

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

**COUR D'APPEL DE BORDEAUX
PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE
ARRÊT DU : 27 MAI 2019**

N° RG 18/03893

OFFICE DE TOURISME ET DES CONGRES DE BORDEAUX MÉTROPOLE

c/

SARL MAPLACE

Nature de la décision : AU FOND

APPEL D'UNE ORDONNANCE DE REFERE

Décision déferée à la cour : ordonnance rendue le 28 mai 2018 par le Juge des Référés du Tribunal de grande instance de BORDEAUX (RG : 18/00735) suivant déclaration d'appel du 03 juillet 2018

APPELANT :

OFFICE DE TOURISME ET DES CONGRES DE BORDEAUX METROPOLE, représenté par son Président Monsieur Y Z, domicilié en cette qualité au siège social sis 12 cours du XXX juillet – [...]

représenté par Maître Frédéric BIAIS de la SELARL BIAIS ET ASSOCIES, avocat postulant au barreau de BORDEAUX, et assisté de Maître Benoît PRUVOST, avocat plaidant au barreau de PARIS

INTIMÉE :

SARL MAPLACE agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité au siège sis [...]

représentée par Maître Pierre FONROUGE de la SELARL LEXAVOUE BORDEAUX, avocat postulant au barreau de BORDEAUX, et assistée de Maître Marie-pierre CAZEAU de la SELARL STRATEGIE IMMATERIELLE, avocat plaidant au barreau de BORDEAUX

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 786 et 912 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 25 mars 2019 en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Jean-Pierre FRANCO, conseiller, chargé du rapport,

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Marie-Hélène HEYTE, président,

Jean-Pierre FRANCO, conseiller,

Catherine BRISSET, conseiller,

Greffier lors des débats : Véronique SAIGE

ARRÊT :

— contradictoire

— prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile.

Selon contrat du 23 août 2010, la société Enkiéa Solutions s'est engagé à fournir à l'Office de tourisme et des congrès de Bordeaux métropole (ci-après désigné l'Office de tourisme) un service de réservation ou vente en ligne de titres d'entrée aux manifestations mises en vente ou relayées par cet office, permettant aux internautes d'accéder au système de billetterie GuichetNet. Un contrat d'assistance technique et fonctionnelle a en outre été conclu entre les deux parties, permettant d'assurer la maintenance du système de billetterie GuichetNet. Par acte en date du 10 novembre 2010, la société Maplace, ayant pour activité l'édition de logiciels de billetterie, a fait assigner la société Enkiéa Solutions, M. A B, M. X B et M. C D en contrefaçon et concurrence déloyale.

Par jugement en date du 17 mars 2015, le Tribunal de Grande Instance de Bordeaux a, pour l'essentiel :

— dit que la société Maplace détient les droits d'exploitation sur la solution SimpleClic, incluant le logiciel BDS,

— dit que la société Maplace est propriétaire des droits patrimoniaux sur le logiciel GuichetNet,

— dit que le logiciel Inanna est une contrefaçon du logiciel Simpleclic,

— dit que la société Enkiea solutions, M. X B et M. A B ont commis des actes de concurrence déloyale au préjudice de la société Maplace,

— condamné in solidum la société Enkiea solutions, M. X B et M. A B à payer à la société Maplace la somme totale de 384620 euros à titre d'indemnisation sur le fondement des articles 1382 et suivants du code civil et des articles L. 122-6 et L.331-1-3 du code de la propriété intellectuelle,

— rejeté le surplus des demandes principales.

Par arrêt en date du 6 juin 2017, la cour d'appel de Bordeaux a confirmé ce jugement en toutes ses dispositions.

Un pourvoi a été formé à l'encontre de cet arrêt, mais par ordonnance en date du 17 mai 2018, il a fait l'objet d'une radiation.

Par jugement en date du 20 novembre 2017, le tribunal de commerce de Bordeaux a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la société Enkiea Solutions.

En l'absence d'accord amiable avec la société Maplace sur les conditions de régularisation de la situation, l'Office de tourisme lui a fait délivrer assignation en référé devant le président du tribunal de commerce de Libourne, ainsi qu'à la société Enkiea Solutions, par acte du 25 janvier 2018, afin notamment d'obtenir à titre provisoire le maintien du service de billetterie et sa maintenance et le séquestre des sommes dues au titre de l'exploitation des logiciels, dans l'attente d'une décision définitive.

Par acte d'huissier en date du 16 avril 2018, la société Maplace a fait assigner en référé d'heure à heure l'Office de tourisme ainsi que la société Enkiea Solutions, avec dénoncé de l'acte à la SELARL Hirou en qualité de mandataire judiciaire de la société Enkiea Solutions, pour leur voir interdire sous astreinte toute utilisation des logiciels précités, ou tout logiciel constituant une contrefaçon des logiciels SimpleClic et Guichetnet, et pour leur voir ordonner de désinstaller ces mêmes logiciels, sous le contrôle d'huissier.

Elle sollicitait en outre la condamnation provisionnelle de l'Office du tourisme à lui payer une provision de 50000 euros à valoir sur la réparation de son préjudice, outre une somme de 3000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Par ordonnance en date du 28 mai 2018, rendue au visa des articles 100 et 809 du code de procédure civile, le juge des référés du tribunal de grande instance de Bordeaux a :

— dit n'y avoir lieu à litispendance,

— condamné l'Office de tourisme de Bordeaux à ne plus utiliser les logiciels Inanna et GuichetNet, et à les désinstaller dans un délai d'un mois à compter de la signification de l'ordonnance, puis sous astreinte de 200 euros par jour de retard, et ceci pendant un délai de trois mois,

— condamné l'Office de tourisme de Bordeaux à verser à la société Maplace la somme provisionnelle de 18000 euros, outre une indemnité de 1500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Le juge des référés a considéré que l'Office de tourisme ne disposait d'aucun droit à utiliser le logiciel contrefaisant Inanna, ni le logiciel GuichetNet sans l'autorisation de la société Maplace, et qu'il existait donc un trouble manifestement illicite auquel il devait être mis fin par désinstallation de ces logiciels, nonobstant le préjudice commercial invoqué par l'Office de tourisme.

Concernant la provision, le juge des référés a retenu que la société Maplace pouvait se prévaloir du préjudice résultant de l'utilisation frauduleuse des logiciels depuis septembre 2017, date à laquelle l'Office avait eu connaissance du litige et de l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 6 juin 2017.

Le premier juge a estimé qu'il convenait toutefois de tenir compte du délai nécessaire à l'Office pour se mettre en conformité, avec recours obligatoire à un appel d'offre.

Par ordonnance en date du 26 juin 2018, la présidente du tribunal de commerce de Libourne a rejeté les demandes de l'Office de tourisme.

Par déclaration en date du 3 juillet 2018, l'Office de tourisme et des congrès de Bordeaux métropole a formé un appel limité à l'encontre de l'ordonnance du juge des référés du tribunal de grande instance de Bordeaux en date du 28 mai 2018 en ses seules dispositions qui le condamnent au paiement d'une indemnité provisionnelle de 18000 euros.

Par ordonnance en date du 9 octobre 2018, l'affaire a été fixée à bref délai à l'audience du 25 mars 2019.

Dans ses dernières conclusions déposées et notifiées le 6 novembre 2018, l'Office de tourisme demande à la cour:

— de dire que le président du tribunal de grande instance de Bordeaux statuant en référé a violé les dispositions de l'article 455 du code de procédure civile,

— d'infirmer l'ordonnance en ce qu'elle l'a condamné au paiement de la somme de 18000 euros à titre de provision à valoir sur la réparation du préjudice découlant des actes de contrefaçon allégués,

— de condamner la société Maplace à lui payer la somme de 5000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

L'Office de tourisme souligne en premier lieu qu'il a entièrement exécuté l'ordonnance, tant pour le paiement de la provision que pour la désinstallation des logiciels, sous contrôle d'un huissier.

Il estime que la société Maplace ne justifie pas de l'existence d'une obligation non sérieusement contestable, ni d'une faute qui lui soit imputable, dans la mesure où le contrat d'utilisation de la solution de billetterie SimpleClic initialement conclu était un contrat de location-acquisition d'une durée de trois ans, au-delà de laquelle la configuration du logiciel lui était acquise; la société Maplace ne fournissant plus alors qu'une prestation de maintenance curative ou évolutive.

Il ne pourrait donc lui être reproché des actes de contrefaçon sur un logiciel dont il était devenu propriétaire, et aucune violation des dispositions des articles L. 122-6 et suivants du code de la propriété intellectuelle ne serait donc caractérisé.

Il ajoute qu'en contrariété avec les dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, le juge des référés n'a pas motivé son évaluation de la condamnation provisionnelle.

La société Maplace n'aurait fourni ni devant le premier juge, ni devant la cour, d'élément permettant de chiffrer son préjudice, selon les modalités prévues par l'article L. 331-1-3 du code de la propriété intellectuelle, ni même selon les règles de l'article 1240 du code civil.

Par dernières conclusions déposées et notifiées le 30 novembre 2018, la société Maplace sollicite la confirmation de l'ordonnance ainsi que la condamnation de l'Office du tourisme au paiement d'une indemnité complémentaire de 5000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Elle souligne en premier lieu que l'Office du tourisme n'est plus recevable à contester les dispositions de l'ordonnance de référé lui interdisant l'utilisation des logiciels Innana et GuichetNet, puisqu'il n'a pas formé appel de la condamnation à ne plus utiliser ces logiciels et à procéder à leur désinstallation.

Subsidiairement, et au visa l'article 1356 du code civil, elle fait valoir que l'Office du tourisme a lui-même reconnu l'utilisation du logiciel contrefaisant dans le cadre d'un aveu judiciaire, à l'occasion des conclusions présentées devant le juge des référés du tribunal de commerce de Libourne et même dans les conclusions devant la cour.

Elle souligne que l'Office ne saurait désormais prétendre détenir une autorisation d'exploitation sans contrevenir au principe de non-contradiction au détriment d'autrui.

La société ajoute que le contrat de location-acquisition dont l'Office fait état ne constitue pas un contrat de cession de droits d'auteur mais un devis non signé par les parties, et qui portait au demeurant sur une configuration du logiciel datant de 1999, alors que l'appelant a toujours reconnu utiliser le logiciel Inanna.

Elle fait valoir par ailleurs que le juge des référés a suffisamment motivé le montant de la condamnation, qui serait tout à fait minime en considération du chiffre d'affaires généré par la billetterie, et de la redevance normalement facturée avec un taux de 3 %.

Conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, la cour renvoie expressément aux dernières conclusions précitées pour plus ample exposé des faits de l'espèce, des prétentions et moyens des parties.

MOTIFS DE LA DECISION:

Concernant le principe de l'obligation d'indemnisation:

Selon les dispositions de l'article 809 alinéa 2 du code de procédure civile, dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut accorder une provision au créancier.

L'Office du tourisme n'a pas formé appel des dispositions de l'ordonnance la condamnant sous astreinte à cesser l'utilisation des logiciels Inanna et GuichetNet, et à les désinstaller.

Préalablement, par l'intermédiaire de son conseil, il avait adressé le 22 septembre 2017 un courrier à la société Enkiéa solutions et à MM. X et A B en indiquant:

"Notre client vient d'apprendre, ce début septembre, la condamnation de la société Inkeia et de chacun de vous, à titre personnel et in solidum, pour contrefaçon visant le système de billetterie (...)

En résumé, nous comprenons:

- que la société Maplace a assigné votre société et vous deux à titre personnel pour contrefaçon et concurrence déloyale,
- que Maplace a revendiqué à bon droit les droits du logiciel GuichetNet présenté comme développé par des salariés de Maplace pendant leurs heures de travail,
- que ledit logiciel était notamment composé suivant l'expert judiciaire désigné en première instance d'un logiciel du domaine public et des logiciels BDS et Inanna,
- que le logiciel Inanna est contrefaisant du logiciel SimpleClic,
- que les actes de concurrence déloyale s'ajoutaient à la contrefaçon ayant causé ensemble un préjudice s'élevant à la somme de 384 620 euros.

(¹)

La condamnation prononcée évidemment lourde de conséquences pour l'Office de tourisme de Bordeaux, mais également pour les autres offices du tourisme de la région et leurs partenaires tiers, tous utilisateurs du logiciel litigieux. Ils se voient en effet potentiellement exposés à une rupture brutale du service fourni qui serait nécessairement génératrice d'une perte de chiffre d'affaires colossale."

Par courrier en date du 11 janvier 2018, l'Office de tourisme a fait réponse à une sommation qui lui avait été délivrée par la société Maplace, en lui indiquant :

"Nous avons pris bonne note de votre sommation de cesser tout usage dit contrefaisant des logiciels litigieux et de votre invitation pour le moins comminatoire à contacter votre service administratif ou commercial sous huit jours.

Constatant qu'il s'est déjà écoulé plus de sept mois depuis la décision susvisée, nous nous étonnons qu'un délai aussi court nous soit imposé pour, comme vous dites, régulariser la situation, laquelle nous est en l'occurrence extrêmement préjudiciable et faisant peser le risque d'une déconnexion brutale auxdits logiciels, susceptible d'intervenir à tout moment si nous le ne déferons pas à votre sommation.

En effet, notre système de billetterie génère environ 4,5 millions d'euros TTC de chiffre d'affaires annuel, sa gestion mobilise de manière exclusive un certain nombre de salariés et toute coupure du service serait source de pertes considérables et d'un manque à gagner colossal. (¹)

Une interruption de service dans les mois qui viennent serait d'ailleurs d'autant moins supportable que l'ensemble des ventes de l'événement biennal Bordeaux fête le vin aura lieu via notre billetterie (date de l'événement du 14 au 18 juin, vente mise en ligne dès le 15 mars)."

Dans ce même courrier, l'Office du tourisme s'interrogeait sur la capacité de ses interlocuteurs à prendre en main les logiciels, sachant qu'ils n'étaient pas à priori "en possession de la dernière version à jour du logiciel GuichetNet actuellement exploité", et il contestait avoir à subir à l'avenir un service moins performant.

Il est donc incontestable que l'Office du tourisme savait depuis début septembre 2017 qu'il utilisait un logiciel de billetterie qui avait été déclaré contrefaisant par une décision judiciaire non susceptible de recours suspensif, ce qui l'a conduit à chercher une solution provisoire en demandant au juge des référés de Libourne de condamner les sociétés Maplace et Inkiea Solutions à maintenir le service de billetterie fourni par le logiciel Inanna et le système de vente en ligne GuichetNet.

L'Office de tourisme a par ailleurs fait publier au bulletin officiel des marchés publics un avis concernant l'acquisition d'une solution de réservation billetterie/activité pour l'Office de tourisme de Bordeaux et l'agence de développement touristique de la Gironde.

Compte tenu du caractère exécutoire du jugement du tribunal de grande instance de Bordeaux du 17 mars 2015, il ne peut donc sérieusement contester le caractère manifestement illicite de l'utilisation en toute connaissance de cause du logiciel Inanna, déclaré contrefaçon du logiciel SimpleClic, et du logiciel GuichetNet, sans autorisation de la société Maplace, qui en détient les droits d'exploitation selon la décision précitée.

Il ne peut davantage se prévaloir du simple devis du 17 mars 1999 portant sur une location-acquisition sur trois ans, concernant du matériel informatique et le logiciel SimpleClic, et sur lequel ne figure pas sa signature.

En application des dispositions de l'article L.122-6 du CPI, l'Office a donc bien commis des actes de contrefaçon du fait de l'utilisation des logiciels litigieux sans autorisation de la société Maplace, seul titulaire des droits d'exploitation.

Son obligation d'indemnisation n'est donc pas sérieusement contestable.

Concernant le montant de la provision:

L'Office de tourisme soutient ensuite que l'ordonnance doit être infirmée car elle ne contiendrait pas de motivation sur le mode d'évaluation de la provision.

Mais ce moyen doit être écarté, comme inopérant, dès lors que la méconnaissance de l'obligation de motivation du jugement prescrite par l'article 455 alinéa 1er du code de procédure civile est sanctionnée par la nullité de la décision en application de l'article 458 alinéa 1er du même code, et ne constitue en aucun cas un motif péremptoire d'infirmer.

Or, en l'espèce, l'appelant n'a pas sollicité l'annulation de l'ordonnance au dispositif de ses dernières conclusions devant la cour; et au demeurant cette décision n'encourt pas la critique alléguée puisqu'elle comporte une motivation suffisante.

L'Office soutient par ailleurs que le préjudice allégué par la société Maplace n'a jamais été déterminé de manière certaine, ni conformément aux règles prescrites par l'article L.331-1-3 du code de la propriété intellectuelle, selon lequel

"Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement:

1o Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée;

2o Le préjudice moral causé à cette dernière;

3o Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de l'atteinte aux droits.

Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée."

La société fonde sa demande de provision sur l'article L.331-1-3, en son dernier alinéa et indique qu'elle procède à des facturations de redevance de 2 % pour ce type de prestation; toutefois elle n'a pas produit au débat de pièce justificative de ce taux.

Il convient donc de prendre pour base la facture adressée à l'Office de tourisme le 2 janvier 2018 par la société Enkiea, pour un montant de 4653,48 euros HT correspondant à une redevance de 1% sur les ventes en ligne HT, du 1er juillet 2017 au 31 décembre 2017 (soit sur une période de six mois).

Les ventes en ligne s'étaient donc élevées à $4653,48 \times 100 = 465\,348$ euros sur le semestre.

Pour une redevance majorée de 2 %, soit le minimum susceptible d'être retenu dans le cadre d'une contrefaçon, sur une période de 10 mois d'utilisation de logiciels en connaissance de cause (entre début septembre 2017 et le 6 juillet 2018, date de désinstallation), le montant non sérieusement contestable de la provision ressort donc à $(465\,348 \times 2\%) / 6 \times 10 = 15511,60$ euros HT.

Compte tenu du préjudice moral qui doit être également réparé, en raison de la poursuite d'utilisation des logiciels malgré mise en demeure, la provision de 18 000 euros allouée par le premier juge n'est pas sérieusement contestable.

Enfin, c'est à bon droit que le juge des référés avait relevé que l'existence d'un préjudice commercial lié à la désinstallation des logiciels ne conférait pas pour autant à l'Office de tourisme le droit d'utiliser un logiciel contrefaisant, ni un logiciel dont elle n'avait pas acquis régulièrement les droits.

Il convient en conséquence de confirmer l'ordonnance en toutes ses dispositions.

Il est équitable d'allouer à la société Maplace une indemnité de 1500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, au titre de ses frais irrépétibles d'appel, en complément de celle déjà accordée par le premier juge.

Échouant en ses prétentions, l'Office de tourisme de Bordeaux supportera les dépens d'appel ainsi que ses propres frais irrépétibles.

PAR CES MOTIFS :

LA COUR,

Confirme l'ordonnance en toutes ses dispositions,

Y ajoutant,

Condamne l'Office de tourisme et des congrès de Bordeaux métropole à payer à la société Maplace la somme de 1500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile,

Rejette le surplus des demandes,

Condamne l'Office de tourisme et des congrès de Bordeaux métropole aux dépens d'appel.

Le présent arrêt a été signé par Monsieur Jean-Pierre FRANCO, conseiller, en remplacement légitime de Madame Marie-Hélène HEYTE, président empêché, et par Madame Véronique SAIGE, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Le Greffier
Le Conseiller