

Jugement civil no 72 / 2018 (première chambre)

Audience publique du mercredi vingt-huit février deux mille dix-huit.

Numéro 179095 du rôle

Composition :

Thierry HOSCHEIT, premier vice-président,
Séverine LETTNER, juge,
Stéphane SANTER, juge délégué,
Luc WEBER, greffier.

E n t r e

la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICES PROVIDER SA, établie et ayant son siège social à L- 3378 Livange, 1, rue de Turi, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 165776,

partie demanderesse aux termes d'un exploit d'assignation de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 19 juillet 2016,

partie défenderesse sur reconvention,

comparaissant par Maître Tom FELGEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN S.à r.l., établie et ayant son siège social à L- 3378 Livange, 1, rue de Turi, représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 136510,

partie défenderesse aux fins du prédit exploit SCHAAL,

partie demanderesse par reconvention,

comparaissant par Maître Laurent LIMPACH, avocat, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal :

Par exploit d'huissier du 19 juillet 2016, la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER fait donner assignation à la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de ce siège pour lui voir ordonner « sous peine d'une astreinte de 10.000.- euros par jour de retards la cessation de tout usage de la dénomination sociale actuelle 'OLKY' Admin S.A. ».

La société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER demande encore à se voir allouer une indemnité de procédure de 5.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile et des dommages-intérêts à hauteur de 5.000.- euros pour couvrir ses frais d'avocat, ainsi que de voir condamner la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN aux frais de l'instance.

A l'audience du 7 février 2018, l'instruction a été clôturée.

A l'audience du 14 février 2018, le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral.

Maître Bob BIVER, avocat, en remplacement de Maître Tom FELGEN, avocat constitué, a conclu pour la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICES PROVIDER SA.

Maître Laurent LIMPACH, avocat constitué, a conclu pour la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN S.à r.l..

1. Libellé obscure

La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN soulève au seuil de l'instance l'exception du libellé obscure en soutenant que l'exploit d'assignation se limiterait à citer certaines dispositions légales sans préciser quel était le genre d'action introduit par la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER. La société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER ne préciserait pas le droit dont elle se prévaut. La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN dit encore que la condamnation recherchée, visant à la « cessation de tout usage » ne serait pas assez précise et laisserait présager de difficultés

d'exécution. Elle ne saurait pas déterminer la condamnation recherchée. La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN soutient ne pas avoir pu préparer sa défense.

Aux termes de l'article 154 du Nouveau Code de Procédure Civile, l'assignation doit contenir un objet et un exposé sommaire des moyens.

C'est l'acte introductif d'instance qui circonscrit le lien d'instance en ses éléments constitutifs (les parties, l'objet et la cause de la demande). C'est l'acte introductif d'instance qui doit fournir au défendeur les données pour que celui-ci ne puisse se méprendre quant à la portée, la cause et le fondement juridique de l'action dirigée contre lui (Cour d'appel, 19 décembre 2000, n° 24212 du rôle).

Il appartient au juge d'apprécier souverainement si un libellé donné est suffisamment précis et explicite.

La prescription de l'article 154 du Nouveau Code de Procédure Civile doit être interprétée en ce sens que l'indication exacte des prétentions et la désignation des circonstances de fait qui forment la base de la demande sont requises. La description des faits doit être suffisamment précise pour mettre le juge en mesure de déterminer le fondement juridique de la demande, pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de celle-ci et pour lui permettre le choix des moyens de défense appropriés. Il n'est toutefois pas nécessaire de qualifier juridiquement les circonstances de fait.

En l'espèce, l'exploit d'assignation du 19 juillet 2016 répond à ces critères. En ce qui concerne l'objet, celui-ci est indiqué avec une clarté suffisante en demandant à ce que la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN soit contrainte de cesser « tout usage de la dénomination sociale actuelle 'OLKY' Admin S.A. ». Même si le terme « tout usage » est large, il ne laisse aucune marge d'interprétation sur ce que la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN ne serait plus en droit de faire si la demande devait aboutir, à savoir qu'elle ne devrait plus faire aucun usage de sa dénomination sociale actuelle comportant le terme « OLKY ».

En ce qui concerne la cause de la demande, à savoir le fondement de la demande, l'exploit expose de façon concise mais claire en ordre principal que la marque « OLKY » aurait fait l'objet d'un dépôt auprès de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle, que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER serait propriétaire de la marque « OLKY » pour l'avoir acquise suivant convention du 11 mars 2015 et que la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN violerait ce droit de propriété en faisant usage de la

marque « OLKY » dans sa dénomination sociale. L'exploit d'assignation expose encore avec la précision requise en ordre subsidiaire que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER agit en modification de la dénomination sociale de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN sur base de l'article 25 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales en raison d'un possible risque de confusion.

Le moyen tiré de l'exception du libellé obscur doit partant être rejeté.

2. Fond

2.1.Observations préliminaires

1/ Pour l'appréciation du litige, le tribunal note en premier lieu que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER a étendu sa demande en cours d'instance. En demandant dans son exploit d'assignation à voir cesser « tout usage de la dénomination sociale actuelle 'OLKY' Admin S.A. », la demande était limitée à la question de la dénomination sociale de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN et l'action tendait *in fine* à voir modifier celle-ci. En cours d'instance, en réponse au moyen tiré du libellé obscur de la demande ainsi introduite, la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER précise que la notion de « tout usage » renvoie tant à la nécessité de changer de dénomination sociale qu'à l'interdiction d'utiliser le terme « OLKY » vis-à-vis de tiers. Cette extension de l'objet de la demande, qui d'ailleurs est conforme aux exigences de l'article 53, 3^e phrase du Nouveau Code de Procédure Civile, n'a pas fait l'objet d'objections de la part de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN.

2/ Pour l'examen du litige au fond, le tribunal fera abstraction de l'enregistrement de la marque « OLKY » auprès de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle en France, dès lors que, tel que le fait valoir à juste titre la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN, cet enregistrement valant pour la seule France ne produit aucun effet au Luxembourg.

3/ Le tribunal note enfin pour les besoins de la cause que la marque « OLKY » a été enregistrée comme marque verbale pour les classes 9 (Appareils et instruments scientifiques, nautiques, géodésiques, photographiques, cinématographiques, optiques, de pesage, de mesurage, de signalisation, de contrôle (inspection), de secours (sauvetage) et d'enseignement), 12 (Appareils de locomotion par terre, par air et par eau) et 36 (Affaires financières), et qu'il n'est

pas contesté que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER et la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN offrent des services similaires ou identiques sur le marché des affaires financières.

2.2. Qualité à agir

La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN soutient que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER n'aurait ni qualité ni intérêt à agir en défense de la protection de la marque « OLKY » à défaut pour elle d'établir l'existence de la marque et l'acquisition de la marque à une date antérieure à l'assignation du 19 juillet 2016. Au dernier état de ses conclusions et au regard des pièces versées en cours d'instance, la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN ne conteste plus l'existence la marque « OLKY », mais relève que celle-ci a été originellement enregistrée au nom d'une société tierce et que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER ne l'a acquise qu'en date du 2 avril 2015. Cette dernière ne pourrait donc se prévaloir d'un droit sur cette marque antérieurement à cette date. La demande serait à rejeter.

Il est de principe que celui qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention a qualité pour agir. Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée par une personne à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt personnel à agir en justice contre cette personne qui ne pourra opposer un défaut de qualité dans son chef pour en tirer un moyen d'irrecevabilité. La qualité dans le chef du demandeur ou du défendeur n'est pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit à l'encontre de la personne qu'il a assignée, l'existence effective du droit invoqué n'étant pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond ou en d'autres termes de son bien-fondé. C'est partant à bon droit que la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN situe son moyen au stade du bien-fondé de la demande de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER.

Le moyen est partant à rejeter. Il résulte des propres conclusions de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN qu'au dernier état, elle ne conteste plus que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER ait acquis les droits de propriété sur la marque « OLKY » suivant convention du 11 mars 2015 de la part de la société anonyme OLKY

INTERNATIONAL HOLDING. Pour autant que de besoin, le tribunal note encore qu'il résulte des documents établis par l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (UEIPO) que la marque « OLKY » a été initialement enregistrée au nom de la société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING et qu'avec effet au 1^{er} avril 2015 la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER a été enregistrée dans les registres de l'UEIPO en tant que titulaire de la marque en question.

2.3.Utilisation du terme « OLKY » de l'accord du titulaire du droit de marque

A la suite de ses développements consacrés à la question de la qualité pour agir, dont il résulte que la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN reconnaît le droit de propriété de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER sur la marque « OLKY » avec effet au plus tard au 2 avril 2015, la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN plaide qu'elle utilise le terme « OLKY » dans sa dénomination sociale depuis une assemblée générale du 24 septembre 2012 qui a décidé de modifier sa dénomination sociale de « QTINVEST » en « OLKY ADMIN », et que cette décision du 24 septembre 2012 a été prise par les deux associés, à savoir la société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING, qui était à ce moment titulaire du droit de propriété sur la marque « OLKY », et la société à responsabilité limitée AS COMPTA. La société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING aurait ainsi expressément marqué son accord à ce que la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN utilise dans sa dénomination sociale le terme « OLKY ». La société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING aurait ainsi concédé à la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN un droit d'usage de la marque « OLKY » dont le cessionnaire, la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER, ne pourrait pas la priver. La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN fait valoir plus en avant que dans la mesure où la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER et la société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING étaient dirigées par la même personne, à savoir A.), la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER n'aurait pas pu ignorer l'utilisation de la marque « OLKY » faite par elle, et qu'il faudrait en déduire que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER avait également marqué son accord avec cet usage.

La société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER admet que si elle a pu avoir conféré à un certain moment à la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN le droit

d'utiliser la marque « OLKY », il ne saurait être admis qu'elle soit éternellement tenue de maintenir ce consentement. Son accord n'aurait été que temporaire, et elle aurait pu le retirer.

Il ne saurait faire de doute que du fait de la délibération de l'assemblée générale des associés de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN du 24 septembre 2012, dont la société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING, décidant de conférer à la société la dénomination sociale « OLKY ADMIN », la société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING, qui était à cette époque titulaire du droit de propriété sur la marque « OLKY », a marqué son accord à cet usage. Cet accord est opposable au cessionnaire de la marque, la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER. Cet accord n'est documenté par aucun écrit qui en délimite l'étendue et les conditions. Toutefois, et peu importe que cet engagement doive être qualifié d'unilatéral ou de synallagmatique, il est de principe qu'on ne saurait s'engager de façon définitive, mais que celui qui a pris un engagement contractuel à durée indéterminée est à tout moment libre de sortir du contrat, sous la seule réserve de respecter un délai de préavis approprié (P. Ancel, Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois, Larcier, 2015, N° 512 et ss. ; O. Poelmans, Droit des obligations au Luxembourg, Larcier, 2013, N° 224 et ss.).

La société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER était partant en droit de retirer par le courrier de son mandataire du 25 avril 2016 son accord à ce que la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN continue à faire usage du terme « OLKY » dans sa dénomination sociale. Il est vrai que le délai de préavis de 15 jours laissé dans ce courrier à la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN ne constitue pas un délai approprié, mais cette circonstance ne rend pas le retrait de l'accord inopérant. Il y aura lieu de tenir compte de cette nécessité d'un délai de préavis approprié dans le cadre des dispositions à prendre dans le cadre du présent jugement.

2.4.Acquisition d'un droit antérieur au droit de marque de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER

La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN plaide encore que le droit au nom dans l'utilisation d'une dénomination sociale s'acquerrait du fait du seul usage de ce nom. Ayant utilisé la dénomination OLKY ADMIN depuis le 24 septembre 2012 elle ne pourrait plus en être privée actuellement.

La société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER oppose à ces arguments que la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN ne pourrait pas se prévaloir d'un droit d'antériorité sur la marque « OLKY » à défaut d'avoir procédé à son enregistrement. Elle en serait la seule propriétaire, et en tant que telle elle jouirait d'un droit exclusif sur cette marque et que rien ne saurait l'empêcher d'interdire à un tiers d'en faire usage.

Pour répondre aux arguments présentés de part et d'autre, le tribunal relève tout d'abord que, contrairement à ce que semble considérer la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER, la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN ne se prévaut pas d'une antériorité d'un droit de marque par rapport au droit de marque de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER. La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN se limite à plaider que dès le 24 septembre 2012, elle a acquis un droit sur le nom commercial « OLKY ADMIN », matérialisé par la transcription au registre de commerce et des sociétés, dont la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER ne pourrait plus la priver par la suite. Le différend ne porte ainsi pas sur un conflit entre deux marques ni sur un conflit entre deux dénominations sociales ou noms commerciaux, mais sur un conflit entre une dénomination sociale/nom commercial et une marque.

Abstraction faite de la question de savoir si l'antériorité de l'usage d'une dénomination sociale/nom commercial confère à son utilisateur un droit qui prime sur le droit du titulaire d'une marque, force est de constater que c'est à tort que la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN fait valoir une antériorité de l'utilisation du terme « OLKY » dans sa dénomination sociale. Il résulte des éléments du dossier que la demande d'enregistrement de la marque « OLKY » a été déposée au EUIPO en date du 24 mai 2012 et qu'elle a été définitivement enregistrée et publiée en date du 12 septembre 2012, soit avant la date de l'assemblée générale des associés de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN qui a décidé de modifier sa dénomination sociale pour y intégrer le terme « OLKY ». Le droit de marque était partant préexistant à l'usage de la dénomination sociale « OLKY ADMIN ». La circonstance qu'à ce moment le droit de marque compétait à la société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING est sans incidence sur la question factuelle de l'antériorité.

En l'absence d'antériorité dans les faits, l'argument de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN doit être rejeté.

2.5.Défaut de caractère distinctif

En ordre subsidiaire, au cas où son argument tenant à l'antériorité du droit d'usage sur le terme « OLKY » n'était pas reconnu, la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN fait plaider que ce terme ne constituerait pas un signe distinctif digne de protection. Dans ce cadre, elle développe qu'aucune société ne s'identifierait par le seul terme « OLKY », mais que chacune des sociétés citées dans le cadre des développements ayant trait au présent litige l'utiliserait en conjonction avec d'autres termes. La société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER ne pourrait s'opposer qu'à une utilisation isolée du terme « OLKY », circonstance qui ne serait pas avérée en l'espèce. La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN dénie encore tout droit à protection de la marque « OLKY » en soulevant qu'elle a été cédée au prix de 1.- euros par la société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING à la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER, ce qui démontrerait l'absence de valeur de cette marque.

La société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER oppose que le terme « OLKY » serait bien un signe distinctif qui pourrait faire l'objet d'une protection, même si associée à un terme plus générique.

Le moyen développé par la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN doit être analysé soit comme exception de nullité de la marque « OLKY », présentée sur base de l'application combinée des articles 99, 95, 52 et 7, paragraphe 1, point 2 du règlement (CE) No 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire et de la loi du 18 avril 2001 portant désignation des tribunaux des marques communautaires, soit comme demande reconventionnelle en nullité de la marque « OLKY » présentée sur base des articles 100, 95, 52 et 7, paragraphe 1, point 2 du règlement (CE) No 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire et de la loi du 18 avril 2001 portant désignation des tribunaux des marques communautaires.

Considérée comme exception de nullité, le moyen doit être rejeté alors que l'article 99 du règlement 207/2009 limite ce moyen de défense aux hypothèses dans lesquelles le titulaire de la marque est déchu de ses droits pour usage insuffisant ou que la marque pourrait être déclarée nulle en raison de l'existence d'un droit antérieur du défendeur. Les développements de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN ne prennent appui sur aucune de ces hypothèses.

Considérée comme demande reconventionnelle en nullité, la demande doit être rejetée dans la mesure où la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN soutient à tort que le terme « OLKY » n'aurait rien de distinctif. Ce terme ne renvoie à aucune notion courante ni à aucun emploi courant. La circonstance qu'il soit utilisé en pratique en conjonction avec d'autres termes propres au droit des sociétés n'est pas de nature à lui ôter son caractère distinctif.

2.6. Abus de droit dans le chef de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER

La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN semble encore arguer que la demande de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER devrait être rejetée pour procéder d'un abus de droit. Elle fait plaider que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER ferait usage de manœuvres prétendument déloyales afin de spolier la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN et de la priver des résultats de sa bonne gestion en détournant sa clientèle au profit de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER. Dans ce cadre, elle fait valoir que 1/ la société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING voudrait vendre sa filiale, la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER, et qu'elle voudrait à ces fins faire profiter cette dernière du dynamisme passé de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN en accaparant la clientèle de cette dernière en la privant du droit d'inclure dans sa dénomination sociale le terme « OLKY », 2/ **A.)** qui a signé la convention de cession de la marque « OLKY » tant pour la partie venderesse société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING que pour la partie acquéreuse société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER se trouverait en situation de conflit d'intérêt, 3/ depuis 2015, la société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING ne poursuivrait d'autre objectif que de faire sortir son associé, la société à responsabilité limitée AS COMPTA, du capital social de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER et d'écarter des affaires sa gérante **B.)**, 4/ au mois de décembre 2014, l'accès à son siège social et au système informatique lui aurait été refusé, de même que la société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING refuserait de consentir à une modification du siège social de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN, alors même qu'une autre société du groupe, la société anonyme OLKYRENT, a dénoncé la domiciliation de siège social auprès d'elle, 5/ le site internet www.olykadmin.com renverrait vers un numéro de téléphone de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE

PROVIDER, 6/ la comptabilité du groupe OLKY serait faite sous couvert de l'autorisation d'établissement **B.**) sans que celle-ci n'ait encore accès aux dossier.

L'abus serait encore caractérisé par l'absence d'explications sur les raisons qui conduiraient la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER à tenter l'instance sous examen.

La société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER conteste tout abus dans son chef.

Le moyen de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN doit être rejeté. De tous les reproches qu'elle formule à l'égard de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER, de la société anonyme OLKY INTERNATIONAL HOLDING, de la société anonyme OLKYRENT et de **A.**), que ce soit individuellement ou collectivement, seul celui tenant à la dénonciation du siège social par la société anonyme OLKYRENT est étayé par une pièce probante. Mais il n'est pas établi que cette dénonciation serait intervenue à tort. Ce fait ne saurait donc caractériser un éventuel abus.

Aucun des autres faits avancés ne saurait non plus caractériser un abus dans la manière d'agir de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER, dès lors qu'ils ne se trouvent étayés par aucun élément du dossier.

Le reproche finalement que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER resterait en défaut de justifier les raisons de son action actuelle est faux, dès lors qu'elle justifie cette action par l'invocation de son droit de propriété intellectuelle sur la marque « OLKY ».

2.7. Conclusion et condamnation

1/ Il résulte de ce qui précède que la demande de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER est fondée en son principe. Il y a partant lieu d'ordonner à la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN de cesser de faire tout usage du terme « OLKY », que ce soit dans sa dénomination sociale ou dans toute autre circonstance.

2/ Dans la mesure où cette demande est reconnue fondée sur la base principale invoquée, tirée des droits du propriétaire de la marque, il n'y a pas lieu d'examiner la base subsidiaire tirée de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

3/ La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN demande à ce que l'interdiction à prononcer ne prenne effet qu'après douze mois.

La société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER considère que le délai de douze mois serait excessif eu égard au fait que la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN savait depuis le 25 avril 2016 qu'elle n'aurait plus le droit d'utiliser le terme « OLKY » dans sa dénomination sociale. Elle estime qu'un délai de un mois serait suffisant.

Il y a lieu d'aménager à la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN un délai de préavis approprié qui lui permette de réaménager sa dénomination sociale et sa communication commerciale. Pour la fixation de ce délai, il n'y a pas lieu de prendre en considération le courrier du 25 avril 2016, puisque l'absence de droit dans le chef de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN n'est définitivement consacrée que par le présent jugement. Compte tenu des circonstances de l'espèce, il y a lieu de dire que l'interdiction prendra effet après un délai de six mois suivant la signification du présent jugement.

4 a/ La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN s'oppose à ce que l'interdiction à prononcer soit assortie d'une astreinte, alors qu'il ne serait pas établi qu'elle ne respecterait pas la décision à intervenir.

C'est à bon droit que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER oppose à ces arguments que l'astreinte ne constitue qu'une condamnation conditionnelle qui n'a vocation à s'appliquer que si la condamnation principale en cessation de l'usage du terme « OLKY » n'est pas respectée. Le prononcé de l'astreinte ne préjudicie partant en rien aux droits et intérêts de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN si elle s'exécute. Par ailleurs, la preuve de l'absence de volonté du débiteur de la condamnation à vouloir respecter la condamnation principale n'est pas une condition mise au prononcé d'une astreinte.

Il y a partant lieu de prononcer une astreinte.

4 b/ Au cas où une astreinte devait être prononcée, la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN demande à ce qu'elle soit limitée à 1.- euro. Dans ce cadre, elle soulève encore une fois que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER a acquis la marque « OLKY » au prix de 1.- euro. La faible valeur de la marque ne justifierait pas un taux d'astreinte plus élevé.

La société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER oppose à ces arguments d'une part que la valeur de la cession de la marque ne constituerait pas un point de référence, dès lors que la cession est intervenue entre sociétés d'un même groupe, et d'autre part que l'astreinte perdrait tout effet coercitif si elle devait être ramenée à 1.- euros.

Le tribunal partage le point de vue de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER et considère qu'il est approprié de fixer le montant de l'astreinte à un niveau suffisamment élevé pour en assurer le caractère coercitif, respectivement dissuasif. Le tribunal retient le montant de 500.-euros par jour de retard.

3. Demande reconventionnelle

Au cas où il devait être fait droit à la demande de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER, la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN demande par voie de demande reconventionnelle à se voir allouer la somme de 15.000.- euros au titre du préjudice à subir par elle du fait de ne plus pouvoir utiliser le terme « OLKY » dans sa dénomination sociale, ce qui engendrerait la perte d'une partie de sa clientèle. La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN demande en tout état de cause à se voir allouer la somme de 100.000.- euros par an depuis 2015 au titre du préjudice subi par elle du fait que depuis décembre 2014, la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER utiliserait l'autorisation d'établissement de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN et débaucherait les clients de cette dernière. Elle demande ainsi à se voir allouer la somme totale de 315.000.- euros avec les intérêts légaux à partir du jugement à intervenir. La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN soutient que la recevabilité d'une demande reconventionnelle n'exigerait pas qu'il soit démontré un lien avec la demande principale.

La société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER oppose l'irrecevabilité de ces deux demandes reconventionnelles en l'absence d'un lien quelconque de ces demandes en indemnisation avec la demande principale visant la cessation de l'utilisation du terme « OLKY » par la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN.

En droit et par rapport à la question de la recevabilité de ses demandes reconventionnelles, c'est à tort que la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN nie la nécessité d'un lien entre demande principale et demande reconventionnelle. L'article 53, 3^e phrase, du Nouveau Code de Procédure Civile dispose que « ... *l'objet du litige peut être modifié par des demandes*

incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant ». Cette disposition légale trouve à s'appliquer aux demande reconventionnelles, qui doivent être qualifiées de demandes incidentes (voir sur ce point V. Bolard, La mutabilité du litige à l'aune des principes directeurs du procès, JTL 2017, N° 53, page 133, au N° 10).

Suite à la défense afférente de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER, il convient partant de vérifier si les demandes reconventionnelles introduites par la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN présentent un lien suffisant avec la demande principale de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER.

Ce lien suffisant existe en ce qui concerne la première demande reconventionnelle, puisqu'elle tire son fondement et sa raison d'être du succès éventuel de la demande principale. Ce lien suffisant n'existe pas en ce qui concerne la deuxième demande reconventionnelle, qui trouve son origine dans de supposés agissements déloyaux dans le chef de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER. Or, ces reproches n'entretiennent aucun lien avec la demande principale autre que celui de faire partie de la même catégorie d'actes supposés déloyaux. Ce lien est insuffisant pour rendre la demande reconventionnelle recevable.

Sur le fond de la première demande reconventionnelle, le tribunal ne peut pas manquer de s'étonner de la contradiction dans les développements de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN, qui affirme dans le cadre de sa première demande reconventionnelle que le changement de dénomination commerciale engendrerait une perte de clientèle, pour ensuite dire à l'appui de sa deuxième demande reconventionnelle qu'elle n'aurait plus aucune activité et aurait accusé une perte conséquente au titre de l'année 2014. Soit elle a encore une clientèle et partant une activité (ce qui contredit au passant l'allégation de débauchage de la clientèle), soit son activité est d'ores et déjà réduite à la portion congrue et le risque futur de perte de clientèle est réduit.

Ceci étant dit, la demande reconventionnelle est en tout état de cause à rejeter. La demande en dommages-intérêts requiert la démonstration d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux. Or, même à supposer que l'interdiction d'utiliser dorénavant le terme « OLKY » produise une perte de clientèle dans le chef de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN, cette perte ne serait pas la conséquence d'un acte fautif de la part de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER, puisqu'il résulte des développements qui précèdent que celle-ci ne commet pas de faute en interdisant à l'heure actuelle à la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN de faire usage du terme « OLKY ».

4. Indemnités de procédure et recouvrement des honoraires d'avocat

1/ La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN s'oppose aux demandes de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER tendant d'une part à se voir allouer une indemnité de procédure de 5.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile et d'autre part des dommages-intérêts à concurrence de 5.000.- euros au motif que ces deux demandes tendraient à indemniser le même dommage. Par ailleurs, elles ne seraient pas fondées.

Il est aujourd'hui de principe que les honoraires que le justiciable doit exposer pour obtenir gain de cause en justice constituent un préjudice réparable qui trouve son origine dans la faute de la partie qui succombe (Cour de cassation 9 février 2012, Arrêt N° 5/12, JTL 2012, N° 20, page 54 ; Cour d'appel 20 novembre 2014, N° 39462 du rôle ; Cour d'appel 26 mars 2014, Pas 37, page 105). L'application de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile n'est pas exclusive des règles de la responsabilité civile (Cour d'appel 17 février 2016, N° 41704 du rôle ; Cour d'appel 31 mai 2017, N° 43518 du rôle, JTL 2017, N° 54, page 186). Les parties sont partant libres de présenter au cours d'une même instance des demandes prenant appui sur les deux fondements.

Pour chaque demande, la partie demanderesse doit toutefois établir les conditions légales pour se la voir allouer, à savoir la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal en ce qui concerne la demande basée sur la responsabilité civile et la preuve de l'iniquité et du paiement de frais non compris dans les dépens en ce qui concerne la demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile.

En l'espèce, la faute de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN est établie. Contre les évidences, elle a refusé de respecter le droit de propriété sur la marque « OLKY » de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER.

D'un autre côté, l'application de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de Cassation 2 juillet 2015, Arrêt N° 60/15, JTL 2015, N° 42, page 166), et le tribunal estime qu'eu égard aux éléments du litige, il serait inéquitable de laisser à la charge de la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER tous les frais non compris dans les dépens exposés par elle.

Toutefois, c'est à bon droit que la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN relève que la partie demanderesse ne saurait prétendre à une double indemnisation, respectivement à une indemnisation allant au-delà de son dommage. Un tel cumul n'est pas susceptible de se produire lorsque les deux demandes visent à couvrir des dépenses différentes, notamment lorsque l'une des demandes vise à couvrir les honoraires d'avocat (qui n'ont pas besoin d'être autrement justifiés) et que l'autre demande vise à couvrir des frais non compris dans les dépens autres que les honoraires d'avocat (qui doivent faire l'objet de justifications appropriées).

En l'espèce, la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER cherche dans les deux demandes à voir couvrir des honoraires d'avocat, sans justifier de l'ampleur des frais d'avocat exposés par elle dans le cadre de la présente instance. Le tribunal estime sur base des éléments du dossier que les honoraires d'avocat que la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER a dû exposer sont couverts par l'allocation d'un montant unique de 5.000.- euros sur base de la responsabilité civile, de sorte que la demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile doit être rejetée.

2/ La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN demande à se voir allouer une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

La société à responsabilité limitée OLKY ADMIN succombe à l'instance et ne peut de ce fait se voir allouer une indemnité de procédure.

Par ces motifs :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du juge de la mise en état,

dit recevable la demande principale et la demande reconventionnelle tenant au préjudice à subir du fait de l'interdiction de continuer à utiliser le terme « OLKY »,

dit irrecevable la demande reconventionnelle tenant au préjudice subi du fait de l'utilisation de l'autorisation d'établissement de la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN et du débauchage de clients,

dit fondée la demande principale, partant interdit à la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN de faire usage, à l'expiration d'un délai de 30 jours suivant la signification du présent jugement, sous peine d'une astreinte de 500.- euros par jour de retard, d'une manière quelconque du terme « OLKY » dans sa dénomination sociale ou ailleurs,

déboute la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN de la demande reconventionnelle tenant au préjudice à subir du fait de l'interdiction de continuer à utiliser le terme « OLKY »,

condamne la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN à payer à la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER la somme de 5.000.- euros,

déboute la société anonyme OLKY PAYMENT SERVICE PROVIDER de la demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile,

déboute la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN de la demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile,

condamne la société à responsabilité limitée OLKY ADMIN aux frais et dépens, et en ordonne la distraction au profit de Maître Tom Felgen, avocat à la Cour concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.