme elle avait déjà formulé cette demande en première instance et comme elle ne précise pas qu'elle reproche actuellement aux appelantes d'avoir abusivement interjeté appel contre l'ordonnance, il y a lieu de qualifier cette prétention d'appel incident. Cet appel est recevable.

Il n'est cependant pas fondé. C'est en effet à juste titre et pour les motifs que la Cour fait siens que cette demande a été déclarée non fondée en première instance. Aucune preuve n'est en effet rapportée que les parties demanderesses aient abusé de leur droit d'agir en justice et de faire apprécier leurs reproches par un juge.

C réclame encore des indemnités de procédure de chaque fois 6.000 euros pour la première instance et pour l'instance d'appel.

Comme elle reste cependant en défaut de préciser en quoi le magistrat siégeant en première instance aurait mal apprécié sa demande en lui allouant une somme de 1.250 euros à ce titre, son appel incident est à déclarer non fondé.

Comme il serait inéquitable de laisser l'entière responsabilité des frais non compris dans les dépens à sa charge, il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

Les parties appelantes réclament chacune une indemnité de procédure de 5.500 euros pour la première instance et de 11.000 euros pour l'instance d'appel.

Au vu du sort réservé à leur appel et de la confirmation de l'ordonnance qui s'en suit, leur appel est à déclarer non fondé et elles ne sauraient pas non plus prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel. Leurs demandes sont partant à déclarer non fondées.

Il n'y a pas lieu de faire droit à la demande tendant à voir ordonner l'exécution provisoire du présent arrêt dès lors qu'un éventuel pourvoi en cassation n'a pas d'effet suspensif.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant dans le cadre de l'article 8 de la loi modifiée du 23 décembre 2016 sur les ventes en soldes et sur trottoir et la publicité trompeuse et comparative, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

dit la demande tendant au rejet des pièces n° 4, n°13 et n°14 versées par la société anonyme C non fondée,

dit les appels principal et incident non fondés,

confirme l'ordonnance 2022TALCH02/00538 du 1^{er} avril 2022,

déboute l'association sans but lucratif A et la société anonyme B de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne l'association sans but lucratif A et la société anonyme B à payer à la société anonyme C une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel,

dit qu'il n'y a pas lieu à ordonner l'exécution provisoire du présent arrêt,

condamne l'association sans but lucratif A et la société anonyme B aux frais et dépens de l'instance.