

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D' APPEL D' AIX-EN-PROVENCE
Chambre 3-1
ARRÊT DU 05 MARS 2020

N° RG 17/15324

N° Portalis DBVB-V-B7B-BBRS

ASSISTANCE PUBLIQUE DES HOPITAUX DE MARSEILLE (APH M)

C/

Société X

Société X GROUP FRANCE

Décision déferée à la Cour :

Jugement du Tribunal de Grande Instance de MARSEILLE en date du 22 Juin 2017 enregistrée au répertoire général sous le n° 12/11207.

APPELANTE

ASSISTANCE PUBLIQUE DES HOPITAUX DE MARSEILLE (APHM) Etablissement public de santé, dont le siège social est sis [...]

représentée par Me Romain CHERFILS de la SELARL LEXAVOUE BOULAN CHERFILS IMPERATORE, avocat au barreau d' AIX-EN- PROVENCE, assisté de Me Stéphane LERICHE, avocat au barreau de PARIS, plaidant

INTIMEES

Société X société de droit de l'Etat de Washington dont le siège en FRANCE est [...], [...], dont le siège social est sis 705, [...]

représentée par Me Joseph MAGNAN de la SCP MAGNAN PAUL MAGNAN JOSEPH, avocat au barreau d' AIX-EN-PROVENCE, assistée de Me Fabienne PANNEAU, avocat au barreau de PARIS, plaidant

Société X GROUP FRANCE venant aux droits et obligations de la société X SALES FRANCE SARL, dont le siège social est [...]

[...]

représentée par Me Joseph MAGNAN de la SCP MAGNAN PAUL MAGNAN JOSEPH, avocat au barreau d' AIX-EN-PROVENCE, assistée de Me Fabienne PANNEAU, avocat au barreau de PARIS, plaidant

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions des articles 804 et 805 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 30 Janvier 2020 en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Monsieur Pierre CALLOCH, Président, et Monsieur Baudouin FOHLEN, Conseiller, chargés du rapport.

Monsieur Baudouin FOHLEN, Conseiller, a fait un rapport oral à l'audience, avant les plaidoiries.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Monsieur Pierre CALLOCH, Président

Monsieur Baudouin FOHLEN, Conseiller

Madame Marie-Christine BERQUET, Conseiller

Greffier lors des débats : M. Alain VERNOINE.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 05 Mars 2020.

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 05 Mars 2020.

Signé par Monsieur Pierre CALLOCH, Président et M. Alain VERNOINE, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS – PROCEDURE – DEMANDES

L'entité états-unienne X Y s'est constituée le 3 janvier 1984. La S.A.R.L. X GROUP FRANCE s'est immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés le 22 février 1988.

En 1995 l'Etablissement Public de Santé ASSISTANCE PUBLIQUE DES HOPITAUX DE MARSEILLE () a acquis 350 logiciels Reflection IBM auprès de la société WRQ.

Le 1er juillet 2004 l'APHM a signé un acte d'engagement n° 058177 avec la société QUADRIA pour ; le Cahier des Clauses Administratives Particulières (CCAP) de mai 2004 stipule une durée de 4 ans ; le Cahier des Clauses Techniques Particulières (CCTP) de mai 2004 mentionne que l'APHM a environ 4 600 postes de travail installés, possède actuellement 3 300 licences et que le nombre de postes supplémentaires à équiper est d'environ 1 000.

Par lettre du 17 octobre 2008 les sociétés X ont informé l'APHM que suite à un inventaire en interne de ses postes elle doit régulariser l'utilisation de 1 700 licences Reflection for IBM, qu'elle n'en a commandé que 850 à la société QUADRIA en avril précédent, et qu'elle est invitée à régulariser les 850 licences restantes.

Une mise à jour du Cahier des Clauses Particulières (CCP) est intervenue en janvier 2009 (sous le n° 098300') en précisant : module 1 : prestation de remise à niveau de 850 licences Windows du progiciel WRQ ; module 2 : acquisitions de licences supplémentaires Windows du progiciel WRQ ; module 3 : acquisitions de licences supplémentaires Intranet/Internet du progiciel WRQ ; ainsi qu'une durée de 3 ans.

Le 11 mai 2010 les sociétés X ont informé l'APHM qu'elle va vérifier, par rapport au contrat de licence ci-dessus, les installations de logiciels effectuées, en s'adjoignant les services de la société DELOITTE au travail de laquelle participera l'APHM. Le 2 août celle-ci a indiqué que 838 installations correspondent aux utilisateurs TSE, soit la différence entre le nombre total de machines actives pouvant accéder à l'application (7 944) et le nombre de machines disposant déjà d'une installation du logiciel (7 106).

L'APHM a été informée le 21 septembre par les sociétés X, avec confirmation le 9 novembre, d'un grave défaut de licences portant sur un total de 4 457 copies du logiciel X Reflection, d'où un préjudice égal à 3 137 998 euros 21. La première a répondu le 25 février 2011 aux secondes d'une part que les contrats de licence ne lui sont pas opposables car non joints aux documents du marché, et d'autre part qu'elle a régularisé depuis le 14 avril 2009 en commandant les 1 700 licences nécessaires. La critique des sociétés X sur ces 4 457 copies non autorisées a été confirmée le 30 août.

Le 21 septembre 2012 la société X et la société X GROUP FRANCE ont fait assigner l'APHM en contrefaçon devant le Tribunal de Grande Instance de MARSEILLE ; par ordonnance d'incident du 2 juin 2014 le Juge de la Mise en Etat a dit n'y avoir lieu, comme le demandait l'APHM, à surseoir à statuer et à poser une question préjudicielle au juge administratif ; un jugement du 22 juin 2017 a :

* condamné l'APHM à régler à la société X et à la société X GROUP FRANCE ensemble la somme de 271 140 euros 00 au titre de la contrefaçon de droits d'auteur ;

* débouté la société X et la société X GROUP FRANCE du surplus de leurs demandes ;

* débouté la société X et la société X GROUP FRANCE de leurs demandes tendant à la condamnation de l'APHM à des mesures réparatrices ;

* condamné l'APHM aux dépens ;

* condamné l'APHM régler à la société X et à la société X GROUP FRANCE ensemble la somme de 4 000 euros 00 au titre des frais irrépétibles ;

* ordonné l'exécution provisoire à hauteur de 50 000 euros 00.

L'Etablissement Public de Santé ASSISTANCE PUBLIQUE DES HOPITAUX DE MARSEILLE () a régulièrement interjeté appel le 4-7 août 2017, et par conclusions du 2 mars 2018 soutient notamment que :

— le logiciel Reflection fournit des connexions fiables et sécurisées aux applications hébergées sur des serveurs de type IBM et autres ; la société WRQ éditeur de ce logiciel a été achetée en 2005 par les sociétés X ; la société QUADRIA est un autre revendeur du réseau WRQ/X ; le marché n° 058177 répertoriant 3 300 licences permettait de commander des licences supplémentaires, telles que les 1 700 visées par les sociétés X en 2008 ; la comptabilisation des licences ne pouvait se faire que sur la base d'un inventaire pratiqué périodiquement par l'APHM, fondé sur l'utilisation effective et non sur la

simple installation ou copie sur un poste de travail ; l'APHM ne s'est pas opposée à l'audit confié à la société DELOITTE par les sociétés X ; l'écart de licences n'est pas de 4 457 mais seulement de 218 ;

— les conditions générales de licence des sociétés X ne sont opposables à l'APHM : il n'existe pas de relations contractuelles entre ces 2 parties même si elles ont des relations commerciales, la seconde n'étant liée qu'à la société QUADRIA ; les marchés de 2004 et 2009 ne font pas référence aux conditions générales de licence des sociétés X ;

— la métrique de comptabilisation pertinente est l'utilisation effective du logiciel, par opposition au critère d'installation ou de déploiement ; l'APHM n'a jamais nié avoir installé un nombre de copies supérieur à celui effectivement utilisé ;

— l'audit DELOITTE est dénué de force probatoire eu égard à la contrefaçon alléguée : son auteur est un prestataire engagé et rémunéré par les sociétés X pour leur compte ; l'APHM, en acceptant sans contrainte que la société DELOITTE procède aux vérifications de conformité, n'a pas entendu se soumettre intégralement et sans réserves aux chiffres et conclusions du rapport d'audit ; la mission confiée à la société DELOITTE ne mentionne ni la liste des logiciels à auditer, ni le référentiel contractuel à prendre en compte, ni les métriques de comptabilisation applicables ; l'APHM a toujours remis en cause le rapport DELOITTE ;

— les sociétés X invoquent 4 457 licences sur-déployées, et en violation de ses droits 838 mais ces dernières ne disposaient pas d'une installation locale du logiciel et ne peuvent être comptabilisées ; 288 machines ont fait l'objet d'une extrapolation, et 500 licences IBM ont été converties en 1 000 licences Web ; le Tribunal n'aurait pas dû retenir le nombre de 3 318 licences contrefaisantes ;

— les prix de licences du logiciel et taux d'intérêts appliqués par les sociétés X pour le calcul de préjudice sont sans pertinence ; le prix à retenir par licence est celui effectivement appliqué par la société QUADRIA (123 euros, réduits à 80 euros au-delà de 100 licences supplémentaires), et non 335 euros selon les sociétés X ; le taux des intérêts est le taux légal, et non les 12 % invoqués par les sociétés X dans le contrat de licence.

L'appelante demande à la Cour, vu les articles 11 à 13 du Code des Marchés Publics, les articles L.122-6 et L.331-1-3 du Code de la Propriété Intellectuelle, de :

— dire et juger que le jugement ne pouvait valablement se fonder sur les conditions générales de licence d'X aux fins d'établir la contrefaçon des lors que celles-ci sont inopposables à l'APHM ;

— dire et juger que le jugement ne pouvait valablement reconnaître la force probatoire du rapport d'audit réalisé par le cabinet DELOITTE à la demande d'X ;

— dire et juger que le jugement fait une interprétation erronée des termes des marchés publics de 2004 et 2009 en considérant que celui consacre la notion d'installation en tant que critère de comptabilisation ;

— dire et juger que le critère de l'utilisation effective est le seul critère pertinent eu égard aux faits de l'espèce pour apprécier l'existence de la contrefaçon alléguée, et que la mise en oeuvre de ce critère doit conduire au rejet des prétentions d'X ;

— en conséquence, infirmer le jugement en tant qu'il a condamné l'APHM à payer à A'ITACHMATE la somme de 271 140 euros 00 au titre de la contrefaçon de droits d'auteur ;

— statuant à nouveau :

. débouter X de son appel incident et de l'intégralité de ses autres demandes;

. condamner X au paiement de la somme de 25 000 euros 00 à l'APHM au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

Par conclusions du 24 avril 2018 la société X et la S.A.R.L. X GROUP FRANCE répondent notamment que :

— l'APHM a installé sans droit 4 457 copies du logiciel Reflection édité par elles-mêmes ; les sociétés X sont un fournisseur de solutions logicielles de gestion des systèmes informatiques et de la sécurité, et ont fusionné en 2005 avec la société WRQ ; ce logiciel d'émulation de terminal a pour objet de fournir des connexions fiables aux applications des serveurs dont IBM ; la société X est le titulaire des droits d'auteur sur le logiciel, et la société X GROUP FRANCE assure le suivi de la relation commerciale avec l'APHM ;

— depuis 1995 cette dernière a retenu la solution logicielle Reflection éditée par les sociétés X, acceptant systématiquement le contrat de licence de logiciel et acquérant jusqu'en 2004 un total de 3 320 licences ; en 2004 l'APHM a acquis des nouvelles licences : 500 + 500 en mars 2005, 10 en janvier 2006, 500 + 500 en mars 2006, 850 en avril 2008, et 850 en février 2009 ; la même n'a jamais adapté ses droits de licence à l'évolution de son parc informatique, d'où un dépassement de 4 457 licences selon la société DELOITTE (5 manquantes for HP, [...], et 8 pour X) ;

— l'APHM a été autorisée à effectuer 3 500 reproductions de Reflection for IBM, mais aucune de Reflection tant for HP que X ;

— les conditions générales de la licence (dont l'article 1) sont bien opposables à l'APHM : la contrefaçon n'impose pas une relation contractuelle formelle entre le titulaire des droits d'auteur et le contrefaisant ; l'APHM connaissait parfaitement les limites posées par sur le logiciel Reflection ;

— la métrique de comptabilisation des licences a toujours été l'installation du logiciel sur le poste informatique, et non son utilisation ;

— le rapport d'audit est valable et a pleinement force probante : il a été réalisé de manière contradictoire par la société DELOITTE avec l'APHM qui y a été impliquée dès le début et en a validé les conclusions ; l'APHM critique les métriques de calcul des licences, mais pas le nombre de 4 457 licences déployées ; la même n'étaye en rien ses allégations contre le rapport DELOITTE, et ne justifie nullement de prétendu manque de force probatoire ;

— l'APHM revendique une installation en surnombre des logiciels Reflection, ce qui constitue des actes de contrefaçon au préjudice de ;

— le Tribunal a retenu 3 318 licences contrefaisantes, au lieu de 4 457 identifiées par la société DELOITTE ; il ne pouvait exclure les 838 machines bénéficiant du logiciel sans licence d'installation ;

— le préjudice subi par est à calculer sur la base des prix standard publics unitaires du logiciel Reflection, vu la violation de ses droits de propriété intellectuelle : 560 euros for

HP, 335 euros for IBM, et 516 pour X, d'où un total de 1 495 668 euros, outre intérêts au taux de 12 % l'an entre 2001 et 2010.

Les intimées demandent à la Cour, vu les articles L. 122-6 et L. 331-1-3 du Code de la Propriété Intellectuelle, de :

— déclarer l'APHM mal fondée en son appel et l'en débouter ;

— rejeter en conséquence l'ensemble des demandes développées par l'APHM au soutien de son appel en ce qu'elles sont mal fondées ;

— confirmer le jugement en ce qu'il a déclaré l'APHM coupable d'actes de contrefaçon des logiciels REFLECTION des sociétés X par dépassements du nombre des licences d'installation concédées ;

— mais réformer le jugement en ce qu'il a limité le montant de l'indemnité à laquelle l'APHM a été condamnée à la somme de 271 140 euros 00 ;

— en conséquence, statuant à nouveau sur le montant indemnitaire dû par l'APHM :

— condamner l'APHM à payer aux sociétés X la somme totale de 3 137 998 euros 21 (correspondant à la somme en principal de 1 495 668 euros 00 et en intérêts de 1 642 330 euros 21) à titre d'indemnisation du préjudice subi du fait des actes de contrefaçon commis ;

— condamner l'APHM à désinstaller sous astreinte de 6 000 euros 00 par jour de retard les licences installées en fraude des droits des sociétés X ;

— et, ajoutant à la condamnation de première instance, condamner l'APHM à régler aux sociétés X la somme totale de 35 000 euros 00 sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 6 janvier 2020.

MOTIFS DE L'ARRÊT

Sur l'opposabilité des conditions générales :

Il n'existe pas pour les logiciels litigieux de relation contractuelle entre les 2 sociétés X et l'APHM puisque cette dernière ne les a acquis qu'auprès de la société WRQ puis de la société QUADRIA. Cependant l'APHM a signé avec le premier de ces fournisseurs en 1995 une commande stipulant que le droit d'utilisation du logiciel est régi par les termes et conditions du contrat de licence, et avec le second le 11 juin 1998 un accord d'entreprise valable à compter du 1er mai précédent qui précise que le logiciel est accompagné de l'accord de licence. Ce dernier, élaboré par la société WRQ, mentionne que l'APHM doit 'acquérir et réserver une licence pour chaque ordinateur sur lequel le logiciel est exécuté (...), [et] pour chaque utilisateur final' (page 13), et 'empêcher toute copie, distribution ou utilisation non autorisée du logiciel ; justifier (...) le nombre de copies du logiciel [détenues] ou le nombre d'utilisations concomitantes du logiciel' (page 15).

Le jugement est donc confirmé pour avoir retenu l'opposabilité à l'APHM du contrat de licence dont sont actuellement bénéficiaires les sociétés X.

Sur la contrefaçon du logiciel Reflection :

La reproduction non autorisée de ce logiciel constitue une contrefaçon comme l'a justement retenu le Tribunal, d'autant que dans sa lettre à la société X GROUP FRANCE du 25 février 2011 l'APHM a

clairement écrit 'mes services ne peuvent ignorer que votre progiciel Reflection est une oeuvre protégée par le droit de la propriété intellectuelle'.

L'audit réalisé en 2010 par la société DELOITTE, à la demande des sociétés X et avec la participation volontaire de l'APHM à qui a été détaillée la méthode de travail mais qui ne fournit aucune élément technique contraire ni même divergent, constitue une base de raisonnement concernant l'étendue de cette contrefaçon. Les CCTP pour l'utilisation de progiciels d'émulation IBM 3270 précisent (dans l'article 4 .1 de celui de mai 2004, ainsi que dans l'article 6.2.1 de celui de janvier 2009) que pour le module 1 (micro-ordinateurs c'est-à-dire postes de travail) la licence dépend de l'installation ainsi que l'a retenu le jugement, et non de l'utilisation effective comme le soutient par erreur l'APHM.

L'annexe 4 de l'audit DELOITTE a retenu un nombre de défauts de licences égal à 4 457, et le Tribunal ne pouvait écarter les 838 correspondant aux TSE, qui sont les connexions illicites à des serveurs même si ces derniers ne font pas partie des micro-ordinateurs/postes de travail. Mais le rapport d'audit transmis le 17 août 2010 à l'APHM, comme l'annexe 4, ne justifie pas la soustraction des 301 autres défauts de licences opérée par le jugement. La contrefaçon a donc porté sur 4 457 licences comme le soutiennent les sociétés X.

Sur le préjudice :

Ces victimes basent leur demande d'indemnisation sur le prix des licences installées sans droit par l'APHM ; mais ce prix ne peut être que celui consenti à cette dernière, et non le prix public qui aboutirait à majorer sans fondement le préjudice, d'autant que l'APHM aurait acquis les licences litigieuses au seul prix contractuel. Ce dernier a été fixé par l'annexe du 3 février 2009 à l'acte d'engagement à la somme de 123 euros 00 H.T. par licence, mais réduite à 80 euros 00 H.T. au-delà de 100 comme l'explique l'APHM. Le préjudice subi par les sociétés X est donc de :
(123 euros 00 x 100) + (80 euros 00 x 4 357) = 360 860 euros 00.

Ces dommages et intérêts ne répareront le préjudice que s'ils sont en outre accompagnés des mesures de désinstallation des licences illicites réclamée par les sociétés X, et écartées de manière erronée par le Tribunal puisque le maintien de cette installation fait persister cette illicéité.

DECISION

La Cour, statuant en dernier ressort et par arrêt contradictoire.

Infirme le jugement du 22 juin 2017 pour :

* le montant de la condamnation au titre de la contrefaçon de droits d'auteur, et condamne l'Etablissement Public de Santé ASSISTANCE PUBLIQUE DES HOPITAUX DE MARSEILLE () à régler à la société X et à la S.A.R.L. X GROUP FRANCE, à titre de dommages et intérêts, la somme de 360 860 euros ;

* débouté la société X et la S.A.R.L. X GROUP FRANCE de leurs demandes tendant à la condamnation à des mesures réparatrices, et condamne l'Etablissement Public de Santé ASSISTANCE PUBLIQUE DES HOPITAUX DE MARSEILLE () à désinstaller, sous astreinte provisoire de 6 000 euros par jour de retard à partir du lendemain de la signification du présent arrêt, les licences installées sans droits.

Confirme tout le reste du jugement.

Entre outre, vu l'article 700 du Code de Procédure Civile, condamne l'Etablissement Public de Santé ASSISTANCE PUBLIQUE DES HOPITAUX DE MARSEILLE () à régler à la société X et à la S.A.R.L. X GROUP FRANCE une indemnité de 8 000 €00 au titre des frais exposés en appel et non compris dans les dépens.

Condamne l'Etablissement Public de Santé ASSISTANCE PUBLIQUE DES HOPITAUX DE MARSEILLE () aux dépens d'appel, avec application de l'article 699 du Code de Procédure Civile.

Rejette toutes les autres demandes.

Le GREFFIER
Le PRÉSIDENT